הלכה · שולחן ערוך · מפרשים · נחל יצחק

נחל יצחק חלק א

רבי יצחק אלחנן ספקטור

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

נחל יצחק חלק א

רבי יצחק אלחנן ספקטור

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/נחל-יצחק-חלק-א/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 5
סימן ב 34
סימן ד 53
סימן ה 62
סימן ו 64
סימן ז 67
סימן ח 82
סימן ט 84
סימן יב 90
סימן יד 106
סימן טז 111
סימן יז 117
סימן יט 126
סימן כא 126
סימן כב 127
סימן כה 131
סימן כו 253
סימן כח 254
סימן כט 272
סימן לא 288
סימן לב 314
סימן לג 314
סימן לד 318
סימן לה 352
סימן לו 376
סימן לז 387
סימן לח 414
סימן לט 429
סימן מ 497
סימן מא 526
סימן מב 528
סימן מג 529
סימן מד 541
סימן מה 550
סימן מו 571
סימן מז 601
סימן מח 623
סימן מט 625
סימן נ 647
סימן נא 648
סימן נב 663
סימן נג 666
סימן נד 667
סימן נה 670
סימן נו 671
סימן נז 697
סימן נח 699
סימן נט 717
סימן ס 725
סימן סא 736
סימן סב 767
סימן סג 773
סימן סד 775
סימן סה 776
סימן סו 861
סימן סז 867
סימן סח 869
סימן סט 869
סימן ע 896
סימן עא 898
סימן עב 909
סימן עג 963

סימן עד 996

סימן א

הקדמה:

הודעה:

כבר ידוע מש"כ כמה גאונים קדמאי ובתראי נ"ע איך מוזהרים אנחנו לשמור ולקיים כל דינא דמלכותא ולהיות נזהר מגזל ועושק עכו"ם והביאו ע"ז ראיות חזקות ומוכרחות אשר אין להשיב עליהם ועיין מה שכתב הבאר הגולה בח"מ סי' שמ"ח ס"ק ה' ובסי' תכ"ה ס"ק שי"ן וכן הוא בהקדמת שער המלך בסופו בזה"ל לכן אחי שמעו נא לקולי וחיו למדו בתורתנו לאהבת השם ולאהבת הבריות להשלם היותנו על פני האדמה כי לכך נוצרנו שמרו משפט ועשו צדקה עם כל ישראל עם כל אינו יהודי ואהבו למען תאהבו עכ"ל וכן ידוע לכל בני עירי אשר דרכי מעולם להזהיר על זה בדרשותי באזהרות שלא יעלה על דעת אדם שיש חילוק בעשיית עול בין יהודי לאינו יהודי והכל יודעים כשבאים לפני אנשים לתווך ולפשר איזה ענין ביניהם שלא אחלק שום חילוק כלל בין יהודי לאינו יהודי ח"ו בשום דבר כי כן הוא הדין ע"פ תוה"ק:

ועלינו להתפלל בשלום אדונינו הקיסר החסיד יר"ה ובשלום כל יועציו ושריו מגדול ועד קטן ירוממם ה' כלם והנה נודע בשער בת רבים כי כמה פעמים דרשתי בקהל עדתי להזהירם לקיים את אשר אמר שלמה המלך ע"ה (משלי כ"ד) ירא את ה' בני ומלך וכו ומזהיר אנכי להתפלל תמיד בשלום אדונינו הקיר"ה והצלחתו אשר בשלומו שלום לכל החוסים בצלו ועל הצלחת ושלות השרים היושבים כסאות למשפט מלבד כי הם מחזקים את חברת האנושי ויפקחו על כל הנוגע לכללות המדינה להיות שלום והשקט בכל גבולינו וב"א על מקומו יבא בשלום נוסף ע"ז יתנו עוז ותעצומות לכל דתות אנשי המדינה וביאור הענין הוא ע"פ הא דברכות ד' ג"ח ובשו"ע או"ח סי' רכ"ד הרואה את המלך מברך אשר חלק מכבודו כו' ואשר נתן מכבודו כו' אנו מחויבים לעבוד את ה' ולשמור מצותיו באמונה כן חלק הקב"ה מכבודו למלך ב"ו וצוה אותנו לשמור פקודיו בחקי המדינה באמונה וזה שאמר ירא את ה' בני ומלך ועם שונים אל תתערב וגו' ופיד שניהם מי יודע והוא ירא את ה' ואח"כ המלך ועם שונים אל תתערב אלו שמשנים ממצות השם והמלך אל תתערב להיות בחברתם ח"ו כי פתאום יקום אידם ופיד שניהם היינו אותן העוברים על מצות ה' ועל מצות המלך מי יודע כמה גדול שברם וכן מצאתי באבן עזרא שפירש כן להך דפיד שניהם ועיין בסנהדרין ד' ס"ו ע"ב ובקדושין ד' ל' ועיקר הטעם הוא דבמה שיהיה ירא את המלך יקיים ע"י זה מצות ה' ומוראו. כי כן צוה לנו ה' כמאמרם בסנהדרין ד' י"ט וד' כ"ב ובשא"ד שום תשים עליך מלך שתהא אימתו עליך

וכן הוא במלכי או"ה כמו דאמרו בזבחים ד' ק"ב לעולם תהא אימת מלכות עליו שנאמר וירדו כל עבדיך אלה אלי כו' והטהרש"א בח"א שם כתב בזה"ל דמלכותא דארעא בעין מלכותא דרקיע והמזלזל בכבודם כאלו פוגע בכבוד המקום עכ"ל המהרש"א וכן הוא במנחות ד' צ"ח ואמרו שם דשער המזרח עליו שושן הבירה צורה כדי שתהא אימת מלכות עליהן כדי שידעו מהיכן באו ויתנו הודאה למלכות:

ואמרו בזה לשון לעולם להורות ג"כ ולכלול דאף בחדרי משכבך מחויב אתה במוראו וכמו דאמרו בב"ב דף ד' גבי הורדוס המלך וכמש"כ הרמב"ם הל' מלכים פ"ב ה"א בזה"ל כבוד גדול נוהגין במלך ומשימין לו אימה ויראה בלב כל אדם כו' משום דמצווה הוא ע"ז ביראה פנימית בלב שלם וזהו כוונת הפסוק (משלי כ') נהם ככפיר אימת מלך מתעברו חוטא נפשו דאימת מלך יהיה עליך כמו אימת נהמת כפיר ומסיים דלא נימא דזהו רק לפנים ויראה חיצונית כמו אימת הארי דאינו רק בגופו ולא בנפשו הוא ע"כ אמר ומתעברו היינו מי שמכעיסו הוא חוטא נפשו דע"י זה נעשה חטא וחסרון בנפשו דהוא עבירה בעצם כמו כל החטאים דהם חסרון בנפשו לפי דזהו צווי ה' ליראה את המלך ובאחת מכל מצות ה' וכן מצווים אנחנו לאהוב את המלך באהבה שלימה ובאמונה ולהתפלל בשלומה של מלכות כמבואר באבות פ"ג כדכתיב בעזרא (ו') די מצלין לחיי מלכא ובנוהי ובירמי' (כ"ז) הביאו צואריכם בעול מלך בבל ועבדו אותו ועמו וחיו וכן אנו מצווים להתפלל בשלום המדינה ג"כ כדכתיב (ירמי' כ"ט) ודרשו שלום העיר והתפללו בעדה אל ה' כי בשלומה יהיה לכם שלום. וכן אמרו ביומא ד' ס"ט דאמר שמעון הצדיק לאלכסנדר מוקדון בית שמתפללים עליך ועל מלכותך כו' וזה זמן כביר שאמרתי דרוש א' לכבוד אדונינו הקיסר החסיד יר"ה במקהלות עם לפני השרים הגדולים שהיו שם והנני להעתיק קצתו בזה"ל והנה ת"ל כי זיכה ה' אותנו בכבוד אדונינו הקיר"ה כי עושה צדקה וחסד כל הימים עד למרבה וקרא דרור לכל אנשי מדינתו לרבבות עד אין מספר ועלינו להודות לה' ולשבחו ולברך את אדונינו הקיר"ה בכל יום ויום ועליו שייך מה דכתיב במשלי (כ') חסד ואמת יצרו מלך היינו ישמורו אותו וסעד בחסד כסאו דהנה בפרשת ויחי בפסוק ועשית עמדי חסד ואמת פירשו דהעושה חסד ואינו מצפה לתשלום גמול נאמר עליו כי עשה חסד ואמת וכמו כן בחסד הקיר"ה מה שעושה רק חסד וטוב זה נקרא חסד ואמת דהא מצינו אף בפרעה ששיעבד אותנו במצרים בחומר ולבנים עכ"ז אמרו בזבחים ד' ק"ב לעולם תהא אימת מלכות עליך ויליף זה מן מה שאמר מרע"ה לפרעה וירדו כל עבדיך אלה אלי ובמש"כ המהרש"א שם וכן אמרו שם מלך הוא והסבר לו פנים משום שאנו חייבין בכבודו ולעבדו בלב שלם אף אם אינו מתנהג במדת החסד

וכן אמרו בכתובות ד' קי"א שהשביע הקב"ה אותנו שלא ימרדו במלכות ואף אם לא יעשה המלך חסד עם עמו ג"כ מחויבים אנחנו מצד חוב השבועה לעבדו בלב שלם באמונה ולשמור כל פקודיו ומצותיו וע"כ כשעושה חסד עמנו מקרי חסד של אמת שאינו מצפה לתשלום גמול שלנו דעל כל האופנים מחויבים אנו כן וע"כ גדול מדת ההפסד של אדונינו הקיר"ה ביותר ממעשה החסד של כל האדם ועליו נאמר וסעד בחסד כסאו כי מיד שזיכהו ה' לישב על כסא הקיסריות התחיל לעשות צדקה וחסד עם כל ואותו חסד ואמת שלו ישמרו אותו בכל תהלוכותיו ובכל אשר יפנה יצליח ועיני עבדיו רואות ושמחות ירום ונשא וגבה מאד אמן כן יהי רצון:

ואמרו בברכות ד' נ"ח פתח ד' שילא ואמר לך ה' הגדולה והגבורה והתפארת כו' לך ה' הממלכה כו' בריך רחמנא דיהב מלכותא בארעא כעין מלכותא דרקיע ויהב להו שולטנא ורחמי דינא ופירש המהרש"א שם דהגדולה והגבורה זהו הדין ותפארת זהו הרחמים זהו מדות הקב"ה וכן במלך בשר ודם יהיב להו רחמי דינא וגם זהו נכלל במה שמברכין שחלק מכבודו למלך ב"ו וקב"ה מנהיג את העולם במדת הדין ובמדת הרחמים כ"כ במלך ב"ו אף כשעושה משפט בחייבים ג"כ הדין הוא מעורב ברחמים וכביכול כמו מלכותא כו' והארכתי בכ"ז לצורך הענין שהי' אז הרי דמצינו דחז"ל שבחו והודו לה' על מה שמסר התנהגות עולמו בידי המלכות ונתן להם משפטים וחקי המדינה כפי רצונם:

ונתבאר כי ע"פ דין תורה אנו מחויבין בכבוד המלך ולעבדו באמונה כמאמרם כתובות ד' קי"א שהשביע הקב"ה אותנו שלא ימרדו במלכות וכן קיי"ל דינא דמלכותא דינא ועלינו החיוב ע"פ דיני התורה לשמור משפטיו כפי חקי המדינה שחקק לנו הכל לטובת המדינה וטובתנו הן מצד הדין כי דינא דמלכותא דינא וכן משום חיוב שבועה שהשביע הקב"ה אותנו כל הדינים והפלפולים הנאמרים בספרי בענין דיני ממונות הכל נאמר בזמנים הקודמים אולם בזמן הזה ענינים כאלו והם רק כפי חקי המדינה ואין לנו לערער ח"ו אחר יסודתם ומטרתם ועכ"ז מקור הדינים לא זזו ממקומם ע"ד דרוש וקבל שכר וכמו כל העוסק בהלכות שאינם נוהגים בזמננו וכמש"כ כמה גאונים בספריהם היקרים כי כידוע לכל באי שער וגם תועלת רב מזה לכמה דיני איסור והיתר הנוהגים בכל זמן:

פתח השער:

א יתברך היוצר וישתבח הבורא ית"ש אשר ברא עולמות אין מספר עם תורתו הקדושה אשר היתה משתעשעת בחיקו ית"ש טרם נברא העולם ובשעה שעלה משה למרום אמרו מלאכי השרת כו' חמדה גנוזה שגנוזה לך כו' תנה הודך על השמים ולא ניתנה התורה למלאכי השרת ובחסדו וטובו הגדול נתן לנו תורת אמת למורשה וחיי עולם נטע בתוכנו

אשר בצלה נחיה ובזה נזכה לאור החיים הנצחיים כאמור ראה נתתי לפניך את החיים וגו' ומסר לנו תורתו אשר כפי הכרעת שכל האנושי כן יקום ומן השמים יסכימו עמנו ואשרי מי שעמלו בתורה ולחדש חדושי תורה האמתים כפי הכרעת שכלו ועושה נחת רוח ליוצרו ואם לאו בר הכי הוא יעשה צוותא לעמלי תורה ויזכה עמהם לטללי אורה ולחיים הנצחיים. ואמרו במ"ר יתרו פ' כ"ח עלית למרום שבית שבי בנוהג שבעולם הנכנס למדינה נוטל דבר שאין עין בני המדינה עליו ומשה עלה למרום ונטל את התורה שהיו הכל נושאין עיניהם עליו כו' לקחת מתנות כו' בלקיחה נתנה לו כו' במתנה נתנה לו כו' ונ"ל לפרש הכוונה דניתנה התורה במכירה ובמתנה דזהו כמו הא דקדושין ד' כ"ו וב"ב ד' נ"א דבמתנה בקש ליתנו ולמה כתב לשון מכר כדי לייפות כחו מפי' הרשב"ם והתוספות שם דמכר הוא לייפות כחו משום חיוב אחריות ויפ"כ דמתנה הוא כדי דלא יהיה בו דינא דבר מצרא וכן י"ל במה דניתנה התורה במכירה ובמתנה דהא אמרו בשבת ד' קל"ח ע"ב ח"ו שתשתכח תורה שנאמר כי לא תשכח מפי זרעו וגו' וכדכתיב בישעיה (נ"ט) ואני זאת בריתי אותם כו' לא ימושו מפיך כמו שפירש רש"י שם דכרתי להם ברית דלא תשכח תורתו מהם וכן הוא שם (ח') צור תעודה חתום תורה בלמודי וחכיתי לה' גו' וקויתי לו גו' וכמבואר במ"ר ריש פ' שמיני ורות א' ובמ"ר משפטים (פ' ל"א) ואף בדורות הללו כו' אין התורה זזה מהן כו' ובשא"ד וכ"כ הרמב"ן בזאת הברכה פי' הפסוק תורה צוה גו' מורשה קהלת יעקב ע"ש:

ב ועניין חיוב אחריות הוא שמחויב להעמיד דבר הנמכר ביד הלוקח שתקום ותעמוד בשופי והשקט בידו וכמו כן הבטיח הקב"ה לנו דהתורה תהיה נצחי בידינו ולכן אף דעברו כמה סבות ותלאות על אבותינו מ"מ אין הדור יתום מתורת קדמוננו שנשארת לנו ת"ל מן חיבוריהם אשר חברו לפנינו ומאורם אור ראינו וזהו כעין חיוב אחריות אף אם תולד איזה סבה לאחר המכירה ג"כ הבטיח לנו ועיין בח"מ סימן רכ"ה סעי' ג' זהו התועלת במה דאמרו דניתנה התורה במכירה ומה שניתנה התורה במתנה הוי תועלת לטובתנו שלא יהיה להמלאכים טענה על מה שלקח מרע"ה התורה והורידה לארץ כמבואר בשבת ד' פ"ח בשעה שעלה משה למרום אמרו מלאכי השרת רבש"ע מה לילוד אשה בינינו כו' א"ל חמדה גנוזה שגנוזה לך כו' אתה מבקש ליתן לב"ו תנה הודך על השמים וי"ל דטענתם היתה משום הטוב והישר ליתן להם התורה כעין הא דב"מ ד' ק"ח שכיני העיר ושכיני שדה שכיני העיר קודמין כי טוב שכן קרוב וכ"כ הרמב"ם סוף הל' שכנים ובח"מ סי' קע"ה סעי' נו"ן. משום דזהו ג"כ בכלל הטוב והישר כמש"כ הרמב"ם שם והובא בבאר הגולה שם ועיין שם סעי' נ"ג ובש"ך ס"ק נ"ה וטענת המלאכים

היתה שהם כמו שכנים להתורה דמקום התורה היה בשמים מקודם שהורידה משה לארץ ומקום המלאכים על השמים ע"כ היה להם דין שכנים להתורה וכמו דאמרו במ"ר הנכנס למדינה נוטל דבר שאין בני המדינה עליו משום דמה דעין המדינה עליו יש להם דין שכנים ולכן ע"פ מדת הטוב והישר היה ליתן להם התורה ע"כ ניתנה התורה במתנה שלא תהיה להם טענה דהא במתנה לית ביה דינא דבר מצרא וכש"כ בשכנים וזהו כוונת המאמר בשבת ד' ק"ה אנכי נוטריקון אנא נפשי כתבית יהבית דזהו כמו חוב אחריות ע"ע ויהבית הוא לשון מתנה לכלול שניהם כנ"ל:

ג ועפ"ז יש לפרש להא דסוטה ד' י"ג דבשעה שמת משה היו מלאכי השרת אומרים צדקת ה' עשה ומשפטיו עם ישראל וכן הוא במ"ר סוף ברכה ובתנחומא שם וכן הוא בספרי סוף בהעלותך דע"פ מש"כ מדוקדק מה שאמרו המלאכים פסוק זה דוקא והוא דהיה להמלאכים טענה על משה שלא קיים הטוב והישר במה שהוריד התורה מהשמים על הארץ כמו שאמרו אז תנה הודך על השמים אבל באמת י"ל עוד טעם בזה ע"פ המבואר בח"מ סי' קע"ה סעיף מ"ט דאם הלוקח דחיקא ליה שעתא והמצרן א"צ רק להרווחא בעלמא דלית בה דינא דבר מצרא וכבר נתבאר דעיקר טענת המלאכים היתה משום שהם שכנים להתורה וזהו כעין דינא דבר מצרא ע"כ י"ל לפ"ז דלא שייך בזה דדב"מ דהא אין אנו יכולים להתקיים בלא התורה אף רגע אחת והם חיינו ואורך ימינו כדכתיב ראה נתתי לפניך את החיים גו' ברכות ס"א במקום חיותנו כו' כי הוא חייך כו' ואם לא בריתי כו' וכמו דאמרו וחיי עולם נטע בתוכנו וכמו דמצינו דאמרו כל הפורש ממך כאלו פורש מחייו בכ"ד ועיקר הנצחון במלחמות היצה"ר הוא ע"י התורה כמאמרם קדושין ד' ל' בראתי יצה"ר בראתי תורה תבלין ודחיקא לן שעתא בלא התורה ע"כ לא שייך דדב"מ בזה וכש"כ דין שכנים דהא המלאכים שאין להם יצה"ר אין להם שייכות בדיני התורה ועיקר רצונם היה להשיג מתיקות וסודות התורה שאין זה רק להרווחא בעלמא וע"כ לא היה להמלאכים שום טענה על מרע"ה. וזהו כוונת הגמ' שבת ד' פ"ח דאמר הקב"ה למשה החזיר להן תשובה כו' קנאה יש ביניכם יצה"ר יש ביניכם מיד הודו לו וכו' ולכן בעת שמת משה אמרו המלאכים הפסוק צדקת ה' עשה כו' די"ל דכוונת הפסוק הוא דמשה עשה צדקת ה' דבזה נכלל מדת הטוב והישר כמו שאמרו הדבק במדותיו וכתיב טוב וישר ה'. דלא נימא דלא קיים משה הטוב והישר במה שהוריד התורה על הארץ ע"ז מסיים הפסוק ומשפטיו עם ישראל דזהו פירוש על הא דלעיל מיניה דלפי שמשפטיו הם נוהגים רק בישראל בכל דיני התורה ואינם נוהגים בהמלאכים כלל ועיקר רצונם לא היה רק להשיג לסודות התורה לכן לא עבר משה על עשיית הטוב והישר וקיים שפיר

צדקת ה' עשה כפי שצוה ה' אותנו להתנהג בצדקה וחסד וזהו מדת הטוב והישר ולכן אמרו המלאכים פסוק זה בעת מיתתו להורות ולפרסם דאף הם עצמם הודו שאין להם שום טענה כלל עליו וכמבואר בשבת שם דהודו לו:

ד ופשטות הענין מה דאמרו דניתנה התורה במתנה י"ל דזהו כמבואר בברכות ד' ה' ע"א בא וראה שלא כמדת הקב"ה מדת ב"ו מדת ב"ו אדם מוכר חפץ לחבירו מוכר עצב ולוקח שמח אבל הקב"ה אינו כן נתן להם התורה ושמח כו' וכן הוא במ"ר תרומה פ' ל"ג וצריך ביאור דהא אינו דומה למוכר חפץ דבמוכר לא נשאר אצלו החפץ לכן המוכר עצב משא"כ בהתורה דכל הרוצה לומדה אך כוונתם הוא ע"פ מש"כ הקצה"ח בהקדמה בשם דרשות הר"ן בהא דב"מ ד' פ"ו דרבה ב"נ כו' דקב"ה אמר טהור ומתיבתא אמרו טמא ומאן נוכח רבה ב"נ. דאחר שניתן התורה לנו ונמסר לחכמי הדור שידונו ע"פ הוראת שכלם דכן יקום ע"פ הדין ולכן אמרו לא בשמים היא כי התורה ניתן לנו לדון ולהורות כפי הכרעתנו וכן מסכימים מן השמים עמנו. וע"כ אמרו דבמדת ב"ו המוכר עצב ולוקח שמח אבל במה שנתן הקב"ה התורה לנו דאף שמסר דיני התורה דיהא רק כפי הכרעת דעתנו ולא בשמים היא מ"מ שמח הקב"ה. וכדמצינו בב"מ דף נ"ט דאמר ר' יהושע לא בשמים היא דאמרו שם מאי עביד הקב"ה א"ל קא חייך ואמר נצחוני בני ולכן אמרו בזה לשון מתנה דהא אמרו במתנה נותן בעין יפה נותן כמבואר בב"ב דף ע"א ואין הנותן עצב וכן אמרו באבות פרק שנו חכמים משמח את המקום ובכ"ד דחדי הקב"ה בפלפולא דאורייתא וכמו דאיתא בתנא דבי אליהו פ' י"ח דבזמן שישראל עוסקין בתורה כו' הקב"ה משמח בהן ומגיד להן ששמחתו בהן אלף אלפים לטובה כפליים יותר מהם וכן י"ל במה דניתנה התורה במתנה כמו הא דנדרים ד' ל"ח דמשה היה לומד ומשכחה עד שניתנה לו במתנה:

ה אמרו בקדושין דף ל"ב תורה דיליה היא דכתיב ובתורתו יהגה וביותר הוא בפרק לפני כו' דף י"ט אמר רבא בתחלה נקראת ע"ש של הקב"ה ולבסוף נקראת על שמו שנא' בתורת ה' חפצו ובתורתו יהגה ואמר רבא לעולם ילמוד תורה ואח"כ יהגה וכעין הא דשבת דף ס"ג ליגמר אינש והדר ליסבר וכן כתבתי בהקדמתי לבאר יצחק בביאור הפסוק שתה מים מבורך גו' הרי דמי שמחדש חדושי תורה לאמיתה ניתנה לו זה במתנה וי"ל דזהו כוונת מאמרם אשרי מי שבא לכאן ותלמודו בידו דהוא שלו ממש ואף דהתורה ניתנה לכלל ישראל מכבר אבל לאיש פרטי לו לבדו לא ניתן במתנה רק לאחר שמייגע א"ע על למודו וכמו דפי' רש"י שם ד"ה ואח"כ יהגה הס ואח"כ כתת ועיין בצל"ח ברכות דף ס"ד ד"ה אר"א אר"ח ת"ח כו' וזה שאומרים ותן חלקנו בתורתך שיתן לנו לב להבין

ולחדש חדושי תורה לאמיתה דזהו חלק שלו ממש ואם זכה שנתקבלו דבריו להלכה בעיני חכמי הדור אשרי חלקו ואף אם לא נתקבלו דבריו להלכה מחמת שרבו החולקין עליו מ"מ גם בזה אמרו בעירובין דף י"ג אלו ואלו דברי אלהים חיים והלכה כבית הלל וכתב הריטב"א שם דבעולם המעשה נמסר הדבר לחכמי הדור להכריע אבל בעוה"ב אמרינן אלו ואלו כו' ועיין במסכת סופרים פ' ט"ז הל' ו' מזה ואמרו בחגיגה ד' ג' הללו מטמאין והללו מטהרין הללו אוסרין כו' כולם ניתנו מרועה א' ולכן גם בזה שייך לומר ת"ח שאמר דבר אין מזניחין אותו וכעין זה כתב התוס' י"ט סוף עוקצים עלה דעתיד הקב"ה להנחיל לכל צדיק וצדיק כו' דבין האוסר ובין המתיר הואיל וכוונתם לשמים כו' ובמק"א ביארתי דבעוה"ב נותנים לו שכרו כפי מה דהיה ס"ל לדינא לפי שיטתו וכמש"כ דתורה שלו היא והוי זה כאלו עושה בשלו כי ממלאין רצונו. וביארתי עפ"ז להא דכתובות דף ק"ג דנפקא בת קלא ואמר כל דהוה באשכבתא דרבי מזומן לחיי עוה"ב ואמרו שם דכל דאמר נח נפשיה דרבי ידקר וכ"ז צריך ביאור ואמרתי ע"פ המבואר בויי"ר אחרי דלכן מזכיר מיתת בני אהרן ביוה"כ לומר כשם שיו"כ מכפר כך מיתת הצדיקים מכפרת וממילא כמו דיו"כ אינו מכפר בלא תשובה כן מיתת הצדיקים אינו מכפר בלא תשובה ורבי ס"ל דיו"כ מכפר בלא תשובה כמבואר ביומא ד' פ"ה ושבועות ד' י"ג וכריתות דף ז' ולפי שיטת רבי ביו"כ ה"ה מיתת הצדיקים דהוקשה ליוה"כ מכפרת אף בלא תשובה ולכן יצא ב"ק ואמר כל דהוה באשכבתא דרבי מזומן לחיי עוה"ב ובלשון כל בא להורות דאף מי שלא עשה תשובה ג"כ מיתתו מכפרת עליהם לפי שיטת רבי דיו"כ מכפר בלא תשובה והך דפורק עול ומגלה פנים ומיפר ברית זה לא שכיח כ"כ] דהא בעוה"ב נותנים לו שכרו כפי שיטתו דס"ל לדינא וכפי רצונו וכן אמרו שם במה דצוה רבי אל תספדוני בעיירות דסבור דמשום טירחא הוא דקאמר כו' די"ל דמתחלה היה ס"ל דרבי לא חשש כ"כ להספידו דעיקר ההספד הוא לעורר בתשובה אבל לשיטתו דאף בלא תשובה מכפר ע"כ היה מקום לומר שלא להכביד על הצבור משום טירחא ולפ"ז א"ש מה דאמרו כל מאן דאמר נח נפשי' דרבי ידקר כו'. דהא מבואר בכ"ד דנפש הצדיקים אם בחיים חיותו היה משתתף עם אנשי דורו להגן עליהם. אף אחר פטירתו אם הם עושים תשובה דמכפר עליהם משתתף נפשו עם אנשי דורו להגן עליהם כפי שהיה בחייו אכן אם אינם עושים תשובה אז נפשו מסתלקת מהם לגמרי וזהו ענין ראיתי דמעת העשוקים גו' כי חלקם בחיים ואכמ"ל וזהו דכתיב בישעיה (נ"ז) באין מבין כי מפני גו' יבא שלום ינוחו על משכבותם דאם אינם מתעוררים בתשובה אז ינוחו על משכבותם דאחר שנפשו עולה למעלה אינו יורד שוב למטה ונפרד מן דורו לגמרי אבל אם עושים תשובה אז נפשו

משתתף עם דורו ומגין עליהם לפי שיש לו זכות ע"י מה שגרם מיתתו לכפר לעון דורו ולכן אמרו כל מאן דאמר נח נפשיה דרבי ידקר דהא רבי יכפר על דורו אף בלא תשובה כפי שיטתו ע"כ יהיה לרבי זכות גדול במה דגרם בהסתלקותו לכפר על דורו וע"כ לא שייך לומר ברבי נח נפשיה דהא לא ינוח שם רק יהיה עולה ויורד למטה להשתתף עמהם כדמצינו גבי רבי כל בי שמשי אתי לביתי' והארכתי במק"א בכ"ז: ז ולכן אשרי מי שזוכה לחדש חדושי תורה לאמיתה ולשמה דזהו שלו וחלקו דזכה במתנה וכמו דאמר בתנא דבי אליהו סוף פ' י' אשרי מי שמתחדש ד"ת על פיו כו' כך אמר הקב"ה כו' ששכר הגדול שיש לי באוצרי שלך הוא עכ"ל כוונתו הוא שהשכר שנותנים לו הוא שלו ממש ע"י חלק התורה שלו שחנן לו ה' וניתן לו לבדו במתנה ות"ח נקראו בוניך שבונים בעצמם העולמות ע"י חדושי תורה שלהן וכמו שאמרו בשמים החדשים וארץ החדשה דבזוה"ק והובא בהקדמת הקצה"ח וזהו מאמרם בסנהדרין דף צ"ט רב אמר כל העוסק בתורה לשמה כאלו בנה פלטרין של מעלה כו' דהוי כמו שבונה בעצמו ע"י חדושי תורתו דהוי שלו דהא אמרו במ"ר ריש פ' בראשית ובתנחומא שם דקב"ה ברא העולם ע"י התורה וכן הוא בתד"א פ' ל"א ולכן מי שזוכה להשיג חלקו בתורה דע"י חלק תורתו בונה העולמות ומה"ט מקבל השכר כפי שיטתו דהיה ס"ל לדינא בעולם המעשה ולכן אמרו בתד"א ששכר הגדול כו' שלך הוא וזהו כוונת מאמרם מ"ר חיי שרה ס"ב כד דמך ר' אבהו אחוי ליה י"ג נהרי אפרסמון כו' אילין דמאן כו' אילין דידך וקצרתי והנפש החיים שער ד' פ' י"ב הפליג מאד במעלת מי שזוכה לחדש חדושים אמתים והביא בשם הזוה"ק דכל מלה ומלה המתחדשת מפי האדם דההיא מלה סלקא ואתעתדת קמיה דקב"ה ונשיק לה ומעטר לה ונבנה ממנה עולם חדש והן הן השמים החדשים כו' ובתד"א כו' ובכל מקום שמחדשין תורה כו' שמחה מתחדשת להקב"ה בכל יום תמיד כו' עכ"ל ועפ"ז נ"ל לפרש הפסוק שיר השירים (ז') וחכך כיין הטוב הולך לדודי למישרים דובב שפתי ישנים דהך חכך כיין הטוב הוא על המחדשים חדושי תורה כמבואר ביבמות ד' צ"ז. ובזוה"ק פ' שמיני פירשו להך וחכך כיין הטוב הולך לדודי למישרים דזהו מי שעוסק בתורה כד יפוק מהאי עלמא הולך לדודי למישרים דלא יסטו לימינא ולשמאלא ולא ישתכח דימחי בידיה דובב שפתי ישנים אפילו בהאי עלמא שפוותי' מרחשן אורייתא עכ"ל הזוה"ק וכן יש לפרש הך הולך לדודי כו' דקאי על חדושי תורתו דזהו כיין הטוב דהולך לדודי היינו דההיא שעתא דמלה דאורייתא אתחדש מפומיה דב"נ דהולך לדודי דסלקת קמיה דקב"ה ולא יסטו לימינא ולשמאלא ולא יהיו ח"ו טורפין המצות בפניו כעין מש"כ הרמב"ם פ"ז הל' תשובה הל' ז' וגם יש לפרש ברמז הך למישרים דכוונתו

אם הוא לאמיתה של תורה לפי שכלו הישר וסיים ע"ז דובב שפתי ישנים דיש לו עוד מעלה כמו שיבואר וכמ"ש בזוה"ק הנ"ל והוא:

ביבמות ד' צ"ו אמר ר"י א"ר מאי דכתיב אגורה באהלך עולמים אמר דוד יה"ר שיאמרו דבר שמועה מפי בעוה"ז דאמר ריו"ח בשם רשב"י כל ת"ח שאומרים דבר שמועה מפיו בעוה"ז שפתותיו דובבות כו' וחכך כיין הטוב כו' ועיין בסנהדרין ד' ק"ו מה דדרשו על הפסוק יחתך ויסחך מאהל כו' ובתד"א פ' י"ח וכן הוא בירושלמי ברכות פ"ב ה"א ושקלים פ"ב הל' ה' ובמועד קטן פ"ג סוף ה"ז בזה"ל אף דוד ביקש רחמים אגורה באהלך עולמים וכי עלתה על לב דוד שהוא חי וקיים לעולם אלא אמר דוד אזכה שיהיו דברי נשמעין כו' כל האומר שמועה משם אומרה שפתותיו רוחשות עמו בקבר ר"ח ב"פ ור' סימון חד אמר כהדין דשתי קונדיטון וחרנה אמר כהדין דשתי חמר עתיק כו' וכן הוא במ"ר שיר השירים (ז') וצריך ביאור פלוגתתן אם דומה ליין קונדיטון או לחמר עתיק ועיין במסכת סופרים פ' ט"ו ה"ז אבל אין זה ענין לכאן וכן ראיתי ביפה מראה ברכות פ"ב ה"ב שכתב לפרש פלוגתתן דמאן דאמר לדמות לקונדיטון משום דהלכה נמשל ליין ופלפול הוא חריפות והדבש אלו אגדה ומאן דס"ל לדמות לחמר עתיק לפי שעיקר השמועות הם הלכה למעשה עכ"ל היפ"מ:

ח. אך זהו רק לדרשא בעלמא בכוונת פלוגתת אמוראי הנ"ל דהא כעין זה איתא פלוגתא זו במ"ר איכה ב' פסוק י"ב לאמתם יאמרו איה דגן ויין דפליגי רבי חנינא ורבי סימון דר"ח אמר גלוסקין וקנוטיטון היינו קונדיטון ור' סימון אמר גלוסקין וחמר עתיק וזהו הנך אמוראי דפליגי כנ"ל בירושלמי ברכות פ"ב ובמו"ק פ"ג. ושם במדרש איכה הנ"ל אין סברא לפרש פלוגתתם כמש"כ היפ"מ אך מ"מ יש ליישב זה וקצרתי:

ט ולענ"ד נראה לפרש ע"פ דרך היפ"מ דכוונת פלוגתתן הוא במי שאמר לאחרים דבר הלכה מפי אומרו כפי מה ששמע בלא שום הוספה כלל ולא חידש משלו בזה שום דבר אם בזה ג"כ שפתותיו דובבות או לא כיון דלא היה שום חידוש משלו בהך שמעתתא ויין קונדיטון הוא יין מעורב בדבש ופלפלין כמו דאמרו בירושלמי בכ"ד וכמש"כ הרמ"א ביו"ד סי' רי"ז סעיף ט"ו. ובנימוקי ב"ב פ"ו ועיין בשבת ד' ק"מ וביאור הגר"א זצ"ל או"ח סי' רע"ב ס"ק י"ג ולכן למאן דס"ל לדמות ליין קונדיטון בעי דיהיה דומה ממש ליין קונדיטון דיש בו הוספה ותערובת בתוך היין וע"כ לא שייך המעלה דאגורה באהלך עולמים אלא במי שחידש והוסיף משלו בהלכה זו ולא מבעיא אם כל ההלכה הוא רק מה שחידש משלו וודאי דזוכה למעלה זו ואף אם עיקר היסודות הם מה ששמע מת"ח ומזכיר שמם מ"מ כיון שמחדש בה קצת בהוספת טעם וסברא שלו ס"ל להך מ"ד ג"כ

דהוי כמו פנים חדשות באו לכאן וזוכה למעלת אגורה באהלך ואף בעת שאומר בתוכן למה ששמע מפי אחרים בשמם ג"כ אז שפתותיו רוחשות וכמו יין קונדיטון דבמה דעירב דבש ופלפלין בהיין דנעשה זה כמו הרכבה מזגיות ונעשה למזג חדש בכולו ועיין בתשב"ץ ח"ב סי' ד' אבל אם אומר דבר הלכה מפי אחרים בלא שום הוספה משלו דזה דומה לחמר עתיק שלא נשתנה מברייתו כלל בזה אינו זוכה למעלת אגורה באהלך ואף דבמה דאמרו בכ"ד דכל האומר בשם אומרו מביא גאולה מצינו כן אף במה שאומר מפי אחרים בלא שום הוספה משלו מ"מ הך מילתא שיהיו שפתותיו דובבות ס"ל להך מ"ד דזה לא שייך היכא דכולו הוא רק מה ששמע מאחרים ולא נשתנה קצתו באיזה הוספה כיון דאינו דומה ליין קונדיטון שיש בו הוספה ותערובת ולמאן דס"ל לדמות לחמר עתיק ע"כ אף מי שלא חידש והוסיף משלו כלל ג"כ זוכה למעלת אגורה באהלך כיון דחבירו שמע ממנו למה שאמר כן בשם אחרים ואף שלא נשתנה בפיו כלל והוי כמו יין ישן בלא שום תערובת בתוכו דאף שלא נשתנה מברייתו כלל מ"מ זוכה למעלה זו והוי נפקא מינה רבתא מפלוגתתן:

י. ומש"כ היפ"מ דמאן דס"ל לדמות לחמר עתיק ס"ל דמעלה זו אינו נוהג אלא בהלכה למעשה יש להוכיח כן מסנהדרין ד' צ' אמר ר' יוחנן משום רשב"י כל ת"ח שאומרים הלכה משמו בעוה"ז שפתותיו דובבות כו' וכן הוא בירושלמי שקלים פ"ב הל' ה' בזה"ל ואף שפתותיהן של צדיקים כיון שאומרים דבר הלכה מפיהם שפתותיהן רוחשות כו' הרי להדיא דאמרו כן בדבר הלכה ומשמע לכאורה דז"א רק בהלכה וזה ברור דהא דסוטה ד' כ"א דדרשו על פסוק בהתהלכך תנחה אותך זה העוה"ז בשכבך תשמור כו' והקיצות היא תשיחך לע"ל ועיין בתד"א פ' י"ח מזה זה השכר הוא בין ד"ת שהם הלכות ובין אינם הלכות ועפ"ז הארכתי במאמרם אבות פ"ו אך משום הך הקיצות היא תשיחך לא ישוח גופו ושפתותיו בקבר אלא לע"ל אבל באומרים דבר שמועה מפיו אז זוכה גופו לשוח בתורה אף שהוא בקבר כמבואר בירושלמי ברכות ושקלים הנ"ל דאמרו שפתותיהן רוחשות עמו בקבר וי"ל דלא פליגי בזה עם ש"ס דילן ועיין בתנחומא סוף ברכה דמשמע ג"כ כנ"ל וקצרתי הנה זה המעלה אפשר לומר דז"א נוהג אלא בהלכה וכמש"כ היפ"מ כנ"ל ועפ"ז י"ל במה דאמרו במדרש שביקש דוד שהעוסק בתהלים יחשב כעוסק בנגעים ועיין בנפש החיים שער ד' פ"ב וי"ל דלכן ביקש דוד כן לפי דאמרו ביבמות ובירושלמי שקלים דביקש דוד אזכה שיהיו דברי נאמרין בבהכ"נ ובהמ"ד כדי שיהיו שפתותיו דובבות ומה"ט אמרו דוד מלך ישראל חי וקיים משום דנתקבלה בקשתו לפני ה' וכיון די"ל דז"א אלא בהלכות ע"כ ביקש דוד שהעוסק בתהלים יחשב כאלו עוסק

בנגעים ואהלות ויהיה נחשב כמו הלכות וישיג למעלת אגורה באהלך תמיד ועפ"ז יש לפרש הפסוקים והוא:

יא תהלים כ"א תאות לבו נתתה לו וארשת שפתיו בל מנעת סלה כי הקדמנו ברכות טוב גו' חיים שאל ממך נתתה לו ארך ימים עולם ועד ובעירובין ד' נ"ד רבא רמי כתיב תאות לבו נתתה לו וכתיב וארשת שפתיו כו' והנ"ל בזה דהא רש"י פירש בתהלים שם בפסוק ב' דקאי שם בדוד עצמו והך כי תקדמנו ברכות טוב משום דהקדמת ברכתך לי ע"י נתן הנביא ש"ב ז' ע"ש ושם כתיב ועשיתי לך שם גדול כשם הגדולים אשר בארץ ואמרו במדרש קהלת על פסוק והשבע לעשיר אינו מניח לו לישון דכל מי שהוא יגע בתורה בעוה"ז אין מניחין לו לישון לע"ל כו' ועד היכן ועשיתי לך שם גדול כשם הגדולים אשר בארץ ע"ש משום דהך שם גדול הוא מה שיזכה שיאמרו תמיד דבריו בשמו בבהכ"נ כמו שאמרו במדרש טוב שם משמן טוב זו תורה וכמו דאמרו בתנחומא והובא ביפ"מ ברכות פ"ב אות י"ד בפסוק והשבע לעשיר כו' ע"ש וזהו כעין הא דברכות ד' ס"ד ת"ח אין להם מנוחה כו" וקב"ה הבטיח לדוד על מה שביקש אגורה באהלך כו' וע"ז הבטיחו שיעשה לו שם גדול בתורה כשם הגדולים אשר בארץ אותן שהם בחיים חיותן על הארץ כן יזכהו ה' בשם טוב אף לאחר פטירתו ע"י מה שיאמרו דבר שמועה מפיו בבהכ"נ וכן ע"י אמירת תהלים שיהיה כמו עוסק בנגעים ונענה כפי בקשתו וזה שאמר תאות לבו נתתה לו דמה שביקש דוד יה"ר שיאמרו דבר שמועה בשמי כדי שירחשו שפתותיו תמיד אף לאח"מ מלאת רצונו וזהו ארשת שפתיו שיהיו שפתותיו דובבות סלה לא מנעת ממנו וכמו דאמרו בעירובין ד' נ"ד כ"מ שנאמר נצח סלה ועד אין לו הפסק עולמים וסיים כי תקדמנו ברכות טוב שהקדמת ברכתך שאמרת לו ועשיתי לך שם גדול כו' ותשית לראשו עטרת פז דזהו מדרגת זהב דאינו מתקלקל אף שמונח בקרקע כמש"כ רש"י בב"מ ד' כ"ט ע"ב ד"ה לא יגע בהן כו' ומפרש חיים שאל ממך שיחיה אף לאח"מ וזהו שפתותיו דובבות ונתת לו אורך ימים עולם ועד דזהו נצחי אף לגופו וכדכתיב אורך ימים למיימינים ומלאת בקשתו דאף ע"י אמירת תהלים ישיג למעלה זו בעת שיאמרו תהלים ולפ"ז י"ל דאחר בקשת דוד וכפי שנתבאר דמסתמא נענה ע"ז דאף תהלים יחשב כנגעים ה"ה אין לחלק כלל בין הלכות כו' משום דאף בד"ת שאינן הלכות ג"כ ישיגו למעלה זו וכולם ניתנו מרועה אחד מסיני וקצרתי:

יב וזהו כוונת מאמרם עירובין ד' נ"ד מ"ד ממדבר מתנה וממתנה נחליאל כו' אם משים אדם עצמו כמדבר זה שהכל דשין בו תורה ניתנה לו במתנה וכיון שניתנה לו במתנה נחלו אל שנאמר וממתנה נחליאל כו' וכן הוא בנדרים ד' נ"ה דכיון שעושה א"ע כמדבר

שהוא מופקר לכל כו' ופירשו רש"י והרא"ש שהוא מופקר ללמוד תורתו לכל וצ"ב דהא כבר אמרו דניתן לו במתנה א"כ מהו נחלו אל וי"ל דזהו דיקוים בו לא ימושו מפיו ומפי זרעו כו' כעין הא דב"מ ד' פ"ה ע"א ועיין במהרש"א שם ד"ה פרי צדיק כו' דע"י שנעשה בעל תורה יקוים לא ימושו כו' וזהו כעין נחלה שאין לו הפסק כמש"כ התוס' ביבמות ד' פ"ב ע"ב ד"ה ירושה ראשונה כו' ויותר נ"ל דכוונו לזה שאמרו דזוכה למעלת אגורה באהלך כו' דמי שמייגע א"ע על התורה ומלמד לאחרים חידושיו ואומרים דבר שמועה מפיו דזהו כמו נחלה וירושה שאין לה הפסק וכמו דאמרו בקדושת ירושלים דקידשה לע"ל אף בחורבנה כמש"כ התוס' ביבמות כנ"ל וכ"כ מי שזוכה למעלת אגורה באהלך זהו בגדר נחלה שאין לו הפסק דכמו ששח בתורה בחייו כ"כ לא יפסוק זה ממנו אף לאח"מ כמש"כ לפרש הפסוק ארשת שפתיו בל מנעת סלה וזהו שאמר נחלו אל שיזכה למעלה זו ואף שאמרו שם כיון שנחלו עולה לגדולה ואם מגיס הקב"ה משפילו דזהו בחייו מ"מ י"ל להך נחלו אל כמש"כ משום דעיקר השגת מעלת אגורה כו' הוא לפי שבחייו ראה להשריש בנפשו כח זה ונשאר כן דבוק בנפשו עולמית והדברים ארוכין גם י"ל דהך נחלו אל הוא לענין שלא ישכח למודו וכעין הא דנדרים ד' ל"ח והוי ג"כ כמו נחלה שאין לה הפסק ובפרק אין מעמידין ד' ל"ה ע"ב מ"ד לריח שמניך טובים למה ת"ח דומה לצלוחית כו' מגולה ריחה נודף כו' ולא עוד שנוחל שני עולמות עוה"ז ועוה"ב כו' ופי' רש"י מגולה ריחה נודף כשאתה מלמד תורה אז יצא לך שם:

וכבר נתבאר דמעלת אגורה באהלך שיאמרו שמועה מפיו ודר בשני עולמות ביחד כו' היינו שפתותיו דובבות זהו בשם נחלה יקרא דאין לה הפסק עולמית כנ"ל וע"כ י"ל דזהו כוונת הגמ' הכא דנוחל שני עולמות דהיינו מעלת אגורה באהלך עולמים. וגם הא לשון נחלה הוא במה שזוכה בירושה לאח"מ המוריש כן הכא דאמרו לשון שנוחל ב' עולמות כו' ג"כ י"ל דזהו מה דזוכה להיות נוחל א"ע לאחר שימות דאותו הכח שהשריש בחייו בנפשו ע"י יגיעתו להגות בתורה כן ישאר כח זה אף לאח"מ בעוה"ז דבוק בנפשו ויהיו שפתותיו דובבות והוי כמו יורש א"ע ומדוקדק שפיר לשון נוחל והא דברכות ד' ט"ז ע"ב דאיתא שם דנוחל ב' עולמות כו' עיין בצל"ח שם:

יג וזהו כוונת הפסוק (משלי כ"ד) אכל בני דבש כי טוב ונפת מתוק על חכך כן דעה חכמה לנפשך אם מצאת ויש אחרית ותקותך לא תכרת משום דהא בירושלמי שקלים וברכות אמרו על הך וחכך כיין הטוב כהדין דשתי קונדיטון דאע"ג דשתי ליה טעמיה בפומיה ובמק"א ביארתי זה היטב וקונדיטון הוא יין מעורב בדבש והיפ"מ ביאר זה במה שדימוהו לדבש וזה שאמר אכל בני דבש גו' וכמו דבש ונופת מתוק על חכך

דנשאר טעמיה בפומיה כן בבחינה זו תראה להשריש חכמה לנפשך אם מצאת היינו יגעת ומצאת ואז יש אחרית ותקותך לא תכרת ותהיינה שפתותיך דובבות וכמו שאמרו בסנהדרין ד' צ"ג מאי שם עולם אתן לו אשר לא יכרת זה ספר דניאל שנקרא ע"ש. וכ"כ במה שיזכה שיאמרו הלכה בשמו אז תקותך לא תכרת. והך יש אחרית הוא כמש"כ הסמ"ע בסי' סמ"ך ס"ק ג' בשם הערוך דאחריות הוא לשון אחריו היינו שישאר אחריו ע"ש וכ"כ בזה דאף לאח"מ יזכה נפשו לשוח בתורה וכמש"כ במק"א במה שהקשה המהרש"א ביבמות ד' צ"ז דאיך שפתותיו דובבות והלא ישוב אל העפר כו' וכ"כ בעין יעקב והיפ"מ להעיר בזה דזה א"ש ע"פ דברי הזוהר פ' ויחי שנפשו נשארת בקבר כו' והארכתי ע"פ דברי הירושלמי דהובא לעיל דאמרו שפתותיו רוחשות עמו כו' וז"ל הנו"ב דהובא באהבת ציון דרוש ט' דמי שזכה מאת ה' לחבר איזה חיבור שנתייסד על דבר אמת ע"פ דרכה של תורה אינו פוסק מהוליד תולדות גם אח"מ שלא פסק מלהעמיד תלמידים הלומדים מתוך ספרו וזה נרמז בפסוק זה ספר תולדות אדם כו' עכ"ל. וזהו כמש"כ ויש אחרית ותקותך גו' דגם זה נכלל בכוונת הפסוק הנ"ל. והכל חדא היא ויש לי רוב אריכות ת"ל בכ"ז לבאר כמה מאמרי חז"ל ופסוקים אך לא לדרשא קא אתינא לכן שמתי קנצי למלין ועתה אשוב למטרת הקדמת ספרי ב"ה והוא:

יד חסדי ה' אזכיר תהלות ה' כעל כל טוב אשר גמלני וברוב חסדיו הפליא עמדי וזכני לישב באהל של תורה מעודי ועד היום הזה ולחדש חדושי תורה הראויין לאומרן בכורי פרי מזימות לבבי וע"ז נאמר לחדשיו יבכר דאמר בתד"א פ' י"ח דזהו מחדשי תורה אך לא היו מסודרים על נכון כי טרדותי הרבים אפפוני בין מן עמי אשר אנכי יושב בקרבם ובין מעיירות הרחוקות והקרובות הא במילי דשמיא להשיב לשואלי דבר ה' זו הלכה והא במילי דמתא הם היו בסבות הזמן אשר לא יכולתי לסדרן ולהביאן לבית הדפוס וכמה גדולים אשר ראו חידושי והוטב בעיניהם ת"ל בקשו ממני ויפצרו בי לאמר למה תטמינם הלא הם טובים ונכוחים וכמה הלכתא רברבי איכא למשמע מינייהו לפי דרוב הם ענינים הנוגעים להלכה למעשה ע"כ מצאתי א"ע מחויב בדבר ובפרט בהלכות ולא אהיה ח"ו מונע הלכה וכמאמרם קדושין ד' ל' שאם ישאל לך אדם דבר כו' אמור לו מיד דכ"ז דאין שואלין ממנו אין עליו חיוב וכעין שכתבתי לחידושי סי' ט' בכל חוב אם בהיתירא אתי לידו דכ"ז דאין תובעין ממנו אין עליו מ"ע דפריעת בע"ח ואמרו בסנהדרין ד' צ"ט כי דבר ה' בזה ר"מ אומר זה הלומד תורה ואינו מלמדה ויש לדון בדברי הרמב"ם פ"ג הל' ת"ת ולפי שיטת ר"מ הוא ח"ו מן החמורות ובמ"ר ואתחנן פ"ב מי שהוא לומד תורה ואינו מלמדה אין לו הבל גדול מזה ובמ"ר קהלת י"א ג' אם ימלאו העבים גשם על

הארץ יריקו אם ימלאו ת"ח תורה על ישראל יריקו שנקראו ארץ כו' וכ"כ בס' חסידים דאין רשות לת"ח שמחדש חדושי תורה להחזיקם לעצמו כי לא ניתנו לו רק כדי שילמדם לישראל וכמו שהארכתי בזה במק"א:

טו ובפרט בעת הזאת כפי מאמרם ברכות דף ס"ג בשעת המכניסין פזר וכפי' רש"י. וע"כ העמסתי עלי עול כבד הזה והתחלתי ב"ה לסדרן קמא קמא דמטי לידי ובהשי"ת אעזר שיסייעני להוציא לאורה ואקוה לה' שימצאו חן וחסד בעיני יראי ה' הלומדים לשמה במו ימצאו עונג ונחת אחרי עיונם היטב וגם פרי הפלפולים אשר יפלו באיזה ענין לא נמנעתי מלסדרן וכעין מאמרם נדרים ד' ל"ח וכמש"כ היפ"מ עלה דחכך כיין הטוב דמ"ד כקונדיטון גם פרי הפלפולים הם בכלל זה. וכמו דאמרו שבת דף ל"א פלפלת בחכמה כו' וקראתי שמו נחל יצחק כי אלו החדושים אשר חנן ה' לי יצחק המה שלי תלי"ת וכמו הא דעירובין ד' נ"ד וממדבר מתנה וממתנה נחליאל כו' אם משים א"ע כמדבר שהכל דשין בו ניתנה לו במתנה. ובנדרים ד' נ"ה שעושה א"ע כמדבר שהוא מופקר לכל כו'. וכיון שניתנה לו במתנה נחלו אל וכמו שביארתי לעיל ולכן מי שמחבר איזה חיבור נאמר בו הכל דשין בו והוא מופקר לכל וע"ז נאמר אתי היתה ושלחתיה כי אחר שיצא על פני תבל הכל דשין בו ולכן זוכה שניתנה לו במתנה זוכה שנחלו אל וכמש"כ לעיל לפרש למעלת אגורה כו' כמו נחלה שאין לו הפסק גם נחלה הוא שלא ימושו מפיו כו' כנ"ל וזהו כוונת מאמרם ב"ק דף י"ז זוכה לנחלת יששכר כו' כמש"כ במק"א ע"כ קראתי שמו נחל יצחק כי זהו חלקי ונחלתי ויקוים בי לא ימושו מפיך גו' בע"ה:

טז ומכבר פירשתי כוונת הכתוב (במדבר כ"ד) מה טבו אהליך יעקב משכנותיך ישראל כנחלים נטיו גו' כאהלים נטע גו' די"ל בדרך רמז דמה טבו אהליך היינו השכר שנתן הקב"ה ליעקב במעלת אגורה באהלך דע"י המשכנות של ישראל אלו הת"ח שאומרים שמועה מפיו בבהכ"נ כמבואר ברכות דף ח' משכנות הם בהכ"נ ובהמ"ד ובמ"ר איכה אות ח' וכן המסייעים להם זוכים לשכר זה דעיקר מעלת אגורה באהלך הוא מה שנפשם מתעלה לאח"מ במדרגה עליונה כנ"ל וכמש"כ במק"א ואמרו בפסחים ד' נ"ג כל המטיל מלאי לת"ח זוכה ויושב בישיבה של מעלה כו' כי בצל החכמה בצל הכסף ולכן אם נפש הת"ח מתעלה ממילא גם אותן שהיו למשען לו הם בצל הת"ח ומפרש כנחלים נטיו כאהלים כו' דרש"י פירש כנחלים שנארכו ונמשכו למרחוק וכמ"ש בביצה ד' ל"ט נהרות המושכין שיש להם משך ממקור נביעתן וכן הוא בנחל דכתיב כל הנחלים הולכים אל הים וכמש"כ הגט פשוט סי' קכ"ח ס"ק נ"ב וזה שאמר כנחלים נטיו דתורתו מתפשטת למרחוק ע"י שמעתתי' דמבדרין בעלמא וכמו הא דהוריות ד' י"ב כי גרסיתו גרוסו על

נהרא דמיא כי היכי דמשכא מיא משכא שמעתתי' כאהלים נטע ה' הנה התוס' ברכות דף ט"ז ד"ה אהלים לנחלים הקשו על פי' רש"י דאהלים דקרא לשון בשמים ופירשו מדסמיך מה טבו אהליך לכנחלים נטיו עכ"ל וכ"כ הרשב"א שם וכן מצאתי בתד"א פ' כ"א שכ"כ להדיא כמש"כ התוס' והרשב"א ע"ש והך כאהלים נטע ה' זהו לשון בשמים ואמרו בעירובין ד' נ"ד אם משים א"ע כבושם שהכל מתבשמין בה תלמודו מתקיים ולא אמרו לשון מתקיים בידו רק מתקיים בלבד ויש לפרשו דנכלל בזה גם השכר של אגורה באהלך דמתקיים אצלו אף אח"מ וכמש"כ לפרש להא דפרק א"מ ד' ל"ה דת"ח דומה כו' מגולה ריחה נודף ונוחל ב' עולמות וזה שאמר כנחלים נטיו אם תורתו מתפשטת מרחוק ע"י שמעתתי' מבדרין וכאהלים נטע ה' דהכל מתבשמין בו ומזכירין שמועותיו במשכנותיך ישראל זהו בהכ"נ ובהמ"ד דעי"ז זוכה למעלת אהליך דאמר מתחלה מה טבו אהליך ומה טוב הוא מי שזוכה למעלה זו וכ"א בידו לזכות כן ע"י יגיעתו בתורה והן ע"י השתדלות נדיבי העם להיות למשען להת"ח וביד כ"א אשר בשם יעקב יקרא להשיג למעלה זו ועפ"ז פרשתי את הכתוב שמח זבולון בצאתך ויששכר באהלך ובמק"א הארכתי בכ"ז ולפי מש"כ בכוונת הפסוק דמה טבו אהליך י"ל דזהו כוונת המ"ר תרומה פ' ל"ג בזה"ל למעלן וימתחם כאהל לשבת למטן מה טבו אהליך יעקב וקצרתי כן יש לפרש בדרך רמז ולכן קראתי שם ספרי נחל יצחק לרמז על הך דהוריות הנ"ל: יז ובהקדמת ספרי באר יצחק כתבתי לפרש הפסוק (משלי ה') שתה מים מבורך גו' ועיקרו בפ' לפני ד' י"ט ובספרי עקב פ' מ"ח שתה מים מבורך כו' ונוזלים מתוך באריך מה באר כו' כך באים תלמידים כו' יפוצו מעינותיך כו' עכ"ל וכן נחל הוא מעיין כמבואר בנדרים דף מ' נהרא מכיפי' מתבריך וע"כ בתחלה באר ואח"כ זוכה להיות כמעין והר"נ שם כתב דבנהר אף שגשמים יורדין עיקר רבויין ממקורן דאין לך כל טפח יורד ממעלה שאין לך טפחיים עולה נגדו ועיקר התורה לנו הוא ע"פ יסודות הראשונים וכבר כתבתי לעיל דאף אם עיקר היסוד הוא אינו שלו ואומר בשמם וקצת הסבר משלו ג"כ ישיג למעלת אגורה באהלך לכ"ע ויש מי שזיכהו ה' לחדש על כל יסוד ויסוד רוב פלפולים נכונים וראויין כפליים מן היסודות וזהו כעין נחל ובפרט בדיני ממונות דאמרו בב"ב דף קע"ה והן כמעיין הנובע. ע"כ קראתי שם ספרי בשם נחל יצחק מכל הלין טעמי וראיתי לסדרן באופן נאות כמעשהו בראשון בספרי באר יצחק כן מעשהו בספרי השני כי הקונטרסים ארוכים חלקתי לפעמים ענין א' לכמה סימנים וכן הסימנים הארוכים לענפים למען ירוץ הקורא בהם ולא ילאה הקורא וכדי ליתן ריוח בין הדבקים ולהתבונן בין ענין לענין וכ"ז כדי להקל על המעיין ואקוה לה' שרבים חקקי לב ימצאו מרגוע ועונג בספרי זה ויהא

רעוא דאימא מילתא דתתקבל בבי מדרשא וימצאו חן וחסד בעיני אלהים ואדם ויפוצו מעינותי חוצה וישתו התלמידים מי הנחל שלי אשר חפרתי בעזר השי"ת אשר חנן לי יצחק אלחנן:

יח וכבר נתבאר גם גודל מעלת המתנדבים מחזיקי התורה להיות תמכין דאורייתא ועליהם נאמר עץ חיים הוא למחזיקים בה כמבואר במ"ר ויחי ובויקרא רבה פ' כ"ה וכ"כ בתנחומא ויחי ובזוהר בהעלותך וכן הוא בכתובות דף קי"א ומה"ט כתבו ביו"ד סי' רמ"ו סעי' א' דמי שא"א לו ללמוד יספיק לאחרים הלומדים ותחשב לו כאלו לומד בעצמו וכמש"כ בהקדמת ספרי באר יצחק בכוונת הכתוב באר חפרוה שרים כו' וסיפי' דקראי הוא וממתנה נחליאל וכבר כתבתי לעיל לפרש להך דעירובין דנחלו אל דזהו מעלת אגורה באהלך דכתב היפ"מ בברכות פ"ב בשם בעל עין יעקב דכל שאומרים שמועה מפיו בעוה"ז זוכה לשכר ותענוג נוסף על מה שכבר השיג בחייו ואע"פ שהיום לעשותן ולא למחר מ"מ אז מוסיפין לו שכר ונפשו מתעלה ביותר כו' ע"ש הנה זה השכר עצמו ג"כ זוכין אותן שהם למשענה להת"ח וזה שאמר שם תחלה כרוה נדיבי העם במחוקק במשענותם דכיון דתחשב לו כלומד בעצמו וע"כ ישיגו ג"כ מעלה זו כמאמרם פסחים ד' נ"ג דכל המטיל מלאי לת"ח זוכה ויושב בישיבה של מעלה כנ"ל וכמו הא דכתובות דף קי"א דכל המשתמש באור תורה אור תורה מחייהו כו' וזוכין להך דנחליאל: ומחזיקנא טיבותא לכבוד האכסניא של תורה היא קהלתי המפוארה ק"ק או ונ א אשר אנכי מתלונן בצילה והמה מחזיקים על ידי יהי זכרם ברוך ותהי משכורתם שלמה ישלם ה' להם כפעלם הון ועושר בביתם וצדקתם תעמוד לעד ויברכם בכל טוב סלה:

יט ואמרו בחד"א פ' י"ד דכולן חייבין להודות לה' ולשפוך רחמים ולבקש תחנונים מלפניו ולבקש ממנו דעה ובינה והשכל שנא' כי מלאה הארץ דעה כו' והעיקר שישתדל לכוין לאמתה של תורה ויתפלל לה' שיאיר עיניו בתורתו ולא יכשל בדבר הלכה כדמצינו לר"נ ב"ה שהיה מתפלל כן וכמבואר באו"ח סי' ק"ו סעי' ח' וכמש"כ הט"ז שם והארכתי בכוונת תפלת רנב"ה במקום אחר וכן ואני תפלה לאל חיי יה"ר שיתקבלו דברי בעיני חכמי דורנו והנני נותן הודאה לעבר ומתפלל על להבא אנא ה' כאשר עזרתני עד כה ברחמיך הרבים כן בל תעזבני לעד ותחזקני ותאמצני בחסדיך העצומים להבין ולהשכיל ללמוד וללמד ולזכות בכתר תוה"ק בשלימות דכתיב בה כי היא חייך ואורך ימיך:

והם חיי עולם ויזכני להדפיס החידושים אשר הם בכתובים ת"י ב"ה ויתן לי מהלכים בין עמודי הד"ת וההוראה ולא אכשל ח"ו בדבר הלכה ואזכה לישב בארבע אמות של הלכה הליכות עולם ונזכה כולנו לאור חיי הנצחי ולעבדו ביראה ובטהרה וכל העוסקים

שלא לשמה יה"ר שיהיו עוסקים לשמה וכדכתיב יראת ה' טהורה עומדת לעד ופרשתי ע"פ הא דפסחים דף נ' דבלשמה מעל השמים חסדך כו' והמהרש"א שם כתב דנפ"מ הוא בשכר דעל שחקים אבל עוה"ב יזכה אף בשלא לשמה ע"ש. והאהבת ציון דרוש ד' ביאר דשכר מעל השמים זהו שכר הנצחי ע"ש וזהו שאמר יראת ה' טהורה היינו כמו דאמר לב טהור כו' בלא מחשבה זרה זהו לשמה ע"כ עומדת לעד ושכרו נצחי. וזהו כוונת מאמרם שבת ד' ס"ג אורך ימים בימינה כו' למיימינים בה אורך ימים איכא ועפ"ז פרשתי לכוונת הכתוב (תהלים קל"ט) בחנני ודע שרעפי וראה אם דרך עוצב בי ונחני בדרך עולם. דכיון דאיני עושה דרך עצבות רק בשמחה זהו לשמה ע"כ נחני בדרך עולם זהו שכר הנצחי וכן י"ל הא דדברי הימים (א' כ"ט) וידעתי כי ביושר לבבי התנדבתי כל אלה כו' ראיתי בשמחה להתנדב לך כו' שמרה זאת לעולם דכיון דבשמחה ויושר לבבי התנדבתי זה היינו לשמה ע"כ שמרה זאת לעולם וזוכה לשכר הנצחי והארכתי בכ"ז במק"א וכן נזכה לשמוח בתוה"ק ובמצותינו עולם ועד וצדקותינו תעמוד לעד ודברי ה' לא ימושו מפינו ומפי זרענו אמן כי"ר:

והנה אחלה את פני הקוראים כי אם יקשה לו איזה דבר אז ישים עיניו אל ההשמטות אולי ימצא שם דברים אשר ירגיעו את לבו. כי במקומות רבים קצרתי:

סימן א:

הלכות דינים:

(סעיף א) בזה"ז דנין כו' משום דשליחותייהו קא עבדינן והרשב"א בחי' ליבמות ד' מ"ו ולגטין ד' פ"ח והר"נ שם כתבו דהא דשליחותיי' דקא עבדינן זהו מדרבנן וכן כתב רש"י בסנהדרין ד' ב' ע"ב על הא דאמרו שם דלא בעינן מומחין משום דר"ח ופי' רש"י ותקנתא דרבנן היא וכן משמע פשט הסוגיא שם דמדמו זה להא דלא בעינן דו"ח בזה"ז וזהו רק מדרבנן וכ"כ הרמב"ן בחי' ליבמות ד' מ"ו אלא לבסוף כתב בלשון ואפשר דמה"ת אף הדיוטות דנין בשליחותייהו וכן משמע במישרים נתיב א' ח"ב ובע"ש סעי' א' דזהו תקנה מדרבנן והנתיבות כתב דזהו מה"ת אבל לדינא ודאי העיקר כהראשונים דזהו מדרבנן:

סימן א ענף א:

והנה הט"ז ביו"ד סי' רכ"ח ס"ק מ"ד הקשה בסתירת דברי הרא"ש אהדדי דבתשובה א' פסקי דבשבועה לא שייך לומר אי עביד לא מהני משום דיכול לשאול על שבועתו ואלו בכלל ה' דין ד' פסק במה שעשו הסכמה באופן המועיל שלא ימכרו להמקומות לשום אדם בשביל שום חוב אם לא מרצון בעל המקומות ונמכרו הרבה מקומות ע"פ ב"ד:

ופסק דאין יכולת בידם למכור והעלה הט"ז דהרא"ש חזר בו ונלע"ד לתרץ דלא סתרי דברי הרא"ש אהדדי והוא דהנה הר"נ בתשובה סי' מ"ד כתב דיתומים שהגיעו לעונת פעוטות שמכרו לנכסים מועטים דלא מהני משום דמכירתם בהגיעו לעונת הפעוטות אינו רק דרבנן ובמקום איסורא לא תקנו רבנן והובא בח"מ סי' רל"ה בהגה"ה סעי' א' ובמל"מ פ"ט ה' זכיי' ה' יו"ד:

ולפ"ז י"ל דבהך כללא דאי עביד לא מהני ס"ל להרא"ש דכיון דיכול להשאל על שבועתו דלא שייך לדון בזה הך כללא ושאני מכירת המקומות עבור חוב דהא מה"ת בעינן סמוכין אף בהודאות והלואות וכן לגוביינא והחלטת הקרקע עבור חוב בעינן ג' מומחין כמבואר בח"מ סי' ק"ג סעיף ח' ובכתובות ד' צ"ח ובתוס' ד"ה דאמרי לי' מאן שם לך וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ג ס"ק מ' והמחבר שם סעי' ט"ו דס"ל דסגי בהדיוטות ז"א רק במשכון מטלטלי דקני מדר' יצחק כמש"כ הקצה"ח שם ס"ק יו"ד. ובעובדא דתשובת הרא"ש עשו שלא כדין במה שעברו והחליטו ומכרו להמקומות שלא מרצון הבע"ד דהא הי' תקנה באוה"מ שלא ימכרו בלא הסכם הבע"ד ולכן לפי מה דנתבאר דהא דדנין האידנא לכל דבר דצריך ב"ד מומחין דזהו משום דשליחותייהו עבדינן מדרבנן וכיון דבמקום איסורא לא תקנו רבנן לתקנתם ע"כ הכא שעשו שלא כדין בטל מכירתם והוי כמו דמכרו המקומות שלא בב"ד דלא מהני מכירתן ואף דאי עביד לא מהני לא שייך בשבועה מ"מ יש לדון בזה להכלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן ואי נימא דבטל מכירתם א"כ יתוקן האיסור דהא עיקר התקנה הי' שלא יצאו המקומות מרשות הבעלים אלא ישארו ברשותן וגם בכה"ג לא נתנו לנו רשות לדון אך ז"א] ע"כ שפיר י"ל כן ולכן שפיר פסק הרא"ש ואין שום סתירה כלל בדבריו אהדדי ומתורץ קושיות הט"ז הנ"ל ולפ"ז יהיה מוכח דגם הרא"ש ס"ל כשיטת הראשונים הנ"ל דהא דשליחותייהו דקמאי דעבדינן אינו רק מדרבנן:

ועי' לקמן סי' רמ"ח בסמ"ע ס"ק י"ז שכתב שם דלכן אין מגבינן להבע"ח במקום אחריך משום דאין עושין איסור כו'. והנה ע"פ מה שכתבתי לדון בזה להך כללא דבמקום איסורא לא תקנו רבנן א"ש זה ביותר ועיין במל"מ פ"ט ה' זכיי' ובשער המלך שם אך יש לדון בכ"ז לפי שיטת הרמב"ם דס"ל ד"ת חד כשר והובא בש"ך ריש סי' ג' ועיין לקמן סי' ק"ד סעי' י"ד וברמב"ם פ' י"ב ה' זכיי' דין י"א מזה אך שם דמיירי לכתחלה דאין ב"ד גובין מהם א"ש לכ"ע:

וכן יש לדון עפ"ז בהא דלקמן סי' פ"ז סעי' יו"ד דמי שחייב שבועה מדרבנן וקדם ותפס ולא רצה לישבע לא מפקינן מיני' וכתב הסמ"ע שם ס"ק כ"ב והש"ך ס"ק כ"ד בשם הר"נ

פ' הכותב דדוקא תפס מעות אבל תפס מטלטלין לא מהני תפיסתו וכ"כ החלקת מחוקק באה"ע סי' צ"ו ס"ק כ"ה בשם הר"נ דתפס מטלטלין כיון דגופייהו לא מקנינן לה מפקינן מינה והדר לא גבי אלא בשבועה וכ"כ הב"ש שם והנה הבית מאיר שם הקשה על הר"נ הנ"ל דהא בח"מ סי' ק"ח סעי' י"א ובאה"ע סי' צ"ו מבואר דאם קדמו היורשים ותפסו אף מטלטלי אין מוציאין מידם ויכולים לומר קים לי דאדם מורישׁ שבועה לבניו וכן הוא שיטת הר"נ שם אלמא דאף גבי מטלטלי מהני תפיסה ובלא"ה צ"ע מאיזה טעם יהי' חילוק בזה בין מטלטלי למעות וכן מצינו בכל ספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא דמהני תפיסה אף במטלטלי עבור חוב ולפי סברת הסמ"ע והח"מ הנ"ל גם בזה י"ל כיון דגופיי' לא מקני להו ע"כ לא יהי' לו דין מוחזק ובאמת הא בכללי תפיסה של הש"ך והאו"ת שהשיגו על הישׁ"ש והמהרי"ט דמחלקי בזה וכן מבואר בח"מ סי' מ"ב סעיף ח' דמהני תפיסה במטלטלי בספק בשטר וגם בספר שער משפט סי' פ"ז ס"ק ט' העיר בזה וסתר הך דינא של הסמ"ע והש"ך הנ"ל והעלה דאף במטלטלי מהני תפיסה בלא רצה לישבע אמנם לפי מה שנתבאר לעיל בשם הר"נ בתשובה דבמקום איסורא לא תקנו רבנן וכן נתבאר דמי שתופס עבור חוב אין יכול לגבותו בלא מומחין כמו שהעלה הש"ך בסי' ע"ג ס"ק מ' בשם הר"נ והרשב"א והא דסגי בהדיוטות באלמנה משום חינא ואינו אלא מדרבנן אבל מה"ת הא בעינן סמוכין אף בהודאות והלוואות וה"ה למה דצריכים ב"ד לגוביינא והחלטה רק משום דמדרבנן עבדינן שליחותייהו לכן דנין כ"ז בבבל ולפ"ז אתי שפיר מש"כ הר"נ כנ"ל והרשב"א בחי' לכתובות ד' פ"ח דבמטלטלי לא מהני תפיסה באינו רוצה לישבע משום דכיון דהדין הוא במי שמחוייב לישבע שבועה דרבנן ותפס ואינו רוצה לישבע דאף דלא מפקינן מיני' דמקרי גזלן דרבנן כמבואר בשבועות ד' מ"א וכיון דזה מקרי מילתא דאיסורא לכן לא תקנו רבנן להזדקק האידנא דליכא סמוכין להגבותו המשכון כיון דכל כחם אינו רק מדרבנן וכיון דלא נתנו להם רשות בזה ע"כ אין דינם כב"ד לזה ובלא גובייגא דב"ד אמרינן מאן שם לך וכבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' להוכיח דהיכא דאין הב"ד יכולין להזדקק להגבותו החפץ דממילא מחוייב להחזיר החפץ משום איסור גזל ע"ש: ולפ"ז ה"ה במי שתפס ואינו רוצה לישבע כיון דאינם יכולים הב"ד להזדקק להגבותו ע"כ ממילא מחוייב להחזיר משום איסור גזל [ועפ"ז יש לדון בשיטת הרמ"ה סוף פ"ק דב"ק בראש"ש דס"ל דהא דבקנס אי תפס לא מפקינן דזהו מדרבנן וקצרתי]. והא דמבואר בסי' ע"ב בש"ך ס"ק ע"א דאם אינו רוצה לגבות מגוף המשכון רק להחזיקו אצלו יכול לתפוס המשכון התם הא הוי בידו לילך לב"ד שיחליטו לו החפץ וכן הא דמלוגא דשטרי דפ' הכותב ובח"מ סי' ס"ד דיכול

לתפוס השטרות למשכון אף דאינו יכול לגבות בלא כתיבה ומסירה שאני התם דהא הב"ד יכולים להחליט לו גוף הנייר בגוביינא עד שיפרע לו החוב משא"כ היכא שמסרב ואינו רוצה לישבע א"כ הא לא מצי בשום אופן לגבות בלא שבועה ולא יבא לעולם לידי גוביינא בל"ש והא דסי' ק"ד דתפס שטרות לא הוי כתפס ממון כתבתי במקום אחר דאינו ראי' מהתם לנ"ד:

ולפ"ז מתורץ קושיות הבית מאיר והשער משפט שהקשו דמ"ש זה מכל ספיקא דדינא דמהני תפיסה אף במטלטלין משום דשאני ספיקא דדינא או ספק בשטר דשפיר נזקקין הב"ד להגבותו גוף החפץ כיון דטוען קים לי או טוען ברי משא"כ בתפס ואינו רוצה לישבע דכיון דהוי מילתא דאיסורא דהוי כמו כל גזל דרבנן א"כ לא שייך בזה להתקנה דעבדינן לשליחותייהו דבזה לא נתנו להם רשות להחליט החפץ וכיון דב"ד הדיוטות דבזה"ז אינם יכולים להגבותו וכן לנתינת רשות למכור החפץ ע"כ ממילא צריך להחזיר גוף החפץ כשאינו רוצה לישבע משום איסור גזל. וזה שכתב הר"נ והח"מ והב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק כ"ה וזה לשונם דוקא תפסה מעות אבל מטלטלי כיון דגופייהו לא מקנינן לה מפקינן מינה והדר לא גביא אלא בשבועה עכ"ל. וכ"כ הרשב"א בחידושיו לכתובות ד' פ"ח בזה"ל דכיון דגופייהו לא מקנינן לה ע"כ מפקינן מינה דמדוקדק שפיר לשונם במה שכתבו בלשון לא מקצינן לה ולא כתבו כיון דגופייהו אינו קנוי לה אלמא דכוונתם דכיון דלא יזדקקו להקנותו ע"כ ממילא יצטרך להחזיר משום דהוי מילתא דאיסורא לגבות החפץ בל"ש ע"כ ממילא חייב להחזיר החפץ כיון דאינו בידו לגבות מהחפץ בל"ש לאחר דתקנו חז"ל שישבע ע"כ מפקינן מיניה אבל בתפס מעות דא"צ ב"ד לזה כמבואר בסי' ע"ב סעי' י"ז וכ"כ הר"נ פ' אלמנה ניזונית דבתפס מטלטלי דיתמי מפקינן אבל תפס מעות כיון דא"צ שומא מהני תפיסה דהוי כפרוע וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' וכ"כ הר"נ בר"פ השואל גבי הלוואת יו"ט לחלק בין תפס מעות לתפס חפץ וכ"כ הש"ך סי' ק"י ס"ק ה' לחלק בין תפס מעות ע"ש לכן ה"ה בתפס מעות ואינו רוצה לישבע לא מפקינן מיני' דהא א"צ בזה לגוביינא דב"ד. ומתורץ קושיות הב"מ והשער משפט ובחי' לסי' פ"ז בארתי ביותר כ"ז והעלתי שם מה דיש לחלק דשאני מטלטלי דיתמי דכיון דלא שייך בי' בע"ח קונה משכון ע"כ שפיר כתבתי בספרי דאם לא יזדקקו הב"ד לגוביינא ממילא יצטרך להחזיר משום איסור גזל משא"כ בתפס מהלוה בחייו כיון דקני משכון כדר' יצחק ע"כ לא שייך בזה הכלל הלז. וגם העליתי שם לדון איך היה הדין בזמן דהיו סמוכים אך מחמת שאין כאן מקומו ע"כ קצרתי כאן בזה גם כתבתי לדון שם דאף דהב"ד לא עבדי איסורא בעצמם דעכ"ז כיון דע"י גבייתם יתעביד איסור

דרבנן א"כ מ"ש ועוד דהא איהו הזוכה ואיהו דקעבר על איסור דרבנן ע"כ שייך שפיר בזה ה"ט:

סימן א ענף ב:

אכן בעיקר דברינו מש"כ לדון בהא דשליחותייהו קא עבדינן להך כללא של הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן דיש לכאורה לסתור זה והוא דלקמן סי' ה' סעי' ב' אין דנין בשבת ויו"ט ואם עבר ודן דינו דין וכמבואר ברי"ף והרא"ש ביצה ד' ל"ו והוא מתוספתא ביצה פ"ד: ועיין בק"נ שם וביאור הגר"א זצ"ל לאו"ח סי' של"ט ס"ק ט"ו:

והנה לפמש"כ בשם הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן אף אם האיסור אינו רק מדרבנן כמו התם דהוי האיסור משום דמפסידים לחוב מזונות הבת דהוי מדרבנן ולכן לפי מה דנתבאר דמה דדנין בבבל דליכא סמוכין דאין זה רק מדרבנן א"כ הדין נותן דהיכא דעשו איסור ודנו בשבת דיהי' בטל דינם כיון דאינו רק מדרבנן מה דעבדינן שליחותייהו והא דמבואר בתוספתא דאם עברו ודנו דיניהם דין י"ל דזהו בזמן דהי' סמוכים אבל מנלן לדון כן האידנא דליכא סמוכין וכיון דחזינן דס"ל לכל הראשונים דאף האידנא דיניהם דין בשבת א"כ מוכח מזה דכמו דמבואר בח"מ סי' ר"ח בט"ז וש"ך שם דלכן אם עברו ודנו דיניהם דין משום דלא שייך בזה לדון אי עביד לא מהני כיון דאינו איסור בעצם רק מחמת הזמן ע"ש דה"ה דמה"ט לא שייך בזה לדון להכלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן שכתב הר"נ וזהו דלא כמש"כ לעיל דבשבועה אף דס"ל להרא"ש בתשובה דלא שייך בזה אי עביד לא מהני דמ"מ יש לדון בזה להכלל של הר"נ הנ"ל. אבל באמת דוחק לומר דמחמת שאין האיסור בעצם רק מחמת הזמן דלא יהי' שייך לומר בזה להך כללא של הר"נ הנ"ל משום דבאמת אין זה דומה להך דאי עביד לא מהני ולכן לכאורה יש להוכיח מזה כשיטת הנתיבות דהא דדנין בבבל זהו מה"ת אכן באמת אין זה הוכחה כלל לפמש"כ המל"מ פ"ט ה' זכיי' ה' יו"ד לבאר דברי הר"נ בתשובה הנ"ל במש"כ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן דז"א רק היכא דלא הי' יכול לעשות המעשה באופן המועיל אבל היכא דהיה יכול לעשות זה באוה"מ אז לא דיינינן להך כללא דבמקום איסור לא תקנו רבנן ודינם דין גם במקום איסור דרבנן וכ"כ השער המלך שם ולפ"ז הכא בעברו ודנו בשבת כיון דהיו יכולים לדון בחול ע"כ לא שייך הכא הך כללא וכ"כ הש"ך בסי' ר"ח ס"ק ב' לחלק כן גבי אי עביד לא מהני ע"ש ואף דיש לחלק בין נידון המל"מ הנ"ל לנ"ד מ"מ אפשר לדון כן ועוד י"ל בזה ע"פ מש"כ המהרי"ט והובא בנתיבות סי' ר"ח ובתשובת ר"ע איגר זצ"ל בפסקים סי' קכ"ט דלכן אמרו דאם דנו בשבת דדיניהם דין ולא דנין בזה להך דאי עביד לא מהני משום דהא לא יהי' מתוקן האיסור בזה ע"ש

ה"ה די"ל כן להכלל שכתב הר"נ במה דעברו ומכרו בנכסים מועטים דאי נימא דבטל המכירה מצד דהוי מכירת פעוטות א"כ יהי' מתוקן האיסור ולא יפסידו למזונות הבת לכן אמרו בזה הך כללא דבמקום איסורא לא תקנו רבנן אבל במה שאמרו אין דנין בשבת משום שמא יכתוב דעיקר האיסור הוא במעשה הדין שדנין וכיון דעברו כבר ולא יתורץ דברי חכמים במה שיבוטל קיום הדין וכמש"כ המהרי"ט כנ"ל ע"כ לא שייך לדון בזה להכלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן לכן שפיר פסקו דאם עברו ודנו בשבת דיניהם דין אף בזמן דליכא סמוכים אף דנימא דשליחותייהו דקא עבדינן זהו מדרבנן ולכן שפיר כתבתי לעיל בהנידון דתשובת הרא"ש דעשו תקנה שלא למכור המקומות בלא רשות הבעלים. וכן בהא דח"מ סי' פ"ז בתפס מטלטלי ואינו רוצה לישבע דשייך התם לדון הכלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן. דהא התם ג"כ יתוקן האיסור ע"י מה דנימא דלא תקנו התם לתקנתם:

ובהא דעבדינן שליחותייהו דקמאי בכל מה שנתבאר לעיל. דלא שייך לדון בכ"ז דלא ניעבד שליחותייהו דקמאי דלא יהי' עדיפא מן עשאו לשליח בפי' אם הוא במקום איסור דנתבטל השליחות לשיטת כמה פוסקים אף באיסור דרבנן משום דאשל"ע ועיין במל"מ פ"ב ה' רוצח ובנו"ב א"כ בעברו ודנו בשבת לכאורה יש לדון דיתבטל שליחות דקמאי כיון דהשלוחים עשו איסור וה"ה בכל הנ"ל דזה אינו לפמש"כ המל"מ פ"ג ה' גניבה דאם עשה שליח בסתם והשליח שחט בשבת מדעתו דלא שייך בזה אשל"ע כיון דלא ציווהו המשלח לשחוט בשבת. א"כ ה"ה הכא וכ"ז פשוט ולכן לא באתי בזה לדוק רק למש"כ הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן דזה שייך אף היכא דלא אמרינן אי עביד לא מהני כמו בשבועה דלעיל וכה"ג ומה"ט יש לדון בהא דנשבע שלא למכור דיו"ד סי' ר"ל ובח"מ סי' ר"ח דאם הי' המכירה ע"י קנין דרבנן כגון בקנין משיכה לדידן דקיי"ל ד"ת מעות קונות וכה"ג דכיון דבמקום איסורא לא תקנו רבנן. ואף היכא דהי' בידו על קנין דאורייתא אם הוא במקום איסור מה"ת כמש"כ המל"מ לחלק בזה בפ"ט ה' זכיי' ה' יו"ד ע"ש:

דלא קנה אף אי נימא דשבועה לא שייך א"ע לא מהני ובזה יתוקן האיסור לפמש"כ רע"א וצ"ל בפסקים סי' קכ"ט לדון בנשבע שלא לגרש הכוונה הוא גירושין המועילים ע"ש וה"ה בנשבע שלא למכור ועפ"ז יש לדון בסתירת השו"ע והפוסקים בזה. וקצרתי כאן בכ"ז ובמק"א יבואר כ"ז ביתר ביאור ועיין לקמן סי' ל"ד ובסי' ס"ו סעי' ל"ד ובסי' פ"ז סעי' יו"ד בחידושי שם:

סימן א ענף ג:

ולכאורה יש לדון לשיטת הראשונים דס"ל דהא דשליחותייהו דקא עבדינן דזהו רק מדרבנן אבל לא מה"ת וה"ה במה דמקבלין עדות בזמן דליכא סמוכין דמה"ת בעינן סמוכין. ובזה כ"ע מודו כמש"כ התוס' בב"ב ד' מ' וכתובות ד' כ"ב והא דמקבלין עדות בזמן דליכא סמוכין הוי זה רק מדרבנן לפי שיטת הראשונים הנ"ל ע"כ יש לדון דבזמן דליכא סמוכין לא שייך הך דינא דנסכא דר' אבא לומר דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ע"פ עדות ע"א דהא מבואר לקמן בסי' ע"ה סעיף י"ד דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אלא בשבועה דאורייתא אבל בשבועה דרבנן לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם א"כ ה"ה בע"א בזמן דליכא סמוכין כיון דמה"ת לא הוי שום ממש בעדותו דהא הוי כמו דהעיד חוץ לב"ד כיון דבעינן סמוכין ועיקר עדותו הוא ע"י מה דתקנו דניעבד שליחותייהו דאין זה רק מדרבנן וכיון דכללא הוא דבשבועה דרבנן ואף בשבועת המשנה לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם א"כ לא יהי' שייך כלל בזמן דליכא סמוכין לדון ע"פ ע"א דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ובאמת אין סברא לומר כן דהא לא אישתמיט בשום פוסק לומר כן אלא אדרבה כתבו כולם כל הראשונים והאחרונים בסי' ע"ה דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ע"פ ע"א. א"כ לכאורה יהיה מזה ראי' למש"כ הנתיבות לומר דהא דשליחותייהו דעבדינן זהו מה"ת ותקשה מזה על שיטת הראשונים הנ"ל:

וידעתי מה דיש לחלק דשאני שבועה דעיקרו רק מדרבנן בזה אמרו דלא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אבל היכא דעיקר חיוב שבועה הוי מה"ת רק מחמת דאין לנו סמוכין הראויין לקבל עדותו הוי משום זה כמו דרבנן א"כ זהו מצד אחר אבל בעיקר חיוב שבועה הוי מה"ת ואם היו סמוכין הי' נוהג בע"א מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ע"כ דינו בזמן דליכא סמוכין כדאורייתא גבי זה לאחר דתקנו לקבל עדות בזמן דליכא סמוכין כן הוא חילוק פשוט באמת אבל מה אעשה דבאמת יש להוכיח דגם כה"ג דינו כדרבנן דלא אמרינן בזה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם והוא דהתוס' בכתובות ד' י"ח ע"ב ד"ה ובכולי בעי דלודי כו' כתבו בזה"ל וקשה לר"י דהא א' בב"מ דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ואין לומר דמה"ת חשוד אממונא חשוד אשבועתא ומדרבנן הוא דאמרינן דלא חשוד לפי שראו שהיו מקילים בממון יותר מבשבועה ותקנו שבועה על החשודים כ"ז שלא נודע שהוא גזלן שכשר מה"ת עדיין אבל גזלן ידוע שפסול מה"ת לא תקנו כו' דהא גבי נסכא דר' אבא משמע דאי אמר לא חטפי הי' נשבע להכחיש את העד אע"ג דחשוד אממונא והתם הוי שד"א דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם כדמשמע בפ"ק דב"מ גבי

ההוא רעיא עכ"ל התוס' וכ"כ התוס' בב"מ ד' ג' ע"ב ד"ה בכולי בעי דלודי כו' ע"ש. ועיין בב"מ ד' ה' ע"ב תוס' ד"ה ותקנתא כו' דכתבו דהכא לא שייך מתוך שאינו יכול לישבע משלם כדפרישית עכ"ל י"ל דנתכוונו למש"כ התוס' הנזכר לעיל ד' ג' ועיין במהר"ם לובלין שם שכ"כ והנה הש"ך בסי' נ"ח ס"ק כ"ג כתב די"ל דס"ל להתוס' בכתובות ד' פ"ה דאף בשבועת המשנה אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דכעין דאורייתא תקנו לכל מילי ע"ש ובאמת מוכח מהתוס' ב"מ וכתובות הנ"ל דס"ל דלא אמרינן בשבועת המשנה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם וכמבואר בסי' ע"ה. ועיין ב"מ ד' ע"א ובתוס' ד"ה דתני ר"ח כו' ובאמת י"ל דכוונת התוס' בכתובות ד' פ"ה שם דמיירי בתר פרעון וכמש"כ שם הש"ך מקודם:

ודברי התוס' כתובות ד' י"ח וב"מ ד' ג' הנ"ל דכתבו בפשיטות דאם אמרינן מה"ת מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא אלא לאחר דראו חז"ל דחמירא לאינשי שבועת שקר ע"כ תקנו שבועה על החשודים כו' דבזה לא שייך מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך כו' זה צריך ביאור הא עיקר חיוב שבועה הוי מה"ת אלא דמה"ת דאמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' לא מצינן ליתן לו שבועה א"כ האידנא דחמירא להו שבועה ולא שייך מיגו דחשוד אממונא ע"כ ממילא דין חיוב שבועה זו כמו דאורייתא ממש ובוודאי שייך בזה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם כמו כל שד"א ואין זה דמיון כלל לשבועת המשנה דלא אמרינן ביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם דעיקרו הוא רק מדרבנן ואפשר דסברת התוס' הוא לפי דבאמת גם האידנא דנותנין שבועה אין זה רק בתורת תקנה כמש"כ התוס' בלשונם שם דתקנו שבועה על החשודים וכ"כ שם אח"ז דבגזלן ידוע לא תקנו אלמא דזה גופא לא ברירא לחז"ל אם הוא חמור לו כ"כ וזה אינו אלא בתורת תקנה ע"כ ממילא דין חיוב שבועה בנסכא דר' אבא בזמן דליכא סמוכין אינו אלא בתורת תקנת חז"ל לכן כמו דבכל חיוב שבועת המשנה לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ה"ה בזה מבעי לן לומר דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם כן יש לדחוק בכוונת התוס'. עכ"פ חזינן דס"ל להתוס' בפשיטות דאף דעיקר חיוב שבועה הוי ומה"ט היכא דשייך אשתמוטי וכה"ג הא חייב שבועה מה"ת. עכ"ז היכא דמה"ת אין עליו חיוב שבועה במקום דשייך מיגו דחשודא ממונא כו' ויהיה מאיזה טעם שיהי' כיון דמה"ת אין נותנין שבועה בזה אלא מדרבנן מחייבינן לי' השבועה ע"כ ממילא דינו כמו כל שבועה דרבנן לגבי זה. א"כ ה"ה בשבועת ע"א דבזמן דליכא סמוכין אין אנו מחייבים לו שבועה בע"א רק מדרבנן דתקנו שליחותייהו דקמאי לכן אף דעיקר שבועה הוי מה"ת עכ"ז כיון דמה"ת ליכא עליו חיוב

שד"א מאיזה טעם ע"כ ממילא דינו ככל שבועה דרבנן דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכן יש לדון דלא יהא דין נחתינן לנכסיו בשבועת ע"א דאין לו דין שד"א רק שד"ר ובסי' פ"ז מבואר דאף בשבועת המשנה לא נחתינן לנכסיו וגם יש לדון זה במכש"כ מנידון התוס' הנ"ל. א"כ תקשה מזה על שי' הראשונים דס"ל דמה דדנין ומקבלין עדות בבבל אין זה רק מדרבנן דהא כולם כתבו בפשיטות לדין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בשבועת ע"א כמו בנסכא דר' אבא או בטוען איני יודע אם לויתי וע"א מעיד דלוה וכה"ג כמבואר בסי' ע"ה אך י"ל דהראשונים לא ס"ל כשיטת התוס' בכתובות וב"מ הנ"ל אלא ס"ל לחלק כמש"כ לעיל ולדברי התוס' הנ"ל באמת מוכח דס"ל דהא דשליחותייהו דקמאי הוי זה מה"ת וכמש"כ הנתיבות:. ויש לחלק דדוקא היכא דבשני עדים היו נאמנין מה"ת רק בע"א אין לו יכולת לחייב שד"א רק מדרבנן בזה שפיר ס"ל להתוס' דאין בזה דין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום דדינו כשבועת המשנה בזה אבל היכא דגם בשני עדים הוי מדרבנן כגון בבבל דלא היה סמוכין ע"כ גם בע"א דינו כמו שני עדים לדון בי' דכל זמן דלא נשבע דינו כמו ב' עדים ואמרינן בי' מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ודינו ככל שד"א דהא לא הוי זה גריעותא לפי דהוי ע"א דהא גם בשני עדים בבבל הוי דרבנן ע"כ לא שייך בזה הכלל הנ"ל ובכזה אמרינן להא דכ"מ ששניים מחייבין ממון א' מחייבו שבועה כמבואר בשבועות ד' מ"י ועיין בתוס' כתובות ד' פ"ז ע"ב ד"ה ועוד אין נשבעין כו' ובתוס' שבועות שם ד"ה וכ"מ ששנים כו' וקצרתי בכ"ז. וע"כ י"ל דגם התוס' דכתובות ד' י"ח וב"מ ד' ג' דס"ל כשיטת כל הראשונים דהא דשליחותייהו דקא עבדינן דזהו מדרבנן וא"ש כ"ז ואחר כותבי כ"ז ראיתי בנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ל"ג ובנו"ב מ"ת ח' ח"מ סי' ה' שכתב להוכיח ע"פ דברי התוס' כתובות הנ"ל דאף לשיטת הרמב"ם דס"ל דשטר אינו רק מתקנ' חז"ל דז"א רק במתו העדים אבל אם העדים חיים הוי שטר כזה מה"ת כשר וכמש"כ הלח"מ דאל"כ תקשה על הרמב"ם ממה דפסק הרמב"ם דבשטר בע"א אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמבואר בסי' נ"א והא בשבועה דרבנן לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם עכ"ל הנו"ב בקצרה ולפי מה שכתבתי להוכיח לפי שיטת כל הראשונים דס"ל דהא דדנין בבבל אין זה רק מדרבנן ואפ"ה ס"ל לכולם דבע"א דייניגן בי' כדין שד"א לענין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכה"ג אף בבבל דליכא סמוכין דלפ"ז מוכח מזה דסברת התוס' בכתובות אינו מוכרח כ"כ די"ל דהיכא דהוי עיקר שבועה מה"ת דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכמש"כ לעיל או די"ל דהיכא דשני עדים אינן בני עדות מה"ת דאז גם ע"א דינו כשני עדים כנ"ל ע"כ י"ל

דגם הרמב"ם ס"ל כן ולכן גם שטר בע"א מהני דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום דהא שטר בשני עדים ג"כ אינו מועיל מה"ת רק מדרבנן ע"כ דין ע"א בשטר ג"כ כשני עדים כ"ז דלא נשבע נגדו ואמרינן שפיר מתוך שאינו יכול להשבע משלם וע"כ דברי הנו"ב בהוכחתו אינם מוכרחין:

ועוד נ"ל לדון אף לדברי הנו"ב הנ"ל דחזינן דס"ל דאף דבשני עדים הי' ג"כ הדין דעיקר נאמנותם אינו אלא מדרבנן מ"מ בע"א כיון דעכ"פ אינו נאמן אלא מדרבנן דלא ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם עכ"ז י"ל דשאני הא דשליחותייהו דקמאי דעבדינן דכיון דבזמן דהיו סמוכין הי' דינו של ע"א לחייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דה"ה בזמן דליכא סמוכין כיון דשליחותייהו קא עבדינן ע"כ דינו אף בבבל כמו שהיו הדין בזמן שהי' סמוכין ולא מחלקינן ביניהם דאל"כ נעקר ונלקה הדין בבבל ושייך לדון בזה לא פלוג וזהו מוכרח דאל"כ ישתנו כמה דינים האידנא כגון בתרי ותרי המכחישים אם נתקדשה או לא דקיי"ל דאם ניסת תצא כמבואר באה"ע סי' מ"ז סעי' ב':

ועיין בב"ש ס"ק ב' ובח"מ שם ס"ק א' ומקורו הוא בכתובות ד' כ"ג ובתוס' ד"ה מ"ש רישא כו' ובכתובות ד' כ"ו תוס' ד"ה אנן אחתינן כו'. ובקידושין ד' ס"ו בתוס' שם וב"ב ד' ל"ב ד"ה אנן מסקינן כו' דבדאורייתא מחמירין בתרי ותרי שלא להעמיד בחזקת היתר רק הוי ספיקא דרבנן היתכן לומר דהאידנא דליכא סמוכין א"כ קבלת עדות של העדים המעידים דנתקדשה יהי' דינם רק כאיסור דרבנן כיון דמה"ת הוי כאלו לא נתקבל עדותן בב"ד. דהא מן הדין בעינן דיתקבל עדותן בב"ד ודוקא באיסורין דע"א מהימן לא בעינן ב"ד גבי' א"כ יהי' בבבל דין האשה המעידים עליה ב' עדים דנתקדשה כמו כל איסור דרבנן ולא מה"ת. א"כ בתרי ותרי תהי' מותרת כמו כל דרבנן דלא מחמירין בתרי ותרי המכחישין או היכא דנולד ספק אחר בהעדים בזה יהי' דינה כספק דרבנן ולקולא וכן יש עוד כמה נפ"מ בין דאורייתא לדרבנן כגון בפסולי עדות וכה"ג ובוודאי אין סברא לומר כלל דבבבל יהי' דין זה רק כמו כל דרבנן ומלבד דז"א ע"פ סברא הנה יש כמה סתירות לזה מכל הפוסקים וכן יש כמה דינים דלפ"ז ישתנו האידנא ורבו מלספור ועיין מזה בקצה"ח סי' ל"ד ס"ק א' גבי קבלת עדות לפוסלו בבבל וע"כ מוכח מכל זה דמה דנתנו לנו רשות לדון ולקבל עדות בבבל דיש לזה כל הדין כפי שהי' בזמן סמוכין דאל"כ תיעקר רוב הדינים וכן מוכח ממה דאמרו דמודה במקצת יש לו דין שד"א והא כתב הקצה"ח בסי' ג' ס"ק ב' דמודה במקצת בעי סמוכין מה"ת ע"ש א"כ לפ"ז יש לומר בבבל דליכא סמוכין ושליחותייהו דקא עבדינן זהו רק מדרבנן דלא יהא לכל מ"מ רק דין שבועה

דרבנן ואין לחלק דשאני היכא דעיקר שבועה מה"ת דהא התוס' בכתובות ד' י"ח הנ"ל לא מחלקי בזה וכן אין לחלק במש"כ לעיל בהא דתרי ותרי דהוי יש לו עיקר בדאורייתא. וכעין זה כתב המל"מ פ"ז ה' תרומות ה' י"ז במה דאמרו תרומה בזמן הזה דרבנן דיש לו כל דין תרומה מה"ת לכל דיננו זולת לענין תערובות ע"ש ועפ"ז נדחה מש"כ בקונטרס א' לדון בתרי ותרי בממון לענין תפיסה דה"ל כעין ספק תקנה האידנא. אבל העיקר כמש"ה כעת דלא שייך בזה לדון כלל לספק תקנה משום דחז"ל לא חילקו כלל במה דנתנו לנו רשות לדון דממילא הוי זה כמו שהי' בזמן סמוכים לכל דיניו וזה מוכרח מכ"ד וקצרתי אך מש"כ לדון בזה אם עבדו תקנה זה במקום איסורא אין זה ענין לכל מש"כ כעת ושפיר כתבתי לדון דבמקום איסורא לא נתנו לנו רשות לדון ולא תקנו לתקנתם:

(שם סעי' א' סמ"ע ס"ק ג') ויש בהם חסרון כיס גם בירושות ומתנות יש בהן חסרון כיס כו' ועיין לקמן בחידושי לסימן ט"ז סעיף ד' ענף ג' מזה:

(שם סעי' ג') וכן מי שגנב או גזל מגבין ממנו כו' ושיטת התוס' בב"ק ד' פ"ד ובסנהדרין ד' ג' ובגיטין ד' פ"ח בתי' קמא דאין דנין דיני גזילות בבבל אבל שיטת רוב הפוסקים והש"ך דגובין בבבל גזילות ונראה לי דשיטת רש"י ג"כ דס"ל דדנין בבבל גזילות דזה לשון רש"י בסנהדרין ד' י"ג ע"ב ד"ה למידן דיני קנסות דאלהים כתיב כו' ובשאר דיני ממונות לא בעינן מומחין כדאוקימנא בריש פירקין ד' ב' משום נעילת דלת והיכא דליכא נעילת דלת כגון בד' שומרין וגזילות דיינינן בבבל אע"ג דליכא סמוכין דשליחותיי' קא עבדינן כדמפרש בהחובל ד' פ"ד אבל בקנסא לא עבדינן שליחותייהו כו' עכ"ל רש"י הרי דעת רש"י דגזלות דנו בבבלי ועיקר דברי רש"י הנ"ל צריך ביאור דמשמע ממנו דס"ל דהא דדנין הודאות והלואות בבבל זהו משום נעילת דלת ולא משום דעבדינן שליחותייהו אבל גזילות דדנין אף דלא שייך נעילת דלת בזה מ"מ דנין משום שליחותייהו קא עבדינן והם שני ענינים נפרדים והוי שתי תקנות ומזה יש לכאורה לסתור למה שכתבתי לעיל לדון בהודאות והלואות במקום איסור משום שליחותיי' כו' אבל באמת זה ליתא דהא בגיטין ד' פ"ח ע"ב פי' רש"י בד"ה מידי דהוה אדיני ממונות דהלואות דעבדינן שליחותייהו כדאמרו בסנהדרין ד' ב' עכ"ל רש"י אלמא להדיא דהא דהודאות והלואות דדנין בבבל זהו ג"כ משום דשליחותייהו דקא עבדינן ומשום שלא תנעול דלת כו' וכן אמרו בב"ק ד' פ"ד דשליחותייהו עבדינן מידי דהוה אהודאות והלואות ופי' רש"י שם בד"ה מידי דהוה אהודאות כו' דלא בעי מומחין שלא תנעול דלת כו' הרי להדיא דגם בהודאות והלואות הא דדנין זהו משום דשליחותייהו קא עבדינן ומשום נעילת דלת וכן כתבו כל הפוסקים דהא דדיינינן בהלואות דבבבל זהו משום דשליחותייהו קא עבדינן:

והנלע"ד בכוונת רש"י ע"פ מש"כ האו"ת בס"ק ב' לדין דהודאות והלואות וגזילות דדנין הם חלוקים בדינם דהודאות והלואות דנין בב"ד הדיוטות אף במקום דיש ב"ד סמוכים משום שלא תנעול דלת בפני לוין דהמלוה לא ירצה להלוות ולהטריח לילך לב"ד סמוכין דוקא אבל גזילות דדנין משום שתנעול דלת בפני עושי עול כמש"כ התוס' והרא"ש בריש סנהדרין והטור דבזה דוקא בבבל דליכא כלל סמוכין בזה תקנו לדון בב"ד שאינו סמוכין דאל"כ יגזול ויסמוך על זה דהא לא יוציא הנגזל מנה על מנה לילך לא"י למקום רחוק ויהי' הוצאה מרובה על הקרן וכש"כ בבבל דליכא סמוכין כלל אבל בא"י דאיכא סמוכין כיון דאיכא במציאות ב"ד סמוכין ע"כ לא יגזול דהא ביד הנגזל לילך לב"ד סמוכין וכ"כ הנתיבות בס"ק ב' בשם הר"נ והרמב"ן ע"כ י"ל דלזה נתכוין רש"י דבאמת אף בגזילות דדנין בבבל זהו מטעמא דגם התם שייך לומר שתנעול דלת בפני עושי עולה כמש"כ כל הראשונים רק בהלואות לא בעינן מומחין כמש"כ רש"י בלשונו דבדיני ממונות לא בעינן מומחין כמו דאוקימנא בריש פרקין משום נעילת דלת כו' היינו דאף במקום דיש סמוכין אפ"ה לא בעינן כלל סמוכין אבל בגזילות דדנין זה אינו רק בבבל דליכא סמוכין כמש"כ רש"י בזה"ל והיכא דליכא נעילת דלת כגון בד' שומרין וגזילות דייניו בבבל כו' היינו דדקדק בלשונו וכתב דדוקא בבבל דינינן ומשמע דאתי למעוטי דבא"י דאיכא סמוכין במציאות זה לא דנין בב"ד הדיוטות:

כיון דלא שייך התם שלא תנעול דלת בפני לוין וכמש"כ האו"ת כנ"ל אבל באמת ס"ל דגם בגזילות שייך הטעם שתנעול דלת בפני עושי עול כנ"ל. ומה דמסיים רש"י שם בלשונו דשליחותייהו קא עבדינן כדמפרש בהחובל כו' כוונתו דקאי גם על דיני ממונות דהלוואות דקא מיירי לעיל שם וכן בגזילות דדנין בבבל הכל הוי משום דשליחותייהו קא עבדינן דהא כתב כדאמרי' בהחובל ד' פ"ד ושם הא אמרו להדיא מידי דהוה אהודאות והלואות דשליחותיי' קא עבדינן ע"כ בוודאי אף בהודאות והלואות מה דדנין עיקר הטעם הוא משום דשליחותייהו קא עבדינן והא דפלגינהו רש"י לשני ענינים זהו משום סברת האו"ת והוי סייעתא מן דברי רש"י הנ"ל למש"כ האו"ת והנתיבות בשם הר"נ והרמב"ן דרש"י ג"כ אזיל בשיטתייהו וזהו ברור בכוונת רש"י הנ"ל ואתי שפיר:

(שם סעי' ג' בהג"ה) וי"א דוקא גזילות דשכיחי כו' אבל גזילות דל"ש אין דנין אא"כ הגזילה קיימת כו' וזהו מן הנימוקי יוסף רפ"ח דב"ק שכתב הטעם דאין מניחין אותו לעבור על ד"ת ונ"ל לבאר זה ע"פ מש"כ הנתיבות בסי' ג' ס"ק א' בסופו להוכיח מן ב"ק ד' כ"ח בעבד שמסר לו שפחה כו' והשתא איסורא דרשאי להכותו ולהפרישו מן איסורא דבמקום אפרושי מן איסורא א"צ לזה ב"ד ע"ש לכן מה"ט כופין בבבל על גזילה

בעיני' להפרישו מאיסורא אך לפ"ז יש לדון דא"כ גם על מ"ע דפריעת בע"ח וכן אף באין גזילה קיימת דמצוה בהשבת הגזילה יהי' יכולת בידם לדון אף אם אין דין ב"ד עליהם כדי להפרישו מאסור תורה שמחוייב ואין לומר דלכן אין יורדין לנכסיו בזה משום דמה דיורדין לנכסיו בדין גובייגא לזה צריכים ב"ד דוקא ובלא ב"ד הא חפץ בלא שומא הוא גזל בידו היכא דלא יזדקקו ב"ד להגבותו כמש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' דז"א דהא מצינו בחוב ריבית דכופין לו להחזיר הריבית ואין יורדין לנכסיו כמבואר ביו"ד סי' קס"א סעי' ה' א"כ ה"ה הכא יהי' יכולת בידם לכופו לקיים מ"ע דפריעת בע"ח וכמש"כ הנתיבות בסי' ג' סוף ס"ק א' לדון כן על מ"ע דפריעת בע"ח:

אבל באמת פשוט הוא לחלק די"ל דוקא היכא דהוי עבירה במעשה דקום ועשה בזה אמרינן דא"צ ב"ד לאפרושי מאיסורא כעין הא דב"ק ד' כ"ח הנ"ל אבל היכא דהוי בשב ואל תעשה ואינו מקיים המ"ע דמחוייב בקום ועשה דבזה לא אמרינן כן וצריכים בזה ב"ד דוקא לכפותו וע"כ בהודאות והלוואות וכן באין גזילה קיימת להך שיטה אם לא שייך שליחות דקמאי לא הי' יכולת בידינו לכופו ובגזילה בעיני' אף דכבר גזל ועכשיו אינו עושה שוב מעשה כלל מ"מ מקרי מעשה במה דמעכב הגזילה בעיני' ת"י וזהו כעין מש"כ התוס' בשבועות ד' י"ז ע"א ד"ה או אין צריך כו' דרב אשי דס"ל אפי' לא שהה אלא כדי לפשוט וללבוש חשוב שהיי' כמעשה כיון דתחלת הלבישה ע"י מעשה כו' עכ"ל. וע"כ ה"ה במה דמעכב הגזילה בעיני' ת"י כיון דמתחלה הי' ע"י מעשה גזילתו ע"כ נחשב זה כמעשה ובזה דוקא אמרו דא"צ ב"ד להפרישו מאיסור וכעין חילוק זה מצינו בברכות ד' כ' גבי המוצא כלאים בבגדו פושטו אף בשוק משום דהוי במעשה ושאני היכא דהוי בשב ואל תעשה וכמש"כ השאגת ארי' בסי' ל"ב דלכן מוצא כלאים חשוב כמעשה כיון דהי' מתחלה ע"י מעשה ע"ש אלמא דמצינו חילוק בזה במקום אפרושי מאיסורא לענין כבוד הבריות דשם וה"ה יש לחלק כן בנ"ד וגם ידעתי מה דיש לדון בזה ע"פ מה דאמרו שם בברכות ד' כ' מתחלה בהא דכבוד הבריות דממונא מאיסורא לא ילפינן דממונא קיל מאיסורא ועיין במשובב נתיבות סי' ג' ס"ק א' מש"כ בזה בקצרה והקצה"ח בסי' א' ס"ק ד' הביא בשם הגהות מרדכי דכופין על צדקה האידנא לכאורה י"ל בזה הטעם משום דיש בזה לא תאמץ ולא תקפוץ כמש"כ התוס' בכתובות ד' מ"ט: אבל לפמש"כ זה אינו דהא הוי בשב ואל תעשה וגם במ"ע דפריעת בע"ח יש לאו דלא תעשוק כמש"כ הרמב"ם פ"א ה' גזילה ועיין בס' רביד הזהב פ' קדושים מזה ואכמ"ל ואין סברא לחלק בזה בין תרי לאוי לחד לאו אלא עיקר הטעם הוא דלכן כופין על הצדקה משום דצדקה הוי מן ענינים גדולים וכעין מש"כ הראשונים והובא בסמ"ע ס"ק ג' דכה"ג דנין האידנא ג"כ:

סימן ב

בהג"ה ויש ורש להם כח לעשות כו' בברכי יוסף הביא בשם הרשב"א והריב"ש דס"ל דיש להם כח וזכות אף לזכות לזה מקודם שבא לידו ע"ש והנה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יוד ענף א' הבאתי בשם הגט פשוט סי' ק"כ ס"ק ה' והמקור חיים ה"פ סי' תמ"ח ובתשובת הגאון רע"א זצ"ל סי' רכ"ב דכתבו דאין להם כח רק כו' אבל לא להקנותו ולהעמיד ברשותו אם לא שיזכה בתורת קנין וגם הבאתי שם דברי היש"ש שכתב דזה תליא בפלוגתת אמוראי דגיטין ד' ל"ו דמאן דיליף מן כל אשר לא יבא בעצת השרים כו' אין להם כח להקנות אבל למאן דיליף מן קרא דיהושע דאלה הנחלות כו' מה אבות מנחילין כו' א"כ יש להם לזכות אף דלא קנהו בדרכי הקנין וזהו נפ"מ בין הנך אמוראי דהתם ובירושלמי בפאה פ"ה ה"א במראה הפנים ד"ה א"ל ר' יוסא שמענו שיהא פטור ממעשרות כו' כתב נפ"מ אחריתי דלמאן דיליף לי' מן אלה הנחלות כו' אינו פטור עי"ז ממעשר אבל למאן דיליף מן קרא דעזרא דכל אשר לא יבא כו' דינו כהפקר ומפטר ממעשר כו' עכ"ל המראה הפנים ובאמת הכל חדא היא ולפ"ז להרמב"ם ה' סנהדרין פ' כ"ד ה"ו דהביא הדרשא דילפי מקראי דעזרא דכל אשר לא יבא כו' והוכיח כן מן הא דמ"ק ד' ט"ז ושקלים פ"א ה"ד וירושלמי פאה ה"א דלא הביאו רק להך דרשא דעזרא לחודה ע"כ שפיר י"ל כמש"כ האחרונים הנ"ל דאין להם כח לזכות בלא דרכי הקנין אבל הרשב"א ס"ל כמאן דיליף מן אלה הנחלות כו' וב"ה ראיתי בחדושי הרשב"א לגיטין ד' ל"ו ובתשובות הריב"ש סי' שצ"ט שכתבו בפי' דכיון דילפינן מן אלה הנחלות כו' ע"כ דינן כמו נחלות להיות זוכה אף בלא דרכי הקנין אלמא דגם הם ס"ל דזה תלוי בהנך דרשות רק דס"ל דלדינא קיי"ל כמאן דיליף מן נחלות ודלא כמש"כ הרמב"ם ומצאתי בשיטה מקובצת לב"ב ד' ק' ע"א ד"ה ור"א רבים במאי קנו כו' דכתבו באה"ד בזה"ל וכל היכא דאמרינן הפקר כו' בעל הנכסים איבד זכותו ע"י הפקר כו' וה"ה כדבר שאינו שלו ויש רשות לחבירו להחזיק בו ברשות ב"ד אבל אינו זוכה בדיבור ב"ד עד שיחזיק כו' עכ"ל הש"מ הרי דכתב הש"מ בפי' כמש"כ האחרונים הנ"ל דכ"ז דלא זכה ע"פ דרכי הקנין אין להם כח להקנות לו וזהו כמש"כ הרמב"ם הך דרשא דעזרא א"כ ה"ל זה ספיקא דדינא דנתבאר דהרמב"ם והש"מ לא ס"ל כמש"כ הרשב"א והריב"ש ועיין לקמן בחידושיי לסי' ל"ט סעי' א' סי' ב' בשעבודא דאורייתא ענף ה' סימן ג' (סעי' א') אין ב"ד פחות משלשה כו' עי' ש"ך ס"ק א' שהקשה על הרמב"ם דפסק ד"ת חד כשר דא"כ אמאי פסק שנים שדנו אין דיניהם דין:

סימן ב ענף א:

ולכאורה אפשר לומר דלכן פסק הרמב"ם דשנים שדנו אין דיניהם דין משום דהא קיי"ל דבעי ב"ד נוטה ואין ב"ד שקול כמבואר בסנהדרין ד' ג' ע"ב ובכ"ד ע"כ י"ל דנהי דדבר תורה חד כשר היינו משום דביחיד לא שייך לומר אין ב"ד שקול דמי יחלוק עמו אבל בשנים דשייך לומר בזה אין ב"ד שקול וקיי"ל דאף בדיני ממונות בעי ב"ד נוטה ויליף זה מקרא כמבואר שם ע"כ פסק הרמב"ם דשנים שדנו אין דיניהם דין ושמואל דפסק שנים שדנו דיניהם דין י"ל דפסק כר' יאשי' דמבואר בסנהדרין ד' ג' דס"ל דלא בעי ב"ד נוטה בדיני ממונות וכן ראיתי בעיר שושן סי' ג' סעי' א' דכתב דלכן בעינן מה"ת ג' מומחין משום דכתיב ג' פעמים אלהים וזהו כדרשא דר' יאשי' ולא כר' יונתן ועיין מזה ברדב"ז ח"א סי' ש"ח אכן הרמב"ם פ"א ה' סנהדרין ה"ד כתב דלכן בעינן ב"ד שלשה כדי שיהא ב"ד נוטה וכ"כ הרמב"ם בפי' המשניות פ"א לסנהדרין משנה א' כדרשא דר' יונתן דזהו משום דבעינן ב"ד נוטה ואפשר לומר דגם כוונת הע"ש הוא כן וכמש"כ התויו"ט בסנהדרין פ"א מ"א בכוונת הרע"ב דשם ועיין בפי' רש"י לסנהדרין ד' ב' ע"ב ד"ה ונקרב בעה"ב כו' ולפ"ז י"ל דאף דחד כשר בדיעבד מ"מ שנים שדנו אין דיניהם דין משום דלא הוי ב"ד נוטה וא"ש דברי הרמב"ם:

אכן באמת זה אינו דאין סברא לומר בשיטת שמואל דס"ל דלא בעי ב"ד נוטה בדיני ממונות משום דיש כמה סתירות לזה [ועיין בפי' הרא"ש לנדרים ד' ע"ח ע"א בד"ה להכשיר שלשה הדיוטות שכתב דלכן צריכים שלשה בהפרת נדרים משום דתרי הוי ב"ד שקול ואפי' לשמואל כו' וקצרתי ובאמת פשוט וברור דהא דס"ל לשמואל שנים שדנו דיניהם דין אף דלא הוי ב"ד נוטה משום דכיון דא"צ ב"ד כלל ע"כ לא שייך בזה ב"ד נוטה ודוקא למאן דס"ל דבעינן שני דיינים ע"כ ממילא בעינן ב"ד נוטה אבל למ"ד דד"ת חד כשר לא בעינן כן וכן כתב המהר"ם שיף בסנהדרין ד' ג' ע"ב בד"ה ר' יהודה אומר בחמשה כו' דיש משבשים לעיל כו' ע"ש ע"כ אין סברא כלל לומר בכוונת הרמב"ם דפסק שנים שדנו אין דיניהם דין דזהו משום ב"ד נוטה דהא כיון דד"ת חד כשר א"כ אין שם ב"ד עליהם כלל ולכן שפיר הקשו כולם כן על הרמב"ם:

והעיקר בכוונת הרמב"ם כמש"כ הכ"מ בשס הרשב"א והלח"מ פ"ב ה' סנהדרין ה' יו"ד דס"ל להרמב"ם דאף דמה"ת חד כשר מ"מ כיון דתקנו חז"ל דבעינן שלשה הוי זה לעיכובא ומדרבנן שנים שדנו אין דיניהם דין אך לא הביאו ראי' לזה:

ולענ"ד נראה להביא ראי' לדבריהם מירושלמי ברכות פ"ז ה' א' על הא דתנן שם שלשה שאכלו כאחת חייבין לזמן דחד מ"ד ס"ל שלשה חובה שנים רשות וחד מ"ד ס"ל דאין לי אלא משנה שלשה שאכלו חייבין לזמן אבל בשנים אין בהם דין זימון כלל ומסיק

הירושלמי דהני רבנן פליגי ותליא במה דפליגי רבנן בהא דסנהדרין אי שנים שדנו דיניהם דין או לא דלמאן דס"ל שנים שדנו אין דיניהם דין וס"ל דמה דתנן דיני ממונות בשלשה הוא דוקא לעיכובא דה"ה במה דתנן שלשה שאכלו חייבין לזמן הוא דוקא אבל בשנים אין דין זימון כלל ולמאן דס"ל שנים שדנו דיניהם דין וס"ל דהא דדיני ממונת בשלשה הוא רק לכתחלה אבל לא לעיכובא דה"ה בהא דתנן שלשה שאכלו כו' הוא רק לכתחלה ובדיעבד אף שנים אם רצו מזמנין והפני יהושע בברכות ד' מ"ה כתב לפרש הירושלמי הנ"ל במה דתליא הנך פלוגתות אהדדי ע"ש:

עכ"פ חזינן דס"ל להירושלמי דאי שנים שדנו אין דיניהם דין דה"ה בזימון ואי נימא דהא דשנים שדנו אין דיניהם דין הוי מה"ת משום דכתיבי ג' אלהים אבל אם מה"ת חד כשר אז לכ"ע שנים שדנו דיניהם דין א"כ קשה איך מדמינן בירושלמי כלל אותן להדדי והא בזמון לא כתיב כן וגם הא עיקר דין זימון הוא רק מדרבנן כמש"כ הפרמ"ג במשבצות סי' קצ"ב ס"ק א' בשם הא"ר והא דילפי מקראי בר"פ ג' שאכלו הוי רק אסמכתא ע"ש ועיין בברכות ד' מ"ח ע"ב ובפני יהושע שם ואכמ"ל אבל אי נימא דאף למ"ד דס"ל ד"ת חד כשר ג"כ שנים שדנו אין דיניהם דין משום דס"ל כיון דתקנו רבנן דבעי שלשה הוי זה לעיכובא דה"ה גבי זימון כיון דתקנו בשלשה דהוי זה לעיכובא וגם בדרבנן שייך סברת הפני יהושע שכתב דלכן מדמינן אותן להדדי משום דאין שכינה שורה בפחות משלשה ועיין ברכות ד' ו' ע"א וכיון דקיי"ל דשנים שרצו לזמן אין מזמנין א"כ מוכח מזה לדינא דאף דנימא ד"ת חד כשר מ"מ שנים שדנו אין דיניהם דין מדרבנן לאחר דתקנו דבעינן שלשה ומן ש"ס דילן לא הוי סתירה לזה דיש לפרש דמה דאמרו רב אחא אית לי' דשמואל הכוונה הוא דאפשר הוא דאית לי' דשמואל כמש"כ השבות יעקב סי' קל"ז בשם בני שמואל שמצא כתוב בדפוס ישן אטליא ברש"י שכתב בפי' כן ע"ש וע"פ הירושלמי הנ"ל יש לדון בדברי התוס' סנהדרין ד' ה' ע"ב ד"ה שנים שדנו כו' ועיין בראש סנהדרין פ"א סי' ג' ובתה"ד סי' ר"ב מזה:

סימן ב ענף ב:

עוד הקשה הש"ך על הרמב"ם דפסק ד"ת חד כשר דהא אי' בגיטין ד' פ"ח ובב"ק ד' פ"ד דהא דדייניו הודאות והלוואות משום דשליחותייהו קא עבדינן וכ"כ הרמב"ם פ"ג דסנהדרין א"כ דברי הרמב"ם סתרי אהדדי. ולענ"ד נראה לתרץ והוא דהא כתב הטור בסי' א' דההודאות והלוואות פירושו עדי הודאות ועדי הלוואות וכ"כ רש"י בסנהדרין ד' ב' ע"ב ובב"ק ד' פ"ד ע"ב וכ"כ הסמ"ע בסי' א' ס"ק ב' והנה התוס' בכתובות ד' כ"א ע"ב ד"ה הנח לעדות החדש כו' ובב"ק ד' צ' ע"ב ד"ה כגון שראו בלילה כו' וב"ב ד' קי"ד

ד"ה אבד בלילה כו' כתבו דלכן אין עד נעשה דיין משום דה"ל עדות שאין אתה יכול להזימה וכ"כ הר"נ ספ"ב דכתובות בשם חד שיטה דלכן אין הדיינים קרובין להעדים שמעידין בפניהם משום דה"ל עדות שאאי"ל וכ"כ הנ"י פ"ח דב"ק והובא בח"מ סי' מ"ו סעי' כ"א ובסמ"ע ס"ק נ"ב ובש"ך שם ובסי' ל"ג ש"ך ס"ק ט"ז שהביא שם בשם הרי"ף והרא"ש פ"ג דסנהדרין שהביא בשם הירושלמי דעדים לא יהיו קרובים לדיינים משום דה"ל עדות שאאי"ל ע"ש וטעמם משום דס"ל דבעינן דאותן הב"ד דמקבלין עדות יהיו ראויין לקבל עדות להזים להני עדים שהעידו לפניהן וס"ל דאף בדיני ממונות בעינן שיהי' ראוי להזמה כמש"כ הש"ך בסי' ל"ג והביא שם שי' הרמב"ם דס"ל ג"כ כנ"ל. ולהך שיטה דס"ל דבעינן דהב"ד דמקבלין עדות יהיו ראויין לקבל עדים להזימן ולא מהני מה דיהי' יכולת ביד עדי הזמה להזימן בב"ד אחר לפ"ז יש לדון דהב"ד דמקבלין עדות בממונות אף דנימא דמה"ת חד כשר בממונות דמ"מ בעינן מה"ת ב"ד סמוכין לקבל עדות דהא עדים זוממין קיי"ל דהוי קנסא וכל דיני הזמה הוי קנס ובעינן בהו דין ב"ד סמוכים כמו בכל קנסות וכיון דבעינן שיהיו ראויין לדון דין הזמה ולקבל עדות להזימן בוודאי בעינן בזה ב"ד סמוכין וכעין מש"כ הרדב"ז בח"א סי' ש"ל לדון בעדי נפשות שקבלו בשלשה אם עושים ע"פ עדות זה בב"ד של כ"ג ובהרדב"ז דפוס סדילקאב נשמט תשובה זו ועיין במפתחות לח"מ שם ה' דיינים א"כ עדים הבאין להעיד ולהזימן בעינן ב"ד סמוכין לקבל עדותן כיון דעי"ז יהיו דנין דין הזמה דהוא דיני קנסות וכיון דס"ל להך שיטה דבעינן ב"ד הראויין לקבל עדות לדון דין הזמה ולקבל עדי הזמה ע"כ בעינן לדידהו בכל ב"ד מקבלי עדות אף בדיני ממונות דיהו ב"ד סמוכין והא דמקבלי עדות בבבל זהו משום דשליחותייהו קא עבדינן מדרבנן ולא מה"ת ועיין בטורי אבן בר"ה באבני שהם ד' כ"ה ובשמים ראש בכסא דהרסנא סי' י"ב. ובאמת יש להעיר לשיטת הפוסקים דבעינן ב"ד הראוי להזמה ומה"ט בעינן מה"ת ב"ד סמוכין בכל ב"ד מקבלי עדות דלפ"ז הקשה בהא דסנהדרין ד' ב' דקאמרינן דאי אין עירוב פרשיות כתוב כאן דלא בעינן מומחין בהודאות והלוואות דהא לפי' רש"י דהוא עדי הודאה ועדי הלואה א"כ לפ"ז אף אם אין עירוב פרשיות כתוב כאן ג"כ ניבעי ב"ד מומחין מה"ת כנ"ל ואפשר לומר דרש"י ס"ל כשיטת התוס' והר"נ דס"ל דמחמת הזמה אין לפסול עדים הקרובים לדיינים משום דהא ראויין להזימן בב"ד אחר ע"כ לא בעינן מה"ת ב"ד סמוכין במקבלי עדות אם אין עירוב פרשיות כו' אבל לשיטת הסוברים דבעינן ב"ד הראוי לקבל עדי הזמה ע"כ י"ל דס"ל לפרש דבכלל הודאות והלוואות הכל נכלל הן עדי הודאות והן בהודאות וכפירות וכפירוש השני דכתב רש"י בסנהדרין ד' ב' ע"ב ד"ה הודאות והלואות ע"ש ולכן א"ש מה

דהקשו אי אין ע"פ כו' ל"ל שלשה בהודאות והלואות משום דהא אף טענות וכפירות ג"כ הוא בכלל הודאות והלואות דתנן במתניתין דבעי שלשה אבל בגיטין ד' פ"ח וב"ק ד' פ"ד דאמרו דעבדינן שליחותייהו בהודאות והלואות י"ל דכוונתם על עדי הודאות ועדי הלוואות דבעינן מה"ת סמוכים משום דבעי שיהי' ראויין לקבל עדות להזימן וכן הוא כוונת הרמב"ם במש"כ דבהודאות והלואות עבדינן שליחותייהו דזהו על קבלת עדות וס"ל כשיטת המפרשים דבעינן ב"ד הראוי לקבל עדי הזמה כנ"ל וא"ש דברי הרמב"ם דלא סתרי אהדדי וגם י"ל דסוגיא דסנהדרין כמ"ד עדים זוממין ממונא:

ועוד י"ל דהא כתבו התוס' בב"ב ד' מ' ד"ה קיום שטרות כו' לחלק בין קבלת עדות וקיום שטרות דהוי עד מפי עד ע"כ לכ"ע צריך ג' אף לשמואל ור"נ וכ"כ התוס' בסנהדרין ד' ג' וכתובות ד' כ"ב וגיטין ד' ל"ב ע"כ י"ל דאף לרב אחא דס"ל ד"ת חד כשר אפ"ה בעדי הודאות ועדי הלואות כפי' רש"י והטור כנ"ל שפיר כתב הרמב"ם דבעינן מה"ת מומחין אך משום דשליחותייהו עבדינן דייניו בבבל ועפ"ז יש לדון הרבה בסנהדרין ד' ג' וד' ה' וקצרתי והש"ך דכתב לקמן ס"ק ה' דאין לחלק בין קיום ואודיתא לדין ע"ש ע"כ שפיר הקשה על הרמב"ם. אבל באמת יש לחלק ביניהם וכסברת התוס' שחילקו ביניהם. ומש"כ הרמב"ם בפי' המשניות לב"ק פ"ח והובא בתוס' יו"ט שם מ"א ובפי' הרע"ב שם אין הכרח משם לדחות לכל מש"כ ועיין במש"כ הקצה"ח בס"ק ב' וקצרתי: (שם סעי' א') וכל שלשה נקראים ב"ד דא"א דלית בהו חד דיודע סברות בדינים כו' ובש"ך ס"ק ב' כתב דגם הרמ"ה מודה לזה ועיין בלח"מ ובמהר"ם ש"יף מזה. וכן ראיתי בתשובת מהרי"ט ח' ח"מ סי' מ"ו שכ"כ בכוונת הרמ"ה. ועיין בט"ז בסוף הסימן והנה המהרי"ט שם העלה דהא דבעינן חד דגמיר זהו רק בדין אבל בקיום שטרות וקבלת עדות ולענין הודאה בב"ד ויהי' מוחזק כפרן אף דליכא בינייהו חד דגמיר ג"כ דין ב"ד עליהם והאריך שם בזה וקוטב סברתו הוא דכיון דאין הדבר תלוי בשקול דעתם דהא א"צ לפסוק הדין ע"כ לא בעינן חד דגמיר:

והאו"ת בסי' מ"ו באורים ס"ק ו' כתב על מה דאמרו שם סעי' ג' דקיום שטרות הוא בב"ד אף אם הם הדיוטות וכתב פי' באופן שכשרים לדון דיני ממונות כדלעיל ה' דייניים ואין הבדל בזה בין קיום לשארי דיינים עכ"ל א"כ זהו דלא כהמהרי"ט דהא להמהרי"ט יש חילוק גדול בין שארי דיינים לקיום שטרות דבקיום שטרות לא בעינן חד דגמיר ואלו לקמן סי' פ"א סעי' כ"ב באו"ת ס"ק ס"ה הביא שם באורים למש"כ המהרי"ט דלענין הודאה בב"ד אף דלית בהו חד דגמיר כלל ג"כ דין ב"ד עליהם ודבריו סתרי אהדדי דהא לדברי המהרי"ט אף בקיום שטרות הדין כן דלא בעינן חד דגמיר כלל ואפשר דס"ל להאו"ת

לחלק דשאני קיום שטרות דהוי קבלת עדות ומבואר בסי' כ"ח סעי' כ"א דקבלת עדות בעי ג' מומחין יודעים ה' עדות כו' והוא מן דברי הראשונים ותשובת הרי"ף דהובא שם בבית יוסף וזהו דלא כהמהרי"ט בזה וטעמם י"ל דס"ל דגם בקבלת עדות בעינן מומחין משום דהא צריכין הב"ד לאיים על העדים ולחקור ולדרוש וכמבואר בסנהדרין ד' כ"ט ובסי' כ"ח סעי' ז' וגם הא בעינן ב"ד הראוי לחקור ולדרוש דהא אף דלא בעינן חקירה ודרישה בדיני ממונות מ"מ עדים ראוי לחקירה ודרישה בעינן כמש"כ הש"ך בסי' ל"ג ס"ק ט"ז ואף לפמש"כ האו"ת בסי' ל"ג לחלוק על הש"ך וס"ל דלא בעינן עדים הראוי לחקירה ודרישה ע"ש מ"מ הא בעינן שיאיימו עליהם כנ"ל ע"כ שפיר כתבו הראשונים דבעינן מומחין בקבלת עדות אבל בהודאה בב"ד דאינן עושין הב"ד כלל רק הבע"ד בא ומודה לפניהם בזה שפיר י"ל דכיון דאינן עושין הב"ד שום ענין ע"כ סגי בשלשה הדיוטות אף דאין ביניהם חד דגמיר כלל וכמש"כ המהרי"ט:

ולכאורה יש להעיר בהא דהודאה בב"ד דלא תבעי שלשה ויהא סגי בשני דיינים לפמש"כ הרשב"א בחי' לגיטין ד' ל"ב והר"ן שם גבי ביטול הגט דאף שנים נקראין ב"ד כדקיי"ל שם משום דכיון דא"צ לישא וליתן בדבר ע"כ בשנים סגי להו וכ"כ הריב"ש סי' רל"ב דלכן בביטול הגט סגי בשנים לפי דלא שייך בזה אין ב"ד שקול ומוסיפין אחד דהא כיון דא"צ משא ומתן בזה ע"כ סגי בשנים ע"ש א"כ לפ"ז יש לדון לדברי המהרי"ט דסגי באודיתא ב"ד הדיוטות לגמרי משום דא"ל לישא וליתן כלל א"כ יהי' סגי בשנים מה"ט כיון דעיקר הטעם דבעינן שלשה דיינים זהו משום דאין ב"ד שקול כמבואר בסנהדרין ד' ג' ע"ב א"כ באודיתא דא"צ שום משא ומתן דיהי' סגי בשני דיינים וכן יש לדון בקבלת עדות לדברי המהרי"ט כנ"ל. ובאמת זה אינו דהא מבואר בכולי ש"ס דבעינן ב"ד של שלשה בקבלת עדות ובקיום שטרות ובאודיתא ומוכח מזה כמש"כ הפוסקים לחלק דשאני קיום ואודיתא מן כל הדינים אף לשמואל ור"נ ומה"ט אף יחיד מומחה דדן יחידי מ"מ אינו מועיל בקיום ואודיתא כמש"כ הש"ך לדינא בסי' ג' ס"ק ח' ובסי' מ"ו ס"ק ח'. והש"ך בס"ק ה' כתב דאין סברא לחלק בין קיום ואודיתא לדין אבל לפמש"כ מוכח דע"כ ס"ל להש"ס דשאני קיום מן כל הדינים משום דאל"כ הוי כעד מפי עד וכן באודיתא כ"ז דלא הוי שלשה י"ל דלא נתכוין להודאה גמורה:

ועוד י"ל דאף בקבלת עדות דס"ל להמהרי"ט דסגי בהדיוטות מ"מ י"ל דשייך גם בהו הך דאין ב"ד שקול כדמצינו בחליצה דסגי ב"ד הדיוטות לגמרי מ"מ אמרינן בהו ג"כ להך דאין ב"ד שקול כו' כמבואר ביבמות ד' ק"א וכמש"כ התוס' שם ד"ה ואין ב"ד שקול כו' וכן קיי"ל גבי התרת נדרים דסגי שלשה הדיוטות לגמרי ומ"מ דיינינן בהו ג"כ להך דאין

ב"ד שקול כמש"כ התוס' בב"ב ד' ק"כ ד"ה שהפרת נדרים כו' ובפי' הרא"ש לנדרים ד' ע"ח ע"א ד"ה להכשיר שלשה הדיוטות כו' דלכן צריך שלשה בהתרת נדרים משום דאין ב"ד שקול כו' אלמא דאף דסגי בג' הדיוטות גמורין מ"מ בעינן דלא יהי' ב"ד שקול דלמא יהי' איזה ספק בזה וכמש"כ התוס' ביבמות ד' ק"א כנ"ל א"כ ה"ה בהא דקבלת עדות וקיום שטרות דאף דנימא דסגי בהדיוטות כמש"כ המהרי"ט משום דא"צ לישא וליתן מ"מ שייך בהו אין ב"ד שקול דלמא יהי' לידת איזה ספק בזה והא דכתבו הרשב"א והר"נ והריב"ש גבי ביטול הגט ופרוזבול דלכן סגי בשנים משום דלא שייך משא ומתן בזה יש לחלק דשאני התם דהא הב"ד אין צריכים לעשות שום ענין כלל התם רק הבע"ד מוסר שטרותיו ואף בע"פ סגי וא"צ פרוזבול כמבואר בסי' ס"ז סעי' כ' ובסמ"ע שם ס"ק כ"ב ואף שלא בפניהם ע"ש וכן בביטול הגט דהבעל שמבטל בפניהם דאינן עושין הב"ד שום ענין כלל ע"כ שפיר כתבו דלא בעינן בהו ב"ד שקול אבל בקבלת עדות דהב"ד מחוייבין לאיים ולדרוש היטב מהעדים כנ"ל א"כ כיון דעושין שום ענין עכ"פ ע"כ שפיר צריכין ב"ד נוטה דלמא יפול איזה לידת הספק בעשייתן ולכן בעינן שלשה ועפ"ז י"ל בהא דמיאון דיבמות ד' ק"ז: אכן באודיתא דהבע"ד בעצמו בא להודות לפניהם והב"ד אינן עושין כלל רק שומעין מהבע"ד הודאתו שפיר הי' מקום לומר דלא יהיו צריכין ב"ד נוטה ויהי' סגי בשני דיינים אף דהוי ב"ד שקול כיון דהוי קבעי דוכתא ושלחו אחריו כמבואר בסנהדרין ד' כ"ט ובח"מ סי' ל"ט ואף דהי' ע"י מעשה דשלחו אחריו מ"מ הא בעצם ענין דהודאת הבע"ד לא הי' שום מעשה כלל מהם ע"כ הי' מקום לומר דזהו דומה למש"כ הרשב"א והר"נ והריב"ש דכיון דאינן עושין הב"ד כלל מהני אף ב"ד שקול ויש להם דין תורת ב"ד ה"ה באודיתא ושאני נדרים דצריכין הב"ד להתיר הנדר וכן בחליצה דצריכין לסדר ענין החליצה עכ"פ ע"כ מצד אין ב"ד שקול כו' הי' מקום לומר דלא יהי' צריכים שלשה דיינים גבי אודיתא כנ"ל אך לפי הטעם שכתבו התוס' לדון גבי אודיתא דלכ"ע צריך שלשה אף לשמואל ור"נ משום דאל"כ יכול לומר דלא נתכוין להודאה גמורה. ע"כ מטעם זה בעינן שלשה ולא מהני בזה ב"ד שקול:

ונפ"מ מזה לפי מה דקיי"ל בסנהדרין ד' ג' ע"ב דבעי ב"ד נוטה אף בדיני ממונות וכר' יונתן וכמו שפסק הרמב"ם בפי' המשניות לסנהדרין פ"א ובחיבורו ה' סנהדרין ד' ד'. ולפ"ז אם הי' ארבעה דיינים או ששה הי' הדין בטל אף בדיעבד דהא לר' יונתן דיליף לשלשה דיינים מהא דאין ב"ד שקול כמבואר בסנהדרין שם הוי אף לעיכובא על דיעבד ג"כ וכ"כ רש"י שם בד"ה ור' יאשי' כו' ולדידי' ארבעה או ששה כשרין כו' משמע דלר' יונתן פסולים ב"ד שקול אף בדיעבד ולפ"ז ה"ה במקבלי עדות אף דהי'

ארבעה או ששה דיינים ג"כ יש לומר דפסולין אף לפמש"כ המהרי"ט דמקב"ע וקיום סגי בהדיוטות לגמרי דמ"מ פסול בהו ב"ד שקול כמו דמצינו בחליצה ובהתרת נדרים דאף דסגי בהדיוטות מ"מ פסול בהו ב"ד שקול כנ"ל אבל באודיתא כיון דמהני בי' הדיוטות כמש"כ המהרי"ט ע"כ י"ל דכשר בי' ב"ד השקול אם הם יותר משלשה דיינים עכ"פ דנהי דפחות משלשה לא מהני משום דכיון דלא הי' שלשה י"ל דלא נתכוין להודאה גמורה וכמו בעדים אבל אם הי' יותר משלשה אף דהוי ב"ד השקול מ"מ י"ל דיש להם דין תורת ב"ד כמו בביטול הגט ופרוזבול כמש"כ הר"ן והרשב"א והריב"ש אך פחות משלשה לא מהני כנ"ל:. וכעין זה מצינו במגילה ד' כ"ג ע"ב בתוס' ד"ה עשרה כהנים כו' שהקשו דאמאי לא בעי אחד עשר דאין ב"ד שקול כו' וכ"כ התוס' בערכין ד' י"ט ד"ה או דילמא שאני אומד דעשרה כו' דכל מילתא דתלוי בסברא צריך הכרע וה"נ קרי לי' ב"ד ואין ב"ד שקול כו' ויהא י"א כמו בכל בתי דינין של דיני ממונות כו' והנה הרשב"א בחי' למגילה שם כתב דלכן לא בעינן שם ב"ד נוטה משום דהא אינו דין ממש א"כ ה"ה בהא דאודיתא וגם לפמש"כ התוס' דבשומא לא מהני ב"ד שקול זהו משום דהא כתבו התוס' שם דהוי מילתא דתלוי בשקול הדעת ובסברא משא"כ גבי אודיתא דלא עבדי הב"ד כלל וגם הא כתב הטורי אבן למגילה שם דלכן לא בעי גבי עשרה וכהן דיהיו ב"ד נוטה משום כיון דלא שייך התם אחרי רבים להטות ע"כ מהני שם ב"ד השקול ע"ש א"כ גבי הא דאודיתא דאין הב"ד גומרין ועושין שום ענין בזה רק על עצם ההודאה אנו דנין אם מהני הודאתו ע"כ שפיר י"ל דאף ב"ד השקול מהני שם כיון דהי' יותר משלשה עכ"פ ושאני בב"ד מקבלי עדות וכן בקיום דלא מהני ב"ד שקול דלמא יהי' נולד איזה פלוגתא ביניהם דיהי' צריכים למיזל בתר רובא כן נלע"ד:

אכן כ"ז הוא לתירוץ א' של התוס' ביבמות ד' ק"א ע"א ד"ה ואין ב"ד שקול כו' אבל לתי' ב' של התוס' שם דכתבו דבכל דוכתא דבעינן ראוי לב"ד אין ב"ד שקול ע"כ ה"ה יש לדון כן גבי אודיתא דכיון דהי' ב"ד שקול א"כ לא הי' עליהם דין תורת ב"ד כלל והוי כמו דמודה לפני עדים דלא מהני הודאתו כלל אם לא הי' בדין המבואר בסי' פ"א והא דביטול הגט ופרוזבול ע"כ מוכח לחלק לשי' התוס' ביבמות הנ"ל דשאני התם דהי' כן תקנות חז"ל דאף לשנים יהי' דין ב"ד שם. אבל לפמש"כ הרשב"א והר"ן והריב"ש שם כנ"ל שפיר יש לדון דבאודיתא יהי' מהני אף ב"ד השקול אבל במקבלי עדות וקיום לא יהא מהני ב"ד השקול אף אם היו יותר משלשה. וכמש"כ התוס' ביבמות שם לתי' קמא גבי חליצה אף דסגי הדיוטות (שם סעי' ב' פחות מג' כו' אלא אם כן כו' הוא מומחה לרבים:

ובבבל אין דנין דין מומחה לרבים:. וכתב הש"ך ס"ק ז' זהו לכתחלה אבל אם דן בדיעבד יש מומחה וכ"כ הש"ך לקמן סי' כ"ה ס"ק י"ד וביו"ד סי' רכ"ח סעי' א' גבי היתר נדרים שניתר ע"פ יחיד מומחה מה"ת אף דאינו סמוך דהא לא קיי"ל כשי' הרמב"ן דס"ל דבעי סמוך אך בבבל דליכא מומחה אף בדיעבד אינו מותר כמש"כ הט"ז והש"ך שם והטעם הוא כמש"כ הבית יוסף שם דכיון דא' ר"נ בבכורות ד' ל"ו כגון אנא א"כ מי הוא בדורות האלו דגמיר וסביר כרב נחמן. ומה"ט כתב הרא"ש בפ"ג דנדרים סי' ג' דהאידנא אין מומחה שיתיר נדרים ביחיד וכ"כ הטור שם. א"כ לפ"ז יש לדון הכא אף בדיני ממונות דמבואר בסנהדרין ד' ה' ג"כ כגון אנא כנ"ל א"כ ג"כ י"ל דמטעם זה אף דיעבד אין דינו דין דמי הוא דגמיר וסביר כר"נ וכמו בנדרים ואדרבה הוי כש"כ דהא בנדרים מתיר יחיד מומחה מה"ת ואפ"ה אמרו דהאידנא אף בדיעבד אין התרתו התרה מטעם זה א"כ כש"כ בדיני ממונות דמה"ת אין דן יחיד מומחה רק מדרבנן דן כמש"כ התוס' בסנהדרין ד' ה' ד"ה ואם הי' מומחה כו' דוודאי יש לדון דכיון דאין בדורותינו כר"נ דאף דיעבד אין דינו דין:

ואפשר דבאמת כוונת הש"ך שכתב לדון דבדיעבד דינו דין בבבל ג"כ די"ל דזהו דוקא אם הוא להחזיק ממונא דאף דנימא דהוי ספק שמא הוא גמיר וסביר כראוי א"כ הא מספיקא אין מוציאין ממון אבל היכא דאנו דנין בהדין שלו בדיעבד אם הוא להוציא שפיר י"ל דגם בדיעבד אין דינו דין מה"ט וכמו בנדרים דחשו לזה משום ספק איסורא לחומרא וגם הא בנדרים הוי דשיל"מ אך אין זה במשמע דברי הש"ך. אכן יש לחלק בין נדרים לדיני ממונות לפמש"כ הרמב"ן והשמ"ק בב"ב ד' ק"כ דבעינן בנדרים שלשה אף לשמואל דס"ל שנים שדנו דיניהם דין מ"מ כיון דהוי ב"ד חצוף אין בכחם להתיר הנדר ועיין ברשב"ם שם ובפי' הרא"ש לנדרים ד' ע"ח, ע"א,. אלמא דס"ל מצד הסברא דבנדרים היכא דלא הוי ב"ד כראוי לכתחלה דאף בדיעבד אם התירו לא מהני התרתם כלל למשרי איסורא וה"ה יש לדון כן בהא דיחיד מומחה בבבל דכיון דלכתחלה אין דנין דין מומחה בבבל דלכן אף בדיעבד לא אלים למשרי איסורא ג"כ משא"כ בממונות דהא חזינן דאף דלכתחלה אין לשנים לדון לשמואל מ"מ אם דנו דיניהם דין וה"ה ביחיד מומחה בבבל וגם מצינו בשיטת הרא"ש פ"ג דנדרים סי' ג' שכתב ג"כ דהאידנא אין מומחה שיתיר נדר ביחיד ומ"מ בריש סנהדרין כתב לדינא דיחיד מומחה דן יחידי ולא כתב שם דהאידנא ליכא מומחה וכן הטור ביו"ד סי' רכ"ח ובשו"ע שם כתבו ג"כ דהאידנא ליכא מומחה להתרת נדרים ואלו הכא גבי דיני ממונות דיחיד מומחה דן יחידי לא כתבו כן אלמא דס"ל דלא חשו לזה רק באיסורין ולא בממונות דבד"מ אף האידנא דנין דין מומחה אף

לכתחלה ולכן אף דהמהרי"ו כתב לחוש אף בד"מ כמש"כ הרמ"א בשמו עכ"ז שפיר כתב הש"ך דז"א רק לכתחילה ולא על דיעבד אכן התוס' בבכורות ד' ל"ו ע"ב ד"ה פסק כתבו לדינא דבבבל אין חשוב מומחה להתיר בכור ונדר ולדון דיני ממונות אלמא דס"ל להדיא כן גם בדיני ממונות לדמותן להתר בכור ונדר א"כ לפ"ז יש לדון כן אף בדיעבד היכא דהוא לאפוקי ממונא ועיין בשו"ת חוות יאיר ולכאורה יש להעיר בדברי הרא"ש דבכורות פ"ה סי' י"א שכתב דלכן האידנא ליכא מומחין להתיר בכור משום דבעינן ג"כ דיהי' בקי גם בראיות העין לבדוק ולהכיר המומין היטב והובא כן בבית יוסף סי' ש"ט ביו"ד ובט"ז וש"ך שם ע"ש והא הרא"ש כתב גם בהתר נדרים ליכא מומחה בבבל א"כ ל"ל לה"ט. והא מבואר בסנהדרין ד' ה' ע"ב יתיר בכורות אל יתיר אילימא משום דלא חכים כו' אלא משום דלא בקי במומי אלמא דהי' סברא לומר דאף דהוי מומחה לדון יחידי כדקאמר שם ידין ידין אפ"ה לא הוי חכם בדיני היתר בכור א"כ כיון דס"ל להרא"ש דבאיסורין מחמרינן האידנא לחוש דלמא אינו מומחה כ"כ א"כ מה"ט י"ל כן בהתר בכור ול"ל לומר הטעם משום דאינו בקי בראיות העין כו' ועיין בתוס' בכורות ד' ל"ו ע"ב ד"ה במקום שיש מומחה כו' ובמש"כ הרא"ש בסנהדרין פ"א סי' ב' בשם ר' שרירא גאון דעיקר פי' מומחה הוא מנוסה כו' א"כ מזה יש להוכיח דהא דכתבו דהאידנא ליכא מומחה בהתר נדרים היינו רק לכתחלה וכמש"כ הש"ך הכא בדיני ממונות אבל בדיעבד דינו דין וה"ה בהתרת נדרים וע"כ הוצרכו לטעמא דאין בקי בראיות מומין דמשום זה אף דיעבד לא מהני התרתו בבכור: אכן כיון דכתבו הט"ז והש"ך גבי התרת נדרים דאף דיעבד משמע דלא מהני התרתו בע"כ מוכח לחלק דשאני התרת נדרים דכתיב ראשי המטות דמזה ילפינן דיחיד מומחה מתיר יחידי כמבואר בנדרים ד' ע"ח וב"ב ד' ק"כ ע"כ בעינן דיהי' מומחה גדול דיהי' שייך עליו שם ראשי המטות וע"כ כתבו בבבל יש לחוש דאינו מומחה כ"כ ואינו גמיר וסביר כר"נ משא"כ בהתרת בכור דהעיקר הוא דיהי' בקי בדיני בכור וכמש"כ הרא"ש שם בבכורות בזה"ל בשם ר' יונה ז"ל דמומחה דקאמר לאו דידע הלכות מומין בלחוד כו' וע"כ הוצרך לומר הטעם דכיון דבעינן דיהא בקי גם בראיות העין כו' ע"כ משום זה ליכא מומחה בבבל וכן הט"ז והש"ך והבית יוסף דכתבו טעם זה ג"כ הוא מה"ט וכן יש לחלק משום זה בין התרת נדר ובין דיני ממונות על דיעבד שהעירותי לעיל משום דשאני נדרים דבעינן ראשי המטות כנ"ל וכן יש לחלק בין דיני ממונות ובין התרת בכור דהא אמרו בדיני ממונות דבימי ר"ש בן יוחאי בטלו ד"מ ולית דחכים בדין והובא בטור ח"מ סי' י"ב ובש"ך סי' ג' ס"ק יו"ד וע"כ אמר ר"נ כגון אנא והא דאמרו בסנהדרין ד' ה' אילמא משום דלא חכים כו' היינו דאינו בקי בהלכות מומין

דיכול להיות דאף דהי' לו דין מומחה לדון יחידי מ"מ אולי אינו בקי בהלכות מומין וע"כ הוצרכו לכתוב לטעם דאינו בקי בראיות העין על בדיקת המומין ולכן אין דין מומחה לזה בבבל: (שם) כל שאינם שלשה ולא קבלום כו' אפי' הם סמוכים הודאה שמודים בפניהם כמו שמודה חוץ לב"ד ויכולים להחליף טענותיהם כו' וכתב הטור דמדברי א"א הרא"ש יראה שאין חילוק בין יחיד מומחה לג' הדיוטות לכל דבר והש"ך ס"ק ח' כתב דאין הכרע מן דברי הרא"ש זה:

ולענ"ד נראה דשפיר כתב הטור להוכיח כן מהרא"ש והוא דז"ל הרא"ש פ"א דסנהדרין סי' ב' דיחיד מומחה דן בע"כ ואם טעה ישלם וכן ג' הדיוטות ואי קבלוהו עלויהו פטורין דכיון דבע"כ יכולין לדון אהני הא דקבלוהו עלייהו לפוטרן עכ"ל הרא"ש וכה"ג כתב הרא"ש בפ"ד לסנהדרין סי' ה' באה"ד שם ושלשה הדיוטות דקבלינהו וטעו בשיקול הדעת דינייהו דינא ואהני הקבלה דפטירי דכיון דאי לא קבלינהו נמי דינייהו דינא ואהני הקבלה למיפטרם ודינם כיחיד מומחה שדן בע"כ ואי קבלוהו פטור כו' עכ"ל הרא"ש וע"פ דברי הרא"ש הנ"ל כתב הש"ך בסי' כ"ה ס"ק ט"ו דלהרא"ש עיקר הטעם דמומחה פטור משום דקבלוהו עלייהו דהא הקבלה הוא מילתא יתירא וע"כ אהני הקבלה למיפטרי' והביא שם שיטת הבעל המאור דס"ל דלכן מומחה פטור משום דה"ל כעין אונס וכמו הא דב"ק ד' צ"ט גבי טבח אומן שקלקל דמומחה פטור והכריע הש"ך שם אבל הרא"ש לא ס"ל כן:

וי"ל דמזה הוכיח הטור דס"ל להרא"ש דיחיד מומחה דינו ככל ג' הדיוטות לכל דבר ואף לענין הודאה בפניו דאל"כ קשה דמנלן להוכיח דהא דקבלוהו עלייהו היו הכוונה לפוטרו מתשלומין אם יטעה והא מתנה ומחילה הוי טענה גרוע ובלא הוכחה ברורה אין לנו לומר כן ויש לומר דהא דהוצרך לקבלו זהו משום דיהיה הודאה שמודה לפניו כמו שמודה לפני ג' הדיוטות ולא יהיה יכול להחליף הטענות שטען לפניו דהא מבואר הכא בשו"ע דדוקא בלא קבלום עליהם בזה יכול להחליף הטענות אבל בקבלו אינו יכול להחליף הטענות ודינם כב"ד כשר לגמרי ע"כ י"ל דהקבלה לא הוי מילתא יתירא דהוי תועלת מן הקבלה לגבי זה ומדחזינן דהרא"ש ס"ל דהוי לן הוכחה מן הקבלה דפטרו מתשלומין משום דה"ל מילתא יתירה ע"כ שפיר מוכח מהרא"ש דס"ל דלא כשיטת הרמב"ם בזה אלא דין יחיד מומחה כמו ג' הדיוטות אף גבי הודאה ולכן הוי לנו הוכחה מעלייתא מדהוצרך לקבלו דפטרו מתשלומין אם יטעה ושפיר כתב הטור בכוונת הרא"ש:

אך עיקר דברי הרא"ש הנ"ל צריך ביאור דהא הרא"ש פ"ד לסנהדרין סי' ה' כתב שם מקודם בזה"ל ופטור לשלם כיון דמומחה הוא ולא הי' ראו לטעות אלא דמזלא דההוא גברא גרים כו' וכן טבח אומן שקלקל ומראה דינר לשולחני דמומחה פטור כו' עכ"ל הרא"ש:

וראי' זו הביא ג"כ הש"ך בסי' כ"ה ס"ק ט"ו לחזק שיטת הבעה"מ דס"ל דלכן מומחה פטור משום דה"ל אנוס אך בלא קבלוהו הרי אינו אנוס בדבר דל"ל לכופו כמש"כ הש"ך. א"כ תקשה סתירת דברי הרא"ש אהדדי דמן דברי הרא"ש שהובא לעיל מוכח דס"ל לדמות ג' הדיוטות דקבלינהו דפטורים כמו מומחה וקבלו דפטור דהוי הכל משום חד טעמא דל"ל לקבלו ואהני הקבלה לפוטרו מתשלומין ומהא דמומחה פטור הוכיח דינו למילף דשלשה הדיוטות וקבלום דפטורים ובאמת הבעה"מ חולק וס"ל דשלשה הדיוטות אף בקבלום חייבין לשלם משום דס"ל מומחה שאני דה"ל אונס וכמש"כ הש"ך בס"ק ט"ו בארוכה א"כ תקשה סתירת דברי הרא"ש אהדדי:

והא דהוצרך הרא"ש לטעם דלכן מומחה פטור דה"ל כמו אומן שקלקל ולא סגי לי' בטעמו דקבלה ה"ל מילתא יתירה ואהני הקבלה לפוטרו יש לומר בזה כמש"כ התומים סי' כ"ה ס"ק ו' דבשלשה הדיוטות דפטירי בקבלום בעי קבלה בפירוש דיאמר הריני מקבל ע"ע לקיים כל אשר תפסקו דאל"כ לא שייך לומר דה"ל מילתא יתירה אבל במומחה דפטור משום דהוי אנוס א"כ אף במה שבאים לדון לפניו ג"כ מקרי קבלה א"כ עדיין תקשה דאיך מדמה הרא"ש הא דשלשה הדיוטות דקבלינהו פטירי כמו במומחה הא אינם דומים להדדי דמומחה פטור משום דהוי אנוס ומה"ט אף אם לא הי' קבלה בפי' ג"כ פטור ושלשה הדיוטות פטירי משום דה"ל קבלה מילתא יתירה ופשט דברי הרא"ש הוא דיליף מהא דמומחה פטור דמה"ת פטירי ג' הדיוטות וכן הוא משמעות דברי הרא"ש בפ"ק סי' ב' דמומחה וג' הדיוטות פטורים משום דאל"כ ל"ל לקבלם ותקשה דברי הרא"ש דסתרי אהדדי וכעין זה הקשה התומים בסי' כ"ה ס"ק ו':

והנראה לי בזה דהא טבח אומן שקלקל דבשכר אף מומחה חייב כמבואר בב"ק ד' צ"ט ובח"מ סי' ש"ו ומה"ט כתב הקצה"ח בסי' כ"ה ס"ק ו' דעכשיו דהמנהג דהדיינים לוקחים שכר על הפסק דלפי שיטת הבעה"מ דמומחה פטור משום דהוי אנוס א"כ הא אף אומן שקלקל חייב בשכר ואף נוטל שכר בטילה נמי ה"ל ש"ש עכ"ל ולפ"ז יש לדון בדיין אף בלא שכר ג"כ הוי ש"ש משום פרוטה דרב יוסף להסוברים כרב יוסף דש"ש הוי שומר אבידה דמצוה קעביד וסברא זו כתב הנתיבות בסי' כ"ה ס"ק ג' ע"ש ואף היכא דטעה בהדין מ"מ ה"ל ש"ש משום פרוטה דרב יוסף וכמש"כ הטור בח"מ סי' ש"ו ושו"ע

שם גבי טבחים שלוקחים הכרכשתות מן הכשירות ע"ש ובקצה"ח סי' רכ"ז סעי' כ"ה והטור ח"מ סי' רס"ז סעי' כ"ז כתב בשיטת אביו הרא"ש דס"ל לדינא בפלוגתת רבה ורב יוסף אי שומר אבידה הוי ש"ש או ש"ח דדעתו דהוי ש"ח וכתב הבית יוסף שם דאף דהרא"ש כתב לשיטת הרי"ף דפסק כרב יוסף ולשיטת התוס' דפסקו כרבה עכ"ז משמע לרבינו הטור דס"ל כשי' התוס' דפוסקים כרבה ע"ש. ולפ"ז י"ל דלכן כתב הרא"ש בפ"ד דסנהדרין דמומחה פטור משום דה"ל כמו אומן שקלקל דהא לשיטתו דס"ל כרבה דשומר אבידה ה"ל ש"ח א"כ הוי הדיין ג"כ כש"ח דאינו נוטל שכר ע"כ מיפטר בטעה כמו אומן בחנם שקלקל:

ועכ"ז שפיר הוכיח הרא"ש לקמן דשלשה הדיוטות דקבלום מהני הקבלה לפוטרו כמו במומחה וכוונת ראייתו הוא כן דהא למ"ד דשומר אבידה הוי ש"ש משום פרוטה דרב יוסף א"כ לפ"ז ה"ה כל דיין שטעה הוי כמו דנוטל שכר ואפ"ה מומחה שטעה פטור כמבואר במשנה מפורש וע"כ מוכח לרב יוסף ולהסוברים כרב יוסף דהא דמומחה פטור הוי זה משום דאהני הקבלה ע"ז א"כ ה"ה ג' הדיוטות וקבלום דפטורים וממילא מוכח כן לכ"ע דהא לא מצינו פלוגתא בזה וכה"ג כתב הש"ך בח"מ סי' רס"ח ס"ק ב' לפרש שם להוכחת התוס' שם דראייתם הוא לאידך מ"ד אף דלא קיי"ל כן וממילא מוכח כן לכ"ע ע"ש. וכהנה רבות בכ"ד א"כ א"ש דברי הרא"ש הכל על מכונו ולכן בפ"ק כתב הטעם דמומחה וג' הדיוטות בקבלום דפטירי דהוי משום דל"ל הקבלה כו' דנתכוין לתרץ דיהי' א"ש אף לרב יוסף דהוי ש"ש ובבית יוסף בח"מ סוף סי' ס"א הביא דברי הרשב"א בתשובה שכתב דאין לנו כח מעצמנו לומר דכל מילתא דלא צריך לטפויי מילתא אתי אלא היכא דמוכח בש"ס דאמרו כן ועיין מזה בתשובת רע"א זצ"ל בפסקים סוף סי' קנ"ב ובמק"א הארכתי בזה וי"ל דזהו סברת הבעה"מ דס"ל דשלשה הדיוטות אף דקבלינהו חייבים לשלם משום דס"ל דאין לנו כח לדון להך מילתא יתירה כיון דאין לנו הוכחה מהא דמומחא פטור די"ל דשא"ה דהוי אנוס וכמש"כ הש"ך בסי' כ"ה ס"ק ט"ו אבל בשיטת הרא"ש והטור דס"ל ג' הדיוטות וקבלום פטירי משום דה"ל מילתא יתירה דזהו משום דהוכיחו כן מהא דמומחה פטור אף למ"ד דשומר אבידה הוי ש"ש א"כ יש לנו הוכחה ע"ז מהש"ס דדרשינן בזה להך מילתא יתירה ע"כ ממילא י"ל כן לכ"ע דאין לנו להרבות במחלוקת ואף לשי' הרא"ש דפסק כרבה:

נחזור לענינינו דיפה כתב הטור בשם א"א הרא"ש דמומחה דינו כמו ג' הדיוטות אף לענין הודאה וא"י להחליף הטענות שטען לפניו ומתורץ קושיות הש"ך מעל הטור ולכן לדינא כיון דנתברר על נכון לתרץ קושיות הש"ך ע"כ י"ל דיכול המוחזק לומר קים לי

כהטור בשם הרא"ש בזה וכמש"כ הטור בסי' פ"א סעי' כ"ז בפשיטות דיחיד מומחה כג' הדיוטות אף לענין הודאה ובפרט דהט"ז הכריע הכא דהעיקר כפשט הרמ"א דמומחה דינו כב"ד הדיוטות אף להודאה וע"כ לכה"פ הוי זה ספיקא דדינא וראיתי באו"ת הכא ס"ק ד' שכתב לחלק בין יחיד מומחה לשני מומחין דכיון דיכול להכחישו ע"כ ה"ל מילי דכדי ע"ש וכן ראיתי בתשובת שבות יעקב סי' קל"ז שמחלק כן ולא הביאו ראי' לזה ובאמת מצינו כן לכמה פוסקים דפסקו כן מה"ט בהודאה לפני ע"א וא"ל אתה עד דכיון דיכול להכחישו ע"כ ה"ל מילי דכדי ויכול לומר משטה ושלא להשביע כמבואר בסי' פ"א סעי' יו"ד בש"ך ס"ק כ"ב ע"ש אך בשי' הרמב"ם אין לומר כן דהא הרמב"ם פ"ז מטוען פסק דהודאה בפני ע"א הוי הודאה וכשי' המחבר שם. ועיין בטור סי' פ"א סעי' ט"ו שכתב בשם הרא"ש דס"ל דבפני ע"א הוי הודאה ויש לחלק בכ"ז: והנה הסמ"ע ס"ק ז' כתב דאם המחום רבים עליהם מהני הודאתו והש"ך כתב דמה בכך שהמחום רבים כו'. וראיתי בהרדב"ז ח"ג סי' תק"ט שכתב דאף יחיד מומחה שקבלוהו הציבור היינו שבררו אותו הציבור לדיין דאז הוי ההודאה שהודה לפניו כמודה בפני ג' דאי לא תימא הכי למאי בררוהו כו' וזהו כמש"כ הסמ"ע דבהמחום רבים מהני ההודאה שהודה לפניו. ואף דלא התנו כן בפי' משום דאמרינן דמסתמא בררוהו אף לענין ההודאה וכמש"כ הרדב"ז: וראיתי בנתיבות סי' הנ"ל ס"ק ג' בסוף שכתב דלכן מהני בהמחום הציבור דהציבור יכולין לתקן כמו שירצו עכ"ל ומשמע דס"ל דדוקא אם התנו בפי' דיהי' ההודאה לפניו חשוב להודאה כו' אבל מהרדב"ז הנ"ל מוכח דאף דלא התנו בפי' כן ג"כ אמרינן דמסתמא בררוהו גם לזה ואפשר דכן כוונת הנתיבות ולכן אם איזה רב דן יחידי די"ל דגם לענין הודאה מהני ע"ד סברת הרדב"ז ועיין לקמן סימן מ"ו ש"ך ס"ק ח' מזה וי"ל דהש"ך שם אזיל לטעמיה במש"כ כאן אבל העיקר כהרדב"ז:

(שם סעי' ג') אע"פ שיחיד מומחה מותר לדון יחידי מצות חכמים שיושיב עמו אחרים והש"ך ס"ק יו"ד הביא בשם המהרש"ל דס"ל דאף בקבלוהו אסור למומחה לדון יחידי והשיג עליו דהא מבואר בירושלמי פ"ק דסנהדרין דר' אבהו דן לגרמי' משום דקבלוהו כו' וכ"כ הט"ז להשיג על הרש"ל: אכן יש לדון בזה לפמש"כ הרדב"ז בח"ג סי' תק"ט דלכן אם קבלוהו ליחיד מומחה מותר לו לדון יחידי אפי' לכתחלה לפי דמה"ת אף חד כשר דכתיב בצדק תשפוט ומדברי סופרים הוא דבעינן שנשה ולכן אם קבלוהו בע"ד כו' ה"ז מותר לדון יחידי אף לכתחלה שחזר הדבר לדין תורה כו' עכ"ל הרדב"ז ושיטת הרדב"ז הוא דס"ל כשיטת הרמב"ם דפסק דד"ת חד כשר. וחזינן דס"ל להרדב"ז לחלק דדוקא למ"ד דס"ל דמה"ת חד כשר אז אמרינן דיחיד מומחה שקבלוהו מותר לדון לכתחלה

ובאמת לפ"ז אפשר ה"ה יחיד שאינו מומחה אבל למ"ד דבעינן מה"ת ג' סמוכים אז אסור לכתחלה לדון יחידי אף בקבלוהו ולפ"ז יש ליישב שיטת הסוברים דיחיד מומחה אף דקבלוהו אסור לדון יחידי מומחה לכתחלה משום די"ל דר' אבהו דס"ל בירושלמי דיכול לכתחלה לדון אם קבלוהו דס"ל כמ"ד ד"ת חד כשר והא דס"ל לר' אבהו שנים שדנו אין דיניהם דין י"ל דזהו משום דס"ל דכיון דתקנו חז"ל דבעינן שלשה ע"כ הוי זה גם לעיכובא וכמש"כ הרשב"א והכ"מ והלח"מ בפ"ב ה' סנהדרין ברמב"ם ה' יו"ד. וכן כתב המראה הפנים בירושלמי פ"א לסנהדרין ה"א ד"ה מה אנן קיימין אם בשטעה ודנן בשקול הדעת כו' בסה"ד שם דמוכרח לר' אבהו דמדרבנן הוא דאמרו שנים שדנו אין דיניהם דין ע"ש:

ולכן ס"ל לר' אבהו דבקבלהו מותר ליחיד מומחה לדון גם לכתחילה דכה"ג מוקמינן על ד"ת כמש"כ הרדב"ז דזה תלוי בזה אבל לדינא למאי דקיי"ל כמ"ד דמה"ת בעינן שלשה סמוכין אף בהודאות והלואות כמש"כ הש"ך בסי' ג' ס"ק א' להוכיח מהא דב"ק ד' פ"ד וגיטין ד' פ"ח דאמרו גם בהודאות והלואות דשליחותייהו עבדינן ע"כ שפיר פסקו דאף בקבלוהו ליחיד מומחה אין לו לדון לכתחילה ואין סתירה עליהם מירושלמי מפורש הנ"ל והא דאמרו בירושלמי שם ותני כן בד"א כו' ג"כ אין מזה הכרח לדחות שיטת הסוברים כן די"ל ג"כ כנ"ל ולפ"ז י"ל דלא הי' נעלם מהם הירושלמי הנ"ל די"ל כנ"ל ועיין בתוס' יו"ט פ"ד דאבות מ"ח דס"ל ג"כ דאף בקבלוהו אין לדון יחידי לכתחלה. (שם סעי' ד') אע"פ שב"ד של שלשה ב"ד שלם הוא כו' מוטב שיחתוך הדין בי"א מבעשרה וכת' הסמ"ע בס"ק י"א דעשרה ל"ד דהוא ב"ד השקול ומוכח מהא דסנהדרין ד' ג' ע"ב דאף בדיני ממונות אין עושין ב"ד שקול וכמש"כ הרמב"ם ה' סנהדרין פ"א ה' ד' ובפי' המשנה פ"א מ"א והא דסנהדרין ד' ז' ע"ב דרב הונא כי הוי אתי דינא לקמי' הוי מייתי עשרה כו' י"ל דהא איהו עצמו הי' מצטרף עמהם בדין א"כ הא הוי י"א והא דא"ר יהושע שם עשרה שיושבין בדין קולר הלוי כו' הא מסיק שם דמיירי בתלמיד יושב לפני רבו ולקמן בסנהדרין ד' ח' ע"א אומר משמי' דרב אפי' עשרה והן הדיוטות פסולין לדיני קנסות וקשה דמשמע הא עשרה והן מומחין כשרין לדיני קנסות והא הוי ב"ד שקול ואין סברא לומר דרב ס"ל כר' יאשי' דס"ל בסנהדרין ד' ג' ע"ב דלא בעי ב"ד נוטה בדיני ממונות וה"ה בקנסות ולפמש"כ הסמ"ע בעשרה הוא ל"ד י"ל כן שם דהך עשרה הוא ל"ד: סימן ב ענף א:

אכן למפש"כ לעיל סי' ג' סעי' א' לדון דגבי הודאה בב"ד כיון דאין הב"ד עושין כלל רק שומעין מהבע"ד הודאתו דמהני בזה אף ב"ד שקול ע"כ י"ל דה"ה גבי מודה בקנס דפטור

אף בבאו עדים כדס"ל לרב בב"ק דף ע"ד י"ל דאף במודה לפני ב"ד שקול אם הם יותר משלשה דמהני הודאתו למיפטר א"ע בקנס מה"ט אבל במודה לפני ב"ד הדיוטות לא מהני הודאתו למיפטר כמבואר בב"ק שם דשאני ר"ג דלא בב"ד אודי וה"ה ב"ד הדיוטות כיון דאינן חשובין לב"ד כלל בקנסות וזה שאמר רב אפי' עשרה והן הדיוטות פסולין לדיני קנסות דנפ"מ לגבי הודאתו למיפטר דלא מהני הדיוטות בזה ונקט זה לרבותא דאף לגבי הודאה דה"א דלזה מהני אף הדיוטות למיפטר א"ע כיון דאינן דנין רק מיירינן בענין הודאתו וכמש"כ המהרי"ט לחלק בין דין לאודיתא דלזה סגי אף הדיוטות גמורין בדיני ממונות כנ"ל וכמש"כ לעיל בארוכה סעי' א' ע"כ אשמועינן רב דבקנסות לא מהני כלל הדיוטות. והעיקר כמש"כ לעיל דהך עשרה הוא לאו דוקא וכן מצינו באבות פ"ג משנה ו' דגירסת הרב שם אף עשרה שיושבין בדין וכמש"כ התוס' יו"ט שם ע"ש די"ל ג"כ דהך עשרה הוא לאו דוקא דאין עושין ב"ד שקול והנה בענין שומת ב"ד המבואר בסי' ע"ג סעי' ט"ו ובסי' ק"ג סעי' א' וסעי' ב' וסעי' ג' יש לדון דאף דבעינן שם דין ב"ד וכמש"כ האו"ת בסי' ק"ג לדון במה דמבואר שם דיכולין השמאין להיות קרובין זל"ז ועיין בנתיבות סי' ק"ג ס"ק א' וס"ק ב' ואכמ"ל בזה דאם היו יותר משלשה רק דהוי ב"ד שקול דיש לומר דבשומא יהי' מועיל אף ב"ד שקול וראי' לזה מהא דמגילה ד' כ"ג ע"ב דהקשו התוס' עלה דאמרו בקרקעות תשעה וכהן דאמאי מהני הא הוי ב"ד שקול וכן הקשו התוס' בערכין ד' י"ט. והרשב"א למגילה שם תירץ זה משום דשאני הכא דפרט הכתוב עשרה כהנים וטעמא דמילתא דשומא אינו כדין ממש. ע"כ י"ל דה"ה גבי שומת ב"ד לבע"ח דנזיל בתר טעמא ואין סברא לחלק דשא"ה דגזרה התורה דהא הרשב"א כתב לבאר זה ע"י ה"ט וזהו סברת התורה דפרטה עשרה כהנים:

אכן לפמש"כ הטורי אבן במגילה שם דלכן לא בעינן ב"ד נוטה בהא דתשעה וכהן משום דשא"ה דלא אזלינן בתר רובא בפדיון הקדש ע"ש א"כ לפ"ז יש לדון בשומת ב"ד לבע"ח דאזלינן בתר רובא כמבואר בב"ב ד' ק"ז ובסי' ק"ג דבעינן ב"ד נוטה אבל ב"ד שקול פסול ואף לפי המבואר בסי' ק"ג סעי' ג' דיכולין שמאים להיות קרובין זל"ז עכ"ז הא מצינו בהתרת נדרים דאף דנשאלין בקרובים להבע"ד דמ"מ אין עושין ב"ד שקול כמש"כ התוס' בב"ב ד' ק"כ ע"ב ד"ה שהפרת נדרים בשלשה הדיוטות כו' דעיקר מילתא דבעי בנדרים ג' דזהו משום דאין ב"ד שקול כו" וכ"כ בפי' הרא"ש לנדרים ד' ע"ח ע"א ד"ה להכשיר ג' הדיוטות כו' אלמא דאף דנדרים נשאלין עליהן בקרובין ובלילה מ"מ אין שם ב"ד שקול משום דאין שם ב"ד כלל עליהן וכן הוא כוונת הר"נ והרשב"א בנדרים שם א"כ ה"ה בשומת ב"ד דיש לדון דלא מהני ב"ד שקול:

וע"פ מש"כ יש להעיר במה שכתב בתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל סי' ע"ג לצרף להני שלשה בהתרת נדר לקטן ונסמוך על חזקה דרבא ויהי' הרביעי ג"כ מן המתירים ועיין שם בהשמטות:

ובאמת יש לומר דלצרף רביעי להשלשה לא מהני בהתרת נדרים משום דהא הוי ב"ד שקול ואין לומר דשאני התרת נדרים כיון דנשאלין בלילה ובקרובים ע"כ מהני אף ב"ד שקול דז"א דהא עיקר הטעם דבעינן שלשה בהתרת נדרים זהו משום הך דאין ב"ד שקול כמש"כ הרא"ש בנדרים והתוס' בב"ב וכ"כ הרמב"ן בחי' לב"ב ד' ק"כ דשייך אין ב"ד שקול גם בהתרת נדרים ע"ש ע"כ אין לצרף רביעי להשלשה בהתרת נדרים משום דיהי' ב"ד שקול:

ואפשר דרע"א דכתב כן הוא משום דיש שיטה אחרת מן הראשונים דס"ל שם בב"ב ד' ק"פ ובנדרים ד' ע"ח דהא דבעינן שלשה בהתרת נדר זהו מן מה דכתיב אהרן ובניו וכל ישראל דאהרן חד ובניו תרי וכל ישראל תלת או משום דכתיב אהרן חד ובניו תרי א"כ הוי תלת וכן כתב רש"י בנדרים ד' ע"ח ע"א ע"ש והובא שיטה זו בחי' הרמב"ן לב"ב ד' ק"כ ובשמ"ק לב"ב ונדרים שם. ע"כ לפי הך שיטה י"ל דס"ל דלא שייך לדון להך דאין ב"ד שקול בנדרים משום דלא בעינן שם דין ב"ד כ"כ כיון דניתרין בקרובין ובלילה כנ"ל אבל באמת אין הכרח מחד שיטה זו לדחות לכל הראשונים הנ"ל דנתבארו דס"ל דשייך לדון אין ב"ד שקול כו' ג"כ בנדרים. וגם י"ל דהך שיטה הנ"ל ס"ל ג"כ דשייך אין ב"ד שקול ג"כ בהתרת נדרים וקצרתי: סימן ב ענף ב:

ובעיקר דברינו הנ"ל יש להעיר מן מש"כ הרא"ש בסנהדרין פ"ב סי' ה' בסוגיא דשיקול הדעת דאם היו ארבע או חמשה וגמר דינא בתלתא וטעו מסתבר דהנך משלמי כולא כו' ויחיד מומחה או שנים מומחין כו' וכ"כ הטור בסי' כ"ה ע"ש וגם כתב שם בסעי' א' וכן הדין ביחיד מומחה או שנים מומחין ולא קבלו עליהם וטעו בשיקול הדעת מה שעשה עשוי כו' אלמא דס"ל דאף בשני מומחין דהוי ב"ד השקול דמ"מ לא הדר דינא וזהו דלא כמש"כ לעיל אך ממה דכתבו דאם הי' ארבע או חמשה כו' י"ל דבאמת גם עצם הדין הוא בטל משום דהוי ב"ד שקול ומיירי באי אפשר לחזור ולכן משלמים לפי שיטתם אך ממש"כ הטור דבשני מומחין קם דינא א"כ מוכח דלא כמש"כ וכן כתב הרי"ף פ"ק דסנהדרין על מה דקאמרי שם ד' ה' ע"ב תניא רשב"ג אומר יפה כח הפשרה מכח הדין כו' ששנים שדנו יכולין לחזור כו' דה"מ באינן מומחין ולא קבלינהו אבל אי הוו מומחין או קבלינהו דיניהם דין אלמא דס"ל דאף שני מומחין אף דהוי ב"ד שקול מ"מ דיניהם דין. ותקשה באמת על הרי"ף והטור דהא מוכח בסנהדרין ד' ג' דאף דיעבד בטל הדין

אם הי' ב"ד שקול דהא עיקר טעמא לר' יונתן דבעינן שלשה זהו משום דאין ב"ד שקול והא קיי"ל דשנים שדנו אין דיניהם דין אלמא דזהו לעיכובא וכמבואר בפי' רש"י שם ד"ה ור' יאשי' כו' וקשה על מש"כ הרי"ף והטור דבדיעבד קם דינא אף בב"ד שקול:

והנלע"ד לומר בכוונתם דס"ל דכיון דתקנו חז"ל דיחיד מומחה יחידי אלמא דלא בעינן ב"ד נוטה בדיני ממונות מדרבנן דאף די"ל דביחיד מומחה דאין לו עם מי לחלוק עמו דלא שייך בי' ב"ד השקול כ"כ מ"מ זה אינו לפי מש"כ רש"י בסנהדרין ד' ג' ע"ב ד"ה ואין ב"ד שקול כו' דאין עושין ב"ד זוגות דצריך לקיים בו אחרי רבים להטות ואם יתחלקו אין כאן רבים וכ"כ רש"י שם ד"ה ור' יאשי' כו' שצריך שלא יהא ב"ד שקול כדי שתתקיים בו הטיי' אחרי רבים כו' אלמא דעיקר הטעם דבעינן ב"ד נוטה כדי שתוכל לקיים אחרי רבים. א"כ ה"ה ביחיד מומחה דמה"ד הא לא תוכל לקיים בו אחרי רבים וע"כ מה"ת יש פסול ביחיד מומחה זולת הפסול דבעי שלשה מומחין דהא לא הוי ב"ד נוטה דב"ד נוטה הוא מצוה בפ"ע והא דקאמרי לעיל ד' ב' דאי אין ע"פ שלשה ל"ל וכן מה דס"ל לשמואל שנים שדנו דיניהם דין אף דלא הוי ב"ד נוטה זהו מטעם שכתב המהר"ם שי"ף שם דכיון דלא בעינן דין ב"ד ומן הדין חד כשר ע"כ גם שנים שדנו דיניהם דין אבל למאי דקיי"ל דמה"ת בעינן דין ב"ד ע"כ גם ביחיד מומחה שייך לפסול משום אין ב"ד שקול ג"כ אלא חז"ל תקנו דיחיד מומחה דן יחידי ולא איכפת לן מה דלא הוי ב"ד נוטה ע"כ ממילא אף בשני מומחין ג"כ כשר מדרבנן כיון דכבר עקרו חז"ל להך דין דב"ד נוטה ולכן שפיר הכשירו בשני מומחין וא"ש דברי הרי"ף והטור:

ולפ"ז י"ל דה"ה בארבעה או ששה הדיוטות ג"כ כשר לאחר דתקנו חז"ל לעקור להך ב"ד נוטה בדיני ממונות ע"כ גם זה כשר והא שכתב רש"י בסנהדרין ד' ג' ע"ב דאם הי' ארבעה או ששה כשרין לר' יאשי' אבל לר' יונתן פסולין י"ל דזהו מה"ת אבל לאחר דתקנו חז"ל דיחיד מומחה דן יחידי ע"כ אף ארבעה או ששה ג"כ כשרין אך בארבעה הדיוטות יש להוכיח דפסולין אף לאחר דתקנו חז"ל דיחיד מומחה דן יחידי דהא חזינן דגבי התרת נדרים אף דיליף מקראי דיחיד מומחה מתיר נדרים ואפ"ה ס"ל דגבי הדיוטות בעינן שלשה משום אין ב"ד שקול כמבואר בב"ב ד' ק"כ בתוס' ובראש נדרים ד' ע"ח כנ"ל אלמא דאין להוכיח מן יחיד מומחה על שלשה הדיוטות די"ל דדוקא ביחיד מומחה לא חיישינן מה דלא הוי ב"ד נוטה אבל בהדיוטות שפיר י"ל דבעי ב"ד נוטה ואין ב"ד שקול א"כ ה"ה י"ל דאף לאחר דתקנו חז"ל דיחיד מומחה דן יחידי דמ"מ בשלשה הדיוטות הדין הוא דבעינן ב"ד נוטה והא עיקר הדין דבעינן שלשה ולא סגי בשנים זהו משום דאין ב"ד שקול כדס"ל לר' יונתן וע"כ ה"ה בארבעה או ששה הדיוטות ג"כ מיפסל אבל שני

מומחין או ארבע וששה כשרין כיון דחז"ל תקנו דבמומחה לא איכפת לן בב"ד נוטה ולכן אף ב"ד שקול ממומחין ג"כ כשרין ואתי שפיר דברי הטור והרי"ף דמיירי במומחין: והנה אחר כותבי כל זה ראיתי בשער המשפט סי' י"ח ס"ק א' דנשאר בצ"ע על דברי הרי"ף והטור הנ"ל ע"ש. מחולקים כו' אבל העיקר כמו שכתבתי בעז"ה ועיין בשער המשפט סי' כ"ב ס"ק ג' מזה. אך לפמש"כ יש לדון בדבריו הרבה והוא דהעלה שם דבקיבל עליו חד כשלשה לא הוי תרתי לריעותא משום דבחד לא שייך למפסל משום ב"ד שקול כו' אבל לפמש"כ דגם ביחיד שייך למפסל משום דלא תוכל לקיים בי' אחרי רבים להטות. והא בב"ד שקול מארבעה או ששה דהא יכול להיות בי' רוב לחד צד ומיעוט לצד השני אפ"ה פסלו משום דלמא יהי' זוגות א"כ ביחיד דלא תוכל לקיים בי' אחרי רבים בשום אופן ודאי דיש למיפסל משום זה ג"כ א"כ הוי בקיבל ע"ע יחיד כשלשה תרתי לריעותא וכמש"כ הש"ך בסי' כ"ב:

סימן ב ענף ג:

ועוד נ"ל לומר דלכן כשר בשנים מומחין אף דהוי ב"ד שקול משום דהא חזינן דלשמואל שנים שדנו דיניהם דין אף דהוי ב"ד שקול משום כיון דמה"ת חד כשר א"כ לא בעינן שם ב"ד כלל ע"כ לא בעי ב"ד נוטה וכמש"כ המהר"ם שיף בריש סנהדרין א"כ ה"ה מה"ט כשר בשנים מומחין כיון דמן הדין כשר אף יחיד מומחה מדרבנן א"כ חזינן דלא בעינן בי' דין ב"ד אף דהוי יחיד מומחה מ"מ הא אין בזה שם ב"ד כמו דמצינו כעין זה בנדרים ד' ע"ז ע"א דסבר רב יוסף למימר נשאלין נדרים בשבת ביחיד מומחה אין בשלשה הדיוטות לא משום דמתחזי כדינא כו' אלמא דיחיד מומחה אין עליו שם ב"ד ע"כ י"ל ה"ה בהא דיחיד מומחה דן יחידי דכיון דאין עליו שם ב"ד ואפ"ה דן יחידי א"כ מה"ט אף שני מומחין כשרין כיון דלא בעינן גבי מומחה דין שם ב"ד מדרבנן ע"כ אף שני מומחין ג"כ כשרין כן הוא סברת הרי"ף והטור:

וי"ל דהוכיחו כן ממה דתנן באבות פ"ג מ"ו דגירסת הרע"ב שם עשרה שהיו יושבין בדין וכמש"כ התוי"ט שם וכמש"כ לעיל וכן ממה דתנן באבות פ"ד מ"ח אל תהי דן יחידי ופי' הרע"ב שם דמיירי ביחיד מומחה בלא קבלוהו דאלו בקבלוהו אף מומחה דן יחידי ומה שהקשה התוי"ט שם על הרע"ב דבריו תמוהין דהא כן מבואר בירושלמי סנהדרין פ"א ה"א דבד"א דלא קבלו עליהן אבל בקבלו עליהן דן אפי' יחידי וכ"כ הש"ך בסי' ג' ס"ק יו"ד וכ"כ בתוס' ראשון לציון שם אלמא דאף דמיירי בלא קבלוהו מ"מ אם אינו יחידי מותר לדון ומשמע דאף דלא הוי שלשה מומחין רק שנים כיון דלא הוי יחידי יכול לדון וכן ממה דאמרו עשרה שיושבין בדין דמשמע דאף דהוי ב"ד שקול מ"מ יכולין לדון

והטעם הוא דכיון דהוי מומחין ע"כ כשרים אף דהוי ב"ד שקול ומזה הוכיחו הראשונים הנ"ל דשני מומחין כשרים לדון אבל בהדיוטות י"ל דמיפסלי אם הם ב"ד שקול כמש"כ לעיל להוכיח כן מהתרת נדרים משום די"ל דדוקא במומחה הקילו בזה אבל בהדיוטות בעינן שם ב"ד ולכן דייניו בהו הך דאין ב"ד שקול כו':

[והנה ביו"ד סי' רכ"ח בט"ז ס"ק ג' ובש"ך שם ס"ק ד' כתבו דהאידנא דאין מומחה אף שני מומחין אין התרתם התרה אף בדיעבד ומשמע דאם הי' דין מומחה הי' מהני התרת שני מומחין אף דהוי ב"ד שקול וכן הוא בטור שם כמש"כ הט"ז בכוונתו' א"כ מזה הי' סיוע למש"כ רע"א זצ"ל דיכולים ארבעה דיינים להתיר הנדר וכמש"כ לעיל בשמו משום דבהתרת נדרים לא בעינן דין ב"ד כלל וכמבואר בנדרים ד' ע"ז דאמר אביי כיון דאפי' מעומד ובקרובים ובלילה לא מתחזו כדינא אבל באמת אינו כן דהא הוכחתי לעיל דגם בהתרת נדרים לא מהני ב"ד שקול והא דשני מומחין שאני כיון דיחיד מומחה מתיר הנדר כנ"ל אבל בבבל דליכא מומחין לא מהני ב"ד שקול של הדיוטות ודלא כמש"כ רע"א זצ"ל וכ"ז בנדר דלא מהני אף דיעבד בבבל דין יחיד מומחה אבל בדין אם דנו שני מומחין מהני דיניהם דיעבד דהא אף בבבל אם דנו שייך דין יחיד מומחה כמש"כ הש"ך בסי' כ"ה ס"ק י"ג וסי' ג' ס"ק ז' אבל בהדיוטות לא מהני אף בדיעבד שום ב"ד שקול כלל וכן בשומת ב"ד לא מהני ב"ד שקול לפמש"כ התוס' במגילה ד' כ"ג ובטורי אבן שם ובערכין ד' י"ט כנ"ל אך לפי שי' הרשב"א בחי' שם י"ל דבשומת ב"ד מהני ב"ד שקול והוי ספיקא דדינא בזה ואחר כותבי כל זה ראיתי בב"ח על הטור ס"ק יו"ד שכתב על מש"כ הטור דמוטב שיחתך הדין באחד עשר מבעשרה דלאו דוקא קאמר דא"כ קשיא מאי מוטב הא פשיטא דאין עושין ב"ד לכתחלה דאין ב"ד שקול עכ"ל הב"ח ומשמע ממנו דס"ל דרק לכתחלה אין עושין ב"ד שקול אבל דיעבד כשר אף ב"ד השקול ובאמת זה אינו כמש"כ לעיל וכמש"כ השער משפט בסי' י"ח ובסי' כ"ב ואפשר לומר בכוונתו ג"כ כמש"כ לעיל דבמומחין כשר אף דהוי ב"ד השקול והטור הא מיירי התם דהוי כולם מומחין דהא מסיים שם וצריך שיהיו כל היושבים שם בב"ד ת"ח וראוין. וכ"כ המחבר שם. ולכן אמר דרק לכתחלה אין עושין ב"ד שקול אף בזה וע"כ הך עשרה הוא לאו דוקא ואינו סותר לכל מה שכתבתי:

סימן ד

(סעי' א' בהג"ה) הקהל נקראים מוחזקים לגבי היחיד כו' והא דנקראים מוחזקים כו' דוקא בעניני מסים כו' והוא מן המרדכי בב"ק ספ"ב והתה"ד סי' שמ"א שהביאו ראי'

לזה מהא דב"מ ד' ע"ג דמוהרקיהו בטפסא דמלכא מנח וכן מצינו בב"ב ד' נ"ה ע"א דא"כ בטלת ירושת בנו הבכור ועיין בתוס' שם ובחדושי הרמב"ן והשמ"ק שם וראי' זו הובא ברדב"ז ח"א סי' צ"ו גבי ענין א' מזה ע"ש:

סימן ד ענף א:

ובשו"ת הר"נ סוף סי' י' כתב בנידון א' אם המעות שהם אצל יהודה שנפל ספק אם לא נפטרו מן חיוב מס או שמא הם מקהלה אחרת שפטורים מנתינת המס פסק שם דעל הקהל להביא ראי' כדין כל מוציא מחבירו וכתב וכי תימא שעבוד המסין שאני שהמשועבד אינו נקרא מוחזק כמו בשאר שעבודים אדרבה שעבוד מלך יותר מוחזק ממנו כדאמרינן בחזקת הבתים א"כ בטלת ירושת הבכור אינו ענין דה"מ כשהשעבוד ודאי אבל בספק לא עכ"ל הר"נ אלמא דס"ל להר"ג בפשיטות לחלק דדוקא חוב ברור ממסים מקרי מוחזק אבל לא בספק וכעין זה מצינו גבי שט"ח העומד לגבות דכתבו התוס' בסוטה ד' כ"ה לחלק בין חוב ברור לחוב ספק כמש"כ שם בד"ה ב"ה סברי כו' ולפ"ז תקשה על הרמ"א והסמ"ע דלא הביאו הכא הך תשובת הר"נ הנ"ל החולק ע"ז ואפשר דזהו כוונת הש"ך סוף ס"ק יו"ד שציין לתשובת הר"נ ס"ס יו"ד: ויש לחלק דהא דכתב המרדכי והתה"ד דספק במסים הוי הקהל מוחזקים דזהו דוקא היכא דהיו עליו חזקת חיוב ליתן מס רק דעכשיו נולד הספק אם נפטר מחוב המס בזה דנין להקהל דמקרי מוחזקים וכן מורה לשון המרדכי והתה"ד שם שכתבו דכל היכא דאיכא ספיקא וטענה שאינה ברורה ליחיד ליפטר מהמס אמרינן מוהרקיהו בטפסא דמלכא מנח עד שיברר הדבר שהוא פטור אלמא דמיירו בענין שהיחיד רוצה להפטר מהחזקת חיוב שהיה עליו כבר וכן הא דלקמן סי' קס"ג סעיף ו' בהג"ה בקהל שפטרו א' ממס דיכולין לומר שלא פטרוהו רק לשנה וכמש"כ בביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ק"ד הטעם לפי שהם מוחזקין הא התם הי' מתחלה עליו חזקת חיוב ונולד ספק אם יצא מהחיוב אבל בהנידון של תשובת הר"נ הנ"ל דנולד ספק לנו אם הי' חיוב מעולם על המעות או דלא הי' חזקת חיוב כלל מעולם עליהם ע"כ בכה"ג לא הוי הקהל מוחזקים וכה"ג מצינו בסוטה ד' כ"ה בתוס' ד"ה בש"א נוטלת כתובה כו' שכתבו לחלק אליבא דב"ש דדוקא היכא שעמד השטר לגבות מאותן נכסים רק דהספק הוא אם יצאו הנכסים מחזקת שעבודן בזה הוי כגבוי לב"ש אבל אם הוי ספק מעיקרא אם עמד השטר לגבות מאותן הנכסים בזה לא הוי כגבוי: אכן מצינו לקמן סי' קס"ג בסמ"ע ס"ק כ"ה שכתב בשם מהרי"ו דהשמאים נאמנים על א' כמה הודה לפניהם אע"פ שכבר נסתלקו אבל במרדכי דב"ב משמע דאין בני העיר נאמנים על א' כמה הודה כ"ז שנוגעין בדבר עכ"ל ד"מ וכיון דהקהל הם מוחזקין

כמ"ש לעיל סי' ד' הדין עם הקהל דבספיקא דדינא הדין עם המוחזק עכ"ל הסמ"ע וכ"כ הש"ך בסי' קס"ג ס"ק יו"ד ובאמת לא ידעתי דל"ל לדון בזה מצד דבספיקא דדינא הקהל הם מוחזקין הא כן מבואר להדיא בסי' ל"ז סעי' כ"ב דעכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל כו' ועל כל עניניהם כו' וכמבואר בסי' ז' סעי' י"ב דגם לענין מסים הדין כן והמרדכי בב"ב פ"ק ד' רמ"ג דכתב דאין בני העיר נאמנין הביא ראי' לזה מהא דבני העיר שנגנב להם ס"ת דאין דנין אותם בדייני העיר ע"ש. ולכן האידנא דדנין ומקבלין עדות בני העיר לא שייך ראי' זו לדון כן ויש לי להאריך בזה אך אכמ"ל הרי דאף בספק בעיקר החיוב מעולם דבזה ג"כ אמרו דהקהל הם מוחזקין בספיקא דדינא:

וכן מצינו בסי' קס"ג בסמ"ע ס"ק יו"ד ובש"ך שם ס"ק ד' דאם הקהל טוענין על א' שדר אצלן דהקהל נאמנין בשבועה אלמא דאף בספק מעיקרא אם הי' חייב כלל דג"כ נאמנין בשבועה ואין לומר דהתם הטעם לפי דעכשיו נהגו לקבל עדות מהם כנ"ל דא"כ לא יצטרכו לישבע וע"כ מיירי התם דאינן מעידים בתורת עדות וכן י"ל במה שהעירותי לעיל אך שם לא שייך כן כ"כ וקצרתי] ואפ"ה נאמנין בתורת בע"ד דלא מהימן בלא שבועה אף דהוי מוחזק אלמא דאף בספק אם הי' חיוב כלל דג"כ אמרו דבני העיר הם מוחזקין וכן ראיתי בתשובת מהרשד"ם ח' ח"מ סי' שס"א בספיקא דדינא הנולד בת"ח אם מיפטר מחוב זו או לא דכתב שם לדון בזה דהקהל הם מוחזקין ע"ש אלמא דאף בספק מעיקרא ס"ל בפשיטות דהקהל הם מוחזקין ולא חילקו בזה ובאמת יש להעיר על דברי הרשד"ם הנ"ל דהא מבואר בהרמ"א הכא בשם מוהר"מ מיזבורג דנגד הת"ח אין דינם כמוחזקים ואפשר דזה נכלל במש"כ המהרשד"ם שם אח"ז דלתבוע מת"ח זהו בכלל מילתא דאיסורא ואין לומר בזה קים לי ע"ש אך דקשה לומר כן בכוונתו עכ"פ חזינן דבכל ספיקות דייניו דהקהל הם מוחזקין וע"כ יש לתמוה איך לא הביאו לדברי הר"נ הנ"ל דכתב להיפך מזה:

ויש לומר דהא דאמרו דבני העיר הם מוחזקין בספק דזה אינו אלא אם טוענין הקהל טענת וודאי אבל בטוענין טענת ספק בזה לא הוי כמוחזקים וכעין הא דמצינו בח"מ סי' ע"ב סעי' כ"ד גבי משכון דהוא ביד המלוה דאם טוען טענת ספק אינו יכול לתבוע מספק בנכסי ראובן וכ"כ הרמ"א שם סעי' י"ד והש"ך שם סוף ס"ק ק"ט ה"ה י"ל כן במה דדנו כח הקהל למוחזקים דלא יהא עדיפא מן אלו הי' משכון בידם דאם טוען טענת ספק לא מהני מוחזקות שלו בהמשכון אלא בספיקא דדינא דכבר כתבו הפוסקים דטענת קים לי הוי כטענת ברי ע"כ שפיר מהני בזה מוחזקות של בני העיר אבל בספק במעשה לא מהני אלא אם טוענים טענת ברי וע"כ בהנידון של הר"נ דלא טענו טענת ברי לי דהמעות הם

מחוייבים במס ע"כ שפיר כתב הר"נ דמספק לא מהני מוחזקות שלהם ואינו סותר דברי הר"נ הנ"ל לכל הפוסקים הנ"ל וכעת ראיתי באו"ת ס"ק יו"ד באורים שהביא תשובת הר"נ הנ"ל בקצרה דסותר לדברי הרמ"א הנ"ל אבל העיקר כמש"כ ועיין באו"ת סי' מ"ב סוף ס"ק י"א:

סימן ד ענף ב:

והנה הכא מבואר דדווקא במסים אמרינן דהקהל הם מוחזקים וכן יפה כח הרבים אף שלא במסים לתת להם משכון מקודם שירדו עמו לדין ובאמת מצינו עוד מעליותא בזכות הרבים אף שלא בעניני מסים והוא דמבואר בב"ב ד' ק' ע"א דתניא ר"י אומר משום ר"א רבים שבררו דרך לעצמן מה שבררו בררו כו' אמר ר"ג אמר רב כגון שאבדה להן דרך באותה שדה א"ה אמאי אמר רבה בר רב הונא אמר רב אין הלכה כר"א כו' ופי' הרשב"ם ד"ה כשאבדה להן דרך באותה שדה דמ"מ אורחא אית להו גבי' ויפה כח הרבים מכח יחיד שהיחיד שאבדה לו דרך בשדה חבירו כו' אבל רבים כב"ד דמי כו'. ולקמן ברשב"ם ד"ה אמאי אמר רבה בר ר"ה כו' כתב והלא הדין עמו שאפילו החכמים החולקין על אדמון ואומרים יקח לו דרך כו' אבל באותה שדה ד"ה חייב בעל השדה ליתן לו דרך ליכנס לשדהו וגבי רבים דין הוא שאם בררו לעצמן יפה עשו כו' עכ"ל וזה לשון הרמב"ן בחי' לב"ב שם באה"ד ור"א רבים במאי קנו כו' ומפרקינן כי אר"א כשאבדה להן דרך באותה שדה שאם ביררו דרך לעצמן מה שבירו ביררו ואומרין לו הבא ראי' שאין זו הדרך שלנו וטול ואף ע"פ שביחיד עליו הראי' יפה כח הרבים כו' עכ"ל וכן הוא לשון השמ"ק בב"ב שם ד"ה אמר רב גידל כו' כאן שאבדה להן דרך כו' ואלו אבדה דרך ליחיד בשדה חבירו ודאי נותן לו דרך אלא שנותן לו איזה שירצה כו' ויפה כח הרבים שאם בררו דרך לעצמן מספק כיון דאית להו אורחא גביה מה שבררו בררו כו' עכ"ל:

אלמא דאף היכא דלא שייך לדון מצר שהחזיקו בו רבים כו' דהא לבסוף מסקי בש"ס התם להך מצר שהחזיקו בו רבים וגם הא עיקר הטעם של מצר שהחזיקו בו רבים רק אם הוא ברשות בעל השדה וכמש"כ הרשב"ם שם ד"ה החזיקו בו רבים שהשווהו ותיקנוהו להילוך והבעלים ידעו ושתקו דודאי לרבים מחל כו' [ובמק"א כתבתי הרבה לדון בדברי הרשב"ם הנ"ל דהא דכתב דבעינן שהשווהו ותיקנוהו להילוך דז"א למסקנת הגמ' שם דנקנה בהילוך והיכא דאין עשוי רק להילוך כ"ע מודו דנקנה בהילוך והארכתי בדברי תוס' ד"ה בשביל כו' והבאתי שם כמה סוגיות שמוכח מהם כן וכן הארכתי שם בירושלמי ב"ב ספ"ג ועירובין פ"ט ואכמ"ל:] ועיין במהרש"א בב"ב דף ק' שכתב ג"כ הטעם דמצר שהחזיקו בו רבים הוא מדשתק מחל להם. ומה"ט בעינן שהחזיקו בו

ברשות דוקא כמבואר בח"מ סי' שע"ז סעיף א' בהג"ה ובסמ"ע שם ס"ק ב' אבל בהא שאבדה להן דרך דלא היה מעולם חזקתם ברשות בעל השדה דהא בעל השדה טוען דאין זה מקום הדרך שבררו אלא במקום אחר היא דרך שלהם ואפ"ה מועיל חזקתם לכ"ע בזה ולכן הקשו בפשיטות דאי הכי אמאי אמר אין הלכה כר"א והשמ"ק בב"ב שם כתב דאף דאין להרבים לברור לכתחלה עכ"ז אם בררו בדיעבד מהני חזקתם בתורת הפקר כו' ויש לה כח זה:

הרי מצינו דיש זכות לרבים ביותר מן זכות היחיד אף בענין תפיסה בספק דאף דביחיד לא היה מהני מ"מ ברבים מהני תפיסתם בכגון זה אף שלא בענין מסים אך דעיקר דבר זה צריך ביאור דהא מבואר בח"מ סי' קמ"ח סעיף ב' גבי מי שאבדה לו דרך כו' דאם החזיק בדרך ואומר היא דרכי דאין מסלקין אותו אלא בראיה ברורה ועיין בסמ"ע וש"ך שם מש"כ בשם הכ"מ שפירש דאף בחזקה שתפס בע"כ של בעל השדה מהני חזקתו ולפ"ז קשה במש"כ הראשונים לפרש דבאבדה להן דרך באותה שדה דדברי הכל דחייב בעל השדה ליתן לו דרך וע"כ יפה כח הרבים שאם בררו מה שבררו בררו הא בכה"ג אף ביחיד מהני מוחזקות שלו ואין לומר דמיירי אף באופן דאינו ידוע מדת הדרך כמה היה דכה"ג אין להיחיד לתפוס מספק דז"א דהא משמע מדברי כל הראשונים דגם בהא דב"ב עיקר הספק הוא רק על מקום הדרך איה הוא ואפשר לומר דהא דאמרו יפה כח הרבים דמה שבררו בררו דמיירי אף בטוענים הרבים ספק על מקום הדרך איה הוא דמ"מ מה שבררו בררו אבל ביחיד אין מועיל תפיסתו רק בטוען ברי שאומר זו היא דרכי כמבואר ברמב"ם ספט"ו ה' טוען ובח"מ שם:

אבל באמת זה אינו דהא בעירובין ד' צ"ד ע"א ברש"י ד"ה וכי תימא כשאבדה להן את הדרך באותה חצר פי' רש"י דמיירי שבני ר"ה אומרים שעד כאן היה רשותן כו' ע"ש אלמא דס"ל לרש"י דהך שאבדה להן דרך מיירי ג"כ דבני רה"ר טוענין ברי שזו היא דרכם אבל אם לא היו טוענין ברי אין סברא שיהיה מועיל תפיסתם אף ברבים ובודאי אין סברא לומר דיפה כח הרבים לענין אף אם אין כולם טוענין ברי אלא מקצתן וגם הא הפתח הבית כתב לדון בסי' מ"א ענף ט"ז דיש לומר בשותפין דיהא מהני תפיסתו עבור חבירו ואכמ"ל בזה והעיקר מה שנ"ל בזה דהא דאמרו מה שבררו בררו הכוונה הוא דמיד שבררו פעם אחת הדרך והי' כבר בחזקתם ע"כ אף לאחר שחזר הבעל השדה ותפס מהם לא מהני תפיסתו כלל ואלו ביחיד דאף שאמרו דאם החזיק בדרך אין מסלקין אותו זהו כ"ז שהוא תפוס אבל אם חזר הבעל השדה והחזיק בו ודאי מהני חזקתו ועיין בסי' קל"ט ש"ך ס"ק ב' אכן ברבים אף אם חזר בעל השדה והחזיק בה מ"מ מוציאין

ממנו כיון שזכו בה כבר הרבים ובעת שהיו מוחזקים הי' מהני אז תפיסתם לכן יפה כח הרבים בזה דלא תועיל שוב תפיסת הבעל השדה אלא לעולם היא ברשות הרבים וכן הוא לשון רש"י בעירובין ד' צ"ד ד"ה מה שבררו בררו ואינו רשאי לגודרה כו' ומשמע דאף לאחר דאוקמי לה לאח"ז דמיירי שאבדה להן דרך כו' דג"כ אין רשאי לגודרה אלמא דמה שבררו הרבים היא בחזקתם בתורת דין וודאית דאינו רשאי היחיד לגודרה ולהחזיק בה שוב אף אם יהי' יכולת בידו לגדור ובפרט לפמש"כ השמ"ק בב"ב ד' ק' ד"ה ור"א רבים במאי קנו לה כו' דבאבדה להן דרך כיון דיחיד שאבדה לו דרך אין לו זכות לברור הדרך ע"כ ברבים אע"פ שיש להם כח להחזיק בע"כ של בעל השדה מ"מ צריכים הם קניי' בברירת הדרך ועד שיחזיקו הם לא קני כו' א"כ לאחר שזכות זה דיש להם הוא מן דין הפקר וזכו מהפקר ע"כ אינו מועיל שוב תפיסת היחיד ושפיר אמרו דיפה כח הרבים מן כח היחיד לענין זה:

סימן ד ענף ג:

ועדיין יש להקשות על הא דב"ב ד' ק' דהקשו בפשיטות על מה דאמרו כגון שאבדה להן דרך באותה שדה דאי הכי אמאי אמר רבה בר רב הונא אין הלכה כר"א והי' פסיקא להו דבאבדה להן דרך ודאי הוא דין ברור שמה שבררו בררו לדברי הכל ועיין ברשב"ם ואלו בעירובין ד' צ"ד אמרו ור"א לטעמי' כו' וכי תימא ה"נ כגון שאבדה לו דרך באותה חצר והאר"ח עד מקום מחיצה מחלוקת אימא על מקום מחיצה מחלוקת אלמא דאף בשאבדה להן דרך דס"ל לר"א דמה שבררו בררו דפליגי רבנן דלא אמרינן מה שבררו בררו ודוחק לומר דרק לענין דלא הוי רה"ר בזה ס"ל לרבנן דאף דמה שבררו בררו מ"מ לא הוי רה"ר ור"א ס"ל כיון דמה שבררו בררו ע"כ ממילא ה"ל רה"ר דדוחק לומר כן דהא כיון דנימא דהדין הוא דמה שבררו בררו ממילא הדין הוא דיהי' לו דין רה"ר ועיין בעירובין שם בתוס' ד"ה חייב דברי ר"א: ואפשר לומר דהך סוגיא דב"ב דהקשו בפשיטות א"ה אמאי אין הלכה כר"א דס"ל כאוקימתא דואבע"א שם בעירובין דמוקי פלוגתתם בצידי רה"ר ולא פליגי כלל באבדה להן דרך וכמו דכתבו הרי"ף והרא"ש בעירובין רק לאוקימתא זו. ע"כ שפיר הקשו דא"ה אמאי אין הלכה כר"א וכמש"כ הרשב"ם לפרש דאף חכמים דפליגי על אדמון מודו הכא משום דדברי הכל היא ועכ"ז דוחק לאוקמי כן דאכתי תקשה דמנלן להקשות כן דדלמא ס"ל לרבה בר ר"ה כאוקימתא ראשונה דעירובין ופסק כרבנן דשם ובאמת יהי' מזה סייעתא למש"כ הרשב"א דהובא בשמ"ק לב"ב ד' ק' הנ"ל דאין לפרש במה דאמר רבה בר ר"ה אין הלכה כר"א דקאי על מה דבררו דרך דאין יכולת בידם לברור להם דרך בלא רשות בעל השדה דאין לומר כן משום דלשון אין

הלכה כר"א משמע דאין להם דרך כלל ובאמת הא דרך יש להם כו' עכ"ל השמ"ק ולפ"ז א"ש מה דאמרו בעירובין דגם באבדה להן דרך פליגי רבנן משום דכיון דיכול היחיד לברור להם דרך אחר ע"כ אין דינו כרה"ר אבל שיטת כל הראשונים שם דלא כהרשב"א בזה אלא ס"ל דבמה דאמר ר"א דמה שבררו בררו לד"ה הוא כן משום דמסתבר טעמי' בזה א"כ תקשה עדיין דמאי פריך דאמאי אין הלכה כר"א הא י"ל דפסק כרבנן דעירובין דפליגי אף באבדה להן דרך וס"ל כאוקימתא קמייתא דעל מקום מחיצה מחלוקת:

והנלע"ד והוא דיש לומר במה דפסק הרמב"ם והמחבר בסי' קמ"ח דבמי שאבדה לו דרך שדהו דאם החזיק אין מסלקין אותו ממנה ומהני תפיסתו דזהו משום דהא קיי"ל דבדררא דממונא מהני תפיסה בטוען ברי כמש"כ התוס' בב"מ ד' ק' ד"ה ולחזי ברשות דמאן קיימא כו' והובא בכללי תפיסה של האו"ת והנתיבות ע"כ הכא דידעינן דיש לו דרך בשדה חבירו רק במסופקין אנחנו על מקומו איו הוא דהוי זה כדררא דממונא וכמו גדול ודמי קטן דב"מ שם דה"ל דררא דממונא ועיין בקצה"ח סי' פ"ח ס"ק ח' ובנתיבות שם וכש"כ הא דאבדה לו דרך דידעינן דאית לי' אורחא בוודאי רק דהספק הוא על מקום הדרך דזה עדיף מן הא דב"מ ד' ק' וע"כ שפיר פסקו דאם החזיק בדרך בע"כ של בעל השדה דאין מסלקין אותו ואף דבקרקע אינו מועיל תפיסה עכ"ז שאני הכא כיון דקרקע אחד יוצא בוודאי מרשותו ע"כ לא שייך הכא לדון קרקע בחזקת בעלים עומדת וכמש"כ הנתיבות בסי' קמ"ח ס"ק ג' וראיתי בלח"מ פ' ט"ו ה' טוען ה' י"א שכתב להשיג על הכ"מ דכתב דאף בהחזיק בע"כ מהני חזקתו להדרך והעלה דדוקא בשתקו הבעלים מהני חזקתו אף דלא החזיק ג' שנים משום דשתיקה כהודאה אבל בע"כ לא מהני אף בהי' איש אחד ע"ש:

אכן לפמש"כ הנכון עם הכ"מ:

אכן עיקר הכלל שכתבו הפוסקים דבדררא דממונא מהני תפיסה בטוען ברי אף דהבעל חזקת בעלים הראשונים טוענים ג"כ ברי ומכחישים אהדדי די"ל דזה תלוי בפלוגתא דב"מ ד' ק' דרבה בר ר"ה ס"ל דאף בברי וברי הדין לסומכוס דחולקין משום דגם זה מקרי דררא דממונא א"כ ממילא ה"ה לרבנן דפליגי על סומכוס וס"ל הממע"ה אף בדררא דממונא עכ"ז אם תפס התובע וטוען ברי מהני תפיסתו אף דהתנבע ג"כ טוען ברי כיון דהוי בשם דררא דממונא לשי' רבה בר ר"ה אבל לשיטת רבא דס"ל בב"מ ד' ק' דכי אמר סומכוס שמא ושמא אבל ברי וברי לא אמר משום דס"ל דכיון דהנתבע טוען ברי והוי מוחזק מעיקרא ע"כ אין זה מקרי בשם דררא דממונא לסומכוס וה"ה יש לומר כן אליבא דרבנן דס"ל בכל דררא דממונא דמהני תפיסה דלא אמרו כן אלא בטוען הנתבע

שמא אבל אם טוען ברי כיון דהוי ג"כ מוחזק מעיקרא אין זה בשם דררא דממונא לומר ולהסתפק בזה כלל כיון דצווח וטוען ברי לי כי הדין עמי ע"כ אין זה בשם לידת הספק כלל ועיקר פי' דררא דממונא שהוא מקום לידת הספק כמש"כ הפוסקים ע"כ הדין נותן בזה דלא יהא מהני תפיסה בזה:

והא דכתבו הפוסקים דלדינא מהני תפיסה אף בטוענים ברי אם הוא דררא דממונא י"ל דזהו משום דלדינא קיי"ל כרבה בר ר"ה דאף בברי וברי אמר סומכוס כמבואר בסוגיא דב"ק ד' ל"ה דכולי אמוראי ס"ל שם כן ע"ש ולפ"ז י"ל דבעיקר מילתא דאמרו דיפה כח הרבים דאם בררו דרך באבדה להן דרך דמה שבררו בררו דזה תלוי במה שנתבאר והוא כי למ"ד דס"ל דאף בברי וברי ה"ל בשם דררא דממונא ולפ"ז מהני תפיסה אף ביחיד שאבדה לו דרך בשדה חבירו דאם החזיק אין מסלקין אותו דזהו מטעם דמהני תפיסה בדררא דממונא כנ"ל ע"כ ממילא יפה זכות הרבים בזה דלא יהא מהני שוב תפיסת היחיד מהם כיון דכבר זכו בה כדין וכמש"כ השמ"ק דכגון זה יש להם כח להפקיר גם י"ל דמן דין יאוש נגעו בה וכעין מש"כ הר"ש באהלות פ' י"ח מ"ד על מיצר שהחזיקו בו רבים דמן דין יאוש נגעו בי' וזהו כהסוברים דמהני יאוש לקרקע ובאמת לכאורה הי' מקום לומר ד"ר אליעזר דקאמר מה שבררו בררו דאזיל לטעמי' דס"ל בב"ק קרקע נגזלת וכמש"כ התוס' בסוכה ד' ל"א דגרסי ר' אליעזר ע"ש ע"כ מהני יאוש בקרקע אבל באמת זה אינו כדמוכח בסוגיא דב"ב ובעירובין וקצרתי] אבל למ"ד דס"ל דבברי וברי לא ה"ל בשם דררא דממונא ע"כ יש לומר דביחיד לא מהני תפיסתו להדרך שאבדה לו וכמש"כ הלח"מ וס"ל להש"ס דלא נחלק בין הא דאבדה לו דרך דידעינן דאית לי' אורחא בוודאי ובין כל דררא דממונא:

ואי נימא דביחיד לא מהני חזקתו להדרך שאבדה לו ע"כ ממילא אף ברבים לא מהני חזקתם דאטו רבים גזלנים הן כיון דע"פ דין לא זכו בו מעולם כן י"ל בכ"ז ולכן בעירובין ד' צ"ד דאמרו על מקום מחיצה מחלוקת ופירשו התוס' שם ד"ה חייב דברי ר"א דקאי באבדה להם דרך באותו מקום וס"ל לרבנן דאין להם כח לברור משום דטעמם דכיון דבעל החצר טוען ברי וה"ל חזקת בעלים הראשונים ע"כ לא מקרי זה בשם דררא דממונא דיהא מועיל תפיסה ור"א ס"ל דגם בזה אמרינן כח הרבים יפה והסוגיא דעירובין באוקימתא קמייתא אזיל בשיטת רבא דב"מ ד' ק' וע"כ הדין כמש"כ הלח"מ פ' ט"ו ה' טוען ה' י"א לחלוק על הכ"מ דלא מועיל חזקת היחיד בע"כ של בעל השדה כנ"ל:

אבל בב"ב ד' ק' דמקשה הגמ' אי הכי אמאי אמר רבה בר ר"ה אין הלכה כר"א שפיר הקשו בפשיטות משום דרבה בר ר"ה לטעמי' דס"ל דאף בברי וברי מקרי בשם דררא

דממונא כנ"ל א"כ גם ביחיד מהני תפיסתו להדרך ע"כ הי' פסיקא להו דלפ"ז הוא דין ברור דברבים יהי' מועיל חזקתם לעולם שלא תועיל שוב תפיסת הבעל השדה כיון שכבר זכו בי' הרבים כדין ע"כ ממילא נתייאשו הבעלים שלא הי' עולה ע"ד שיהי' יכולת בידם לחזור ולהוציא מיד הרבים או כפי סברת השמ"ק דכגון זה יכולת בידם להפקיר כו' וכיון דהסוגיא דב"ב אזיל בשיטת רבה בר ר"ה שפיר הקשו כן בפשיטות וא"ש שני הסוגיות דעירובין וב"ב הכל על מכונו:

ולכן לדינא לפי מה דקיי"ל לדינא דיחיד שהחזיק בע"כ של בעל השדה ג"כ אין מסלקין אותו וכמש"כ הכ"מ והמחבר בסי' קמ"ח משום דקיי"ל לדינא דאף בברי וברי ה"ל בשם דררא דממונא ע"כ וודאי קיי"ל לדינא כסוגיא דב"ב דס"ל בפשיטות דיפה כח הרבים דמה שבררו בררו ואין מועיל שוב תפיסת הבעל השדה אך לפמש"כ השמ"ק דמן דין הפקר אתו עלה או לפי מה שכתבתי דמן דין יאוש אתו עלה א"כ צריכים הרבים לעשות קנין בהדרך וכמש"כ השמ"ק בפי' וכדין כל זוכה מהפקר ועיקר דברי השמ"ק שכתב בכל הפקר כו' דאין יכולת בידם רק להפקיר אבל לא שיזכה בדיבורם בלבד הנה זה תלוי במה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף א' בשם הישׁ"ש דיבמות דזה תלוי בפלוגתת ר' יצחק ור"א ביבמות וגיטין ד' ל"ו דזה נפקא מן כל אשר לא יבוא כו' או מן אלה הנחלות כו' ובמק"א הארכתי בכ"ז:

ויש לדון ולהוכיח מזה דה"ה בכל דררא דממונא דנפל בין הרבים לבין היחיד דאם תפסו הרבים דלא יהי' מועיל שוב תפיסת היחיד שנית משום דבזה יפה כח הרבים כמו בהא דאבדה להן דרך כנ"ל ואפשר לחלק בין הא דאבדה להן דרך ובין כל דררא דממונא וגם יש לומר בזה כסברת השמ"ק שכתב בב"ב שם לחלק דשאני דרך שהוא תיקון לעיר ע"ש בד"ה א"ה אמאי אמר רבה בר ר"ה כו' עכ"פ זה ברור דבאבדה להן דרך דיכולת ביד הרבים להחזיק בה שלא יועיל בה שוב תפיסת הבעל השדה כי יפה כח הרבים בזה והדעת נוטה דה"ה בכל הספיקות שנופל ביניהם ואף שלא בעניני מסים כי בעניני מסים א"צ להיות תפוסים כלל דבלא"ה דין מוחזקים הם וכ"ז הוא מילתא חדתא וכעת ראיתי בביאור הגר"א זצ"ל הכא ס"ק ט"ז שציין לדברי הרשב"ם בב"ב ד' ק' הנ"ל בקצרה ועיין בב"ב ד' כ"ד ע"ב ספק זה קדם כו' מ"ש מבור כו' ובב"מ ד' ק"י ע"ב אבל אין זה ענין לנ"ד וקצרתי:

סימן ה

(סימן ה שם סעי' ב') אין דנין בלילה כו' וי"א דאם עברו ודנו בלילה דיניהם דין וזהו שיטת הרשב"ם בב"ב ד' קי"ד והנה הסמ"ע והש"ך כתבו בשם הרמב"ן והרא"ש ביבמות פ' י"ב סי' יו"ד והטור בסי' רנ"ג דאין דיניהם דין וראיתי בקרבן נתנאל ביבמות שם ס"ק ל"ד שהביא בשם מהרש"ל שכתב דהטור לא ס"ל כדעת הרא"ש ודחהו דהא מבואר בטור סי' רנ"ג להיפך. אבל באמת י"ל דאין ראי' מהטור סי' רנ"ג דס"ל דאין דיניהם דין והוא דהא ז"ל הטור שם חולה שצוה לפני ג' כו' נעשו כדיינים כו' ולא יוכל לומר לב"ד הגדול אזלינן כו' בד"א ביום אבל אם צוה בלילה כיון שאין השעה ראוי לדון נעשו עדים ואינם יכולים לדון אפי' אם דנו בדיעבד אין דינם דין וי"ל דשא"ה דכיון דע"פ דין יכול לומר לב"ד הגדול או לב"ד חשוב בעירי אזלינן כמש"כ התוס' והרא"ש שם אלא משום דקבלינהו עליו לדיינים כו' ולכן אם הי' בלילה ודאי לא עשאן אז לדיינים כיון דאסור לכתחלה להיות דיין בלילה ע"כ לא נתכוין למילתא דאיסורא ולא נעשו רק לעדים וממילא יכול לומר לב"ד הגדול אזלינן וגם י"ל דהוי מה"ט כאלו נכנסו להעיד דאין עד נעשה דיין וע"כ אין ראי' מהטור כלל ואחר כותבי זה הגיע לידי יש"ש על יבמות וראיתי בפי"ב סי' כ' ביש"ש שכתב ג"כ דאין ראי' מהטור כנ"ל וגם כתב היש"ש שם ליישב קושיות הרמב"ן מהא דחלצה בלילה דפסולה דשא"ה בחליצה דכתיב ככה וכן בקידוש החודש דכתיב חק והוי לעיכובא ע"ש והאו"ת בס"ק ד' כתב ג"כ לחלק דשאני בחליצה דכתיב ככה אבל כבר הקדימו בזה היש"ש:

ובסוטה ד' י"ז ע"ב אמר רבא מגילת סוטה שכתבה בלילה פסולה כו' מה משפט ביום כו' ופי' רש"י דמשפט ביום דכתיב ביום הנחילו כו' והתוס' שם ד"ה מה משפט כו' כתבו דילפינן ממשפט דדיני נפשות אכן לשיטת רש"י דס"ל דממשפט דדיני ממונות גמרינן א"כ מוכח לפ"ז דאם עברו ודנו בלילה אין דיניהם דין דאל"כ אמאי פסלו למגילת סוטה שנכתבה בלילה בדיעבד א"כ מוכח מרש"י דס"ל דאם דנו בלילה אין דיניהם דין ודלא כשיטת הרשב"ם נכדו ומצאתי בטורי אבן למגילה ד' כ"א ע"א ד"ה מה משפט ביום שהעיר בדברי רש"י דסוטה הנ"ל וע"ש:

והנה הסמ"ע ס"ק ח' הקשה דהא לקמן סי' כ"ח סעי' כ"ד כתב המחבר דאם קבלו עדות בלילה אין דנין ע"פ אותה קבלה ולא הביא הרמ"א להך י"א דהכא דס"ל להרשב"ם דבדיעבד מהני וכתב לחלק ביניהם וכ"כ הסמ"ע בסי' כ"ח ס"ק ס"ג:

ולענ"ד יש לתרץ קושיות הסמ"ע והוא דלעיל סי' א' בחידושי שם כתבתי לדון לפי מה דס"ל להראשונים דהא דשליחותייהו קא עבדינן אין זה רק מדרבנן משום דמה"ת בעינן

סמוכין וע"כ הא דדנין האידנא הוי מדרבנן ולכן היכא דהוי במקום איסור דעברו ודנו יש לדון בזה להכלל שכתב הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן כמש"כ המל"מ בפ"ט ה' זכיי' ה' יו"ד והרמב"ם שם ונתבטל דיניהם והמל"מ כתב שם לחלק דהיכא דהוי רק איסור דרבנן דאז אם הוא במקום דהי' יכול לעשות באופן המועיל דאמרינן כיון דאינו רק איסור דרבנן דאהני מעשיו אבל אם הוא במקום איסור דאורייתא אף אם הוא במקום דהי' יכול לעשות באופן המועיל מ"מ לא אהני מעשיו. ולכן בעברו ודנו בשבת כיון דאינו רק איסור דרבנן ע"כ כיון דהי' יכול לעשות בהיתר ולדון בחול לכן דיניהם דין ועוד חילוק כתבתי לעיל כיון דלא יהי' מתוקן האיסור ע"כ לא שייך בזה הכלל של הר"נ הנ"ל: ולפ"ז יש לדון בעברו ודנו בלילה דאף לפי מה דאמרו בירושלמי סנהדרין פ"ד ה' דיליף מקרא דאם דנו בלילה דינם דין וכמו שפירש האו"ת לכוונת הירושלמי די"ל דז"א רק בב"ד כשר מה"ת אבל בבבל דאין לנו סמוכין רק שליחותיי' דקמאי עבדינן ואין זה רק מדרבנן כנ"ל ע"כ יש לדון בעברו ודנו בלילה כיון דאסור לדון בלילה מה"ת מפאת וביום הנחילו ומה לי איסור לאו ומה לי איסור עשה. ע"כ בבבל דאין לנו ב"ד סמוכין ועיקר הכח שלנו מה דאנו דנין בבבל אינו רק דרבנן ע"כ י"ל בעברו ודנו בלילה דאין דיניהם דין משום דבמקום דיתעביד איסור מה"ת לא תקנו רבנן אף שהוא באופן שהי' יכולים לעשות בהיתר כגון הכא שהי' יכולים לדון ביום והא דאם הי' העדים בישיבה והדיינים בעמידה דבדיעבד הדין כשר כמבואר בסי' י"ז י"ל דשא"ה לפמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ה' דועמדו אינו אלא אסמכתא א"כ בדרבנן היכא דהי' יכול לעשות בהיתר לא שייך הכלל הנ"ל ואף לפמש"כ האו"ת בסי' י"ז ס"ק א' להשיג על הסמ"ע מהא דזבחים ד' ט"ז דזהו מה"ת עכ"ז יש לחלק דשאני עמידת העדים דהמצוה הוא על העדים א"כ הב"ד לא עבדו איסורא וכן אם עמדו הדיינים בבבל י"ל דז"א אלא מדרבנן מה שהדיינים בישיבה וכ"כ הריב"ש בתשובה סי' רס"ו ע"ש. דהך דרשא מדעדים בעמידה מכלל דהדיינים בישיבה די"ל דז"א אלא אסמכתא ואין זה דומה להא דהעדים בעמידה. ובאמת לפמש"כ התוס' בזבחים ד' ט"ז ע"א ד"ה מה ליושב שכן פסול לעדות כו' שיש לדיינים לישב מה"ת כו' יש לדון בזה בבבל אם עמדו הדיינים אך לפי שיטת הראשונים דס"ל דהך ועמדו לפני ה' אינו רק בב"ד סמוכים והובא שיטה זו בסמ"ע סי' י"ז ס"ק ה' בשם המרדכי והע"ש א"ש כ"ז ובאמת לפי דברינו יש הכרח לשיטתם וקצרתי ועיין במל"מ פ"ט ה' זכיי' ה' יו"ד שהביא דברי התוס' דב"מ ד' כ' ד"ה שובר כו' דלא ס"ל הך כללא של הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן ע"ש ובמק"א הארכתי בזה ואכ"מ:

והנה לעיל בסי' ג' סעי' א' כתבתי דאף לשיטת הרמב"ם דס"ל דמה"ת חד כשר וכמש"כ הסמ"ע שם וכן הוא שיטת הבה"ג והרדב"ז בח"ג סי' תק"ט עכ"ז בקבלת עדות מודה הרמב"ם דבעינן שלשה מה"ת כמש"כ לעיל ולפ"ז יש לדון ולחלק בין אם עברו ודנו בלילה ובין אם עברו וקבלו עדות בלילה. והוא דהא להך שיטה דס"ל דב"ד בבבל הם דנין מה"ת ע"כ שפיר י"ל דאם עברו ודנו בלילה דיניהם דין כמו דיליף הירושלמי אבל בקבלת עדות בלילה כיון דבבבל אינו רק מדרבנן מה דמקבלינן עדות ע"כ יש לדון בכה"ג להך כללא של הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן ואף דהי' יכולים לדון ביום מ"מ הא במקום איסור מה"ת לא מהני זה כנ"ל ולכן שפיר סתם הרמ"א בסי' כ"ח גבי קבלת עדות דכתב המחבר דאף בדיעבד שקבלו בלילה לא מהני משום די"ל דאף לפי שיטת הסוברים דבדיעבד כשר מ"מ שאני בבבל מה"ט וא"ש שיטת הרמ"א לדינא ולכן גבי קב"ע לא הביא י"א דהביא הכא בדין: והים של שלמה ביבמות פ' י"ב סי' כ' העלה דבדיעבד אם עברו ודנו בלילה וכן אם קבלו עדות בלילה דמהני וכה"ג כתב הבאר הגולה בסי' כ"ח סעי' כ"ד ס"ק ט' ע"ש. והש"ך הכריע הכא דאין דיניהם דין ולא הביא שיטת הישו"ש בזה ועיין לקמן סי' כ"ח ש"ך ס"ק ל"א מזה אכן לפי מה שכתבתי יש לדון דבדיני ממונות אם עברו ודנו בלילה הוי ספיקא דדינא אכן בקבלת עדות אם עברו וקבלו בלילה אין דנין ע"פ אותה קבלה בוודאי בבבל כנ"ל: וידעתי מה דיש לחלק בזה דכיון דמה דדנין דקעבדי מצוה ע"כ אפשר לומר דלא שייך בזה הך כלל של הר"נ דבמקום איסור לא תקנו רבנן אבל באמת ז"א דכיון דאסור לדון בלילה ובשבת אף דקעבדי מצוה ע"כ שפיר כתבתי לדון כן:

וכעת מצאתי בחדושי רע"א זצ"ל על ב"מ ד' יו"ד ד"ה כיון דנפל גלי אדעתי' כו' שכתב לדון שם ג"כ למש"כ הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן אכן לפמש"כ המל"מ דהובא לעיל דהיכא דיכול לעשות קנין המועיל שאני ע"כ יש לדון בדברי רע"א הנ"ל ויש ליישב וקצרתי:

סימן ו

(סעיף א') אין הדיינים יושבים לדון פחות מש"פ משום דלא אקרי ממון כו' וכתב השער משפט דמבואר דאם תובע חצי פרוטה גזל וח"פ הלואה מצטרפין וב"ד נזקקין לו וקשה דאמאי מצטרפין הא לכן אינו חייב בגזל פחות מש"פ משום דמסתמא מחלו א"כ אמאי מצטרפין גזל פחות מש"פ לתשומת יד ואבידה כמבואר בשבועות ד' ל"ח והעלה בצ"ע:

ונ"ל דאינו קשה לפמש"כ המחנה אפרים ה' גזילה סי' א' בגזל פחות מש"פ אף אם לא מחלו מ"מ אינו חייב להחזיר משום דלא חייבו רחמנא להשיב אלא דבר דמיקרי ממון ופחות מש"פ לאו ממון מקרי והאריך שם בזה וכן נ"ל להוכיח מהא דב"מ ד' נ"ה דדרשו מן את אשר חטא מן הקדש ישלם לרבות פחות מש"פ להשבון לקדש אין אבל להדיוט לא ואי נימא דהיכא דלא הי' דין מחילה אז מחוייב להשיב אף פחות מש"פ א"כ קשה למה לי' לדרשא דפחות מש"פ בהקדש חייב בהשבה הא מסברא ידעינן זה כיון דהא דפחות מש"פ אינו בהשבה הוי משום מחילה והיכא דלא הי' בדין מחילה כגון שידעו ולא מחלו או שלא ידעו הבעלים נימא דחייב בהשבה כמש"כ המח"א להסתפק בזה מקודם א"כ בגזל מהקדש דאינו בדין מחילה וכמש"כ השמ"ק בב"מ ד' נ"ז עלה דאמרו שם דחד מ"ד ס"ל דבהקדש אף פחות מכדי אונאה חוזר דהטעם הוא משום דבהקדש לא שייך בי' מחילה דמאן מחלו ובמק"א כתבתי לבאר זה בארוכה ואכמ"ל א"כ בהקדש דלא שייך בי' מחילה דמאן מחלו ואלו הגיזבר אין לו כח למחול א"כ מסברא ידעינן דפחות מש"פ חייב בהשבה אם גזל מהקדש ול"ל קרא לרבות פחות מש"פ להשבון בהקדש והא דתמורה ד' כ"ז ברש"י ד"ה ואבע"א כו' דכתב דפחות משתות חוזר בהקדש מקרא דאיש את אחיו כו' דלא תקשה שם ל"ל קרא במק"א כתבתי לבאר זה אלמא דאף אם לא הי' בדין מחילה דג"כ אינו בהשבה רק גזה"כ בהקדש לרבות פחות מש"פ להשבון ומשמע דבהדיוט אף כה"ג דהקדש דלא הי' בדין מחילה דמ"מ פטור מהשבה וכן י"ל בפסחים ד' ל"ב ע"ב דמקשה הגמרא בפשיטות אי דלית בי' ש"פ קרן נמי לא ישלם ועיין ברמב"ם ה' תרומות פ"ט ה' כ"ג ובכ"מ שם:

ולפ"ז הנכון עם המח"א שהעלה דאף אם לא הי' מחילה כגון בהא דנקט לי' המח"א שם וכן בגזל מקטן דלאו בר מחילה הוא דמ"מ אינו חייב בהשבה בגזל פחות מש"פ ולכן אתי שפיר הא דאמרו דמצרפין גזל ותשומת יד ואבידה לש"פ דהא היכא דידעי הבעלים ולא מחלו ובכה"ג דאף דלא מיפטר משום הטעם דמחילה מ"מ אינו בהשבה משום דלאו ממון מקרי וכנ"ל אבל לענין צירוף שפיר מצרפין גזל ותשומת יד ואבידה ועיקר הדברים הנ"ל נתבאר אצלי במק"א:

והמח"א שם הביא בענין זו לדברי הרמב"ם פ"ה ה' אישות דין ח' שכתב הנכנס לבית חבירו ולקח לו כלי ואוכל וקדש בו האשה ובא בעה"ב כו' ואם קידשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז ה"ז מקודשת מספק:. והובא באה"ע סי' כ"ח סעי' י"ז ופירש דמיירי באינו ש"פ והוי ספק מקודשת שמא ש"פ במדי והביא כן בשם הרשב"ץ ע"ש. וכ"כ המל"מ ה"א שם הנה לפמש"כ הב"ש והט"ז באה"ע שם לפרש דקאי על

ש"פ ודלא כהפרישה נדחה ראיות המח"א הנ"ל. והנני להעתיק כאן מש"כ כבר להשיב לשואל א' בענין זה והוא כי הרמב"ם ה"א פ"ה ה"ח כתב דאם קידשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו כו' מקודשת מספק והובא באה"ע סי' כ"ח סעי' י"ז והנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' נ"ט כתב על דברי הרמב"ם הנ"ל במה שהמציא חידוש שבדבר שאין בעה"ב מקפיד הוי ספק קידושין דזהו חידוש ולא זכיתי לבוא על מקורו מאין המציא חידוש זה וכל נושאי כליו לא הראו לנו את מוצאו והדבר תמוה מאוד ומה בכך שאין בעה"ב מקפיד מ"מ כ"ז שלא הפקירו בפי' במה יצא החפץ מחזקת מ"ק כו' ולולי דמסתפינא הייתי אומר דהרמב"ם מיירי בלוקח הדבר בפני חבירו ורואה בשעה שלוקחו כו' דמסתמא מוחל לו כו' והאריך בזה וכ"כ הנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' ע"ז בד"ה ומה שנסתפקתם כו' והביא שם למש"כ במ"ק על הרמב"ם הנ"ל וגם הביא שם למש"כ בגליון על ח"מ סי' שנ"ט דאם הוא דבר דליכא מאן דקפיד בי' שרי [והוא מן סוף ב"ק]. דאף דשרי ליטול ואין בו משום גזל אבל מ"מ לא זכה הנוטלו להיות חשוב כשלו כו' ע"ש ובספר אבני מלואים סי' כ"ח ס"ק מ"ט הביא לדברי הנו"ב הנ"ל שכתב דהא דדבר שאין בעה"ב מקפיד הוי בתורת הפקר וכתב ע"ז דאינן כן דלאו בתורת הפקר אתו עלה אלא מתורת מתנה הוא כו' עכ"ל הא"מ:

ולענ"ד נראה ברור דהרמב"ם הוציא דינו מן הא דפסחים ד' ו' ע"ב דתניא סופי תאנים כו' סופי ענבים כו' בזמן שאין בעה"ב מקפיד עליהן מותרין משום גזל ופטורות משום מעשר משום דהפקר פטור מהמעשר כפי' רש"י שם. אלמא להדיא דדבר שאין הבעה"ב מקפיד עליו הוי עליו דין הפקר דאם לא כן אמאי פטור מן המעשר והובא זה ברמב"ם ה' מעשר פ"א א"כ הוי מזה ראי' ברורה למש"כ הרמב"ם דאם קידשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד הוי חשש בקידושין משום דזכה מן הפקר וקידשה בדבר שלו ותמיהני על המפרשים שלא העירו מהא דפסחים דמן דין הפקר הוא דאלו מהא דסוף ב"ק דהביא הנו"ב כנ"ל י"ל דזהו מן דין מתנה וכמש"כ האבני מלואים אבל מפסחים מוכח דזהו בתורת הפקר. והב"ש באה"ע סי' כ"ח ס"ק מ"ה כתב על מש"כ הרמב"ם והשו"ע בקידשה במה שאין בעה"ב מפקיד ה"ז ספק מקודשת דשמא מ"מ מקפיד וכ"כ הב"ח והט"ז ודלא כהפרישה שכתב דהספק הוא שמא ש"פ במק"א עכ"ל הב"ש. וכ"כ המל"מ ה"א פ"ה ה"ח דיותר מסתבר לומר דלכן הוי ס"ק שמא ש"פ במדי דאל"כ מאי ספק הוי כיון דקידשה בדבר שאין מקפיד דמשמע דבזה לא הוי ספק כלל אך כיון דהב"ש והט"ז והב"ח והלח"מ לא כתבו כן בטלה דעתי לדעתם עכ"ל המל"מ. אכן מהא דפסחים דתני דאם אין בעה"ב

מקפיד פטורות ממעשר ואי נימא דדבר שאין בעה"ב מקפיד הוי אכתי ספק שמא מקפיד ע"ז א"כ קשה דיהי' חייב בהפרשת מעשר משום ספק טבל:
ומוכח מזה דאם אין בעה"ב מקפיד עליו דלא הוי שום ספק אם מקפיד עליו וכמש"כ המל"מ והא דכתבו דהוי ס"ק מוכח כשיטת הפרישה והרשב"ץ דהוי ספק שמא ש"פ במק"א. ולפ"ז י"ל דהיכא דהוי ש"פ דאם אין בעה"ב מקפיד דהוי וודאי קידושין:
ואפשר לומר דשאני הא דפסחים בסופי תאנים וענבים דהא שיטת רש"י ברכות ד' ל"ז והתוס' בכמה דוכתי דמעשר פירות הוא מדרבנן וכן הוא שיטת הראב"ד פ"א ה' מעשרות ואף לשיטת הרמב"ם פ"ב ה' תרומות ופ"א ה' מעשרות דס"ל דכל מעשר פירות הוא מה"ת מ"מ מודה בפירות דאינן ראויין לאכילה כ"כ דאין חייבין מה"ת במעשר ותרומה כמו חרובי שטה וצלמונה וכמש"כ הכ"מ פ"א ה' מעשר ה"ט כיון דאינן פירות חשובין ע"ש. וה"ה הך סופי תאנים וענבים שאינן מתבשלות כל צרכן וכמש"כ רש"י שם בפסחים. אינן חייבין מה"ת רק מדרבנן ע"כ במקום ספק אזלינן לקולא והא דמותרות משום גזל ה"ט משום דהא ספק גזל לא אסרה התורה וכמבואר בכללי תפיסה ע"כ עדיין י"ל דאף בדבר שאין בעה"ב מקפיד הוי אכתי ספק שמא לפעמים הוא מקפיד ולכן הוי ס"ק ומחמרינן בזה במקום חשש ספק א"א וחזקת פנוי' לא שייך משום דאיתרעי ע"כ אין מוכרח מזה לסתור שיטת הב"ש והט"ז והב"ח והלח"מ הנ"ל אבל זה ברור דמתורת הפקר אתינן עלה ודלא כהאבני מילואים אלא כהנו"ב שכ"כ מסברא דנפשי' כ"ז כתבתי מכבר:

סימן ז

בטור (סי' ז') הביא להא דאמר שמואל בשבת ד' נ"ו דכל דין שדן יאשי' מבן ח' עד י"ח החזיר לבעלי:
דמוכח מזה שאינו ראוי לדון עד שיהי' בן י"ח שנה אבל בירושלמי מוכח דמן י"ג ומעלה ראוי לדון כו' ויאשי' שהחזיר חומרא יתירה נהג בעצמו כו' ועיין בט"ז מזה. ולכאורה צריך ביאור על דעה קמייתא דהוכיחו מהא דיאשי' הא חזינן דהא דהחזיר לכל דין שדן מבן שמנה הי' מצד חומרא בעלמא דהא קטן לאו בר עונשין הוא אך ז"א קשה לפי המבואר באו"ח סי' שמ"ג בסוף דקטן שעבר עבירות בקטנותו מ"מ טוב לו לקבל איזה תשובה וכפרה כו' ועיין שם בהגר"א זצ"ל שציין להא דשבת ד' נ"ו הנ"ל והט"ז שם הביא לדברי רש"י בב"ק ד' צ"ח דכפיי' רפרם לרב אשי כו' ואכתוב כאן מה שהשבתי לרב גדול א' השייך לענין הנ"ל וזהו:

סימן ז ענף א:

נשאלתי מן רב אחד על מש"כ הרמב"ם פ"ח ה' גזילה ה' י"א נתן הכסף לאנשי משמר ומת קודם כפרה אין יורשי הגזלן יכולין להוציא מיד הכהנים כו' ואפי' הי' הגזלן קטן שאין מתנתו מתנה אין יורשי הגזלן יכולין להוציא מיד הכהנים כו' עכ"ל הרמב"ם והקשה הא עיקר גזל המבואר שם אינו רק בנשבע בשקר וקטן לאו בר עונשין הוא על שבועה א"כ לא שייך בזה כלל בקטן ועיין ב"ק דף ק"ג תוס' ד"ה הגוזל מחבירו כו' ואין לומר דהרמב"ם מיירי בקטן מופלא סמוך לאיש דשבועתו שבועה ונדרו נדר מה"ת דז"א דהא רק רב הונא ס"ל בנדה ד' מ"ה דלוקה אם עבר על נדרו אבל לדידן לא קיי"ל כרב הונא בזה כמבואר ברמב"ם פ' י"א ה' נדרים ה' ד' ובמל"מ שם דלאו בר עונשין הוי בעבר על שבועתו וזהו קושיא אלימתא על הרמב"ם והנלע"ד לתרץ בהקדם מש"כ הרמ"א באו"ח סי' שמ"ג דקטן שעבר עבירה בקטנותו א"צ תשובה כשיגדיל מ"מ טוב לו שיקבל ע"ע איזה דבר לתשובה וכפרה כו' וכ"כ התה"ד והוכיח כן מהא דקיי"ל דקטן אין ב"ד מצווין להפרישו אלמא דאין עליו שום חטא כלל ועיין ברדב"ז ח"ה סי' ש"א שי"ד והמג"א שם ס"ק ד' כתב על מה דאמרו שם טוב לו שיקבל כו' דהכי אמרו בסנהדרין ד' נ"ה ע"ב תקלה איכא וקלון ליכא ובדבר שבממון עיין בח"מ סי' שמ"ט עכ"ל והוא ט"ס דהא מעיקרא אמרו שם בסנהדרין גבי קטן הבא על העריות דקלון איכא תקלה ליכא ובמסקנא מסקי דכיון דהוי מזיד תקלה נמי איכא כו' ומוכח שם בסוגיא דקטן במזיד חמור מן הבא על בהמה בשוגג דהוי קלון בלא תקלה וצ"ל במג"א בזה"ל תקלה איכא וקלון איכא וסוגיא זו הביא הת"ש ביו"ד ס"ק מ"ט ע"ש בסי' א':

א"ת מצינו בגמ' שם במסקנא דקטן שעבר איזה חטא מקרי תקלה היינו מכשול עון כמבואר שם בכל הסוגיא א"כ מוכח מזה דקטן אסור לו לעבור על איזה ענין בקטנותו דאל"כ לא הוי קרי לי' תקלה ומכשול עון כיון דאיהו לא מצווה על האיסור בעצם ודוחק לומר דמחמת דאמרו שם דטוב לו שיקבל ע"ע איזה דבר לתשובה כו' מקרי תקלה ואף דמהמג"א משמע דזהו טעמא דהך מילתא עכ"ז הוא דוחק לדעתי:

ועוד מצינו בשבת ד' נ"ו ביאשי' שכל דין שדן מבן שמנה עד י"ח החזיר משלו וציין לזה ביאור הגר"א זצ"ל באו"ח סי' שמ"ג ס"ק יו"ד וגם ציין לרש"י ב"ק ד' צ"ח ע"ב והובא בט"ז שם באו"ח בהא דכפיי' רפרם לרב אשי על ששרף שטר בילדותו וכתב הט"ז שם דהכפיי' הי' בדברים דמצינו שיש יכולת ביד ב"ד לפעמים לכפות על לפנים משורה"ד. והנה הגהות אשר"י לב"ק פ"ח כתב להוכיח מרש"י הנ"ל דקטן שהזיק חייב לשלם כשיגדיל ובאמת לא קיי"ל כן לדינא כמבואר בח"מ סי' שמ"ט וכמש"כ הרא"ש ב"ק פ"ח וראיתי במראה

הפנים בירושלמי בב"ק פ"ח ה' ה' על משנה דחש"ו פגיעתן רעה כו' והביא שם ראי' מהתוס' קידושין ד' יו"ד ד"ה ומקבל את גיטה דכתבו להוכיח דאחר שניסת אין אבי' מקבל גיטה מירושלמי תרומות דפריך גירשך מי לא ידעה כו' ולא מוקי בניסת כשהיא קטנה ואבי' מקבל גיטה כו' ואי ס"ד דקטן אינו חייב לשלם כשיגדיל איך מביאין ראי' מהתם הא לענין קרן וחומש מתניא אע"כ דחייב לשלם כשיגדיל עכ"ל המראה הפנים ובאמת אין זה ראי' כלל די"ל דקיבל אבי' גיטה בקטנותה ולא ידעה ועכשיו נתגדלה ואכלה תרומה על סמך דלא ידעה דקיבל אבי' גיטה בקטנותה ופשוט ועיין במל"מ פ"ד ה' מלוה ה' י"ד:

ומצינו להני תלת מילי בש"ס היינו הא דסנהדרין ד' נ"ה דקטן הבא על בהמה מקרי תקלה וכן הא דב"ק ד' צ"ח דכפיי' רפרם לרב אשי על שורף שטר בילדותו וכן הא דשבת ד' נ"ו דיאשי' החזיר לכל דין שדן מן בן שמנה דיש סמך מזה למש"כ הרמ"א דטוב לו שיקבל תשובה וכפרה בגדלותו על מה שעבר בקטנותו וכמש"כ הפוסקים הנ"ל ולולי דברי האחרונים הנ"ל נלע"ד לומר מלתא חדתא דשאני הני תלת מילי ומתיישב שפיר כל הנך תלת מילי דמצינו בזה דגם קטן יש עליו איסור עצם בעבירה שעבר כמו הא דסנהדרין גבי עריות דמקרי תקלת עון ובשבת גבי דין. ובב"ק גבי נזקין: ונקדים מש"כ החתם סופר ליו"ד סי' שי"ז על מש"כ הרמב"ם פ' יו"ד ה' מלכים ה' ט' שלא ניתנו השיעורים לכל עם וכבר כתב הרא"ש בתשובה דבכלל שיעורין הוי זמן גדלות בת י"ב שנים ובן י"ג שנה וקשה על מש"כ הרמב"ם ה' מלכים שם ה"ב דלעולם אין עונשין מהן לא קטן ולא חרש כו' לפי שאינן בני מצוות הא לא ניתנו שיעורין לכל עם ותירץ דדוקא קטן ששכלו שלם כראוי כדמצינו בב"ב ד' קנ"ה בזה נענש משא"כ במי שאין שכלו שלם והקשה מהא דנזיר ד' ס"ב דממעט מופלא סמוך לאיש מערכין ונדרים הרי יש שיעורין ג"כ בכל עם ותירץ דוקא במה דמרבינן מן איש איש שנודרין כו' ע"כ דין כל העם כישראל כו' אבל במה דכתיב בפי' גבי כל עם שפיר עונשין אף קטן שהגיע לכלל דעת כו' ע"ש בחתם סופר וכה"ג כתבו התוס' בסנהדרין ד' נ"ו ד"ה ואליבא דר"מ כו' דכיון דכתוב גבי כו' לא מחייבין בכל עם יותר כו' ויש להעיר ע"ז ממה דמצינו בסנהדרין ד' נ"ז ע"ב דאיש איש מרבה כל עם שמוזהרים על עריות ומסקינן דלא נצרכה אלא לנערה מאורסה כו' והובא ברמב"ם פ"ט ה' מלכים ה"ז דמה"ט בבא על כו' אף שלא כדרכה חייב משא"כ בבא על אשת חבירו אינו חייב רק כדרכה וזה נלמד מן איש איש הנאמר בישראל ואפ"ה סתם הרמב"ם אח"ז שלא נאמרו שיעורים וקשה הא בכה"ג דעיקר האיסור הוא בישראל א"כ לא יענשו רק כדין כו' בשיעור גדלותם ואפשר לומר דכיון דעיקר מילתא דעריות

נאמר בפי' בכל עם ע"כ שאני זה וכן י"ל בהא דסנהדרין ד' נ"ו גבי איש איש לרבות כינויין ועיין ברמב"ם מזה ואכמ"ל יותר:

והתוס' בחולין ד' ל"ג ד"ה אחד כו' הקשו בהא דאמה"ח דחיות ועופות הטהורין דלישראל שרי כו' ותירצו דמ"מ אמה"ח דידהו אסור משום דבעיא שחיטה אע"ג כו' אסור במשהו בשר וגיד ועצם וישראל לא מיתסר אלא בכזית בשר הא לר' יוחנן חצי שיעור אסור מה"ת כו' וגם כתבו להא דנהרג על העוברים כו' דנהי דפטור מ"מ לא שרי ע"ש והתוס' שם לא ס"ל להכלל דהרמב"ם דלא ניתנו שיעורים כו' ולפ"ז יש להקשות כמו כן על מה דקיי"ל דקטן שרי לעבור על כל עבירות ואין ב"ד מצויין להפרישו רק לספותו בידים אסור על הנותנו אבל על הקטן אין כאן איסור כלל ותקשה ע"ז מי איכא מידי דלישראל כו' ולכל עם מיתסר כמו דהקשו התוס' על שיעור דאמה"ח כן תקשה בהך שיעור דגדלות דה"ל בישראל ולא בכל עם והא יצאו מכלל כו' ולא להקל עליהם וכפי' רש"י בסנהדרין ד' נ"ט וע"כ מוכח לפ"ז דבאמת על שבע מצוות דמוזהר כל עם דבזה גם גבי ישראל קטן אם הגיע לכלל דעת מוטל איסור בעצם גם על הקטן בעצמו רק דאינו נענש והוי כמו הא דכתבו התוס' על הא דעוברין ושיעור דאמה"ח דכיון דישראל מיתסר אף דאינו נענש מ"מ לא שייך להקשות להך דמי איכא מידי כו' ודוקא מצות דלא הוזהרו רק ישראל בלבד בזה אין שום איסור כלל על הקטן אבל במה דכל העם מוזהרים בזה גם ישראל קטן מוטל עליו איסור רק דאינו נענש וא"ש שיטת הרמב"ם דכתב דלא ניתנו שיעורים לכל עם:

סימן ז ענף ב:

ולפ"ז אתי שפיר הא דסנהדרין ד' נ"ה גבי עריות בקטן הבא על הבהמה דמקרי תקלת עון. משום דהא עריות הוי מן שבע מצות דהוזהרו כולם ועיין ברמב"ם פ' יו"ד ה' מלכים ה"ו וכן מה דמצינו גבי דינין במה שדן שלא כדין בעודו קטן יש עליו חיוב לפנים משוה"ד להחזיר משלו משום דהא על דינין כולם מוזהרים עליו וגם מוזהר שלא להטות דין וכמש"כ רש"י בסנהדרין ד' נ"ו ע"ב ד"ה אף הדינין מאלהים נמי נפקא והא אלוהותו עליך להיות מוראו עליך ולא מורא בשר ודם להטות משפט כי המשפט לאלהים הוא עכ"ל רש"י וכמו דאמרו בגמ' שם לקמן אלהים אני יהא מוראי עליכם וכמבואר בסנהדרין ד' נ"ט דקום ועשה ושב ואל תעשה נינהו דמצווים שלא להטות משפט כפי' רש"י שם וכיון דכל עם מוזהר בזה א"כ ממילא ישראל קטן שהגיע לדעת יש עליו חיוב ביד"ש וכן גזילה ונזקין דכל עם מוזהר בזה ע"כ ה"ה קטן ישראל שהגיע לכלל דעת יש עליו חיוב ביד"ש רק דאין כופין בזה:

ולכן א"ש הא דכפיי' רפרם לרב אשי ששרף שטר בילדותו די"ל דהך כפיי' בדברים וכמש"כ הט"ז כעין זה. וכדמצינו בח"מ סי' י"ב סעי' ב' ברמ"א דיש ם סוברים דיש יכולת לכפות על לפנים משוה"ד והתומים שם ס"ק ד' כתב דכ"ע מודו דבמילי יכולים לכוף על זה א"כ כש"כ היכא דיש עליו חיוב לצאת ידי שמים וודאי דהרשות לכופו בדברים אך במש"כ הט"ז באו"ח סי' שמ"ג דהך כפיי' הי' בדברים אין לזה שורש כ"כ דמן איזה צד יהי' עליו חיוב בזה אכן לפי מה שכתבתי נתבאר היטב דשפיר יש עליו חיוב בידי שמים משום מי איכא מידי כו' בכל הנך מילי כמו בעריות ודינים ונזקין דסנהדרין ד' נ"ה ושבת וב"ק הנ"ל וכן מצינו בתוס' נזיר ד' ס"א ע"ב ד"ה הניחא למ"ד כו' שהקשו בתימא דמופלא סמוך לאיש לא יהי' אלא מדרבנן ובכותי יהיה מה"ת ע"ש:

ובמשנה למלך פ' יו"ד ה' מלכים ה"ז כתב שם לדון באה"ד מן ד"ה ודע שמה דתירצו התוס' דשב ואל תעשה כו' כתב שם בשם ירושלמי פ' בתרא דנזיר ה"א דלמה נקרא שמו כושן רשעתים שעשה שתי רשעיות א' שחילל השבועה כו' הרי מבואר דכולם מוזהרים לקיים שבועתם וזהו בכלל ברכת ד' שלא להשביע בשמו לשקר אבל בנדרים ליכא חיובא וראי' דהא מצינו באבותינו הקדושים אברהם ויצחק שהשביעו לאבימלך וכן השביע לאליעזר עבד אברהם וכן השביע יעקב לעשו ומסתמא איכא תועלת מן השבועה ואם אינם מוזהרים א"כ אין כאן תועלת כלל מהשבועה והביא שם בשם מהר"ש יפה דלא ס"ל כן והקשה עליו משבועת אבותינו כו' ואכמ"ל:

ולפ"ז יש לדון דכיון דכולם מוזהרים על שבועת שקר א"כ בכל עם גם קטן מוזהר בהגיע לכלל דעת כמו שכתבו הכלל הנ"ל א"כ ה"ה קטן ישראל בהגיע לכלל דעת יש עליו איסור לישבע בשקר ואף דאינו נענש ע"ז בב"ד מ"מ איסורא ועונש בידי שמים איכא ועיין בעירכין ד' ג' ע"א בתוס' ד"ה למעוטי קטן מכרת כו' דכתבו דה"א דיתחייב כרת קמ"ל דלא כו' די"ל דמיירי בהגיע לכלל דעת וי"ל שם בזה ומה שהקשו שם התוס' ובקידושין ד' י"ט דל"ל קרא איש פרט לקטן והא לאו בר עונשין הוא אבל לפמש"כ ניחא דהא כיון דשם קאי בבא על א"א דכולם מוזהרים ע"ז א"כ הוי זה בכלל מי איכא מידי כו' וה"א דיהא נענש אף קטן בהגיע לדעת וע"כ איצטריך למכתב קרא ע"ז למעוטי מעונשין דאף במה דכולם מוזהרים עכ"ז אינו נענש קטן ישראל בזה ויש לעיין בזה מסוגיא סנהדרין ד' נ"ה וקצרתי בכ"ז והך כללא דמי איכא מידי כו' כבר כתבתי במק"א דליכא פלוגתת אמוראי בזה כמבואר בסנהדרין ד' נ"ט ע"א דלכן מה שנאמרה כו' ולא נשנית בסיני כו' דהוי מטעם דליכא מידי כו' וכ"ע ס"ל כן והא דריש לקיש בחולין ד' ל"ג דמזמנין על בני מעיים כו' וכן פסק הרמב"ם פ' טי"ת ה' מלכים י"ל בטעמו כסברת התוס' בחולין שם

ד"ה אחד כו' שהקשו אמאי לא אמרו שאני כו' דלאו בני שחיטה נינהו וי"ל זפלוגתת ר"ל עם שארי אמוראים הוי בהך סברת התוס' הנ"ל ועיין בכרתי ופלתי סי' כ"ז ואכמ"ל ע"כ י"ל דגם ר"ל ושיטת הרמב"ם ג"כ ס"ל הך כללא דמי איכא מידי כו' וכן מצאתי בלחם משנה פ"ט ה' מלכים ה' י"ג שכתב כן:

סימן ז ענף ג:

ולכאורה יש להעיר בכ"ז דלפ"ז משכחת חומר בשבועות מנדרים בקטן שהגיע לכלל דעת דבשבועה דכולם מוזהרים יהי' מיתסר אף בקטן לעבור על השבועה משא"כ בנדרים דאין כולם מוזהרים כו' א"כ ה"ל להש"ס בשבועות ד' כ"ה למתני זה במניינא דמני התם לחומר בשבועות כו' וכדמצינו בנדה ד' ו' כה"ג אך ז"א קשה כלל דהא אף לפמש"כ המל"מ דכולם מוזהרים על שבועות שקר עכ"ז ז"א רק בשבועה בשמו דהוי בכלל ברכת ד' אבל בלא שם לא שייך לומר דהוי בכלל ברכת ד' ע"כ לא שייך למתני חומר בשבועות מנדרים דהא בשבועה עצמה מחלקינן בין נשבע בשם או לא וגם כיון דאין הקטן נענש ומוזהר רק אסורא בעלמא לכן לא תני במניינא לחומר בשבועות:

ובח"מ ריש סי' כ"ח כתב הש"ך בשם הישש"ש דבחיוב לציש"ש לא מהני תפיסה רק בקלב"מ שאני ועיין מזה בש"ך ח"מ סי' ע"ה ס"ק כ"ו ובסי' ע"ו ש"ך ס"ק י"ב וסי' קפ"ב ס"ק א' ובאמת נלע"ד דלשיטת הראב"ד המובא בטור יו"ד סי' קס"א ובנימוקי יוסף לב"מ דס"ל באבק ריבת הואיל וחייב המלוה להחזיר להלוה בחיוב לציש"ש ע"כ אי תפס לוה לא מפקינן מיני' וכ"כ החינוך אך דכמה פוסקים והמחבר ביו"ד סי' קס"א חולקים וס"ל דלא מהני תפיסה. ועכ"ז י"ל דשא"ה דלא הוי רק חיוב ביד"ש מדרבנן משא"כ בחיוב מה"ת ביד"ש י"ל דכ"ע מודו דמהני תפיסה ואפושי פלוגתא לא מפשינן ואח"ז מצאתי בשער המלך ה' עבדים פ"ה הלכה ז' בהשמטות שם שכתב ג"כ לתמוה על הישש"ש בזה וכן ראיתי להמל"מ פ' כ"א ה' מלוה שכתב דלשיטת הראב"ד והחינוך הנ"ל מוכח דס"ל דמהני תפיסה בכל חיוב ביד"ש והתופס מצי לומר קים לי כמאן דס"ל דבכל חיוב לציש"ש מהני תפיסה. וכעת מצאתי בתשובת מהר"מ מרוטנבארג הנדפס מחדש בשם מהר"מ בר ברוך סי' תכ"ה שכתב בזה"ל בשם ר' יצחק מווינא שאמר בשם רש"י דבכל חיוב לציש"ש אי תפס לא מפקינן מיני' וגם הקשה שם בהא דסנהדרין ד' ע"ב דרבא איגנבא לי' דיכרי במחתרתא כו' דאמאי לא עכבינהו רבא משום חיוב לציש"ש ותירץ זה ונעלם דבריו מהאחרונים דבאו"ת סי' כ"ח הקשה על השבות יעקב דס"ל דמהני תפיסה בחיוב לציש"ש מהא דסנהדרין הנ"ל וכן הקשה בספר טורי אבן חגיגה ד' יו"ד באבני שהם ע"ש. ע"כ שפיר יש לדון כהשבות יעקב דס"ל בחיוב לציש"ש מהני תפיסה ועיין בר"נ שבת

ר"פ השואל כו' ע"כ שפיר יש לדון במה דנתבאר דבקטן שהגיע לכלל דעת יש עליו חיוב ביד"ש בעבר עבירה שכולם מוזהרים עליו ע"כ יש לדון בזה דמהני תפיסת התובע וכמש"כ המהר"ם מרוטנבארג כו' ואכמ"ל:

ולפמש"כ דבשבועה וכן בגזילה ונזקין מוטל איסור גם על הקטן א"ש מש"כ הרמב"ם ה' שבועות פ' י"ב דקטנים שנשבעו כופין אותם לעמוד בדבריהן כו' ומשמע דאף על ב"ד מוטל אזהרה זו [ועיין בבית יוסף לאו"ח סי' שמ"ג דמפרש לי' דעל האב מוטל כן משום מצות חינוך אבל אין במשמע כן בלשון הרמב"ם וכ"כ הרמב"ם ה' גניבה פ"א ה' יו"ד דראוי לב"ד להכות הקטנים שלא יגנבו ולא יזיקו כו' והובא בח"מ סי' שמ"ט ומבואר שם הטעם דזהו כדי שלא ירגילו בגדלות ולהזיק לרבים אכן לפמש"כ י"ל דלפי דיש עליהם איסורא בעלמא ואף דלאו בני עונשין נינהו מ"מ גם מצד החשש דיהי' מורגלים בזה כופין אותם ברדיות וע"כ לא כתב הרמב"ם כן בכל שבע מצות משום די"ל דאף דאיסורא מוטל עלייהו עכ"ז הכאה וכפיי' ליכא גבייהו רק שאני שבועה וגניבה ונזקין דבהך מזיק בהו הרגילות מאוד וע"כ החמירו בזה לכפותן ג"כ וקצרתי:

[ולפי מה דנתבאר דבשבועה בשם יש איסור ג"כ על קטן שהגיע לכלל דעת וממילא יש עליו חיוב ביד"ש להשתדל בכפרתו לאותו האיסור שעשה שנשבע לשקר וגזל אתי שפיר לפ"ז מש"כ הרמב"ם פ"ח ה' גזילה הנ"ל נתן הכסף לאנשי משמר ומת קודם כפרה אין יורשיו מוציאין מיד הכהנים משום דהא בנשבע שקר על גזילה איכא חיוב עליו בידי שמים וממילא מהני תפיסת הכהנים א"כ שייך בזה סברת הגמ' דב"ק ד' ק"י דכסף מכפר מחצה דאי לא מכפר מהדר ליורשין כו' משום דגם הקטן צריך לכפרה על חיוב ביד"ש שלו רק אם לא היה מכפר לא היה מהני תפיסתן כמו בכל חיוב ביד"ש: משום דלא שייך כן רק היכא דהי' מתכפר עי"ז וע"כ שפיר הוכיחו כן בגמ' ואף דמדרבנן בהגיע לעונת הפעוטות מתנתו מתנה עכ"ז י"ל דהא היכא דיש לו אפטרופס ס"ל להרמב"ם דמתנתו לא הוי מתנה כמש"כ הרמב"ם פ' כ"ט ה' מכירה ובח"מ סי' רל"ה ודלא כשי' התוס' כתובות ד' ע' ע"א וע"כ שפיר כתב הרמב"ם דאף בקטן שאין מתנתו מתנה כגון באופן הנ"ל אפ"ה אין מוציאין מהכהנים משום דס"ל להרמב"ם דבכל חיוב ביד"ש בפרט בחיוב מה"ת מהני תפיסה לכפר על חיובו ע"כ שפיר מהני תפיסת הכהנים אף בקטן שנשבע לשקר על גזילו וכש"כ הכא דהתפיסו הבעלים עצמו ליד הכהנים ע"ד שיתכפר לו וגם הא יהי' לו כפרה ע"כ וודאי מהני תפיסת הכהנים אף בקטן ובמקום כפרה אף דיש לו אפטרופס מהני מתנתו וכדברי הרמב"ם הנ"ל ראיתי בשמ"ק לב"ק שם שכתב ג"כ כמש"כ הרמב"ם בזה וז"ל שמ"ק לב"ק ד' ק"י ע"א בד"ה נתן הכסף לאנשי משמר

כו' אין היורש מוציא מידם בטענת שלא נתכפרו באשם שהכסף אף הוא מסייע בכפרה כמו שאמרו הכסף מכפר מחצה וכבר נתכפר במה שהביא הכסף לכפר ואפי' הי' הגזלן קטן שאין מתנתו מתנה אין היורש מוציא מיד הכהנים הרב המאור ז"ל עכ"ל השמ"ק והטעם הוא כמש"כ דגם קטן בעי כפרה לזה ועי' מזה בסנהד' ד' ס"ח ע"ב תוס' ד"ה קטן אי אתה כו' באה"ד וא"ת איך יתחייב אשם על גזילו והא אין נשבעין על טענות חש"ו כו' אי נמי בקפץ ונשבע כו' עכ"ל ומוכח מהתוס' דס"ל דבגזל הגר חייב אף בקפץ ונשבע:
ועיין בשבועות ד' ל"ה ל"ד ל"ז ע"א חמורה שבועת הפקדון משבועת העדות שחייבין על זדונה מכות כו' ושבועות ד' ל"ח בתו' ע"ב ד"ה לאתפוסי חפצא בידי' וברא"ש שם. ובתויו"ט פ"ו לשבועות משנה א' דשבועות הדיינין הוא שבועת הפקדון כמש"כ הרמב"ם בפ' י"א ה' שבועות ע"ש ועיין ברמב"ם פ"ב ה' שבועות ה"ב ופרק ט' ה' י"א ובח"מ סי' פ"ז סעי' י"ז ובב"ק ד' ק"ג ע"א תוס' ד"ה הגוזל מחבירו כו' ובמסכת שבועות תנן נמי שבועת הפקדון כו' וע"כ הך שבועה בגזל הגר גם הוא בנשבע בשם: ואחר כותבי כ"ז מצאתי בספר דברי חיים ח' ח"מ דיני נזקי ממון סי' י"א שכתב ג"כ עפ"י דברי החתם סופר הנ"ל לפרש להא דכפי' רפרם לרב אשי על ששרף שטר בילדותו כעין מש"כ לעיל בזה ע"ש:
(שם סעי' ג') ר"א דמן בן י"ג ומעלה כשר אפי' לא הביא ב' שערות וזהו ירושלמי בסנהדרין פ"ד ה"ט דר' אבהו בשם ר' יוחנן פחות מבן עשרים ולא הביא שתי שערות כשר לדון:
סימן ז ענף א:
הנה התומים ס"ק ד' כתב בכוונת ירושלמי דמיירי ביש ב' גדולים עמו וא"כ ד"ת חד כשר ורק מדרבנן צריך ג' ובדרבנן הא סמכינן על חזקה דרבא דהביא שערות ומיירי בלא נבדק אם הביא שערות כו' עכ"ל התומים ולענ"ד יש להשיב ע"ז דהא ר' אבהו ס"ל בריש סנהדרין דשניים שדנו אין דיניהם דין וכן י"ל לר' יוחנן בירושלמי ריש סנהדרין והובא בתוס' סנהדרין ד' ב' ע"ב ד"ה דברי הכל כו' דס"ל לר' יוחנן שניים שדנו אין דיניהם דין וכ"כ התוס' ביבמות ד' מ"ז ע"ש ומבואר בסנהדרין ד' ג' דמאן דס"ל ב' שדנו אין דיניהם דין ס"ל דמה"ת בעי שלשה א"כ לר' אבהו ור' יוחנן דס"ל דמה"ת צריך ג' ואפ"ה ס"ל לר' אבהו בשם ר' יוחנן דקטן שלא הביא שערות כשר לדון א"כ ליכא למימר כמש"כ התומים דכיון דמה"ת חד כשר א"כ הוי מידי דרבנן במה דבעינן ג' ובדרבנן סמכינן על חזקה דרבא דהא ר' אבהו ור' יוחנן ס"ל דמה"ת בעי שלשה א"כ לדידהו הוי מידי דמדאורייתא ובזה לא סמכינן על חזקא דרבא:

ואפשר התומים אזיל לטעמי' דהעלה בסי' ג' ס"ק א' בישוב שי' הרמב"ם דפסק דמה"ת חד כשר וגם פסק דשניים שדנו אין דיניהם דין וכבר הקשה ע"ז הש"ך שם והאו"ת כתב לבאר שיטתו דאף מאן דס"ל חד כשר אפ"ה ס"ל דמדרבנן שניים שדנו אין דיניהם דין והאריך שם לבאר זה ע"כ א"ש כאן דברי האו"ת די"ל דאף ר' אבהו ור' יוחנן דס"ל שניים שדנו אין דיניהם דין עכ"ז י"ל דס"ל דמה"ת חד כשר ושפיר כתב האו"ת וכן הוא לפמש"כ בחידושי לעיל בסי' ג' ע"ש. אכן לשיטת הש"ך בסי ג' דס"ל דמאן דס"ל שניים שדנו אין דיניהם דין ס"ל דמה"ת בעי ג' וכפי' רש"י בריש סנהדרין והתוס' שם א"כ תקשה על הירושלמי דס"ל דקטן שלא הביא שערות כשר לדון דהא אי' בירושלמי פ"ג דסנהדרין ה"ט ושבועות פ"ד דאין אשה דנה לפי דאינה מעידה והובא ירושלמי הנ"ל בתוס' נדה ד' נו"ן ע"ש. א"כ תקשה כיון דגבי עדות קיי"ל בח"מ סי' ל"ה דכ"ז שלא נבדק אם הביא ב' שערות אינו כשר להעיד א"כ נגמר מעתה דכיון דאינו מעיד לא יהי' יכול לדון ועי' בתשו' ר"ע איגר זצ"ל סי' ע"ג בהשמטות:

ולכן נלע"ד לפרש כוונת הירושלמי כעין סגנון שכתב התומים דמיירי בלא נבדק אם הביא ב' שערות ואף דס"ל לר' אבהו ור' יוחנן דמן התורה בעי ג' עכ"ז יש לדון היכא דהוי שלשה וא' מהם קטן פחות מן בן עשרים אך לא נבדק אם הביא שערות דמ"מ כשר מה"ת לדון והוא דהא וודאי הקטן שלא נבדק אם הביא שערות אינו נאמן על הטענות אם הבע"ד מכחישין אותו דהא אינו כשר להעיד ועיין בסי' כ"ג גבי נאמן הדיין לומר לזה זכיתי כו' דז"א רק על עיקר הדין אבל אינו נאמן על הטענות אם הבע"ד מכחישין לו וכמש"כ הש"ך שם. וכ"כ הרשב"א בחי' לקידושין ד' ע"ד וכמש"כ הנתיבות שם:

וע"כ מיירי באינם מכחישין הטענות ויותר נראה דמיירי ביש שני דיינים שנצטרפו להקטן וכמש"כ התומים בכוונת הירושלמי הוא דיש עוד ב' דיינים זולת הקטן ולפ"ז י"ל דבעצם הטענות וכן בעצם הדין אומרים השני דיינים דפלוני זכאי ופ' חייב ושניים נאמנים לעולם אך בגוף הדין אם ליכא שלשה אז לא מהני הגמ"ד שלהם ואינם יכולים לירד לנכסי החייב ואף אם עברו ולקחו המעות מהחייב אינם יכולים להחליט החפץ להתובע:

וכמבואר בסנהדרין ד' פ"ז ע"ב כעין זה דאם שניים שדנו אין דיניהם דין אז אם עברו והוציאו ממון ונתנו להתובע וקידש אשה באותו ממון דאינה מקודשת דה"ל קידשה בגזל וכמש"כ רש"י שם ד"ה בפלוגתא דשמואל ור' אבהו משום דאם ליכא ב"ד של ג' אמרינן מאן שם לך כידוע:

ועכ"ז היכא דיש שני דיינים האומרים דלפי הטענות שלהם מחוייב הנתבע לשלם להתובע כפי הדין בזה שפיר מהני הצירוף של הקטן פחות מבן כ' ולא נבדק אם הביא שערות משום דהא ידוע מש"כ התוס' נדה ד' מ"ה ע"ב ד"ה ר' יוחנן כו' דרוב מביאין שערות בזמנן משום דחזקה דרבא הוי כמו רוב: ועי' בנו"ב מ"ק חלק אה"ע סי' ס"א דהביא בשם התוס' ב"ב ד' קנ"ד דס"ל להתוס' דחזקה דרבא מהני להוציא ממון דחזקה דרבא עדיפא מרובא ועיין בנו"ב מ"ק ח' ח"מ סי' ד' ובספר אגודת אזוב בדרוש לבר מצוה מזה וכבר הקדימם בזה המחנה אפרים ה' אישות סי' א' והוכיח ג"כ מן התוס' ב"ב הנ"ל דחזקה דרבא מהני אף להוציא ממון ואף דבעיקר ראייתם מן התוס' ב"ב יש לדון עכ"ז ברור דחזקה דרבא הוי לכל הפחות רוב דמביאים שערות בזמן וכמש"כ התוס' בנדה כנ"ל. והא דמבואר בח"מ סי' ל"ה בטושו"ע שם דהקטן פסול להעיד עד שיברור שיש לו שערות ומשמע אף היכא דליתי' קמן למבדקי וכמש"כ השב שמעתתא בשמעתא ה' פ' י"א זהו משום דאין הולכין בממון אחר הרוב אבל רוב איתא בזה. ואף שכבר כתבו בכמה תשובות אחרונים דשקלו וטרו בזה אם חזקה דרבא הוי מצד רובא או רק מצד ספק. עכ"ז העיקר הוא לדינא דחזקה דרבא הוי רובא וכמו שפסק שו"ע ח"מ סי' ל"ה דאם בדקוהו לאח"ז ונמצא שתי שערות מחזיקינן לו בגדול למפרע ומהני עדותו אף להוציא ממון וע"כ הטעם בזה דחזקה דרבא הוי כמו רוב ובצירוף חזקה דהשתא. דאל"כ הא חזקה דהשתא לא מהני להוציא מהמוחזק ואף לשיטת הרמב"ן המובא באה"ע סי' מ"ג בבית יוסף דחולק בזה טעמו דזה לא מהני להוציא ממון משום דחזקת ממון אלים וכמו באומר שכ"מ הייתי דיש רוב עלמא בריאים וחזקה דהשתא ולא מוציאין ע"ז מהמוחזק וכמש"כ בתשובת ר"ע איגר זצ"ל בפסקים סי' ז' ועיין ב"ש סי' ל"ז ס"ק ה' מזה ויש להאריך בכ"ז והעיקר הוא דחזקה דרבא הוי לכה"פ כמו רובא ועי' מזה בחמדת שלמה אה"ע סי' י"ג ובבית מאיר סי' קע"ב:

וכיון דקטן שלא נבדק אם יש לו שערות הוי בזה רובא דהביא שערות ע"כ שפיר יש להסביר מפני מה הכשירו בקטן פחות מעשרים שלא נבדק אם הביא שערות להיות דיין להצטרף עם שני דיינים גדולים ולכוף ולירד לנכסי החייב לשלם דכיון דידוע לנו ע"פ שני דיינים גדולים אשר הנתבע הוא החייב באמת והספק הוא כעת לנו אם זה הב"ד יכולים לכופו ולירד לנכסיו או דזה הב"ד אין יכולת בידם לירד לנכסיו מחמת שזה השלישי אולי לא הביא השערות עדיין וכיון דידוע לנו אשר הנתבע הוא חייב וסוף כל סוף יוציאו ממנו הממון ע"י ב"ד כשר ע"כ בכה"ג לא מקרי גם עכשיו הנתבע בשם מוחזק גמור ומהני בזה רוב אף להוציא ממוחזק כעין זה. דהא מבואר במל"מ פ' ט"ו

מטוען שהביא בשם מהראנ"ח דכתב דכל מילתא דלחזרה קאי כמו היכא דנולד ספק בזמ"פ דמקרי המלוה מוחזק משום כיון דלחזרה קאי מקרי מוחזק מה"ט וכמ"ש התוס' בב"ב ד' ס"א ד"ה ארעתא תרתי כו' והובא בקצה"ח סי' מ"ב ס"ק ב' ואפשר דזהו כוונת הרשב"א והריטב"א בגיטין ד' ס"ג גבי הולך חוב לפלוני דמספקא אי הולך כזכי דכתבו שם דגבי חוב לא שייך חזקת מרא קמא משום דהא להשבה קאי ע"כ קמה לי' בחזקת המלוה יעו"ש. וי"ל דסברת הרשב"א והריטב"א ג"כ הוא משום סברת הראנ"ח הנ"ל דכיון דסוף כל סוף יוציא ממנו הממון ע"כ מקרי התובע בשם מוחזק וכה"ג כתב התורת גיטין לחי' לגיטין ד' ע"ז על דיבור התוס' שם בד"ה מחצה על מחצה כו' וכתב שם לחלק דהיכא דכבר עבר הזמ"פ דשוב' לית בי' זכות להלוה ע"כ כל ספק דאתיליד בזה מקרי המלוה מוחזק משא"כ היכא דהוי בתוך זמ"פ אז הוי הלוה ג"כ בשם מוחזק על הספק שנולד יעו"ש. ולפי דברי התורת גיטין הנ"ל י"ל דאף לפי מה דהוכיח הקצה"ח בסי' מ"ב הנ"ל דלא כדברי הראנ"ח הנ"ל ומחלק דדוקא בחפץ בעיניה דעומד לחזור לסוף לבעליו בזה מקרי המשאיל בשם מוחזק משא"כ בחוב הלוואה דלהוצאה ניתנה דבזה הוי הלוה מוחזק וכ"כ הנתיבות בסי' מ"ב ס"ק יו"ד ע"ש. י"ל דזה אינו רק היכא דנולד ספק אם הוא החייב מיד או לאחר זמן אבל היכא דידוע לנו הדין דחייב הנתבע לשלם מיד רק הספק נולד לנו על הב"ד הדנין בזה אם הם יכולים לירד לנכסיו מיד או לא י"ל בזה אף להקצה"ח דכה"ג הוי התובע בשם מוחזק וכמו שכתבתי בשם הרשב"א והריטב"א הנ"ל גבי ספק הולך כזכי או לא וכמש"כ התו"ג כנ"ל לחלק כעין זה וכה"ג כתבו התוס' בסוטה ד' כ"ה ע"ב ד"ה ב"ה סברי שטר העומד לגבות כו' דהיכא דהוי חוב ברור לכ"ע כגבוי דמי ובמק"א כתבתי מה שיש להעיר בזה מן גיטין ד' ל"ז ואכמ"ל:

ולכל הפחות אף דנימא דגם כעין זה לא מקרי המלוה בשם מוחזק אבל עכ"פ מוחזקות של הנתבע איתרע ג"כ:

דבזה י"ל דכ"ע ס"ל לסברת הראנ"ח הנ"ל דכיון דסופו לחזור בוודאי לא הוי הנתבע מוחזק גמור וע"כ מהני בזה רובא להוציא ממנו וכעין זה מצינו בח"מ סי' רצ"ב סעי' יו"ד בשם תה"ד בשנים שהפקידו טבעות אצל אחד דמהני בזה רובא ואף שכתבו התוס' ריש ב"מ דהנפקד תופס בחזקת שניהם ואין הולכין בממון אחר רוב עכ"ז לא מקרי מוחזק גמור ומהני בזה רובא וכן מצינו בתוס' סוף פ"א דכתובות גבי מוצא מציאה דמהני התם רובא ואף דהמוצא מציאה מקרי מוחזק לכמה דברים דהא תופס החפץ עבור בעל אבידה והוי שומר אבידה ולכן לא מהדרינן אבידה ע"פ טענות ברי של התובע זולת לת"ח או ע"פ סימנים דוקא וכמש"כ במק"א לבאר כ"ז בארוכה וזהו משום דהמוצא מציאה מקרי

מוחזק לכמה ענינים עכ"ז כיון דלא הוי מוחזק גמור מהני רוב להוציא ממנו א"כ בנ"ד כיון דיש שני דיינים המבררים שהנתבע הוא החייב וסופו לצאת הממון ממנו בדין ע"פ ב"ד כשר ע"כ בכה"ג מהני רובא לברר ולהוציא ממנו:

ולכן כיון דיש בזה חזקה דרבא ורוב אנשים מביאים שערות בזמנן וכמש"כ התוס' בנדה והרשב"א לחי' ריש חולין וכמש"כ החמדת שלמה והבית מאיר סי' קע"ב. ע"כ סמכינן בזה על חזקה דרבא ויכולין הנך שלשה להוציא מהמוחזק דסמכינן על הך רובא ויש לו תורת דיין ובכה"ג הולכין גם בממון אחר הרוב אבל בעדים דלא שייך כן ע"כ אינם נאמנים כ"ז דלא נבדקו אם הביאו שערות ומתורץ מה שהקשינו דמ"ש עדות מן דיינים בזה כן י"ל בכ"ז לפמש"כ האו"ת לפרש להירושלמי דמיירי היכא שמושיבין אותו בין שני דיינים גדולים אך לא מטעמי' דכתב דלכן כשר משום ד"ת חד כשר ולפמש"כ א"כ אף אי נימא דמה"ת בעי שלשה ועכ"ז י"ל דלדינא כשר הך קטן פחות מבן עשרים ולא נבדק להושיבו בין שני דיינים גדולים כנ"ל: סימן ז ענף ב:

אכן לפמש"כ הטור בזה"ל דבירושלמי מוכח דמן בן י"ג שנה ומעלה ראוי לדון אף לא הביא ב' שערות אם הוא מפולפל ובקי בחדרי התורה בין שמושיבין אותו עם אחרים בג' או ביחיד מומחה כו' ע"ז עדיין יש להקשות דמפני מה יהי' כשר להיות דיין מומחה ולהוציא ממון מהמוחזק דמאי שנא זה מן עדות דבעי דוקא שיהיה נבדק דיש לו שערות וכמש"כ הטור בסי' ל"ה:

ונראה לי לתרץ גם דברי הטור ע"פ מש"כ והוא די"ל דלפי מה דנתבאר דלכן כשיש עוד שני דיינים גדולים ומבררים הטענות והדין דאזי כיון דסופו להוציא הממון מבעליו ע"כ מהני בכה"ג רובא דיש לו שערות אף להוציא ממון א"כ מה"ט אתי שפיר מש"כ הטור דאף בתורת יחיד מומחה יכול קטן שהגיע לי"ג שנים ולא הביא שערות לדון לבדו כי כוונתו ג"כ שלא נבדק אם יש לו שערות וכמש"כ התומים בכוונת הירושלמי' והוא דהא זה ברור דהא דיחיד מומחה דן יחידי מיירי בע"כ דאינן מכחישין הטענות דאל"כ הא יחיד אינו נאמן על הטענות וכמש"כ הש"ך בסי' כ"ג ס"ק ה' וכמש"כ הט"ז ח"מ סי' ג' על דברי הטור רק מה שתלוי בדין נאמן ואף דאין נאמן יחידי עכ"ז מה שתלוי בדין נאמן וכמש"כ רש"י בקידושין ד' ע"ד ע"א ד"ה וניהדר ונידייניהו דמהו לנו ולאמונתו נהדר הוא עצמו או אחר וידונם כפי טענותם וכ"כ הסמ"ע בסי' כ"ג ס"ק ג' דבדין התלוי בטענות לא שייך נאמנות ואף בנסתלקו מלפניו דהוי כמו דעומדים לפניו שהדיין מציע לפניהם טענותיהם וע"פ זה פ' זכאי ופ' חייב וכ"כ הש"ך שם וזה לשון התומים שם ס"ק ה' באורים דין התלוי בטענות לא שייך בו נאמנות דהטענות ותביעות הם מבררים הדין

מי הוא הזכאי ומי הוא החייב כפי התורה ומשפט ד' אמת לא ישתנה בזמן מזמנים ומה צורך נאמנות דהדיין וכ"כ סמ"ע והש"ך עכ"ל האורים ובאמת אין לנו להאריך בזה דהא להדיא מבואר שם בסי' כ"ג דין התלוי בטענות לא שייך בו נאמנות כו' וכ"ז בדיין אחד כו' ופי' הסמ"ע והש"ך שם כגון ביחיד מומחה או בקיבלו כו' ועי' ביו"ד סי' רמ"ב סעי' ל"ו שכתבו שם דאם אומר דבר מסברא ומראה פנים לדבריו והוא נראה שומעין לו וכן אם הוא פשוט שומעין לו אף בדבר השייך לדידיה יע"ש ולכן יכול יחיד מומחה לדון יחידי ולהוציא ממון מחבירו וזה פשוט:

וכבר הוכחתי בקונטרס עגונא דקטן חכם ונבון נאמן במילתא דעביד לגלויי ולמדתי זה מן הרמב"ם פ"ד ה' יבום ה' ל"א וז"ל אפילו אשה או עבד או קטן שהוא מכיר ונבון נאמנים לומר זה פלוני אחי פלוני וזו היא יבמתו וחולצין על פיהם משא"כ בשאר עדות של תורה בין בעדות ממון ובין עדות איסור שזה דבר העשוי להגלות הוא כו' וכענין שבארנו בסוף ה' גירושין עכ"ל וכן פסקו באה"ע סי' קס"ט סעי' ח' א"כ מבואר בהרמב"ם וטוש"ע דקטן חכם ונבון נאמן במילתא דעביד לגלוי ומזה הבאתי ראי' לדברי הט"ז באה"ע סי' י"ז סעי' י"ג שכתב שם דקטן שיש לו דעת נאמן אף במכוין להעיד במיתת בעלה וכמש"כ הטור שם והארכתי מזה בקונטרס א' ולפ"ז ה"ה הכא על קוטב הדין איך הוא וודאי נאמן קטן חכם ומפולפל וכמש"כ הטור כיון דבהטענות אינם מכחישים אותו כנ"ל וא"צ רק לנאמנתו על הדין איך הוא ע"כ גם זהו בכלל מילתא דעביד לגלויי ונאמן ע"ז כיוון דמראה טעם לדבריו כפי טענותיהם או דאומר דזה פשוט בש"ס ופוסקים ונאמן ע"ז בוודאי ועיקר הספק מה שיש להסתפק בזה אם יכול לכוף להנתבע לשלם ולהוציא ממון ממנו ודילמא לא הביא שערות א"כ אין לו תורת דיין כשר ע"ז יש לנו לומר כיון דמיירי בקטן שהגיע לי"ג שנה אך לא נבדק אם הביא שערות וכמש"כ התומים א"כ יש לדון דסמכינן בזה על חזקה דרבא דהוי רובא המבררת דהביא שערות וכנ"ל. ואף דלעדות פסול כ"ז שלא נבדק זהו משום דאין הולכין בממון אחר הרוב אבל בדין לענין אם יכול להיות דיין מומחה לכוף לחבירו לשלם בזה י"ל כיון דעל עצם הדין נאמן דהנתבע הוא החייב מטעם דזהו עביד לגלויי כנ"ל וא"כ ידוע לנו מחמת אמירתן דסופו עומד הממון להוציא מן הנתבע וכיון דסופו לחזרה קאי ע"כ לא מקרי הנתבע בשם מוחזק גמור כנ"ל ולכן סמכינן בזה על רובא ולהוציא ממון ממנו וכיון דיש בנ"ד רובא שהביא ב' שערות ע"כ יכול להוציא ממון ולכופו לשלם ולכן שפיר כתב הטור דקטן שהוא בן י"ג שנה והוא חכם וחריף נאמן ויכול להיות דיין מומחה לכוף לו לשלם אף דלא נבדק אם הביא שערות והיכא דהוי דין התלוי בשודא דדייני וכמו הא דסי' כ"ג

וקידושין ד' ע"ד אף דבזה לא שייך לומר דהוי עביד לגלויי וכמבואר בקידושין ד' ע"ד עכ"ז כיון דסוף סוף נפק האי ממון מרשות הבעלים כאן שאינו יודע לאיזה טובי' יתנו או בשני שטרות היוצאים ביום א' כה"ג וודאי מהני רובא בזה כיון דאין כאן חזקת ממונא נגדו וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ד' שם ע"ש והעיקר הוא בקצרה כיון דאינם מחולקים בהטענות רק הספק הוא לנו איך הוא הדין לפי טענותיהם ע"כ לפי הגדת הדיין הוי זה עביד לגלויי דהממון עומד להחזיר ליד בעליו דבזה מהני רוב דיש לו שערות כיון דלא הוי הנתבע מוחזק גמור וכנ"ל או בשודא דדיינא כיון דלא הוי מוחזק הסותרו ע"כ סמכינן בזה על רובא וא"ש דברי הירושלמי והטור על נכון. ענה גם יש לדון בכ"ז דאף היכא דנבדק ולא נמצא לו שערות מ"מ כיון דאמרינן מחמת חזקה דרבא דנשרו וכמש"כ התוס' בנדה ד' מ"ח ע"ב ד"ה איבעית אימא כו' דלכן חוששין לשמא נשרו משום דרבא דחזקה שהביאה סימנין כו' ומה"ט כתב המהרי"ט בתשובה סי' מ"א בהא דבעל וספק נשרו דמה"ת ה"ל וודאי גדולה דמסתמא נשרו וחולק על מוהר"ם קאשמאלץ שם בסי' נ"א והובא בש"ש שמעתתא ה' פרק י"ד ופרק ט"ו ע"כ י"ל דאף אם נבדק ולא הביא השערות מ"מ הוי בזה רובא דמסתמא הביא השערות ונשרו וע"כ יכול להיות דיין מומחה ולכופו דגם בכה"ג מהני רובא דאיכא בזה לשיטת המהרי"ט הנ"ל אך בעיקר דברי המהרי"ט הנ"ל יש לעיי' הרבה וכמבואר בדברי האחרונים מזה וע"כ קצרתי בזה:

הגה"ה ואכתוב כאן מה שראיתי בתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל בפסקים סי' ז' דהביא שם דברי התוס' נדה ד' מ"ח דחששא דנשרו הוא מכח חזקה דרבא דהובא לעיל והביא שם דברי התו' דב"ב ד' קנ"ו ד"ה בודקין לקידושין וכו' דחיישינן שמא נשרו כוונתם דבדיקה דידה דאם לא ימצא לה ב"ש הוי ספיקא דקידושין שמא נשרו וצריכה גט משני וכמש"כ התוס':

בסמוך ד"ה לחלוצה והקשה הא אף אם לא ימצאו ב"ש א"צ גט משני דכל שבאת לומר דבעת שקדשה הראשון לא הביאה ב"ש א"כ הגיעה לשנותיו ולא הביאה ב"ש ואזדא חזקה דרבא ותו ל"ח לנשרו ואמרינן דעדיין קטנה היא ונשאר בצע"ג:

ולענ"ד יש ליישב קושייתו די"ל דהא דכתבו התוס' בנדה ד' מ"ח דהיכא דליתא לחזקה דרבא לא חיישינן לנשרו זהו משום דמצד הסברא נראה שלא לחוש לנשרו משום דיש לנו חזקה דהשתא דכמו דעכשיו ליכא ב"ש כמו כן לא הי' מעיקרא ב"ש משום דחזקה דהשתא מבררת לנו דלא נעשה דבר מחודש דהא היכא דלא הוי חזקה דמעיקרא הסותרו מהני חזקה דהשתא ושם בתשובת רע"א סי' ז' בד"ה ומידי עיוני בענין הנ"ל הרהרתי לתרץ קושיות התוס' קידושין ד' ע"ט ד"ה ושמואל מ"ש ממקוה כו' וכתב דשמואל דס"ל

דלא אמרינן הרי היא בוגרת לפנינו טעמו משום דלא ס"ל כלל לחזקה דהשתא דחזקה דהשתא לא מקרי חזקה כלל רק רב ס"ל דאזלינן בתר חזקה דהשתא ולכן ס"ל לרב דה"ה בוגרת לפנינו יע"ש ע"כ י"ל דהא דב"ב הא ר"נ אמר שמואל שם בודקין לקידושין ולגירושין וע"ז כתבו התוס' שם כן ושמואל לטעמי' דלא ס"ל לחזקה דהשתא כלל ע"כ ממילא חייש לנשרו אף היכא דליכא חזקה דרבא דהא חזקה דהשתא לא ס"ל לשמואל כלל וגם אין לומר להעמיד על חזקה דמעיקרא דכמו דלא הביא ב"ש בעת שהגיעה לשנים כ"כ לא הביא ב"ש אח"ז דהא קיי"ל חזקה שלא נתבררה לא הוי חזקה ובנ"ד הא לא נתבררה החזקה בשעתו דהא התוס' מיירי היכא דיש להסתפק דלמא הביאה הב"ש ולא ראו אז השתי שערות משום דלא נבדקה ובוודאי אין סברא לומר דיש בזה חזקה דמעיי דמעיקרא דכמו דלא הביאה ב"ש בקטנותה כמו כן לא הביאה אח"ז בעת שהגיעה לבת י"ב שנים דז"א דהא יש לנו לומר דכיון דהגיעה לשנים מסתמא הביאה ב' שערות משום חזקה דרבא ע"כ לא שייך בזה כלל חזקה דמעיקרא אלא חזקה דהשתא וכיון דשמואל לא ס"ל לחזקה דהשתא כנ"ל ע"כ שפיר יש לחוש לדידי' אף היכא דליכא חזקה דרבא וכש"כ לפמש"כ הבית מאיר בסי' קנ"ה וסי' קע"ב להוכיח דשמואל לא ס"ל להך חזקה דרבא יע"ש: א"כ ע"כ מוכח לפ"ז דשמואל דחייש לנשרו אף דלא ס"ל חזקה דרבא מ"מ חשש לנשרו משום דהא לא ס"ל לחזקה דהשתא וכמו שכתבתי. רק עיקר דברי הב"מ הנ"ל יש לעיין הרבה ואכמ"ל]:

אבל לדינא דקיי"ל כרב דס"ל בקידושין ד' ע"ט דהרי היא בוגרת לפנינו משום דחזקה דהשתא הוי ג"כ חזקה מעליא שפיר כתבו התוס' בנדה דלא חיישינן לנשרו אלא משום דחזקה דרבא והיכא דליכא חזקה דרבא ל"ח לנשרו משום חזקה דהשתא מבררת לנו דכמו דאין לו עכשיו ב"ש כן לא הביא קודם ומתורץ קושיות הגאון רע"א זצ"ל. ויתר הקושיות שהקשה רע"א זצ"ל שם על דברי התוס' דב"ב הנ"ל יש להאריך רק אכפ"ל ע"כ הגה"ה:

ולכאורה יש מקום לדון בדברי הירושלמי דלכן בלא נבדק אם הביא שערות כשר לדון משום דהא כתבו התוס' בב"ק ד' כ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב דגבי דיינים שאני דהא ב"ד מפקי מיני' ופירש הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל ו' אות ג' דכוונת התוס' הוא כיון דכח ב"ד מפקי מחזקת מרי' הוי המוחזק כמו דבר שאין בו חזקת ממון ע"ש אבל באמת אין זה דומה להתם דדוקא היכא דיש לו תורת דיין בוודאי אמרינן כן משא"כ היכא דאנו מסופקים שמא לא הביא שתי שערות ואין לו דין דיין בכה"ג וודאי שייך לומר ג"כ אין הולכין בממון אחר הרוב ולכן העיקר בכוונת הטור

וירושלמי כמש"כ לעיל דמצד עביד לגלויי נגעו בה ואף גבי ממון מצינו בסי' מ"ט סעי' ב' דמהני הכרת קרוב ואשה משום דהוי עביד לגלויי וכתב התומים שם דגם גבי ממון מהני עביד לגלויי בדבר שגלוי לכל וסופו להתברר בוודאי וכמש"כ הריב"ש וכמו דמצינו בשטר פרסאה יעו"ש והא דאמרו בירושלמי סנהדרין דקטן פחות מעשרים ולא הביא ב"ש פסול לדון דיני נפשות אף דמיירי בלא נבדק כנ"ל ואיכא רובא דהביא שערות עכ"ז א"ש לפמש"כ השב שמעתתא בשמעתא ד' פ"ח ופרק ט' כלל חדש במה דאזלינן בתר רובא בדיני נפשות ע"ש וקצרתי:

סימן ח

(סעי' א') ואסור להעמיד עם הארץ דיין על סמך שישאל כל פעם לחכם וכתב הסמ"ע ס"ק ג' דשמא לא ישאל ונמצא דיטה את הדין רש"י עכ"ל והוא מן רש"י שבת ד' קל"ט ע"א ד"ה לדייני בור ואכתוב כאן מלתא חדתא מה שראיתי במהרי"ט השייך להלכות הדיינים וזהו קוטב דבריו בח' ח"מ סי' מ"ו דהא דמבואר בסנהדרין ד' ג' ולעיל סי' ג' דבעינן דיהי' חד דגמיר בין השלשה דיינים דעכ"ז לענין הודאה וקיום שטרות וקבלת עדות דבזה אין אנו צריכים לגמרא וסברא דידהו דבזה יש עליהם תורת ב"ד אף אם ליכא חד דגמיר וכן בהא דב"ב ד' קי"ג דשלשה שנכנסו לבקר החולה רצו עושין דין ובלילה אין עושין דין דאף שלשה מן השוק וליכא בהו אף חד דגמיר יכולין להיות דיינים ומוכח כן מן הא דיבמות ד' ק"א ותוס' ד"ה מצות חליצה כו' שכתבו דבעינן שלשה שיודעין להקרות כו' אבל בשאר דברים א"צ שיהיו בקיאין בהן וכי לא עשו בטוב יוכלו לשאל לבקיאים כו' עכ"ל התוס'. וכן לענין דין אף אם ליכא ביניהו חד דגמיר ועשו ע"פ בקיאים דיניהם דין וכאותן שאמרו ואם הוצרך הדבר ללמוד כותבין ושולחין לב"ד כו' עכ"ל המהרי"ט והא דאם הוצרך הדבר ללמוד כו' הנ"ל הוא בסנהדרין ד' ל"א ובסי' י"ג בח"מ סעי' ו' ולדברי המהרי"ט הנ"ל הא דאמרו דג' דלא גמירי פסילי לדינא זהו באם דנו שלא ע"פ שאלת בקיאים וע"ז אמרו דמקרי אשירה וכמש"כ הבעה"מ בסוגיא דשיקול הדעת וכן לעשותו לדיין קבוע ע"ז אמרו דעובר בל"ת כמש"כ האו"ת בסי' ח' באורים ס"ק א' אבל אם עברו ודנו ע"פ שאלת בקיאים דיניהם דין ודוקא להעמיד ע"ה לדיין על סמך שישאל כל פעם לחכם זה אסור מחשש דשמא לא ישאל כמש"כ רש"י והסמ"ע כנ"ל וע"כ שפיר יש תורת ב"ד אף על ג' דלא גמירי וכמש"כ המהרי"ט אם עשו ע"פ בקיאים: וע"פ דברי מהרי"ט הנ"ל יש ליישב מה שהקשה הקצה"ח בסי' ל"ו ס"ק ז' על שיטת הסוברים דבדיינים שייך ג"כ נמצא א'מהם קרוב או פסול כו' א"כ אמאי מהני בשלשה

דיינים משום דא"א דלית בהו חד דגמיר דהא מי שאינו גמיר אין דינו דין א"כ יפסול לכולם עכ"ל ולפמש"כ בשם המהרי"ט אין זה קשה כלל דהא באמת יש שם ב"ד אף על הנך דלא גמירי רק דיעשו ע"פ בקיאים וכן היכא דלא בעינן לסברא דידהו כמו בקיום ואודיתא וכה"ג יש עליהם תורת ב"ד ע"כ לא שייך בהו לדון לנמצא א' מהם פסול דהא באמת אין שם פסול עליו כלל ובלא"ה י"ל דקושית הקצה"ח אינו קשה כלל דשאני בנמצא א' פסול דלא חזי אף עכשיו דיש עדים אחרים כלל משא"כ בדיינים אם יש חד דגמיר אז מתכשרי כל השלשה וזהו עיקר הכשר ב"ד ע"כ לא שייך בהו למיפסל משום א' מהם פסול גם י"ל בזה דדיין שאינו גמיר אין עליו שם דיין כלל ודומה למש"כ הנתיבות בסי' ל"ו ס"ק י' דעדות קטן אין מבטל עדות הכשרים משום דאין עליו שם עד כלל אך לפמש"כ בסי' ל"ה להוכיח דלא כהנתיבות בזה א"כ לא שייך לומר כן והעיקר כמש"כ בתחלה: ובעיקר דברי המהרי"ט דכתב דבקבלת עדות לא בעינן חד דגמיר הנה בח"מ סי' כ"ח סעי' כ"א מבואר להיפך וזהו מן הנ"י פ' הגוזל אך י"ל דבקיום שטרות כ"ע מודו לדברי המהרי"ט כדמצינו בח"מ סי' מ"ו סעי' ד' ברמ"א לענין קיום שטרות ביחיד מומחה ובש"ך שם ס"ק ח' ועי' בב"ב ד' מ' תוס' ד"ה קיום שטרות כו' ובכתובות ד' כ"ב תוס' ד"ה ודילמא ובש"ך סי' ג' ס"ק ה' וקצרתי ויש לדון בזה לפי המבואר בב"ק ד' צ' ע"ב בתוס' ד"ה כגון שראוי והובא בש"ך סי' ז' ס"ק ד' ובסי' ל"ג ש"ך ס"ק ט"ז ובסי' מ"ו סעי' י"ח דלכן אין עד נעשה דיין משום דבעינן דהב"ד המקבלים עדות יהיו ראויים לדון דין הזמה על העדים וכ"כ הנ"י לב"ק פ' ח'. ע"כ י"ל דהב"ד המקבלים עדות צריכים שיהיו יודעים איך לדון דאל"כ הא הוי ב"ד שאינן ראוין לקבל הזמה על העדים שהעידו לפניהם. ואם לישאל בב"ד אחר הא לא סמכינן ע"ז לכתחלה ולפ"ז בקיום דלא שייך הזמה כמבואר בסי' מ"ו סמ"ע ס"ק מ"ט ע"כ מהני בזה אף ג' הדיוטות גמורים אך באמת ז"א דהא בלא"ה בזמן הזה אינם ראויים הב"ד לדון דין הזמה דהא לא הוי סמוכים וגם הא אף לשיטת הסוברים דבעינן שיהיו ראויין לקבל הזמה היינו שיהיו ראויין לקבל עדות להזימן אבל לא להענישן דהא יכולין להענש ע"י ב"ד אחר ע"כ נסתר כ"ז. ועי' לעיל סי' ג' סעי' א' מש"כ שם:

וזה כמה שנים שרציתי לומר בהא דב"ב ד' קי"ג דשלשה שנכנסו לבקר רצו עושין דין כו' י"ל בזה דז"א אלא אם יש בהו חד דגמיר אבל אם לא הוי בהו חד דגמיר אז אינם עושין דין ודינם כמו הא דאמרינן שם דבלילה אינם עושין דין כן רציתי לומר מכבר אבל במהרי"ט מבואר להיפך מזה כנ"ל. ותמהני על האחרונים דלא הביאו דבריו בסי' רנ"ג וראיתי באו"ת סי' מ"ו באורים ס"ק ו' שכתב גבי קיום שטרות דבעינן דיהיו ב"ד שכשרים

לדון ד"מ דאין הבדל בזה בין קיום לשארי דינים ולא הזכיר כלל לדברי המהרי"ט הנ"ל ולקמן סי' פ"א סעי' כ"ב באורים ס"ק ס"ה גבי הודאה בב"ד הביא לדברי המהרי"ט הנ"ל דבזה א"צ ב"ד שיהי' חד דגמיר וכ"כ הנתיבות בסי' פ"א ס"ק ל"ג לדינא והקצה"ח בסי' ע"ט ס"ק ז' הביא לדברי המהרי"ט הנ"ל ויש לדון בדבריו הרבה:

סימן ט

(סעי' א') אם לקח שוחד צריך להחזיר כשיתבענו הנותן כו' וכתב הסמ"ע דלא דמי לריבית כו' והט"ז כתב דמוכח מרש"י דריבית צריך תביעה וע"כ אין שייך בזה שעבודא דר' נתן וכתב הקצה"ח ס"ק א' דכיון דפריעת בע"ח מצוה וכופין לו לקיים מצוה זו וא"כ ה"נ כופין אותו לתבוע כדי שלא יהי' לוה רשע כו' והביא ראי' לזה מהמל"מ פ"ב ה' מלוה כו' עכ"ל: סימן ט ענף א:

ולפי זה יש לדון כן. במה שכתב הבית יוסף בח"מ סי' צ"ט ס"ק י"ב בשם תשובת הרשב"א בלוה שנתן מתנה לאחרים ע"מ שיוכל לחזור בו דכ"ז דלא חזר לא נשתעבדו הנכסים להמלוה כו' דמ"מ יש לב"ד לכופו שיחזור בו הלוה כדי שיקיים מצוה דפריעת בע"ח אך כוונת הרשב"א הוא דכ"ז דלא כפו להלוה שיחזור בו אין הב"ד יורדין להנכסים כדין כל נכסי בני חורין דיורדין בע"כ להנכסים עצמם משום דיש להן דין משעבדי כ"ז דלא חזר בו ומ"מ אם כפוהו שיחזור בו גובין מהם וגם הדין הוא דכופין לו באם אפשר הוא ביד הב"ד לכופו וע"כ אין סתירה מזה לדברי הקצה"ח ובמקום אחר הארכתי בעיקר דברי הרשב"א הנ"ל ועיין מזה באו"ת סי' ס"ה באורים ס"ק נ"ג ואכמ"ל:

והנה הקצה"ח העיר בזה מהא דב"ב ד' קכ"ד גבי בכור דאם אמר איני נוטל ואיני נותן רשאי ופי' הר"ת שם דזה קאי ביצא עליו שט"ח דאין כופין לו שיקבל המתנה משום דהתם מיד שאמר איני נוטל הפסיד חלק בכורה וע"כ לא מהני התם הכפיי' כלל עכ"ל ועדיין יש להעיר בזה דאכתי תקשה ע"ז למאן דאמר דס"ל אין לבכור קודם החלוקה כמבואר בב"ב ד' קכ"ו ויכול לחזור בו אף לאחר שאמר כבר איני נוטל כו' וכמש"כ התוס' בב"ב ד' ע"ב ד"ה והילכתא יש לבכור קודם חלוקה כו' סה"ד שם דלפירש הר"ת הנ"ל דקאי ביצא על הבכור שט"ח כנ"ל דתקשה עדיין מזה להמ"ד דאין לבכור קודם חלוקה דיכפוהו ב"ד לחזור מלקבל חלק בכורה כדי שיהי' לו במה לפרוע ולא יהי' לוה רשע ומצאתי בקצה"ח סי' ער"ח ס"ק י"ב דהעיר בזה אבל לא תירץ זה כלל להמעיין בזה לפי' הר"ת הנ"ל אכן מצאתי בשמ"ק לב"ב ד' קכ"ו ע"א ד"ה ר"פ משמי' דרבא אמר ויתר כו' שכתב בשם הר"נ דלמ"ד דאין לבכור קודם חלוקה דהא דתני בברייתא דאם

אמר איני נוטל ואיני נותן רשאי דמיירי כשאמר כן בשעת חלוקה כו' ע"ש ולפ"ז אתי שפיר מה דאין כופין לו לחזור מן הסילוק משום דכיון דאמר כן בשעת חלוקה ע"כ לא מהני חזרתו שוב משא"כ בפשוט דלא מהני לשון סילוק כ"ז דאינו נותן לאחיו בלשון מתנה וא"ש דברי הקצה"ח הנ"ל גם י"ל דבלא"ה א"ש דברי הקצה"ח הנ"ל עפ"י מש"כ לעיל בכוונת הרשב"א דהובא בב"י לח"מ סי' צ"ט בנתן מתנה בתנאי דיחזור בו דלא מצי לגבות ממשעבדי דמ"מ יכולים לכפותו שיחזור בו אך אם לא חזר בו אין גובין מהנכסים כנ"ל ה"ה יש לפרש הכוונה דאמרו אם אמר איני נוטל ואיני נותן רשאי היינו דהיכולת בידו שלא לקבל החלק בכורה ואין הב"ד גובין מן הנכסים אבל עדיין י"ל דהב"ד יכולין לכופו בזה למ"ד דאין לו קודם חלוקה ופי' רשאי הוא דיכולת בידו לעשות כן אבל לא דמותר לו לעשות כן ועיין בחולין ד' נ"ד ע"ב בתוס' ד"ה אין בעלי אומניות רשאין כו' ובקידושין ד' ל"ג ע"ב בתוס' שם וכן מוכרח לומר לפי דברי הקצה"ח דפי' דלכן אין כופין לו התם לחזור משום דלא מהני חזרתו שוב דע"כ האי רשאי דאמרו היינו דהיכולת בידו אבל לא דמותר לו לעשות כן דהא מצווה על עשה דפריעת בע"ח:

ויש להעיר ע"פ דברי הקצה"ח הנ"ל דאף דעכשיו אין לו מה לשלם להבע"ח אך יש לו עצה לזכות בנכסים ואז יהי' לו במה לשלם להבע"ח דכתב דהב"ד יכולין לכפותו לקיים מ"ע דפריעת בע"ח דבב"ק ד' פ"ט אמרו בהא דאשה פגיעתה רעה וחבלה באחרים פטורה דמקשו דתזבין כתובתה בטובת הנאה ומילי דמזדבני בדינרי נינהו כו' ומסיק הגמ' משום דכל לגבי בעלה ודאי מחלה וכתבו התוס' בד"ה כל לגבי בעלה ודאי מחלה כו' וא"ת כיון דלגבי בעלה ודאי מחלה מאי קאמר לעיל אומדין כמה אדם רוצה ליתן בכתובה כו' שום אדם לא יקנה אותו כו' וי"ל דיכולה לעשות קיום במשכנות או בערבות או בנדר או בשבועה שלא תמחול אבל כאן אם יש לה תשלם ואם אין לה אין משועבדים לניזק לעשות לו קיומים עכ"ל התוס' וכ"כ הנ"י שם וכ"כ בהגהות אשר"י בסוגיא שם בזה"ל דאם חייבת שום דבר אין כופין אותה למכור ולישבע שלא תמחול עכ"ל ולדברי הקצה"ח הנ"ל דס"ל דאף היכא דכעת אין להבע"ח ממון רק דיש להלוה איזה תחבולה להשיג לו ממון דב"ד יכולין לכפותו לזכות לו בהממון כדי שלא יהי' לוה רשע כו' א"כ קשה הכא באשה שחבלה דפטורה ופגיעתן רעה משום דאף דתמכור כתובתה בט"ה מ"מ מצי מחלה וע"כ אין זה בר דמים כלל הא משום מ"ע דפריעת בע"ח יכולין ב"ד לכפותה שתשבע שלא תמחול ואז יהי' בר דמים והוי מילי דמזדבני בדינרי משום דיהי' שוה למכור בשוק כפי ט"ה ותהי' לה במה לפרוע להבע"ח ובוודאי אין לחלק בזה בין נזקין לשארי בע"ח ועי' בש"ך ח"מ סי' ל"ז ס"ק י"א ובאו"ת שם ס"ק ה':

ועיין בנדרים ד' ח' וביו"ד סי' ר"ג סעי' ו' דשרי נ' למנדר לזרזוזי נפשי' וכש"כ היכא דהשבועה הוא לצורך הענין לחזק ע"י התקשרות בנדר ושבועה כדי שחבירו יאמין לו ודאי דשרי לי' למנדר ולישבע וע"כ כתבו התוס' הכא דיכולה לעשות קיום בנדר או בשבועה שלא תמחול כו' ומדחזינן דכתבו כל הפוסקים הנ"ל דאין ב"ד כופין לה למכור ולישבע שלא תמחול מוכח מזה דאמרינן כיון דעכשיו אין לה ממון כלל דכ"ז שלא נשבעת שלא תמחול אין שום שווי בט"ה דכתובתה ואינן בר דמים כלל רק לאחר שתשבע שלא תמחול יהיה בו שווי חפץ להיות בר דמים למכור כתובתה בט"ה. ע"כ אין ב"ד יכולין לכפותו משום דלא שייך מצוה דפריעת בע"ח רק אם יש לו במה לשלם אבל אם אין לו במה לשלם אף דיש לו עצה ותחבולה ע"י איזה ענין להשיג דיהיה לו במה לשלם אינו מצווה ע"ז. והנה לדון בזה כופין על מדת סדום וכעין מש"כ התוס' בב"ב ד' ע"ז ד"ה חוזר בשטר כו' וביבמות ד' קי"א ע"ב תוס' ד"ה לאחר שלשים יום כו' ע"ש משום די"ל בזה סברת התוס' בקידושין ד' ל"א ע"א ד"ה גדול המצווה ועושה כו' וקצרתי:. ואפשר לומר דלכן אין ב"ד כופין לה שתשבע שלא תמחול משום דיהי' שבועה באונס וכמש"כ הגהת מיימוני סוף ה' שבועות והובא בחמדת שלמה ח' ח"מ סי' י"ג דקבלת שבועה ע"י אונס אפילו בתלוהו וזבין לא מהני ע"ש ומה"ט אמרו בשבת ד' פ"ח מכאן מודעא רבא לאורייתא משום דהוי שבועה באונס כמו שהאריך שם החמ"ש ולכן אף לדברי הקצה"ח הנ"ל א"ש מש"כ בהגהות אשר"י לב"ק הנ"ל דאין כופין לה שתשבע שלא תמחול די"ל דאף דמחוייבת לישבע כדי שתוכל למכור ויהי' לה במה לשלם ולקיים מצות עשה דפריעת בע"ח וכעין סברת הקצה"ח עכ"ז אין יכולת ביד ב"ד לכופה שתשבע משום דהוי שבועה באונס וכן הוא כוונת התוס' והנימוקי יוסף במש"כ דאין משועבדים לעשות קיומים דכוונתם דיהא תורת שעבוד על הבע"ח לכופו בתורת עבדות דזהו הענין של שעבוד דאין יכולת ביד ב"ד לכופו על השבועה כעין סברת הגהות מיימוני הנ"ל וע"כ אין סתירה מכל זה לסברת הקצה"ח הנ"ל:

בעיקר דברי הגהות מיימוני שכתב דשבועה ע"י אונס לא מהני אף היכא דשייך תלוהו וזבין כנ"ל אין זה ברור לדינא דהא כתב המרדכי בגט פשוט והובא בבית יוסף בח"מ סי' צ"ט סעי' י"ג דאדם שחייב לחבירו מלוה בע"פ ונתן כל נכסיו לאחר להפקיע מהמלוה נ"ל שיש לב"ד לכוף להלוה שידור הנאה מאותן נכסים עכ"ל וזהו כעין מה דמצינו בערכין ד' כ"ג דהמקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה כשיגרשנה ידור הנאה ועיין בספר בני אהובה להרמב"ם פ' י"ז ה' אישות הלכה יו"ד מזה אלמא דס"ל להמרדכי דגם שבועה דלהבא באונס ע"י חיוב ע"פ ב"ד מהני וי"ל דהיכא דשייך מצוה לשמוע דברי

חכמים כמו בב"ב ד' מ"ח זה עדיפא מן תלוהו וזבין כמו שיבואר לקמן ועיין בח"מ סי' צ"ט א"כ לפ"ז שפיר יש להוכיח מהא דב"ק דאמרו כל לגבי בעלה ודאי מחלה ואטרוחי ב"ד לא מטרחינן והא יש להשביע שלא תמחול ומוכח לפ"ז דלא כהקצה"ח כנ"ל אכן מן מש"כ התוס' והנ"י והג"א כנ"ל אין ראי' מדבריהם לסתור סברת הקצה"ח די"ל דס"ל כמש"כ הגהות מיימוני דגם היכא דשייך מצוה לשמוע ד"ח שייך ג"כ לדון דהוי שבועת אונס כמש"כ גבי מודעא רבא לאורייתא וכמש"כ החמדת שלמה שם כנ"ל וקצרתי בכ"ז: והתוס' בב"ק שם לאחר שכתבו דאם אין לה אין משועבדים לניזק לעשות לו קיומים וסיימו בצ"ע וי"ל דכוונתם הוא משום דיש לדון דתהי' משועבדת לישבע שלא תמחול משום סברת הקצה"ח דמחמת פריעת בע"ח מצוה נוכל לכופה שתשבע שלא תמחול ולא הוי שבועה באונס משום די"ל כסברת המרדכי בג"פ דזה לא מקרי שבועת אונס ולפ"ז יש לדון באשה שחבלה דאף ע"ג דאמרו פגיעתה רעה משום דאין למכור כתובתה בט"ה משום דשום איש לא יקנה ויחוש שמא תמחול ואטרוחי בכדי בב"ד כו' די"ל דלכל הפחות מחוייבת היא לישבע שלא תמחול לבעלה כדי שתוכל לקיים מ"ע דפריעת בע"ח ואז תשיג קונים על הכתובה ואף דלכופה אין יכולת בידינו לפי סברת הגהות מיימוני עכ"ז מצוה היא בזה ויש להגיד לה שתעשה כן. ויש לדון בכ"ז הרבה:

סימן ט ענף ב:

והנה הקצה"ח כתב לדון דהך כפיי' לתבוע הריבית הוי כמו אנסוהו לקנות דלא מהני כמבואר בח"מ סי' ר"ה ועפ"ז תירץ לקושיות הראשונים דמפני מה בחייבי חטאת אין ממשכנין משום דזה הוי כמו אנסוהו לקנות להכפרה דלא מהני עכ"ל הקצה"ח ולענ"ד מוכח דהיכא דשייך מצוה לשמוע דברי חכמים אז אף באנסוהו לקנות קני. דהא אמרו בכריתות ד' י"א אמרו לו אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי ר"מ מחייב כו' וקשה איך ממשכנים בזה כמש"כ התוס' בכריתות ד' י"ב וביבמות ד' פ"ו הא חטאת הוי כמו אנסוהו לקנות הכפרה כמש"כ הקצה"ח וע"כ מוכח מזה דאף להסוברין אנסוהו לקנות לא קני מ"מ היכא דשייך אנן סהדי דניחא לי' בכפרה שאני וה"ה היכא דשייך מצוה לשמוע ד"ח כמבואר בב"ב ד' מ"ח במסקנא דמחלקים בין תלוהו וזבין ובין היכא דשייך מצוה לשמוע ד"ח או אנן סהדי דניחא לי' לכפרה וכן מוכח מן מש"כ הרמב"ם ה' נערה בתולה פ"א ה' ג' דבאונס כופין אותו וכונס כו' שנאמר ולו תהי' לאשה וקשה הא הוי אנסוהו לקנות ולא קני וע"כ מוכח דשאני היכא דשייך מצוה לשמוע דברי חכמים:

וכן יש להעיר במה דאי' בירושלמי יבמות פ"ג ה"א דחד מ"ד ס"ל דחליצה הוי קנין דנקנית לו והכוונה הוא דבעת החליצה ניקנית לו ותיכף אחר גמר החליצה מיפקע קנינו

וע"כ אחות חלוצתו אסורה לפ"ז כמו אחות אשתו וכמו דאמרו בש"ס דילן ביבמות ד' מ"ד ע"א גבי חליצה דהכתוב קראו ביתו די"ל דהוא מה"ט דחליצה חשוב לקנין ואכמ"ל ולהך מ"ד תקשה איך כופין על החליצה כדאי' ביבמות ד' קי"א במשנה דכופין לו שיחלוץ לה ובשא"ד הא זה הוי אנסוהו לקנות דלא מהני וחליצה הא בעי כוונה כמבואר ביבמות ד' ק"ו ובירושלמי יבמות פ' י"ב ה"ו ודוחק לחלק דשאני הך קנין דחליצה דהוי קנין גרוע ולא הוי קנין גמור ולכן העיקר ברור לענ"ד דשאני היכא דשייך מצוה לשמוע דברי חכמים דשם מהני אף אנסוהו לקנות ובאמת לפי מה דהי' ס"ד מעיקרא בב"ב ד' מ"ח למילף להא דתלוהו וזבין דהוי זביני מהא דכופין בקרבנות ומן גיטי נשים דאז הי' ס"ל מה"ט למילף דה"ה אנסוהו לקנות קני אבל לבסוף דמסקינן לחלק דשאני בהא דיקריב אותו וכן בגיטי נשים משום מצוה לשמוע ד"ח אלא סברא הוא אגב אונסי' גמר ומקנה: ע"כ ממילא מחלקין באנסוהו לקנות דלא קני רק היכא דשייך מצוה לשמוע ד"ח שאני ומהני אף אנסוהו לקנות וע"כ שפיר י"ל דאף לפמש"כ הט"ז דשדר"נ לא מהני בריבית כ"ז דלא תבעו הלוה ועכ"ז הב"ד כופין להלוה שיתבענו משום דהא שייך בזה מצוה לשמוע ד"ח משום מ"ע דפריעת בע"ח ע"כ מהני בזה אף אנסוהו לקנות:

ובעיקר דברי הט"ז שכתב דבריבית לא שייך שדר"נ כיון שאינו תובעו יש לדון בזה לפמש"כ האו"ת דלכן בריבית כ"ז שלא תובעו הלוה אינו חייב המלוה משום דדיינינן דכיון דמדעתו נתן חזקתו מחלו כיון שאינו תובעו א"כ הא קיי"ל דבשדר"נ לא מהני מחילה כמבואר בסי' פ"ו סעי' ה' ע"כ ממילא שייך שדר"נ אף בריבית ואפשר לומר דהט"ז לטעמי' אזיל דלקמן סי' פ"ו סעי' ה' כתב הט"ז דכ"ז דלא נתברר בב"ד ששמעון חייב לו מהני מחילתו ע"כ י"ל דמיירי הט"ז הכא דחוב הריבית נתהווה מקודם דנתברר החוב דשדר"נ ע"כ הי' מהני מחילתו אז כיון שלא תבעו אבל לדינא דהכריע הש"ך בסי' פ"ו ס"ק י"א דאף דלא נודע בשעה דמחלו דהוא חייב לאחרים דמ"מ לא מהני מחילתו כיון דנתברר אח"ז החוב שחייב לאחרים. ע"כ שפיר יש לדון דשייך שדר"נ אף בריבית:

גם נ"ל לומר בעיקר הסברא דאמרו בריבית דהוי מחילה כיון שלא תבעו והוא דלכאורה צריך ביאור דלפ"ז אמאי נאמן הלוה לומר כשתובעו אח"כ דלא מחלו ואפשר דזהו דומה להא דסי' רל"ב סעי' ב' בסמ"ע ס"ק ח' ובש"ך ס"ק ב' דאם בא הנותן ואמר טעיתי חייב להחזיר אך יש שם שיטת הגמ' דחולק בזה ע"ש ואפשר לומר דשייך הכא לדון איני יודע אם פרעתי ולשיטת הרבה פוסקים אף היכא דלא ה"ל למידע חייב אם התובע טוען ברי שלא מחלתי אבל לולי דברי האחרונים הי' נ"ל לפרש דהך מחילה דאמרו בריבית אין זה מחילה גמורה רק זהו כעין הרחבת הזמן בלבד דאמרינן כיון שנתן לו מרצונו

מתחלה ע"כ אין זה דומה לגזל והוי כמו דהרחיב לו הזמ"פ עד זמן שיתבענו ולכן שייך בזה שדר"נ כמו בכל חוב דהא כתב הש"ג ס"פ הגוזל בתרא והובא בש"ך ח"מ סי' רנ"ב ס"ק ב' דהמלוה לחבירו ואינו תובעו הלואתו אין הלוה חייב לשלם לו מאיליו הואיל ואינו תובעו במתנה בקש ליתן לו עכ"ל ונראה לי כוונתו ג"כ דלא הוי מתנה גמורה רק דהוי כעין הרחבת הזמן דיהי' פטור לשלם לו מעצמו כ"ז דלא תבעו וממילא בשדר"נ כיון דתביעת המלוה השני הוי כעין תביעת המלוה הראשון מצד ונתן לאשר אשם לו דהוי בע"ד שלו ממש. ע"כ מה"ט שייך שדר"נ גם גבי ריבית וכה"ג כתב הקצה"ח בסי' ק"ד ס"ק ב' דבכל חוב אם אין המלוה תובעו אינו מצווה לפרוע חובו וע"ש בנתיבות ואכמ"ל. אך מחמת טעם השני שכתב הט"ז דלא שייך שדר"נ בריבית דלא שייך בזה וחי אחיך עמך דהא אינו מחי' א"ע שפיר יש לדון כן לכ"ע וכה"ג כתב הש"ך לקמן סי' פ"ו ס"ק ג' דלא שייך שדר"נ בצדקה והענקה ע"ש וכן יש לדון לפמש"כ האו"ת בסי' פ"ו ס"ק ג' דלכן לא שייך שדר"נ בחוב הענקה משום דלא הוי שעבוד נכסי בחוב הענקה ע"ש. וע"כ ה"ט שייך גבי ריבית דהא ברבית ליכא שעבוד נכסי כמבואר ביו"ד ה' ריבית סי' קס"א סעי' ה' דאין ב"ד יורדין לנכסיו גבי ריבית וע"כ לא שייך שדר"נ בחוב ריבית אבל בחוב שוחד דלא שייך כ"ז שפיר יש לדון בי' לשעבודא דר"ני ועיין באו"ת סי' פ"ו ס"ק יו"ד דמחלק בין אית להלוה קרקע ובין אין לו קרקע אלא מטלטלין גבי שדר"נ ע"ש ויש לדון בזה ע"פ סברת האו"ת הנ"ל דכתב דהיכא דלא שייך שעבוד נכסי לא שייך שדר"נ והא במטלטלין לא שייך שדר"נ מה"ט כיון דלא משתעבדי רק כ"ז דלא מחלו שייך גם במטלטלי דין גבייי כידוע וקצרתי כי אכמ"ל ועיין בפסחים ד' ל"א תוס' ד"ה משתעבדנא כו' ובח"מ סוף סי' פ"ה ומה שהשיג כאן הנתיבות ס"ק ב' על הקצה"ח כבר הקדימו בספר שאילת יעב"ץ סי' קמ"ז להשיג כן על הכנה"ג ע"ש אכן לפמש"כ יש לדון בדבריו ג"כ ועיין בשבות יעקב סי' קל"ה שכתב בקצרה להשיג על הט"ז הנ"ל: ובעיקר דברי הקצה"ח דסי' ק"ד ס"ק ב' שהובא לעיל דמצוה דפריעת בע"ח אינו חל כ"ז שלא תובעו. ראיתי בנתיבות שם ס"ק א' שהשיג על הקצה"ח בזה ושאני הא דסי' ע"ג בנשבע דאינו חייב בלא תבע ע"ש נלע"ד להביא ראי' לדברי הקצה"ח הנ"ל והוא דכן מצינו בב"מ ד' קי"א גבי שכירות פועל דעובר עליו בלאו ויש בו משום ביומו תתן שכרו דאימתי בזמן שתבעו לא תבעו אינו עובר עליו ויליף שם בגמ' ד' קי"ב מהא דת"ל אתך לדעתך ופי' רש"י ולא מדעתו וכתב הסמ"ע בסי' של"ט ס"ק י"ט דאם לא תבעו אז השהיי' הוא מדעתו דפועל. ובתשובת עבודת הגרשוני סי' ז' פירש דהוי כאלו גילה בדעתו דאינו מבקש שכירות ומה"ט אף על העשה ג"כ אינו מחוייב משום דניזל בתר טעמא וע"כ אין

לחלק בין לאו דבל תלין ובין שארי חיובים ועל כולם אינו עובר כ"ז דלא תבעו הפועל ע"ש בעה"ג ובוודאי אין לומר דדוקא בשכירות פועל דגלי קרא כן אבל לא למילף מיני' לשארי חובות דז"א דהא אדרבה חזינן דהתורה החמירה בשכירות יותר מכל חובות כדאמרו בב"מ ד' קי"ב דכל הכובש שכר שכיר כאלו נוטל נפשו כו' וכן פסקו בסי' של"ט סעי' ב' ועיין בקידושין ד' ט"ו ע"א בתוס' ד"ה ואידך כו' דה"ר נתנאל מפרש כו' דשאני שכירות דטרח בגופו כו' ועיין בב"ק ד' ט' בתוס' ד"ה ר"ה כו'. ולכן בוודאי אין לומר דהקילה התורה בשכר פועל וע"כ יש למילף שארי חובות משכר פועל דכ"ז דלא תבעו אינו מחוייב במצוה דפריעת בע"ח ונכונים הם דברי הקצה"ח דס"ל בכל חוב דכ"ז דלא תבעו אינו מצוה בי' וזהו יסוד גדול למילף מיני' לכל חוב ואי נימא דדוקא בשכר פועל דגלי קרא בזה אמרינן דאינו חייב כ"ז דלא תבעו א"כ יש מקום לפרש להא דקידושין דט"ו הנ"ל דלכן בשכירות לא שייך שדר"נ משום סברת הט"ז שכתב גבי ריבית דכיון דבעי תביעה ע"כ לא שייך בי' שדר"נ:

א"כ ה"ה מה"ט אף בשכירות כיון דבעי תביעה ע"כ לא שייך בי' שדר"נ משא"כ בשארי חובות דלא בעי תביעה ע"כ שייך בי' שדר"נ אכן כיון דקיי"ל בסי' פ"ו סעי' א' דאף בשכירות שייך שדר"נ ועיין בש"ך שם ס"ק ג' אף דשכירות בעי בוודאי תביעת בע"ד אלמא דאמרינן תביעת בע"ד השני הוי כתביעת בע"ד ראשון א"כ ה"ה בחוב ריבית אף דנימא דבעי תביעה מ"מ שייך בי' שדר"נ וכמש"כ השבות יעקב להשיג על הט"ז כנ"ל והעיקר הוא דמש"כ בריבית דבעי תביעה דזהו כמו כל החובות דאם לא תבעו אינו מצוה דילפינן משכירות פועל וכמש"כ העה"ג שם כנ"ל וקצת יש לחלק דשאני היכא דבהיתירא אתי לידו כמו חוב הלואה ע"כ בעי תביעה משא"כ היכא דבאיסורא אתי לידו כמו רבית דזה לא בעי תביעה ודינו כמו גזילה:

וכמו דאמרו בב"מ ד' ס"א ל"ל לאו בריבית לאו בגזל:

סימן יב

(סעי' ח') מחילה א"צ קנין ואם יש שט"ח בידו לא מהני מחילה בלא קנין כ"ז דלא מחזיר לו השטר ועיין בסמ"ע וש"ך שם ובסי' רמ"א סעי' ב' מבואר דיש דיעות חלוקות בשטר או במשכון ת"י אי מהני מחילה בלא קנין ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ד' כתבתי להוכיח כשיטת הסוברין דמחילה ונקט משכון בידו לא מהני מחילה בלא קנין מהא דב"ק סוף פ' המניח בסוגיא דטענו חטים והודה בשעורים פטור ומבואר שם דאם תפס מהני תפיסתו על השעורים והקשו האחרונים שם בסי' פ"ח סעי' י"ב לשיטת הפוסקים

דלכן פטור משום דהוי מחילה א"כ אמאי מהני תפיסה בשלמא להסוברים דפטור משום הודאה שהודה שאין מגיע לו שעורים ניחא משום דהוי שתי הודאות דסתרי אהדדי וכמו ב' כתי עדים המכחישים דמהני תפיסה וכמש"כ הקצה"ח שם אבל לטעם דמחילה קשה והוכרחו לומר הטעם דיכול לומר לכן לא תבעתי השעורים מפני שהייתי מוחזק בהם אכן לשיטת הסוברין דלא מהני מחילה במשכון ת"י ניחא בפשיטות דלכן לא מהני תפיסה בשעורים כיון דהטעם הוא משום מחילה ע"כ בתפס ויש משכון ת"י לא מהני מחילה והא מיירי התם בתפס קודם שתבעו לדין כמש"כ הרמ"א בסי' פ"ח סעי' י"ב והטור שם:

סימן יב ענף א:

והנה הש"ך ס"ק י"ז כתב בשם הב"ח דלכן לא מהני מחילה בנקיט שטרא משום דשטר העומד לגבות כגבוי דמי והש"ך תמה עליו דהא לא קיי"ל כב"ש והקצה"ח הביא בשם הכנה"ג דבשט"ח ברור כ"ע ס"ל דהוי כגבוי ומתרץ עפ"ז מה שהקשו ממוכר שט"ח ומחלו ע"ש ובאמת כבר הקדימו בזה התוס' בסוטה ד' כ"ה ע"ב בד"ה ב"ה אומרים לאו כגבוי דמי כו' דהא דפ' המקבל ד' ק"י יתומים אמרו אנו השבחנו ובע"ח אומר אביכם השביח אמר ר' יוחנן על היתומים להביא ראי' משום דארעא כיון דלגוביינא קאי כמאן דגבי דמי ויתמי נייתי ראי' ונשקול ואף דהלכה כב"ה דלאו כגבוי דמי שאני הכא דהשיעבוד של כתובה עומד בספק ולא קיימא ארעא לגוביינא לכן לאו כגבוי דמי אבל התם יתומים מודו לבע"ח בקרקע עצמו שמשועבד לו ע"כ אף ב"ה מודו דכגבוי דמי כו' עכ"ל התוס' אלמא דס"ל להתוס' דבחוב ברור לכ"ע כגבוי דמי. וכן ראיתי להנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' ל"ב שכתב כן מסברא דנפשיה ולא הביא להתוס' סוטה הנ"ל וי"ל דזהו כוונת הגמ' ב"מ ד' ס"ז דלא מחשבינן משטרא לשטרא כיון דבשטר השני לא נולד שום ריעותא ע"ש: ואפשר להסביר עפ"ז שיטת הסוברין דשטר מקרי הילך מבואר בסי' פ"ח סעי' כ"ח ובש"ך שם ס"ק מ"ט בשם הב"י דאפשר דטעם הוא דכיון דהוי חוב ברור הוי כגבוי ולא מקרי מחוסר גובייגא ולכן הוי הילך ובזה ניחא מש"כ הש"ך שם לחלק דהא דנראה מדברי רש"י פ"ק דב"מ דשטר לא הוי הילך היינו באינו מודה אבל במודה נראה כהב"י דהוי הילך כו' ולפמש"כ יש להסביר זה משום דבאינו מודה אז לא הוי חוב ברור ע"כ לא הוי כגבוי משא"כ במודה אז הוי כגבוי לכ"ע:

ולפ"ז יש לדון דכל דבר שאינו יכול לכפור לא מקרי הילך רק שטר שאני דהוי כגבוי ולא כמו שנראה מהפוסקים שם שלא חילקו בזה ועיין בתוס' גיטין ד' ל"ז ד"ה שטר שיש בו אחריות כו' דאלים טפי כשמפורש השיעבוד בפירוש בשטר אז הוי כגבוי ע"כ

שאני שטר גבי הילך דבזה כיון דמודה הוי כגבוי לכ"ע ועיין בש"ך ובתקפו כהן ס"ק ק"ל שכתב גבי תפיסה דאם יש לחבירו עליו שטר הוי כגבוי ולא מהני התפיסה ע"ש ולהתוס' סוטה הנ"ל דבחוב ברור הוי כגבוי אתי שפיר דברי הש"ך הנ"ל כיון דבשט"ח עצמו אין בו ספק ע"כ הוי כגבוי. ועיין בש"ך סי' קכ"ו ס"ק מ"ג מזה אבל באמת מוכח דאף בחוב ברור ג"כ אינו כגבוי מהא דגיטין ל"ז דמבואר שם דאף מלוה בשטר משמט והא דתני אינו משמט מוקי כב"ש ואי נימא דבחוב ברור לכ"ע הוי כגבוי א"כ אמאי משמט ובאמת משמע שם ובסי' ס"ז דאף דהלוה מודה בהחוב ג"כ משמט וגם הא כיון דלולי השמיטה היה גובה חובו בב"ד א"כ יהי' כגבוי אף אם הלוה אינו מודה ומוכח מזה דאף בחוב ברור ג"כ לא הוי כגבוי וכן מוכח מהא דב"ב ד' קכ"ד דאמרו שם אלא הא דתניא ירשו שט"ח בכור נוטל פי שנים מני לא רבי ולא רבנן לעולם רבנן סד"א מלוה כיון דנקט שטרא כמאן דגבי' דמי קמ"ל אלמא דאף בחוב ברור ג"כ אינו כגבוי וכנ"ל ובאמת י"ל דהא דמבואר שם בב"ב לקמן והתניא בכור נוטל פי שנים בין במלוה כו' לעולם רבנן היא ומלוה כמאן דגבי' היא' טעמא משום דס"ל דשטר ברור הוי כגבוי אבל באמת הא קיי"ל דאף בשטר אינו נוטל בכור פ"ש וכמש"כ הרמב"ם פ"ג ה' נחלות ובח"מ סי' רע"ח ולא חילקו בזה וכן מוכח ממה שכתבו הפוסקים בסי' ס"ו דמכירת שטרות דרבנן ובסי' ס"ו כתבתי דלב"ש דס"ל כגבוי דמי הדין דמכירת שטרות הוא מה"ת והבאתי ראיות לזה ע"ש א"כ אי נימא דבחוב ברור הוי כגבוי א"כ הדין נותן דמכירת שטרות הוי מה"ת לכ"ע ומכל הלין מוכח דאין לחלק דגם חוב ברור לא הוי כגבוי ובכוונת התוס' בסוטה הנ' דכתבו בהא דב"מ ד' ק"י דאמרו שם ארעא כיון דלגובייא קיימא כמאן דגבוי דמי נלע"ד בזה והוא דבאמת כעין החילוק של התוס' דכתבו לחלק דבחוב שאין ספק כגבוי דמי כן מוכח לחלק בסוגיא דגיטין ד' ל"ז דר' יוחנן ור"ל דאמרי תרווייהו דשטר שיש בו אחריות נכסים איננו משמט משום דכגבוי דמי ופליגי על רב ושמואל וקשה אטו לא ידעו פלוגתת ב"ש וב"ה דב"ה ס"ל דשטר לא הוי כגבוי וע"כ מוכח דבאמת ר"י ור"ל סברי לחלק כעין חילוק של התוס' הנ"ל דדוקא בחוב שאינו ברור בזה ס"ל לב"ה דלא הוי כגבוי משא"כ היכא דאין אנו דנין להסתפק בעיקר החוב אז הוי כגבוי כן הוא סברת ר"י ור"ל אך לבסוף בסוגיא שם דאמר ר"י בעובדא דאתא לפניו דמשמט אף בשטר ואמרו לרבי יוחנן שם והא מר הוא דאמר אינו משמט א"ל ר"י וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה והא דתניא אינו משמט דלמא ב"ש היא כו' אלמא דבאמת בסוף ר"י לא הי' ברור לו הך מלתא דאמר מתחלה דחזר בו לבסוף ומסיק דההיא ב"ש היא אבל לב"ה משמט ואמר בלשון דלמא משום דלא הי' ברור לו הך מילתא לחלק בין חוב ברור לחוב שאינו

ברור וכן מבואר בירושלמי פ' יו"ד דשביעית ריש ה' א' דאמר ר"י שם בזה וכי מפני שאנו למדין מן ההלכה אנו עושין מעשה כו'. והנה בב"מ ד' ק"י בסוגיא דיתומים אומרים אנו השבחנו. דאמר ר"י על היתומים להביא ראי' משום דלגוביינא קאי כמאן דגביא דמיא ולבסוף מסיק הסוגיא שם דהב"ע דשוייא ניהלי' אפותיקי כו' ומתחלה הי' סבור הש"ס דמיירי בלא אפותיקי ע"ש והנה התוס' בב"מ שם ד"ה סבר ר"ח למימר כו' כתבו דהא דעל היתומים להביא ראי' משום שקרקע בחזקת הבע"ח והיינו כשעשה אפותיקי כו' וכ"כ התוס' בב"ק ד' צ"ו ד"ה הא דמסיק ביה שיעור ארעא כו' דדוקא בעשה אפותיקי אמרו כיון דלגוביינא קאי כמאן דגבי' דמי אבל אי לא שווי' אפותיקי אמאי הוא בחזקת הבע"ח ויתמי ניתי ראי' אדרבה ארעא בחזקת יתמי קיימא דאי בעו מסלקי לי' בזוזי ועל בע"ח להביא ראי' וכ"כ התוס' כתובות ד' נ"ה ד"ה ולשבח כו' ובכתובות ד' צ"ו ד"ה נכסי בחזקת אלמנה כו' בסה"ד דדוקא באפותיקי אמרו שם כן וכ"כ הנימוקי יוסף לב"מ בסוגיא דשבח דדוקא בעשה אפותיקי מפורש אז הוי הבע"ח מוחזק משום דאפותיקי הוי כעין מכר ועי' בש"ך סי' קט"ו ס"ק כ"ו דהביא שם כמה פוסקים דאפותיקי הוי כמכר וכ"כ הר"ן בחידושיו שם והשמ"ק שם ועי' בתוס' בכורות ד' נ"ב א"כ לכאורה דברי התוס' סתרי אהדדי דהא בב"ק וב"מ וכתובות כתבו התוס' דדוקא באפותיקי הוי הבע"ח מוחזק ואלו להך טעמא של התוס' בסוטה דכיון דהחוב הוא ברור ע"כ כגבוי דמי א"כ לפ"ז אף בלא אפותיקי ג"כ הדין כן דיהי' המלוה מוחזק ואם ס"ל דדוקא באפותיקי אין מקום להתחלת קושייתם בסוטה כלל:

וע' נלע"ד לומר דבאמת לפי מסקנת הש"ס בב"מ דמיירי באפותיקי אין מקום לקושייתם כלל רק קושיית התוס' בסוטה הוא למאי דלא סליק אדעתי' שם מעיקרא להך דשווי' אפותיקי א"כ משמע מעיקרא בהאי סוגיא דאף בלא אפותיקי ג"כ אמרו בי' דכמאן דגביא דמיא וע"ז הקשו שפיר וכי שביק ר' יוחנן לב"ה ועבד כב"ש' וע"ז מחלקי בהחילוק דבחוב ברור שאני דהוי כגבוי לב"ה וכ"ז דלא מסקי דמיירי באפותיקי מוכרח לומר כן אבל בסוף דמסקי בשווי' אפותיקי אין מקום לקושייתם וא"צ לחלק החילוק של התוס' הנ"ל והוי כעין סוגיא דגיטין ד' ל"ז דמעיקרא הי' ס"ל לר"י דבחוב ברור אינו משמט ואזיל ר' יוחנן לטעמי' ולסוף חזר בו ר"י ומסיק דאף בחוב ברור אף דאין אנו דנין להסתפק בעיקר החוב אפ"ה לא הוי כגבוי. וה"ה י"ל בהאי סוגיא דב"מ דלמסקנת הש"ס דשווי' אפותיקי אין הכרח להאי חילוק של התוס' הנ"ל א"כ לא סתרי דברי התוס' דב"ק וב"מ וכתובות לדברי התוס' דסוטה הנ"ל ובאמת לפ"ז היו יכולים התוס' להקשות כן בהאי סוגיא דגיטין ד' ל"ז על מה דקאמר ר"י שם מעיקרא דשטר אינו משמט ואפשר הייתי

מחלק דשאני שמיטה בזה"ז דרבנן ע"כ אלימא להתוס' להקשות ביותר על סוגיא דב"מ ולפ"ז אין הכרח לדינא מהתוס' לדון ולחלק בין חוב ברור די"ל באמת למסקנת הש"ס גיטין ד' ל"ז ולמסקנת הסוגיא דב"מ דעשאה אפותיקי דאז אף בחוב ברור ג"כ לא הוי כגבוי כיון דאין הכרח אז להאי חילוק וכדמוכח מסוגיא גיטין הנ"ל כן י"ל בכל זה ואף דיש מקום לומר דהאי הב"ע דשווי' אפותיקי דא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזה דזה קאי על הא דאמרו שם מעיקרא שמין להם השבח ונוטלין היתומים הדמים עכ"ז פשט הסוגיא שם מורה דמעיקרא לא אסיקו אדעתייהו להך דשווי' אפותיקי גם על הך עובדא דיתומים אמרו אנו השבחנו ולסוף דמסיק דבשווי' אפותיקי קאי ג"כ על הסוגיא דיתומים אומרים אנו השבחנו כו'. ועי' בש"ך סי' קט"ו ס"ק ל"ג ובית יוסף שם ויש להאריך בזה:

סימן יב ענף ב:

שוב ראיתי דבאמת בעיקר הך מילתא דיתומים אמרו אנו השבחנו ובע"ח אומר שמא אביכם השביח דב"מ הנ"ל מבואר פלוגתת ראשונים בזה והובא בטור ושו"ע סי' קט"ו סעי' ה' דהרמב"ם ס"ל דאף בלא עשאו אפותיקי מקרי הבע"ח מוחזק והרמ"א שם הביא דעת החולקים דדוקא בעשאו אפותיקי מקרי הבע"ח מוחזק ובלא עשאו אפותיקי הוו היתומים מוחזקים והש"ך הכריע שם בס"ק ל"ג כהרמב"ם:

ובאמת מוכרח לומר בשיטת הרמב"ם דס"ל דאף בלא עשאו אפותיקי מקרי הבע"ח מוחזק דטעמו כשיטת התוס' בסוטה בסברתם דכיון דהוי חוב ברור ע"כ הוי כגבוי וכ"כ התומים בסי' קט"ו ס"ק כ"ב דסברת הרמב"ם הוא משום דהואיל דמודים דשטר מעליא ואין מחולקים בטיב השטר רק בהגוביינא דבזה ב"ה מודו דכגבוי דמי והשיג האו"ת שם על טעמו של הסמ"ע שם דזהו נגד סוגיית הש"ס שם. עכ"פ חזינן דשיטת הרמב"ם והמחבר דהיכא דאינן מסופקים בטיב החוב אז הוי כגבוי:

ולפ"ז מוכח דהך דינא שהובא ברמב"ם ומחבר שם דמיירי במלוה בשטר דאל"כ הא מבואר בגיטין ד' ל"ז ובתוס' שם דדוקא במלוה בשטר אמרי דהוי כגבוי וכיון דזהו גם כן מטעם דכגבוי דמי בע"כ מיירי במלוה בשטר וקצרו בזה ולפ"ז תקשה מהא דהבאתי לעיל דמוכח דאף בחוב ברור לא הוי כגבוי ועי' בש"ך סי' קט"ו ס"ק ל"ג דהכריע לדינא כשיטת הרמב"ם והמחבר ודלא כהתוס' והטור והקשה שם דהא מבואר בסוגיא דהמקבל הנ"ל דלא הוכרח לאוקמי באפותיקי אלא אהא דאר"נ אמר שמואל בע"ח ללוקח וליתומין שמין להם השבח ומעלין אותן בדמים וקשיא להו לימא לי' הב לי גריווא דארעא שיעור שבחאי אבל אי לאו הכי משמע דכולי סוגיא דמעיקרא מיירי בלא אפותיקי כו' ואפ"ה

אמרו דהבע"ח מקרי מוחזק ומזה הוכיח הש"ך כהרמב"ם: אבל לפמש"כ לעיל יש ליישב קושיית הש"ך והוא דהא מצינו בגיטין ד' ל"ז הנ"ל דמעיקרא הוי ס"ל לר"י דשט"ח ברור הוי כגבוי ואח"ז הדר בי' כנ"ל וכמו כן בסוגיא זו דר"י הוא בעל המימרא דיתומים אמרו אנו השבחנו וארעא כיון דלגוביינא קאי כמאן דגביא דמיא י"ל ג"כ דבאמת מעיקרא בסוגיא זו דלא אסיקו אדעתייהו להך דאפותיקי הוי ס"ל באמת דאף בלא אפותיקי ס"ל לר"י דכמאן דגבי דמי כדס"ל מעיקרא בגיטין אבל לבסוף דמסיק הב"ע דשווי' אפותיקי י"ל באמת כוונת הגמ' דה"ה הך עובדא דיתומים אמרו אנו השבחנו מיירי ג"כ באפותיקי דוקא וכמש"כ התוס' שם ד"ה סבר ר"ח למימר כו' דמיירי כשעשה אפותיקי כו' וכ"כ התוס' בב"ק ד' צ"ו וכמש"כ הנימוקי יוסף והר"ן כנ"ל ולפי המסקנא דמוקי באפותיקי אז י"ל שפיר דס"ל כמסקנת הגמ' דגיטין דשט"ח ברור ג"כ לא הוי כגבוי אף אליבא דר' יוחנן ושאני הך עובדא דיתומים אמרו אנו השבחנו דמיירי באפותיקי ואפותיקי ה"ל כמוכר להמלוה גוף השדה לאחר שמת הלוה כיון דאין ביד היתומים לסלקו במעות ועי' בש"ך סי' קט"ו ס"ק כ"ו וע"כ מקרי המלוה מוחזק ביותר אף לב"ה ואין הכרח לומר דהך סוגיא דב"מ יפלוג על סוגיא דגיטין ועל ירושלמי שביעית הנ"ל דמיירי תרוייהו אליבא דר' יוחנן ועי' בתומים קט"ו ס"ק כ"ב דתירץ ג"כ לקושיית הש"ך הנ"ל באופן אחר. אכן העיקר נראה לי כמש"כ וכן ראיתי בתשובת רד"ך בית ב' חדר ז' ח' שכתב ג"כ בהך דב"מ דדוקא משום דהוי אפותיקי אמרו דלגוביינא קאי כו':

וידעתי דיש לחלק דשאני הא דגיטין ד' ל"ז דאמרו דמלוה בשטר משמט דאלמא דאף היכא דאין ספק בעיקר השטר ג"כ לא הוי כגבוי משום די"ל דשאני בהא דב"מ דג"כ עכשיו ארעא לגוביינא קאי בוודאי רק דמחולקין על השבח על כן שפיר כתבו התוס' דהיכא דגם כעת עומד לגבות בזה לכ"ע כגבוי דמי ושאני הא דמתו בעליהן כו' דהוי ספק אם עומד עכשיו לגוביינא או לא ועי' בתוס' סוטה ד' כ"ה ד"ה ב"ש אומרים כו' משא"כ בהא דשמיטה דאי נימא דשמיטה משמט להשטר א"כ גם עכשיו אין עומד לגבות ואף דקודם שנת שמיטה הי' עומד לגבות מ"מ הא כעין זה פליגי ב"ש וב"ה במתו בעליהן כו' ועכ"ז ס"ל שם דלא הוי כגבוי כן יש לחלק לכאורה אבל באמת זה דוחק דהא לולי השמיטה הי' עומד לגבות את החוב א"כ מקרי זה חוב ברור כיון דאין אנו דנין על החוב להסתפק בו וגם כבר הבאתי לעיל להוכיח מהא דבכור דב"ב ד' קכ"ד דאינו נוטל פי שנים במלוה בשטר וכן דעת הרמב"ם גופא בפרק ו' ה' מכירה דמכירת שטרות דרבנן ואף דאין אנו דנין שם על החוב ג"כ מקרי מילי בעלמא וכנ"ל בארוכה ואם הי' חוב ברור כגבוי הי' מהני מכירתו מה"ת וכמש"כ רש"י בכמה דוכתי דלב"ש דכגבוי דמי לא הוי

מחוסר גובייגא ואין כאן חוב כלל ונתבאר דאף שטר ברור ג"כ לא הוי כגבוי וע"כ יש לעיין הרבה בשיטת הרמב"ם והמחבר דפסקו בסי' קט"ו דאף בלא עשה אפותיקי ג"כ על היתומים להביא ראיה משום דהטעם כיון דלגובייגא קיימא כו' אכן לפי מה דנתבאר דאף חוב ברור לא הוי כגבוי תקשה דמ"ש בזה:

סימן יב ענף ג:

והנלפע"ד בכוונת הרמב"ם והמחבר והוא דנראה לי לחלק דמוכח דהך סוגיא דב"מ דאמרו על היתומים להביא ראי' משום ארעא לגובייגא קאי דלא נחתי התם משום שט"ח העומד לגבות כגבוי דמי דהא לא קאמרי התם בלשון מ"ט משום שט"ח העומד לגבות כגבוי דמי אלא קאמרי בלשון ארעא משום דלגובייגא קאי וע"כ יש לדון דדוקא בשט"ח העומד לגבות דלא נתברר עצם החפץ דהא ביד הלוה לסלקו בזוזי ובמטלטלין במה שירצה ע"כ לא שייך בזה לומר כגבוי דמי וכעין הא דפסחים ד' ל"א דס"ל לרבא מכאן ולהבא גובה משום אי בעי מסלק לי' בזוזי כו' וזהו טעמו של ב"ה דס"ל דלאו כגבוי דמי משום דב"ש ס"ל כיון דהחוב עומד לגבות עכ"פ ע"כ הוי כגבוי וב"ה ס"ל דלא הוי כגבוי כיון דלא נתברר בבירור ממה יגבה חובו ואף אביי דפסחים שם מודה בזה וכ"ז הוא היכא דלא נתברר כ"ז אכן היכא דנתברר שיעבודו ממה יגבה את חובו כמו הא דב"מ דכיון דמת אביהם ולא הניח אלא קרקע זו א"כ נתברר דמזה השדה יגבה חובו וע"כ אמרו בזה הלשון ארעא כיון דלגובייגא קיימא כו' משום דידוע דמזה השדה יגבה חובו וע"כ הוי כגבוי וזה הוא דומה למש"כ הרמב"ם והובא בסי' רמ"א סעי' ד' דהמוכר והנותן לחבירו צריך לסיים הממכר ואם לא סיים לא קנה ע"ש וידוע בב"מ ד' ט' בסוגיא דרכוב ומנהיג דמידי דלא חשוב למהוי קנין לא מקרי מוחזק וכה"ג כתב הרמב"ן בספר הזכות והר"ן פ' הכותב דלכן אינו נאמן בשטרות לומר שטר היה לי ואבד דכיון דאין תפיסתו קנין ע"כ לא הוי מוחזק כו' והדברים ארוכים וה"ה בשטר חוב העומד לגבות דלא נתברר מאין יגבה חובו דהוי דבר שאינו מסויים ע"כ לא שייך לומר דהוי המלוה כמוחזק משא"כ בהא דב"מ דארעא לגובייגא קיימא דהוי דבר מסויים ע"כ חשוב בזה מוחזק ומה"ט אתי שפיר מה דלא הזכירו הרמב"ם והמחבר בהך עובדא דסימן קט"ו דעל היתומים להביא ראי' דבעינן שט"ח דהא מטעם שט"ח העומד לגבות כגבוי דמי מבואר בגיטין ד' ל"ז דאף לב"ש אין זה רק בשטר שיש בו אחריות נכסים א"כ ה"ה לדידן אי נימא דהטעם הוא משום דחוב ברור כגבוי דמי א"כ אין זה רק בשט"ח ולא במלוה ע"פ אבל לפמש"כ אתי שפיר משום דהטעם הוא לאו משום שט"ח העומד לגבות רק משום דארעא לגובייגא קיימא וזה הטעם שייך אף במלוה ע"פ:

ואף דהיתומים יכולים לסלקו בזוזי כדקיי"ל א"כ עדיין לא נתברר גובייגא דילי' בלא עשה אפותיקי עכ"ז נ"ל סברא נכונה בזה לפי המבואר בקצה"ח סי' ק"ד ס"ק ד' וס"ק ה' דהא דיתומים ולוקח יכולים לסלק להבע"ח בזוזי שלהם דזהו מצד תקנת חז"ל דמן דין שומא הדרא נגעו בו משום דמה"ד אינן יכולים לסלקם במעות משום דיכול הבע"ח לומר בשיעבודי אני רוצה רק זה הוא מצד תקחז"ל ע"ש בקצה"ח ע"כ י"ל כיון דמה"ד ארעא לגובייגא קיימא לאחר שמת אביהן ולא הניח אלא קרקע זו והוי כבר כמאן דגביא דמי ואף דביד היתומים היה לסלקו במעות עכ"ז הא מה"ד אינן יכולים לסלקו והוי המלוה מה"ת בשם מוחזק משום ארעא לגובייגא כו' והא דהיתומים יכולים לסלקו אין זה רק מצד תקחז"ל וידוע מה דכתבו הפוסקים דספק מצד תקחז"ל לא מצי לבטל לוודאי דאורייתא וע"כ בספק תקנתא אזלינן לקולא וכיון דמה"ת ארעא לגובייגא קיימא שפיר אמרו דכגביא דמיא הך ארעא דהא מה"ת אינן יכולין לסלקו במעות ואף לפמש"כ במק"א דהיכא דלא נולד הספק בעיקר התקנה רק בספק במעשה כמו בנ"ד דהספק הוא אם היתומים השביחו או אביהם דכה"ג לא שייך הך כללא דספק תקנה לקולא עכ"ז י"ל דשאני הכא כיון דעיקר התקנה דיכולים לסלקו במעות זהו מצד שומא הדרא דאין זה רק מצד ועשית הישר והטוב כמבואר בב"מ ד' ל"ה ע"כ כיון דלולי התקנה דשומא הדרא מצד הישר והטוב הי' המלוה מקרי מוחזק מה"ת דהא בוודאי הך ארעא קיימא לגובייגא. רק לאחר דתקנו חז"ל מצד הישר והטוב דיכולים לסלקו במעות ע"כ אין סברא דמצד הישר והטוב יהי' הפסד להמלוה דיפסיד מוחזקות שלו ויעקור דין תורה דמה"ת הי' המלוה בשם מוחזק ועל כזה לא שייך ועשית הישר והטוב להפסיד זכותו שיש לו מה"ת דהוי מוחזק גמור מה"ת כנ"ל וע"כ שפיר פסקו הרמב"ם והמחבר דאף בלא עשאו אפותיקי על היתומים להביא ראי':

והוכיחו כן כפי שכתב הש"ך בסי' קט"ו ס"ק ל"ג דהא הסוגיא דשם מעיקרא לא אסקו דמיירי באפותיקי וכן הי' ס"ל לר"ח דהיתומים יטלו עבור שבחם מגוף הקרקע ואי באפותיקי איך הי' ס"ד של ר"ח לומר כן וכמו דהקשו התוס' בב"מ שם ד"ה סבר ר"ח למימר כו' וכל הראשונים שם והשמ"ק ואפ"ה קיבל הדין של רבי יוחנן דעל היתומים להביא ראי' משום ארעא כו' ובע"כ מוכח דאף דלדינא קיי"ל דלאו כגבוי דמי בשט"ח עכ"ז שאני הכא. והטעם בע"כ מוכח כנ"ל. ובאמת אין סברא לפרש בכוונת הרמב"ם דס"ל כסברת התוס' לחלק דשט"ח ברור שאני משום דנלע"ד דזה החילוק של התוס' בסוטה תלוי בפלוגתא דח"מ סי' קט"ו סעי' ו' דהרמב"ם כתב שם דאם לא עשאו אפותיקי והביאו היתומים ראי' דהם השביחו דאם רצו היתומים לסלק לבע"ח בדמים מסלקין

אותו ואם רצו נוטלים מהקרקע שיעור שבח שלהם והש"ך שם ס"ק ל"ז כתב בשם פוסקים והתו"ח דס"ל דיכול המלוה לומר בשעבוד כל הקרקע שלי אני רוצה ולדידי שוה כל חובי ואינם יכולים היתומים לסלקו בדמים וכן אם רצו היתומים ליטול הקרקע שיעור שבח אינם יכולים כיון דמסיק המלוה שיעור הקרקע ושבח ע"ש:

ולפ"ז ברור לדעתי דעיקר כוונת התוס' בסוטה דמחלקים בין הא דב"ה ס"ל דלא הוי כגבוי דשא"ה דשיעבוד קרקע עומדת כעת בספק כיון דנסתרה ולא שתתה ואף דמקודם הסתירה הי' בחזקת משועבד לה עכ"ז כיון דעכשיו נולד הספק ע"כ אינו כגבוי משא"כ בהא דהמקבל כיון דגוף כל הקרקע אינם יכולים היתומים לעכב על המלוה דהא אף אם מביאים ראי' דהם השביחו עכ"ז אינם יכולים לסלק להמלוה אף ממקצת הקרקע אלא המלוה מסלק ליתמי בדמים עבור השבח שלהם וכשיטת התו"ח והש"ך הנ"ל ע"כ מקרי המלוה בשם מוחזק כיון דכל הקרקע קאי לגובייאנא וכמש"כ התוס' בלשונם דשא"ה בב"מ דאינם מעכבים הקרקע מלפניו וע"כ הוי כגבוי ואף דאם רצו היתומים לסלקו בדמים כפי שיעור חובו יכולים המה לסלקו מהקרקע אף לשיטת הש"ך כמש"כ שם עכ"ז כיון דאינם יכולים לסלקו אלא כדי כל חובו ע"כ מקרי המלוה מוחזק כיון דאינם יכולים לסלקו מגוף הקרקע רק ע"י סילוק כל החוב ע"כ שפיר דייניען בזה דכמאן דגביא דמי כן הוא שיטת התוס' אבל לפי שיטת הרמב"ם דפסק דאף ברצו היתומים ליטול קרקע כשיעור שבח נוטלים וכן יכולין היתומים לסלק לבע"ח בדמים דמי שיווי הקרקע ולא שיווי השבח כמבואר שם ע"כ אי אפשר לפרש כלל בשיטת הרמב"ם דלכן אף בלא הביאו ראי' הוי הבע"ח מוחזק משום דכגבוי דמי דהא כעת נולד הספק בעצם השעבוד על כל הקרקע אם הוא של המלוה או מקצת הקרקע שייך ליתומים. דהא אי נימא דהם השביחו א"כ יכולים היתומים ליטול מגוף הקרקע כפי שיעור שבח שלהן וע"כ גוף הקרקע כולו אינו ברור דיהיה שייך להמלוה ומקרי זה גם עכשיו בשם ספק אם שעבודו על כל הקרקע או רק על מקצתו ולא על כולו א"כ לא שייך בזה לדון דיהי' כגבוי רק משום דבעת מיתת האב אז היה שיעבודו על כל הקרקע בוודאי א"כ הא גם במתו בעליהן עד שלא שתו דקיי"ל דלא הוי כגבוי הא התם ג"כ הי' מקודם הסתירה שיעבוד ברור על הקרקע ואפ"ה אמרו דלא הוי כגבוי ע"כ אין סברא לחלק לשיטת הרמב"ם עפ"י חילוק של התוס' בסוטה הנ"ל וכן ראיתי להלח"מ פכ"א הל' מלוה הל' ז' שכתב בקצרה דאם לא עשה אפותיקי הרי יש ליתומים חלק בהקרקע דאם רצו יכולים ליטול מהקרקע שבח שלהם ע"כ מקרי היתומים בשם מוחזקים כו' הרי שכיון לדברי רק שכתב בקצרה וכן נראה מלשון הנימוקי יוסף ושמ"ק והר"ן שם וע"כ ברור דהרמב"ם לא נתכוין לחילוק של

התוס' בסוטה משום דלשיטתו אי אפשר לחלק כן דהא גם בזה הוי ספק בעיקר שיעבודו על כל הקרקע אי דאין לו שיעבוד רק על מקצת הקרקע או רוב הקרקע דהא אי נימא דהיתומים השביחו א"כ מגיע להם חלק הקרקע דאם רצו נוטלין מחלק הקרקע עבור שבחן כנ"ל וע"כ ברור דטעמו של הרמב"ם דס"ל דשאני הכא דזו הארעא היה קיימא לגוביינא בעת מיתת אביהם דלא הניח אלא שדה זו וגם כעת אינם יכולים היתומים לסלקו במעות אלא מצד הישר והטוב ומה"ת גוף כל הקרקע שייך להמלוה ע"כ מוקמינן בזה אד"ת. דכן הוכיח מהש"ס כנ"ל:

וגם הסמ"ע כתב טעם אחר בס"ק כ"ב דלכן עליהם להביא ראי' משום דמוקמי השדה כמו שהוא אחזקתו שהיה ביד אביהם כן אלמא דלא הי' ניחא להסמ"ע לומר בטעם הרמב"ם דס"ל כמש"כ התוס' בסוטה אך טעמו הוא תמוה דזהו נגד הגמ' דאמרו מטעם דארעא דלגוביינא קיימא ובלא"ה טעמו אינו נכון לדינא דהא מבואר בח"מ סי' קי"ב סעי' ב' דאם לא כתב דאקני ומחולק המלוה עם הלוקח דהלוקח טוען לאחר שלוה קנה ומכר והמלוה אומר דבעת שלוה היו הנכסים ביד הלוה י"א דעל המלוה להביא ראי' וכו' ויש אומרים דאם יש עדים שקנה הלוה צריך המלוה להביא ראי' ואם לאו ב"ד מעמידין על חזקתו ונאמר שהיה שלו ושל אבותיו מעולם והסברא ראשונה עיקר עכ"ל. א"כ לא מבעיא לדעה קמייתא דס"ל דאף היכא דאיכא חזקה דכאן נמצא כו' לא מפקינן מהמוחזק בוודאי ה"ה בהא דיתומים אמרו אנו השבחנו כו' דוודאי מחמת חזקה דהשתא לא מפקינן ממוחזק ואף לדעה בתרייתא דס"ל דבחזקה דכאן נמצא מוציאין ממוחזק ועיין בסי' מ"ב סעי' י"ד וסי' רט"ז סעי' ח' ואכמ"ל עכ"ז ז"א אלא היכא דליכא חזקה דמעיקרא כדהתם דלא נודע שקנאו וי"ל דהיה שלו ושל אבותיו מעולם אבל היכא דיש חזקה דמעיקרא כמו בנודע שקנאו הלוה דיש חזקה דמעיקרא דהשתא הוא דקנאו בזה ליכא חזקה דכאן נמצא כו' דהא חזקה דמעיקרא עדיף מחזקה דהשתא כמבואר בסוגיא דפ"פ וביו"ד סי' פ"א ובש"ד ולכ"ע אין מוציאין מלוקח א"כ ה"ה האי שבח דהבע"ח גופא אומר אביכם השביח א"כ משמע דליכא למימר דהי' השבח מעולם על השדה רק הספק הוא שמא אביכם השביח א"כ איכא בזה חזקה דמעיקרא דהשתא הוא דהשביח השדה וכללא הוא דכל מה דאיכא לאחורי לחזקה דמעיקרא מאחרינן א"כ קשה דאמאי על יתומים להביא ראי' ובפרט דאומרים ברי ולכן דברי הסמ"ע בטעמו מוקשה מאוד:

ולכן העיקר כמש"כ ביאור טעמו דהרמב"ם והמחבר דשא"ה כיון דמבורר דזה השדה יבוא לידי גוביינא ולכן כגביא דמיא וזה עדיף מן סיים לו שדה דגיטין ד' ל"ז ובאמת י"ל דכה"ג אפשר דגם לשיטת הרמב"ם אף דס"ל מכירת שטרות דרבנן עכ"ז אפשר דבכה"ג

ס"ל דהוי מכירת שטרות דאורייתא כיון דהוי כגבוי וא"כ הוי מתורץ קושיית התו' דהקשו בב"ב דף ע"ו ע"ב דאי מכירת שטרות דרבנן ל"ל קרא למעוטי שטרות מאונאה די"ל דאתי כה"ג היכא דשייך לומר ארעא לגובייא כמאן דגביא דמיא כמו הא דב"מ הנ"ל ויש להאריך בזה אבל היכא דלא שייך כן גם הרמב"ם ס"ל דלא הוי כגבוי וגם מן שיטת התוס' דסוטה נתבאר דאינו ראי' מדבריהם די"ל דכתבו כן לפי ה"א דהש"ס דשם דלא אסיק להו דמיירי באפותיקי די"ל דהש"ס הי' ס"ל כסברת ר' יוחנן דגיטין ד' ל"ז דהוי ס"ל מעיקרא דשט"ח ברור הוי כגבוי אבל למסקנת הש"ס דמיירי באפותיקי שפיר י"ל כמסקנת הש"ס דגיטין דהדר ביה ר' יוחנן דאף שט"ח ברור לא הוי כגבוי וכמו שהוכחתי מכמה דוכתי דאף שט"ח ברור לא הוי כגבוי כנ"ל והא דב"מ שאני דהוי אפותיקי מפורש דהוי כמכור וביתמי דאינם יכולים לסלקו בזוזי ואפותיקי סתם גרע מן סיים שדה בהלוואתו דגיטין ד' ל"ז ועיין בסי' ס"ז ובר"ן וריטב"א גיטין שם וגם בסיים לו שדה י"ל דז"א רק בשמיטה דהוי מדרבנן וכמבואר כעין זה בתומים סי' ס"ז ס"ק ט' ע"ש דבזה לא הוי כגבוי ואפשר דלזה נתכוין הש"ך בסי' קט"ו סוף ס"ק ל"ג אך שקיצר בזה:

סימן יב ענף ד:

ועכשיו נברר מה דיש לדון לכאורה בהנך ממרמות הנכתבין לכל מוכ"ז שלא נזכר בו שם המלוה די"ל דבזה הוי כגבוי לכ"ע עפ"י מש"כ הב"ש באה"ע סי' ע"ז בדיני מורד ומורדת בשם הט"ז אם הנדוניא ביד אביה פטור אפילו אם נתן שט"ח על הנדן אלא א"כ עשה ממרני כנהוג בקצת מדינות שלא נזכר בו שם המלוה אז הוי כגבוי עכ"ל וכ"כ הב"ש בסי' נ"ג ס"ק י"ג דהט"ז פסק אם נתן ממרני כנהוג בקצת מדינות דאין כותבין מי הוא המלוה יש לפסוק כש"ג משום תיכף שיצא הממרני מידו חייב לשלם לכל מי שמוציאו והוא יחזור על חתנו נמצא דהאב מקרי מוציא מחתנו עכ"ל אלמא דחזינן דס"ל דשטר שאין נכתב בו שם המלוה אמרינן כגבוי דמי לכ"ע ולפ"ז גבי שמיטה י"ל בהנך צעטלין לכל המוכ"ז דאינו משמט כמבואר בגיטין ד' ל"ז לב"ש דס"ל דכגבוי דמי אינו משמט אם כן ה"ה לדידן דאף דלאו כגבוי דמי י"ל דז"א רק בשטר שנכתב שם המלוה כמו דהי' הנהוג בזמן הש"ס אבל בשטר הנכתב לכל המוציאו כיון דהוי כגבוי ע"כ אינו משמט וכעין סברת הב"ש והט"ז הנ"ל וגם הא מצינו בח"מ סי' ק"ד סעי' ג' בשם ר"י בתפס שטרות לא הוי כתפס מעות ויחלוקו וכתב הסמ"ע שם ס"ק י' משום דכיון דיכול המלוה הראשון למחול ונשאר שיעבוד הגוף אצלו ע"כ לא הוי כתפס ממון וכן כתב ביאור הגר"א זצ"ל ס"ק כ' משום דצריך כתיבה ומסירה ע"כ לא מהני תפיסתו ולפ"ז לכאורה נראה בממרמות דכיון דאין צריך כו"מ וגם אינו יכול למחול דזה הוי לכאורה כתפס ממון

וזהו נוטה כעין סברת הב"ש הנ"ל דבזה הוי כגבוי. ומה"ט יש לדון בממרמות שלנו גבי מחילה בלא קנין והשטר הוא ביד המלוה דמבואר בח"מ סי' י"ב ובש"ך שם דלכן מהני מחילה בלא קנין משום דקיי"ל דלא הוי כגבוי א"כ בממרמות כיון דהוי כגבוי י"ל דלא מהני מחילה לכ"ע ומה"ט י"ל גבי ירושת בכור לכאורה דיהיה נוטל פ"ש משום דהוי מוחזק ולא ראוי כיון דלא הוי מחוסר גובייגא כלל אי נימא כגבוי דמי כמש"כ רש"י בכ"ד לב"ש דכגבוי דמי דאין כאן חוב כלל ומקרי מוחזק ולפ"ז י"ל ג"כ מלתא חדתא בממרם אם נולד בו ספק בפרעון דיהי' הדין עם המלוה כמו כל שטר לב"ש כמבואר בסוטה ד' כ"ה ויבמות ד' ל"ח אמנם מסתימת כל הפוסקים מבואר דאין לחלק בין תפס ממרמות לשטרות בכ"ז. וכן מוכח בב"ב ד' קכ"ד גבי בכור נוטל במוחזק ולא בראוי דאיתא שם אלא הא דתניא ירשו שט"ח בכור נוטל פ"ש מני לא רבי ולא רבנן כו' והא ה"מ לאוקמי דמיירי בלא נכתב בשטר שם המלוה דאז הוי כגבוי כנ"ל וכן תקשה בהא דגיטין ד' ל"ז במה דתני התם שט"ח אינו משמט דמוקי דאתי כב"ש:

הא י"ל דמיירי בלא נכתב בו שם המלוה והוי כגבוי לכ"ע וכעין מה דמצינו גם בזמן הש"ס בהך שטרא דנפק בי דינא דרב הונא דנכתב אני פלוני לויתי ממך מנה כמבואר בב"ב ד' קע"ב וכעין מה דמצינו בגיטין ד' י"ג דכתב בו משתעבדנא כך ולכל מאן דאתי מחמתך כמבואר בח"מ סי' ס"ו סעי' א' וסעי' כ"ו ובש"ך ותומים שם וכן בהא דשבועות ד' מ"ח דמוקי להברייתא התם כב"ש גבי אין אדם מוריש שבועה לבניו והא ה"מ לאוקמי ג"כ בלא נכתב בו שם המלוה כנ"ל ומדלא משתמיט שום דוכתא לומר דבלא נזכר בו שם המלוה יהי' כגבוי בע"כ מוכח מכל הנ"ל דבאמת אף בלא נזכר בו שם המלוה אינו כגבוי למאי דקיי"ל כב"ה ועיין בקצה"ח סי' ק"ח ס"ק ח' מש"כ בשם הרשב"א שהובא בדרכי משה דאף בשטר לכל המוכ"ז אמרינן ג"כ אין אדם מוריש שבועה לבניו ומהא דשבועות שהובא לעיל הוי סייעתא לדבריו מדלא אוקמינן כה"ג:

והא דכתבו הט"ז והב"ש גבי נדוניית חתנים דממרם הוי כגבוי י"ל דז"א אלא בנדוניית חתנים דהא שיטת רש"י שם דלא אמרינן אומדנא דע"מ שתהנה בתו רק שיטת הר"ת דאמרינן שלא נתן אלא ע"מ שתהנה בתו. ע"כ י"ל דהיכא דנכתב לכל המוכ"ז אז מסתמא גמר ומשעבד נפשי' אף היכא דלא תהנה בתו כיון דיכול חתנו למסור הממרם לאחר וכן מורה לשון הט"ז שם דז"ל הט"ז דתיכף שיצא הממרמי מידו חייב לכל מי שיביאנו עליו אע"פ שלא חייב כלום לאותו המוציא כלל אין לך גמר והקנה גדול מזה דהא אם יוציאנו אחר יצטרך לשלם לו כו' עכ"ל הט"ז אלמא דהטעם הוא משום דבממרם אמרו דגמר והקנה כו' ובזה הר"ת מודה לרש"י א"כ ז"א שייך אלא התם משא"כ בשארי דוכתי

דמה לי אם המלוה תופס השטר או דימסור לאחר דבכל האופנים הוי הנתבע מוחזק נגד כולם לכן גם ממרמות לא הוי כגבוי וגם הא יש חולקים על הט"ז באה"ע שם ואכמ"ל וכן מוכח לפמש"כ הדרכי משה בח"מ סי' ק"ח ס"ק ז' בשם הרשב"א דאף בשטר לכל המוציאו שייך אין אדם מוריש שבועה כו' א"כ מוכח מזה דאין דינו כגבוי דאל"כ הא לא שייך בזה אין אדם מוריש כו' וכ"ז ברור ופשוט:

סימן יב ענף ה:

ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ד' בהגהה שם כתבתי בזה"ל ומרגלא בפומי לדון על כתב יד שתפס המלוה דמהני מחילה לטעם של הכנה"ג דלכן לא מהני מחילה בתפס שטרא משום דהוי כגבוי ומבואר בגיטין ד' ל"ז דבשטר שאין בו אחריות גם לב"ש לא הוי כגבוי ע"כ בכת"י דאינו גובה ממשעבדי מהני מחילה לכ"ע משום דזה לא הוי כגבוי עכ"ל ויש להקשות ע"ז מהא דב"ב ד' קנ"ז גבי נפל הבית עליו ועל אביו והי' עליו כתובה ובע"ח יורשי האב אומרים הבן מת ראשון ובע"ח אומר האב מת ראשון ב"ש אומרים יחלקו וב"ה אומרים נכסים בחזקתן והש"ס רצה להוכיח שם דאקנו משתעבד ודחו לי' התם משום מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן ומקשו עלה מהא דרב ושמואל דאמרי מע"פ אינו גובה לא מן היורשים ולא מן הלקוחות כו' א"כ תיפוק לי' דאף אם גובה מהיורשים הא כיון דלא גבה מלקוחות דהוי דאקני א"כ היכי קאמרי ב"ש יחלוקו דהא טעמא דב"ש הוא משום דסברי שטר העומד לגבות כגבוי דמי כמבואר ביבמות ד' ל"ח וכיון דאקני לא משתעבד א"כ לא הוי כגבוי. א"כ מוכח מסוגיא הנ"ל דאף היכא דאינו גובה ממשעבדי ג"כ ס"ל לב"ש דהוי כגבוי ותקשי ע"ז מסוגיא דגיטין הנ"ל ועיין בסוטה ד' כ"ה בתוס' ד"ה ב"ש אומרים כו' ועכ"ז דוחק לחלק עפ"י דברי התוס' הנ"ל בזה והנראה לי בחומר הקושי' הנ"ל והוא דהא מצינו בב"מ ד' ק' המחליף פרה בחמור וילדה זה אומר כו' וזה אומר משלקחתי כו' יחלוקו ושם בגמ' מוקמינן לה כסומכוס ומקשו אימר דאמר סומכוס בשמא ושמא בברי וברי מי אמר אמר רבה בר רב הונא אין אמר סומכוס אפי' בברי וברי רבא אמר לעולם כי אמר סומכוס בשמא ושמא אבל ברי וברי לא אמר ותני זה אומר שמא כו' ובתוס' שם ד"ה הא מני כו' כתבו דגם היכא דהוי מוחזק ג"כ ס"ל לסומכוס דחולקין רק היכא דמוחזק טוען ברי בזה לכ"ע אליבא דסומכוס הממע"ה ולא חולקין ולהך מ"ד דס"ל בב"מ שם דכיון דתנן זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי דמוכח מזה דאף בברי וברי אמר סומכוס משום דדוחק לומר כמו דאמר רבא ותני זה אומר שמא וזה אומר שמא כו' א"כ ה"ה בהא דב"ב ד' קנ"ז דתני זה אומר האב מת ראשון וזה אומר הבן מת ראשון כו' דוודאי מיירי באומר ברי כו' ובברי

ומוחזק מודה סומכוס דהממע"ה ע"כ מוכיח הש"ס ביבמות ד' ל"ח שפיר דטעמא דב"ש דס"ל גבי נפל הבית עליו ועל אביו דיחלוקו דטעמא משום דשט"ח העומד לגבות כגבוי דמי משום דליכא למימר דטעמא משום דס"ל כסומכוס דממון המוטל בספק חולקין היכא דאיכא דררא דממונא דז"א דהא בברי ומוחזק מודה סומכוס דהממע"ה ואי נימא דלאו כגבוי דמי א"כ ה"ל היורשים מוחזקים וגם טוענים ברי דמודה סומכוס בזה וע"כ מוכח משום דכגבוי דמי אתי עלה אבל למ"ד דמפרש בב"מ שם על לשון ז"א משלקחתי כו' דיש לפרש בלשון זה אומר שמא כנ"ל א"כ ה"ה בהא דתנן ז"א הבן מת ראשון וזה אומר האב מת ראשון בוודאי יש לפרש בזה אומר שמא וזה אומר שמא כמו בהא דב"מ: וכיון דמיירי בשמא ושמא ע"כ לסומכוס חולקין בנפל הבית עליו ועל אביו דהא זה הוי דררא דממונא כמו בהא דב"מ ד' צ"ז בשואל את הפרה וספק אם מתה בעת שהיתה שאולה דזה הוי דררא דממונא כמבואר שם א"כ ה"ה דספק אם הבן מת ראשון או האב מת ראשון דהוי דררא דממונא בנפל הבית עליו ועל אביו א"כ י"ל דטעמא דב"ש דאמרי יחלוקו שם משום דס"ל כשיטת סומכוס דממון המוטל בספק חולקין וב"ה דפליגי ע"ז משום דס"ל כרבנן דסומכוס והא דיבמות ד' ל"ח דס"ל לב"ש דזיקת נשואה עושה ספק נשואה דהיכא דאיהי קיימת הוי לה איהי וודאי ואינהו ספק ואין ספק מוציא מידי וודאי ולא אמרינן בזה חולקין אליבא דסומכוס משום די"ל בזה כמש"כ התוס' בבכורות ד' מ"ח והרשב"ם בב"ב ד' קס"ו דבספיקא דדינא גם סומכוס מודה דהממע"ה ועיין בקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל א' ס"ק א' אבל בנפל הבית דהוי ספיקא דמעשה י"ל דטעמא דב"ש משום דס"ל כסומכוס והיכא דטוען שמא אף במוחזק גמור ס"ל לסומכוס דחולקין: והא דמוכיח מזה ביבמות דס"ל לב"ש שטר העומד לגבות כגבוי דמי י"ל דס"ל לסוגיא דהתם דכיון דתני זה אומר האב מת ראשון וז"א הבן מת ראשון כהך מ"ד דב"מ דאין סברא לפרש דמיירי בטוען שמא וכיון דמיירי בע"כ בטוען ברי א"כ הא בטוען ברי ומוחזק ס"ל גם לסומכוס הממע"ה ע"כ אין סברא לפרש טעמא דב"ש דס"ל כסומכוס אי נימא דלאו כגבוי דמי וע"כ הוכיח מזה דס"ל לב"ש שטר העומד לגבות כגבוי דמי אבל בהא דב"ב אף דנימא דס"ל ג"כ כהך מ"ד עכ"ז אם הי' מקשה דכיון דאינו גובה מלקוחות א"כ לא שייך כגבוי בזה הייתי יכול להדחות לו דאפשר דטעמא דב"ש משום דס"ל כסומכוס. ע"כ הקשו ביותר הא מלוה ע"פ אינו גובה מהיורשים וזה אין להקשות דכיון דנימא דב"ש ס"ל כסומכוס וב"ה ס"ל כרבנן א"כ איך יפלוג סומכוס על ב"ה. די"ל בזה כדמצינו כמה פעמים בש"ס ובתוס' כזה דס"ל לתנא דלא נחלקו ב"ש וב"ה בדבר זה ע"כ מתורץ קושיא זו ועיין בב"ב ד' קנ"ח אר"ע מודה אני בזה וברש"י ב"מ ד' ל"ז ותוס' ב"ב שם:.

ולפ"ז שפיר י"ל כמש"כ בספרי כנ"ל דבחוב דאינו גובה ממשעבדי לכ"ע לא שייך בזה דהוי כגבוי אכן בריטב"א בגיטין ד' ל"ז שכתב שם בשם ר' פנחס הלוי שהקשה דלב"ש דשטר העומד לגבות כגבוי דמי א"כ לב"ש אין לך מלוה בשטר דמשמטת ותירץ דשטר שאין בו אחריות נכסים לב"ש אע"ג דכגבוי דמי משמט וגזה"כ היא אבל היכא דאית בי' אחריות אינו משמט דבזה לא שייך גזה"כ אבל רש"י ס"ל דלא אמרינן כגבוי דמי אלא בשטר שיש בו אחריות נכסים כיון דיכול לטרוף מלקחות כו'. וזה נכון עכ"ל הריטב"א א"כ לשיטת ר"פ הנ"ל י"ל דהיכא דאמרינן כגבוי דמי ה"ה אף באין בו אחריות נכסים והא דשמיטה שאני ויהי' לו סייעתא מהסוגיא דב"ב ד' קנ"ז הנ"ל א"כ עדיין הך דינא שכתבתי דבאין בו אחריות נכסים לא אמרינן כגבוי תליא בפלוגתת הראשונים הנ"ל אך לפי מה שהכריע הריטב"א שם דהנכון כשיטת רש"י א"כ שפיר כתבתי בספרי. ולפ"ז היכא דליכא אחריות נכסים בוודאי מהני מחילה אף שהשטר תחת ידו לכ"ע וכעת ראיתי בקצה"ח סי' פ"ג ס"ק ה' שכתב דשט"ח שאינו גובה ממשעבדי אינו כגבוי והעיר ע"ז מהא דב"ב ד' קנ"ז ונדחק בזה:

לפי מה דנתבאר לעיל דהעיקר כהש"ך סי' י"ב דכתב דלהלכה דקיי"ל כב"ה דלאו כגבוי דמי ה"ה גבי מחילה ונקיט שטרא מועיל מחילה משום דאף בשטר ברור אף במקום דגבי ממשעבדי וגם בממרמית הדין פשוט דלאו כגבוי דמי. ועיקר הטעם דלא מהני מחילה ונקיט שטרא זהו משום דאמרינן כיון דלא החזיר לו השטר מסתמא לא מחל בלב שלם והא דהקשה התומים בסי' י"ב מהא דמוכר שט"ח וחזר ומחל דמחיל כבר הקדימו הש"ך בסי' ס"ו ס"ק ע"ד דהטעם הוא דהתם ליכא שטרא בידו דלהדר ליה והא דשטר בידו לא מהני מחילה הטעם הוא משום דחזינן דלא היה לבבו שלם למחול לו וכמש"כ התומים בסי' י"ב ס"ק ח' וע"כ יש לדון דהיכא דהיה השטר מונח במק"א ולא ת"י. אי דלא הוי מחילה גמורה רק בהרווחת הזמן דכה"ג יש לדון דמהני מחילה לכ"ע כיון דלא שייך בזה הטעם דהיה לו להחזיר השטר והטעם דכגבוי דמי כבר נתבאר דז"א לדינא וכקושיות הש"ך בסי' י"ב וע"כ אף לפי מה דהכריע הש"ך בסי' רמ"א דהך דינא דנקיט שטרא ומחל לו הוי ספיקא דדינא עכ"ז י"ל דהיכא דלא שייך לדון דהי' לו להחזיר השטר דכה"ג לכ"ע מהני מחילה ובפרט לפי מה שהכריע הב"ש והח"מ באה"ע סי' ק"ה דמהני מחילה בשטר אף בלא קנין א"כ הדין ברור כמש"כ:

והא דאמרו גבי הא דנאמן סטראי במגו דלהד"ם בשטרא מסייע לי' משום דכגבוי דמי זהו משום דהוי עכ"פ סיוע קצת להמיגו וכמו שאמרו שם עוד טעם משום דחזקה דשטרא בידי מאי בעי מסייע לי' וכמש"כ התומים בכ"מ בארוכה אף דשטרא בידי כו' שם לא

הוי כ"כ בתקפו דהא אינו נאמן רק במיגו וע"כ הטעם משום דבצירוף להמיגו סגי סברא כל דהוא וה"ה אף דקיי"ל דשט"ח לא הוי כגבוי עכ"ז בצירוף להמיגו סגי קצת גבוי וכמש"כ כעין זה הנו"ב במ"ק ח' ח"מ סי' ה' ע"ש. ועי' באו"ת כללי מיגו ס"ק ח' מזה בשם הכנה"ג. אבל מוחזק גמור לא הוי וזה פשוט:

הגה"ה ואפשר דזהו כוונת רמ"י בחי' בכתובות ד' פ"ז דסבר רב"ח בשבועת פוגמת וע"א דה"ל שד"א והקשה לי' רבא והא אין נשבעין מה"ת רק בנשבעין ולא משלמין והקשו כולם איך ס"ד דרב"ח אבל לפמש"כ די"ל דבחוב ברור הוי כגבוי ע"כ כיון דאחר שתשבע אז יהי' זה חוב ברור והוי כגבוי ע"כ אין זה מקרי נשבעין ונוטלין אלא זהו בכלל נשבעין ולא משלמין כיון דאחר השבועה מיד בלא שום מעשה תהי' נקראת מוחזקת משום דהוי כגבוי ע"כ אין זה בכלל מחוסר גובייגא כפי' רש"י על שיטת ב"ש בכולי ש"ס רק רבא דמקשה לי' כן ס"ל דאף בחוב ברור לא הוי כגבוי ואף אחר שתשבע לא תהי' מוחזקת וע"כ הוי בכלל נשבעין ונוטלין וכמו דאמרו בירושלמי שם פ"ט ה"ז דלכן הך שבועת פוגמת אין זה שבועת התורה רק כעין שבועת התורה משום דכתובה לא הוחזקה בידה לגבות. ע"ש וקצרתי ע"כ הגה"ה: וע"פ מה שנתבאר לעיל דר' יוחנן בגיטין ד' ל"ז דס"ל שטר שיש בו אחריות נכסים אינו משמט טעמו משום דבשט"ח ברור שאין אנו דנין אם יש פרעון וכה"ג על השטר. דבזה אף ב"ה מודו דהוי כגבוי יש מקום עפ"ז לתרץ קושיות המהר"ם לובלין בב"מ ד' ד' ע"ב על תוס' ד"ה אין נשבעין כו' שהקשה במש"כ התוס' בשבועות ד' ל"ז ע"ב ד"ה ואין נשבעין על שיעבוד קרקעות דתירצו שם להא דאמר ר' יוחנן הכופר בממון שיש עליו עדים חייב בשטר פטור משום דה"ל שיע"ק. והקשו שם דהא ר"י אית לי' שיעבודא דאורייתא א"כ אפילו בע"פ היכא משכחת לה ותי' דאליבי' משכחת כשמחל השיעבוד עכ"ל התוס' והקשה המהר"ם מלובלין דאם מיירי שמחל השיעבוד א"כ אפילו בשטר יהי' חייב ודוחק לומר דמיירי דמחל השיעבוד של בני חורי ולא ממשעבדי עכ"ל ועי' בח"מ סי' פ"ח ובסמ"ע ס"ק נ"א ובש"ך ס"ק מ"ט ובאמת זה קשה מאוד מאי פסקא. אכן לפמש"כ דר"י אית לי' דשטר העומד לגבות דאין בו ספק כלל אז הוי כגבוי לכ"ע לכן אתי שפיר קושיית המהר"ם לובלין הנ"ל די"ל דמיירי במחל השיעבוד בלא קנין וע"כ בממון שיש עליו עדים כיון דליכא שטר אז לא הוי כגבוי ומהני מחילה בלא קנין אבל בשטר שיש בו אחריות נכסים דס"ל לר' יוחנן דהוי כגבוי כיון דלא נולד שום ריעותא בעצם השטר זולת המחילה שאנו דנין עליו וכיון דהוי כגבוי ע"כ לא מהני המחילה בלא קנין כמש"כ הב"ח בסי' י"ב להסביר שיטת רבינו ישעי' דס"ל דלא מהני מחילה בנקט שטרא ואשמעינן ר' יוחנן זה גופא אגב אורחא וכש"כ לה סוברין

דלא מהני מחילה בשטר בוודאי אתי שפיר:. אמנם לדינא נתבאר דאף בשט"ח ברור לא הוי כגבוי. ועיקר הטעם מה דס"ל דלא מהני מחילה בנקט שטרא זהו משום דהי' לו להחזיר השטר כנ"ל וע"כ היכא דלא שייך לומר דהי' לו להחזיר וכנ"ל וודאי מהני מחילה בזה ולא דיינינן זה לספיקא דדינא וכדמוכח זה מן מוכר שט"ח כו' משום דלפי מה דנתבאר דאף שט"ח ברור לא הוי כגבוי ליכא לתרוצי בזה כמש"כ הקצה"ח בסי' י"ב לתרץ זה וע"כ מוכרח הוא כנ"ל דהיכא דלא שייך לומר דה"ל להחזיר וודאי מהני מחילה אף בחוב בשטר ולא מהני תפיסה בזה:

סימן יד

(סעי' ה' נג"ה) כשהסרבן צריך לשלם ההוצאות אין אומרים שישבע כמה הוציא ויטול כו' והקשה התומים בס"ק ה' דאמאי לא נימא שישבע ויטול כמו כל תקנת נגזל בניזק דנשבע ונוטל וה"ה בסרבן דע"י סרבונותו גרם היזק להתובע והעלה לדינא דאם לא אפשר בבירור ישבע התובע ויטול כמו כל תקנת נגזל בניזק וכן הקשה הנתיבות שם והעלה לדינא כעין זה יעו"ש: ולענ"ד נראה דאינו קשה כלל דהא מבואר בב"ק ד' ס"ב בעי אמימר עשו תקנת נגזל כו' או לא די"ל דכיון דלא עשה היזק בידים אלא מצד גרמי ע"כ בכה"ג לא עשו לתקנת נגזל וכמש"כ הש"ך בסי' שפ"ו ס"ק א' באה"ד בד"ה ועוד נ"ל ראי' דדינא דגרמי אינו אלא דרבנן מהא דגרסינן בס"פ הכונס עשו תקנת נגזל כו' או לא ואם אי' דגרמי דאורייתא מאי מיבעי לי' טפי מאשו כו' והמהרש"ל בפרק הגוזל סי' פ"ו כתב דאפילו את"ל דאורייתא מבעי לי' דדילמא לא עבדי תקנתא רק במזיק גוף הממון ולא בדינא דגרמי עכ"ל. והך איבעיא לא איפשיטא וכן פסקו בסי' שפ"ח סעי' ז' דאין מוציאין ממון ועי' בתוס' ב"ק ד' ס"ב ד"ה עשו תקנת נגזל כו' דר"ת מפרש דמיירי כשמכחישין זא"ז אבל שיטת הר"י דהך בעיא אף כשאינו יודע דומיא דתקנת נגזל באשו כו' וכן הכריע הרא"ש בפסקיו כשיטת הר"י והובא הך פלוגתא בסי' שפ"ח סעי' ז' דדעה קמייתא ס"ל כשיטת הר"י דאף כשאינו יודע ג"כ אין מוציאין מהמוחזק וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ל"א דכוונת הרמב"ם והמחבר דס"ל כשיטת הר"י אך שיטת יש מי שאומר דהובא שם ס"ל כשיטת הר"ת וידוע דהיכא דהובא דיעה בתרייתא בשם יש מי שאומר העיקר לדינא כדיעה קמייתא דהובא סתם בלא לשון יש מי שאומר וגם הא הש"ך בסי' שפ"ח ס"ק ל"ז הכריע דהלכה כשיטת הר"י דאף באינו יודע כמה היה ההיזק ע"י גרמי שלו ג"כ אין מוציאין ממנו יעו"ש ע"כ שפיר פסק הרמ"א הכא בהג"ה והוא מן תשובת הרא"ש דאינו נאמן התובע להיות נשבע ונוטל מן המסרב. משום דהא עיקר החיוב של

המסרב הוא מצד דינא דגרמי. וכיון דבגרמי אין מוציאין ממון ע"י תקנת נגזל כנ"ל ע"כ בעי דוקא בירור כמה הוציא וכן הכריע הרא"ש בס"פ הכונס כשיטת הר"י כנ"ל ולכן שפיר פסק הרא"ש בתשובה וע"כ לדינא אין מוציאין ממון מהמסרב ע"י שבועת התובע ודלא כהתומים והנתיבות:

ואגב אבאר מה שהקשה הש"ך בהג"ה בסי' שפ"ו ס"ק א' על מש"כ התוס' בב"ק ד' ה' ע"א אהא דפריך התם ור' חייא מ"ט לא תני מוסרות כו' דאפי' מאן דלא דאין דד"ג מחייב מוסרת משום קנס עכ"ל וקשה דהא הכי קאמר הש"ס בס"פ הכונס להדיא דלמאן דלא דאין דד"ג מסורות נמי לא דיינינן כו' עכ"ל הש"ך:

ומחומר הקושיא נלע"ד לתרץ דברי התוס' ע"פ מה שמצינו ברי"ף לגיטין פ"ד והובא ברא"ש שם סי' מ"א עלה דהמוכר בהמה גסה כו' דכתב האלפס וחזינא לי' לגאון דקאמר דלא מגבינן קנסא בבבל אף זה דהוי מצד תק"ח. והרא"ש שם תמה ע"ז דלא אמרינן כן אלא בקנסות דהוי מה"ת:

אבל בקנסות דרבנן גובין אף בבבל ועי' שם בק"נ ס"ק קל"ו דהביא דברי הרי"ף דהגוזל קמא סי' ה' ע"ש עכ"פ מצינו למי דס"ל דאף קנסות דרבנן דינן כמו קנס דאורייתא דאין גובין אלא בב"ד סמוכין וכה"ג מצינו לשיטת המהרש"ל לב"ק והובא בש"ך סי' שפ"ח ס"ק נ"א דס"ל דד"ג אינו מתחייב ע"י הודאתו אם נימא דהוי קנסא וכמו כל מודה בקנס דמיפטר: וכ"כ הקצה"ח שם בשם השמ"ק לב"ק ד' צ"א שכתב ג"כ כשיטת המהרש"ל דגם בקנס דרבנן אמרינן אי מודה מיפטר וע"כ שפיר י"ל כשיטת הגאון דגיטין דאף קנס דרבנן אין גובין אלא ע"י סמוכין:

והא דמצינו דכפייה רפרם דב"ק ד' צ"ח וכתובות ד' פ"ו י"ל באמת כשיטת הסוברים דד"ג הוי מדינא ולא קנסא וכעין מש"כ ביאור הגר"א זצ"ל לח"מ סי' א' ס"ק כ' די"ל לכאורה דהרמב"ם אזיל לשיטתו דס"ל דד"ג מדינא חייב ע"כ פסק דד"ג דנין בבבל כו' יעו"ש והא דב"ק ד' צ"ו דהאי גזלנא עתיקא ובעינא למקנסי' י"ל דזהו הוראת שעה כמו הא דסי' ב' וכ"כ השמ"ק ב"ק ד' קט"ז עלה דההוא גברא דאחוי חייבי') ר"נ כו' ע"ש:

ולכן י"ל דלזה נתכוונו התוס' בב"ק ד' ה' דהא קשה להם במה דפריך שם ור' חייא ליתני מוסרת הא י"ל דלא דאין דד"ג והא דב"ק ד' צ"ט גבי ר"ח כו' י"ל דלפנים משה"ד הוא כדמסיק התם ע"ש ע"ז כתבו דאף מאן דלא דאין דד"ג מחייב במוסרת משום קנס בהגוזל בתרא וכוונתם כמש"כ הרמב"ן לדינא דגרמי שלו להוכיח כן מן הא דהקשו התוס' בב"ק ד' קט"ז ד"ה לא צריכא דאחוי כו' דאמאי לא מוכיח הש"ס דר"מ דן דד"ג מהך משנה דאם מחמת הגזלן כו' אבל אי נימא לחלק דמוסרות לכ"ע דיינינן אינו קשה כ"ז: ולפ"ז י"ל

דדוקא דד"ג דקיי"ל כר"מ דדאין זה דנין אף בבבל משום דזהו מצד הדין כנ"ל אבל מוסר לאנס אי נימא דלא דיינינן דד"ג ע"כ הא דמחייבינן מוסר לאנס אינו רק מצד קנס ע"כ אין גובין בבבל ולכן שפיר אמר אמימר בס"פ הכונס דלמאן דלא דאין דד"ג לא דיינינן מוסר לאנס היינו אמימר דלא הי' סמוך ודכוותי' לא דיינינן מוסר לאנס כיון דליכא בבבל ב"ד סמוכין והא דפריך ור' חייא ליתני' מוסרות היינו דהא ר"ח תני תשלומי כפל ואונס והמפתה כו' אף דבעינן בהו ב"ד סמוכים ה"ה ה"מ למיתני מוסר לאנס אף דבעי ב"ד סמוכין ומתורץ על נכון דברי התוס' ועי' בב"ק ד' צ"ח דאמרו שם גבי השורף שטר של חבירו אי דליכא סהדי אנן מנא ידעינן כו' וכתבו שם הראשונים והשמ"ק והרא"ש שם דאין לומר דישבע הניזק ויטול משום תקנת ניגזל לפי דלא עשו זה בגרמי ועי' בש"ך סי' שפ"ו ס"ק ט"ו מזה וזהו כמש"כ לעיל סימן טו (סעי' ה) יש לדון ע"פ הדברים שדעתו נוטה כו'. והנתיבות ס"ק ב' כתב לחלק דמ"ש באומדנא דקים לי בגווי' אמרו בכתובות ד' פ"ה קרענא ס"ד אלא מרענא שטרא כו' ואלו בהא דידענא בחסא דלא אמיד מוציאין ממון מיתומים וחילק דשאני באומדנא לכל העולם כו' אך אין חילוק זה ברור כ"כ דהא גם בהא דידענא בחסא דלא אמיד אף אם אינו ידוע לכל רק להדיין שהי' בקי בעסקיו ג"כ סמכינן על אומדנא שלו ובאומדנא דאחרים מה דאומרים דאינו אמוד הא זה לא מהני כמבואר ברמב"ם פ"ו ה' שאלה ה' ד' מפני שאומדן דעתן אינו אומד דעתו כו' וכן בקים לי בגווי' אף דידוע ומוחזק בכך להרבה אנשים ג"כ אין להוציא ממון:

ולדעתי נראה דעיקר החילוק הוא דהא בהך קים לי בגווי' דלא משקר כיון דהדיין בעצמו אינו יודע הענין רק מה ששומע מהאחר ע"כ אין להוציא ממון עי"ז כמו דאמרו ביבמות ד' ק"א כגון רב שמואל בר יהודה מפקינא ממונא אפומי' ופריך מפקינא ס"ד והא ע"פ שנים עדים אמר רחמנא וכן פי' רש"י בכתובות ד' פ"ה ד"ה קרענא כו' אפוקי ממונא הוא ותרי בעינן ועיקר הטעם דע"א אינו נאמן הוא משום דחשו דלמא לא דייק ואומר בדדמי כמבואר ברש"י ב"מ ד' ב' ובקדושין ד' ע"ג ובר"ן שם ומזה הוכיח הנתיבות בסי' ל"א ס"ק א' דהיכא דמידק דייק לא חשדוהו שישקר במזיד וכ"כ בסי' נ"ו ס"ק י"ח דלכן שליש נאמן משום שהוא בע"ד ומידק דייק וכ"כ הפ"י ריש גיטין ובאמת דברי הנתיבות הנ"ל אינו מוכרח די"ל דשא"ה בנאמן הדיין ונאמן המוכר בזמן שמקחו בידו משום דחז"ל הימנוהו בזה כיון דמידק דייק כמש"כ הר"ן בקידושין שם דכל הנך הם רק מדרבנן דהימנוהו אבל לעולם י"ל דאף היכא דמידק דייק ג"כ חשדינן שישקר דע"א הוא גם בחשש משקר והא דשליש נאמן הא הטעם הוא משום דהימני' כמבואר שם:

וי"ל דע"א דאינו נאמן הוא משום טעם דמשקר וכן משום טעם דלא דייק ואומר בדדמי וע"כ היכא דאומר קים לי בגווי' דלא משקר דאף דלמשקר לא חיישינן מ"מ עדיין יש לחוש דמעיד בדדמי וע"כ אין להוציא ממון עי"ז וזהו שאמרו והא ע"פ שנים עדים אמר רחמנא והטעם הוא משום חשש בדדמי ג"כ וע"כ עדיין בהא דקים לי בגווי' יש לחוש לבדדמי וכן יש לומר בהך דקים לי בגווי' דיש לחוש דלמא הדר בי' ונעשה שקרן כמו דאמרו בברכות ד' כ"ט ע"א כעין זה דאמר לך רבא צדיק מעיקרא נמי דילמא הדר בי' וחזקת כשרות אינו מוציאין ע"י מחזקת ממונא ועי' בכתובות ד' כ"ב בתוס' ד"ה תרי ותרי כו' ובסי' ל"ד סעי' כ"ח ובסי' מ"ו ש"ך ס"ק ס"ה וס"ק ס"ו ואכמ"ל כללו של דבר כיון דבהך קים לי בגווי' דלא משקר דהדיין סומך על עדותו של האחר דכיון דהדיין אינו יודע את הענין בעצמו רק ע"פ האחר לכן שפיר אמרו דאין כח של הדיין להוציא ממון רק לאורועי שטרא או לענין מיפך שבועה אבל בהא דידענא בחסא דלא אמיד דמחמת אומדנא זו יודע הדיין את הענין ע"פ ידיעתו ואומדן דעתו ע"כ בזה שפיר סמכינן להוציא ממון ולחוש שמא נתעשר עכשיו לזה לא חיישינן כמו דאמרו בגיטין ד' ל' חברך איתעשר לא תאשר משום דעשירות לא שכיחא וכעין זה הוא בח"מ סי' ל"ז סעי' יו"ד דלא חשדינן לי' לנוגע בעדות אם יתעשר כמו דאי' בב"ב ד' מ"ה תוס' ד"ה מאי נפ"מ כו':
וכעין זה מצינו בקידושין ד' ס"ו אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה ופי' רש"י הואיל ולא הכחישתו וכמש"כ המל"מ ה' אישות פ' כ"ד ה' י"ז בשם הרשב"א דבהכחישתו אינו חייב להוציא אף היכא דמהימן לי' כו' אלמא דאף דמהימן לי' אין זה הוכחה גמורה כ"כ אף באיסורין ולכן בהכחישתו לא חשו אף דמאמינו ולא מוציאין אותה מת"י בעלה וכן הא ס"ל לכמה פוסקים שם דהא דמהימן לי' כבי תרי דאין כופין לו לגרשה רק שאומרים לו שחייב להוציאה ועי' באה"ע סי' קט"ו סעי' ז' וב"ש ס"ק ל"ג מש"כ בשם המהרי"ק דמדמה הא דקדושין הנ"ל להך דכתובות דקים לי בבת ר"ח והטעם הוא דכיון דאינו יודע הענין בעצמו רק ע"פ הגדת האחר ע"כ אין זה הוכחה ברורה כ"כ ולכן ס"ל לכ"פ שם דאין כופין לגרשה כ"ז שלא ראה בעצמו הזנות ועי' בתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל סי' ק' וסי' ק"א בפסקיו:
ומה שהקשה הנתיבות דמפני מה בראה כשנעשה עד אינו נעשה דיין הא אין לך אומדנא גדולה מזה שהוא בעצמו ראה המעשה ואפ"ה אסור לו לדון ומזה הוכיח החילוק שלו דהיכא דאינו ידוע לאחרים רק להדיין עצמו דאין אנו מוציאין ממון עי"ז רק לאורועי שטרא ומיפך שבועה אבל באמת אין זה קשה כלל דהא כבר כתבו התוס' בב"ק ד' צ' ע"ב ובכתובות ד' כ"א והר"נ שם הרבה טעמים דמפני מה אין עד נעשה דיין וכ"כ הרשב"ם

בב"ב ד' קי"ד דזהו גזה"כ אם ראו בלילה דלא הי' עליו שם דיין בעת שראה את המעשה וכמבואר בסי' ז' דאינו נעשה דיין וגם אף לאורועי שטרא או למיפך שבועה אינו נעשה דיין כלל וכ"ז הוא היכא דבעת שראה לא הי' עליו שם דיין אבל בראו ביום יכול להיות דיין א"כ הא האומדנא דסי' ט"ו הנ"ל הא רואהו גם ביום ולא היה עליו מעולם שם עד כלל ע"כ שפיר יכול להיות דיין אף לאפוקי ממונא ע"פ אומדן דעתו אם יודע הענין המעשה ע"פ עצמו וכ"ז פשוט:

האו"ת ס"ק ג' הקשה למה השמיטו הפוסקים להא דמשמע בנדרים ד' ס"ב דכהן מקדימין לו לדון דינו תחילה ונדחק ליישב ע"פ מש"כ המג"א בסי' ר"א דאין לנו כהני יחוס כו' ולי נראה דלכן השמיטו זה משום דיש להוכיח מנדרים שם דכהן אין לו קדימה בזה רק למה שמנו חכמים שם דאי נימא דזהו בכלל לפתוח ראשון א"כ קשה דלמה הוצרך רבא לומר שם טעם מדנפשי' מדרשא ובני דוד כהנים מה כהן כו' דמשמע מזה דאין לת"ח זכות רק ככהן ולפ"ז אם יש שם כהן אחר לא מקדימינן דין הת"ח לדין הכהן יותר ה"ל להביא משנה סוף הוריות ד' י"ג דממזר ת"ח קודם לכהן ע"ה כו' והש"ך ביו"ד סי' רמ"ו ס"ק י"ד ובסי' רנ"א ס"ק ט"ו הביא בשם באר שבע דל"ד ע"ה אלא כל שאינו שוה בחכמה להכהן כו' ובירושלמי סוף הוריות ובשבת פ' י"ב ה"ג מסקו בלא חולק דל"ד לפדות ולכסות כו' אלא לכ"ד מקדמינן ת"ח לכהן דעיקר הטעם הוא מפסוק יקרה היא מפנינים ומשמע דלכל מילי חשוב ת"ח ביותר מכהן וכ"כ הרע"ב והתוס' יו"ט גיטין פ"ה מ' ח' ובריטב"א נדרים שם ובאו"ח סי' קל"ה וביו"ד סי' רמ"ו ש"ך ס"ק י"ג ועי' במגילה ד' כ"ח ובטור האבן שם:

ולכן נ"ל דכוונת הגמ' בנדרים דאמרו דת"ק לו דין קדימה בדין מדרשא ובני דוד כהנים מה כהן נוטל בראש כו' דאין כוונתם למילף ממה דנקראים כהנים דלכן מקדימינן לת"ח בדין דז"א דלפ"ז אין דינם בחשיבות יותר מכהן רק ככהן ובאמת הא מבואר במשנה דהוריות דת"ח חשוב יותר מכהן רק דס"ל להש"ס דכהן אין לו דין קדימה לדונו תחילה רק לאותן דברים דמנו התם לפתוח ראשון כו' וכן הא דסוף הוריות דכהן קודם ללוי הוא רק לפדותו ולהחיותו רק ת"ח קודם לכהן בכל מילי ע"פ דרשא יקרה היא כו' ועיקרו מה דשרו לת"ח תיגרא ברישא נפקא להו בשבועות ד' ל' ממה דתני רב יוסף שם וכן ממש"כ התוס' שם דעשה דכבוד תורה עדיף ועיקר כוונת הגמ' בנדרים הוא דבסוגיא שם לעיל מינה אמרו דאין להשתמש בכתרה של תורה וכתב הר"נ שם ד"ה אי הכי כו' דשרי לת"ח למימר שרו לי תיגראי ברישא שכיוצא בדברים הללו זכתה תורה לת"ח כשם שזכתה לכהנים וכמ"ש וליטול מנה יפה ועי' תוס' גיטין וכ"כ הרשב"א בתשובה ח"א

סי' פ"ד כי מחוקי התורה לומדי' ככהנים ליטול חלק בראש ות"ח האומר שרי לי תגראי חוקי כבוד תורתו שואל וה"ה כשואל חלק ירושתו ואין זה בכלל משתמש בכתרה כו' ע"ש. וזהו כוונת הגמ' דשרי לת"ח לומר ת"ח אנא ושרו לו תיגראי ברישא מהא דכתיב בני דוד כהנים מה כהן נוטל בראש היינו הזכות מה שזיכו לכהן בדינו שרשאי להיות תובע בפיו וליטול חלקו שיש לו ע"פ הא דכתיב וקדשתו כו' ולכבודו שזוכה ע"פ דין וכמש"כ התוס' במ"ק ד' כ"ח כיון שזהו דינו יכול לראות סי' ברכה כו' כ"כ יש זכות לת"ח להיות תובע ליטול זכותו מה שזכתה לו תורה להקדימו ולכבדו ולדונו תחילה וזה מוכרח בכוונת הפסוק דקרו להן כהנים לגבי זה להיות נוטל חלקו ולא יהיו ח"ו משתמש בכתרה של תורה ומדוקדק לפ"ז לשון דאמרו מה כהן נוטל כו' דאל"כ איזה שייכות לשון נוטל בזה ולכן שם בנדרים אח"ז קיצרו בלשון מה דאמרו שרי לת"ח לומר לא יהיבנא כו' דסמכו גם בזה על הקודם הך דרשא דבני דוד כהנים דשרי לי' לתבוע חלקו כו' א"כ אדרבה מוכח מהתם דכהן אין לו דין לדונו תחילה רק ת"ח שאני ושפיר השמיטו הפוסקים זה ומ"מ מן הראוי להקדים לכהן לדונו תחילה דלפמש"כ המג"א בסי' ר"א הוא מה"ת דין חשיבות הכהן ועי' ביו"ד סי' רמ"ו סעי' ט"ו ברמ"א דמשמע דגם בכעין זה יש חשיבות לכהן וקצרתי:

סימן טז

(סעי' ד') ואם טען זה בוודאי שיש בו זכות והוא יודע ה"ז נשבע היסת והקשה השער משפט כיון דעיקר החיוב להראות שטרו משום זכות שיש לו בו דזהו משום חיוב השבת אבידה א"כ קשה דהא מבואר בתשובת הריב"ש סי' שד"ם ובסי' פ"ז סעי' ל"ד ברמ"א דאם טען שנתן לו כפו ליתן לו מתנה והוא כופר פטור מן השבועה והטעם הוא כיון דהשבועה אינה כמו שעבוד או קנין רק משום מצוה הוא דכופין ע"ז וכמש"כ הש"ך שם ס"ק פ"א א"כ לפ"ז אמאי חייב כאן שבועה ונשאר בצ"ע:

סימן טז ענף א:

ובאמת יהיה מזה סיוע למש"כ האו"ת בסי' פ"ז ס"ק כ"ט והקצה"ח שם ס"ק ל' דעיקר הטעם מה דאין נשבעין התם הוי משום דכיון דנתן ת"כ שייך בזה לומר מיגו דחשיד על הת"כ חשוד על השבועה אבל באמת גם היכא דליכא שעבוד כלל ג"כ משביעינן דהא למ"ד שעבודא לאו דאורייתא א"כ הא דיורדין לנכסיו זהו משום כפיי' על קיום מצוה דפריעת בע"ח ואפ"ה משביעין וכמש"כ הקצה"ח והאו"ת שם ואפשר לומר דהא דכתב

הש"ך שם וכן כתב שם בשם תשובת מהר"ם והריב"ש הנ"ל דכיון דליכא שעבוד אין נותנין שבועה:

די"ל דזה תלוי באמת בהך פלוגתא אי ש"ד או לא דלמ"ד של"ד בע"כ מוכח דאף היכא דליכא שום שעבוד כלל מ"מ כיון דיש בע"ד התובע זכות ממון שלו מחבירו דמשבעינן אבל למ"ד ש"ד א"כ אינו מוכח מהתם על היכא דליכא שעבוד דיתנו שבועה. די"ל באמת דהתורה לא חייבה שבועה רק היכא דיש להבע"ד התובע זכות שעבוד אף מקודם דמחייבין לו הב"ד ומנלן על היכא דליכא שעבוד נכסי ואפשר לומר דזהו טעם דמ"ד דס"ל ש"ד דמש"כ הרשב"ם בסוף ב"ב לומר בטעמו משום יוציא אליך העבוט כבר הקשו התוס' וש"פ ע"ז וע"כ י"ל דלכן ס"ל להך מ"ד דש"ד משום דיליף לי' זה מהא דחייבה התורה שבועה במודה במקצת במלוה וס"ל להך סברא שכתבו דבמקום דליכא שעבוד אין משביעין:

וכיון דלדינא נקטו רוב הפוסקים דש"ד ע"כ שפיר כתבו לדינא דהיכא דליכא שעבוד או קנין רק משום מצוה דלא משבעינן ואף דהש"ך ס"ל בריש סי' ל"ט דמסתברא כשיטת הסוברים דשל"ד עכ"ז הא סיים שם דהוי ספיקא דדינא אי ש"ד או לא ע"כ שפיר כתב דאין משביעין במקום דליכא שעבוד נכסי משום דאין מחייבין שבועה מספק והא דנותנין שבועה אם אין לו קרקע ואדרבה עיקר חיוב שד"א הוא באין לו קרקע כמש"כ התוס' בב"מ ד' ד' ע"ב ד"ה אין נשבעין כו' ואף דמטלטלי לא משתעבדי ורק משום מצוה יורדין לגבות ממטלטלין עכ"ז י"ל דהא מה"ת אף מטלטלי משתעבדי כמש"כ הרשב"א והובא בקצה"ח ריש סי' ל"ט ומה"ט אמרו בסי' ק"ד סעי' א' דיש דין קדימה לבע"ח מוקדם נגד בע"ח מאוחר לכתחלה וע"כ הטעם הוא משום דבזה אוקמינן על דין תורה ועיין בסמ"ע שם. וה"ה י"ל דלכן נותנין שבועה משום דמוקמינן בזה על ד"ת כיון דמה"ת מטלטלין משתעבדי וע"כ מקרי זה התביעה כדין תביעת שעבוד דנותנין שבועה בזה כן י"ל לכאורה בזה:

אכן באמת הא מצינו ביו"ד סי' קע"ז סעי' י"א באומר מנה לי בידך מריבית קצוצה כו' דחייב ש"ה וכן ס"ל להרמב"ן והרשב"א שם אף דס"ל להרמב"ן והרשב"א ש"ד כמש"כ הש"ך בשמו בריש סי' ל"ט וגם הא ס"ל להמחבר ביו"ד סי' קס"א סעי' ה' דאין יורדין לנכסיו בחוב ריבית כשיטת הראשונים. אלמא דאף דס"ל ש"ד וכן הוא שיטת הבית יוסף דש"ד ואפ"ה ס"ל דגם היכא דליכא שעבוד נכסי אין פוטרין אותו משבועה. וכן בהא דזכות יש לי בידך דשיטת הרמב"ם הוא דמחייבין ש"ה וכמו שפסק המחבר כאן והא שיטת הרמב"ם דש"ד אלמא דאין זה הכרח להא דש"ד וע"כ מוכח כמש"כ האו"ת

והקצה"ח שם טעם אחר במה דאין נותנין שבועה על טענה דנתן לו ת"כ ליתן לו מתנה ומה דהקשה הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק למ"ד שם דהא גם בנתן לו ת"כ יכולין לומר שמא מלוה ישנה כו' ולא הוי חשוד כו' ונשאר בצ"ע. ונ"ל דזה אינו קשה משום דבנתן לו ת"כ ליתן לו מתנה עובר מיד על הת"כ כשתבעו חבירו וכעין הא דסי' ע"ג סעי' ו' ואף דהתם מיירי בקבע לו זמ"פ מ"מ נראה דה"ה בלא קבע לו זמ"פ ג"כ הזמ"פ הוא מיד בעת שתבעו לו וכמו הא דסי' מ"ב סעי' ט' ובש"ך שם ס"ק י"ט דבלא קבע לו זמ"פ צריך לפורעו בזמן הבא ראשון דאל"כ הא בטל הענין לגמרי דאיזה זמן תתן לו וכה"ג מבואר בר"ה ד' ו' דצדקה חייב עלה לאלתר כו' וביו"ד סי' רנ"ז סעי' ג' דבתבעו הגבאי עובר מיד [ועיין בב"ק ד' פ' וביו"ד סי' רי"ט ובתשובת הריב"ש סי' של"ה ובמהרי"ט ח"א סי' קל"א ובנדרים ד' ג' ע"ב ע"כ ה"ה הכא מיד דתבעו הבע"ד עובר ע"כ שפיר מקרי חשוד משום דגם זה מקרי ליתא בתקנתא דחזרה וא"ש ואף מורי היתירא לא שייך בזה דזהו ידוע לכל כן י"ל בזה לפי סברת האו"ת והקצה"ח שם:

סימן טז ענף ב:

אך לענ"ד נראה פשוט לחלק די"ל בכוונת המהר"ם והגהות מיימוני והרמ"א דכתבו בסי' פ"ז דאין נותנין שבועה על תביעת ת"כ משום דאין שבועה על שבועה די"ל דוקא היכא דהמצוה הוא לשלם לחבירו החוב מצד דהתורה חסה על ממון חבירו כמו בחוב גזל דמצינו בב"ק ד' קי"ט דכל הגוזל כאלו נוטל נשמתו וכן מצינו בב"ב ד' פ"ח דקשה גזל הדיוט יותר מגזל גבוה מהא דנפש כי תחטא ומעלה מעל כו' ושם קאי ג"כ על תשומת יד דהלואה ואף דהתם קאי על יחד לו כלי כמבואר בב"מ ד' מ"ח עכ"ז אין סברא לחלק בזה דהא מצינו כמה מאמרי חז"ל גם בהלואות וכה"ג דהתורה חסה על ממון התובע ומשום תיקון העולם ומה"ט נעשה הדיין שותף להקב"ה מפני שמעמיד העולם כמש"כ הטור בח"מ סי' א' ולהביא בזה המאמרים תקצר היריעה מהכיל ע"כ י"ל דוקא היכא דעיקר המצוה הוא בשביל דהתורה חסה על התובע שלא יאבד ממונו כמו בהשבת הריבית והשבת אבידה וכה"ג אף אם הוא במקום דליכא שעבוד נכסי מ"מ חייבה התורה שבועה לברר האמת וזהו הכל מצד דחסה התורה על ממון התובע אבל בנתן ת"כ ליתן לו מתנה דבזה אין החיוב עליו לקיים הת"כ שלו מצד דהתורה חסה על ממון חבירו דהא אף בנתן ת"כ ונשבע על שארי ענינים שאינו של ממון ג"כ מחוייב לקיים ע"כ אין דינו כממונא אלא ככל האיסורים דליכא שבועה כלל בזה משום דליכא בע"ד לפנינו וה"ה בזה אף דאיכא בע"ד התובע לפנינו מ"מ כיון דאין זה שייכות מצד ממון חבירו ע"כ הוי דינו כמו כל האיסורים דאין משביעין לו על הספק ודוקא על מה שבין אדם לחבירו מצינו

חיוב שבועה: וע"כ אתי שפיר מה דכתב הרמ"א בסי' פ"ז דאין נותנין שבועה על שבועה דשאני השבת אבידה וחיוב השבת חוב ריבית דנשבעין ע"ז משום דהא זהו עיקרו מצד ממון התובע ואף שבדברי הש"ך דסי' פ"ז קשה להעמיס כן מ"מ בדברי הראשונים דשם יש לפרש כן וגם בדברי הש"ך יש מקום לפרש עפ"ז וע"כ לא סתרי דברי השו"ע אהדדי ועפ"ז יש ליישב מה דיש להקשות במה שכתב הרמ"א ביו"ד סי' קע"ז סעי' י"א על מש"כ המחבר שם האומר לחבירו מנה לי בידך מרבית כו' משביעין היסת וכתב הרמ"א דיש חולקין וקשה דהא בח"מ סי' ע"ה סעי' ח' כתבו דהאומר מנה לי בידך שגזלתני דחייב ש"ה כו' דאע"ג דלדברי התובע חשוד הוא כו' כמש"כ הש"ך שם ס"ק כ"ד ולא הביא הרמ"א ליש חולקין הנ"ל ועיין ביו"ד סי' קס"ט ש"ך ס"ק ע"ו וגם הבאר הגולה ביו"ד סי' קע"ז ס"ק י"ח העיר בזה קצת אכן יש לומר דדוקא בחוב ריבית שתובע בזה ס"ל להיש חולקין דאין משביעין לו היסת משום דס"ל דשאני ריבית כיון דאין יורדין לנכסיו א"כ אין בזה שעבוד נכסי ע"כ דינו דאין חייב שבועה וכסברת הש"ך בסי' פ"ז דלכן אין חייב שבועה על שבועה משום דאין בזה שעבוד כו' א"כ ה"ה בחוב ריבית:

ואף דבכמה ספרי יו"ד שם נרשם ברמ"א על יש חולקין הנ"ל ר' ירוחם בשם הר"מ אבל בכמה ספרי יו"ד לא נרשם כן לכן שפיר י"ל דכוונת הרמ"א הוא כן אכן לדינא לפי מה דהכריעו שם ביו"ד דאף בחוב ריבית מחייבין ש"ה ע"כ שפיר יש לחלק בין הא דריבית והשבת אבידה להך דתביעת דנתן לו ת"כ כנ"ל:

סימן טז ענף ג:

ועוד יש לדון בטעם דאין נותנין שבועה על שבועה משום דהא מבואר בב"ק ד' פ"ד ובח"מ סי' א' ובגיטין ד' פ"ח דדוקא במידי דשכיחא ואית בי' חסרון כיס עבדינן שליחותייהו ובהא דבמתנות ג"כ מבואר שם דדנין בבבל כמש"כ התוס' והרא"ש בריש סנהדרין והטור בסי' א' והעיר שושן בריש סי' א' כתב הטעם דלכן גם מתנות מקרי חסרון כיס לפי דאי לאו דה"ל הנאה לא הוי יהיב לי'. אך דיש לדון בזה להמ"ד דלא ס"ל הך סברא דאי לאו דה"ל הנאה יהי כמבואר בב"מ ד' ט"ז ובמגילה ד' כ"ו דא"כ להך מ"ד כו יהיו דנין כלל למתנות בבבל ועיין בגיטין ד' נו"ן ע"ב ובראש ספ"ק דגיטין סוף סי' י"ט מזה וידעתי מה דיש לדחוק בכ"ז. וגם הא מצינו בסי' קכ"ט סעי' ה' ברמ"א גבי ערב על מתנה דפליגי בי' רבוותא דס"ל שם לחד שיטה דהערב פטור משום דבמתנה מקרי לאו מידי חסרי' אף דשייך לומר אי לאו דעבד לי' הנאה כו' והסמ"ע שם הביא לדברי העיר שושן שהכריע שם דפטור משום דבשביל הסברא דאי לאו דעבד לי' הנאה כו' לא מקרי זה בשם חסרון וכן הכריע שם הש"ך בס"ק ט"ו:

והא מצינו בערבות על קנס דמקבלין המחותנים על התנאים דגובין מהם דזהו מפני הבושת כמבואר בסמ"ע סי' קל"א ס"ק ה' ובסי' קכ"ט סמ"ע ס"ק י"ג וכמבואר זה בכ"ד בתוס' ובראשונים הרי דמצינו הסברות מהופכות דלגבי ערבות על בושת גובין מהם משום דזה מקרי כעין חסרי' מידי ואלו על ערבות במתנה קרינן זה לאו מידי חסרי' והכא גבי מה דדנין בבבל דבושת אין דנין בבבל משום דמקרי אין בו חסרון כיס ואלו מתנות יהיו מקרי בשם חסרון כיס משום אי לאו דעבד לי' הנאה וע"כ ודאי דוחק לומר בזה כסברת הע"ש דכתב דלכן גובין מתנות בבבל משום דזה מקרי בשם חסרון כיס ויש לדחוק בזה:

ולכן נ"ל הטעם מה דאנו גובין מתנות בבבל דהא אם הי' המתנה בגוף החפץ או גוף הקרקע לחבירו זה ודאי מקרי בשם חסרון כיס דהא מיד דנתן לו המתנה בקנין המועיל זכה לו גוף המתנה לכל היכא דאיתי דהא א"צ לגוביינא דב"ד בזה כלל שיחליטו לו גוף החפץ רק חוב בושת וכה"ג זה מקרי בשם דאינו חסרון כיס דהא לא זכה בו מעולם וצריך גוביינא דב"ד שיגבו ויזכו לו החפץ עבור החוב ע"כ זה לא דיינינן בבבל א"כ כיון דמתנות שהי' בגוף החפץ ולא בתורת התחייבות ע"ע זה מקרי בשם חסרון כיס לכן ה"ה במתנה דהי' ע"י התחייבות בחיוב מחדש כמו הא דסי' מ' חייב אני לך מנה בשטר דאף דזה הוי אינו חסרון כיס מ"מ לא פלוג חז"ל בזה לחלק בין המתנות:

וגם יש לומר כיון דעיקר מצות עשה דפריעת בע"ח מצוה דהוי לשיטת הרמב"ן בחי' סוף ב"ב מן הא דיוציא אליך העבוט ולשיטת רש"י בכתובות ד' פ"ו הוא מן הן שלך צדק וכ"כ הר"נ שם וכן הוא מה"ט מצוה לשלם על החוב שהתחייב ע"י חיוב מחדש מרצונו דג"כ מצוה לשלם החיוב מהך טעמים דקראי הנ"ל ע"כ י"ל דלכן דנין בבבל לזה דכיון דעשו אותנו לשלוחים ומסרו לנו קמאי דיהיו יכולת בידינו לדון להודאות והלואות דזהו משום מצות עשה דהן שלך צדק וכו' כנ"ל א"כ ה"ה אף במה דליכא חסרון כיס כמו מתנות ג"כ כיון דעיקר חיובו הוי ג"כ מה"ט ע"כ לא פלוג חז"ל בזה משא"כ חיוב בושת דנלמד מדרשא אחריתי דוקצותה את כפה ע"כ לא שייך בזה לומר כן לכן כיון דלא הוי חסרון כיס לא עבדינן שליחותייהו וכן י"ל דלכן גובין למתנות בבבל משום דאל"כ יהי' יכול לומר ולאשתמוטי לעולם אף אם יהי' שטר ביד התובע או דיהי' לו עדי הודאה וכה"ג:

דיהי' יכול לומר הנתבע דאין זה חוב מן הלואה רק חוב ע"י איזה חיוב מחדש ולא יהיו יכולין הב"ד לגבותו לעולם גם לחוב שיש בו חסרון כיס ע"כ לא פלוג חז"ל בזה מחמת תקון העולם ולפ"ז א"ש אף לפי מש"כ הסמ"ע בסי' נ"ח ס"ק ט"ו דמתנה לא שכיחא ואפ"ה א"ש מה דדנין מתנות לפמש"כ ועיין בט"ז סי' א' סעי' ג' וקצרתי:

וראיתי בפרישה לח"מ סי' א' שכתב דהא דדנין כתובות בבבל אף בתוספת כתובה דכיון דהתחייב לה מקרי חסרון כיס וכן מה"ט מתנות כו' אבל באמת יש לדון בזה דמה בכך שהתחייב לה מרצונו והא בושת דחייבתו תורה מ"מ לא מקרי חסרון כיס ודוחק לחלק ע"פ סברתו אכן לפמש"כ א"ש. וכן בכתובה הא מצינו בגיטין ד' נו"ן וב"ב ד' קע"ד דערב דכתובה או בתוספת אינו משתעבד משום דמקרי לאו מידי חסרי' וכמבואר באה"ע סי' ק"ב ואלו בערב על קנס שמקבלין המחותנים בתנאים גובין מהערב כמש"כ בח"מ סי' קכ"ט ס"ק י"ג כנ"ל והכא אמרו דבושת אין גובין בזה"ז משום דמקרי אין בו חסרון כיס אך באמת אין הטעם בכתובה מה דגובין בבבל משום דמקרי חסרון כיס אלא עיקר הטעם הוי משום דהא מצינו דאמרו אלמנה מוכרת שלא בב"ד מומחין כמבואר בב"מ ל"ב ובאה"ע סי' ק"ג בכתובה ותוספת אלמא דהקילו בזה בכתובה יותר מבחוב הלואה וה"ה י"ל כן במה דתקנו לדון בבבל לחוב כתובה ותוס' אף דמקרי אין בו חסרון כיס והכל הוא משום תקון העולם בהענינים שבין אדם לחבירו נתנו לנו כח לדון כן בבבל כמש"כ הראשונים והטור והע"ש בריש סי' א' ונתבאר היטב הטעם מה דדנין מתנות בבבל משום דבזה שייך לא פלוג חז"ל בזה והנה הא דדנין לחוב ריבית ודאי א"ש משום דזה מקרי בשם חסרון כיס במה שלוקח הריבית מהלוה ואמרו בריש פ"ה דב"מ ל"ל לאו בריבית לאו בגזל וכן מה דדנין להא דזכות יש לי בידך משום חוב השבת אבידה דגם זה מקרי בשם חסרון כיס דהא אם לא יתן לו הזכות של השטר יהי' לו פסידא במעותיו וע"כ מקרי זה בשם חסרון כיס דמה לי אם החסרון כיס הוא על אותו הדבר שאנו דנין עליו או שיגיע לו חסרון כיס עי"ז בענין אחר והכל הוא בגדר השבת אבידה מה דתקנו לדון בבבל וכ"ז פשוט:

והנה הא דדנין למי שנשבע או נתן ת"כ ליתן איזה דבר לחבירו והב"ד מזדקקין לזה גם בבבל הנה בזה ודאי אין שייך לומר דיהי' מקרי בשם חסרון כיס ואף אם נתן לו ת"כ ליתן לו איזה גוף החפץ ג"כ לא מקרי בשם חסרון כיס דהא לא זכה לגוף החפץ בלא דרכי הקנין ולכן לא שייך בזה הטעם שכתבתי לעיל לדון במתנות בבבל וכן הא מה שמוזהר הוא לקיים שבועתו הוא מן דרשא אחרינא דכל היוצא מפיו יעשה ובל יחל ובאמת הא דמצינו דהב"ד מזדקקין האידנא לכוף למי שעובר על שבועתו היינו מהטעם שכתב הנתיבות בסי' ג' סוף ס"ק א' דבמקום אפרושי מאיסורא א"צ ב"ד כלל לזה יע"ש ועיין מזה לעיל בחידושי סי' א' סעי' ג' וכש"כ בעון שבועה שנזדעזע העולם וודאי דמקרי זה במקום אפרושי מאיסורא וא"צ ב"ד לזה וכיון דא"צ דין ב"ד לזה ע"כ דייניו האידנא לכוף למי שאינו מקיים שבועתו והת"כ שלו:

ולכן יש לחלק בפשיטות בין מי שכופר הת"כ שלו דאין נשבע ע"ז ובין זכות יש לי בידך או חוב ריבית דמשביעין אע"ג דליכא בהו שעבוד נכסי משום דשאני תביעת ריבית וכן תביעת זכות יש לי בידך דמה דהב"ד מזדקקין בהו הוא משום דכה"ג תקנו לדון מחמת תיקון העולם כנ"ל ע"כ ממילא דיינינן גם לחייבו שבועה בכפירתו וכדין כל כפירת ממון בזמן דהי' ב"ד סמוכין אבל בשבועה ות"כ דמה דנזקקין בבבל זהו משום אפרושי מאיסורא אבל לא משום תביעת הבע"ד דהא משום תביעת הבע"ד אין ביכולת בידינו להזדקק בזה משום דזה הוי אין בו חסרון כיס כנ"ל ולא שייך בזה לדון להך לא פלוג כנ"ל וכון דעיקר מה דמזדקקין הב"ד לזה בבבל הוי משום אפרושי מאיסורא ע"כ אין ביכולת בידינו בבבל לדון לחייבו שבועה דהא במקום אפרושי מאיסורא אם לא ידוע לנו בבירור אין נותנין שבועה והא כל אדם נאמן ע"ע ועיקר דין שבועה אינו רק היכא דיש בע"ד לפנינו התובעו הן בטענת ברי והן בטענת ספק וכדין השבועות בזה אבל במקום חשש ספק איסור ליכא כלל חיוב שבועה וע"כ ה"ה בתביעה שנתן לו ת"כ ליתן לו כו' כיון דמצד תביעה הבע"ד אין ביכולותינו לדון רק משום אפרושי מאיסורא דיינינן ע"כ דינו כמו כל איסורין דליכא תביעה מאיזה בע"ד דאין נותנין שבועה בהו דהא מחמת תביעת הבע"ד אין אנו מזדקקין והוי כמו דאין אדם תובעו כלל ע"כ שפיר פסקו הראשונים והרמ"א דבכפירה ת"כ אין אנו מחייבין שבועה ואפשר דזהו כוונת תשובת מהר"ם שהובא בש"ך סי' פ"ז ס"ק פ"א שכתב בזה"ל דהשתא נמי לא משבעינן לי' תו לומר השבע שקיימת ת"כ כו' תדע דאלו אמר לו ע"א נשבעת כו' מי משבעינן לי' כו' עכ"ל דדוקא אנן לא משבעינן לי' אבל בזמן דהי' ב"ד סמוכין י"ל דנותנין שבועה גם בכפירת ת"כ אף דליכא שעבוד נכסי מ"מ חייב שבועה כיון דהוי תביעת בע"ד א"כ דינו כמו כל תביעת בע"ד בממון דחייבו שבועה ואף שאין כל זה במשמע דברי הש"ך בסי' פ"ז מ"מ יש לומר כן והוא ענין נכון בסברא בפ"ע ליישב דברי השו"ע והפוסקים בזה ומתורץ קושיות הקצה"ח והאו"ת והשער משפט בכ"ז ולכן לדינא העיקר דאף בטענת זכות יש לי בידך חייב ש"ה וכמש"כ המחבר:

סימן יז

בבית יוסף בטור הביא בשם הרשב"א דכתב להוכיח דבדיעבד אם ישבו העדים כשר דבירושלמי בגיטין פ"ז ה' א' גבי בודקין אותו לעדות אמר ר"ל זאת אומרת מעידין מיושב אלמא בדיעבד כשר ובחדושי הגהות שם כתב דבירושלמי שלפנינו ליתא להך זאת אומרת וגם הביא בשם הפ"מ משכ"ע ש"ש:

ובאמת יש לדון בהוכחה הנ"ל דהא שם מייירי בחולה שלא יכול לעמוד א"כ יש לחלק בזה ע"פ מש"כ המהרש"ל בפסחים ד' פ"ח ע"א בתוס' ד"ה שה לבית כו' דלפירוש התוס' והר"נ בהא דשה לבית אבות לאו דאורייתא דהפי' הוא דכיון דלא שייך בקטן שימנה על הקרבן פסח ולא משכחת בי' תכוסו על השה ע"כ לא הוי בי' מצות למנוייו כלל ואין בו איסור שלא למנוייו וכה"ג אמרו בחולין ד' י"ז לר' ישמעאל דאסור בשר תאוה קודם שנכנסו לארץ דדוקא בהמה דחזי להקרבה אבל חיה דלא חזי להקרבה לא אסר רחמנא וה"ה כאן במה דכתיב ועמדו שני אנשים דמיניה גמרינן לעדים שיעמדו די"ל דזה אינו אלא באותן דיכולין לקיים מצוה ועמדו כו' אבל בחולה שאינו יכול לעמוד לא שייך בי' כלל הך מצוה דועמדו ולכן באותן שיכולין לקיים מצוה דועמדו שפיר י"ל דמעכבא בהו עמידה וע"כ יש לדון בראי' זו: (סעי' א') דבשעת במ"ד שניהם בעמידה לכתחלה כו' וכתב הסמ"ע ס"ק ה' דז"א אלא אסמכתא כו' וסמ"ע ס"ק ו' דאסור למעבד הכי והביא שיטת המרדכי בשם ראב"ש דעכשיו שאין סמוכים שרי כו' וכה"ג. כתב הט"ז והמגי' שם בשם הריב"ש דהעמידה אינו אלא מדרבנן וכן ישיבת הדיינין אינו אלא מדרבנן וגם אמרו שם בזה לשון אסור ע"ש ולכאורה יש להוכיח כשיטת הסוברין דז"א אלא מדרבנן דאי נימא דמה"ת אסורים לישב הדיינים א"כ קשה דאמאי אמרינן דבדיעבד דיניהם דין אם ישבו הדיינים הא כתבתי לעיל בחידושי לסי' א' סעי' א' ובסי' ה' דבמה דעברו ודנו בשבת ובלילה בבבל יש לדון בזה להכלל שכתב הר"נ בתשובה והובא במל"מ פ"ט ה' זכיי' ה' יו"ד דבמקום איסורא לא תקנו רבנן ונתבטל בזה אף בדיעבד להמעשה שעשו באיסור וגם כתבתי לעיל דמה דדנין האידנא בשליחותייהו דקמאי זהו רק מדרבנן:

ואי נימא דאסורים הדיינים מה"ת לכתחלה להושיב להעדים וכן להבע"ד וכן אסורים הדיינים מה"ת לכתחלה לעמוד א"כ קשה דאמאי הוי האידנא דיניהם דין אם עברו ע"ז. דהא במקום דיתעביד איסורא לא תקנו רבנן לתקנתם ויהי' בטל ממילא דיניהם אף בדיעבד דהא מצינו בזה לשון אסור ע"ש אכן אי נימא דז"א רק מדרבנן ומה"ת ליכא איסורא כלל אף בלכתחלה אתי שפיר מה דהוי דיניהם דין דהא המל"מ כתב שם לחלק בזה בין איסור תורה לאיסור דרבנן דבאיסור דרבנן אם הוא באופן שהי' יכול לעשות המעשה באופן שהי' מועיל מן הדין דאז אף אם הוא עכשיו במקום איסור דרבנן דמעשיו קיימין ע"ש ולכן ניחא מה דהוי בדיעבד דיניהם דין משום דהא הי' בידם לדון בהיתר ולישב וכן לעמוד להעדים ולהבע"ד ולשיטת התוס' בזבחים ד' ט"ז דס"ל דאף ישיבת הדיינים הוי מה"ת י"ל דבאמת הא לא ס"ל להכלל של הר"נ בתשובה הנ"ל כמש"כ

המל"מ פ"ט ה' זכיי' שם אך במק"א כתבתי לדחות הוכחת המל"מ מהתוס' דשם. אמנם בעיקר הדבר שכתבתי לדון בזה להכלל של הר"נ:

יש לחלק ולומר דדוקא בדבר הרשות אמרינן דבמקום איסורא לא תקנו רבנן משא"כ במקום מצוה כמו הכא דהדיינים קא עבדי מצוה דבצדק תשפוט כו' ע"כ לא אמרינן הכא להך כללא ודוקא במה שעברו ודנו בשבת או בלילה כיון דבאותו העת לא נצטוו כלל לשפוט ע"כ הוי כמו שלא במקום מצוה משא"כ הכא במה שעמדו הדיינים דהא מצווים הם לשפוט ולישב ע"כ שפיר קרינן בזה דקעבדי מצוה ועיין בסוכה ד' ל' בתוס' ד"ה משום דה"ל כו' וקצרתי] והוי המצוה רבה מן החטא וכעין מש"כ התוס' בב"ק ד' צ"א ע"ב ד"ה אלא שציער כו' ובנזיר ד' ב' ד"ה ואמאי נאה כו' וכ"כ בתענית ד' י"א: ע"כ באמת אין זה דמיון כלל להך דינא של הר"נ הנ"ל ונדחה ראייתי הנ"ל וזה פשוט:

(שם בהג"ה) ועמידה ע"י סמיכה מקרי שפיר עמידה וכתב הסמ"ע ס"ק ו' דאם הדיינים והעדים נסמכים אסור למעבד הכי והב"ח חולק עליו וכ"כ הש"ך שם. ולי נראה להוכיח כהב"ח מהא דגיטין ד' ה' וכתובות ד' כ"א דשקיל וטרי הש"ס אי עד נעשה דיין או לא ובדרבנן לכ"ע נעשה דיין ומשמע אף לכתחלה וקשה איך משכחת לי' זה והא העד הוא בעמידה והדיינים הם בישיבה ולא מבעיא למ"ד דס"ל דאף בדיעבד מעכב זה וודאי קשה ואף להנך דס"ל דז"א רק לכתחלה עכ"ז קשה הא שם משמע דאף לכתחלה יש סברא לומר עד נעשה דיין ובדרבנן לדינא ג"כ עד נעשה דיין והא לא מצינו חילוק דבדרבנן לא יהי' הדין דדיינים בישיבה כו' דהא לא מחלקי כלל בזה אכן לשיטת הב"ח הנ"ל א"ש דמשכחת שפיר עד נעשה דיין ע"י סמיכה ויוצאים עי"ז הן הדיינים והן העדים ואחר כותבי זה ראיתי בטורי אבן בחי' לר"ה ד' כ"ה שהקשה כן ויש לדון בדבריו אמנם לשי' הב"ח הנ"ל א"ש בפשיטות: (שם סעי' י"ב בהג"ה) בע"ד שתבע חבירו בעד דבר מועט והדיין רואה שיתחייב לו ע"פ הדין יותר ממה שתבע אין לו לדיין לפסוק יותר ממה שתבע כו' ועי' בסמ"ע וש"ך שם והנתיבות ס"ק ב' כתב דאף אם לא הוציא הדיין עדיין הממון וחוזר וטוען לפני ב"ד שמה שתבע מקודם פחות הי' בטעות דיכול לחזור ולטעון והב"ד פוסקין לו המותר כו' דהכא אינו אלא ספק מחילה כמו שכתב הש"ך. ע"כ נאמן לומר שהי' מחמת טעות וראי' דהא בב"מ ד' ס"ו גבי מוכר דשלב"ל או באסמכתא דייק מיני' דמחילה בטעות הוי מחילה ונאמן לומר שמחל בטעות ולא מחזקינן לי' שידע הדין ומחל ונאמן לומר שבטעות מחל רק הש"ס מסיק דבזביני מחילה בטעות הוי מחילה ועי' בתוס' שם הטעם והכא לא שייך זה וק"ו הוא מה התם שנתן לו כבר כו' והש"ך לא כתב כן רק אם אינו טוען כלום שהי' מחמת טעות בדין כו' עכ"ל הנתיבות:

סימן יז

ענף א:

ולענ"ד יש לחלק ע"פ מה דמצינו בתוס' ב"מ ד' ט"ו ע"ב ד"ה ונתן לו לשם מתנה כו' אבל בערכין ד' כ"ט גבי המוכר שדהו בשנת היובל עצמה דאמר שמואל מעות חוזרין ליכא למימר אדם יודע שאין מכר ביובל דאין זה פשוט דהא אמר רב מכורה ויוצאה עכ"ל התוס' וכ"כ התוס' בערכין ד' ל' ע"א ד"ה דילמא אינה מכורה כו' וכה"ג מצינו בח"מ סי' מ"ב סעי' ט' גבי הא דלא אמרינן יד בעהש"ט על התחתונה אלא היכא דאין השטר בטל לגמרי כו' והיינו בדבר דליכא למיתלי בטעות אבל בדבר שאפשר שטעה בו הנותן כגון דאמר לשון דלא מהני במתנה וודאי נתבטל השטר עכ"ל:

וכתב הש"ך שם ס"ק כ"ב דדוקא היכא דאיכא פלוגתא י"ל דטעה משא"כ היכא דליכא פלוגתא כלל אין לומר שהנותן טעה בכך ומפרשינן דאמר בלשון המועיל ומוציאין ממון עי"ז ע"ש ומה דהקשה התומים שם ס"ק ל' מהא דסי' ל"ט סעי' י"ב הי' כתוב בשטר הודה בפנינו ואין חתומים בו אלא שניים חוששין שמא שנים היו וטעו שהודאה בפני שנים הוי הודאה כו' י"ל דשא"ה כיון דשמואל ס"ל שניים שדנו דיניהם דין וי"ל דס"ל דלא לחלק בין אודיתא לדין וכמש"כ התוס' בסנהדרין ד' ג' וד' ל' וב"ב ד' מ' דדלמא רבנן דרב אשי כשמואל ס"ל אף באודיתא יע"ש ועי' בסי' ג' בש"ך ס"ק א' שיטת הרמב"ם בזה וסעי' קטן ה' בשם הב"ח דלענין קידושין יש להחמיר כהסוברים כשמואל יע"ש ובאו"ת שם וגם שא"ה כיון דלא חתימי שם אלא שניים חיישינן שטעו וכמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ל"ו יע"ש וקצרתי בכ"ז: וכעין זה כתבו התוס' בסנהדרין ד' נ"ג ד"ה הא לית לי' קידושין כו' דכ"ע מודו דאין קידושין תופסין בחייבי כריתות כמבואר בפ"ק דב"מ אדם יודע שאין קידושין תופסים באחותו משמע דליכא מאן דפליג כו' עכ"ל התוס' אלמא כדברי הש"ך הנ"ל דאם הי' חולק בדבר אף דאין הלכה כאותו דעה מ"מ י"ל דטעה בזה אך כיון דכ"ע מודו בזה ע"כ אין לומר דטעה בזה וכ"כ הר"נ פ"ק דקידושין ועי' בתשובת רע"א זצ"ל סי' ריי"ב ועי' בגיטין ד' נ"ה דטעי בדר' ירמי' ובימבות ד' כ"ט ברש"י ד"ה דערוה דר"ש כו': ולכאורה יש להעיר במש"כ הש"ך בח"מ סי' מ"ב ס"ק כ"ב הנ"ל גבי לשון אתן כיון דליכא למ"ד דמהני ע"כ אין לומר שהנותן טעה בכך הא מצינו בגיטין ד' מ' ע"ב בלשון אתננה לפלוני ר"מ אומר קנה וחכ"א לא קנה והלכה כחכמים כדאיתא בסי' רמ"ה והא כיון דר"מ חולק וס"ל דאף לשון אתן מהני א"כ זה דומה למש"כ התוס' בסנהדרין הנ"ל דאם הי' אומרים דר' יהושע ס"ל דקידושין תפסי בחייבי כריתות א"כ לא שייך לומר אדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו הא יש לומר כן בהך לשון אתן דכיון דר"מ

ס"ל דמהני לשון אתן ע"כ טעה בזה ואפשר לחלק דשאני מקודם חתימת הש"ס דיכול אמורא להכריע בין פלוגתת תנאים וגם עדיין לא נפסקה הלכה בפשיטות איך הלכתא ע"כ שפיר י"ל דטעי דלמא הלכה כר' יהושע דקידושין תופסין בחייבי כריתות וכה"ג:

משא"כ האידנא דכבר איפסיקא הלכתא כחכמים דלשון אתן לא מהני ע"כ לא שייך לומר דטעי בזה אבל בפלוגתת הפוסקים כיון דמצינו חד דיעה דס"ל כן אף דרוב פוסקים לא ס"ל כן מ"מ שייך לומר דטעי בזה וכה"ג חילקו הפוסקים בדיני תפיסה לחלק בין תיקו ובין פלוגתת הפוסקים וקצרתי ולפ"ז יש לחלק בנידון ראיות הנתיבות לנ"ד מהא דב"מ ד' ס"ו גבי מוכר דשלב"ל ואסמכתא כנ"ל דיש לחלק דשא"ה כיון דכמה תנאי ס"ל אדם מקנה דשלב"ל וכן רב הונא ס"ל כן כמבואר כ"ז ביבמות ד' צ"ג וקידושין ד' ס"ב ובשארי דוכתי א"כ זה דומה למש"כ התוס' דאי ר' יהושע ס"ל דקידושין תופסין בחייבי כריתות ע"כ י"ל דטעי בזה אף דאין הלכה כן וה"ה באסמכתא דהדרא ארעא והדרי פירי דהתם דהא מבואר שם דר' יוסי פליג וס"ל אסמכתא קני וע"כ אף דרבנן פליגי עליו וס"ל אסמכתא לא קני וכן קי"ל לדינא עכ"ז כיון דמצינו לחד תנא דס"ל כן ע"כ יש לומר דטעה בזה כנ"ל:

ולכן מהימן לומר דטעי אם אומר ברי דטעיתי אבל במה דלא מצינו פלוגתא כלל בזה יש לומר דאף דטוען ברי לא מהני משום דזה מקרי אין הדעת טועה דב"מ ד' ס"ג ע"ב דאמרינן מתנה הוא דיהב לי' וכמו הא דב"מ ד' ט"ו גבי מקדש אחותו דהוי מעות מתנה וכמש"כ התוס' כנ"ל ואף דיש לחלק קצת דשא"ה דהוי בתר נתינה דבנתינה מידק דייק עכ"ז ראיות הנתיבות נדחה. וכיון דנדחה ראיות הנתיבות ע"כ מסברא יש לומר דאף דאומר ברי לי דטעיתי עכ"ז לא מהימן להוציא מן המוחזק כיון דהוי ספק מחילה ולא שייך בזה לדון א"י אם פרעתי לשיטת הסוברים דבלא ה"ל למידע פטור אף דה"ל א"י אם פרעתי וכדעת המל"מ והובא בנתיבות סי' ע"ה ס"ק ח' גבי אין הדעת טועה דשיטת הגהות מרדכי דאף דהנותן אמר ברי לא מהימן להוציא מן המוחזק. ואף דרי"ו חולק שם מ"מ ספיקא דדינא היא ואין מוציאין מן המוחזק כיון דנולד לנו ספק שמא מחל ואף דיש לחלק דשאני בתר נתינה דמידק דייק ועכ"ז מסברא בעלמא קשה להוציא מהמוחזק כנ"ל ועי' בח"מ סי' פ"א בש"ך ס"ק נ"ו שהעלה בהודה מעצמו לפני ב"ד יכול לחזור בו ולומר טעיתי אע"ג דלית לי' מיגו וכ"כ שם בס"ק סמ"ך ולפ"ז י"ל בנ"ד כיון דעיקר הטעם מה דנסתפקנו במחילה משום דלא תבעו אלא הפחות א"כ לא עדיף מן הודה בפי' ועכ"ז כיון דהודה מעצמו נאמן לומר טעיתי בלא מיגו וכ"כ בנ"ד ולפ"ז הדעת נוטה כהכרעת

הנתיבות הנ"ל. אך התומים חולק שם ומסיק כהמחבר שם סעי' כ"ב דבהודה מעצמו בב"ד אין נאמן לומר טעיתי וע"ש בנתיבות ולפ"ז קשה להוציא מהמוחזק בנ"ד ועי' בש"ך סי' רל"ב ס"ק ב' ולפ"ז אתי שפיר מה דאמר רבא לרוניא זיל פייסי' במאי דאיפייס ואי לא דאיננא לך כרב הונא אליבא דר' יוסי והקשה הסמ"ע הלא אסור לדיין לפסוק יותר ממה שתבעו התובע כו' אבל לפמש"כ אתי שפיר די"ל דכוונת רבא הוא כן דא"ל זיל ופייסי' במה דאיפייס שתשתדל לפייסו כדי דלא יחזור בו רבינא ולומר טעיתי משום דאם לא תשתדל לפייסו א"כ כשלא יתפייס אז ממילא יחזור בו רבינא ויאמר טעיתי בדין ויהי' נאמן ע"כ הזהירו שישתדל שיתפייס ולא יחזור בו משום דהא התם יש פלוגתא אם דמי קנים בזול או הכל לפי מה שגדר כמבואר שם בסוגיא וכיון דהוי פלוגתא בזה אף דקיי"ל דהלכה הכל לפי מה שגדר עכ"ז מהימן לומר טעיתי בזה כנ"ל וע"כ נדחה מש"כ הסמ"ע להוכיח מהתוס' דב"ב הנ"ל דמותר או חיוב לדיין לומר אם לא תציית אכוף אותך לשלם כולו ולפמש"כ י"ל דאינו ראי' מהתם דשא"ה דהוי פלוגתא בזה וע"כ שפיר קאמר לי' דאם אומר ברי לי דטעיתי נאמן משא"כ היכא דלא הוי פלוגתא כלל בזה י"ל דלא מהימן אף אם יאמר טעיתי כנ"ל:

ועפ"ז יש להעיר בכתובות ד' נ"ח ע"ב דקאמר ר"ל לא תימא טעמא דר"מ משום דקסבר אדם מקדיש דשלב"ל אלא טעמא דר"מ מתוך שיכול לכופה נעשה כאומר יקדשו ידיך לעושיהן כו' כיון דס"ל לר"מ אין אדם מוציא דבריו לבטלה כו' וקשה הא יש לחלק דשאני בערך פחות מבן חודש דלית בי' שום פלוגתא כלל ע"כ שפיר אמרו בערכין ד' ה' אדם יודע שאין ערך לפחות מבן חודש כו' משא"כ גבי מקדיש דשלב"ל דכתב רש"י הכא די"ל בי' אדם יודע שאין אדם מקדיש דשלב"ל כו' והא כיון דמצינו לכמה תנאי אף זולת ר"מ דס"ל אדם מקנה דשלב"ל כמבואר ביבמות ד' צ"ג וקידושין ד' ס"ג ע"כ יש לומר דטעי בזה וכמש"כ התוס' לחלק כנ"ל בב"מ ד' ט"ו כנ"ל. ואפשר לומר דכיון דמסיק הש"ס התם בכתובות מההיא אין מהא ליכא למשמע מינה ע"כ י"ל דכוונת הגמ' אם לא הי' תנאים אחרים בברייתות דס"ל כן אך הא דהמותר ר"מ אומר הקדש לבדו ליכא למשמע מינה לחודה ומצאתי בשיטה מקובצת לכתובות ד' הנ"ל דהרגיש בזה:

סימן יז ענף ב:

ובעיקר הך דא"ל רבא לרוניא זיל פייסי' במאי דאיפייס וא"ל דאיננא לך כרב הונא. דהקשה הסמ"ע הלא אסור לדיין לפסוק יותר ממה שתבעו התובע ומסיק דבתורת קנס א"ל ובאמת זהו דוחק לומר להוציא ממון בתורת קנס וע"כ נלע"ד בזה ע"פ שיטת המרדכי פ"ב דב"מ המובא בסי' י"ב סעי' ב' בהג"ה בשם יש חולקים דס"ל דיכולים לכוף

על לפנים משורת הדין ודיעה קמייתא פליגי שם וס"ל דאין יכולים לכופו אע"פ שנראה להם שהוא מן הראוי יע"ש וי"ל דהיכא דחייב לשלם מצד לצאת ידי שמים כ"ע מודו דהרשות בידם לכוף ע"ז היכא שנראה להם לעשות כן דהא שיטת כמה פוסקים דבכל חיוב לצי"ש מהני תפיסה כמבואר בתשובת שבות יעקב המובא באו"ת סי' כ"ח ס"ק ד'. וכמש"כ השער המלך ה' עבדים פ"ה ה' ז' לפי שיטת הראב"ד והחינוך גבי אבק ריבית ועי' במחנה אפרים ה' מלוה ולוה דיני ריבית סי' ט"ז וקצרתי ולשיטת הסוברים דמהני תפיסה בחיוב לצי"ש י"ל דיכולים לכוף אותו ע"ז במקום שנראה להם כך כיון דלאחר שיתפוסו את הממון להתובע יהי' זוכה בו מצד הדין דהא אי תפס לא מפקינן מיני' ועי' בקצה"ח סי' ל"ב ס"ק א' שכתב לחלק בין חיוב לצי"ש לשלם ובין היכא דיש עליו עונש בד"ש וכבר הקדימו בזה בתשובת חכם צבי סי' קל"ח ע"ש. וכמש"כ דיש לחלק בין חיוב לצי"ש ובין היכא דאין עליו חיוב לצי"ש רק מצד לפנים משורת הדין וע"כ י"ל דמקום דחייב לצי"ש דכ"ע מודו דהרשות בידם לכופו ע"ז במקום שנראה להם ואפושי פלוגתא לא מפשינן וכש"כ להיש חולקים הנ"ל ונקדים מה דכתבתי במק"א בענין מה דאי' בב"ק ד' קי"ח דספק בפרעון אף דשניהם טוענים שמא חייב לצי"ש וכדקיי"ל בסי' ע"ה או במקום ברי ושמא אף בספק בחיוב חייב לצי"ש וכתבתי להסתפק היכא דהנתבע טוען שמא במקום דלא הוי למידע אם חייב לצי"ש במקום ספק בפרעון, וכתבתי להוכיח מהא דב"ב ד' ל"ו דהנהו עיזי דאכלי חושלא אתא מרי' תפסינהו אמר אבוה דשמואל יכול לטען עד כדי דמיהן דאי בעי אמר לקוח בידי והתם הא הנתבע טוען שמא כדמשמע וגם לא ה"ל למידע ואי נימא דמהני תפיסה בכל חיוב לצי"ש כנ"ל להסוברים כן א"כ ל"ל לומר בהנהו עיזי דאכלי חושלא דמהימן מצד מיגו דלקוח הא בלא"ה מהני מצד דהמזיק טוען שמא א"כ ממילא מהני תפיסת התובע כיון דבמקום ברי ושמא אף בספק בחיוב ג"כ חייב לצי"ש א"כ הא התובע טוען ברי והנתבע טוען שם שמא [וכמש"כ הראשונים בהני עיזי דאכלי חושלא דהמזיק טוען שמא ועי' באו"ת סי' ע"ב ס"ק ל']:

וחייב לצי"ש ע"כ ממילא מהני תפיסה וע"כ מוכח מזה דהיכא דלא ה"ל למידע פטור לצי"ש וע"כ לא הי' מהני תפיסה התם כיון דהמזיק לא ה"ל למידע אם הזיקו העיזי אך משום מיגו מהימן כ"ז כתבתי במק"א בארוכה ובוודאי אין לחלק בין ברי ושמא בספק חיוב לבין שניהם טוענים שמא בספק פרעון לענין חיוב לצי"ש ובני יקירי מו"ה צבי נ"י אמר בזה דעיקר החילוק בין ה"ל למידע ובין לא ה"ל למידע מבואר בתוס' ב"ק ד' מ"ו ע"א ד"ה דאפילו ניזק אומר ברי כו' ובתוס' ב"ב ד' קל"ה ד"ה אביי אמר כו' וכתובות ד' י"ב ע"ב ד"ה ר"ה ור"י אמרי חייב כו' אבל לרבא דמוכיח התם בב"ב ד' קל"ה דזאת

אומרת מנה לי בידך כו' [וגירסת הש"ס דילן דרבא קאמר הכי ועי' בתוס' גיטין ד' כ"ו ד"ה התם כדקתני טעמא כו'] וכן לאביי דמדחה התם דשא"ה דכמנה לאחר בידך דמי מבואר בתוס' ב"ב שם דס"ל דאין לחלק בין ברי ושמא גרוע לברי ושמא טוב א"כ לפי שיטת רבא דס"ל דאין לחלק בין היכא דה"ל למידע ובין היכא דלא ה"ל למידע ע"כ י"ל דכמו דבמקום ספק פרעון חייב לצי"ש בשניהם טוענים שמא במקום דה"ל למידע דה"ה בספק פרעון ומחילה אף דלא ה"ל למידע כיון דהוי חזקת חיובא דחייב לצי"ש ויש לעין מזה בשבועות ד' מ"ז וב"ק ד' מ"ו תוס' ד"ה דאפילו ניזק כו' ובש"ך סי' ע"ב ס"ק נ"א וקצרתי:

ולפ"ז י"ל היכא דהתובע תבעו בפחות ממה שמגיע לו ונולד לנו ספק אם ידע הדין שמגיע לו יותר אך מחלו או דטעה בדין והוי מחילה בטעות דלא מהני לכ"ע היכא דלא ידע דמחיל כמבואר בב"מ ד' ס"ז א"כ מספק אין להוציא מהמוחזק כיון דהתובע אינו טוען ברי דטעיתי והנתבע מסופק אם מחל לו והוי כשניהם טוענים שמא אף בספק במחילה ג"כ פטור כמו בשניהם טוענים שמא בספק פרעון דפטור אך לצי"ש חייב משום דאתחזק חיובא עליו מקודם דמחלו [ויש לדון בזה ע"פ מה דקיי"ל בכ"ד דמחילה הוי טענה גרוע ואינו נאמן רק ע"י מיגו וכמש"כ הקצה"ח בסי' רכ"ז ס"ק ו' גבי ספק אם בא לידו כעין מכר זה שכתב הסמ"ע שם ס"ק כ' לדון בזה דהוי ספק מחילה והוי טענה גרוע כו' ע"ש ובמק"א הארכתי בזה הרבה ובהא דסי' פ"ח סעי' י"ז תבעו חטים והשיב שא"י אם חטים או שעורים כו' לשיטת הסוברים דמשום מחילה נגעו בי' וקצרתי וחייב לשלם לצי"ש או דמחוייב לחקור לכה"פ אם טעה התובע או לא:

אך לדידן דקיי"ל לחלק בין ה"ל למידע ובין לא ה"ל למידע וכמש"כ התוס' בכ"ד ודלא כשיטת רבא ואביי דב"ב ד' קל"ה הנ"ל ע"כ בנ"ד דהנתבע ה"ל ספק במחילה דלא ה"ל למידע ע"כ י"ל דבכה"ג אינו חייב לצי"ש ואף דקיי"ל בב"ק ד' קי"ח דבספק בפרעון חייב לצי"ש עכ"ז י"ל דשאני היכא דלא ה"ל למידע אבל לרבא דס"ל שלא לחלק בין היכא דה"ל למידע ובין היכא דלא ה"ל למידע ע"כ כמו דהיכא דה"ל למידע מצינו בב"ק דחייב לצי"ש במקום דהוי חזקת חיוב אף דשניהם טוענים שמא ה"ה במקום דלא ה"ל למידע חייב לצי"ש ע"כ שפיר יש לומר בכוונת רבא דא"ל לרוניא זיל פייסי' וא"ל דאיננא לך כרב הונא:

היינו דאם לא תרצה לשלם לו כפי הפחות אזי הרשות בידינו לקונסו שישלם כולו דהא לצי"ש מוטל עליו חיוב לשלם כולו דהא מקודם דתבע רבינא לרוניא כפי הפחות הי' מוטל עליו חיוב לשלם לרבינא כפי מה שגדר רק מצד מה שתבע ממנו הפחות דנולד

אז ספק מחילה כנ"ל א"כ הוי אתחזק חיובא דחייב רוניא לציי"ש לשלם כולו מצד חזקת חיוב ואף דלא ה"ל למידע אם מחלו מ"מ חייב לציי"ש לשיטת רבא כ"ז דלא שמע מפי התובע דמחלו ומחוייב לחקור אח"ז וע"כ שפיר קאמר רבא דלטעמי' אזיל דאי לא דאיננא לך כרב הונא משום דמוטל על רוניא חיוב לציי"ש ע"כ רשות בידינו לקונסו ולכופו לשלם כולו כמו שנתבאר דבמקום דחיוב לציי"ש עליו רשות בידינו לכופו לשלם וכשיטת המרדכי הנ"ל וגם י"ל דבכה"ג כ"ע מודו כנ"ל: ואף דאיכא לברורי דשמא מחלו מ"מ בכה"ג דאינו ציית אינם מחוייבים ב"ד לברר זה:

וכ"ז הוא לשיטת רבא אבל לדידן דס"ל לחלק בין ה"ל למידע ובין לא ה"ל למידע וע"כ אף במקום חזקת חיוב ג"כ פטור לשלם אף מידי שמים כיון דטוענים שמא וע"כ אין בידינו לכופו ולקונסו לשלם כולו כיון דלא ה"ל למידע אם התובע מחלו או לא ושפיר נכונים דברי הרמ"א דלא סיים בלשונו ואי לא יציית יקנסו אותו לשלם כולו משום די"ל דלדינא לדידן אין רשות בידינו לקונסו לשלם יותר מכפי שתבע ממנו כיון דפטור משום ספק מחילה והממע"ה ואין עליו חיוב לציי"ש כנ"ל ואתי שפיר דברי הרמ"א ע"כ דברי בני היקר שיחי':

סימן יז ענף ג:

ולכאורה יש להעיר בכ"ז מהא דב"מ ד' קט"ז ע"א דמקשה הגמ' ואביי לית לי' הך סברא דנאמן בכדי דמיהן מ"ש מהנהו עיזי דאכלי חושלא דא' אבוה דשמואל יכול לטעון עד כדי דמיהן. הא לשיטת אביי דס"ל שלא לחלק בין ה"ל למידע ובין לא ה"ל למידע כמש"כ התוס' בב"ב ד' קל"ה וכמש"כ כנ"ל י"ל דלכן מהימן לטעון בהנהו עיזי דאכלי חושלא משום דהא התובע טוען ברי והנתבע טוען שמא ואף דמוכח דס"ל לאבוה דשמואל דלא כאביי דס"ל בב"ב דמנה לי בידך והלה אומר א"י דחייב דאי הוי ס"ל כאביי בזה א"כ ל"ל למימר דנאמן לטעון כדי דמיהן. הא אף ביותר מכדי דמיהן נאמן הניזק מצד דטוען ברי והמזיק טוען שמא, וברי ושמא ברי עדיף לשיטת אביי וע"כ מוכח דבזה לא ס"ל לאבוה דשמואל כוותי' אבל לענין לציי"ש י"ל דלשיטת אביי' אף מאן דס"ל ברי ושמא חזקת ממון עדיף. מ"מ חייב לציי"ש אף היכא דלא ה"ל למידע א"כ לשיטת אביי קשה דמאי מקשה הש"ס והכא בב"מ קאמר הש"ס במימרא דאבוה דשמואל דיכול לטעון עד כדי דמיהן ולא סיים כמו דסיימו בב"ב ד' ל"ו דיכול לטעון כדי דמיהן במיגו דלקוח:

ואפשר לומר דהכא בב"מ נקטו כן בקצרה כדרך סוגיות הש"ס בכ"ד ועיקר סמיכתם על מה דמסיק הש"ס בב"ב דיכול לטעון במיגו דלקוח ומה שהוכחתי לעיל מראי' זו, יש לדחות ע"פ מש"כ הר"נ בשבת ר"פ כ"ג גבי הלואת יו"ט לא ניתנה ליתבע דאי תפיס

תפיס ואי אזיל אידך ותפיס מיני' לא מפקינן מיני' רק תפס מעות שאני ע"ש ע"כ שפיר יש לומר דמן לשון דיכול לטעון עד כדי דמיהן דקאמר משמע דנאמן לגמרי ואף דאזיל אידך ותפס מיני' מפקינן מיני' בע"כ זהו רק משום מיגו דלקוח דאל"כ הא מהני תפיסת חבירו כנ"ל וא"ש הא דב"מ ומ"מ שפיר כתבתי לעיל לחלק בין ה"ל למידע ללא ה"ל למידע לענין חיוב לצי"ש מצד הסברא וראיות אחרות וקצרתי ונתבאר לנו דהיכא דלית בי' פלוגתא כלל ותבע בפחות ממה שמגיע לו אף שטוען ברי דטעיתי ולא ידעתי הדין דקשה להוציא מהמוחזק וכדמצינו בב"מ ד' ט"ו דאמרינן דאדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו וגמר ונתן לשם מתנה אבל במה דמצינו בי' פלוגתא קצת אף דלא קיי"ל כהחולק וכבר איפסיקא הלכתא דלא כהך דעה עכ"ז כיון דמצינו קצת חולק בזה י"ל דטעה וס"ל כוותי'. וכמש"כ התוס' להוכיח דכ"ע ס"ל אין קידושין תופסין באחותו דאי הי' ר' יהושע חולק בדבר לא היו אומרים בזה אדם יודע כו' אף דהלכתא כרבנן דלא ס"ל כר' יהושע וכנ"ל וע"כ כה"ג נאמן לומר דטעה ומוציאין מהמוחזק וכמו הא דערכין ד' כ"ט דהמעות חוזרין:

סימן יט

(סעי' ב') שאל אחד כו' והקצה"ח ס"ק ב' הביא בשם הכנה"ג שכתב בשם הרדב"ז דהשלישי שלא הסכים להרוב צריך לחתום עמהם כו' עכ"ל ובאמת כן מבואר בירושלמי סנהדרין פ"ג ה' יו"ד דאמר ר' יוחנן כופין את המחייב שיכתוב זכאי כו'. ועיין במראה הפנים בד"ה אמר ר' יוחנן כופין את המחייב שיכתוב זכאי כו' שכופין אותו לחתום עמהם ע"ש וזהו סברת התוס' בב"ק ד' כ"ז ד"ה קמ"ל כו' דמיעוט דיינים חשוב כמי שאינו דמחוייבים לחתום כנ"ל ובמק"א הארכתי בכ"ז:

סימן כא

בש"ך הביא בשם הירושלמי דקדושין וגיטין דר' יוחנן ס"ל אונסא כמאן דלא עבר לחד גירסא והכריע דהעיקר הוא כגי' כמאן דלא עבד בדלית והקצה"ח שם הקשה מהא דתנן ס"פ התקבל כולכם חתומו מת א' מהם הגט בטל ור' יוחנן ס"ל דשנים משום עדים וכולם משום תנאי א"כ הא נתקיים התנאי ע"י אונס וע"כ העיקר כהגירסא דלא עבד בדלית:
ולענ"ד נראה לחלק דשאני היכא דהתנה לקדשה ע"מ שיכניסנה ביום פ' כמבואר בירושלמי שם והי' עיקר התנאי בדבר שבידו ע"כ שייך לומר בזה דאונסא כמאן דקיים תנאו דדוקא היכא דעבר על התנאי נתבטל התנאי ולשון עבר לא שייך רק היכא דעבר

במזיד וכה"ג אבל לא על אונס ועיין בשבת ד' ל"ח ע"א תוס' ד"ה עבר ושהה כו' אכן היכא דעיקר קיום תנאי לא הוי דבר בידו כמו התם בכולכם כתובו דעיקר קיום התנאי לא הוי דבר בידו רק ביד העדים אם יחתמו. ובוודאי אם לא ירצו לחתום בטל הגט אף דזה לא הוי בידו רק ביד העדים ולא שייך בזה לומר אונסא כמאן דקיים התנאי כיון דעיקר התנאי הי' בזה דאם לא ירצו לחתום הגט בטל. ע"כ ה"ה במת א' מהם כיון דאם לא ירצו לחתום הגט בטל אף דז"א ביד המגרש ה"ה במת א' מהם כיון דעיקר התנאי הוי על דבר דאינו בידו וברור ופשוט אבל לדינא עיקר כהגירסא דאונסא כמאן דלא עבד בדלית כמש"כ הש"ך:

סימן כב

(סעי' א' בהג"ה) ב"י כן נוהגים דכל מה שאדם מקבל לפני ראשי העיר שלא יוכל לחזור בו ועיין ביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק יו"ד וסי' קס"ג ס"ק ק"ג ובסי' כ"ד ס"ק י"א מזה:

ענף א:

ואכתוב כאן מה שהשבתי לרב גדול א' שהקשה לי על מש"כ בספרי ח' יו"ד סי' ג' בהא דדברי הקהל א"צ קנין דאין זה רק במתנה שנותנים להיחיד אבל היכא שקונים איזה דבר או שכרו לא' שיהי' ש"ץ להם. בזה כיון דהיחיד יכול לחזור בו דהא רק במה דשייך לציבור נמסר הרשות להם לעשות מה שירצו ויש להם זכות וכח דדבורם לבד יהי' חשוב כמו קנין אבל במה דשייך להיחיד אין להם כח ורשות על מה דשייך להאחר וכיון דהיחיד יכול לחזור ע"כ גם הציבור יכולים לחזור זהו קוטב דברי שם:

וע"ז הקשה לי רב גדול א' מהא דמבואר בהגהות מרדכי בב"מ פ"ו דרבים ששכרו מלמד אין יכולין לחזור בהם וגם כתב עוד שם דנהגו דכל מה שנעשה בפני רבים א"צ קנין במקום שיחיד צריך קנין ע"ש בהגמ"ר אלמא דאף מה דשייך ליחיד מ"מ חל דין קנין א"כ זהו דלא כמש"כ בספרי והגמ"ר הובא בבאר הגולה בח"מ סי' של"ה וכן יש להקשות על מש"כ בספרי מהא דמבואר בח"מ סי' כ"ב סעי' א' בהג"ה דכל מה שמקבל לפני ראשי העיר לא יוכל לחזור בו אלמא להדיא דאף על היחיד בשלו חל דין קנין אם קיבל זה בפני טובי העיר ויש הרבה להעיר בכ"ז. והעיקר מה שנלע"ד בזה דהא מצינו דטובי העיר דינם כמו נשיאי העדה וכדין בד"ח כמבואר בסי' ב'. ומבואר שם בשם המהרי"ק דזהו דוקא בתקנה כללות [רק יזהרו מאד שלא יהי' נגד ד"ת וחוקי אדונינו הקיר"ה כי דינא דמלכותא דינא כדכתיב אני פי מלך שמור וכמו שהארכתי בכ"ז במק"א]. אבל להפקיע מאחד וליתן לחבירו אינם יכולין וכיון דדינם הוא בתורת מעשה בד"ח ע"כ

אין זה שייך רק היכא שאינן נוגעין בדבר זה והוי שם ב"ד כשר עליהם ולכן מעשיהם קיימין כמו תורת ב"ד דילפי מקראי בגיטין ד' ל"ו ע"ב שנאמר וכל אשר לא יבא כו' או מן אלה הנחלות [רק באופן שיהי' בהסכם כולם וע"פ הרשות וחוקי אדונינו הקיר"ה כנ"ל]. משא"כ היכא דהוי נוגעין בדבר אז אין עליהן תורת ב"ד כשר דהא נוגע מיפסיל לדין וע"כ אין להם רשות בדבר השייך להיחיד שאין כוונתם רק לטובתן עצמיות:

ולכן אתי שפיר הא דסי' כ"ב דהיחיד מקבל לפני זט"ה איזה ענין דכיון דאין זה לטובת הציבור ואינן נוגעין בזה. ע"כ כחם אלימא טובא שיהי' חל הקנין במה שמקבל לפניהם כי דין בד"ח להם. ואף דבמה דהוי הפקעת ממון של יחיד אינן יכולין כנ"ל עכ"ז זהו דוקא בע"כ של חבירו אבל אם היחיד מתרצה וקיבל בפניהם מרצונו הטוב על איזה ענין בזה מהני קבלתו לפניהם כ"ז שאינן נוגעין בדבר וכל ציבור במקומו כו' וכמש"כ הרשב"א ומרדכי והובא בסמ"ע סי' ב' ס"ק יו"ד:

אבל בנידון מה שכתבתי שם בספרי גבי ש"ץ ששכרו הציבור דהוי הציבור נוגעין בדבר דזהו טובתם כי יש להם הנאה מהש"ץ וכמש"כ הט"ז באו"ח סי' נ"ג ס"ק י"ד שכתב הטעם דלכן שכירות החזן חציו לפי ממון משום דיש להם הנאה ממנו שקולו ערב כו' ע"ש. וכיון דזהו להנאתם ותועלתם ע"כ מקרי הציבור נוגעים בדבר ואינן יכולין לעשות דין קנין ע"פ הדיבור בלבד בלא מעשה הקנין ורק במה שמתחייבים הציבור א"ע אף דלא הוי רק דיבור לבד זה מהני משום דברי הקהל א"צ קנין וכמבואר בתשובת הרא"ש והובא בח"מ סי' קס"ג והובא בתשובת מהרשד"ם סי' ש"ע ע"ש:

אבל במה שנוגע לאיזה חיוב לחבירו בזה אינם יכולים לחייבו בדיבורו לבד כ"ז שהם נוגעים בדבר וע"כ יכול הש"ץ לחזור בו דאף דדברי הקהל א"צ קנין אין זה רק במה דמחייבים א"ע אבל לא דיחול עי"ז החוב על היחיד. ולכן בהא דהגהות מרדכי הנ"ל ובהא דח"מ סי' של"ה גבי רבים ששכרו מלמד כנ"ל שפיר חל החיוב עליו ג"כ שלא יחזור בו כיון שקיבל עליו ללמוד עם בני העיר בפני הרבים ובזה לא הוי הרבים נוגעים בזה כי זהו מוטל עליהם לשכור מלמד לבני העיר כמבואר ביו"ד סי' רמ"ה וסוף סי' רמ"ט דזהו חוב על אנשי העיר וגם ללמוד עם בניהם בעצמם אין זה הנאת הגוף וכמבואר בנדרים ד' ל"ה דהמודר הנאה מותר ללמד בניו מקרא ג"כ והובא ביו"ד סי' רכ"א סעי' ב' ובפרט די"ל דמיירי התם בבני העיר ולא מן בנים שלהם וכיון דלא הוי הציבור נוגעים בזה ע"כ שפיר חל התחייבות על האחר שקיבל בפני הרבים בדיבורו לבד אף בלא קנין משום דכח הרבים הוי עליהם תורת מעשה בד"ח דאלימי זכותם וכחם יפה. משא"כ היכא דהוי נוגעים דהוי להנאתם וטובתם אז אין דינם כב"ד להיות אלים כחם שיחול עי"ז הקנין על

האחר. ולפ"ז בהנידון שכתב כת"ר דהרבים שלחו לקנות יי"ש דאף דהיחיד קיבל ע"ע לתת להם היי"ש עכ"ז כ"ז דלא עשו דרכי הקנין לא קם היי"ש משום דמה דהוי לצורכם אין דינם כמו בד"ח משום דהתורה פסלם לב"ד נוגעים:

סימן כב ענף ב:

וראי' לזה מהא דב"ב ד' ק' ע"א דרבים שבירורו דרך לעצמם מה שבררו בררו ומקשי עלה ור"א רבים במאי קנו לי' ופי' הרשב"ם וכי בדיבורו קני לה. אלמא להדיא דיחיד שנתן מתנה לרבים לא קנו ע"י דיבור לבד ואף בקיבל כן בפני הרבים כדמשמע התם בהלשון של המשנה דאמרו נטלה ונתן להם כו' דאל"כ הא ה"מ שם לשנויי דמיירי שם שקיבל ע"ע כן בפני הרבים ומדלא אמרו כן מוכח דלא מהני זה אם זהו לתועלתם והנאתם:

ולכאורה י"ל דלר' יהודה דס"ל בנדרים ד' מ"ח דהכוהב חלקו לנשיא א"צ לזכות משום דיפה כח הנשיא לפ"ז י"ל דה"ה בציבור אבל ז"א דהא קיי"ל כרבנן דפליגי על ר' יהודה וס"ל דאף כותב חלקו לנשיא צריך לזכות א"כ ודאי ה"ה בציבור וגם אליבא דר' יהודה יש לחלק בין נשיא לציבור וידעתי דיש לחלק בין אם היו הרבים במקום א' ובמקום הקבוע להם אך מדלא משני דהי' כן ומקשה בפשיטות רבים במאי קנו לה שפיר מוכח כנ"ל: ובב"ב ד' גבי בני העיר שנגנב ס"ת כו' דליסלקו בי תרי כו' ופי' הרשב"ם דליסלקו ע"י קנין ע"ש ואי נימא דמן יחיד לרבים הוי ג"כ בכלל דברי הקהל א"צ קנין א"כ קשה דל"ל שם לקנין הא אף בלא קנין מהני משום דהוי הקנאה מן יחיד לרבים ומוכח כמש"כ דהיכא דהוי להנאתם אין כחם יפה:

אכן לפמש"כ במק"א לתרץ קושיות הקצה"ח בסי' ל"ז ס"ק יו"ד שהקשה על הרשב"ם הנ"ל דל"ל קנין הא זוכה בדיבור כיון שהוא ת"י וכתבתי לתרץ די"ל דשא"ה דהוי בלשון סילוק דו"ד אין לי כו' דזהו לשון גרוע וע"כ לא מהני בלא קנין ולכן א"ש דברי הרשב"ם על נכון דהא לישנא דליסלקו בי תרי כו' משמע דמיירי בלשון סילוק והא דקאמר הש"ס כן י"ל דלרבותא קאמר כן וכמו שהארכתי בכ"ז במק"א וקנין מה י אף בלשון סילוק כמש"כ רש"י בכתובות ד' פ"ג וברא"ש שם סי' ב' ובמג"ש שם וכן מוכח בב"ב ד' מ"ג ע"א ולכן מתורץ קושיות הקצה"ח הנ"ל וקצרתי כי אכ"מ:

ולפי"ז נדחה ראייתי מן הרשב"ם הנ"ל דלכן לא שייך התם הא דדברי הקהל א"צ קנין משום דהוי התם בלשון סילוק כדקאמרי בש"ס וליסלקו כו' וכיון דהוי לשון גרוע לא מהני זה בלא קנין חליפין ממש אבל היכא דהוי לשון מתנה המועיל שפיר י"ל דאף בכה"ג שייך לדון דברי הקהל א"צ קנין אבל ראייתי דלעיל מהא דב"ב ד' ק' הוא ראיה חזקה ולפ"ז שפיר כתבתי בספרי שם דדברי הקהל א"צ קנין לא שייך רק במתנה ולא

במכירה כיון דהיחיד יכול לחזור בו ע"כ יכולים גם כן הרבים לחזור דאין קנין לחצאין: ולכן בהעובדא שכתב כת"ר בקהל שקנו יי"ש מן היחיד כיון דהיחיד יכול לחזור מהמכירה כ"ז שלא עשו הרבים קנין בהיי"ש. ע"כ אף הרבים יכולין לחזור בהם דכיון דלא נקנה החפץ להלוקח בדרכי הקנין ע"כ יכול הלוקח ג"כ לחזור ולהוציא מעותיו מהמוכר משום דאדעתא דהכי דלא יהיה חל הקנין רק לחצאין לא נתן הלוקח מעותיו וכמש"כ הרא"ש ב"מ ד' ע"ז גבי עייל ונפק אזוזי דכיון דהמוכר חוזר בו ע"כ אף הלוקח חוזר בו וכמש"כ הנתיבות בסי' קצ"ה ס"ק א' והטעם הוא מחמת הכלל דאין קנין לחצאין ובכמה דוכתי מבואר זה הכלל ולכן אף דבמה דהרבים מחייבים א"ע חל עליהם ההתחייבות אף בלא קנין כנ"ל עכ"ז כיון דהמוכר חוזר בו על מכירת היי"ש ע"כ אף הרבים יכולים לחזור כנ"ל והא דגיטין ד' למ"ד דבעל הבית בכהן אינו חוזר אבל הכהן חוזר שא"ה כמש"כ התורת גיטין שם לחלק ע"ש:

והא דפסק הרמ"א בתשובה סי' נו"ן דגם בקבלת ציבור לא' לרב עליהם דאף בלא קנין אינם יכולים לחזור ע"פ דברי הגהות מרדכי הנ"ל ג"כ הוא מהאי טעמא שכתבתי דהא כל עיקר הענין מן קבלת הרב אין זה הנאת הגוף כלל רק הנאת מצוה דלאו ליהנות ניתנו ושייך לדון ג"כ כנ"ל ועיין בכנסת יחזקאל סי' ח' גבי ש"ץ ע"ש אכן העיקר כמש"כ דהיכא דיש הנאה להרבים לא שייך זה ומש"כ החות יאיר בסי' ק"מ הובא זה בכנסת יחזקאל סי' ח' וכתב לחלק בין חזנים שלנו ויש לדון בכ"ז הרבה והנתיבות בסי' של"ג ס"ק א' בסופו כתב בשם הדרכי משה שכתב דשלשה ששכרו מלמד דא"צ קנין דכל מילי דרבים א"צ קנין והעלה דזהו רק במלמד דהוי דבר מצוה ודמי קצת לנדר שהודר ברבים וע"ד רבים עכ"ל ויש לעיין בזה הרבה והעיקר כמש"כ:

וכעין מש"כ ראיתי בנו"ב מ"ק סי' כ' שכתב בד"ה ואפילו אם ביררו כבר שהמנהג כן מ"מ בדבר שהם עצמן נוגעין בדבר אינם נקראים טובי העיר בזה ואטו טובי העיר כשרים לדון לעצמן כו' עכ"ל הנו"ב הרי שכתב הנו"ב כעין הסברא שכתבתי כ"כ גבי הא דטובי העיר דיכולין לשנות במידי דהוי רווחא להאי כו' דסי' ב' לעיל רק שקיצר בזה ובאמת זה פשוט וברור דנוגע מיפסל לדון משום דאין עליו רק שם בע"ד וכעין מש"כ התוס' בב"ב ד' ל"ה ד"ה שודא דדייני כו' ובכתובות ד' פ"ה דדיינא דמקבל אגרא לאו דיינא הוא וה"ה גבי מש"כ בענין מה שמקבל לפני טובי העיר כנ"ל ועי' לקמן בחידושי לסי' ל"ז סעי' כ"ב:

סימן כה

(סעי' ב') בש"ך (ס"ק י"ג אות ב') דכל היכא דפטור מתשלומין משום מומחה אינו פטור עד שהוא מברר שהוא מומחה ולאו כל כמיני' לומר מומחה אני ולא שייך לומר כאן הממע"ה וכדאמרו בב"ק ד' צ"ט זיל אייתי ראי' דמומחה את ואפטרך כו' והפרמ"ג ליו"ד סי' א' ס"ק ד' הקשה דאמאי מוציאין ממון מהמוחזק והא הממע"ה ואף די"ל דכאן איתרע הרוב מומחין אצל שחיטה מדלא שחט כהוגן עכ"ז ספק הוי ואין להוציא מהמוחזק בלא ראי' ונשאר בצ"ע וכן ראיתי בספר תרומת הכרי על ח"מ סי' ש"ו סעי' ז' שהקשה כן ותירץ בדוחק:

אכן לענ"ד אינו קשה כלל דהא עיקר הטעם דמומחה פטור משום דהוי אנוס וידוע בכל דיני שומרים מימרא דאיסי בן יהודה דאמר אין רואה שבועת ד' תהי' בין שניהם הא יש רואה יביא ראי' ויפטר כמבואר בב"מ ד' פ"ג ובח"מ סי' קפ"ז סעי' ב' וסי' רצ"ד ובסי' ד"ש סעי' ג' וכיון דשומר שטען נאנסו אינו נאמן להפטר במקום שיכול להתברר משום דאיכא לברורי מבררינן ועיין בקצה"ח סי' רצ"ד ס"ק ב' מזה. ע"כ בדיין מומחה או שוחט ואומן מומחה אינו נאמן לומר מומחה אני דהא יכול לברר בקל זה שהוא מומחה לכן אינו נאמן לומר מומחה אני בלא ראי' ור' יוחנן דאמר בב"ק זיל אייתי ראי' דמומחה את אזיל לטעמי' דמצינו בב"מ ד' פ"ג דס"ל לר' יוחנן כאיסי בן יהודה הנ"ל:

ועפ"ז יש ליישב מה דיש להקשות על הרא"ש ב"ק ד' צ"ט דלא הביא שם להך מימרא דר' יוחנן זיל אייתי ראי' דמומחה את כמו שהביא הרי"ף שם זה המימרא די"ל דלכן לא הביא זה הרא"ש משום דסמך על מה דפסק בב"מ פ"ו סי' י"ט כהך דאיסי בן יהודה הנ"ל וממילא ילפינן מיני' להך דינא דצריך להביא ראי' דמומחה הוא כי הכל חדא הוא ולכן שפיר כתב הש"ך הכא כן גבי דיין מומחה דאינו נאמן לומר מומחה אני בלא ראי' וכן לשיטת הרא"ש דכתב דלכן מומחה פטור משום דה"ל הקבלה מלתא יתירה ע"כ צריך בירור שהוא מומחה כיון דמצד פטור ומחילה נגעו בה א"כ הא הוי מחילה טענה גרוע ואינו נאמן בלא ראי' על טענת מחילה ופטור וע"כ לכל הטעמים אינו נאמן לומר מומחה אני בלא ראי' ועין מזה בסי' קפ"ז סעי' ג' בהגהת רמ"א שכתב דדוקא בטענת שומרין אבל בטענת פרעון והשבה כו' ובמש"כ הנתיבות שם ואין זה ענין לנ"ד ועי' בלח"מ ברמב"ם ה' שכירות פ"ג ה' א' ובמחנה אפרים על הרמב"ם הנ"ל במה שנ"ב:

(שם סעי' ב' בהג"ה) אפי' אין הרבים מסכימים מטעם א' הואיל והם מסכימים לענין הדין אזלינן בתרייהו והש"ך שם כתב דבאיסור דאורייתא לא מהני אם הם משני טעמים אך אם הם לפנינו שאני. ונראה לי להוכיח כן מירושלמי סנהדרין פ"א ה"ב גבי עיבור שנה

דחד אמר לעבר השנה מטעם א' וח"א טעם אחר וכן השלישי אמר טעם אחר דמעברין על פיהם ומקשה הירושלמי והא אין מודין מצד א' ומשני דכיון דאילין מודין לאילין כמו שכולם מודין מצד אחד דמי עכ"ל הרי דאף שזה חולק על טעמו של זה מ"מ כיון שבעצם הענין מסכימים לדבר אחד סומכין עליהם א"כ ה"ה באו"ה או בדיני ממונות ולשיטת הש"ך דמחלק בין אם הם לפנינו כו' יהי' משם סייעתא דאם הם לפנינו מקרי רבים אף דאינם מסכימים מטעם אחד. ולשיטת המהרי"ט בח"ב סי' ט' דאינו מחלק בין אם הם לפנינו או לא יהי' מזה ראי' דאף באינם לפנינו ג"כ מהני רוב אף דאינם מסכימים מטעם א' כיון דמצינו עכ"פ דאף בחולקין בהטעמים ג"כ סומכין עליהן ועיין בירושלמי בהוריות פ"א ה"א מזה:

וכן מוכח מהתוס' נדה ד' נ"ד ע"א ד"ה ולמאי דמשוה הש"ס כו' שהקשו לר"ת דפסק דימי לידתה שאינה רואה בהן אין עולין לספירת זיבתה ולפי' רש"י דימים הראויין לנדה אין עולין אין תקנה לנשים בזה"ז כו' וסיימו ומיהו לפירש"י אתי שפיר דהוא פסק דימי לידה עולין לימי ספירתה ולר"ת הא ימי נדה אין עולין אבל ימים הראויין עולין שפיר עכ"ל אלמא דאף דלרש"י הטעם מחמת דפסק דימי לידה עולין לה ולר"ת מטעם אחר דאף שפסק דאין עולין לה עכ"ז מטעם אחר לשיטתו יש להקל משום דימים הראויין עולין לה אלמא דהתם הא אין מסכימים מטעם א' וזה חולק על טעמו של זה וגם התם הא הוי חשש איסור דאורייתא אפ"ה כיון שכולם מסכימין עכ"פ לדינא להקל סמכינן עליהם א"כ מוכח מכל זה דאף באינם מסכימים מטעם א' ג"כ נחשבין לרובא אך אפשר לחלק דעדיין יש לומר דהיכא דיש מיעוט החולקים ובעינן רובא להכריע נגדם בזה י"ל דכיון דאינם מסכימים מטעם א' אינם יכולים לבטל להמיעוט דזה לא הוי רוב ליל בתרי' משא"כ התם בנידון הירושלמי ובנידון של התוס' בנדה דלכל הדיעות יש להקל זה עדיפא כיון דעכ"פ לכל השיטות ס"ל להקל ולכאורה יש להוכיח מהא דפסחים ד' כ"א וב"ק ד' קט"ז שכתבו הטעם במה דאמרו אין הכרעה שלישית מכרעת דזהו משום דהוי מטעם אחר ועיין בתוס' שם ובשבת ד' מ' בתוס' שם והנה הא דהלכה כהמכריע פי' רש"י בב"ק שם דזהו משום דאחרי רבים כו' ואין עומדין דברי יחיד במקום ב'. ומה"ט כתב בספר יד מלאכי כלל ה' אות קפ"ג דאם נחלק יחיד עם רבים דלא נפסוק בזה כהמכריע ע"ש וכיון דחזינן התם דאם הם חלוקים בהטעמים דאין הלכה כהמכריע א"כ מוכח מזה דאם הם חלוקים בטעמים דלא נחשב זה לרובא לבטל לדברי המיעוט ואף במידי דרבנן מוכח התם דלא מהני אם הם חלוקים בטעמים דהא התם מיירי במידי דרבנן. אך לשיטת הר"ת דפי' שם בפי' אחר להך דאין הכרעה שלישית ע"ש ליתא לראי' זו ועיין

ביו"ד סי' נ"ד בדרכי משה ובש"ך שם ס"ק ט' ובט"ב במ"ת ח' ח"מ סי' ג' ובבית אפרים בקונטרס הראיות סי' ל"ט ס"ק י"ג מזה: (שם סעי' ג') היה הטועה מומחה ב"ד כו' ולא קבלו אותו בע"ד או שלא היה מומחה אבל קבלו כו' וטעה בשקול הדעת כו' מה שעשה עשוי כו': א ולכאורה יש להעיר בזה דהך מילתא דאמרו בטעה בשקול הדעת מה שעשה עשוי דהוא בסנהדרין ד' ל"ג ע"פ המשנה בכורות ד' כ"ח דן את הדין כו' מה שעשה עשוי דמוקמינן דמיירי בטעה בשקול הדעת. דלולא דברי הראשונים הייתי אומר דז"א רק בקיבלו אותו הבע"ד כמו דמוקמינן בסנהדרין ד' ו' אבל במומחה ולא קבלו וכן בשלשה הדיוטות אף דדנין בע"כ מ"מ י"ל דאם טעו בשקול הדעת בטל דיניהם משום דהא קיי"ל דמה"ת בעינן סמוכים ואנן שליחותייהו דקמאי קא עבדינן כמבואר בסי' א' ובסי' ג' וזה ברור דבשקול הדעת לא מהני תפיסת הבע"ד אלא משום דהתפיסו הדיין בטעות שאני כמש"כ המהרי"ק והובא בקצה"ח ס"ק ד' וס"ק ז' ומה"ט משלם הדיין כמו כל המזיקין בדד"ג ועיין ש"ך ס"ק ט"ו וכיון דשליח שטעה אף בכל שהוא שליחותו בטל כמבואר בקידושין ד' מ"ב ובסי' קפ"ב וסי' רכ"ז א"כ הדין נותן דה"ה בהא דאמרו שליחותייהו קא עבדינן דזה לא יהא עדיפא מן שליח גמור. בין אם נימא כמש"כ הנתיבות בסי' א' דהך מילתא דשליחותייהו עבדינן זהו מה"ת ובין לשיטת כל הראשונים דס"ל דז"א רק מדרבנן וכן הדין נותן דהא לא מצי משווי לשליח למי שלא בא לעולם עדיין וע"כ העיקר בוודאי כמש"כ הראשונים דזהו רק מדרבנן:

ויהיה איך שיהיה עכ"פ לא עדיפא זה מן כל שליח גמור דאם טעה דלא שווי' לשליח בכה"ג וכעין זה מצינו בב"ב ד' קס"ה באתרא דנהיגי בפשוט ואזל שליח ועבד מקושר הוי שינוי בשליחות כיון דשינה מהמנהג וכמו דאמרו בקידושין ד' מ"ט ועיין בב"ב ד' קס"ה תוס' ד"ה באתרא דנהיגי כו' ובוודאי מה דפסק הדיין ע"פ מה שטעה בשקול הדעת וודאי אין לנו שינוי יותר גדול מזה דאם הי' מזדמן כן בשליח ממש כעין זה וודאי דנתבטל השליחות לכן הדעת נותנת דכיון דאין לנו ב"ד שיהיו יכולין לדין ע"פ ד"ת אלא עיקר כוחנו הוא ע"פ מה דאמרו שליחותייהו קא עבדינן ולכן בוודאי לא הסכימו שיהי' הדין שלנו קיים אם יטעו בשקול הדעת ונהי דלא שייך בזה לדון אשנ"ע וכמש"כ לעיל בחידושיי לסי' א' ענף ב' בטעם הדבר דאם דנו בשבת דינם דין ע"פ דברי המל"מ פ"ג ה' גניבה ע"ש. אבל בנ"ד לא שייך זה דהוי שינוי בעצם הענין מהשליחות והא דמבואר בסנהדרין ד' ל"ג בטעות בשקול הדעת דקם דינא י"ל דזה הדין אינו נוהג רק בסמוכים וכן במה דמבואר במשנה בכורות דן את הדין כו' מה שעשה עשוי אף באינו מומחה היינו משום דהא מיירי בקבלו בע"ד עליהם כמבואר בסנהדרין ד' ו' ולכן דינו כמו כל

דיין דיש לו כח לדון מה"ת ולא באנו בזה מצד שליחות וכמו שכתב הש"ך בסי' כ"ה ס"ק כ"ד דאף בלא גמיר כלל מהני קבלתו דמה שעשה עשוי אבל במי שלא קבלוהו דאין לו כח לדון רק משום שליחות דקמאי כמו מומחה או שלשה הדיוטות או אף שלשה מומחין שאינן סמוכין לכאורה יש לדון בהו דאם טעו בשקול הדעת דיהי' הדין בטל אך הרמב"ם והטוש"ע דכתבו בפירוש דמומחה אף שלא קבלו ג"כ הדין קיים אם טעו בשקול הדעת וכן כתב הרא"ש והטור והשו"ע דאף בשלשה הדיוטות הדין קיים אם טעו בשקול הדעת אלמא דלא ס"ל כמש"כ והוכיחו כן מהא דסנהדרין ד' ה' ע"א דמר זוטרא דן דינא וטעה וא"ל רב יוסף דאם קבלוך כו' ש"מ דינו דינא וכן אמרו שם ברבה בר חנה כו' בהא רב יוסף ס"ל דמה"ת בעינן ב"ד סמוכין והא דאנו דנין בבבל זהו משום שליחות דרמאי כמבואר בגיטין ד' פ"ח והובא בתוס' סנהדרין שם ד"ה ואם הי' מומחה כו' ואפ"ה ס"ל לרב יוסף דאף בלא קבלוהו ג"כ הדין קיים אף בטעה המומחה בשקול הדעת אלמא דס"ל דאף מה דאנו דנין משום שליחותייהו דקמאי דמ"מ הדין קיים אף בטעו בשקול הדעת ואפשר לומר דלכן פסק הרמב"ן כרב אחא דד"ה חד כשר והובא לעיל בש"כ סי' ג' ס"ק א' ולעיל בחידושיי לסי' ג' כתבתי לתרץ למה שהקשה הש"ך ממה שכתב הרמב"ם דשליחות של א"י עושין וכתבתי לחלק דשאני קבלת עדות וכן הוא כוונת הסוגיא דגיטין ד' פ"ח וכן הא מיירי רב יוסף שם בגיטין בדין כפי' ושאני זה כמש"כ הקצה"ח בסי' ג' אך אכתי הקשה דמנלי' להרמב"ם להכריח לפסוק כרב אחא דד"ת חד כשר אבל לפמש"כ י"ל דהרמב"ם הוכיח כן מהאי סוגיא דסנהדרין ד' ה' דס"ל לרב יוסף דיחיד מומחה שטעה בשקו"ה דדינו דין אף דרב יוסף עצמו ס"ל דשליחותייהו קא עבדינן כמבואר בגיטין הנ"ל. מזה הוכיח הרמב"ם לפרש דע"כ לא קאי רב יוסף שם אלא בדיני כפיי' ובדין קבלת עדות משום דהא מוכח דס"ל לרב יוסף עצמו כרב אחא בזה דד"ת חד כשר ולכן ס"ל לרב יוסף דאם טעה המומחה בשקו"ה דינו דין משום דאל"כ הקשה הא זה לא עדיפא מן כל דין שליח גמור ששינה כנ"ל והא דשנים שדנו אין דיניהם דין הטעם הוא כמש"כ הרשב"א והכ"מ פ"ב ה' סנהדרין דז"א אלא מדרבנן וכמש"כ לעיל בסי' ג' אך יחיד מומחה שאני. ומזה הוכיח הרמב"ם דע"כ מוכח דהא דגיטין דס"ל לרב יוסף דשליחותייהו עבדינן דז"א רק בענינים כפי שכתבתי ולא בכולי מילי והא דסנהדרין ד' ג' א"ש לשיטת הרמב"ם ה"ס פ"ו ה"ג וכן י"ל דעפ"ז הכריח רש"י לומר דהא דיחיד מומחה דן יחידי דזהו מה"ת כמש"כ בסנהדרין ד' ה' משום דאי נימא דזהו רק מדרבנן א"כ תקשה דמפני מה הוי דינו דין בטעה בשקו"ה וכמו שהקשתי ובאמת יש לומר דמאן דס"ל ערוב פרשיות כתוב כאן ובעינן מה"ת סמוכין והא דשלשה שאינן סמוכין דנין זהו

משום שליחותייהו וע"כ בטעו בשקו"ה הדעת נותנת דהדין בטל והך משנה דבכורות הא מיירי ב בלו ובכה"ג דינו קיים וכמש"כ לעיל משום דדינו כב"ד כשר מה"ת גבי זה אכן אי נימא דהא דמומחה דן יחידי זהו מה"ת ע"כ א"ש הסוגיא דהתם דס"ל דיחיד מומחה אף שלא קבלו ואף אם טעה ג"כ דינו דין ועפ"ז יש לדון הרבה במש"כ התו' שם ד"ה ואם הי"מומחה כו' והא דסנהדרין ד' ג' דאמרו אלא מעתה טעו לא ישלמו ומשמע דדינם דין אף למ"ד דאינן רק מדרבנן דאל"כ נימא דלאו כלום עבדי כמו דאמרו בטועה בד"מ לקמן ד' ל"ג יש לומר דזה א"ש לשיטת התוס' והרא"ש והוא יש חולקין בסעי' א' בהג"ה דהתם קאי לרבנן דר"מ וכן א"ש להרמב"ם פ"ו ה"ג וכפש"כ הלח"מ ה"א:

סימן כה ענף ב:

כן הי' מקום לדון לכאורה אכן כיון דחזינן דשיטת כל הראשונים אף דס"ל דכל כח הב"ד שלנו הוא רק משום דשליחותייהו דקמאי עבדינן ומ"מ כתבו דאם טעו בשקול הדעת מה שעשה עשוי בע"כ מוכח דס"ל דאין זה דומה לשליח שטעה וכן הוא באמת הדין נוטה ודלא כמש"כ לעיל משום דהא אמרו בכתובות ד' ק' שליח כדיינין וחד אמר שליח כאלמנה ופירשו התוס' והרא"ש והר"נ וש"פ דקאי על שליח ב"ד דאלים כחו טפי וע"כ אף בטעה עד שהות מכרו קיים ויש לו כח של הב"ד אלמא דמצינו דשליח של ב"ד שאני מכל שליח דעלמא וע"כ יש לומר דה"ה מה"ט אמרו במה דדנין האידנא בשליחות דקמאי דאף בטעו ג"כ הדין קיים משום דאנן שליחות דהב"ד קא עבדינן ולכן לא מבעיא למאן דס"ל שליח כדיינים וודאי א"ש ואף למ"ד דס"ל שליח ב"ד דינו כאלמנה מ"מ מודה בנ"ד דשאני כח הב"ד דכיון דיש לנו כח לדון עכ"פ ע"כ גם בדידן הדין הוא דאם טעו בשקול הדעת מה שעשה עשוי. דהא עיקר הטעם במה דאמרו בטעות דמה שעשה עשוי הוא מפני דחסו חכמים על כבוד הדיין שלא יהא לבוז ויתבטל דינו וכמש"כ האו"ת בס"ק ט' וזהו בגדר דא"כ מה כח ב"ד יפה דגיטין ד' ל"ג ומה"ט בטעו הדיינים עד שתות דמכרן קיים אך רשב"ג ס"ל דמה"ט אף ביותר משתות מכרן קיים כמבואר בכתובות ד' ק' א"כ ה"ט שייך אף בב"ד דהאידנא כיון דיש עכ"פ שם ב"ד עליהם ובש"כ בשלשה דיינים דבזה י"ל בפשיטות דאף למ"ד דס"ל שליח כאלמנה דמ"מ בנ"ד ודאי אינו דומה לשליח אלמנה דהא אמרו שם הטעם מה אלמנה יחידה אף שליח יחיד לאפוקי ב"ד דרבים נינהו אבל בנ"ד דהוי שלשה ודאי דינם כב"ד גמור מה"ת ומה"ט אמרו בסי' ק"ט סעי' ו' בהג"ה דהממונה ע"פ רשות המלך שלוחו כמותו משום דמה משלחו יחידי כו'. ועיין באה"ע ס"ס ק"ד בח"מ וב"ש אך באמת אף ביחיד מומחה שטעה ג"כ הדין הוא דאף בלא קבלו ג"כ מה שעשה עשוי כיון דשם ב"ד עליו ואזלינן בתר טעמא ולכן אין

דנין בזה לדמותו לכל דיני שליח משום דאלים כחו טפי וכן מוכח מסנהדרין ד' ג' דאמרו אלא מעתה טעו לא ישלמו אלמא דאף שלשה הדיוטות אף למ"ד דאינן רק מדרבנן ג"כ קם דינא דאל"כ נימא דלאו כלום עבדי כמבואר גבי טועה בד"מ בד' ל"ג: וכן יש לכאורה לדון בזה לפי מש"כ הר"נ בתשובה סי' מ"ד דקטנים שמכרו ביתומים מועטים לא מהני מכירתן משום דבמקום איסורא לא תקנו רבנן ומוכח מהתם דאף בהי' שוגג באיסור דרבנן ג"כ ס"ל להכלל הנ"ל דלא תקנו רבנן לתקנתם היכא דגוף המעשה עצמיות אינו כפי הדין דהא מיירי התם הר"נ בקטנים דלאו בני מזידין נינהו וכמש"כ במק"א א"כ לפ"ז יש לדון בדיין שטעה בשקול הדעת האידנא דעיקר כח הדין מה דאנו דנין הוא ע"פ שליחות דקמאי דז"א רק מדרבנן כמש"כ הראשונים והובא לעיל בחידושיי לסי' א' דהיכא דטעו בשקו"ה יהא דינם בטל משום דבמקום איסורא לא תקנו לתקנתם והא הך מילתא דטעו בשקול הדעת הוי זה מילתא דאיסורא דהא הדיין אין לו לפסוק להוציא ממון במקום שאינו מכריע בעצמו ע"פ דעתו וכמש"כ הרא"ש בפ"ד לסנהדרין סי' ו' דלא יאמר הדיין אפסוק כמו שארצה ואם עשה כן זהו דין שקר אלא אם הוא חכם גדול ויודע להכריע בראיות ברורות ונכוחות כו'. וכ"כ הטור והרמ"א בסעי' ב' וכש"כ בשקול הדעת דגם תפיסת הבע"ד לא מהני כ"ז דלא זיכהו הדיין וכמש"כ המהרי"ק והקצה"ח כנ"ל וודאי דטעות כזה הוי בכלל מילתא דאינו כפי הדין. ע"כ יש לדון האידנא לכאורה דיהא הדין שלהם בטל אם טעו בשקול הדעת משום דהא באיסורא לא תקנו רבנן:

ומזה יהי' מקום להוכיח דבהך מילתא דנתנו לנו רשות לדון האידנא דיש לנו כל הכח שהי' לדיינים שיכולים לדון מה"ת בכל דיניהם לפי דאין סברא לחלק ביניהם וכמש"כ בסי' א' כעין זה ע"ש אכן לפמש"כ בחידושיי לסי' כ"ח סעי' ט"ו גבי ב"ד שקבלו עדות שלא בפני בע"ד אם הי' זה ע"פ טעות דכיון דזה הוי טעה בדבר מצוה כו' ע"כ לא דייניגן בזה להכלל של הר"נ הנ"ל א"כ ה"ה הכא דהא מבואר דהך דין דטעה בשקול הדעת דמה שעשה עשוי זהו בלא ידע הדיין מזה ע"כ הוי טועה בדבר מצוה ולכן לא שייך בכזה הכלל של הר"נ הנ"ל וע"כ אין לסתור מזה למש"כ במק"א לדון בזה להך כלל של הר"נ הנ"ל:

סימן כה ענף ג:

ולפמש"כ לעיל דהך מילתא דטעה בשקול הדעת מה שעשה עשוי זהו משום א"כ מה כח ב"ד יפה ע"כ נ"ל דזהו אינו רק מדרבנן וכמו דאמרו בגיטין ד' ל"ג כעין זה. וה"ה במה דאמרו בח"מ סי' ק"ט דב"ד שטעו עד שתות דמכרן קיים דזהו ג"כ משום מה כח ב"ד יפה ובזה כ"ע ס"ל טעם זה כ"ז דלא טעו שתות [ועפ"ז יש לדון הרבה בסוגיא דגיטין

הנ"ל ואכמ"ל ג"כ י"ל דזה אינו רק מדרבנן וגם שם אנו דנין כן האידנא אף דאנו דנין האידנא בשליחותייהו דקמאי משום דבכ"ז לא שייך לומר דיהי' זה דומה לשליח ב"ד שטעה דמכרו בטל וכמש"כ לעיל גבי טעות בשקול הדעת וכ"כ הש"ך ס"ק כ"ט סוף אות א' דמה דקם דינא זהו מדרבנן ע"ש ועיין בסי' ג' ש"ך ס"ק א' ונתיבות סי' א' ס"ק א':

והנה האו"ת ס"ק ה' הקשה בהא דקידושין ד' ע"ד דמקשו עלה דנאמן הדיין לומר כו' דניהדר ונידייניהו דהמ"ל דמיירי בטעות בשקול הדעת והנתיבות ס"ק ח' כתב לתרץ משום דאינו נאמן להעיד שטעה כו' ולענ"ד נראה להוכיח דעד המעיד דטעה ג"כ נאמן בתו"ע דהא בסי' קכ"ו סעי' י"ד בש"ך ס"ק ס"ד שכתב דאם יש ע"א המעיד כדבריו שטעה הנותן דהיכא דלא הוי הנותן נוגע בעדות יהיה נאמן לומר שטעה אלמא דאף להעיד שטעה ג"כ נאמן להעיד א"כ מוכח דאף להעיד שטעה בחשבונו ג"כ נאמן והא גם התם יש להנותן דין מזיק שחייב לשלם כמש"כ המחבר שם דחוזר הנפקד וגובה מהנותן משום דהנותן יש לו דין מזיק כמש"כ הנתיבות שם ליישב קושיות הש"ך שם ס"ק ס"ז ואף דאם נימא דנאמן הנותן א"כ לא שייך בזה דין מזיק מ"מ הא בעת שהמחהו הנותן הי' לו אז דין מזיק להנפקד אם לא הי' לו עדים על הטעות ע"כ גם התם שייך סברת הנתיבות דהכא ומ"מ ס"ל להש"ך שם בפשיטות דיהא נאמן הנותן לומר שטעה. ובאמת לפי סברת הנתיבות הי' מקום ליישב קושיות הש"ך שם על הרמ"א די"ל דמה"ט ס"ל להרמ"א שם דאין נאמן הנותן לומר שטעה משום דאינו נאמן לומר שטעה והזיק ממון חבירו לשיטת המחבר דס"ל דחוזר וגובה מהנותן אכן מן הש"ך שם משמע דלא ס"ל כן:

ולענ"ד נראה לתרץ קושיות האו"ת ע"פ מש"כ דהא דטעות בשק"ה קם דינא זהו מדרבנן דחסו על כבוד הדיין וכמש"כ האו"ת עצמו בס"ק ט' וכמש"כ דזהו משום מה כח ב"ד יפה ע"כ י"ל דלכן אין הדיין נאמן לומר דטעה בשקו"ה. משום דהא כתב הר"ן והרשב"א בקדושין ד' ע"ד דהא דנאמן הדיין לומר לזה זכיתי בזמן שעומדין לפניו אין זה רק מדרבנן משום דאי אפשר בלא"ה וכן הא דנאמן המוכר ונאמנת החי' כו':

הגה"ה והנתיבות סי' ל"א ס"ק א' ובסי' נ"ו ס"ק י"ח כתב לכללא דהא דע"א אינו נאמן זהו משום דחשדינן לי' דיעיד בדדמי אבל היכא דמידק דייק אף ע"א נאמן. ובאמת הא מבואר בהר"ן והרשב"א דאף היכא דמדכר דכיר לי' אינו נאמן אלא משום תקנת חז"ל דתקנו התם דיהא נאמן וע"כ לא גמרינן מהתם לדוכתי אחריני ומה"ת אין סברא לחלק בין היכא דמדכר דכיר או לא ועפ"ז יש לדון הרבה במש"כ הנתיבות שם גבי הא דשליש נאמן בגט אשה אך אכמ"ל:

ע"כ הגה"ה. וכיון דנאמנות הדיין אין זה רק מדרבנן ע"כ י"ל דלכן לא מתרץ הש"ס בקדושין דמיירי בטעות בשק"ה דזה אינו דהא קיי"ל דתקנתא לתקנתא לא עבדינן כמבואר בב"מ ד' ה' ושבועות ד' מ"א. א"כ הא הך מילתא דטעות בשק"ה קם דינא אין זה רק מדרבנן ע"כ לא שייך לתקן ע"ז עוד תקנה דיהא נאמן הדיין לומר דטעה ובפרט דהענין עצמו מה דטעה אין זה דבר נכון כ"כ וכמש"כ לעיל דזה מקרי מילתא דאיסורא אך בידוע דטעה שאני] ואף דמצינו לפעמים דתקנו גם תקנה לתקנה מ"מ זה חינו רק בתורת לא פלוג א"כ הכא גבי נאמן הדיין כו' דהקשה הש"ס ניהדר ונידייני', א"כ לא שייך לומר דהתקינו להא דנאמן הדיין כו' בכל הענינים משום דתקשה ניהדר ונידייני', ולא שייך זה התקנה רק בטעה בשקול הדעת דז"א רק מדרבנן א"כ בכה"ג דלא הוי רק תקנתא לתקנתא לחוד בוודאי לא מצינו כזה וע"כ מקשה הש"ס שפיר וניהדר ונידייני' וגם הוי מילתא דל"ש הטעות בשק"ה ולידת הספק בזה:

ובלא"ה י"ל דהש"ס מקשה לרב חסדא דס"ל דהא דקם דינא זהו רק בנטל ונתן ביד א"כ לפ"ז לא בעינן לנאמנות הדיין כשהלה מוחזק והא דהקשה האו"ת דה"ל להש"ס לומר הניחא אין זה הכרח כלל וכמש"כ הש"ך בסי' מ"ב סוף ס"ק א' דדרך הש"ס להקשות סתמא אליבא דחד מ"ד ובפרט דהא מצינו בסנהדרין ד' ג' בתוס' ד"ה אלא מעתה טעו כו' דהש"ס הקשה שם סתמא למאן דמחייב בלא נטל ונתן ביד. כן ה"ה י"ל הכא במה דמקשה הש"ס סתמא וניהדר ונידייני דהקשו כן למ"ד דס"ל דבעינן נטל ונתן דוקא ולכן אין הכרח מזה להוכיח דאין הדיין נאמן לומר דטעה בשקו"ה וכמש"כ לעיל משום דמש"כ לעיל דיש לדון דלכן אין נאמן לומר בזה משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן עדיין יש לדון בזה לפי מה דמסיק הש"ס שם בשודא דדייני דיש לומר דעיקר מילתא דשודא ג"כ אינו מה"ת ואפשר דזה תלוי בפלוגתת רש"י ותוס' בפירוש שודא אם תלוי בדעת הדיין די"ל דזהו מה"ת אך להתוס' דפירשו דכל מה שירצה לעשות אף בלא הכרעה יעשה משום הפקר כו' י"ל דעיקרו אינו רק משום תקחז"ל וגם יש מקום לומר בהא דנכסי לטוביא דכתובות ד' פ"ה דהוי זה התם מה"ת דעל דעת כן נתן המתנה שיהי' תלוי בדעת הדיין לכל הפירושים ויש להאריך בכ"ז אך אכמ"ל:

סימן כה ענף ד:

ולכן י"ל דלדינא נאמן הדיין לומר שטעה בשקול הדעת ודלא כהנתיבות וכמו שהוכחתי לעיל ואף למש"כ לעיל דיש לומר דלכן לא מוקי הש"ס כן משום דאין נאמן לומר שטעה משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן עכ"ז י"ל דלבסוף דמסיק הש"ס שם בשודא דדייני ולפ"ז מוכח לומר דזהו ענין מה"ח מה שדנין שודא דאל"כ תקשה עדיין דהא הוי לי'

תקנתא לתקנתא ולכן י"ל כיון דמצינו עכ"פ דאף בדאורייתא משכחת להך תקנה דנאמן הדיין ע"כ ממילא יש לדון דלא פלוג בזה וכמש"כ לעיל ולכן אין הכרח להוכיח דלא יהי' נאמן הדיין בזה ואף דלכאורה יש לומר דאין בזה נפקותא לדינא דהא שיטת הש"ך ס"ק כ"ט דבטעות בשק"ה לא קם דינא אלא כשהוציא הממון אבל אין מוציאין הממון עי"ז וחולק על הטור והסמ"ע:

מ"מ י"ל דנפ"מ היכא דהוי תפיסה בעדים דאין מוציאין ממנו אם טעה הדיין בשק"ה לזכותו משום דיכול לומר קים לי כהטור והסמ"ע ואף לפי הכרעת הש"ך עצמו ג"כ י"ל דאם התובע הוא תפוס דאין מוציאין ממנו אם טעה הדיין לזכותו דהא עיקר סברת הש"ך הוא דמצי למימר דלמא סברא בתרא דילך אמת ואין מוציאין מהמוחזק ע"כ היכא דהוי התובע מוחזק לא שייך זה וע"כ אף להש"ך אין מוציאין ממנו משום דמצי למימר דילמא לא טעית ומעיקרא יפה דנת כו' ובתפיסה בעדים הא בעינן לנאמנות הדיין וזהו דלא כמש"כ הנתיבות בפשיטות דלשיטת הש"ך לא שייך לדון כ"ז משום דאם הלה מוחזק לא בעינן לנאמנות של הדיין משום דלפמש"כ שייך לדון כן בתפיסה בעדים אף לשיטת הש"ך וע"כ י"ל דאם התובע תפס ממנו דנאמן הדיין לומר בטעה בשקול הדעת כ"ז שלא נסתלקו מלפניו ואין מוציאין ממנו:. וסברת הנתיבות י"ל דכיון דבשקוה"ד לא מהני תפיסה כמש"כ] המהרי"ק והקצה"ח רק אם הוא ע"פ הדיין אף שטעה שאני ע"כ כ"ז דאינו תופסו ע"פ דברי הדיין לא מהני תפיסתו בעדים אם חוזר הדיין מדבריו אך זה אינו מוכרח די"ל כיון דפסק כבר הדיין לזכותו ע"כ ממילא מהני תפיסתו אף לשיטת הש"ך ועוד דהא משכחת הך תפיסה בעדים דהדיין מעיד דזה הי' ברשותו וקצרתי:

והנה בפלוגתת הש"ך עם הטור דהש"ך ס"ל דכ"ז דלא הוציאו הב"ד הממון דחוזר הדין ודלא כהטור יש לדון דאם כתבו ב"ד פסק דין דאפשר דמודה הש"ך להטור דאין חוזר בטעו בשקוה"ד דהא אמרו בשביעית פ' יו"ד ה"א דכל מעשה ב"ד אינן משמטין משום דפסק דין הוי כגבוי כמבואר בירושלמי שם בח"מ סי' ס"ז סעי' ח' וכיון דפסק דין בכתבו הוא כגבוי ע"כ י"ל דה"ה בטעו בשקוה"ד וכתבו פס"ד דכיון דהוי כגבוי הוי כמו דהתפיסו הב"ד לו וזכה כבר אך יש לומר לפי מש"כ התוס' בסוטה ד' כ"ה ע"ב ד"ה בית הלל כו' דדוקא היכא דהשעבוד של הכתובה עומד בספק בזה ס"ל דלא הוי כגבוי אבל בחוב מבורר שאני ומזה כתבתי לעיל בסי' י"ב דבשט"ח ברור הוי כגבוי ע"כ כמו כן יש לחלק הכא בפס"ד דדוקא בפסק דין ברור כמו הא דשביעית בזה אלמו כח הפסק דין יותר משט"ח דגיטין ד' ל"ז וכן הא כתבו התוס' בסוטה שם ד"ה ב"ש כו' לחלק אליבא דב"ש דדוקא היכא שעמדו הנכסים כבר בכח האשה בזה ס"ל דהוי כגבוי כולו. ע"כ יש

לחלק ג"כ כזה גבי פס"ד דדוקא בהי' כבר זכות ברור בזה הוי כגבוי אבל הכא בטעה בשקוה"ד דהוי ספק בעיקר החוב לא הוי חוב ברור ע"כ בזה אף פס"ד לא הוי כגבוי ויכול הנתבע המוחזק להחזיק הממון בידו ולכן אין לחלק בין כתבו פס"ד או לא (שם סעי' ג') בש"ך (ס"ק כ"ט אות ט') מיהו דוקא סמוכים אבל שאינן סמוכים אפילו הם מומחים והם ג' חייבים לשלם כשדנו בכפיי' כו' עכ"ל וזהו מטעם שכתב הש"ך לעיל ס"ק י"ד אות י"א דכיון שדנין בכפי' לאו אנוסין הם וחייבין וכ"כ הש"ך ס"ק ט"ו אות ג' דכיון דכופה אותם הרי אינו אנוס בדבר דל"ל לכופו עכ"ל אבל שיטת הבעל המאור דבשלשה ואית בהו חד מומחה פטורי ולכאורה מסתבר טעמו דדוקא ביחיד מומחה י"ל דחייב מפני שהגיס דעתו לדון יחידי כמו דאמרו בירושלמי אבל בשלשה וכש"כ בשלשה מומחין יש לומר דפטורים כמו דאמרו בב"ק ד' צ"ט דאומן שקלקל דמומחה פטור משום דהוי אונס ומש"כ הש"ך דכיון שדנין בכפי' לאו אנוסים הם זה קשה בסברא דהא מוכרחין הם לדון ע"פ דין דמצווים הב"ד לדון ולשפוט ואנוסים הם ע"פ מימרא דרחמנא וסברא זו כתב הרמב"ן במלחמות והובא באו"ח ס"ק ו' וכן הש"ך בס"ק כ"ט סוף אות ח' הרגיש בזה אך לפי מש"כ הנתיבות ס"ק ג' דהדיין הוי ש"ש משום פרוטה דר"י, ע"כ א"ש לדינא לומר דשלשה מומחין שטעו יהי' חייבין אם דנו בכפי' כ"ז דלא קבלינהו ובקבלינהו שאני דהוי מילתא יתירתא כמש"כ הרא"ש אבל הש"ך לא ס"ל כן כמש"כ בס"ק ט"ו ולעיל בסי' ג' סעי' ב' הארכתי בזה וכן הא קיי"ל דהוי ספיקא דדינא אי הלכה כר"י או כרבה דשומר אבידה הוי ש"ח כמבואר בסי' ע"ב סעי' ב' ובסי' רס"ז סעי' ט"ז ואפשר דכוונת הש"ך הוא דכיון דדנין בכפיי' ה"ל למידק יותר וה"ל הני מומחין כמו דאם הי' נוטלים שכר דאמרינן דה"ל למידק. דה"ה היכא שדנין בכפי' ג"כ ה"ל למידק ביותר אף אם אינן נוטלין שכר וגם י"ל דזהו בכלל מה דאמרו בסנהדרין ד' ג' כש"כ אתה נועל דלת בפני לוין דתקנת חכמים הי' שישלמו ולא חילקו בין תובע להנתבע בזה ואף דהתם מיירי בהדיוטות מ"מ י"ל דמה"ט ה"ה אף במומחין שאינן סמוכין ולא פלוג ויש להאריך עפ"ז בפי' רש"י ותוס' שם אך הש"ך בס"ק כ"ט אות ט' מחלק בין היכא דחייבין לדון מה"ת ובין היכא דאינן יכולין לדון רק מדרבנן: סימן כו:

ענף א:

ונראה לענ"ד להוכיח כשיטת הבעל המאור דבשלשה מומחין אף שאינן סמוכין פטורי מתשלומין והוא דאמרו בכתובות ד' צ"ט שום הדיינין שפחתו שתות או הוסיפו שתות מכרן בטל ואם עשו אגרת בקורת אף שוה מאתים במנה מכרן קיים והנה ע"פ דין הוא דאף פחות משתות הי' מכרן בטל כמו בדין השליח אלא משום מה כח ב"ד אמרו עד

שתות וכמו שכתב הר"נ שם ובקדושין רפ"ב ובכה"ג כ"ע ס"ל להך מה כח ב"ד יפה והא דהקשה הש"ס בכתובות ד' ק' ולית לי' לר"נ מה כח ב"ד יפה והאר"נ כו' אין זה קשה על הר"נ. והשמ"ק לכתובות שם ד"ה ה"ג א' רב הונא בר חיננא כו' הביא בשם יש אומרים דלא ס"ל כן אבל באמת העיקר כמש"כ הר"נ כנ"ל וכ"כ רע"א זצ"ל שם בגליון המשניות וכן נראה הטעם במה דאמרו דאם עשו בקורת דמכרן קיים ג"כ נראה דזהו מטעם מה כח ב"ד יפה ובזה מודו רבנן לרשב"ג וכמש"כ הרע"ב ברטנורה ע"ש דאל"כ אין זה סברא דבעשו בקורת יהי' מכרן קיים טפי וקשה דאמאי לא כתבו הפוסקים שם דהדיינים חייבים לשלם להיתומים וכן להנתבע לפי מש"כ הסמ"ע בסי' ק"ג ס"ק ו' דהא הדין נותן דכמו בטעו בשקוה"ד דחייבין לשלם לפי דע"פ דין הא לא מהני אף תפיסת בע"ד אם הוא נגד סוגיא דעלמא כמש"כ המהרי"ק והקצה"ח רק מפני שחסו על כבוד הדיין אמרו דטעות בשקוה"ד קם דינא. וכמש"כ הש"ך בס"ק כ"ט סוף אות א' דהך קם דינא זהו מדרבנן וכמש"כ האו"ת ס"ק ט' וכיון דבאמת זהו נגד הדין ע"כ אמרו שישלם אף בשלשה אף דהתם לא שייך טעם דירושלמי על יחיד דמפני שהגיס דעתו לדון יחידי כו' א"כ ה"ה בטעו הדיינים ומכרו ופחתו עד שתות והפסידו להיתומים ע"י מה שכפו אותם וירדו לנכסיהם בע"כ הדין נותן שיהיו חייבין לשלם כמו כל מזיק ממון חבירו בשוגג:

וכן יש להעיר בעשו אגרת בקורת דאף שוה מאתים במנה מכרן קיים דתקשה הא הפסידו להם הרבה נגד הדין ובאמת הא לא אשתמיט שום פוסק לומר דיהיו חייבין הדיינים לשלם התם בסי' ק"ט וכן בכולי סוגיא דכתובות ד' ק' לא הוזכר זה כלל וכמו שאמרו הכא בבכורות ובסנהדרין דמה שעשה עשוי וישלם אכן לפי שיטת הבעל המאור דס"ל דשלשה מומחין שטעו פטירי מפני דהא מומחה שטעה פטור כמבואר בב"ק ד' צ"ט רק יחיד מומחה שדן חייב משום שהגיס דעתו לדון יחידי כמו דאמרו בירושלמי ומה"ט אף שלשה הדיוטות ואית בהו חד מומחה ס"ל להבעה"מ דפטירי וע"כ א"ש במה שלא אמרו גבי ב"ד שטעו עד שתות דישלמו משום דהא בעינן שלשה בקיאים בשומא כמבואר בסי' ע"ג סעיף ט"ו ובסי' ק"ג ע"כ דינן כמו כל מומחה שטעה דפטור משום דזה מקרי אונס. אבל לפי מש"כ הש"ך להכריע כהפוסקים דדוקא סמוכים אבל שלשה מומחים חייבים אם היו בכפייה משום דלא ה"ל לדון בכפייה. א"כ תקשה דה"ל להב"ד לשלם במה שפחתו שתות ולא מבעיא אם הב"ד עצמם הן השמאים. ואף אם איו שלשה שמאים אחרים שאינן הב"ד עצמן ג"כ הדין נותן שיהיו חייבין השלשה שמאין משום מזיק והא שיטת הש"ך והפוסקים הנ"ל הוא דכיון דדנו בכפיה אינו דומה להא דב"ק דמומחה שקלקל פטור משום דשא"ה דלא היו בכפיה:

ובהא דהוסיפו עד שתות דמכרן קיים אינו קשה דאף דהלוקח סמך על הב"ד וכמש"כ הראב"ד שהובא בהר"נ שם בכתובות ד' צ"ע שכתב שכל מי שקונה מב"ד לא עלה על דעתו שיתאנה כו' ועיין ברא"ש שם בשם ר"י והוי כמו מראה דינר לשולחני וא"ל חזי דעלך קא סמיכנא וכמבואר בסי' ש"ו סעי' ו' ובש"ך שם מ"מ א"ש דהא כיון דהלוקח קונה ברצונו הטוב וזה אינו ע"י כפייה ע"כ פטורים משום דהא מומחה פטור דהוי כמו אונס ודוקא בטעות בשקול הדעת היכא דכופין להנתבע בזה ודאי להש"ך הדין הוא דאף בטעו וחייבו את התובע אף דהתובע בא מעצמו לפני הב"ד ובזה לא שייך כפייה כ"כ מ"מ הדין נותן דחייבים דכיון דאם היו טועים לחייב הנתבע שהוא ע"י כפיה הם חייבים ע"כ אין סברא לחלק בין תובע לנתבע דגם זהו בכלל כש"כ שאתה נועל דלת בפני לוין כדקאמרי בסנהדרין דף ג' ועיין בנתיבות ס"ק ט' אבל בלוקח דאין עליו שם תובע דלא שייך כן ע"כ א"ש מה דאינם חייבים לשלם להלוקח אבל בפחתו שתות תקשה כנ"ל וכן בהורידו הבע"ח דסימן ק"ט סעיף ה' גם כן תקשה כמו שכתבתי לדון בפחתו. והנה בעשו איגרת בקורת דמבואר שם דלכ"ע מכרן קיים אף מכרו שוה מאתים במנה יש לומר דאינו קשה דיהיו חייבין משום מזיק וכמש"כ לעיל משום דהרא"ש בכתובות שם פ' י"א סי' כ' כתב בזה"ל דטעמא דהכרזה הוא כיון שדקדקו ב"ד כל כך במתון ופרסום בשומא זו אין לתלות בה שום טעות עכ"ל וכוונתו הוא דזה לא מקרי טעות אלא אונס כיון שדקדקו במתון ובפרסום בשומא וכמבואר בסי' ק"ט סעי' ג' דהעיקר תלוי במה שהכריזו כראוי ובדקו יפה ודקדקו בשומא וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ז' דאם הכריזו ולא דקדקו כ"כ בשומא אין זה בשם איגרת בקורת וכ"כ שם ס"ק י"א. ע"כ י"ל דמה"ט אף שהי' זה ע"י כפיה ג"כ פטורין משום דזה מקרי אונס דכיון דהשתדלו ועשו הכל כהוגן ומה היו יכולים לעשות יותר ולכן אינו קשה על שיטת הש"ך מהא דעשו אגרת בקורת אך עדיין תקשה מהא דפחתו שתות כנ"ל, וכן קשה מהא דאמר רשב"ג שם מכרן קיים אף בלא עשו בקורת ולא קאמר שישלמו כמו דתנינין גבי טעות בשקוה"ד בבכורות דקשה אמאי לא ישלמו כיון דהי' ע"י כפיה ואף דמיירי התם בשום היתומים דאין גובין ממטלטלי רק ממקרקעי דלא משכחת ביה נשא ונתן ביד כ"כ אפ"ה הא מצינו לרשב"ג דס"ל בב"ב ד' צ"ג במוכר זרעוני גינה שאינן נאכלין חייב להחזיר ההוצאה וכן אמר שם נותן לו בושתו ובושת אורחיו ואנן ס"ל דפטור מזה משום דמקרי גרמא וכמש"כ הרשב"ם שם ועיין מזה בסי' רל"ב ובמק"א הארכתי בזה והוכחתי דאף בלא ידע המוכר מחייב רשב"ג משום גרמא א"כ מוכח מזה דס"ל לרשב"ג לדון דד"ג מכש"כ ועיין בגיטין ד' מ"א תוס' ד"ה במזיק שעבודו כו'. וע"כ יש לדון דלרשב"ג דדן דד"ג יהיו הדיינים חייבין שם

לשלם משום דד"ג כמו בטעו בשקוה"ד ועפ"ז יש לדון בסוגיא בכתובות שם ובגיטין ד' ל"ג וקצרתי וכ"ז הוא לרווחא דמילתא דהא כתב הש"ך בסי' כ"ה ס"ק מ"ה דאם כפוהו על התשלומין אין לך מזיק גדול מזה וה"ל כמו נשא ונתן וכ"כ האו"ח ס"ק א':

סימן כו ענף ב:

ולפ"ז שפיר כתב הבעה"מ וכן בפסקי הרא"ש דשלשה מומחין ומשמע אף דאינן סמוכין דפטורי מלשלם בטעו בשקוה"ד די"ל דהוכיחו כן מהא דכתובות ד' ק' דלא נזכר שם דיהיו חייבין לשלם ומתורץ קושיות הש"ך דהקשה מנלן להו כן אך לשיטת הש"ך וסייעתו שפיר יש לדון התם בכתובות גבי שום הדיינין שפחתו עד שתות דחייבין לשלם כמו בטעו בשקוה"ד. ואין לחלק דשאני טעו בשקוה"ד דשגגת תלמוד עולה זדון כמו שהוזכר זה בש"ך ס"ק ח' דזה אינו דהא חזינן דהרא"ש וש"פ והש"ך כתבו כולם לדמות הך מומחה שטעה בשקוה"ד להך דב"ק ד' צ"ט במומחה שקלקל דפטור משום דה"ל אונס ולא חילקו דשאני טעות בדין משום דשגגת תלמוד כו' רק כתב הטעם דבכפי' שאני דלא ה"ל לדון בכפיה ע"כ ה"ה התם גבי שום הדיינים שפחתו שתות כיון דהי' בכפיה הדין נותן דחייבין לשלם ודוחק לחלק דשאני התם כיון דבכל אדם הדין הוא דעד שתות הוי מחילה ואף על לכתחלה יש להסתפק אם מותר להונות חבירו פחות משתות כמבואר בסי' רכ"ז סעי' ו' משום דדרך מקח וממכר הוא בכך כמש"כ הרא"ש והטור והסמ"ע שם דז"א סברא לחלק כן דהא כתב הר"ן שם בכתובות ובריש פ"ב דקידושין דע"פ דין הי' חוזר אף פחות משתות כמו בשליח אלא משום מה כח ב"ד אמרו דפחתו שתות מכרן קיים. ויש לומר דזהו כוונת הגמרא בכתובות ד' ק' דאמרו שליח כדיינין כו' וח"א שליח כאלמנה כו' לאפוקי ב"ד דרבים נינהו היינו דכיון דרבים נינהו חסו על כבוד הב"ד ומה כח ב"ד יפה ולכן הדין נותן שישלמו כנ"ל ובאמת מש"כ לעיל להוכיח מדלא קתני בפי' שישלמו אין זה הכרח כ"כ משום די"ל דסמכו על הפשיטות בזה ומה דקתני גבי דיין שטעה בשקוה"ד דישלם י"ל משום דהוי אמינא לומר דכיון דמה שעשה עשוי ע"כ יהיה יכול הדיין לפטור א"ע ולומר יפה פסקתי ע"כ אשמועינן דישלם מביתו וכמש"כ הש"ך סברא זו בס"ק ט"ו וכ"כ הראב"ד בס' תמים דעים והובא בנתיבות ס"ק ג' אבל הכא בפתחו שתות דאין שום סברא לומר שלא ישלמו ע"כ לא איצטריך למיתני שישלמו ומה דלא אשתמיט שום פוסק לומר שישלמו ג"כ י"ל כנ"ל: וכן י"ל עוד דהא אם היה שלשה שמאים בקיאים זולת הב"ד כפי דמצינו ע"פ רוב ע"כ אז אין כאן שום חיוב תשלומין כלל לפי דהא הב"ד עצמן יכולין לומר דסמכו על אחרים ומה ה"ל למעבד יותר וכן השמאין עצמן אינם חייבין כלל משום דדינן כמו מומחה שטעה דפטור והא הם לא

עשו זה ע"י כפיה וגם הא עיקר החיוב והענין נעשה ע"י הב"ד ולא ע"י השמאין ולכן י"ל דלא כתבו חיוב תשלומין בפחתו שתות וכן הא דאמרו בכתובות שם שליח כדיינין כו' דמיירי בשליח ב"ד בע"כ מיירי דהיה שלשה שמאין אחרים דהא השליח ב"ד עצמו לא מהני שומא שלו שהוא יחידי כן י"ל במה דקתני שם שומת הדיינים דמיירי בהאי גוונא אבל היכא דהב"ד עצמן הם השמאין שפיר יש לומר דחייבין לשלם בפחתו עד שתות אך בעשו בקורת פטירי דהא חקרו ובדקו כמשפט וכמש"כ בסי' ק"ט ובסמ"ע שם והכ"מ ברמב"ם פ' י"ב וכ"כ הפירוש משניות להרמב"ם שם דאגרת בקורת הוא שיכתבו שהם הפליגו בקיום ובחקירה בכל כחם עכ"ל ומה ה"ל למעבד יותר והוי כאונס ועיין באה"ע סי' ק"ד אכן אם לא עשו בקורת שפיר יש לומר דלשיטת הש"ך וסייעתו דאם ב"ד עצמם הם השמאים דחייבין לשלם:

ג שוב ראיתי לחלק בפשיטות בין הא דטעה בשקוה"ד ובין הך דשום הדיינים ע"פ מש"כ הרמב"ם פ' כ"ב ה' מלוה ה' ט"ו ב"ד ששמו לטורף בנכסי לוקח וטעו בכ"ש מכרן בטל שהרי הן כשליח ויש להן רשות לתקן אבל לא לעות כו' והמ"מ שם הביא תשובת אלפסי שמחלק בין יתומים ובין בע"ח ואח"ז מסיק המ"מ דדברי הרמב"ם והגאונים אינן אלא דוקא בלוקח אבל לא ביורש ובע"ח עצמו והטעם מפני שאין על הלוקח מוטל לפרוע החוב הזה רק היתומים שעומדים במקום אביהם עליהם מוטל לפרוע החוב וכש"כ הבע"ח עצמו ע"כ פחתו שתות מכרן קיים דאמרינן ליה אם לא היית חפץ בשומא זו היה לך להשתדל בפרעון המלוה ולכן אין דינן כשלוחין משא"כ בטורף מלוקח דלא שייך כן ע"כ דינן כשלוחין עכ"ל המ"מ ועיין במל"מ שם: והובא דברי המ"מ בבית יוסף סי' ק"ג וכן הכריע הב"ה שם וכ"כ הסמ"ע בסי' ק"ג ס"ק ו' לחלק בין בע"ח עצמו ויתומים דעליהם הי' מוטל למכור ולשלם מנכסי אביהן ע"כ יפה כח ב"ד דעד שתות מכרן קיים משא"כ בלוקח וזה א"ש ביותר לפמש"כ האו"ת בסי' ס"ו ס"ק מ"ג דביורש מוטל עליו שעבוד הגוף לשלם כמו הלוה עצמו וכמש"כ מזה בחידושי לסי' ל"ט סעי' א' ענף א' בארוכה בזה:

והט"ז בסי' ק"ג סעי' ד' כתב לחלק בין לוה עצמו ובין יתומים דשאני יתומים דהב"ד הם אביהם של יתומים ובמקומן הם עומדים ע"כ אין על הב"ד שם שליחות משא"כ בגביות ב"ח הויין כשלוחים ואם טעו בכ"ש מכרן בטל וכ"כ הב"ח שם וכעין זה מצינו בתוס' פסחים ד' י"ג ע"א ד"ה מאי לאו כו' שכתבו א"נ גבי יתמי ב"ד עצמן הן המפקידים לכך יכול לעכב לעצמו על פיהם כו' וכ"כ התוס' בב"מ ד' ל"ב ד"ה ב"ד הדיוטות כו' ולפי סברת הט"ז והב"ח יש לומר דזהו שיטת השיטה מקובצת בכתובות ד' ק' דס"ל

בשם יש אומרים שהביאו תלמידי ר' יונה ז"ל דבפחתו עד שתות אין אנו צריכים לטעמא דמה כח ב"ד יפה ועיין בחידושי אנשי שם להר"נ ברפ"ב קדושין מזה. משום דלהטעם דב"ד אביהם של יתומים ובמקומן הם עומדים ע"כ א"ש בפחתו עד שתות דמכרן קיים דזהו דרך מקח וממכר וכמש"כ הסמ"ע בסי' ק"ט ס"ק י"ג דאין דרך העולם לדקדק בכך וכמבואר בסי' רכ"ז סעי' ו' כה"ג: ולכן לפי שיטת הט"ז והב"ח ודאי פטורים הב"ד לשלם בפחתו עד שתות דכיון דנחשבים כמו אביהן של יתומים ע"כ יש להב"ד זכות בזה כמו היתומים עצמן כמש"כ דבמקומן עומדים וע"כ פטורים מלשלם כמו אביהם והם עצמן וגם הא לא הוי בזה דין כפי' דדוקא בכפו את הנתבע ס"ל להש"ך וסייעתו דשלשה מומחין חייבים משום דלא ה"ל לדון בכפיה כנ"ל וכן בהותירו עד שתות והורידו להמלוה להנכסים ג"כ ליכא חיוב תשלומין דהא לא היה בזה דין כפיה כלל ודוקא היכא דהיה כפיה להלוה אז ממילא אין לחלק בין המלוה להלוה כמש"כ לעיל משום דזהו בכלל נעילת דלת אבל במה שב"ד מוכרין נכסי יתומים עבור תשלום חוב אביהן דאין בזה דין כפי' כלל והם כמו אביהן והם עצמן ע"כ ודאי פטירי לשלם הן בפחתו והן בהותירו להמלוה:

ועיקר דברינו מה שכתבנו לדון דהב"ד שטעו יהי' חייבין לשלם זהו לשיטת המ"מ והבית יוסף והסמ"ע דס"ל דאף במכרו נכסי הלוה ג"כ הדין הוא בפחתו עד שתות דמכרן קיים ובזה יש לדון דיהי' חייבין לשלם להלוה כמו בטעו בשקוה"ד אם דנו בכפיה וה"ה במכרו נכסי הלוה בע"כ אבל באמת יש לחלק ביניהם והוא דשאני בפחתו עד שתות דהא עיקר הטעם דמכרן קיים במכרו נכסי הלוה והיתומים לפי שיטת המ"מ והב"י והסמ"ע הוא כיון דהי' מוטל עליהם להשתדל ולמכור להנכסים כדי לקיים מצוה פריעת בע"ח ע"כ יפה כח ב"ד שיש להם כח שיהיה מכרן קיים בפחתו עד שתות ולפ"ז י"ל דמה"ט פטורים לשלם משום דדוקא בטעו בשקוה"ד כיון דלפי הדין לפי סוגיא דעלמא הלוה פטור ע"כ שפיר יכול לומר להב"ד מה לכם להזיק לי ולא היה לכם לכוף אותי ולטעות בשקוה"ד ע"כ חייבים הב"ד לשלם משא"כ בשום הדיינים שטעו כיון דהחיוב ברור מוטל על הלוה להשתדל בפרעון החוב ולמכור כדי לשלם להמלוה אם אינו חפץ בהשומא כמש"כ המ"מ והסמ"ע ע"כ אין סברא דהב"ד יהיו חייבין לשלם אם טעו בהשומא ופחתו עד שתות. ולכן לא אשתמיט איזה פוסק לומר התם דהב"ד חייבין לשלם אך אכתי י"ל דזה אינו רק בפחתו עד שתות דזהו דרך מקח וממכר ואין דרך העולם לדקדק עד שתות כנ"ל ובזה אמרו דמה כח ב"ד יפה גם להיות פטורים מתשלומין. אבל היכא דטעו בשתות ויותר דע"פ דין היה מכרן בטל רק דעכשיו אחר דנתנו החפץ הנמכר להמלוה או להלוקח

ואי אפשר למיהדר יש לומר דחייבין הב"ד לשלם וכעין המבואר בסי' רכ"ז סעיף כ"ה דאם סמכו על שומת לוי וא"א להחזיר האונאה שהלך לדרכו דחייב לשלם אך אם לוי הוא תגר ובקי בשומא ולא קיבל שכר על השומא פטור וזה אינו רק התם דלא היה זה ע"י כפיה אבל בנ"ד דהב"ד כפוהו להלוה ונתנו בע"כ להמלוה או להלוקח א"כ הא שיטת הש"ך דאם היה ע"י כפיה דחייבין משום דמה דהיו אנוסים מדרבנן לדון אין זה פוטרתן מתשלומין וה"ה במה דבעינן ב"ד לירד לנכסי הלוה ולהגבותן להמלוה גם בזה בעינן ב"ד סמוכין מה"ת והא דגובין בבבל זהו מדרבנן וכעין מש"כ הש"ך בסי' ע"ג ס"ק מ' ואף לשיטת המחבר שם זהו דוקא בבע"ח דקני משכון כמש"כ האו"ת והקצה"ח שם וגם בזה י"ל דאינו רק מדרבנן והיכא דהיה ע"י כפיה אף במה דהיה אפשר למיהדר ג"כ חייב וכמש"כ הש"ך כעין זה בסי' כ"ה ס"ק מ"ה דהיכא דכפוהו על התשלומין הוי כמו נשא ונתן ביד וכ"כ האו"ת בסי' כ"ה ס"ק א' בטועה בדבר משנה ובפרט במה שאינו נוגע בדין הוי כמו מראה דינר לשולחני דלא היה לו להראותו לאחר כמש"כ התוס' בב"ק ד' ק' ד"ה טיהר כו'] ובכפיה לא מיפטרי אף דהיו מומחין ובקיאים לשי' הש"ך:

סימן כו ענף ד:

אכן יש להוכיח דבכל גווני פטורים הדיינים לשלם מהא שכתב הרשב"א בספר תולדות אדם סי' שס"א דהא ששנינו שום הדיינים שפחתו שתות דמכרן בטל לא משכחת לה אלא א"כ חזרו בהן הב"ד והכירו שטעו בשומתן הא לאו הכי שומתן הראשונה שומא אפילו באו אחרים ואמרו שטעו בשומא דמאי חזית דסמכת אהני כו' והנה הנתיבות בסי' ק"ג ס"ק ג' הקשה ג"כ איך יבורר הטעות בהשומא הא תרי כמאה ותירץ דבדבר שאינו עדות גמור הולכין אחר רוב דיעות אבל נעלם ממנו דברי הרשב"א בתשובה הנ"ל ומה דיש להעיר הא כיון שהגידו אינן חוזרים ומגידים וזהו אינו בכלל דבר המצוי לטעות דסי' כ"ט וסי' מ"ג יש לומר בזה דשאני ב"ד דלא דיינינן בהו הך כללא דכיון שהגיד כו' משום דב"ד נאמנים אף דהוי כעין חוזר ומגיד ובפרט דאינן חוזרין ומגידין לגמרי וכמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ל' ויהיה מזה סייעתא לדברי הש"ך הנ"ל:

והא דסי' מ"ו סעי' כ"ה שא"ה כמש"כ הש"ך שם ס"ק ס"ב ואכמ"ל: והנה הר"נ בכתובות פ"ט בסוגיא שם ד' פ"ד בההוא בקרא דיתמי דתפסי תורא מיניה בע"ח אמר מחיים תפיסנא ליה ובקרא אמר לאחר מיתה תפסי דכ'הר"נ שם דלא היה להבקרא דין ע"א משום כיון שלפי דבריו שאמר לאחר מיתה תפסיה הוא חייב לשלם ליתמי ה"ל בע"ד כו' וכ"כ הרא"ש שם סי' ג' ודברי הר"נ הובא בנתיבות סי' ע"ז ס"ק ו' ובקצה"ח סי' קכ"א ס"ק ד' ולקמן בחידושיי לסי' ל"ז סעיף ה' בארתי היטב לדברי הר"נ הנ"ל ואף דיש לו

מיגו דאם לא היה אומר כלל לא היה עליו שום חיוב כלל מ"מ עכשיו דהודה ה"ל כמו בע"ד דהתורה פסלתו להעיד דרוצה עכשיו דיקויים עדותו דחבירו ישלם דאל"כ יתחייב הוא לשלם להתובע ולדבריו בע"ד הוא כו' ומש"כ שם משום דאינו ראוי לדו"ח הוא רק לפלפולא בעלמא: א"כ אי נימא דהדיינים שטעו בשומא חייבים לשלם היכא דאי אפשר למיהדר תקשה דאיך נאמנים הב"ד להעיד שטעו דהא עכשיו לפי דבריהם ה"ל שם בע"ד ואם לא יוציאו הממון מהמלוה יהיו חייבים לשלם להלוה משום דין מזיק וע"כ ה"ל כמו נוגעים בדבר והתורה פסלם הן לעדות והן להיות ב"ד. וניחא להו שהמלוה יחזיר הטעות להלוה כדי שלא יתחייבו משום מזיק ואין סברא לומר דשאני בזה דה"ל כמו מילתא דעביד לגלויי דמשמע מדברי הרשב"א דנאמנים הב"ד בזה מצד דין עדות ולכן מוכח מזה דהב"ד פטורים לשלם אף בפחתו שתות ויותר משום סברת המ"מ והב"י והסמ"ע הנ"ל דהא היה מוטל החוב על הלוה והיתומים לטרוח ולשלם להמלוה וע"כ כיון דמומחה או תגר פטור כמבואר בסי' רכ"ז סעי' כ"ה אך דהיכא דהיה ע"י כפיה כתב הש"ך הכא לחלק דחייב אבל ז"א אך היכא דנתברר דע"פ דין אלו לא היה טועה הדיין היה פטור הלוה כנ"ל אבל היכא דע"פ דין החוב ברור הוא לשלם להמלוה את החוב ע"כ אין זה דומה לכפיה דהכא גבי שקוה"ד ומיפטריי ולכן שפיר יש להב"ד דין עדים דנאמנים כמש"כ הרשב"א ומש"כ המ"מ בפ' כ"ב ה' מלוה ה' ט"ו בשם הרשב"א שם אין זה סתירה לדברינו וקצרתי ונתבאר דאף לפי שיטת הש"ך דהכא דמ"מ בהא דסי' ק"ט פטורים הב"ד לשלם בכל גווני דטעו ואף במכרו נכסי הלוה וטעו אף בשתות ויותר כיון דהיה שלשה בקיאים בשומא הן ע"י אחרים והן הב"ד עצמן ע"כ בזה כ"ע מודו כמש"כ הבעה"מ הכא דפטורים:

(שם סעי' ג' בהגה"ה) ואם היו הדיינים ג' והלכו אחר שנים שבהם הם משלמין ב' חלקים והחלק השלישי מפסיד הבע"ד וזהו מדברי הטור שם והרא"ש פ' ג' דסנהדרין והקצה"ח שם ס"ק י"ב הקשה דאמאי לא נימא בזה כל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי כמבואר בב"ק ד' נ"ג ובסי' ת"י בשלמא להך לישנא דאמרו שם דהאי כולי היזיקא עביד כו' א"ש דהא גבי דיינים לא עביד כ"א רק פלגא היזיקא אבל להך לישנא דס"ל שם דהאי פלגא היזיקא קעביד כו' ואפ"ה חייב משום דתוראי בבירך אשכחתי' א"כ ה"ה הכא שייך לדון כן משום דהא כיון שנגמר הדין אף דנסתלק השלישי יכולין השניים לגמור הדין א"כ כל גמר ההיזק נמצא בהנך שניים עכ"ל הקצה"ח ונשאר בצ"ע:

סימן כו ענף א:

ובאמת לפמש"כ האו"ת בסי' י"ח ס"ק ד' דאף דידעו היכן הדין נוטה וסילק א' מהם אינן יכולין לגמור הדין ע"ש א"כ א"ש קושיות הקצה"ח הנ"ל: משום דלפי זה לא שייך לדון הכא להסברא דתוראי בבירך אשכחתי' שכתב הקצה"ח כנ"ל אך לפמש"כ הש"ך בסי' י"ח ס"ק ה' דאחר שידעו היכן הדין נוטה דיכולים השניים לגמור הדין עי"ש ולפ"ז שפיר הקשה הקצה"ח ובוודאי אין לומר דבאמת להך לישנא דב"ק הנ"ל דאמרו דהאי פלגא היזיקא קעביד כו' ואפ"ה חייב:

דלפ"ז ה"ה בדיינים יהיו חייבין לשלם חלק הג' ע"פ סברת הקצה"ח הנ"ל דוודאי זה אינו דהא בסנהדרין ד' ל' מקשו בגמ' בפשיטות דלמ"ד זכאי משלמי דלימרו לי' אי לאו את בהדן לא הוי סליק דינא מידי והא הוי מצי הגמ' לומר דס"ל כהך לישנא דב"ק הנ"ל דאף בפלגא היזיקא עביד דיינינן להך כללא ואיך הקשו זה בפשיטות וע"כ מוכח דהי' פסיקא להש"ס דאין סברא כלל לדון בזה להך דליכא לאשתלומי מהאי כו' ולכן זה טעמא בעי כמו שהקשה הקצה"ח:

ולכאורה י"ל דבאמת מוכח מזה כיון דעיקר חיוב בדיינים שטעו דחייבין משום דינא דגרמי דבזה לא דיינינן להך דאי ליכא לאשתלומי מני' כו' ודווקא בחיוב שור ובור אמרו כן ומצינו בכמה מילי דמחלקינן בין דינא דגרמי ובין מזיק ממש כמבואר בסי' שפ"ו אבל באמת זה ליתא דהא מצינו בסי' שפ"ח סעי' ז' בהגה"ה ובש"ך שם ס"ק מ"ב בשם הגהות מיימוני פ' י"ב ה' נזקי ממון גבי שניים שפטרו החוב כו' ובשם המרדכי פ' הפרה שכתבו לדון שם גבי דינא דגרמי דמיירי שם להך דליכא לאשתלומי מהאי כו' ע"כ שפיר הקשה הקצה"ח. והנלע"ד בזה והוא דבאמת צריך ביאור למה דאמרו בב"ק שם דאף אי האי פלגא היזיקא קעביד כו' דחייב לשלם כולו משום הסברא דאנא תוראי בבירך אשכחתי' דבאמת קשה בסברא לחייבו משום זה דהא לא עשה רק פלגא היזיקא ועיין בתוס' שם ד"ה לעולם קסבר ולכן נ"ל לומר בזה דעיקר הסברא במה דאמרו דאף דלא עביד רק פלגא היזיקא אפ"ה חייב לשלם כולו אי ליכא לאישתלומי מהאי דזהו משום דינא דגרמי כיון דלולא מעשה של בורו בהפלגא היזיקא שלו לא הי' ניזק השור כלל ואיהו דגמר וגרם ההיזק וע"י גרמהו מגיע פסידא להניזק ואף דהוי ע"י פלגא היזיקא של אחר. מ"מ הא בכל גרמי הוא כן כמו באחוי אחוי וכה"ג ע"כ דיינינן בזה דכי ליכא לאשתלומי מהאי יהי' חייב לשלם כולו והעיקר הוא משום דד"ג וכעין זה מצינו בהא דב"ק ד' ס' בליבה ולבתו הרוח דס"ל לרב אשי דפטור משום דהוי גרמא בנזקין ושיטת הרמב"ם והובא בח"מ סי' תי"ח סעי' ט' דליבה ולבתו הרוח חייב אף אם אין בליבויי כדי ללבות בלתי הרוח שהרי הוא גרם וכל הגורם להזיק משלם והובא בש"ך שם ס"ק ד'

דביאר בארוכה כוונת הרמב"ם דלדידן דקיי"ל דד"ג ע"כ אף אם אין בליבויי כדי ללבות בעצמו אפ"ה חייב משום דד"ג אלמא דאף היכא דלא עביד רק פלגא היזיקא מ"מ חייב בזה משום דד"ג לשיטת הרמב"ם ואף לשיטת הראשונים דחולקים שם בזה הא טעמם הוא כמש"כ הרמב"ן בחי' בב"ב בדד"ג דלכן פטור שם לרב אשי משום דהרוח ברא את המזיק ולא הי' המזיק בעולם כלל זולת הרוח כו' ועיין בתוס' ד' כ"ו ד"ה זיקא הוא כו' ובתוס' ב"ק ד' נ"ט ד"ה ליבתה הרוח כו' א"כ מצינו עכ"פ אף בכה"ג לחייב בזה משום דד"ג ובאמת יש לדון התם גבי ליבה ולבתו הרוח להך מילתא דאי ליכא לאישתלומי מהאי כו'. אך באמת כל זה עולה בקנה אחד כנ"ל:

וב"ה מצאתי כן בהרמב"ן למלחמות בב"ק שם שכתב בזה"ל דאע"ג דליכא. למימר תוראי בבירך אשכחתי' ג"כ חייב היכא דליכא לאישתלומי מהאי אע"ג דפלגא נזקא עבד משתלם נזקו ממי שאפשר לשלם ממנו משום שאמר את גרמת לי כו' עכ"ל הרמב"ן שם. הרי להדיא שהרמב"ן הורה לנו ההסבר במה דאמרו להך כללא אף אי לא עביד רק פלגא היזיקא דזהו משום דאמר את גרמת לי וזהו משום דינא דגרמי וכמש"כ בעז"ה. והא דלא הוכיחו בש"ס ד' ק' מהך דב"ק ד' נ"ג הנ"ל דר' נתן דאין דד"ג י"ל משום דאין זה הכרח כ"כ דדלמא טעמי' כלישנא קמא דב"ק דאמרו האי כולו היזיקא עביד וי"ל דאף להתוס' דכתבו בב"ק ד' נ"ג ע"ב ד"ה הא כרבנן כו' והרשב"א שם בחידושיו דהטעם דנקטו שם בתוראי בבירך אשכחתי' זהו בדווקא ודלא כהרמב"ן הנ"ל עכ"ז י"ל דגם לדידהו עיקר החיוב בזה הוא משום דינא דגרמי והא דאמרו להסברא בתוראי בבירך כו' י"ל דכוונתם הוא ע"פ מש"כ התוס' בב"ב ד' כ"ב ד"ה זאת אומרת כו' דעיקר החיוב של דד"ג הוא היכא דההיזק נעשה מיד וכ"כ הרא"ש בב"ק פ"ט סי' י"ג. ע"כ משום הסברא דתוראי בבירך אשכחתי' יש לנו לחייב לבעל הבור לפי דההיזק נעשה ונגמר ע"י מיד משא"כ בבעל השור דהא לא נעשה על ידו ההיזק מיד רק אחר שנפל לבור לכן מחייבינן לבעל הבור משום דד"ג לפי דנפסד על ידו כיון דליכא לאשתלומי כו' וגם י"ל דמחמת דעביד פלגא היזיקא עכ"פ ובצירוף הסברא דתוראי בבירך כו' וכמו שהסבירו זה התוס' שם דמה"ט אף לרבנן דר"מ דלא דייני דד"ג דעכ"ז התם אינהו מודו דחייב משום דד"ג אבל עיקר החיוב הוא רק מחמת דע"י גרמתו נפסד עכ"פ וכמש"כ הרמב"ן בקצרה כנ"ל:

ועפ"ז א"ש כוונת התוס' בב"ק ד' נ"ג בד"ה לעולם קסבר כו' שכתבו בשם הר"י דעיקר החיוב בבור אף דפלגא נזקא עבד משום שגמר ההיזק ודומה כמו שעשאו כולו דמשמע מזה דזה אינו רק מדרבנן דהא מה"ת אין סברא לחייבו משום הסברא דדומה כמו שעשאו כולו אך לפמש"כ אתי שפיר כיון דעיקר החיוב בזה הוא משום דד"ג ובב"ב ד' כ"ב ע"ב

כתבו התוס' שם בשם הר"י דעיקר החיוב בדד"ג הוא היכא שהוא בעצמו עושה ההיזק לחבירו וכ"כ הרא"ש בפ' הגוזל סי' י"ג:

ע"כ משום הסברא דכתבו דדומה כמי שעשאו כולו דמשום זה יש לחייבו משום דד"ג ע"כ לכל הטעמים שכתבו התוס' והרא"ש שם יש לחייב לבעל הבור משום דד"ג דשייך בי' שני הטעמים שכתבו שם דהא לעיל נתבאר דגם הטעם דמיד נעשה ההיזק שייך בבעל הבור משא"כ בבעל השור לא שייך שני טעמים הנ"ל: סימן כו ענף ב:

ועדיין יש לדון בכל זה לפמש"כ הנימוקי יוסף פ' הפרה והובא בח"מ סי' שפ"ו סעי' א' בהגה"ה דדוקא באדם חייב דינא דגרמי אבל בבהמה לכו"ע פטור א"כ נסתר כל מש"כ דהא בנ"ד נעשה הגרמי ע"י בורו אך באמת א"ש דהא הש"ך שם ס"ק ה' הביא בשם הרמב"ן דכתב דשאני הא דב"ק ד' מ"ח דא' רבא דהבאיש מריחו פטור משום דהוי גרמא בעלמא דזה אינו אלא התם דהוי גרמא דריחא וממילא אתיא אבל בגרמי ע"י מעשה שורו חייב ג"כ עכ"ל. ונראה לענ"ד דכן הוא שיטת התוס' בב"ק ד' נ"ד ד"ה חמור דבור כו' שכתבו להקשות אימא חמור אתא למעט שטרות כו' ולמאן דדאין ד"ג לא מחייב אלא מדרבנן א"ש א"כ מוכח מהתוס' דס"ל דאי נימא דינא דגרמי הוא מה"ת דגם בגרמא ע"י מעשה בורו חייב וכשיטת הרמב"ן הנ"ל ע"כ הצריכו בזה קרא למעט שטרות כקושייתם אך תירצו בזה מטעם אחר א"כ מוכח מהתוס' הנ"ל דס"ל דגרמי ע"י בורו חייב וי"ל דכן הוא שיטת רש"י בב"ק ד' ל"ה ע"א ד"ה בסלע לקה דפי' מתחכך היה בסלע ולקה וצריך ביאור דאמאי לא פירש דלקה בסלע מחמת רדיפת שורו ואפ"ה מיפטר משום דהוי גרמא בעלמא וכמש"כ הנימוקי יוסף והשמ"ק בב"ק שם. אבל באמת י"ל דרש"י ס"ל כשיטת הרמב"ן והתוס' הנ"ל דס"ל דאף בגרמי הבא ע"י שורו ג"כ חייב והא שיטת רש"י דאין לחלק בין גרמא לגרמי ע"כ הוכרח לפרש דמתחכך הי' בסלע ולקה דבזה כטור לכו"ע אף לר"מ דדן דד"ג וגם י"ל דאף לשיטת הנימוקי יוסף הנ"ל דמחלק בין אדם לבהמה בדד"ג עכ"ז י"ל דבאמת הך מילתא אם חייב בגרמי בשורו ובורו או דדוקא באדם חייב דינא דגרמי דזה תלוי בפלוגתת הנך שני לישני דב"ק ד' נ"ג הנ"ל דללישנא קמא דאמרו בפשיטות שם אי קסבר האי פלגא היזיקא עבד כו' אידך ריבעא נפסיד דס"ל דגרמי אינו חייב רק באדם דווקא אבל לישנא ב' דס"ל דאף בפלגא היזיקא חייב בעל הבור וע"כ טעמו כסברת הרמב"ן הנ"ל דכתב דאת גרמת לי משום דבגרמתו נפסד עכ"פ. ובזה גופא פליגי הנך לישני ולכן א"ש הא דב"ק ד' מ"ח דאמר רבא דהבאיש מריחו פטור משום דה"ל גרמא כו' דטעמו הוא כמש"כ הנ"י דלא דיינינן דד"ג רק באדם וי"ל דרבא אזיל לטעמי' דאמר בב"ק ד' נ"ג בלישנא קמא דדוקא אי כולי היזיקא עביד חייב משמע

דבפלגא היזיקא עביד לא הי' חייב אף דיש התם דד"ג ואף דרבא ס"ל דד"ג כמש"כ הש"ך בסי' שפ"ו ס"ק א' דגרס בב"ק ד' קי"ז דאם הראה מעצמו כנשא ונתן ביד דמי עכ"ז פטור התם משום דהא ס"ל לרבא דד"ג אינו חייב רק באדם דוקא [עיין בנימוקי יוסף שם דגרס שם בב"ק רבה]. חבל עדיין יש לומר דלהך לישנא דאמר האי פלגא היזיקא עביד דעיקר טעמו הוא דס"ל דגם במעשה בורו חייב משום דד"ג וא"ש כל מה שכתבתי אף לשיטת הנימוקי יוסף הנ"ל:

ועפ"ז יש להסביר על נכון שיטת הסוברים בסי' ת"י סעי' ל"ז דהיכא דשניהם בני חיובא אלא שאחד ברח וכה"ג דאין מחייבין אותו משום ליכא לאישתלומי כו' די"ל דטעמם הוא דכיון דנתבאר דעיקר החיוב בזה הוא משום דד"ג א"כ הא בדד"ג בעינן דיהי' ברי היזיקא והתם בסי' ת"י סעי' ל"ז הנ"ל הא לא הוי ברי היזיקא בכה"ג אך באמת זה תלוי בפלוגתת הנך לישנא אי כולי היזיקא עביד או פלגא היזיקא קעביד וקצרתי. ולפי מה שנתבאר דלהך לישנא דאמר האי פלגא היזיקא עביד דעיקר החיוב לבעל הבור הוא משום דמעשה בורו גרם להפסיד ממונו של חבירו על ידי השור של חבירו כנ"ל לכן יש להסביר על נכון להא דמוכח מן הא דסנהדרין ד' ל' דלכו"ע פטורים שני דיינים לשלם חלק הג' דקשה דנימא בזה להך כללא דאי ליכא לאישתלומי כו' וכמו שהקשה הקצה"ח דלפמש"כ א"ש:

דהא מבואר בסי' שפ"ו בש"ך ס"ק ג' בשם בעה"ת דגורם דגורם פטור והקצה"ח שם ס"ק ג' הביא כן בשם תשובת מהר"ם ואף למאן דס"ל דד"ג הוא מה"ת ג"כ פטור בזה עי"ש בקצה"ח. ועיין בנו"ב מ"ק ח' ח"מ סי' ל"ז לכן א"ש הא דפטורין לשלם חלק ה"ג דהא להך לישנא דהאי כולי היזיקא עביד וודאי לא שייך התם לחייבם משום זה דהא בדיינים לא עביד כל דיין בפני עצמו לכולי היזיקא רק דיש מקום לחייבם להך לישנא דהאי פלגא היזיקא קעביד א"כ הא נתבאר דעיקר החיוב לבעל הבור הוא ע"י גרמי משום מעשה בורו דקעביד לפלגא היזיקא דנפסד חבירו על ידי מעשהו וכיון דמעשה בורו שלו גורם היזק לחבירו ע"כ דיינינן בזה לדינא דגרמי וכמו בכל גרמי אבל בדיינים הא אף פלגא היזיקא דעבדי אינו ע"י מעשיהם רק ע"י דיבורם דזה גופא אינו רק בתורת דינא דגרמי דמתעביד היזק לחבירו ע"י גרמי שלהם בפלגא היזיקא דעבדי ולכן הפלגא השני דנעשה ע"י גרמי של דיין השלישי זה מקרי גורם דגורם דהא אף השני הדיינים לא עשו מעשה כלל בזה ורק עפ"י גרמת השני הדיינים נגמר היזק הבע"ד ע"י דיין השלישי דבכה"ג כיון דזה הוי גורם דגורם דפטור כמש"כ בשם בעה"ת ובשם תשובת מהר"ם כנ"ל והא דסי' שפ"ח סעי' ז' והמרדכי פ' הפרה והגהות מיימוני פ' י"ב ה' נזקי ממון

גבי שנים שפטרו להחוב והזיקו בדיבורם דזה אינו רק משום דינא דגרמי ואפ"ה דנו שם להך דליכא לאישתלומי מהאי כו'. שאני התם דהא מבואר שם דאמרינן התם האי כולו היזיקא עבד דהא ההיזק הי' יכול להיות על ידי אחד מהם עי"ש. ע"כ שפיר דנו שם להך כללא משא"כ בדיינין דטעו דאין מקום לחייבם רק להך לישנא דהאי פלגא היזיקא עביד דנתבאר דזהו רק בתורת דד"ג וכיון דזה מקרי גורם דגורם לכן פטורין לשלם ויהי' מזה סייעתא לשיטת הסוברים דגורם דגורם פטור ומתורץ קושיות הקצה"ח על נכון:

אך עדיין יש להקשות לקושיות הקצה"ח הנ"ל על שיטת הרמב"ן דהובא בש"ך סי' שפ"ו ס"ק ג' דס"ל דאף גורם דגורם חייב. א"כ לדידי' תקשה עדיין כ"ז ולשיטת הרמב"ן תקשה זה ביותר דאף לפמש"כ האו"ת בסי' י"ח ס"ק ד' דאף בנסתלק הג' לאחר שידעו היכן הדין נוטה אינם יכולים לגמור הדין דכתבתי לעיל דלפ"ז בלא"ה אין מקום לקושיות הקצה"ח הנ"ל. דהא התם לא שייך לומר תוראי בבירך אשכחתי' אבל לשיטת הרמב"ן דס"ל במלחמות בב"ק ד' נ"ג דאף היכא דליכא תוראי בבירך כו' ג"כ דיינינן להך דליכא לאישתלומי מהאי כו' א"כ תקשה על הרמב"ן אף לשיטת האו"ת הנ"ל אכן גם זה ניחא לפי המבואר בקצה"ח סי' ת"י ס"ק ג' דלשיטת הרמב"ן בהא דאינו גובה מבשרן נגד האימורין בלא"ה א"ש קושייתו דסי' כ"ה ועיקר קושייתו תסוב לשיטת רש"י והתוס' כו' עכ"ל הקצה"ח בסי' ת"י. ע"כ שפיר יש לתרץ לקושיות הקצה"ח כנ"ל ויהי' מוכח מהם דס"ל גורם דגורם פטור וגם הא נתבאר דשיטת רש"י והתוס' דגרמי ע"י מעשה בורו ושורו ג"כ חייב כנ"ל ולכן מיושב קושיות הקצה"ח על נכון דלדינא פטורין הדיינין לשלם חלק השלישי ואין בזה שום ספק כלל:

ונלע"ד להוכיח מירושלמי שבועות פ"ו ה"ו דחייב ע"י מעשה שורו ג"כ בדד"ג וז"ל הירושלמי על מתניתין דאין נשבעין על העבדים כו' אית דבעי נישמעינה מהדא חמור או שור כו' יצאו קרקעות כו' ולא אוציא עבדים מה אלו מיוחדין שיש להן קנס יצאו עבדים שאין להן קנס אוציא עבדים ולא אוציא שטרות שיש להן קנס כו' יצאו שטרות שאין להן אונאה כו' עכ"ל ופי' הפ"מ שיש להן קנס בהמה שהזיקה האדם חייבין בעלים לשלם משום קנסא לאפוקי עבד שהזיק אין הבעלים משלמין כלום ולא אוציא שטרות שיש להן קנס פי' הפ"מ כגון המקרע שטרות חבירו וכמ"ד דחייב משום קנס עכ"ל הפ"מ:

ופירושו תמוה דהא בעבדים שאין להן קנס פירש אם העבד הזיק לאחרים ובשטרות שיש להן קנס פי' אם הזיק לשטרות א"כ אינן דומין זה לזה כלל דהא בהזיק לעבד ג"כ חייב וע"כ פירושו תמוה וגם מפני מה קרי' לי' קנס הא משכחת ג"כ ממונא בבהמה

שהזיק האדם היינו במועד אך בזה י"ל כמש"כ הרמב"ן בדד"ג שלו על מש"כ בירושלמי שם דהמקרע שטרות חייב משום קנס דלישנא דקנס לאו דוקא אך גם זה לא א"ש:
וע"כ נראה לענ"ד לפרש להירושלמי דקאמר מה אלו מיוחדין שיש להן קנס היינו אם הזיק להשור והחמור והשה ע"י שור תם דחייב פלגא נזקא קנסא משא"כ אם הזיק תם לעבד דפטור כמבואר בב"ק ד' מ"ב דבעל השור נקי מדמי עבד ובירושלמי ב"ק פ"ד ה"ה לר"ע ולכן קאמר יצאו עבדים שאין להן קנס היינו אם הזיק שור תם לעבד דפטור וע"ז מסיק ולא אוציא שטרות שיש להן קנס היינו דאם הזיק בהמה לשטרות דחייב על מעשה שורו אף בתם שהזיק לשטרות כי דינן דומה לממון ממש משום דס"ל לירושלמי דכמו דחייב במעשה עצמו על דד"ג כן חייב במעשה בהמתו על שטרות דאינן אלא דד"ג אף בתם שהזיקן והא דתקשה ע"ז לקושיות הש"ס דילן בב"ק ד' צ"ח עלה דהשורף שטרות ה"ד אי דאיכא סהדי כו' ואין לומר במאמינו דהא מודה בקנס פטור י"ל בזה דאין זה קשה וקצרתי א"כ מוכח מזה דס"ל לירושלמי דאף על מעשה שורו חייב בדד"ג:
==========
ביאור דין בספק תקנה אי מהני תפיסה:
ענף א:
===
הנה המל"מ פ' כ"א הל' מלוה בד"ה ועוד יש לחקור במה שכתבנו למעלה בקצת דברים כו' שם באה"ד כתב להוכיח מהרמב"ם פ"ד הל' גזילה הל' ז' גבי נגזל נשבע ונוטל דאם אינו יודע בבירור רק שכירו ולקיטו של בע"ב הי' שם אינו נוטל ע"י שבועות של שכירו ולקיטו וזהו איבעי' דלא איפשטא בשבועות ד' מ"ו וכתב המ"מ שם דלכן לא כתב הרמב"ם דאם תפס אין מוציאין מיד הנגזל משום דה"ל ספק תקנה ומעמידין על ד"ת ומזה הוכיח המל"מ שם דכל ספק תקנה לא מהני תפיסה מספיקא ע"ש במל"מ וכן במצ"מ פ"א הל' נחלות הל' חי"ת מזה ועי' במחנה אפרים ה' גזילה סי' ל'. ויש להקשות על כלל זה מהא דמבואר ברמב"ם הל' זכייי' ומתנה פ' י"א הל' ט"ז דשכ"מ שאמר נכסי לפלוני והיה בהם ספר תורה אם תפסו אין מוציאין מידו ואף ע"ג דמתנת שכ"מ הוא דרבנן אפ"ה מהני תפיסה אלמא דאף בספק תקנה מהני תפיסה וע"כ מוכח מזה דלאו בכל דוכתי אמרו להך כללא. ודוחק לומר דכיון דמבואר בב"ב ד' קמ"ז דמתנת שכ"מ עשאוהו כשל תורה ע"כ מה"ט מהני תפיסה אף בספק תקנתא כי זה דוחק הוא וגם בתומים בכללי תפיסה ס"ק ע"ז ע"ח כתב גבי ספק מתנת שכ"מ דלא מהני תפיסה משום דה"ל ספק תקנה ע"ש א"כ תקשה כנ"ל:

אבל באמת אינו קשה כלל משום דבלא"ה יש להעיר על כלל זה מהא שכתב הרמב"ם פ' כ"ז הל' מלוה הל' ט"ז בשטר שכתוב בו אסתרי מאה מעי כו' או מאה מעי אסתרא הולכין אחר פחות שבלשונות כו' ולפיכך כל שטר שיש בו משמע ב' לשונות כו' אינו נוטל אלא הפחות שבשתיהן ואם תפס אין מוציאין מידו אלא בראי' ברורה עכ"ל וידוע שיטת הרמב"ם פ"ג הל' עדות והובא בח"מ סי' כ"ח סעי' י"ב דעדות בשטר אינו רק דברי סופרים ועי' בש"ך שם ס"ק י"ד א"כ כשנולד ספק בשטר הוי ספק בתקנת חז"ל דהא אף שטר ברור אינו רק מדרבנן א"כ אמאי מהני תפיסה מספק אלמא דהרמב"ם גופא פסק דמהני תפיסה אף בספק תקנה ובוודאי אין סברא לפרש דהא דכתב הרמב"ם דמהני הפיסה בספק בשטר זהו רק כת"י דכשר מה"ת לכו"ע דז"א דהא סתם שטר הוי בעדים וגם בכל הפרק שם מיירי הרמב"ם שם בשטר בעדים. הגה"ה וזה זמן כביר דנתקשיתי לשיטת הרמב"ם דס"ל דעדות בשטר אינו רק מדרבנן דמאי יענה בהא דמבואר בשבועות ד' מ"ה דמקשה רבא שבועות שומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לי' ותירץ לי' רמי בר חמא דמשכחת דאפקיד בשטרא והוכיח הש"ס התם מזה מכלל דתרווייהו ס"ל המפקיד לחבירו בעדים אין צריך לחזור לו בעדים ובשטר צריך להחזיר בעדים וקשה הא לשיטת הרמב"ם לא מהני שום שטר מה"ת ואין סברא לפרש דמיירי בכת"י דזה כשר מה"ת כנ"ל. דהא שיטת הרמב"ם דיכול לטעון פרעתי נגד כת"י כמבואר בסי' ס"ט סעי' ב'. ואי דנימא דמיירי בכת"י בנאמנות א"כ אף בעדים סגי ול"ל לאוקמי בשטר וגם מה שייכות הוכחת הש"ס לפ"ז דבשטר צריך להחזיר בעדים דהא עיקרו משום נאמנות וע"כ מוכח דמיירי בלא נאמנות ויש לומר דבאמת מה"ת אינו חייב שבועת השומרים רק בשטר פקדון הנעשה בב"ד וחתמו עליו ב"ד של שלשה ובוודאי כתב הנעשה בב"ד מהני מה"ת דהאי מפיהם ולא מפי כתבם לא קאי רק על עדות ולא על ב"ד ומעשה ב"ד וודאי דכשר מה"ת ע"פ כתב וכמבואר בתשובת הריב"ש סי' ש"ץ דכתב שם דהב"ד יכולים לכתוב מעשה ב"ד על הגט מטעם דלא יהי' שמיעה גדולה מראיי' כמו בעדות החדש ושלשה שנכנסו לבקר את החולה דב"ב ד' קי"ג ע"ש וא"כ משכחת שפיר מה"ת שטר פקדון הנעשה בפני ב"ד והא דאמרו בקצרה דאפקיד בשטרא היינו משום דהא לדידן דתקנו חז"ל דמהני שטר בעדים וודאי דמשכחת לי' שפיר בכל ענייני שטר ומה"ת הוא באופן דכשר השטר כמו הנעשה בב"ד והא דהוכיחו מזה שם דהמפקיד בשטר צריך:

להחזיר בעדים היינו משום דלגבי סברא דשטרא בידי מאי בעי דמה"ט אינו נאמן לומר החזרתי בזה אין לחלק בין שטר הנעשה בב"ד לשטר הנעשה בפני עדים דהא אמרו

דמעשה ב"ד כמאן דנקט שטרא בידי' דמי ואם שטר אינו מועיל ה"ה דבפני ב"ד אינו מועיל וע"כ הוכיחו שפיר כן:

ולכאורה יש לדון דדוקא היכא דצריך ב"ד דווקא כמו לכוף להבע"ד לבוא להם לדין או בקבלת עדות וכה"ג היכא דנתחייב מתוך טענותיו כמבואר בסי' ל"ט ובסי' ע"ט דזהו מידי דצריך ב"ד דווקא. אבל היכא דבאו הב"ד מעצמן לב"ד שיכתבו לראי' אין שם ב"ד עליהם רק שם עדים ולא מהני מפי כתבם ויש לומר בזה עפ"י הא דסנהדרין דף כ"ט ע"ב האי אודיתא זימנין כתבינן כו' כנפינהו איהו כתבינן רבא אמר אפי' כנפינהו איהו לא כתבינן עד דא"ל הוו עלי דייני ומר בר רב אשי אמר אפי' א"ל הוו עלי דייני לא כתבינן עד דקבעי דוכתא כו'. ונ"ל דפלוגתייהו דרבא ומר בר רב אשי בזה גופא דרבא ס"ל דאף היכא דא"צ ב"ד אפ"ה שם ב"ד עליהם אם א"ל הוו עלי דייני דהא בכנפינהו איהו סגי בהודאה לפני סהדי אפ"ה בא"ל הוו עלי דייני ס"ל לרבא דשם ב"ד עליהם ויכולים לכתוב אף בלא צוואת הבע"ד ומר בר רב אשי ס"ל דהיכא דלא עבדי כלום בתורת ב"ד אז אין שם ב"ד עליהם אף דאמר להו הוו עלי דיינין:

והתם בשבועות ד' מ"ה רבא הוא דמקשי להא דשבועות השומרים דחייבה רחמנא היכא משכחת ותירץ לי' רמב"ם דאפקיד בשטר וע"ז אמרו מכלל דתרווייהו ס"ל המפקיד אצל חבירו בשטר כו'. ולשיטת רבא דס"ל דאף היכא דא"צ ב"ד מ"מ אם אמר להו הוו עלי דייני שם ב"ד עליהם לכתוב בתורת מעשה ב"ד ומהני מה"ת. ע"כ תירץ לו שפיר דמשכחת במפקיד בשטרא היינו היכא דמועיל שטר מה"ת:

ובמעשה ב"ד ושטר פיקדון בב"ד דזהו מועיל אף מפי כתבם ומה"ת היכא דאמר להו הוו עלי דייני ולרמי בר חמא דשם י"ל דהא משמע בב"ב ד' קע"ו דס"ל דכת"י דהוחזק בב"ד דינו כשטר גמור וא"י לומר פרעתי א"כ משכחת אליבי' ג"כ שטר מה"ת כן יש לדון וכ"ז היא לפמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק כ' דלא כהסמ"ע ע"ש וקצרתי גם יש לומר לכאורה דלכו"ע הוי שם ב"ד על שלשה היושבים בתורת ב"ד היכא דאמר להו הוו עלי דייני וציוה להם המתחייב לכתוב כמבואר בתשובת הריב"ש הנ"ל ואף דגט אין צריך שלשה כמבואר וכמש"כ הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' נ"ח ד"ה ועלה בדעתי כיון שחתומים בו שלשה כו' וכ"כ הנתיבות סי' ל"ו ס"ק ט' במה שפלפל שם נידון מה שנדרש לאשר כו' ע"ש:

בד"ה ומעתה נבוא לנ"ד כו' יע"ש מה שהביא שם בשם הריב"ש והתשב"ץ והנו"ב והעלה שם דלעולם מהני כתב ראי' הנעשה בב"ד וע"כ אין אנו צריכים למה שכתבנו דרבא לשיטתו אזיל. דבלא"ה אתי שפיר לדינא דלכו"ע הוי שם שטר ומעשה ב"ד על שטר

פקדון הנעשה בב"ד שא"ל לכתוב אמנם יש לחלק בין איסורא לממונא וכמש"כ הנו"ב שם וקצרתי ועי' בשבועות ד' ל"ז דאי' שם ונשבע על שקר פרט ללוה בשטר ועדים וזה יש ליישב בנקל ואכמ"ל:

ע"כ הגה"ה וכן מבואר בח"מ סי' מ"ב סעי' ח' דספק הנולד בשטר מהני תפיסה וקשה ג"כ דהא המחבר פסק בסי' כ"ח ג"כ דעדות בשטר אינו רק דברי סופרים ובסי' צ' סעי' ד' כתב המחבר גבי תקנת נגזל דאינו נשבע השכירו ולקיטו ונוטל הבעה"ב ולא כתב דתפיסה מהני כדרכו משום דבספק תקנה לא מהני תפיסה וכמש"כ הסמ"ע והבאר הגולה בשם המ"מ ע"ש ולפ"ז בכל ספק שטר לא תועיל תפיסה דה"ל ספק תקנה. ובוודאי אין לחלק בין התקנות כמבואר במל"מ דיליף מהך דשכירו ולקיטו הנ"ל לשארי מידי דרבנן ע"ש ודוחק לומר דשאני שטר דעקרו משום חזקה שטרך בידי מאי בעי כיון דתקנו דיועיל שטר מדרבנן א"כ לא ה"ל להניח השטר ביד המלוה דז"א דהא זה לא שייך רק בטענת פרעתי אבל לא בטוען להד"מ ובספק בעיקר החיוב: ויש לדון דלכן ס"ל להרמב"ם המובא בח"מ סי' צ"ב סעי' ח' דעה ראשונה דס"ל בחשוד דאפיק שטרא על חבירו דאינו נוטל בלא שבועה דכיון דאינו יכול לישבע מפסיד ודעה ב' ס"ל דאע"ג דאינו יכול לישבע מ"מ מוקמינן אד"ת דנוטל בלא שבועה ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ע"ש בביאור הגר"א זצ"ל ובשיטת הרמב"ם י"ל דס"ל כיון דעיקרו של שטר הוא רק מדרבנן וע"כ שבועתו מעכב הפירעון דהא לא שייך לפ"ז לומר דמעמידין על ד"ת דהא מה"ת לא מהני ולפ"ז להכרעת הש"ך בסי' כ"ח דשטר מועיל מה"ת ע"כ שפיר כתב הש"ך שם לדינא דשבועה אינה מעכב הפירעון משום דמוקמינן על ד"ת ואכמ"ל:

וכן יש להעיר בהא דכתובות ד' כ' גבי שטר דחתומין עליו שנים ומתו ובאו ב' מן השוק ואמרו כתב ידם הוא אבל אנוסים היו דה"ל הרי ותרי ולא קרעינן לשטרא ואי תפס לא מפקינן מיני' כמש"כ התוס' שם והובא בח"מ סי' מ"ו סעי' ל"ז ובש"ך שם ס"ק ק"א ולשיטת הרמב"ם והמחבר דשטר לא הוי רק מדרבנן לא יועיל תפיסה וה"ל ספק תקנתא וכן יש להעיר בזה מהא דשבועות ד' מ"ח גבי אין אדם מוריש שבועה לבניו דמאן דעביד כרב ושמואל עביד ומאן דעביד כר"א עביד ופסקו כולם דמועיל תפיסה כמבואר בסי' ק"ח הא עיקר שטר לא הוי אלא מדרבנן ומן הראוי דלא תועיל תפיסה בכ"ז ודוחק לומר דשאני שטר דיש לו סמך מקרא דדברי קבלה וכתב בספר וחתום:

וכן יש להעיר לפמש"כ כבר לתרץ דברי הרמב"ם דתמה הש"ך בח"מ סי' ג' ס"ק א' דהרמב"ם פסק כרב אחא דד"ת חד כשר והא מבואר בב"ק וגיטין וברמב"ם גופא הל' סנהדרין פ"ה דהא דדנין הודאות והלוואות בבבל משום דשליחותייהו דקמאי עבדינן

וכתבתי לתרץ דהא מבואר בתוס' ב"ב ד' מ' ד"ה קיום שטרות כו' לחלק בין קבלת עדות לקיום שטרות דהוי עד מפי עד ע"כ לכו"ע צריך ג' אף לשמואל ור"נ וכן כתב התוס' בכתובות ד' כ"ב ע"כ י"ל דאף לרב אחא דס"ל דמה"ת חד כשר אפ"ה בהודאות והלוואות דפי' רש"י בסנהדרין ד' ב' דמיירי בעדי הודאות ועידי הלוואות היינו קבלת עדות על הודאה והלוואה וכן כתב הטור בסי' א' ולפ"ז שפיר כתב הרמב"ם דהודאות והלוואות היינו קבלת עדות דזה צריך ג' מומחים מה"ת לכו"ע ובזה אתינן לשליחותייהו דקמאי עבדינן ועפ"ז יש להאריך בסנהדרין ד' ב' וג' וקצרתי:

ולפ"ז תרי ותרי המכחישות זו את זו בעדות בע"פ דבבבל דליכא סמוכים א"כ כל קבלת עדות בבבל לא הוי רק מדרבנן דהא דשליחותייהו דקמאי עבדינן אינו זה רק דרבנן כמבואר ברמב"ן ורשב"א לגיטין והובא בנתיבות סי' א' ולפ"ז יש לדון דבתרי ותרי בע"פ בבבל לא יהי' מועיל תפיסה משום דה"ל ספק תקנה דהא אם קיבלו עדות להוציא מן המוחזק ותפס התובע בפני ב"ד על סמך העדים הנ"ל לא הוי רק ספק בתקנה דהא מה"ת לא מהני קבלת עדות דבבבל רק מדרבנן וכיון דיש כת שני' המכחישין ה"ל ספק בתקנה ומבעי לן לדון להוציא מהתובע דתפס בפנינו דהא במה דדיינינן להוציא מהתופס זה הוי מה"ת דהא מה"ת חד כשר כרב אחא ולא בעי סמוכין אף מה"ת לשיטת הרמב"ם וזהו אין בגדר גזילות וחבלות כידוע ועי' בב"ק ד' ט"ו תוס' ד"ה ואי תפס לא מפקינן מיני' וברא"ש שם ואכמ"ל עכ"פ קשה בכל הנ"ל דהא ה"ל ספק בתקנה דאמאי מהני תפיסה בכל הנך. והי' אפשר לחלק בזה עפ"י מש"כ המל"מ שם דלכן פסק הרמב"ם פ"ח ה"ל חובל הל' ז' גבי איבעיא דאם עשו תקנת נגזל במסור ולא איפשטא ופסק שם דאי תפס אין מוציאין מידו וכה"ג כתב הרמב"ם פ"ז הל' חובל הל' י"ח גבי איבעיא מי מנחי מרגניתא בכספא דנשאר בתיקו ס"פ הכונס וכתב דמהני תפיסה. ואף דה"ל ספק תקנה משום דשאני התם דטוען ברי ע"כ אין לנו כח להוציא מן המוחזק אף דה"ל ספק תקנה אך בטוען שמא אמרו דלא מהני תפיסה היכא דה"ל ספק תקנה וכ"כ התומים בכללי תפיסה ס"ק ע"ז וס"ק ע"ח ע"ש וראיתי בביאור הגר"א זצ"ל על ח"מ סי' צ"א ס"ק י"ב על הך איבעיא דשכירו ולקיטו שהקשה מהא דפ"ז הלכות חובל ושו"ע סי' שפ"ח סעי' א' וכתבו ואם תפס כיס ושם הא ה"ל ספק תקנה וכן הלח"מ פ"ד הל' גזילה הל' ז' ונשארו בזה בצ"ע ע"ש ובאמת יפה תירץ זה המל"מ והאו"ת דשא"ה דטוען ברי וראיתי בתקפו כהן של הש"ך ס"ק כ"ט שהקשה ג"כ ונדחק ליישב והעיקר כתירץ המל"מ והתומים ולפ"ז אתי שפיר הא דבספק בשטר דמהני תפיסה ותרי ותרי הנ"ל דהא מיירי התם בטוען ברי וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' מ"ב ס"ק ט"ו ולכן מהני תפיסה אף דהוי ספק תקנה:

אבל גם זה הוא דוחק דהא לשיטת הרמב"ם דפסק בתקפו כהן אין מוציאין מידו והתם אף בטוען שמא מהני תפיסתו ומה"ט בכל ספיקא דדינא ס"ל להרמב"ם דמהני תפיסה אף בטוען שמא ולפ"ז ה"ה בספק בשטר דמבואר ברמב"ם דמהני תפיסה משמע ג"כ אף בטוען שמא וע"כ סתם הרמב"ם בזה ומדסתם מוכח דס"ל דאף בטוען שמא מהני תפיסה בספק תקנה כמו בשטר כנ"ל וכן בהא דשבועות גבי אין אדם מוריש שבועה לבניו דמהני תפיסה אף דטוענים היורשים שמא. ואפשר דשא"ה כיון דתפסו והוי היורשים מוחזקים ע"כ טוענין ליורשים ומקרי כמו טענת ברי' כמש"כ הרא"ש רפ"ב דכתובות דאף להוציא לא טענינן אך להחזיק כיון דתפסו טענינן להו ועיין בש"ך ח"מ סי' ע"ב ס"ק קמ"ב ובתוס' כתובות ד' ל"ו ד"ה החרשת והשוטה כו' דלהוציא לא טענינן וכן יש להעיר בהא דב"ב ד' פ"ו ובח"מ סי' ר' ש"ך ס"ק י"א גבי כור בשלשים סאה בסלע אני מוכר לך ראשון ראשון קנה מספיקא כמבואר בח"מ סי' ר' בש"ך ס"ק י"א אלמא דגם בספק ענין משיכה מהני תפיסה מספיקא וכן בסי' ר"ב סעי' י"ג גבי משוך בהמה וקני כלים שעליה דב"מ ד' ט' מהני תפיסה מספיקא כמבואר שם ואף דקיי"ל ד"ת מעות קונה ומשיכה אינו רק מדרבנן ואפ"ה מהני תפיסה ולא אמרו בזה דה"ל ספק בתקנה ולא מהני תפיסה ותקשה כנ"ל:

ענף ב:

אבל העיקר בכ"ז הוא הדרך הפשוט דלכן מהני תפיסה בספק בשטר משום דשא"ה בתקנת נגזל גבי איבעיא דשכירו ולקיטו דהוי ספק בעיקר התקנה דתקנת נגזל אם גם שכירו ולקיטו נאמן להיות נשבע ונוטל דגם בזה עשו תקנת נגזל או דלא עשו בזה כן ובאמת כ"ז דלא עשו בפירוש דגם שכירו ולקיטו יהי' נאמן בוודאי אין לנו לחדש תקנה מדעתנו כמו דאמרינן בב"ב ד' קנ"ה ובכתובות ד' ע"ו בתוס' שם דברי של אחר לא מחשב ברי וכן מוכח מתוס' כתובות ד' י"ב ד"ה רב הונא ורב יהודה כו' וכ"כ הר"נ בקידושין פ"ב בסוגיא שם ד' מ"ג דהן שלוחיו הן עדיו. א"כ מצד הדין אינו נאמן השכירו להיות נשבע ונוטל כיון דלא הוי ברי של הבע"ד רק מצד התקנה וכיון דהוי ספק בעיקר התקנה ע"כ אינו נוטל ולא מהני התפיסה מספיקא. משא"כ בספק בשטר דהא עיקר השטר וודאי מועיל מדרבנן עכ"פ ולא הוי עליו שום ספק היכא דהוי שטר כשר רק הספק הוא מצד אחר בכוונת השטר האיך הוא וע"כ לא מקרי זה ספק בתקנה:

ולומר אוקי אד"ת דהא היתה תקנה וודאית דשטר יהי' מועיל ומה"ט אמרו בכולי ש"ס גבי קיום שטרות דלא הוי רק מדרבנן והקילו רבנן בו ואף דלהרמב"ם שטר אינו רק מדרבנן מ"מ גבי קיום דהוי הספק מצד אחר אם הוי מזוייף אין זה מקרי מידי מדרבנן

וכמש"כ המהרי"ק סי' י"ז ע"ש ולכן אמרו דשטר הוי כנחקרו עדותן כ"י משום דשאני היכא דהוי ספק בענין אחר ולא בעיקר התקנה וע"כ בכל ספק הנולד בשטר וכה"ג כיון דהיתה תקנה וודאית דשטר יהי' מועיל רק דהספק הוא בענין אחר אין זה מקרי ספק בתקנה ומהני תפיסה:

ולכן אתי שפיר בשכ"מ שאמר נכסי לפלוני. ומספ"ל אי ס"ת הוי בכלל נכסי דזה לא מקרי ספק בתקנה כיון דבעצם התקנה דמתנת שכ"מ אין שום ספק כלל דהא כבר תקנו דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי רק הספק הוא מצד אחר אם הוי ס"ת בכלל נכסי או לא וודאי דמועיל בזה תפיסה וראי' מוכחת לכלל זה מהא דספק בשטר הנ"ל [וכעין זה מצינו ביו"ד סי' ק"א וסי' ק"י ובכללי ס"ס דספק אם הוא חתיכה הראוי' להתכבד בטל דהוי כמו כל ספק דרבנן משא"כ היכא דה"ל ספק בעיקר האיסור אין דומה לספק דרבנן דניזל לקולא ועיין בכללי ס"ס של הש"ך ס"ק י"ט שכתב דאין אומרים ספק דרבנן לקולא רק היכא דהספק הוא בעצמו אבל אם האיסור מצד עצמו ספק בשל תורה ומצד אחר בא לו שהוא מדרבנן כו' ע"ש. אך יש לחלק בין התם להא דהכא בספק תקנה אבל כבר הוכחתי דהעיקר גם בספק תקנה בנ"ד לחלק כעין זה]. ומה"ט אתי שפיר מה דמצינו בספק קנין משיכה דמהני תפיסה במכירה כמו בסי' ר' וסי' ר"ב דאף דמשיכה הוי דרבנן ולא אמרינן דהוי תפיסה בספק תקנה משום דשא"ה דלא ה"ל ספק בעיקר תקנה דהא ברור במתנה וכן במגבהו בחובו כמש"כ הקצה"ח סי' ר"ד דמשיכה קונה מה"ת כמש"כ התוס' בע"ג ד' ע"א ואי נימא גבי כור בשלשים סאה בסלע כו' היכא דליכא חסרון כספא דקנה וכן במשוך בהמה וקני כלים דקנה הכלים א"כ ה"ה במקח וממכר לאחר דתקנו חז"ל דמשיכה יהי' חשוב לקנין גם במכירה דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון וע"כ לא מקרי כ"ז ספק בתקנה וזה ברור ופשוט: והרמב"ם פ"א ה' נחלות ה"ט כתב דמי שנתגרשה ספק גירושין ומתה אין הבעל יורשה והובא באה"ע סי' צ' סעי' ה' ומשמע דאף היכא דהוי הבעל מוחזק אינו יורשה ומחוייב להחזיר ליורשי האשה י"ל לכאורה הטעם משום דהרמב"ם דס"ל ירושת הבעל דרבנן וכמש"כ הב"ש סי' צ' ס"ק א' א"כ ה"ל ספק תקנה ולא מהני תפיסה לשיטתו ומה"ט הראב"ד השיג עליו משום דס"ל ירושת הבעל הוי מה"ת ואוקמי אחזקת א"א ויש להאריך בזה אבל לפמש"כ דהיכא דלא נולד ספק בעיקר התקנה רק הספק הוא מצד אחר אין זה דומה לספק תקנה א"כ נסתר זה דהא כיון דהספק הוא אם נתגרשה א"כ לא ה"ל ספק בתקנה. וכן יש להעיר במש"כ הרמב"ם פ"ד ה' ערכין ה' כ"ב גבי איבעיא דערכין ד' כ"ה אשה שהקדישה שדה אחוזה וגאלה בעלה מיד הקדש והגיע יובל הרי הדבר ספק אם תחזור להאשה או לכהנים ולכן

אם קדמה האשה ותפסה אין מוציאין ממנה ואם קדמו הכהנים ותפסו אין מוציאין מהם וכתב שם הכ"מ דהרמב"ם היה לו גירסא אחרת בגמ' דאיבעיא להו הכי בעל מעמיד שדה בידה שכן יורשה או דילמא שאני בן שכן נוטל בראוי כבמוחזק כו' והא ירושת הבעל הוא דרבנן לשיטתו א"כ כיון דעיקר צד האיבעיא דיהיה הבעל מעמיד שדה בידה זהו משום דיורשה וכיון דעיקר ירושת הבעל מדרבנן א"כ ה"ל ספק בתקנה ולא הועיל תפיסה שלה וע"כ מוכח כמש"כ דז"א כמו ספק בתקנה כיון דהספק נולד מצד אחר ועי' בלח"מ שם ובמל"מ פ' ט"ו ה' טוען ה"ה ובאו"ת סי' קל"ט ס"ק ב':

ועפ"ז יש לתרץ דברי הרמב"ם ה' זכייה ומתנה פ' י"א ה' ט"ו שכתב באיבעיא דשכ"מ שאמר נכסי לפלוני דס"ת יש בו ספק אם הוא בכלל נכסים או לא לפיכך אם תפס אין מוציאין מידו והקשה הלח"מ מהא דפ' ט' הל' זכייה הלכה ד' דאם אמר השכ"מ יהנה פלוני יעמוד בהן ישען בהם ה"ז לא קנה והא זהו איבעיא דלא איפשיטא ב"ב ד' קמ"ח ולא כתב דאם תפס אין מוציאין מידו ומשמע דלא מהני תפיסה ונדחק הלח"מ ליישב אבל לפמש"כ דבספק בעיקר תקנה לא מהני תפיסה אבל היכא דהתקנה הוא ברור רק דהספק הוא מצד אחר בזה מהני תפיסה. ולפ"ז מתורץ שפיר קושיות הלח"מ משום דדוקא באמר נכסי לפלוני דבעיקר התקנה אינו שום ספק רק דהספק הוא בענין אחר כמו בהספק אי ס"ת בכלל נכסי או לא דזה הספק היה שייך להסתפק גם בבריא שנתן בקנין כל נכסיו ע"כ לא היה זה ספק בעיקר התקנה ולכן מהני תפיסה אבל בהספק דיעמוד ישען יהנה פ' זה הספק הוא אם היה תקנת שכ"מ בהנך לשונות או לא משום דבהנך לשונות דאמרו בב"ב ד' קמ"ח שכ"מ שאמר יטול יזכה יחזיק דזהו לשון מתנה המועיל וכמבואר ברמב"ם ובח"מ סי' רנ"ג סעי' ב' מבואר בח"מ שם בסעי' ג' דהנך לשונות המועיל בשכ"מ ס"ל לחד דיעה דזה אינו מועיל בבריא וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ט' לפרש דדווקא בשכ"מ דאין דעתו מיושבת עליו לדבר בלשון מתנה מבורר הקילו שלא תטרף דעתו א"כ ה"ה הך ספק דיהנה וישען ויעמיד דנסתפקו בגמ' לא שייך זה הספק רק בשכ"מ ולא בבריא משום דהא גם לשון ברור כמו יטול יחזיק כו' אינו מועיל בבריא א"כ ה"ה הך איבעיא לא שייך רק במתנת שכ"מ והספק הוא דאי תקנו דיהיה מועיל הך לישנא ג"כ בשכ"מ או דלא תקנו דיהי' מועיל זה בשכ"מ א"כ ה"ל ספק בעיקר תקנה וע"כ לא מהני תפיסה בזה ומתורץ קושיות הלח"מ הנ"ל. ועיין ברמב"ם פ"ו הל' זכייה ומתנה הל' ט' דהכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כ"ש אבדה כתובתה בין בבריא בין בשכ"מ ובב"ב ד' קל"ב איבעיא להו הך מלתא דבריא מהו ולא איפשטא ולכאורה יש לדון דהא הך מלתא דאבדה כתובתה זהו מדרבנן כמבואר התם א"כ כיון דהוי ספק

אי תקנו כן בבריא או לא א"כ לא יהיה מועיל תפיסת הבעל מספיקא דה"ל הבעל תפס בספק תקנה אך י"ל בזה דהרמב"ם דס"ל כתובה דרבנן ע"כ לא שייך בזה לומר להעמידו על ד"ת אך לפמש"כ דהיכא דאין ספק בעיקר תקנה לא שייך כן יש לדחות זה אך העיקר כמש"כ הפלאה דהרמב"ם ס"ל דניפשט האיבעיא כמש"כ באה"ע סי' ק"ו וגם י"ל דהא האשה מחוסר גוביינא והבעל הוא מוחזק מעיקרו ועיין באה"ע סי' ק"ו וב"ש ס"ק ג' ובאה"ע סי' ק"ץ וב"ש ס"ק א' וברמב"ם ה' זכייה פ"ו הל' ב' וקצרתי:

ולכאורה יש להעיר במש"כ הרמב"ם פ"ג הל' מכירה הל' יו"ד גבי איבעיא דשדה לא' ומטלטלין לאחר אי שייך בו קנין אג"ק המבואר בקידושין ד' כ"ו דאם תפס אין מוציאין וכן כתב המחבר בסי' ר"ב סעי' ג' ולפמש"כ התוס' בב"ק ד' ס"ב דאג"ק הוי קנין דרבנן א"כ ה"ל ספק בעיקר תקנה אי תקנו חז"ל בקרקע לא' ומטלטלין לאחר דיהיה שייך קנין אג"ק או לא ואפ"ה מהני תפיסה ודוחק לומר דשאני אג"ק דיש לו סמך מקרא ויתן להם אביהם ערים בצורות אך י"ל דהרמב"ם ס"ל דקנין אג"ק הוי מה"ת וכדמוכח מתוס' קידושין ד' ה' ע"א ד"ה שכן פודין כו' דכתבו דאיכא למיפרך שכן קונין מטלטלי אגבן כו' אלמא דס"ל דאג"ק הוי מה"ת וכן מוכח בתוס' ב"ק ד' ק"ד ע"ב ד"ה אגב אסיפיה דביתיה ובש"ך ח"מ סי' שס"ג ס"ק ב' ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ד':

ענף ג:

ועדיין יש להקשות על עיקר כלל זה מהא שכתב הרמב"ם ה' עבדים פ"ח גבי מוכר עבדו כו' דקנסוהו רבנן לחזור ולקנותו עד עשרה בדמיו ואיבעיא להו בגיטין ד' מ"ד במכרו לשלשים יום וחוץ משבתות ויו"ט ומכרו לישראל כו' ולא איפשטא ופסק הרמב"ם שם ה"ד והלכה ה' דאם תפס העבד מרבו אין מוציאין מידו אלמא דאף בספק תקנה מהני תפיסה והראב"ד השיג עליו משום דאין בספק קנסות תפיסה אבל מצד ספק תקנה לא פליג הראב"ד ולולא דברי המל"מ הייתי מחלק דדוקא בתקנת נגזל דה"ל קנסא כמש"כ הרמב"ם פ"ד ה' גזילה דקנס קנסו להגזלן להיות נשבע ונוטל א"כ הייתי אומר דוקא תקנה דה"ל קנסא בזה לא מהני תפיסה מספק אבל בשאר תקנת חז"ל מהני תפיסה אף בספק תקנה אך המל"מ לא ס"ל כן דהא בפ' כ"א הל' מלוה כתב לפלפל במזונת הבת היכא דה"ל ספק כמו בבת יבמה ובת שניה דספ"ד דכתובות דלא מועיל תפיסה משום דה"ל ספק תקנה ועוד נידון איזה ספק תקנה ע"ש במל"מ אלמא דהמל"מ אינו מחלק בין הך תקנה דה"ל בתורת קנס לשארי מילי דאינו משום קנס אך אף דנימא לחלק כן ודלא כהמל"מ בזה לא היה מתורץ רק מה שהקשתי לעיל אבל אכתי תקשה מהא דמוכר עבדו כו' דה"ל קנסא ועכ"ז מהני תפיסה וכן כתב הרמ"א ליו"ד הל' עבדים סי' רס"ז סעי'

פ' בשם הרמב"ם דמהני תפיסה בזה. וכעת מצאתי בתקפו כהן של הש"ך סי' ל"ט שכתב בשיטת הטור דס"ל ג"כ דהיכא דלא מחוייב רק מתקנתא דרבנן לא מהני תפיסה והקשה מהא דטור יו"ד סי' רס"ז בהנך איבעיא דמוכר עבדו כו' דכתב דמהני תפיסה והא ה"ל ספק תקנה וכתב לחלק דשא"ה כיון דעשו חז"ל סייג לתורה שלא למכור עבדו כו' ועוד איזה חילוק וכן ראיתי בנתיבות בכללי תפיסה ס"ק ד' שהביא קושיות הש"ך הנ"ל וכתב לחלק דשאני מוכר עבדו כו' כיון דהוא מטעם ביטול מצות כספק איסור דמיא ואין הב"ד מזדקקין בספק להוציא מיד העבד להביאו לידי ביטול מצות ע"ש ולפ"ז יש לתרץ דברי הרמב"ם ג"כ בהנך חילוקים הנ"ל:

אבל אכתי יש להקשות במה שכתב הרמב"ם פי"ג הל' נזקי ממון הל' י"ד גבי המוציא תבנו וקשו לרה"ר דכל הקודם זכה ואיבעיא להוא בהא דקנסו גופו משום שבחו דאי לאלתר קנסינן או לכי מייתי שבחא קנסינן כמבואר בב"ק ד' ל' וכתב הרמב"ם דמהני תפיסה כיון דלא איפשטא האיבעיא וכ"כ הטור בסי' הי"ד בשם הרמב"ם הא התם לא הוי רק קנסא דרבנן ואפ"ה מועיל תפיסה אלמא דאף בספק תקנתא מהני תפיסה:

ובפרט לפי מש"כ המל"מ בפ"ב הל' רוצח דמקלקל ברה"ר לא הוי רק מדרבנן א"כ כיון דמצינו בתקנת נגזל דקנסו להגזלן לפי דעבר על דאורייתא ממש אפ"ה במקום ספק בתקנה לא מהני תפיסה כש"כ באיסור מקלקל כמו בתבנו וקשו ברה"ר דאין בזה דררא דאורייתא וודאי מיבעי לומר דלא מהני תפיסה בספק תקנתא ותקשה על כלל הזה:

והרמב"ם בפ' ב' הל' גזילה הל' ה' מכר הגזלן כו' והשביח חוזר לבעלים ובמכרו לישראל אחר שהשביח כו' קנה השבח ואם תפס הנגזל אין מוציאין מידו וזהו איבעיא דלא איפשטא בב"ק ד' צ"ו ועיקר קניית השבח הוי משום תקנת השבים ואפ"ה אם לא תפס הנגזל אין מוציאין מהלוקח ולא מוקמינין אד"ת משום ספק תקנה אך בזה יש לחלק דשא"ה דהוי הלוקח תפוס ברשות וי"ל דמזה מוכח דתפס ברשות מועיל אף בספק תקנה משא"כ בשכירו ולקיטו דלא הוי תפס ברשות. ובתפיסה כזה כתבו דלא מהני בספק תקנה ועיין באחרונים בדיני כללי תפיסה בדין תפיסה ברשות וי"ל דכמו בטענת ברי כתב המל"מ כנ"ל דמהני התפיסה אף בספק תקנה ה"ה די"ל כן בתפס ברשות ואף דזה אינו ברור כ"כ דיהיה כדין תפיסה ברשות כיון דאין כאן תפיסה מדעת הבעלים כמבואר באחרונים עכ"ז י"ל דשא"ה כיון דהוי הלוקח תפיס בעת לידת הספק וגם הא לא תפס מרשות הבעלים אבל בהא דתבנו וקשו דכתבו דמהני תפיסה וכ"כ המחבר בסי' תי"ד סעי' א' קשה כנ"ל דהא הוי ספק בעיקר התקנה ואף דמונח ברה"ר עכ"ז הא היכא דמונח ברשותא דמ"ק קאי: ונלפענ"ד לחלק ע"פ המבואר בגיטין ד' ל"ו דמקשה הש"ס התם ומי

איכא מידי דמה"ת לא משמטת ותקנו רבנן דתשמט ותירץ אביי דשב ואל תעשה הוא ורבא משני דהפקר ב"ד היה הפקר כו' ופי' רש"י דתי' דרבא משני ג"כ לקושיא דלעיל דהקשו בגמ' שם ומי איכא מידי דמה"ת משמטא שביעית ותקון היילל דלא משמטא כו' משום דאי הפקר ב"ד היה הפקר גם זה הוא מתורץ אבל התוס' שם ד"ה מי איכא מידי וכו':

כתבו דרבא לא קאי על הך קושיא דלעיל וע"ש והרמב"ם ה' שמיטה פ"ט הל' ט"ז כתב דהא דפרוזבול מועיל זהו משום דשביעית בזה"ז דרבנן אבל אי היה מה"ת אין הפרוזבול מועיל בזה וכתב הכ"מ שם דס"ל כשיטת התוס' דרבא לא קאי לתרוצי שינוייא דלעיל משום דדוקא על הך קושיא דתקון רבנן דתשמט אף דמה"ת לא משמט כיון שאין הממון בידו הפקירו ב"ד אבל להוציא מידו שלא כד"ת לא הוי מתקני להוציא מידו ע"י הפקר כו' עכ"ל הכ"מ אך טעמו הוא דלא כדברי התוס' ועי' בב"ב ד' קע"א דאמרו שם גבי עדים מקרעין השטר וכו' בשלמא בי דינא אלימי לאפקועי ממונא כו' ופי' רשב"ם משום דהפקר ב"ד היה הפקר כו' אלמא דלא כהכ"מ ויש לחלק וכן יש להעיר על הכ"מ מהא דתקנו חז"ל כמה חובות דרבנן כמו כתובה ומזונות ודד"ג וכה"ג דכיון דלהוציא לא שייך הפקר ב"ד א"כ תקשה דמי איכא מידי דמה"ת מיפטר ויחוייב מדרבנן ויש לחלק והדברים ארוכים ול"נ לחלק באופן אחר ע"פ מש"כ הישׁ"ש פ"ז דב"ק סי' יו"ד דאי יאוש קונה מדרבנן ממילא מקודשת מה"ת דהפקר ב"ד היה הפקר והובא באה"ע סי' כ"ח בב"ש ס"ק ו' ואלו בקדשה במעמד ג' כתב ר' ירוחם דהוי קידושי דרבנן וכתב ר' עקיבא איגר זצ"ל בתשובה סי' רכ"א ס"ק ו' לחלק דעיקר מה דילפינן הפקר ב"ד היה הפקר אינו רק דאמרינן דיש כח לחז"ל להפקיר ולסלק רשות הבעלים. אבל שיהיה כח בידם להקנות לאחר לא מצינו וע"כ במקדש ע"י חוב במעמד ג' הוי רק קידושי דרבנן דהא לא עשתה שום קנין ורק מתקחז"ל הם שלה אבל ביאוש אי קונה מדרבנן א"כ זכתה במשיכה לרשותה מן הפקר וכדין כל זוכה מהפקר דבעי דרכי הקנייה ע"ש וכ"כ בספר מקור חיים סי' תמ"ח ס"ק ט' בארוכה ובספרי ח' אה"ע סי' יו"ד ענף א':

ולפ"ז י"ל דדוקא על הך קושיא דתקנו דתשמט שביעית תירץ] רבא שפיר דהפקר ב"ד היה הפקר וכיון דהפקירו להחוב ע"כ ממילא זכה הלוה בחוב ומיפטר משא"כ לגבות מהלוה ע"י הפקר ב"ד כו' וז"א סברא דהא חזינן דאף היכא דהיה חל החוב כבר בעולם כמו בקידשה בחוב במעמד ג' דהלוה היה חייב לראובן ועכשיו ע"י תקחז"ל דתקנו לדין מעמ"ג הוא קנוי לאחר ואפ"ה אין בכח ביד חז"ל להקנות לאחר מה"ת ע"י הפקר ב"ד. כש"כ היכא דמה"ת הלוה פטור כמו בהא דשמיטה דמה"ת פטור הלוה ורק מפני הפקר

ב"ד יצטרך הלוה לשלם וודאי לא שייך בזה לומר דע"י הפקר ב"ד יחוייב הלוה לשלם החוב מה"ת דהא אינן יכולין חז"ל לחייבו בע"כ בתורת חוב ולהטיל עליו חוב מחדש דיהיה בתורת חיוב מה"ת ואף די"ל דהחפץ דיגבה בגובייגא יהיה שייך ע"ז לומר הפקר ב"ד היה הפקר מה"ת עכ"ז גם זה אינו סברא דהא אם הוא בתורת הפקר א"כ למה צריך גובייגא ושומא וכמו בכל חוב דאינו זוכה המלוה בלא ב"ד ואמרינן מאן שם לך וכיון דחזינן דצריך עדיין גובייגא דב"ד להחליט לו החפץ של הלוה א"כ חזינן דאין דינו כהפקר דאם היה הפקר יזכה מעצמו כמו כל זוכה מהפקר ובאמת לשיטת רש"י קשה באמת לומר בזה הפקר ב"ד היה הפקר מה"ת דהא כ"ז דלא גבה ע"פ ב"ד אין זוכה החפץ כדין זוכה מהפקר א"כ איך יועיל בזה תקנת חז"ל לעקור לדאורייתא דמה"ת משמט ואפשר לדחוק דאחר דגבה החוב ע"פ ב"ד אז זכה מהפקר ב"ד אבל באמת זהו דוחק דכיון דחזינן דצריך גובייגא בב"ד ושומת ב"ד להחליטו כמו כל בע"ח דנוטל בחובו ע"כ נראה מזה דאינו זוכה בתורת הפקר ב"ד. דהוי כתרתי דסתרי אהדדי ע"כ לא תירץ רבא למאי דקאמר הפקר ב"ד היה הפקר כ"א על קושיא בתרא דהגמרא כנראה פשטות הסוגיא דרבא קאי רק על קושיא בתרייתא. ושפיר כתב הרמב"ם ואין אנו צריכים לדחוק בזה כתירץ התוס' ואפשר דמש"כ נכלל בדברי הכ"מ:

היוצא לנו מזה דהיכא דתיקון חז"ל דגוף החפץ יהיה שייך לפלוני יש לומר בזה דזוכה מה"ת משום הפקר ב"ד אחר דמשכו לרשותו כדין כל זוכה מהפקר כיון דב"ד יכולין להפקיר ומה"ט במש"כ רש"י בגיטין ד' כ"ז ד"ה מספקא ליה סימנין דאורייתא כו' דבממון מצו רבנן להפקיע דהפקר ב"ד וכו' וכ"כ רש"י בב"מ ד' כ"ז ד"ה בממונא דהפקר ב"ד וכו' זהו משום דמיד דמחזירין האבידה להנותן סימנין זכה כדין זוכה מהפקר כנ"ל אבל היכא דלא תקנו חז"ל איזה קנין והקנאה על גוף החפץ כי אם בתורת חוב שהטילו עליו חז"ל בזה לא שייך לדון דע"י הפקר ב"ד דמחוייב בתורת חוב דיהיה כמו כל חוב מה"ת זה לא אמרינן כדמוכח מהא דגיטין כנ"ל וזהו מוכרח דאי נימא כפשטות דברי הכ"מ דלהוציא לא אמרינן הפקר ב"ד זהו דוחק מאד וע"כ העיקר כמש"כ דדוקא היכא דצריך עדיין גובייגא דב"ד ובתורת חוב בזה לא שייך לומר הפקר ב"ד כו' כנ"ל ולפ"ז יש לומר דדוקא בהא דנגזל נשבע ונוטל ואף דהגזלן כופר ומכחישו ואומר דלא נטל כלום אפ"ה הימנוהו חז"ל להנגזל להיות נחתינן לנכסי הגזלן וכמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ט ס"ק א' להשיג על הש"ך בתקפו כהן ע"ש א"כ חז"ל הטילו חוב על הגזלן והיכא דהוא רק בתורת חוב מדרבנן בזה לא שייך לומר דיהיה דינו של החוב כמו כל חוב מה"ת מחמת הפקר כו' כיון דחזינן דצריך עדיין גובייגא דב"ד ורק בתורת חוב נוטל א"כ

אין זה רק מתקנתא בעלמא והא אם יתפוס הבע"ח מן הלוה מקודם דיחליטו הב"ד לו בתורת גובייגא אף היכא דלא הוי איסור דלא תעבוט כו' הוי אז גזל בידו במה שמעכב חפץ של אחר ת"י ומקודם דהגבוהו הב"ד לו החפץ בהחלטה לא זכה אז לעכב החפץ ת"י וע"כ ז"א רק מצד תקנתא דחז"ל במה שמעכבו ת"י א"כ ה"ה אף אחר דהחליטו לו בתורת חוב ג"כ אינו מצד הפקר ב"ד רק מצד תקנה בעלמא אבל היכא דהתקנה היה על גוף החפץ כנ"ל שפיר הוי הפקר ב"ד וזכה בו מה"ת: ובאמת מוכח לומר דגם כוונת הכ"מ דכתב דלהוציא מידו ע"י הפקר ב"ד לא אמרינן משמע דזהו דלא ככוונת התוס' בגיטין דע"כ מוכח כמש"כ דהא מצינו ביבמות ד' פ"ט ע"ב גבי הא דקטנה בעלה יורשה דמקשו בגמ' הא מדאורייתא אבוה ירית לה ומדרבנן ירית לה בעל ותירצו דהפקר ב"ד היה הפקר והא התם יש בזה לפעמים הוצאות ממון היכא דאביה מוחזק בנכסי בתו ואפ"ה יורשה בעלה ע"י הפקר ב"ד אלמא דגם בהוצאת ממון אמרינן ג"כ הפקר ב"ד ודוחק לחלק דשאני בגביות חוב דבזה לעולם הלוה הוא מוחזק משא"כ בירושת אשתו משכחת עיקר דין ירושה שלא יהיה בו הוצאת ממון וע"כ לא פליג בזה וזה באמת דוחק ועיין באה"ע סי' צ' סעי' א' ב"ש ס"ק ו' וס"ק י"א וקצרתי אבל לפמש"כ אתי שפיר דדוקא לגבות בתורת חוב בזה אין לומר הפקר ב"ד דהא עדיין לא יצאנו בזה ידי חובת תורה כגון אם יתפוס הבע"ח מהלוה כדין כל חוב א"כ יהיה אז באיסור גזל דאורייתא דהא מקודם דהגבוהו הב"ד בתורת החלטה לא זכה עדיין ועיקר החוב אינו מן התורה אלא מדרבנן ואפ"ה מהני בו תפיסה ותופסו על חובו תחת ידו עד שיחליטוהו הב"ד כמו כל חוב וחזינן דלא נכשל בזה באיסור גזל מן התורה במה שמעכבו ח"י וע"כ מוכח דאף דלא שייך בזה הפקר כו' אפ"ה תקנו חז"ל כן א"כ ה"ה אף אחר גובייגא דב"ד ג"כ אף דלא עשו בזה הפקר כו' מ"מ תקנו לו תקנתם בתורת חוב מדרבנן ומנלן לחדש על אחר גובייגא לומר בזה הפקר כו' ועיין בשקלים ד' ג' ובמ"ק ד' ט"ז [והא דיש להקשות לפ"ז על כל חובות דרבנן דמי איכא מידי דמה"ת מיפטר כו' כמו כן יש להקשות על דברי הכ"מ כנ"ל ובאמת זה ניחא והדברים ארוכים ואמכ"ל] ועיין בחידושי לקמן סי' ל"ט:

ולפ"ז יש לומר דהיכא דתקנו חז"ל דגוף החפץ יהיה שייך לפלוני מצד תקנת חז"ל בזה שייך לומר הפקר כו' ולכן בירושת הבעל אף דמוציא בזה לפעמים מ"מ אמרינן בזה להפקר ב"ד היה הפקר משום דגוף החפץ שיורשו זוכה כדין זוכה מהפקר וכמש"כ הישש"ש דחפץ הנקנה מדרבנן ג"כ הוי בו קדושין דאורייתא בתורת הפקר כו' כנ"ל (והא דהוי הפקר ליחיד ואלו בהפקר קיי"ל דהפקר לעניים אינו הפקר. י"ל דשאני הפקר דהוי בתורת הפקר ב"ד כו' דזה לא נלמד מן ונטשתה דשביעית ומצי חז"ל להפקיר אף ליחיד

בלבד ועיין ירושלמי פאה פ"ה ה"א ובפ"מ שם אם הפקר כזה פוטר ממעשר והעלה דזה תלוי בפלוגתת אמוראי אי ילפינן זה מן אלה הנחלות או מן אשר לא יבא כו' דזהו נפ"מ בינייהו ע"ש ובספרי שם כתבתי בשם הישׁ"ש נפ"מ אחריתי בינייהו ואכמ"ל]:

ולפ"ז ניחא דברי הרמב"ם דהקשיתי דאמאי בתבנו וקשו דהוי איבעיא דלא איפשטא אי זוכה לאלתר או לכי מייתי שבחא קנסינן ואי תפס לא מפקינן ולא הוי דינו כמו ספק תקנה דלא מהני תפיסה אכן לפמש"כ ניחא משום דיש לחלק דשאני בתבנו וקשו דקנסוהו חכמים שיהיה כהפקר כמבואר ברמב"ם פ"ג הל' נזקי ממון והפקירו את גוף החפץ בתורת הפקר כו' דהפקירם הפקר מד"ת. א"כ היכא דמספקא לן אם הפקירו או לא אין זה כמו ספק תקנה רק כמו שנולד הספק בדאורייתא. דהא אי נימא דהפקירו חז"ל מיד אף מקודם שנולד השבח. א"כ זכה המוצאו מה"ת משום דהפקר כו' מה"ת ע"כ דינו כמו כל ספיקא דדינא בדאורייתא דמהני תפיסה ולא שייך לומר דבספק העמידו על דין תורה דהא גם עכשיו הוא דין תורה משום הפקר כו' והוי כמו היכא דנולד הספק בהפקר של הבעלים אם הוי הפקר או לא דוודאי מהני תפיסה וה"ה בספק הפקר כו' ובעיקר מילתא שכתבתי דהיכא דצריך אף אחר תפיסתו לגובייא דב"ד לא שייך בזה הפקר כו' יש סייעתא לדברי כעין זה מן תוס' יבמות דף פ"ט ע"ב ד"ה שהפקר כו' דמן הטמא על הטהור ליכא למימר כן כיון דבתר הכי נמי שלו הוא עכ"ל:

וה"ה בנ"ד כיון דגם אחר תפיסתו יצטרך לבא לב"ד להחליט לו החפץ ע"כ לא שייך לומר בתפיסתו הפקר כו' דהא חזינן דאף דלא שייך הפקר ג"כ תקנו כן בזה:

וכן י"ל בהא דמכרה הגזלן כו' ומכרה לישראל דקנה השבח מספיקא ולא אמרינן דהא הוי ספק תקנה וכמש"כ לעיל משום דהתם ג"כ היה התקנה בגוף החפץ שיהיה שייך גוף השבח להלוקח ולהגזלן א"כ שייך בזה לומר הפקר כו' וקנה גוף החפץ מה"ת א"כ הוי ספק בדאורייתא וכדברי הישׁ"ש הנ"ל אבל בהא דנגזל נשבע ונוטל שפיר מקרי ספק בתקנה דהא בנגזל נשבע ונוטל אין לו על הגזלן כי אם חוב וב"ד יורדין לנכסיו בתורת גובייא דב"ד כמו כל חוב ובזה לא שייך הפקר כו' כנ"ל בארוכה ואינו רק מצד תקנתא ע"כ הוי זה שפיר ספק בתקנה ולא מהני תפיסה:

אכן במש"כ לדון בהא דהשביח כו' ומכרה לישראל דשא"ה דהוי גוף החפץ יש עדיין לדון בזה לפי שיטת הרמב"ם פ"ב ה' גזילה ה' ב' דהשבח השייך להגזלן שמין לו השבח ונוטל מהגזלן ומסלקין להגזלן בדמים והראב"ד השיג שם עליו וס"ל דגוף השבח שייך להגזלן ועיין בלח"מ שם והרב המ"מ שם ובח"מ סי' שס"ב סעי' ב' א"כ לשיטת הרמב"ם גם בהא דשבח השייך לגזלן דב"ק ד' צ"ו אין זה זכייה בגוף החפץ רק בתורת חוב כיון

דיכול לסלקו בדמים ע"כ אין לחלק בהא דשבח כמו החילוק הנ"ל וע"כ מוכרח לחלק כמש"כ לעיל דשאני בהא דשבח דהוי ביד הלוקח דמקרי תפס בעת לידת הספק ולא תפסם מרשות הבעלים דכה"ג מועיל אף בספק תקנה אך בהא דתבנו וקשו שפיר כתבתי לחלק דשא"ה דהוי הפקר כו' ע"כ אין דינו כמו כל ספק תקנה וע"כ מהני תפיסה ומזה יש למילף דה"ה בכל ספק תקנה הנולד בגוף החפץ דינו כמו כל ספיקא בדאורייתא דמהני בי' תפיסה משום דשייך בזה הפקר כו' אבל בספיקא דדינא בחוב ובתקנה אמרינן דספק בתקנה לא מהני תפיסה. וידעתי די"ל דשאני בתבנו דעיקר התקנה היה שם להפקירו אבל ז"א דמ"ש ובקצרה יש לחלק כעין חילוק הנ"ל דשאני תפיסה עבור חוב דצריך גובייא דב"ד לכן אמרו דבספק תקנה דהב"ד אינם מזדקקים להחליט להתופס מה דתפס וממילא צריך להחזיר כדי דלא יהיה באיסור גזל ביד התופס משום מאן שם לך וכמש"כ בספרי ח' ח"מ סי' ב' דלהך דיעה דס"ל בהניח מטלטלין ביד היורשים דאין ב"ד מזדקקין לפרוע לבע"ח משום דהוי מצוה שמתן שכרה בצידה ואם רצו כופין והקשה האו"ת דלפ"ז אמאי בתפס מוציאין מידו דיהיה הב"ד בשב ואל תעשה ותירצתי שם דכיון דהב"ד אינם מזדקקין להגבותו ע"כ ממילא מחוייב להחזירו משום דהיכא דהוא באופן דהב"ד אינם יכולים להחליטו ממילא צריך להחזיר משום גזל ע"ש וה"ה בספק תקנה דאין הב"ד נזקקין להחליט לו החפץ ע"כ ממילא מחוייב התופס להחזירו משום איסור גזל משא"כ היכא דהתופס אין צריך לגובייא דב"ד וכמו בתבנו וקשו דאי נימא קנסוהו מיד כשהוציא לרה"ר א"כ שייך תבנו וקשו מיד להתופס ע"כ אין לנו כח להוציא מהתופס דהבע"ד בעצמו יכול לתפוס אף בספק תקנה ורק ב"ד אינם מזדקקין להחליטו מספק תקנה ובפרט למש"כ במק"א דבבבל דליכא ב"ד סמוכים רק שליחותייהו דקמאי עבדינן דז"א רק מדרבנן וכמש"כ הרשב"א. וע"כ בספק תקנה לא ניתן להם רשות דעיקר הרשות אינו רק מדרבנן] וכן מצינו בכללי תפיסה בדרא דממונא דהעלה האו"ת והנתיבות לחלק בין היכא דטוען על גוף החפץ דאז מהני תפיסה משא"כ בספק חוב לא מהני תפיסה וכן מצינו להמהרי"ט בח"א סי' ע"ב והמהרש"ל דס"ל דלא מהני תפיסה בכל ספק אלא בטוען על גוף החפץ ולא בתופסו עבור חובו ואף שהש"ך בתקפו כהן השיג עליהם אבל בספק תקנה מוכרח דמחלקינן ביניהם:

ענף ד:

והנה המל"מ פכ"א הל' מלוה הביא בשם ר' ירוחם דכ' גבי הנך איבעיות דס"פ נערה שנתפתתה בבת שניה ובת יבמה אי יש להם מזונות אי לא וסלקא בתיקו ואי תפס לא

מפקינן משני' והקשה דהא ה"ל ספק תקנה ולא מהני תפיסה לשיטת הרמב"ם ונשאר בצ"ע:

ולפע"ד יש לדון בזה דזה תלוי במה שכתב המהרי"ק סימן קס"א לחלק דשאני בתקפו כהן דמוציאין מידו דאין לו שום טענה כלל משא"כ בספיקא דדינא דינו כמו טענת ברי דהא בא מחמת טענה לומר דהדין עמו כיון דיש סברא בדין לומר כן ע"כ דינו כמו טענת ברי והובא בש"ך ת"כ סי' נ"ד דהביא בשם המהרי"ק דכתב דטענת קים לי חשוב כמו טענת ברי וכ"כ הש"ך שם בסי' ע"ט בשם המהרי"ק ע"ש ושיטת הרמב"ם דס"ל בכל ספיקא דדינא מהני תפיסה וכמו כן ס"ל בתקפו כהן אין מוציאין מידו א"כ להרמב"ם אין הכרח לומר דספיקא דדינא יהיה כמו טענת ברי דהא חזינן דאף בתקפו כהן דאין לו שום טענה כלל מ"מ מהני תפיסתו משום דס"ל דאף בטוען שמא מהני תפיסה וכן ס"ל מה"ט הרבה ראשונים למילף באמת מהא דתקפו כהן לכל ספיקא דדינא דמוציאין ועיין בראש פ"ב דב"ק סי' ב' ובשארי ראשונים אבל המהרי"ק וש"פ מחלקי ביניהו וס"ל דשאני ספיקא דדינא בתיקו מן הא דתקפו כהן דשאני ספיקא דדינא אף בתיקו דזה הוי כמו טוען ברי ויכול התופס לומר קים לי כהך סברא וכמו דהאריך בכ"ז הש"ך בת"כ מן סי' ב' עד סי' י"ט:

ולפ"ז י"ל לפמש"כ המל"מ שם דהיכא דטוען ברי מהני תפיסה אף בספק תקנה ונ"ל דה"ה להנך ראשונים דמחלקי בין תקפו כהן דמוציאין ושאני תיקו דדינו כמו טענת ברי ומהני בו תפיסה דה"ה בספק תקנה אף בתיקו י"ל ג"כ דמהני תפיסה משום דהא דינו כמו טענת ברי דמהני אף בספק תקנה ולכן ריי"ו דכתב בהנך איבעיות דכתובות בבת שניה ובת יבמה דמהני תפיסה אף דהוי ספק תקנה משום די"ל דס"ל כהנך שיטת הסוברים דמחלקים בין תקפו כהן דמוציאין ושאני ספיקא דדינא דהוי כטענת ברי ומה"ט מהני תפיסה בכל ספיקא דדינא ולפ"ז ה"ה בספק תקנה מועיל תפיסה מה"ט כיון דדינו כמו טענת ברי ובטוען ברי גם להרמב"ם מהני תפיסה אף בספק תקנה והרמב"ם דס"ל בספק תקנה לא מהני תפיסה בתיקו י"ל משום דלשיטתו דמהני תפיסה בתקפו כהן אף בטוען שמא א"כ אינו מוכרח לומר להרמב"ם דשאני ספיקא דדינא דהוי כטענת ברי דהא אף היכא דהוי טענת שמא ג"כ מועיל תפיסה לשיטת הרמב"ם וע"כ ס"ל שפיר דבספק תקנה לא מהני תפיסה בתיקו משום דמקרי טוען שמא אבל לשיטת הסוברים לחלק בין ספיקא דדינא לתקפו כהן משום דבתיקו מקרי כמו טענת ברי וכיון דבטוען ברי אף בספק תקנה מהני תפיסה א"כ ה"ה באיבעיא דלא איפשטא ושפיר כתב ריי"ו וכן

נראה מהב"ש באה"ע סי' קי"ב ס"ק י"א שהביא דברי רי"ו הנ"ל דמהני תפיסה אף בספק תקנה אלמא דס"ל כרי"ו הנ"ל ודלא כהמל"מ:

ולפ"ז יש לדון לדידן דקיי"ל דלא מהני תפיסה בתיקו וכשיטת הרמ"א והרא"ש וש"פ דס"ל דבתיקו לא מהני תפיסה רק בפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה וכמש"כ בארוכה הש"ך בת"כ מן ס"ק ע"ט ולהלן משום דבפלוגתא דרבוותא דאחר חתימת הש"ס יכול גדול הדור להכריע ע"כ מקרי זה כמו טענת ברי ומהני תפיסה ושאני תיקו דנשאר בש"ס לספק ואין שום אדם יכול להכריע ע"ש ולפ"ז יש לומר דבפלוגתא דרבוותא כיון דהוי כמו טענת ברי ע"כ מהני תפיסה אף בספק תקנה היכא דהוי פלוגתא דרבוותא דאחר חתימת הש"ס כיון דעיקר מקורו דספק תקנה לא מהני תפיסה הוא מהרמב"ם דשכירו ולקיטו דהנגזל וי"ל דדוקא הרמב"ם לטעמיה דס"ל דתיקו הוי כטוען שמא כנ"ל אבל לא לדידן כו' ובפלוגתא דרבוותא ועיין בכללי תפיסה באו"ת ס"ק ע"ה:

ובח"מ סי' רנ"ג סעיף כ' מבואר פלוגתת הפוסקים אם יכול שכ"מ להקנות חוב הלוואה שיש לו ביד עו"ג. והקצח"ה סי' קכ"ה ס"ק ה' ביאר זה הפלוגתא היטב ואירע עובדא דהמקבל מתנה תפס וטען קים לי דאף חוב עו"ג נקנה במתנת שכ"מ אבל יש לדון דזה ה"ל ספק תקנה דהא מתנת שכ"מ אינו רק דרבנן וזהו ספק בעיקר תקנה דהא פלוגתא זו תלוי בהמבואר בב"ב דף קמ"ז דהא דתקנו דהלוואתי לפלוני בשכ"מ מהני זהו משום דיורש יורשה וחד ס"ל דזהו משום דאי' בבריא במעמ"ש ובחוב עו"ג דליתא במעמ"ש ליתי' במתנת שכ"מ וכמש"כ שם הקצה"ח וע"כ לא מהני תפיסה בספק עיקר תקנה אבל לפמש"כ דבפלוגתא דרבוותא דדינו כמו טענת ברי מהני תפיסה אף בספק תקנה ע"כ הדין נותן דבנ"ד מועיל תפיסתו לומר קים לי כהסוברין דאף בחוב עו"ג מועיל מתנת שכ"מ דזה הוי כמו טענת ברי דמהני אף בספק תקנה ומש"כ הנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' מ"ה דלא מהני תפיסה בזה לפי דלא מצינו חולק על הגמיי' והמרדכי הנה לא ראה להמהרי"ט ח"מ סי' צ"ה מש"כ שם כי יש חולקים בזה:

ענף ה:

ולכאורה יש להוכיח בראי' דהיכא דטוען ברי מהני תפיסה אף בספק תקנה וכמש"כ המל"מ דלא העמידו בזה על דין תורה משום דהא מצינו באה"ע סי' י"ז סעי' ל"ז בעד א' אומר מת ועד ב' מכחישו דאם ניסת לא' מעדיו וגם היא אומרת ברי לי שמת ה"ז לא תצא וזהו שיטת הרמב"ם ה' גירושין פ' י"ב ה' י"ט והוא מירושלמי יבמות המובא במ"מ שם ובביאור הגר"א זצ"ל שם:

וידוע דשיטת הרמב"ם דאף עד כשר במיתה אינו נאמן מה"ת רק מדרבנן כמו דהעלה המראות הצובאות בפתיחה ועיין בריב"ש ובנו"ב ובש"ש ואכמ"ל א"כ היכא דע"א מכחיש השני ה"ל זה ספק בתקנת חז"ל דאם הימנוהו חז"ל להעד האומר מת או לא משום דלמא האמת עם הב' המכחישו א"כ מבעי לן לאוקמי מספיקא על דין תורה דהא מה"ת אף היכא דליכא עד ב' המכחישו ג"כ אסורה להנשא מה"ת דהא ע"א אינו נאמן מה"ת ואפ"ה אמרו דלא תצא וע"כ מוכח מזה דאף ספק בהתקנה מ"מ היכא דהבע"ד אומר ברי לי וניסת להעד האומר ברי לי דכה"ג אין דינו כספק תקנה ולא מוקמינן לי' על דאורייתא משום דכיון דאומר ברי לי לא מקרי ספק בתקנה אלא כמו תקנה ברורה וה"ה בממונא היכא דהבע"ד התופס אומר ברי לי דינו כוודאי תקנה ואין מוציאין ממנו ומזה סייעתא להכלל של המל"מ בחילוקו שכתב לחלק דאומר ברי לי מהני אף בספק תקנת חז"ל אכן לפי מש"כ לעיל דשאני ספק הנולד מצד אחר ולא בעיקר התקנה דזהו עדיפא ומהני תפיסה א"כ ה"ה בהך ספק בעד המכחיש לעד הב' דהספק נולד בצד אחר ולא בעיקר תקנה דאין דינו כספק תקנה א"כ נסתר ראייתי הנ"ל ולדיעה ב' דס"ל שם באה"ע דתצא ופליג על הרמב"ם י"ל דשא"ה דאתחזק איסור דא"א:

גם מצינו באה"ע סי' קל"ט ובגיטין ד' ע"ח בגט ספק קרוב לו ספק קרוב לה ה"ז מגורשת ואינה מגורשת הא הך מילתא דקרוב לה וד"א דמועיל בגט אין זה רק מדרבנן א"כ כשנולד לנו ספק בזה דתרי אמרי קרוב לה ותרי אמרי קרוב לו היה לנו לומר דבספק דרבנן כעין תקנה זו דמשום תקנת עגונות אמרו זה דמועיל וכמש"כ בחי' הרשב"א והובא בב"ש סי' ל' ס"ק ה' א"כ במקום ספק תקלה מבעי לן לאוקמי על דין תורה ולא תהי' ספק מגורשת כלל אע"כ מוכח כיון דהיה תקנה וודאית דד"א בקרוב לה יהיה מועיל בגט רק הספק הוא מצד אחר אינן דינו כספק תקנה ולא מוקמינן לי' על ד"ת אכן לשיטת הר"ן בגיטין שם דכתב דד"א דתקנו בגט הוי כעין דאורייתא משום הפקר כו' וכ"כ הרא"ש שם באופן אחר דאפקיעינהו רבנן לקידושין ע"ש א"כ אין דינו כספק דרבנן ונדחה ראייתי הנ"ל אכן להסוברים דמשום תק"ע נגעו בה שפיר כתבתי ועיין באה"ע סי' קל"ט ב"ש ס"ק כ"ד ובתשובת רע"א זצ"ל סימן רכ"א וסימן רכ"ב:

הגה"ה ועפי"ז יש לתרץ קושית הב"ש בסי' ב' ס"ק י"ד על שיטת הסוברין דספק בגוף ספק בתערובות לא הוי ספק ספיקא דהא באלמנת עיסה הוי ספק בגוף וספק בתערובות ואפ"ה קרי לי' הש"ס בכתובות ד' י"ד דהוי ספק ספיקא וכן הקשה הרשב"א והפ"י ולמש"כ י"ל דהא פי' רש"י שם דהוי ספק בגוף משום דזרק לה גט ספק קרוב לה או לו והוי ספק חלל דלמא נתגרשה אמו ואי נימא דקרוב לה לא הוי הגט רק מדרבנן א"כ גוף

החשש חלל לא הוי ג"כ רק מדרבנן דהא מה"ת אין דינה כגרושה והיכא דגוף האיסור אינו רק מדרבנן בזה מהני ספק ספיקא אף דהוי ספק בגוף ספק בתערובות כמבואר ביו"ד סוף סי' ק"י ובב"ש שם וע"כ מהני ס"ס זו בהא דאלמנת עיסה אכן להסוברין בהא דקרוב לה דהגט כשר דזהו משום הפקר כו' דכשר הגט מה"ת תקשה עדיין כנ"ל אבל אי נימא משום דאפקעינהו רבנן לקידושין נגעו בו וודאי אינו קשה משום דלפ"ז ג"כ לא הוי גט מה"ת א"כ לא הוי חלל מדאורייתא ויש להאריך בזה:

אבל העיקר מה שנ"ל לתרץ קושיות הב"ש עפ"י מש"כ התוס' בגיטין ד' ע"ח ד"ה והא א"א לצמצם כו' וא"ת נימא אוקי תרי בהדי תרי ואוקי אתתא בחזקת א"א וי"ל כיון דספיקא דרבנן הוא כיון דהך מילתא דספק קרוב לה דהוי ספק מגורשת אינו רק דרבנן משום דמה"ת אמרינן אוקי בחזקת א"א א"כ הא בדרבנן אמרינן ס"ס אף היכא דהוי ספק בגוף ספק בתערובות ומתורץ קושית הב"ש ועדיין יש לדון בזה דלמ"ד דס"ל ביבמות ד' ל"א דתרי ותרי ספיקא דאורייתא א"כ תקשה אמאי חשוב לס"ס הא דאלמנת עיסה וי"ל בזה דהא מצינו פלוגתת אמוראי ביבמות ד' פ"ט אי מצי רבנן לעקור לדאורייתא בקום ועשה או לא. א"כ י"ל דמעיקרא שם ביבמות ד' ל"א דקאמר הש"ס דתרי ותרי ספיקא דאורייתא י"ל דס"ל באמת כמ"ד דמצו רבנן לבטל לדאורייתא א"כ הא דקרוב לה מגורשת א"צ לבוא להא דהפקר ב"ד היה הפקר ואף בל"ז יכולת בידם לעקור א"כ בוודאי אתי שפיר הא דספק קרוב לה משום דהוי חשש דרבנן וניחא הא דאלמנת עיסה. ולדידן דקיי"ל שם ביבמות דלא מצי רבנן לעקור לדאורייתא בקום ועשה ולפ"ז מוכרח לומר דהא דקרוב לה מגורשת זהו משום הפקר כו' וכמש"כ הר"ן עכ"ז הא לדינא דקיי"ל שם ביבמות במסקנא דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן א"כ שפיר כתבתי בהא דאלמנת עיסה דה"ל ספק א' בדרבנן וכמש"כ הב"ש שם דבספק ממזר מותר מה"ת מהני אף ספק א' בגופו וספק ב' בתערובות ואכמ"ל:

ע"כ הגה"ה. ועפ"י מה שכ' לעיל יש לדון בדברי הרא"ש בב"ק פ"ב ס"ב ובח"מ סי' ש"ץ ס"ב וברמב"ם הל' נ"מ ובה' חובל דכתבו דבספק קנס אי תפיס לא מפקינין מיני' ויכול לטעון קים לי דזהו קרן וגובה אף ברה"ר ולשיטת הרמ"ה אשר הובא בב"ק ברא"ש פ"א סימן כ' דבבבל דמהני תפיסה בקנס אינו אלא תקנתא ודלא כהרא"ש שם א"כ י"ל דה"ל ספק בתקנה ולא מהני תפיסה לשיטת הרמ"ה הנ"ל אך י"ל דשא"ה דאין הספק בעיקר התקנה ובכה"ג נתבאר דמהני תפיסה:

ענף ו:

והנה בב"ק ד' קט"ו אי' גבי תקנת השוק בקנה מהגנב דאבימי בר נאזי חמוה דרבינא הוה מסיק בההוא גברא ארבעה זוזי גנב גלימא אתיא ניהלי' אוזפי' ארבעה זוזי אחרינא כו' אתא לקמי' דרבינא אמר קמאי גנב ופרע בחובו ולא בעי למיתב לי' ולא מידי הנך ד' זוזי אחרינא שקול זוזך והדר גלימא מתקיף לה רב כהן ודילמא גלימא בהני זוזי קמאי יהבה ניהלי' גנב ופרע בחובו וכו' וארבעה זוזי בתראי הימוני הימני' כי היכי דהימני' מעיקרא כו' והלכה כרב כהן עכ"ל הגמ' וכן מבואר ברמב"ם בה' גניבה פ"ה הל' ח' ובח"מ סי' שנ"ו ס"ט אלמא דאף מספיקא מוציאין מהמוחזק דהא האתקפתא הוא בלשון ודילמא גלימא כו' דמשמע דהוי ספק בעיקר הך מילתא אי הימני' בהלואה בתרא או דלא הימני' כי אם על סמך הך גלימא ואפ"ה מוציאין מהבע"ב דהוי מוחזק וקשה דהא קיי"ל הממע"ה ואף בספק חוב מהני תפיסה כמו שהשיג הש"ך בת"כ על הישו"ש וע"כ מוכח מזה כשיטת ההמ"מ דבספק תקנה לא מהני תפיסה ולכן א"ש הא דאמרו דמוציאין מהבע"ב מספיקא דכיון דעיקר הך מילתא אינו רק מצד תקנת השוק על כן בספק תקנה מוקמינין על ד"ת ועי' בש"ך סי' שנ"ו ס"ק ו' מש"כ שם גבי גנב מפורסם אכן לפי מש"כ לעיל דדוקא בספק עיקר תקנה אמרו כן אבל כשהספק מצד אחר מיקרי התופס מוחזק ואמרינן המע"ה א"כ עדיין תקשה דאיך אמרו שם דמחוייב להחזיר מספיקא להבע"ב הא התופסו הוה מוחזק והא זה הוי תקנה וודאית דאף בהוכר הגנב איתא לתקנת השוק ובוודאי אין לומר דכיון דהוי ספק א"כ ממילא מקרי דברים שבלב דז"א מכמה טעמים: ועוד קשה לפי מש"כ לעיל להוכיח מהא דב"ק ד' צ"ו גבי השביח ומכרה לישראל דאין מוציאין מספיקא כמו שפסק הרמב"ם והשו"ע אף דהוה ספק בעיקר תקנה עכ"ז היכי דהוה תפוס ממילא בעת לידת הספק דבכה"ג מוכח דאף בספק תקנה מהני תפיסה א"כ הכא הא הוה הלוקח מוחזק ותפס בעת לידת הספק דמן הראוי להיות מועיל בזה תפיסה אף בספק תקנה א"כ תקשה ביותר מהא דב"ק ובאמת כן מוכרח לומר בהא דאיבעיא לן בב"ב ד' קל"ט גבי בעל דהוה לוקח מצד תקנת אושא דמספקא לן אי עשו הבעל כלוקח גבי אשה שלותה ונשאת דאם הוי כלוקח גבי זה א"כ דינו כמשועבדים או דלא עשאוהו רק כיורש ומבואר בח"מ סי' קי"ב סעי' ה' ובש"ך שם ס"ק ו' דלשיטת כמה ראשונים לא נפשט איבעיא זו ומספיקא אין מוציאין מהבעל וכן כתב הב"ש באה"ע סי' צ"א סק"ט וכ"כ שם לשיטת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש וקשה הא שיטת הרי"ף והרמב"ם דשיעבודא דאורייתא כמבואר בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' א"כ מה"ת בוודאי טורף מהבעל והך מילתא דבעל הוי כלוקח לא הוי רק מצד תקנת אושא א"כ הוי ספק בעיקר התקנה אי עשאוהו גבי זה כלוקח או לא ואפ"ה אין מוציאין מהבעל אלמא דאף בספק עיקר תקנה מהני

תפיסה היכא דהוי תפיס ברשות ומקודם לידת הספק ואף דיש לחלק עדיין נידון הא דב"ב דהוי תפס ברשות ומדעת הבעלים ושאני הא דב"ק בספק תקנת השוק דלא הוי תפס מדעת הבעלים דהא לא קבלו רק מהגנב ולא מהבעלים עכ"ז זה דומה להא דב"ק ד' צ"ו בהשבח דג"כ לא קבלו מהבעלים ואפ"ה מהני תפיסה אף בספק עיקר תקנה וכנ"ל א"כ תקשה הא דתקנת השוק דאמאי מחוייב המקבל להחזיר להבע"ב מספיקא:

ואפשר לומר דשאני ספיקא דדינא דבזה מהני תפיסה אף בטוען שמא משא"כ הך דב"ק אי מספקא לן אם נתן ד' זוזי בתראי על סמך הך גלימא או המוני' הימני' א"כ הוי זה הספק כעין דררא דממונא ומבואר בכללי תפיסה של האו"ת דבדררא דממונא לא מהני תפיסה רק בטוען ברי ולא בטוען שמא ע"כ מחוייב להחזיר להבעלים משום דהתם הוי כטוען שמא דאם טוען ברי דבפירוש נתן זוזי על סמך הגלימא בודאי שייך בי' תקנת השוק כמבואר בסי' שנ"ו ס"ט וע"כ לא מהני תפיסתו אף אם הי' ספק בדאורייתא: ועכ"ז תקשה לפי מש"כ הקצה"ח בסי' רכ"ג סק"ב דהא דכתבו התוס' בב"מ ד' ק' דבדררא דממונא אינו מועיל תפיסה רק בטוען הלוקח ברי דז"א רק לשיטת הסוברים דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא אבל לשיטת הרמב"ם דמועיל תפיסה בספיקא דדינא אף בטוען שמא דה"ה בדררא דממונא מהני תפיסה אף בטוען שמא ולכן סתם השו"ע שם דאם הלוקח מוחזק מהני תפיסתו עכ"ל הקצה"ח ולפ"ז תקשה דאמאי מוציאין מהמקבל בהא דב"ק דהא בדררא דממונא מהני תפיסה אף בטוען שמא לשיטת הרמב"ם והמחבר והעיקר נלפע"ד להוכיח מזה כהכרעת האו"ת בכללי תפיסה ס"ק נ"ג וס"ק נ"ד ובנתיבות כללי תפיסה ס"ק ז' דפסקו דלא מהני תפיסה בדררא דממונא אף בטוען ברי אלא בטוען על גוף החפץ אבל בתופסו על חוב לא מהני תפיסה עיי"ש וה"ה י"ל לשיטת הרמב"ם דדוקא בספיקא דדינא מהני תפיסה אף בטוען עבור חוב וכמו שהשיג הש"ך בת"כ על הישו"ש ומהרי"ט אבל בדררא דממונא היכא דטוענו עבור חוב ושעבוד לא מהני תפיסה אף דטוען ברי כמו דהוכיחו שם האו"ת מהא דספ"ג דב"ק ע"ש. וכש"כ בטוען שמא כמו הא דב"ק בתקנת השוק הנ"ל והתם הא הוי ספק שאינו נוגע לדין רק בעיקר העובדא אנו מסופקים אם הימוני' הימני' או דעל סמך הגלימא הלוהו והוי רק כעין דררא דממונא ואינו תובע גוף החפץ רק בתורת חוב וע"כ לא מהני תפיסה בזה רק בטוען המקבל ברי בזה הימנוהו חז"ל מצד תקנת השוק אבל בספק שאינו רק מצד דררא דממונא לא מהני תפיסה אף אם הי' בדאורייתא וכש"כ בדרבנן וא"ש קושייתי ומוכח מזה כשיטת האו"ת הנ"ל ועי' בטור סי' שנ"ו סעי' ט' דמשמע דמשום ספק אתינן עלה ובתוס' חגיגה דף י"ח ד"ה כאן באכילה ובקהלת יעקב לשון חכמים אות ד' מש"כ על לשון דלמא:

ויש להעיר בכ"ז מהא דסי' רל"ו סעי' א' בהגה"ה שם מש"כ הר"נ בשם הירושלמי גבי ספק סקריקון דהדין עם הלוקח דאפשר דזהו משום ספק תקנה נגעו בה ואפשר דשאני התם דקרקע בחזקת הלקוחות כמבואר שם וכן יש לדון עפ"ז בהא דסי' קכ"ו במעמד שלשתן במה שמבואר שם דבספק אמרינן הממע"ה ומהני תפיסה אף דהוי ספק תקנה ובב"מ פ"ט ברא"ש סי' כ"ד שכתב גבי ספק מצרנות דהלוקח מקרי מוחזק ומספיקא לא מפקינן מיני' וכן מבואר בשו"ע ח"מ סי' קע"ה סעי' מ"ה דאם הי' ספק בדין מצרנות אין הלוקח מסתלק אלא בראי' ברורה וכן במקום שהפוסקים חולקים אין מוציאין מן הלוקח הואיל דהוא מוחזק וכתבו כן בשם התה"ד ע"ש אין להוכיח מהתם להא דספק תקנה די"ל דשא"ה דמקרי הלוקח בשם מוחזק גמור כמו שכתבו שם וקצרתי בכ"ז: ענף ז:

ובעיקר הוכחת המ"מ מהרמב"ם פ"ד ה' גזילה ה"ד שלא כתב דאם תפס ע"י דבורו של שכירו ולקיטו אין מוציאין מידו דמזה הוכיחו דבספק תקנה לא מהני תפיסה לולי דבריהם נראה לע"ד לדון דזה אינו הוכחה כ"כ לפי מה דמבואר בב"מ ד' ק' בתוס' ד"ה וליחזי ברשותא כו' דבדררא דממונא מהני תפיסה בטוען ברי והקצה"ח בסי' רכ"ג ס"ק ב' כתב דלהרמב"ם דס"ל תקפו כהן אין מוציאין מידו אף בטענת שמא דה"ה בדררא דממונא מהני תפיסה אף בשמא ע"ש ובהא דנגזל נשבע ונוטל כתב הקצה"ח סי' צ' ס"ק ב' דלא תקנו זה רק בראו העדים הוצאות איזה דברים מרשות הבעלים ולא ידעו כמה הוציא דזה הוי כעין דררא דממונא דבזה דוקא תקנו דנגזל נשבע ונוטל וכ"כ הנתיבות שם ס"ק ב' ע"ש וזה הוי כהא דאי' בס"פ המניח דאם ראו עדים רדיפת השורים ולא ידעו אי קטן הזיק או גדול או דבסלע לקה דזה הוי דררא דממונא כמש"כ הקצה"ח והנתיבות בסי' פ"ח בארוכה והוא עפ"י דברי התוס' דב"מ ד"ק ד"ה דמי עבד גדול ולפ"ז יש לדון בעיקר הוכחת המ"מ הנ"ל דלא הוצרך הרמב"ם לכתוב דמועיל תפיסה ע"פ דברי שכירו ולקיטו משום דזהו איבעיא דלא איפשיטא כדרכו די"ל דהא בלא"ה מועיל תפיסתו מחמת דררא דממונא לפי שיטת הרמב"ם דס"ל דבכל דררא דממונא מהני תפיסה אף בטוען שמא וכמש"כ הרמב"ם דמהני תפיסה בתקפו כהן כנ"ל אף בטוען שמא:

וע"כ אף דמעיקר הדין נראה דהברי של שכירו ולקיטו לא הוי ברי מעליא מצד הדין כמבואר בב"ב ד' קל"ה דברי של אחר לא הוי ברי מעליא וכמש"כ התוס' כתובות ד' ע"ו ע"א גבי רישא מנה לאבא בידך וכמו שנראה מהתוס' כתובות ד' י"ב ע"ב ד"ה רב הונא כו' באה"ד שם. ובש"ך ח"מ סי' ע"ה ס"ק ל"ה דבטוענו בספק עפ"י העד מחייב שד"א אבל להיות נחשב כמו ברי של בע"ד לא הוי ע"ש ולפ"ז ה"ה דהברי של שכירו ולקיטו לא נחשב להיות ברי מעליא ועכ"ז הא אף בטוען שמא מהני תפיסה מצד הדין

כשיטת הרמב"ם בכל ספיקא דדינא ובתקפו כהן דאף בטוען שמא אין מוציאין מידו [והא דאיבעיא להו התם בשכירו ולקיטו אם מהימני גבי תקנת נגזל זהו רק מצד התקנה דמספקא להו דאפשר הי' התקנה בפירוש דיהי' נחשב ברי של שכירו ולקיטו להיות נשבע ונוטל משום דשכיח לפעמים דאין הבע"ב בביתו רק שכירו ולקיטו מצוי תמיד בבית הבע"ב וע"כ סברא לומר דמצד התקנה תקנו להיות נאמן שכירו ולקיטו אבל מצד הדין אינו כן וכן בהא דאי' שם שבועות ד' מ"ו דאפילו אשתו של שומר נשבעת ג"כ י"ל דז"א רק מצד התקנה ולא מן הדין ואכמ"ל] וע"כ מצד הדין היכא דראו העדים דהוציא כלים ולא ידעי כמה דזה הוי דררא דממונא א"כ אף דלא יהי' ספק בדין מועיל תפיסה לשיטתו. ולפ"ז נראה דאם תפס אז א"צ שכירו ולקיטו לישבע לשבועת המשנה דהטילו על הנגזל דעיקר הנאמנות שלו לא הוי רק ע"י השבועה מצד התקנה משום דלפי מש"כ אף בלא התקנה זוכה במה דתפס מצד דררא דממונא דמועיל תפיסה אף בטוען שמא לשיטתו:

ולכן לא הוצרך הרמב"ם לכתוב דמהני תפיסה בהך איבעיא דשכירו ולקיטו משום דדוקא היכא דעיקר הזכות של התפיסה הוא מצד האיבעיא אז דרך הרמב"ם לכתוב דמהני תפיסה כדי שנדע דזהו איבעיא דלא איפשטא אבל היכא דבלא האיבעיא הדין נותן דתועיל תפיסה אז א"צ הרמב"ם לכתוב דתפס מהני דזה ידעינן ממילא לפי שיטת הרמב"ם וכמו בהמחליף פרה בחמור דהוי דררא דממונא ומהני תפיסה וכנ"ל ועכ"ז ברמב"ם פ' כ' הלכות מכירה ה' י' דהביא הך דין דהמחליף פרה בחמור דעל הלוקח להביא ראי' לא כתב דאי תפס מהני עי"ש בטור ובש"ע סי' רכ"ג אבל הרמב"ם לא הזכיר זה משום דזה ידעינן ממילא ממה שפסק בתקפו כהן אין מוציאין מידו וה"ה י"ל בהא דנגזל דלא הביא דאי תפס מהני גבי איבעיא דשכירו ולקיטו משום דזהו ברור ופשוט ממילא כיון דהוי דררא דממונא ועיין בש"ך ח"מ סי' צ' ס"ק ב' שכתב דהא דנגזל נשבע ונוטל מיירי ביודעים שהוציא כלים אלא שאין יודעים מה הן כו' וכן מבואר להדיא בש"ך סי' צ' ס"ק ט"ז בשם המ"מ דהרמב"ם ור"י בן מיגש ס"ל כן וזהו כשיטת הקצה"ח והנתיבות הנ"ל דהא דנגזל נשבע ונוטל מיירי במקום דהוי דררא דממונא כנ"ל כן יש לדון לכאורה אמנם יש לסתור זה דלפ"ז תקשה דאמאי כתב הרמב"ם פ"ח ה' חובל ומזיק ה"ז דמי שיש לו עדים על חבירו שמסר ממונו ולא ידעי העדים כמה הפסידו דזהו איבעיא דלא איפשיטא בס"פ הכונס אם עשו תקנת נגזל בזה או לא ולכן אם תפס אין מוציאין מידו וישבע בנק"ח ויטול והא התם הוי ג"כ דררא דממונא כיון דיש עדים דהפסיד ממון חבירו רק לא ידעי כמה הפסידו ובפרט דהא מיירי התם בטוען הניזק ברי

כמבואר שם. א"כ בודאי מן הדין הי' מועיל התם תפיסה מצד דררא דממונא לפי שיטת הרמב"ם כנ"ל וגם לא הי' צריך שבועה בנק"ח בזה כיון דמן הדין מועיל תפיסה בספק דררא דממונא לשיטתו ובזה יש להאריך ואפ"ה חזינן דכתב הרמב"ם בזה בפירוש דמהני תפיסה וצריך שבועה בנק"ח אלמא דלא סמך הרמב"ן בזה על מה דהוי דררא דממונא. א"כ שפיר הוכיח המ"מ כן מהרמב"ם מדלא כתב גבי שכירו ולקיטו דמהני תפיסה דמוכח מזה דבספק תקנה לא מהני תפיסה. משום דמצד דררא דממונא י"ל דלא מהני תפיסה רק בטוען על גוף החפץ שהוא שלו ולא בתופסו עבור חוב ושיעבוד וכמש"כ האו"ת ונתיבות בכללי תפיסה שהוכיחו כן מהא דספ"ג דב"ק והובא לעיל והתם בנגזל נשבע ונוטל הא מיירי אף היכא דלא נמצאו אלו החפצים בעין ברשות הגזלן אפ"ה גבינן מיני' אף מדברים אחרים ע"י ב"ד וגם הא בשכירו ולקיטו דהבע"ב אינו טוען ברי ע"כ מיירי שגם היום לא ראה החפצים שלו אצל הגזלן דאי ראה אצל הגזלן וודאי הי' טוען הנגזל ברי מעצמו וע"כ מיירי התם דלא ראו גם היום גוף החפצים ברשות הגזלן רק עיקר הך מילתא דנגזל נשבע ונוטל היינו דיהיו יורדין לנכסיו בתורת בע"ח וגוביינא דב"ד כמו כל חוב א"כ היכא דתפס כיון דאינו טוען על גוף החפץ דהוא שלו רק בתורת חוב ושעבוד מחפצים אחרים ע"כ לא מהני בזה תפיסה בדררא דממונא רק בספיקא דדינא מהני תפיסה גם בתופס עבור חוב:

וכמו שהשיג הש"ך על הישו"ש והמהרי"ט והוכיחו כן מהרא"ש פ"ב דב"ק סי' ב' א"כ שפיר כתב המ"מ דשא"ה דהוי ספק בתקנה ונדחה מה שרציתי לומר בזה וגם הוי מזה סייעתא לכלל של האו"ת בדררא דממונא כנ"ל:

ענף ח:

ולולי דמסתפינא הייתי אומר בעיקר קושיות והוכחת המ"מ דהוכיח דאמאי לא כתב הרמב"ם בהך איבעיא דשכירו ולקיטו דאי תפס לא מפקינן מיני' דמוכח מזה דספק תקנה לא מהני תפיסה דיש לדון בזה וליישב קושייתו דמצד אחר לא מהני תפיסה בזה ע"פ מש"כ בקונטרס א' בענין דררא דממונא בתפיסה בארוכה דלפי מש"כ התוס' בקידושין ד' ס"ב דלפי מה דמסקינן שאני קונמות דקדושת הגוף נינהו ממילא אף דלא אמר יקדשו ידיך לעושיהן ג"כ חל על דשלב"ל וכן הוא שיטת הרמב"ם כמש"כ הכ"מ פ' י"ב ה' נדרים והבית יוסף ליו"ד סי' רל"ד והובא בביאור הגר"א זצ"ל ליו"ד סי' רל"ד ס"ק קכ"ח ובקצה"ח סי' קי"ז ומה"ט חל קונמות אף על דבר דאינו ברשותו כמו שהארכתי שם בכ"ז ומבואר בח"מ סי' קי"ז דלוה שאסר נכסיו על המלוה דלחד דעה אינו חל הקונם משום דאלמוה לשיעבודו וכן הוא שיטת התוס' והרא"ש אבל שיטת הר"נ והמ"מ דחל

הקונם רק דהב"ד כופין להלוה שישאל על נדרו ומבואר באו"ת שם דבמטלטלי דלאו בני שיעבוד הוי לכ"ע חל הקונם רק דב"ד כופין להלוה שישאל על נדרו:

ולפ"ז כתבתי לדון בקונטרס הנ"ל דבספיקא דדינא בגוף החפץ למי הוא שייך מצד דמסופקים אנחנו מי הוא האומר אמת דאם האמת הוא עם התובע או דלמא האמת הוא עם הנתבע דבזה אף דתפס התובע חל הקונם על התופסו דאף דאינם ברשותו מ"מ הא חל הקונם של הלוה מספיקא דלמא שייך החפץ להלוה וחל הקונם אף דאינם ברשותו כן כיון דטוען התופסו ברי דהחפץ שייך לו א"כ אדם נאמן ע"ע במקום איסור כמבואר בנדרים ד' י"ח דסתם נדרים להחמיר ופירושן להקל וכמו שהארכתי בכ"ז שם אבל היכא דגם להתופסו אין לו זכות על גוף החפץ כי אם בא מצד חוב ושיעבוד ע"כ אם הלוה אסרן על התופסו בקונם מהני הקונם לאסור את החפץ שתפס על התופסו כיון דכ"ז דלא החליטו ב"ד את החפץ להמלוה אז גוף החפץ שייך להלוה עדיין משום מאן שם לך ומחוסר גוביינא בב"ד וחל הקונם של הלוה והב"ד אינם יכולים לכוף ללוה להיות מתשיל על נדרו כיון דהוי ספיקא דדינא להב"ד של מי הוא רק במה שתפס אמרו בו הממע"ה אבל בעצם התרת הנדר הוי הלוה מוחזק ומספיקא אין יכולין לכפותו להתיר קונם שלו דדילמא הדין עמו והמלוה אסור לזכותו בגוף החפץ משום דהא נאסר עליו בהנאה ואיסורי הנאה לאו בני זכייה נינהו וכש"כ דהב"ד אינם יכולים להזדקק להחליטו מצד דנאסר בהנאה וכבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' דהיכא דאין יכול לזכות בהחפץ דאז הב"ד אינם יכולים להגבותו. וממילא צריך להחזירו מחמת איסור גזל וכמש"כ במק"א. ובתפס מעות אף דיש לדון לפ"ז כמש"כ הר"נ וספרי שם עכ"ז הא לאו כולי עלמא ס"ל כן וקצרתי רק בחוב הלואה דשייך לדון דקונה משכון אז אם מגיע חוב הלואה להמלוה אין חל הקונם של הלוה להפקיע זכות קנין שלו בהמשכון אבל בחוב שאינו הלוואה דנתבאר בקונטרס הנ"ל דלא שייך בו קונה משכון לשיטת הפוסקים דס"ל דאין מסדרין לבע"ח שאינו חוב הלואה וה"ה להשבת העבוט ומה"ט לא קנה משכון כמו שהארכתי שם והא שכתב הב"י בסי' צ"ז דנראה מהרמב"ם פ"ג דמלוה דס"ל כדעת הרמ"ה דאף בחוב שאינו הלוואה מסדרין כבר כתבתי במק"א דזה אינו מוכרח בשיטת הרמב"ם וכיון דלא קנה להמשכון בחוב שאינו הלואה ע"כ ממילא חל הקונם של החייב להפקיע ולאסור על התופסו א"כ ה"ה בחוב גזילה כיון דלא הוי דרך הלואה ג"כ לא קנה משכון ולכן אף דתפס הנגזל חפץ של הגזלן יכול הגזלן לאסור החפץ על הנגזל בקונם וממילא צריך להחזירו להגזלן כדי שלא יוכשל באיסור גזל רק בחוב ברור כופין הב"ד להגזלן להתיר נדרו אבל בחוב דמסופקין אנחנו אף דתפס הנגזל

ואין מוציאין ממנו דהממע"ה מ"מ אם אסר הגזלן בקונם עליו אין כופין לו להתיר נדרו מספיקא דלמא הדין עמו וממילא צריך להחזיר להגזלן את מה דתפס ולפ"ז אף דלא אסרן עליו ג"כ יש להגזלן מיגו דאי בעי הי' אוסר על הנגזל בקונם ואז צריך להחזיר את החפץ שתפס וה"ה עכשיו דלא אסרן עדיין ג"כ יחוייב הנגזל להחזיר לו התפיסה שלו משום מיגו של הגזלן ולא שייך בזה לומר דמיכסף וכל הנודר מקרי חטא הכל כמו שנתבאר בארוכה בקונטרס הנ"ל ועוד דלדבריו דלא גזל כלל מותר לו לעשות כל טצדקי דמצי למיעבד כד' להציל את שלו ודווקא דתופס בלא סהדי דיש לו מיגו כבר כתבתי בסימן הנ"ל דזהו הוי כמו דנתברר החוב דהב"ד כופין לו להתיר נדרו וכמש"כ שם בארוכה אבל היכא דהוי תפיסה בעדים בספק בדין דאז אין כופין לו ליתשל על נדרו א"כ בהדירו החייב מחוייב להחזירו להחייב כנ"ל ועיין בש"ך ח"מ סי' ס"ו ס"ק נ"ו שהוכיח דאמרינן מיגו אף דצריך לימוד ועומק גדול בים התלמוד ואף אשה נאמנת ע"י מיגו זה וגם הרא"ש סותר דברי עצמו בזה יע"ש ועיקר הקונטרס בביאור כל הנ"ל בארוכה יבואר לקמן בדיני תפיסה בדררא דממונא ע"ש:

ולפ"ז יש לדון בקושיות המ"מ דהקשה דאמאי לא כתב הרמב"ם בהך איבעיא דשכירו ולקיטו דמהני תפיסה משום דלפמש"כ יש לדון בזה דלא מהני תפיסה דכיון דמספ"ל אם יכול ליטול על פי שבועת שכירו ולקיטו או לא א"כ הוי ספק בעיקר החוב וע"כ אף בתפס הנגזל איזה חפיצים מהגזלן להיות גובה מינייהו בתורת גובייא דב"ד וכמש"כ לעיל דע"כ הא דאיבעי' להו בשכירו ולקיטו מירי דלא תפס את גוף החפץ של הנגזל רק בתופס דברים אחרים של הגזלן דאל"כ הרי יכול לטעון הברי בעצמו ואין צריך להברי של שכירו ולקיטו דהא בוודאי כל איש מכיר חפצים שלו וא"צ לדחוקי בזה א"כ הרי יש להגזלן מיגו דאי בעי אסר בקונם על הנגזל את החפיצים שלו דהא עד הזמן שיחליטו הב"ד להנגזל באחלטתא דב"ד אינו זוכה בגוף החפץ ורק גוף החפץ שייך להגזלן א"כ הא יכול לאסור בקונם על הגזלן ואף דאינו ברשותו ג"כ חל הקונם לשיטת הרמב"ם כנ"ל ואינם יכולים לכופו להתיר נדרו משום דהגזלן הוא מוחזק בעצמו מספיקא וממילא צריך הנגזל להחזירו להגזלן לכן אף דלא אסרם בקונם ג"כ הרי יש להגזלן מיגו דבידו לעשות הקונם הנ"ל ואז יחוייב להחזירם ליד הגזלן ואין זה מקרי מיגו להוציא אף לשיטת הרמב"ם פרק י"ד הל' טוען המובא בח"מ סי' קל"ג סעי' ד' דמי שהיו בידו דברים העשוים להשאיל ולהשכיר והודה לו רק שאומר פלוני מכרם לי והלה טוען שנגנבו ממני אין מוציאין מידו ועיין במ"מ שם ובש"ך שם ס"ק י"ג שכתב המ"מ שם בשיטת הרמב"ם דלכן אינו נאמן לומר נגנבו ממני משום דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן והוי

כעין מיגו במקום חזקה ובאמת התוס' בב"ב ד' נ"ב ד"ה דברים העשוים כו'. וב"מ ד' קי"ו ד"ה והא רבא אפיק כו' כתבו דנגנבו ממני לא הוי אחזוקי בגנבי דכמה גנבים איכא בעולם ע"ש ע"כ יותר נראה לי לומר דשיטת הרמב"ם דס"ל דאינו נאמן במיגו דהשאלתיו לך משום דס"ל כתירוץ מוהר"ר דודי שכתבו התוס' שם דתירץ דזה מקרי מיגו להוציא אע"פ דנוטל הדמים וע"ש ברמב"ם פ' י"ד הל' מלוה הל' ו' שהביא שם העובדא דב"ב ד' ל"ב ובח"מ סי' פ"ג סעי' ד' ובש"ך שם. ובתומים סי' קל"ג ס"ק ה' ובח"מ סי' שנ"ז ש"ך ס"ק ב' וכן ראיתי בקצה"ח סי' קל"ג ס"ק ז' שכתב בכוונת הרמב"ם דטעמו דכיון דטענינן ללוקח הוי כמו טענת ברי א"כ הוי כמו מיגו להוציא ע"ש: ולפ"ז י"ל דהכא בנגזל דתפס כיון דהנגזל טוען שמא ואף דשכירו ולקיטו אומר ברי עכ"ז הא נתבאר לעיל דהדין הוא דהברי של אחר לא נחשב לברי משום דהא לא הוי ברי של הבע"ד. רק בתקנת נגזל נסתפקו דאפשר דתקנו דיכול לטול עפ"י שבועת שכירו ולקיטו משום תקנת נגזל אבל מצד הדין נחשב טענת נגזל לטענת שמא ובברי ושמא קיי"ל דאמרינן מיגו להוציא כמבואר בכללי מיגו וכיון דהגזלן טוען ברי והנגזל טוען שמא ולהגזלן יש לו מיגו דאי בעי אסר עליו בקונם על הנגזל דאז הי' מחוייב להחזיר להגזלן את החפיצים שתפס וכבר נתבאר בשם התומים סי' קי"ז דבמטלטלין לכו"ע חל הקונם דלאו בני שיעבוד הוי ובקרקע הא לא מהני תפיסה וכידוע וע"כ מיירי במטלטלין ולכן לא מקרי מיגו להוציא אף לפמש"כ בשם הקצה"ח בהא דסי' קל"ג דלכן אינו נאמן במיגו דהשאלתיו לך משום דהוי מיגו להוציא וע"כ לא ס"ל להרמב"ם והמחבר להכלל שכתבתי בסימן הנ"ל דהיכא דיש להמערער חזקת מרא קמא לא מקרי מיגו להוציא אלא ס"ל להרמב"ם דאף היכא דאיכא חזקת מ"ק מ"מ מקרי מיגו להוציא אלא היכא דהוי ברי ושמא בזה ס"ל לכו"ע דאמרינן מיגו להוציא ולכן שפיר מהימן הגזלן במיגו דאי בעיא הוי אסר עליו בקונם והי' מוציא ממנו את מה שתפס דה"ה עכשיו דלא אסרן עליו ג"כ מהימן במיגו להוציא כיון דטוען הנגזל שמא:

ומצינו בשבועות ד' מ"ה בתקנת שכיר נשבע ונוטל דהיכא דיש לבעה"ב מיגו דלא שכרתיך נאמן במיגו דכיון דיש להבע"ב מיגו בזה לא הימנוהו חז"ל להשכיר וכן מצינו בתקנת נגזל גופא בח"מ סי' צ' בש"ך ס"ק ז' דהיכא דיש להגזלן מיגו דנאמן לומר שלי נטלתי במיגו דלקוח עי"ש ע"כ היכא דיש להגזלן מיגו אז מוציאין מהנגזל אף דטוען קים לי דעשו תקנת נגזל ע"י שכירו ולקיטו דמ"מ הא גם היכא דעשו תקנת נגזל מהימן הגזלן ע"י מיגו דאי בעי אסר עליו בקונם:

אבל בהא דמסור לאנסין דאיבעי' לן אי עשו תקנת נגזל בזה להאמין להנפסד בכמה הפסידו שפיר כתב שם הרמב"ם דמהני תפיסה ולא שייך לומר בזה דיהי' נאמן המזיק במיגו דאסר עליו בקונם דהא זה הוי מיגו להוציא דהא התם מיירי בטוען ברי דכך הפסידו כמבואר ברמב"ם שם. ובברי וברי הא הוי מיגו להוציא דזה לא מהני לשיטת הרמב"ם ואף לשיטת המ"מ פ' י"ד הל' טוען שכתב בטעם הרמב"ם דלכן אינו נאמן דנגנבו ממני במיגו דהשאלתיו לך משום דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן ומשמע דמשום מיגו להוציא הי' מהימן י"ל דשאני התם כמש"כ הש"ך בח"מ סי' קל"ג ס"ק י"ג דשא"ה כיון דנוטל הדמים ואינו מחזיר רק החפץ לכן לא מקרי מיגו להוציא כמש"כ הש"ך שם אבל היכא דלא שייך זה שפיר י"ל דאף היכא דיש לו חזקת מ"ק מ"מ מקרי מיגו להוציא ע"כ במסור לאנסין דמקרי מיגו להוציא אין להאמינו ע"י מיגו דאסר עליו בקונם דכיון דהנפסד הוא תפוס מקרי מיגו להוציא ואף היכא דבידו לעשות ג"כ מקרי מיגו להוציא ואף דמצינו בר"ן דקידושין פ' האומר גבי זה בני נאמן אף היכא דמוחזק לן באחי וז"ל ולענין הלכה כרבי דאינו נאמן לאסור כו' דמה לי לשקר כעדים דמי דהלכה כרבי מחבירו. ואע"ג דפ"ק דב"ב ויבמות פ' האשה שלום איבעי' לן אי אמרינן מיגו במקום חזקה או לא התם הוא מיגו שהי' יכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף האי מיגו כולי האי אבל הכא מיגו דבידו הוא שהי' יכול לומר כתבו גט לאשתי כו' עכ"ל אלמא דמצינו להר"ן דמחלק דהיכא דבידו לעשות מעשה אלימא טובא אף במקום חזקה א"כ ה"ה אפשר לדון דכה"ג אלים דאף להוציא מהני מיגו דבידו ועכ"ז הא מצינו להרשב"א דהובא בח"מ סי' מ"ז ש"ך ס"ק ו' דכתב דלא מהימן לומר אמנה במיגו דמחיל משום דהוי מיגו במקום חזקה דת"י שלו עי"ש אלמא דאינו מחלק בין מיגו דבידו לעשות גם כעת ובין מיגו דהוי מצי טעין לשעבר כן א"כ ה"ה י"ל בשיטת הרמב"ם דמיירינן אליבי' דאינו מחלק בין מיגו להוציא ובין בידו לעשות דג"ז לא מהני להוציא ועיין בש"ך ח"מ סי' צ"ט וקצ"ח שם ובסי' מ"ז והדברים ארוכים וקצרתי והא דתקשה הא כל הנודר מקרי חוטא וכתבתי בסי' הנ"ל עפ"י הא דקידושין ד' ס"ד דנשבית ופדיתי' אינו נאמן ומקשו והרי בידו להשיאה לממזר כו' דאף דהוי מילתא דאיסורא עכ"ז כיון דהוי דבר בידו מהימן וכמש"כ השעה"מ פ' י"ח ה' איסורי ביאה עכ"ז לא מצינו זה רק במלתא דאיסורא אבל גבי שארי מילי כמו במיגו במקום חזקה דס"ל להרשב"א הנ"ל דלא לחלק ביניהם ודלא כהר"ן. ה"ה גבי מיגו להוציא לא מחלקינן מסברא ביניהם ועוד כבר כתבתי לעיל לדין דהכא ליכא איסור דכל הנודר מקרי חוטא משום דהא צועק ואומר דחבירו גזל ממנו

ע"כ מותר לו לעשות כל טצדקי דמצי למעבד להציל שלו ועפי"ז יש לפלפל בדברי הש"ך סי' צ"ט ס"ק ה' וסי' מ"ז ס"ק ז' ואכמ"ל:

ולפ"ז נתבאר דיש לתרץ קושיית המ"מ דמטעם אחר לא כתב הרמב"ם דמהני תפיסה בהא דשכירו ולקיטו משום דנאמן הגזלן להוציא את התפיסה מהנגזל משום מיגו כיון דהוי ברי ושמא כנ"ל א"כ ליכא ראיי' מזה בספק תקנה לא מהני תפיסה די"ל דשא"ה מטעם אחר דאף בדאורייתא לא מהני תפיסה בזה ואף לפי מש"כ בשיטת הרמב"ם דלא ס"ל למש"כ בסי' הנ"ל דהיכא דאיכא חזקת מרא קמא אמרינן מיגו להוציא מכ"מ לא תקשה עליו לקושיות האו"ת על הא דספ"ג דב"ק דהא כתבתי שם דלשיטת הרמב"ם אינו קשה בפשיטות קושיות האו"ת הנ"ל רק לשיטת הרא"ש תסוב קושייתו ושפיר כתבתי שם ועיין ברא"ש פ' הכונס סי' ט"ו ואינו קשה כלל על מש"כ בסי) הנ"ל] וכיון דנתבאר דיש לתרץ לקושיית המ"מ הנ"ל ע"כ י"ל בספק תקנה ג"כ מהני תפיסה כיון דליכא ראי' כל כך מהרמב"ם. אכן כיון שכתב המ"מ בשיטת הרמב"ם דבספק תקנה לא מהני תפיסה וכן תפסו כל הפוסקים ע"כ אני מבטל את דברי נגד כל הפוסקים הנ"ל:

ענף ט:

והרא"ש פ"א דמכות סי' ג' כתב במאי דפליגי שם אליבי' דשמואל במלוה לחבירו על עשר שנים אי שביעית משמטתו אי לא והכריע הרא"ש שם דהלכה כלשנא בתרא דאין שביעית משמטתו ועוד שביעית בזה"ז דרבנן ואזלינן לקולא עכ"ל אלמא דאף דהלוה מוחזק גמור והמלוה בא להוציא ממנו ומחוסר גוביינא א"כ הלוה הוא מוחזק גמור בגוף הנכסים ואינו מחוסר שום קנין ואדרבה המלוה הוא מחוסר גוביינא ע"י ב"ד ואפ"ה מחוייב הלוה לשלם ולא אמרינן בזה הממע"ה וע"כ הטעם משום דהלוה ספק בתקנה ומוקמינן על ד"ת אלמא דהרא"ש ס"ל ג"כ להדיא דבספק תקנה לא מהני אף תפיסה ברשות ואף דהתובע מחוסר גוביינא מכ"מ מוקמי אד"ת וגם הא התם הוי ספק שאינו בעיקר התקנה רק ספק מצד אחר דהא הך ספיקא דפלוגתא דמלוה לחבירו לעשר שנים אי שביעית משמטתו אי לא אין זה מקרי ספק בעיקר התקנה דהא הך ספיקא יש להסתפק אף בשביעית דאורייתא ואפ"ה ס"ל דמוקמינן בזה אד"ת ומחוייב לשלם ותקשה מדברי הרא"ש והנ"ל על כל מה שכתבתי לעיל להוכיח דבספק שאינו בעיקר התקנה מהני תפיסה דהא מדברי הרא"ש הנ"ל מוכח דגם בספק שאינו בעיקר התקנה לא מהני תפיסה וגם מוכח מדברי הרא"ש דלא כמש"כ לעיל לדון בדברי הרמב"ם דס"ל דהיכא דתפס ברשות ותפס בעת לידה הספק ולא תפס מרשות הבעלים דבכה"ג מהני תפיסה אף בספק תקנה דהא מדברי הרא"ש הנ"ל מוכח להיפך דהא הלוה בוודאי תפיס

ברשות והמלוה מחוסר גוביינא ואפ"ה לא מהני תפיסתו וכן איתא בהרא"ש פ"ו דשבת סי' י"ד שכתב שם ור"ת ז"ל פסק כר' ענני בר ששון דבשל סופרים הלך אחר המיקל ואע"ג דסתם מתניתין כרב דכוותי' אשכחן גבי פרוזבול דסתם מתניתין ס"ל דלא מצי למימר פרוזבול הי' לי ואבד וקיי"ל בגיטין פ' השולח כברייתא דסבר כר"נ דמצי למימר פרוזבול הי' לי ואבד כו' עכ"ל הרא"ש אלמא דס"ל דלכן נאמן לומר פרוזבול היו לי ואבד דבשל סופרים הלך אחר המיקל ואף מוציאין מהמלוה עי"ז הסברא אלמא דמוקמינן אד"ת משום דהוי ספק בשל סופרים א"כ תקשה מכ"ז על מש"כ לעיל וכן תקשה כדברי הרא"ש הנ"ל מהא דב"ק ד' ל"ו גבי השביח ומכרן לישראל דהוי איבעיא דלא איפשטא ואין מוציאין מן הלוקח כמבואר בטור ס' שס"ב ועיין בהרא"ש פרק ט' דב"ק סי' ג' וכן מבואר בהרמב"ם ושו"ע שם והא התם מה"ת שייך גוף השבח לבעלים דעיקר הך מילתא רק מצד תקנתא כמבואר שם ובהרא"ש פ"א דב"מ סי' ל"ט שכתב שם דמיירי בשינוי' דהדר רק מפני תקנות השבים אתינן עלה והלוקח אינו בא על השבח אלא מצד תקנה ואפ"ה מספיקא אין מוציאין מן הלוקח וכתבתי לעיל דהטעם הוא משום דהוי תפוס בעת לידת הספק ולא תפוס מרשות הבעלים אלא ממילא הגיע לידו וע"כ מהני תפיסתו אף בספק תקנה כמש"כ לעיל בארוכה ולפי זה מצד כש"כ הדין נותן דתועיל מוחזקת של הלוה דלא יצטרך לפרוע להמלוה היכא דאיכא ספק תקנה בשביעית אי משמטת וקשה מדברי הרא"ש הנ"ל:

ואפשר לומר ולחלק דשאני התם בהך ספק דשמיטה דהא כתב המל"מ פ"א הל' טוען הל' ט' שכתב בשם תשובת לחם רב דצידד לומר דהיכא דהוי וודאי חיוב וספק בחזרה לא מצי הלוה לומר קים לי בספק דפלוגתא למיפטר והמל"מ כתב עליו דאין דבריו נראין ע"ש וטעמו משום דהא אף בספק בפרעון קיי"ל דבטוענו שמא פטור רק בטוען ברי בצירף חזקת חיוב מוציאין מהלוה דטוען שמא דברי וחזקה חיוב עדיף מחזקת ממונא וכעין זה איתא בכתובות ד' י"ב. אבל בטוענין שניהם שמא מיפטר וע"כ בספיקא דדינא דטוענים שניהם שמא פטור הלוה או די"ל דהא ידוע מש"כ הפוסקים דבספיקא דדינא לא שייך להעמיד על אוקי אחזקה דאטו בשביל אוקי אחזקה ישתנה הדין כמש"כ התב"ש סי' ל' ס"ק א' והמל"מ פ"ב הל' א' הל' טומאות צרעת והובא בתשובות רע"א זצ"ל סי' ל"ז והר"ן פ"ק דקידושין גבי נתנה היא ואמר הוא עכ"פ מצינו לבעל ל"ר דס"ל דספק פלוגתא בפרעון מחוייב הלוה לשלם ואף דאנן לא קיי"ל כוותי' עכ"ז י"ל דז"א רק בספק דהוי מה"ת אבל בספק דלא הוי רק מצד תקנת חז"ל י"ל דבזה הדין נותן כיון דהוי עליו חזקת חיוב בוודאי רק דהספק הוא בפירעון או באפקעתא דמלכא כמו שביעית דז"א

רק מדרבנן דכה"ג מוקמינן אד"ת וכה"ג ראיתי להאו"ת בכללי תפיסה ס"ק מ"ג שכתב לדון אליבי' דשיטת הרא"ש לחלק דבספק פירעון לא מהני תפיסה עי"ש שהביא בשם כנה"ג שהביא דעת הרבה חכמים בתשובות שמחזיקים בדעת הזאת ואף דאנן קיי"ל היכא דהספק הוא בשל תורה דכיון דהלוה מוחזק ע"כ אף היכא דהוי הספק בפרעון פטור הלוה אבל היכא דהספק הוא בדרבנן היכא דהוא בחזקת חיוב מוקמי על ד"ת משא"כ התם בב"ק גבי שבח וכה"ג דלא שיך התם חזקת חיוב ע"כ מועיל תפיסה בזה אף בספק תקנה כן יש לדחוק ולחלק בדברי הרא"ש הנ"ל דלא תקשה כ"כ:

ואחר כתבי כ"ז ראיתי ונזכרתי כי הבית יוסף בסי' ס"ז בח"מ הביא דברי הרא"ש הנ"ל שם ותמה איך כתב דבשביעית דרבנן אזלינן לקולא והקשה הא בספיקא דממונא נקטינן קולא לנתבע והכא הוי איפכא קולא לתובע ותירץ דנ"ל דטעמי משום דשמיטה איסורא הוא ומקילין דלא תנהוג כיון דרבנן היא בזמה"ז ונהי דנפ"מ לענין ממונא והוי חומרא לתובע מ"מ כיון דבעיקרא דדינא לא אתי למיבעי אי מפקינן ממונא מהאי גברא אלא לענין איסורא אי נהג שביעית או לא לקולא נקטינן עכ"ל הב"י הרי שהב"י ג"כ כיון להקשות למה דהקשיתי על הרא"ש ולא תירץ דשא"ה דה"ל ספק בתקנה משום דס"ל להב"י ג"כ כמש"כ דבכה"ג אף בספק תקנה הי' מהני תפיסה ע"כ הקשה כן וכתב לחלק דשא"ה דאיתמר הך דינא גבי איסורא ולא גבי ממונא והב"י הביא שם בשם רבינו ירוחם דכתב גבי הך ספיקא דבשביעית דמשמטתה וכ"כ בבת יבמה דאיבעיא לן בספ"ד דכתובות דמהני תפיסה אף דהוי ספק בתקנה והובא בב"ש לאה"ע סי' קי"ב ובמל"מ שהובא לעיל אבל באמת אין זה דומה להא דספק שביעית כמו שנתבאר וחזינן לפי מש"כ הב"י דשא"ה דהוי מילתא דאיסורא א"כ לפ"ז י"ל דהיכא דלא איתמר גבי מילתא דאיסורא אלא גבי ממונא דהדין נותן דאף בספק תקנה מהני תפיסה ברשות כיון דלא תפס מרשות הבעלים. וגם היכא דהוי ספק מצד אחר שלא בעיקר התקנה י"ל דמהני תפיסה אף תפס מרשות הבעלים או היכא דהוי ספק בגוף החפץ י"ל דכה"ג מהני תפיסה כנ"ל בארוכה ואחר כתבי כ"ז ראיתי בתשובת מוהרי"ט ח' יו"ד סי' מ' שמפלפל הרבה בדברי הרא"ש והב"י הנ"ל ולא העיר כלל במש"כ וגם ראיתי שכתב המוהרי"ט שם לפלפל במש"כ הרא"ש בב"מ גבי ספק מצרנות דשייך ללוקח וע"פ מש"כ יש לעין הרבה בכל מה שכתב המהרי"ט שם ומחמת האריכות קצרתי. ויש להוכיח דבמוחזק גמור מהני תפיסתו אף בספק תקנה מהא דכתובות ד' פ"ז גבי פוגמת דאיבעיא להו התם כמה איבעיות וכתב הרי"ף והרא"ש דכיון דלא איפשיטא אין מוציאין מהלוה בלא שבועה אלמא דמוחזק גמור יכול להחזיק ת"י אף בספק בעיקר תקנה דאל"כ קשה דנימא דהא

מה"ת מהימן בלא שבועה להסוברין כתובה מה"ת ובפרט בשטר א"כ הוי ספק בעיקר התקנה וע"כ מוכח דכיון דהמלוה הוא מחוסר גובייגא ע"כ מהני תפיסת הלוה וכן יש להעיר קצת מהא דב"ב ד' קנ"ה בבני ברק בא' שמכר נכסיו ומת ובאו קרוביו לערער דקטן הי' בשעת המכר אין שומעין להם משום דחזקה אין עדים חותמין כו' ואף היכא דנסתפקנו רק אם הי' בן עשרים דאינו מוכר בנכסי אביו פחות מעשרים מ"מ לא דנין בזה משום ספק תקנה להקל כיון דמה"ת לא בעיא שיהי' בן כ' ולא אתיא עלה אלא מטעם דחזקה אין העדים חותמין כו' ומוכח מזה דכיון דקרקע בחזקת בעליה ה"ל מוחזק גמור ואין מוציאין מהמוכר אף דלא הוי אלא ספק תקנה ומה"ת הקרקע בוודאי שייך להלוקח ומוכח כנ"ל ויש לדחות כ"ז לפמש"כ המצ"מ דהיכא דטוען ברי אף בספק תקנתא מהני תפיסתו א"כ נדחה מש"כ דהא בהא דפוגמות דטוען הנתבע ברי וכן התם בבני ברק דטוענים ברי לא שייך התם לדון משום ספק תקנה וגם הא התם בב"ב לא הוי הספק בעיקר תקנה רק מצד אחר וכנ"ל:

ע"כ נדחה מש"כ אך כתבתי לעיל שארי הוכחות להוכיח כן ועין בסוף הסי' מה שכתבתי שם:

ענף י:

ובאה"ע סי' קי"ח סעי' ו' מבואר דדבר שאינו מפורש בהתקנה נעמידנו על ד"ת וכן כל ספק שיש בו תקנה על יורשי האשה להביא ראיי' דאין מוציאין ירושת הבעל מספיקא ב"י בשם תשובות הר"ן סי' י"ד וכתב שם ביאור הגר"א זצ"ל דזהו משום דקיי"ל כב"ה דמתו בעליהן עד שלא שתו כו' ב"פ החולץ ד' ל"ח וזהו מדברי הר"ן בתשובה סי' י"ד דזה דומה להא דיבמות החולץ הנ"ל בספק זנאי ספק לא זנאי דלא מפקינן ממונא מספיקא ע"ש ולכאורה קשה הא י"ל דשא"ה גבי מתו בעליהן דתובעת חוב כתובה והוי בע"ח ספק ואין מוציא מידי וודאי וכמו בכל ספק בע"ח דאמרינן הממע"ה דהא הוי מחוסר גובייגא משא"כ היכא דבאו יורשי האשה מכח התקנה דלפי צד התקנה שייך גוף החפץ להם א"כ הוי ספק וספק ודומה למה דס"ל ב"ש שם דכיון דשטר העומד לגבות כגבוי דמי הוי ספק וספק ושאני אליבי' דב"ה דהוי מחוסר גובייגא כפי' רש"י שם א"כ דמינם לא אתי שפיר:

וראיתי בהר"ן שם דמיירי בהתנה הבעל להחזיר ליורשיה מה שיהיה יורש ממנה ובאם שלא יהיה זרע קיימא ונולד הספק בהז"ק לפי שלא היה חי ל' יום אחר מיתתה וע"ז כתב שם דהוי ספק ואין מוציאין מהבעל שאפי' היה הלשון מסופק ה"ל הבעל וודאי ואין מוציאין בספק מידי וודאי כמו הא דפ' החולץ כו' ע"ש וזה ניחא באמת דהא מבואר

בר"ן כתובות פ"ט על הך משנה דש"פ הכותב דו"ד אין לי בחייך ובמותיך דאם מתה אינו יורשה ורשב"ג ס"ל דיורשה וכתב שם הרי"ף דלית הלכתא כוותיה ובירושלמי אי' א"ר יוסי אלין דכתבין לנשיהון אי מיתה בלא בני כל מה דלה תהדר לבי נשא כל תנאי שבממון קיים עכ"ל הרי"ף והירושלמי הלז הוא בכתובות פ"ט סוף ה' א' וכתב שם הר"ן בשם הרמב"ן לפרש הירושלמי דלא היה בדרך תנאי דלא יירשנה אלא יורשה ומחזיר לה ירושתה כו' דלאחר שנשאת לא אא"כ מחייב עצמו להחזיר ליורשיו מה שיירש ממנה דבכה"ג וודאי מהני עכ"ל הר"נ ומה"ט כתב הרמ"א באה"ע סי' צ"ב סעי' ז' דאף דלא מהני תנאו לאחר שניסת עכ"ז אם מחייב א"ע להחזיר ליורשיו מה שיורשה צריך לקיים והוא מהר"נ בשם הרמב"ן הנ"ל והריב"ש ומה"ט הי' מועיל התנאי שהתנה הבעל להחזיר ליורשיו מה שיורש ממנה המבואר בתשובת הר"ל הנ"ל א"כ עיקר מילתא דהתנאי הנ"ל הוא מפני תורת חיוב על גופו ואל"כ לא היה מועיל התנאי כלל לכ"ע אם היה תנאי זה לאחר שניסת כמבואר באה"ע ובב"ש שם א"כ עיקר זכות יורשי האשה הוא מפאת התחייבות של הבעל ולכן מקרי הבעל מוחזק גמור ויורשי האשה הבאין עליו מכח התחייבות אמרינן בהו הממע"ה כמו בכל שט"ח היכא דהוי ספק דלב"ה דקיי"ל כוותיה דשט"ח העומד לגבות לאו כגבוי דמי והוי הלוה מוחזק וה"ה הכא כיון דבאמת יורשה הבעל דלא מצי להפקיע זכות ירושתו כ"א מצד דהתחייב א"ע להחזיר ליורשיה מה דיירשנה א"כ גוף הנכסים יורשה בעלה אלא דעליו מוטל החיוב להחזיר ליורשיה ולכן שפיר כתב הר"ן לדמות זה להא דפ' החולץ דלב"ה אין מוציאין בספק שטר ועיין בתוס' סוטה ד' כ"ה ד"ה ב"ש אומרים כו' א"כ לא אתינן עלה בהא דתשובת הר"נ הנ"ל משום ספק תקנתא אלא מטעם אחר כנ"ל ועוד י"ל בזה ע"פ המבואר בח"מ סי' ס"ה סעי' כ"ג באומר שטר א' מחול לך דהקטן מחול ולא הגדול והטעם מבואר בש"ך שם וביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ע"ה דהיכא דבא לזכות מכח דבורו דנין על התחתונה ועיין בש"ך ח"מ סי' מ"ב ס"ק י"ח מש"כ כעין זה בשם המהרי"ק ע"ש והנתיבות שם ס"ק ח' כתב לבאר דברי המהרי"ק ע"פ מש"כ בכללי תפיסה ס"ק י"א דכל היכא שבא לזכות מכח הלשון ויש ספק בהלשון אינו זוכה כלל והטעם כתב הנתיבות ביותר בכללי תפיסה שם משום דאין כוונת האדם בלשונו רק על הדבר הברור במשמעות לשונו ולא על משמעות הספק בלשונו דלא מחית נפשיה לספיקא כו' וזה אינו רק בספק במשמעות לשונו דאז אף היכא דהוי מוחזק גמור לא מהני מספיקא אבל בספק במעשה לא שייך זה ואזלינן בתר מוחזק עכ"ל הנתיבות בכללי תפיסה בקצרה ולפ"ז ה"ה היכא שנולד ספק במשמעות הלשון של התנאי דהתנה הבעל להחזיר ליורשי אשה באם לא יהיה לה זרע קיימא אם

בעי שיחי' לאחר מיתתה ל' יום או כיון דחי הוולד למ"ד יום סגי כמו שנסתפק בתשובת הר"נ הנ"ל ע"כ כיון דעיקר זכות יורשי האשה הוא מפני לשון של התנאי דהבעל א"כ גם בזה י"ל דלא נתכוין הבעל רק על הברור בלשונו ולא על הספק בלשונו כמו בשטר א' מחול לך דהקטן מחול ולא הגדול כנ"ל וע"כ שפיר כתב הר"נ לדינא דהדין הוא עם הבעל היכא שנולד ספק בפירוש הלשון של התנאי א"כ נתבאר בשני אופנים על נכון כוונת הר"נ בתשובה הנ"ל אך יותר נראה בכוונת הר"נ כמש"כ בתחלה משום דהחילוק הב' קשה להעמיס זה לכאורה במשמעות הר"נ הנ"ל עכ"פ אינו מוכח מהר"נ להך דספק תקנה הנ"ל:

והנה הגר"א זצ"ל שם באה"ע סי' קי"ח ס"ק ז' כתב על הא דמבואר שם דדבר שאינו מפורש בהתקנה נעמידנו על ד"ת וכתב הגר"א שם דהבעל וודאי וקיי"ל כב"ה כו' דזהו מהרא"ש כלל נ"ה סי' ה' עכ"ל וראיתי בתשובת הרא"ש שם דמירי היכא שכתב לה שט"ח ע"ע קודם שישאנה וקורין לשטר זה שטר נדוניא ותקנת טולטילא שיחלקו בעלה עם יורשיה אע"פ שד"ת בעלה יורשה ומוכח דזה לא מקרי ראוי כמו בבכור דמלוה שעמו פלגי והכא כתב הרא"ש דמה"ת יורשה כולו ומוכח מזה כמש"כ החלקת מחוקק בסי' צ' ס"ק ח' ועיין שם בב"ש ס"ק ט' ואכמ"ל] דנולד ספק אם הבן מת תחלה אז שייך מחצה ליורשי האשה או האשה מתה תחלה דאז יורשו הבעל לבנו כו' וסיים הרא"ש שם דבנידן זה הנכסים הללו לא יצא מעולם מרשות הבעל ואין עליו כ"א שט"ח וקיי"ל שט"ח העומד לגבות לאו כגבוי דמי וכיון שהבעל מוחזק ויורשי האשה באין להוציא ממנו בטענת ספק שאומרים שמת הבן תחלה לא מפקינין מיניה עד שיברר טענתו וכמו במתו בעליהן עד שלא שתו דב"ש כו'. וכן בנידן זה על יורשי האשה להביא ראיה כו' עכ"ל הרא"ש. א"כ הא מירי הרא"ש בגוונא דהבעל הוי מוחזק רק נתן שט"ח להאשה ואף דהשט"ח הוא ת"י יורשי האשה עכ"ז הא שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי כב"ה כמש"כ הרא"ש א"כ משמע מזה דלב"ש דס"ל דהוי כגבוי נחשבים הכא יורשי האשה למוחזקים והי' נוטלים את הספק ולא הבעל ולא אמרינן דהא הוי ספק בתקנה ומוקמי על ד"ת ולא מהני מוחזקות דהא אינן באין רק מצד זכות התקנה א"כ מוכח מתשובת הרא"ש הנ"ל דמוחזק גמור מועיל אף בספק תקנה וכמש"כ לעיל או דמוכח מתשובה הנ"ל דהיכא דנולד הספק מצד אחר שלא בעיקר התקנה אין אנו דנין בזה ספק תקנה להקל וכמש"כ לעיל לחלק והתם בנידן תשובת הרא"ש הנ"ל לא היה הספק בעיקר התקנה רק נולד הספק בהמעשה מי הוא מת תחלה הבן או האשה דבכה"ג אם היה

יורשי האשה נחשב למוחזקים הי' נוטלים רק לפי דקיי"ל כב"ה דלאו כגבוי דמי ע"כ מקרי הבעל מוחזק:

ולפ"ז צ"ע על מה דכתב המחבר באה"ע שם דדבר שאינו מפורש בתקנה נעמידנו על ד"ת דמשמע דמשום ספק תקנה אתו עלה וציינו לתשובת הרא"ש הנ"ל ובאמת הא שם בתשובה אתו עלה מטעם דלאו כגבוי דמי אבל לא מצד ספק תקנה וכן מש"כ הרמ"א שם באה"ע דכל ספק שיש בתקנה על יורשי האשה להביא ראיה דאין מוציאין ירושת הבעל מספיקא וציינו דזהו מתשובת הר"נ הנ"ל ובאמת הא הר"נ לא אתי עלה מצד ספק תקנה רק מצד דקיי"ל דהבעל הוי וודאי ויורשי האשה ה"ל ספק כמו ביבמות פ' החולץ ולא הזכיר הר"נ שם כלל מן ספק תקנה דהא לא מיירי התם כלל מן תקנה רק מיירי שם מן תנאי דכתב שיור ליורשיה כנ"ל וע"כ לא שייך התם לדון היכא דכתב מדעתו להך דספק תקנה דהא כיון דכתב מדעתו ה"ל כשל תורה וע"כ מוכח כוונת הר"נ כמש"כ לעיל א"כ הן מתשובת הר"נ הנ"ל והן מתשובת הרא"ש הנ"ל אינו שום הוכחה להא דספק תקנה דמוקמי על ד"ת:

ומלשון הרמ"א שכתב דבספק תקנה על יורשי האשה להביא ראיה דמשמע דאף היכא דיורשי האשה המה מוחזקים ג"כ לא מהני התפיסה משום דמוקמי על ד"ת. ולדעת הסוברים ירושת הבעל מה"ת וודאי אתי שפיר ואף לשיטת הרמב"ם דס"ל ירושת הבעל דרבנן כמבואר בסי' צ' ב"ש ס"ק ח' עכ"ז שפיר כתבו דהא דספק תקנה דלא מפקיעין זכות ירושת הבעל משום דמבואר בתשובת הרשב"א סי' תתקי"ד. דהזכות שיש לא' מצד דינא דגמ' עדיפא מן מי שאין לו זכות רק מצד תקנת הגאונים וכ"כ שערי שבועות להרי"ף שער ב' והובא באו"ת סי' ק"ז ס"ק ד' עי"ש וכ"כ המהרשד"ם ח' א"ע סי' קכ"ה א"כ מהאי טעמא בספק תקנה דבתראי לא מפקיעין זכות הבעל דיש לו מדינא דגמ' ומהאי טעמא אף בירושת הבעל לנצ"ב דכתב ההפלאה כתובות ד' מ"ז דאינו יורש רק מדרבנן משום דמה"ת דינו כראוי על פלגא וכמש"כ הב"ש בסי' צ' ס"ק ט' בשם הרשב"א ואפ"ה בספק מוקמי על ד"ת והטעם כמש"כ דתקנת חז"ל הקדומה בזמן המשנה עדיפא מן תקנת הגאונים והמדינות כנ"ל והדברים ארוכים:

אך עיקר דבריו מה דהוציא כן מתשובת הר"ן הנ"ל באמת אין זה מוכח כלל מדברי הר"ן הנ"ל דהא הר"נ לא הזכיר שם מן נידון תקנה רק מיירי בתנאי דהתנה בפירוש ושם לא שייך לומר דבספק נעמידו על ד"ת דהא מה דכתב לה מועיל ע"פ ד"ת וכבר נתבאר טעם אחר בכוונת הר"ן הנ"ל א"כ צ"ע מנלן להו להוכיח כן מתשובת הר"ן הנ"ל וכן מה שהוציאו כן מתשובת הרא"ש הנ"ל ג"כ אינו ברור דהא אדרבא מוכח מתשובת הרא"ש

הנ"ל דלב"ש דס"ל כגבוי דמי היה מחוייב הבעל לסלק ליורשי האשה אע"פ שאינו שייך לה רק מצד התקנה דהתקינו שאם ימות בלא ז"ק שיחלוק בעלה עם יורשיה ולא אמרינן דמספק נעמידו על ד"ת רק עיקר טעמו לפי דקיי"ל כב"ה דלאו כגבוי דמי והבעל הוא מוחזק לא מפקינן ממונא מספיקא א"כ אדרבא מוכח להיפך ע"כ צ"ע מה שכתבו דספק תקנה מעמידין על ד"ת והבעל יורשה ומשמע אף היכא דהמה מוחזקים דאל"כ למה הוצרכו להוציא כן מתשובת הרא"ש והר"נ הנ"ל ובאמת אינו מוכח משם כלל ואדרבא מתשובת הרא"ש מוכח להיפך:

וראיתי בתשובת מוהרי"ט ח' יו"ד סי' מ"ס שכתב בשם תשובת הרא"ש בענין תקנת ירושת אשה שכל ספק שיארע בו יד התקנה על התחתונה שהיא באה להוציא מידי ירושה של תורה ומסתמא אפילו תפסו היורשין מוציאין מידה ואפילו אם היורשים היו חייבין מעות הבעל מוציא מידם דיד התקנה על התחתונה כ"כ שם המוהרי"ט באמצע התשובה ולפי מש"כ מוכח מתשובת הרא"ש להיפך ויותר היה להשו"ע והרמ"א באה"ע שם להוכיח כן מהא דכתב המ"מ פ"ד הל' גזילה להוכיח מדלא כתב הרמב"ם דבשכירו ולקיטו אם תפס אין מוציאין משום דבספק תקנה לא מהני תפיסה:

אך באמת מוכח כדברי הרמ"א הנ"ל והשו"ע מתשובת הרא"ש כלל נ"ה סי' ז' שכתב שם הרא"ש היכא שהי' תקנה דהאלמנה לא תטיל רק חצי העיזבון אם הוא פחות מכדי כתובתה ויש על העזבון חובות דכתב בזה"ל אחרי שאין הדבר מפורש בהתקנה יד האלמנה על התחתונה כי התקנה באה להוציא מכח דין תורה הדין נותן שתטיל כו' הלכך אמרי' כך היתה מסתמא התקנה שכל הנמצא בשעת מיתתו דבר שהגוף שלו יחלוקו ולא יפחתו חלק האלמנה בשביל השיעבוד שהי' משועבד לאחר כו' וכל הדין שיש לה בגביות כתובה לא יגרע חלק הראוי לה מכח התקנה כו' עכ"ל הרא"ש אלמא דס"ל דכל שאין מפורש בהתקנה מוקמי אד"ת אף להוציא דהא התם האלמנה באה להוציא מיורשי הבעל ואפ"ה הדין עמה. א"כ שפיר הוציאו כן מתשובת הרא"ש הנ"ל אך הציין שציינו מתשובת הרא"ש סי' ה' זה אינו והעיקר הוא מתשובת הרא"ש סי' ז' ולפ"ז יש להעיר בתשובת הרא"ש דסי' ה' דסותר ומש"כ הרא"ש בסי' ז' דהא בסי' ה' משמע דאלו היו יורשים מוחזקין היו נוטלים את הספק רק לפי דקיי"ל כב"ה דלאו כגבוי דמי אינם נוטלין ואלו הכא באלמנה אף שיורשי הבעל המה מוחזקים אפ"ה ס"ל דיכולה להוציא משום דבספק בתקנה מעמידין על ד"ת:

אכן לפמש"כ לעיל ניחא משום דהא נתבאר לעיל דדוקא בספק בעיקר תקנה מוקמינן אד"ת אבל במה שנסתפקו בהמעשה איך היה בזה לא אמרינן כן א"כ הא בתשובת

הרא"ש דסי' ה' מיירי במסופקים בהמעשה אם הבן מת תחלה או האשה תחלה ע"כ אם היתה האשה או יורשיה מוחזקים היה נוטלים הספק משום דהא לא נולד הספק בעיקר התקנה רק בדבר אחר אבל בהא דסי' ז' שנולד הספק אם יפחתו חלק חצי של האלמנה בשביל שיעבוד שמשועבד לאחר או לא א"כ הספק הוא בעיקר התקנה איך תקנו ע"כ בזה שפיר כתב הרא"ש דמוציאין מיורשי הבעל משום דבכה"ג מוקמי אד"ת. ולפ"ז מוכח דאף מוחזק גמור מוציאין ממנו בספק בעיקר התקנה ודלא כמש"כ בארוכה לעיל:

אמנם נלע"ד גם ז"א דהא בתשובת הרא"ש דסי' ז' לא כתב דהוי זה ספק בהתקנה רק אדרבא כתב בזה"ל דכיון דאינו מפורש בהתקנה נעמידו על ד"ת ומסתמא כך היתה התקנה דלא יופחת חלק חצי שלה כמו בגביות כתובה שלה ע"פ דין א"כ באמת אין זה שום ספק כלל לבדות מעצמינו איזה ספק ולחדש בהתקנה יותר מד"ת אלא אמרינן מסתמא לא תקנו לפחות ולגרוע זכותה ביותר מן ד"ת וכן מורה הלשון בהמחבר באה"ע שם שכתב בזה"ל דבר שאינו מפורש בהתקנה נעמידו על ד"ת והרמ"א סיים וכן כל ספק שיש בתקנה על יורשי האשה להביא ראיה דאין מוציאין ירושת הבעל מספיקא ב"י בשם תשובת הר"נ והבאר הגולה ציין על המחבר דזהו מתשובת הרא"ש כלל נ"ה סי' ו' הרי דהרמ"א חידש לנו זה הדין דספק בתקנה אבל המחבר משמע דלא איירי מזה רק כתב דבר שאינו מפורש כו' דמשמע כמש"כ דאתי להורות דלא לבדות ספק מדעתנו. אבל היכא דנולד ספק בהמעשה או היכא שיש ספקא דפלוגתא בענין איזה ספק תקנה או איבעיא דלא איפשטא מזה לא כתב המחבר כלל רק הרמ"א כתב זה בשם תשובת הר"ן עכ"פ חזינן דהבאר הגולה ציין להך דסי' ו' ולא למה שכתב ביאור הגר"א וצ"ל להך דסי' ה' וגם הא נתבאר דמתשובת הר"ן אינו מוכח כלל להא דספק תקנה דהא מיירי בספק בתנאי שכתב הבעל מדעתו כנ"ל וצ"ע:

ענף יא:

ונלע"ד לומר בכוונת הרמ"א הנ"ל דנתכוון למה שיש לדון ע"פ מש"כ הטור בח"מ סי' ק"ז ובטור אה"ע סי' ק' בשם הרמב"ם בהא דתקנת הגאונים דגובין ממטלטלים דיתמי דנהגו לכתוב בכל הכתובות מקרקעי ומטלטלי כו' ודבר זה תקון גדול וכל תנאי שבממון קיים כו' ודווקא מי שידע בתקנת הגאונים כו' והובא בח"מ סי' ק"ז ובסמ"ע שם ובאה"ע סי' ק' ב"ש ס"ק א' בשם המ"מ על מש"כ הרמב"ם דגובין ממטלטלי דיתמי דדווקא מי שיודע התקנה אבל אם א"י אין גובין מן היורשין שאין לומר בזה אף שלא נכתב כנכתב דמי שאין זה תנאי ב"ד כיוון דנתחדש אחר הש"ס כו' עכ"ל. הרי דמצינו לתקנה הגאונים לדון רק היכא דידע ואמרי' דמסתמא נתרצה לזה והוי כמו דהתחייב הבע"ח בזה ועיין

בש"ך ח"מ סוף סי' מ"ב ס ועיין באה"ע סי' ס"ו בב"ש ס"ק כ"ז שכתב כיוון דמנהג המקום הוא כן א"כ על אותו המקום התחייב א"ע בשעת הנישואין א"כ ה"ה בתקנת טולטילא וכה"ג בוודאי עיקר דבר זה דמועיל זה משום דאמרינן דמסתמא התחייב א"ע בזה בשעת הנשואין וזה כש"כ מן תקנת הגאונים הנ"ל דלא היה מהני רק מצד דאמרינן דהתחייב א"ע בזה כש"כ בתקנת ומנהג איזה מדינה דאמרינן בעיקר הך מילתא משום דוודאי התחייב א"ע בזה וכיוון דחזינן בסילוק ירושת הבעל דאם סילק בעודה ארוסה הרבה ראשונים פליגי בזה וגם להסוברים דמהני הסילוק אין זה אלא בסילוק מנכסי אשתו בין אירוסין לנשואין וכמש"כ הש"ך בח"מ סוף סי' ס"ו והב"ש באה"ע סי' צ"ב אבל אם מארסין תחת החופה לא היה מהני הסילוק ע"כ בתקנת טולטילא וכה"ג בוודאי אינו בכוחם לחייב להבעל שלו ע"פ ד"ת וזה כש"כ מתקנת הגאונים הנ"ל שכתבו הרמב"ם והמ"מ דאין לדון בע"כ אם לא היכא שידע מתקנת הגאונים א"כ ה"ה בתקנת טולטילא דלא מהני אלא כשידע המנהג כמש"כ הב"ש באה"ע סי' נ"ג ס"ק ט"ז בשם הרשב"א ואז אמרינן דהתחייב א"ע לזה המנהג א"כ עיקר טעם תקנת המנהג הוי משום דכל הנושא על דעת המנהג הוא נושא כמבואר בסי' קי"ח סעי' י"ט ברמ"א שם:. וע"כ תקנו לתקנתם באופן דיהיה מועיל הלשון ע"פ ד"ת כמו בהתחייבות כנ"ל. וכבר כתבתי לעיל שני אופנים בהתחייבות דהבעל הוי מוחזק משום דיורשי האשה באין בתורת התחייבות ואמרינן בזה הממע"ה או משום דכיון דעיקר הזכות של יורשי האשה דבאין מצד דבורו של הבעל ודייניו לו כמו באומר מחול לך השטר דלא מחול רק הקטן ולא הגדול משום דלא מחית אינש לספיקא וכמו שביאר זה הנתיבות בראיות והובא בקצרה לעיל א"כ ג"כ מצד התקנה דתקנו דיורשי האשה יהיו יורשין וודאי היה תקנתם בתורת חיוב על הבעל דאי נימא דזהו בתורת סילוק הבעל מירושתו הא זה לא מהני להרבה ראשונים כנ"ל וגם אפילו להסוברים דמהני ג"כ לא מהני רק בכותב לאחר אירוסין ולכן כשתקנו התקנה בוודאי התקינו דיהיה באופן המועיל ע"פ ד"ת לדברי הכל ולא היה מעיילי נפשיה לפלוגתא וגם בוודאי תקנו דיהיה מועיל בכל עת וכל המקומות ולא דווקא באם אירס מקודם החופה דא"כ במקומות שמארסין תחת החופה לא יהיה מועיל התקנה ובוודאי תקנו דיועיל בכל המקומות וכיון דעיקר הוא מצד התחייבות ע"כ דנין בזה הממע"ה או משום דלא מחית נפשיה לספיקא ולא נתכוין רק על הפחות בהחיוב ונפ"מ בין הטעמים הנ"ל דאלו משום הטעם שכתבתי דכיון דהבעל בא בתורת חיוב ע"כ הוי הבעל מוחזק דלפ"ז דוקא בספק היכא דקיימא באגם או ברשות אחר אז הדין עם הבעל משום דהבעל מקרי מוחזק כיון דגוף הוי שלו ואינן באין עליו רק בתורת חיוב של הבעל

כנ"ל אבל היכא דגוף החפיצים המה ברשות יורשי האשה אז אף דאתו עלה בתורת חיוב של הבעל עכ"ז אם המה מוחזקים יכולים לזכות בתורת תפיסה מספק כמו בספיקא דדינא דהעלה הש"ך בתקפו כהן להשיג על הישׁ"ש והמהרי"ט והקצה"ח בסוף כללי תפיסה דאף בספק חוב והתחייבות מהני תפיסה בספיקא דדינא א"כ ה"ה בספק חוב שיש ליורשי האשה על הבעל ג"כ אין מוציאין מידם אך לטעם השני דכתבתי דכיון דלא מחית נפשיה לספיקא לא נתכוין רק להפחות א"כ מטעם זה אף היכא דהוי יורשו האשה מוחזקים ותפוסים ברשות מ"מ אינו מועיל מוחזקות שלהם וכמו בשטר א' מחול לך דאף דהלוה הוא מוחזק והבע"ח דבא להוציא הוי מחוסר גובייא עכ"ז לא מהני ואמרינן דאינו מחול אלא הקטן ולא הגדול משום דלא מחית לספיקא וכן הוא העיקר ולפ"ז הדין נותן בכל ספק תקנה בירושת הבעל דהבעל יורשה משום דלא מעייל הבעל לספיקא ולכן לא מהני מוחזקות של יורשי האשה כלל אבל זה אינו רק בספק בפירוש התקנה אבל בספק במעשה לא שייך זה כמש"כ הנתיבות בכללי תפיסה הנ"ל דדווקא בספק במשמעות לשון השטר אמרינן דלא מעייל אינש לספיקא ולא נתכוין רק לפחות אבל בספק במעשה אזלינן בתר המוחזק כו' עכ"ל. ולפ"ז מתורץ מה שהקשיתי לעיל בתשובת הרא"ש כלל נ"ה סי' ה' דסותר לסי' ז' אבל לפמש"כ כעת ניחא דדוקא בהא דסי' ה' דהוי ספק בהמעשה מי הוא מת תחלה הבן או האשה דבזה אם היו יורשי האשה מוחזקים כמו לב"ש דס"ל שטר העומד לגבות הוי כגבוי היה שייך ליורשי האשה רק לפי דקיי"ל כב"ה דלאו כגבוי הדין עם הבעל אבל בהא דסי' ז' דהוי ספק בפירוש התקנה אם יפחתו חלק חציו של האלמנה בשביל החוב שיש לאחד על העזבון בעלה וע"כ שפיר פסק בתשובת הרא"ש דמספק מוקמי על ד"ת דכיון דהוי ספיקא במשמעות התקנה:

אמרינן דמסתמא לא מעייל לספיקא רק להברור בלשונו דהא עיקר מה דמועיל תקנה זהו מצד דאמרינן דהתחייב בזה וגם בדין סילוק כתובה כמפורש שם בב"ש ס"ק ה' ג"כ ע"פ דין לא מהני הסילוק אף היכא דהתנה על אחר מיתת הבעל ולא על גירושין כמבואר בתוס' כתובות ד' ל"ט ע"ב ד"ה טעמא מאי כו' ודלא כהב"ש והח"מ באה"ע סי' צ"ו ס"ק י"א ואכמ"ל וע"כ גם בתקנת שתפסיד הכתובה אינו רק מצד חיובא כנ"ל ולפ"ז שפיר פסק הרמ"א דספק בתקנה על יורשי האשה להביא ראי' משום דעיקר מה דמהני תקנתם זהו רק מצד חיוב של הבעל. ע"כ במקום ספיקא וודאי לא נתרצה להתחייב בזה ע"כ אף היכא דיורשי האשה המה מוחזקים ג"כ לא מהני והדין הוא עם הבעל דכיון דלא מעייל לספיקא ה"ל הבעל וודאי יורש והמה ספק ובאמת לפי מה דראיתי כעת שנית בתשובת הר"נ הנ"ל דמיירי התם במעות נדוניא דהכניסה לבעלה כו' והעלה שם דאינו

מחוייב הבעל להחזיר להם בהספק פירוש התקנה שאם לא יחי' הז"ק שלשים יום כנ"ל אלמא מיירי הר"נ דהבעל הוא מוחזק וגם הא מעות נדוניא לעולם הבעל הוא מוחזק משום דמלוה להוצאה נתנה א"כ בלא"ה תקשה דהא עיקר כוונת הרמ"א במש"כ בכל ספק בתקנה על יורשי האשה להביא ראי' לאשמועינן דאף היכא דהוי יורשי האשה מוחזקים לא מהני תפיסתם וכמש"כ לעיל דאילו היכא דבעל מוחזק בזה לא היו צריכים להא דספק תקנה דבלא"ה הא קיי"ל הממע"ה:

ובאמת הא הר"נ בתשובה דהוציאו משם הך דין דהרמ"א הא מיירי היכא דהבעל הוא מוחזק ותקשה דמנלן להו זה החידוש דספק תקנה אבל לפמש"כ אתי שפיר דטעמם דכיון דלא מעייל לספיקא נשאר ממילא זכות של הבעל במקומו ושפיר כתבו ואף דמהר"נ אינו מוכח זה כנ"ל. ועכ"ז לדינא שפיר כתבו:

ולפ"ז י"ל דאף דנתבאר לעיל דמוחזק גמור מהני תפיסה אף בספק תקנה אבל בהא דספק תקנת ירושת הבעל הדין נותן דאף ממוחזק גמור הדין עם הבעל להוציא משום דזה דומה לשטר א' מחול לך כנ"ל אבל היכא דלא שייך לדון להך סברא דלא מעייל לספיקא וכמו בספק תקנת שכירו ולקיטו ושארי תקנות שנתבאר לעיל שפיר כתבתי דבמוחזק ותפס ברשות מהני אף בספק עיקר התקנה וגם הא דסי' קי"ח בספק בירושה אם הוי ספק במעשה הדין נותן דזה לא הוי ספק בתקנה כיון דאין הספק בפי' התקנה ודווקא היכא דהספק הוא בפי' התקנה בזה שייך לומר דהוי כאומר שטר א' מחול לך אבל לא בספק במעשה כנ"ל כיון שאין הספק בפירוש התקנה ואף שאין זה במשמע מסתימת דבריהם שם עכ"ז העיקר הוא כמש"כ ועיין בטור וב"י באה"ע סי' קי"ח שהובא שם כל תשובת הרא"ש הנ"ל ומה שהביא הב"ש בסי' קי"ח ס"ק ה' בשם בן ששון סי' י"ט אין לי ספר הנ"ל לעיין בו וע"פ כל מש"ש יש לעיין באה"ע סי' קי"א גבי כתובת בנן דיכרין וב"ש שם ס"ק ט' ובאה"ע סי' צ"ב ב"ש ס"ק י"ז ובש"ש שמעתא ד' פ' כ"ו ויש לפלפל בדבריו ובאה"ע סי' נ"ג ובאחרונים שם וקצרתי:

ועוד י"ל דאף דנימא בהא דסי' קי"ח בספק תקנת ירושת הבעל דבכל גווני לא מהני תפיסה עכ"ז יש לחלק דשאני ספק תקנת בתראי דאחר חתימת הש"ס מן תקנת חז"ל דגמ' כמו שמצאתי במחנה אפרים ה' גביות חוב סי' ב' בסופו שמחלק בניהם גם הביא שם בשם ספר פרח מטה אהרן ח"א סי' י"א דהעלה דמצי למימר קים לי אף בספק תקנה דהוזכר בש"ס וכתב המח"א דז"א אלא בתקנת חז"ל דהוזכר בש"ס עיי"ש, וגוף ספר פרח מטה אהרן אינו ת"י וכן ראיתי בספר נאות דשא שכ"כ בסי' צ"א ובאמת לפי המבואר ברש"י גיטין ד' ל"ו דרבא דמשני הפקר כו' הפקר קאי גם לתרץ קושיא ראשונה דהקשו

בש"ס שם מעיקרא על תקנת פרוזבול א"כ מוכח דגם היכא דתקנו לתקנתם דיחול חוב מחדש על המתחייב ג"כ שייך בי' הפקר כו' הפקר וכן משמע מהתוס' שם אלא דכתבו טעם אחר שם וכן הוא שיטת הראב"ד פ"ט ה' שמיטה ה' ט"ז ולא ס"ל סברת הכ"מ שכתבתי לעיל בארוכה. א"כ לפ"ז הסברא נותנת דבכל תקנת חז"ל יהי' מועיל תפיסתו דהא אי נימא דתקנו אזי זוכה בתורת הפקר כו' ואף היכא דתקנו בתורת התחייבות משום דאמרינן דאחר שהב"ד הגבוהו לי' בתורת גוביינא אז הב"ח זוכה מהפקר והפקר כו' הוא מן התורה כמבואר שם ודווקא בהא דקידשה בחוב מעמ"ש דקודם דקיבלה לרשותה דמי החוב אז לא זכתה כלל מה"ת מקודם דאתי לידי גוביינא ושפיר כתבו בזה רע"א זצ"ל והמקור חיים דאינה מקודשת מה"ת אבל אחר דאתי לידי גוביינא שפיר י"ל דזכה הבע"ח מה"ת כדין כל זוכה מהפקר. ע"כ בכל ספק תקנת חז"ל הדין נותן דיועיל תפיסה משום דלא מקרי ספק תקנה אלא כמו כל ספק בדין תורה בכל מילי דמהני תפיסה בספיקא דדינא ואף דלפי דברי הכ"מ הנ"ל לא אמרינן כן בספק חוב מן תקנה וכמש"כ לעיל עכ"ז הא כיון דלשיטת רש"י והתוס' דגיטין מוכח דגם בזה שייך לומר הפקר כו' א"כ שפיר מועיל תפיסתו ולומר קים לי כרש"י והראב"ד והתוס' הנ"ל דלפ"ז ה"ה בספק תקנה אף מצד התחייבות מהני תפיסה כמו בכל ספק תורה וכמו בספק הפקר מהבעלים וכנ"ל לעיל בארוכה ואין זה שייכות למש"כ האחרונים דהיכא דמספקא לן בזה גופא אי מהני תפיסה דלא מהני תפיסה וקצרתי כן הי' מקום לדון בכ"ז וכדברי הפרח מטה אהרן שהובא במח"א כנ"ל:

הגה"ה וע"פ מש"כ לעיל יש להעיר במה שכתבו התוס' יבמות ד' ל"ח וב"ב ד' קנ"ח ד"ה ובית הלל אומרים כו' שכתבו דלכן לא מוקמינן בחזקת יורשי האם משום דקסברי ירושת הבעל דרבנן ע"ש וקצרתי בזה:

ע"כ הגה"ה:

אכן לפי דהמחבר בח"מ ס' צ' קבע מסמרות כשיטת המ"מ דגבי תקנת נגזל לא מהני תפיסה. ע"כ וודאי לדינא אין לזוז מדבריהם כלל אך ז"א רק בספק חוב ושיעבוד אבל היכא דמספקא לן בגוף החפץ של מי הוא בזה שפיר י"ל דמהני תפיסה אף בספק בעיקר תקנה וכש"כ במוחזק גמור ותפס ברשות כנ"ל וכן בטענת ברי מהני תפיסה ולפ"ז ה"ה ספק פלוגתת הפוסקים כיון דכתב הש"ך בת"כ דזה הוי כטוען טענת ברי א"כ הא בזה מועיל תפיסה אף בספק תקנה וכ"ז בתקנת חז"ל דבש"ס אבל בתקנת האחרונים ואחר חתימת הש"ס יש לדון בזה הרבה עדיין לפי המשמעות הפוסקים באה"ע סי' קי"ח וכנ"ל ומה"ט ניחא הא דלא הזכירו בשו"ע אה"ע שם להא דספק תקנה שכתב המ"מ בשכירו

ולקיטו וזה הוא המקור של כל ספק תקנה והיה בזה כש"כ לומר דוודאי בספק תקנת טולטילא וכה"ג לא מהני תפיסה בספק תקנה דלפי מש"כ ניחא די"ל דנפ"מ אם היו יורשי האשה מוחזקים ותפוסים ברשות דמשום הך דהמ"מ הנ"ל היה מועיל בזה תפיסה כנ"ל אבל מצד תקנת דאחר חתימת הש"ס לא מהני תפיסה בזה בשום אופן ואף בטוען ברי וגם בספק שאינו בעיקר התקנה לא מהני תפיסה בזה כמו עובדא דתשובת הרא"ש הנ"ל וע"כ לא הזכירו בסי' קי"ח כלל מזה אך בספק שמקודם חתימת הש"ס דאין הספק בעיקר התקנה אלא מצד אחר כבר נתבאר דבזה מהני תפיסה וכנ"ל בארוכה ועיין בח"מ סי' י"ח בסמ"ע ס"ק יו"ד מש"כ בשם הרשב"א דהובא בבית יוסף סי' י"ג ועיין לקמן בחידושי לסי' סמ"ך סעי' א' ובסי' ל"ט סעי' י"ג: וכן יש להעיר בב"ב ד' קל"ב דאיבעיא להו בריא היאך עלה דכתב נכסיו לאשתו דעשאה אפטרופא וכתב הרא"ש וש"פ ובאה"ע סי' ק"ז דלא מפקינן אלמא דאף דעשאה אפטרופא אינו אלא מדרבנן כמבואר בגיטין ד' י"ד וב"ב ד' קמ"ד דהוי הלכתא בלא טעמא ועיין בתוס' שם אפ"ה לא אמרינן דיהא זה כמו כל ספק בתקנה דלא מהני מוחזקות משום דתפוס מעיקרא וברשות שאני ובאמת ראיתי בשמ"ק שם שכתב בשם הר"נ דס"ל דכיון דהוא הלכתא בלא טעמא ע"כ אין לנו אלא מאי דפשיטא ולכן בבריא קני קנין גמור ועיין ברי"ף שם אכן לדינא קיי"ל שם דאף בברי אין מוציאין אמנם במק"א כתבתי דשא"ה כמש"כ הבית מאיר דלא מהני תפיסה שם משום דשמואל אמר זה סתם כו' ע"ש וזהו מוכרח דאל"כ תקשה על הרא"ש דהא ה"ל ספק אומדנא וכמש"כ בספרי ח' אה"ע סי' יו"ד וקצרתי:

סימן א:

ביאור דין אי מהני תפיסה בדררא דממונא:

האו"ת בכללי תפיסה ס"ק נ"ג ס"ק נ"ד הביא דברי התוס' דב"מ ד' ק' ע"א ד"ה ולחזי כו' דכתבו דהגמ' דמשני בעומדת באגם ולא משני דמיירי בעומדת ברשות לוקח משום דאי הוי ברשות לוקח הא זוכה בהולד כיון דטוען ברי כו' עכ"ל וכ"כ השמ"ק שם בשם הרא"ש אלמא דס"ל דבדררא דממונא מועיל תפיסה בטוען ברי ותמה האו"ת שם מהא דב"ק סוף פ"ג היו שנים רודפין הניזק אומר גדול הזיק והמזיק אומר לא כי כו' אחד תם וא' מועד הניזק אומר מועד הזיק כו' ואי לא מייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק דהא הוי טענו חטין והודה בשעורים דפטור ומשני דמיירי בתפס ועיין שם בתוס' דתפס תרוויהו וקשה הא שם הוי דררא דממונא וספק הנראה לב"ד דהא אמרינן שם חלוקים חביריו על סומכוס וא"כ הניזק דתפס וטוען ברי דהא אמרינן שם דאיירי בברי מדקתני לא כי ע"ש בסוגיא דגמ' ובתוס' שם ד"ה רישא במזיק שמא כו' ובד"ה ראוי ליטול כו' ורש"י שם

א"כ קשה למה לא יחזיק הניזק בכל מה דתפס ומה בכך דתפס בעדים כמש"כ הנימוקי ומ"מ יחזיק בתפיסתו וע"כ מוכח מסוגיא מפורשת הנ"ל דאף בדררא דממונא לא מהני תפיסה בעדים אף בברי וברי רק בספק תרי תרי וכו' ואין לדחות דהך דב"ק מיירי בפלגא נזקא דהוי קנס דעיקר החיוב הוי ע"י ב"ד ובספיקא אין הב"ד פוסקים כמש"כ הראב"ד כו' דמ"מ תקשה גבי מועד היזק הגדול דהוי ממונא דיזכה הניזק במה דתפס בכולי עבור טענת ברי דמועד היזק הגדול כו' ומזה הקושיא העלה האו"ת להוכיח דלא מהני תפיסה בדררא דממונא רק בטוען ברי דגוף החפץ שייך לו אבל באינו טוען על גוף החפץ רק יש לו שיעבוד או טענה על החפץ לא מהני תפיסתו ע"ש עכ"ל האו"ת וכן הקשה קושיא זו הקצה"ח סי' פ"ח ס"ק י"ב ונשאר בצ"ע וכן הקשה קושיא זו אחיו של הקצה"ח בקונטרס הספקות כלל ב' והנתיבות בכללי תפיסה ס"ק ז' הביא קושיא זו בשם האו"ת והקשה על חילוק האו"ת דמחלק בין טוען עבור שיעבוד ולא על גוף החפץ דא"כ אמאי בספק בשטר מועיל תפיסה אף בספק בלשון א' דזהו משום דררא דממונא ובשטר הא בא על תפיסת החפץ מכח חוב ושיעבוד ע"ש דהאריכו בזה: ובאמת בהא דגדול הזיק את הקטן כנ"ל י"נ כמ"ש התומים דלשיטת הראב"ד דס"ל דתפיסה לא מהני בקנס בספיקא דדינא א"ש וכן לשיטת הרא"ש בב"ק פ"ב ס"ב דמשמע שאין לחלק בין קנס לממונא להסוברין דמהני תפיסה בספיקא דדינא עכ"ז י"ל דדוקא היכא דמהני תפיסה אף בטוען שמא בזה לא מחלקינן בין קנס לממונא אבל היכא דבעי דווקא טענת ברי זה שפיר יש לחלק בין ממון לקנס כיון דעיקר החיוב בקנס הוא רק ע"י הב"ד ע"כ אינם רשאים הב"ד לסמוך על ברי שלו במה דהוי נגד חזקת מ"ק המבררת להיפך ושאני בממונא דעיקר החיוב חל ממילא בלא ב"ד אם הוא מחויב ע"כ מהני ברי שלו דנאמן אף נגד חזקה וכמש"כ הפ"י לכתובות ד' כ"ב והרשב"א גבי תרי אמרי מת כו' דאף דיש חזקת א"א עכ"ז נאמנת באומרת ברי לי היכא דניסת לא' מעדיה דאדם נאמן ע"ע בברי אף נגד חזקה רק בספיקא דדינא דלא מהני חזקה לברר כמש"כ המל"מ פ"ב הל' טומאות צרעת הל' א' דבספיקא דדינא לא שייך לאוקמי אחזקה כו' ע"כ מהני תפיסה בספיקא דדינא אף בטוען שמא משום דאף דאיכא חזקת מ"ק הא ז"א רק כמו חזקה המבררת דאמרינן דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין וע"כ מהני תפיסה אף בטוען שמא משא"כ בדררא דממונא או בספק בשטר דהוי ספיקא דמעשה דמהני בזה חזקת מ"ק לברר ע"כ לא מהני תפיסה רק בטוען ברי וע"כ ניחא הך בבא דתמין דלא מהני תפיסה בכולו משום דבקנס לא מהני ברי שלו כנ"ל וכן מצאתי כעת בקצה"ח בכללי תפיסה סוף כלל ב' שכתב כן אבל בבא דמועדין

תקשה כנ"ל ולקמן נתבאר דעיקר קושיא זו הוא רק לשיטת הרא"ש וכמש"כ הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל ב' ס"ק ח':

ענף א:

ונלפענ"ד בזה מלתא חדתא בעז"ה עפ"י מה דנקדים איזה הקדמות והוא דמבואר בכתובות ד' נ"ט בתוס' ורא"ש שם אם הלוה אסר נכסיו בקונם על המלוה אף דמן הדין קדושת הגוף מפקיע מידי שיעבוד עכ"ז מצד תקון העולם שלא תנעול דלת בפני לווין אלמוהו רבנן לשיעבודו דבע"ח דלא חל הקונם שלו וכן כתב הרשב"א בתשובת סי' תרי"ח והובא בחו"מ סי' קי"ז סעי' ז' וברמ"א שם וי"ח וס"ל דאין לחוש לתיקון העולם בזה רק הב"ד כופין להלוה דמתשיל על נדרו וכמש"כ הר"ן בכתובות והנימוקי ביבמות ובתומים שם ס"ק י"ב כתב דבמטלטלין כיון דאינם משועבדים מן התורה רק משום מצות פריעת בע"ח דמוטל על קרקפתא דגברא ב"ד כופין וגבינן ממטלטלין אבל על החפיצים אין חל שום שיעבוד כלל ע"כ אם אסר הלוה המטלטלין שלו על המלוה לכו"ע חל הקונם להפקיע חובו רק על הב"ד לכופו שיתחרט על נדרו וכמש"כ הר"ן והמ"מ עכ"ל התומים הרי דמצינו דקונם דינו כקדושת הגוף דמפקיע משיעבוד רק בקרקע דמשועבד שייך לומר אלמוהו רבנן לשיעבודו אבל במטלטלין דאינם משועבדים כלל לכו"ע חל הקונם של הלוה ואין גובין לו עד דיכפוהו הב"ד למיתשל על נדרו ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ד כתבתי דקדושת הגוף חל על איסור הנאה אף דאיסורי הנאה הוי דבר שאינו ברשותו עכ"ז הא קדושת הגוף חל על דשלב"ל וכמש"כ התוס' בקידושין ד' ס"ג ד"ה וידים איתנהו כו' וכן האריך בזה הקצה"ח סי' קיז וזהו שיטת הרמב"ם המובא באה"ע סי' פ"א בב"ש ס"ק ה' דקונם חל על דשלב"ל וביו"ד סי' רל"ד ש"ך ס"ק צ' וביאור הגר"א שם ס"ק קכ"ח: הגה"ה ועפ"ז תירצתי מה דהקשה לי רב מובהק אחד על דברי התוס' חולין ד' קי"ז ד"ה הוא לפני כפרה כו' בסה"ד כתבו ובעור דליכא מעילה דאורייתא כו' והקשה הלא גמ' מפורשת זבחים ד' ק"ג ע"א ת"ר עולת איש פרט לעולת הקדש ד"ר יהודה ר' יוסי ב"ר יהודה אומר פרט לעולת גרים כו' מאי פרט לעולת הקדש כו' ר' איבו א"ר ינאי פרט למתפיס עולה לבדק הבית לא מבעיא למ"ד קדשי ב"ה תפסי מה"ת אלא אף למ"ד לא תפס הנ"מ בשר אבל עור תפיס עכ"ל אלמא דהעור נתפס קדושתו מה"ת והאיך כתבו התוס' שהוא מדרבנן עכ"ל ויפה הקשה. ובאמת כן כתבו התוס' ביומא ד' נ"ט ע"ב בד"ה הוא לפני כפרה כו' ע"ש ונראה לי בזה משום דעפ"י סברא הדין נותן כיון דעל הבשר לא נתפס קדושת בד"ה רק על העור א"כ מקרי עדיין עולת איש והעור לכהנים מה"ת רק דרבנן תקנו בו מעילה וכה"ג כתבו התוס' בחולין ד' קי"ז ד"ה אמר

ר' ינאי כו' בסה"ד בזה"ל דאע"ג דהעור לכהנים אין לחוש כיון דכל הבשר למזבח עכ"ל אלא למאן דדריש להאי עולת איש דאתי פרט לעולת הקדש ע"כ מוכח דגזה"כ דכה"ג אין העור לכהנים אבל לר' יוסי בר"י דדריש פרט לעולת גרים אין זה מוכח מן הקרא. ע"כ י"ל מסברא דבזה ג"כ העור לכהנים וליכא מעילה מה"ת ושפיר כתבו התוס' בזה ויש להאריך עפ"ז בחולין ד' קל"ה וקצרתי:

ויותר נלענ"ד בזה ע"פ מה שיש לדון בהא דזבחים דעל העור נתפס בו קדושת בד"ה כפי' רש"י שם דדוקא על הבשר דהוי אינו שלו בזה לא חלה קדושת בד"ה אבל העור דלא הוי ממון מזבח והכהנים אינן זוכין עד אחר השחיטה ע"כ תפיס עכ"ל ויש לדון בזה דלאיזה דבר מקרי העיר ממון שלו והא אין לבעלים שום זכות בהעור כלל. דהא אם ישחטו יהי' העור שייך לכהנים ואם יפסל יצא לבית השריפה כמבואר בזבחים ד' ק"ג ע"ב וביו"ד סי' ש"ז וכיון דאין לבעלים שום זכות היתר כלל בהעור א"כ זה דומה למה דכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' צ"ד בשם הקצה"ח סי' ת"ה שהביא בשם הריטב"א בסוכה [ומה שכתוב שם בשם הרשב"א הוא ט"ס וצ"ל הריטב"א דאיסורי הנאה הוי שלו רק דהוי אינו ברשותו ע"ש ולפ"ז י"ל דה"ה העור דבהמת קדשים הוי שלו רק לפי דאינו בידו לאתהנויי מיני' מחמת איסור כנ"ל. ועי' מזה בחולין ד' כ"ח תוס' ד"ה אתא כי ממסמס כו' בסה"ד וגם איכא צער בע"ח וקצרתי ע"כ מקרי אינו ברשותו והא קיי"ל כר' יוחנן דב"ק ד' ס"ט דאין יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו אף דהוי דבר שלו וע"כ אף העור לא נתפס בקדושת בד"ה מה"ת רק מדרבנן ושפיר כתבו התוס': אבל לר' יהודה מצינו בב"ק ד' ע' ע"א בתוס' ד"ה כסתם יחידאה כו' דכתבו התוס' שם וי"ל דלמא ר' יהודה כל שלקטו נמי שרי כו' א"כ לפ"ז י"ל דהא מבואר בזבחים ד' ק"ג דר' יהודה אמר עולת איש אתי למעט עולת הקדש ומוקי לי' הש"ס פרט למתפיס עולה לבד"ה ועור תפיס כו' ובאמת מוכח מזה דר' יהודה ס"ל דכל שלקטו נמי שרי וכצנועין דס"ל דהיכא דהוי דבר שלו אף דהוי אינו ברשותו ג"כ איתא בהקנאה אף במה דלא עביד דאתי לרשותו כמו הא דכל שלקטו רק כיון דהוי שלו כנ"ל ולכן ס"ל לר' יהודה שפיר דמתפיס קדושת בד"ה על עור העולה אבל לדינא למאי דקיי"ל דלא כצנועין שפיר כתבו התוס' בחולין וביומא ויש להאריך בשיטת הרמב"ם ספ"ה הל' מעשה הקרבנות דלא ס"ל כן גם יש לדון בענין זה בקני את וחמור וקצרתי:

ע"כ הגה"ה. וראיתי בהפלאה לכתובות ד' נ"ט ע"ב בד"ה אלא אמר רב אשי קונמות קאמרת כו' שכתב דדוקא במה דעביד דאתי בזה ס"ל להתוס' דקדושת הגוף חל על דבר שלב"ל אבל במה דלא עביד דאתי אין חל קונמות וכן כתב הפלאה בק"א סי' פ"א ס"ק

ה' ובמקנה לקדושין ד' ס"ג בתוס' ד"ה וידים איתנהו בעולם כו' ע"ש אבל מן הקצה"ח והפ"י שם בקידושין ד' ס"ג דכתבו עפ"י שיטת התוס' דקונמות חל על דשלב"ל דבזה אתי שפיר מה דאמרו קדושת הגוף מפקיע מידי שיעבוד והקשה התוס' בגיטין ד' מ' דאיך חל להפקיע השיעבוד ותירצו הקצה"ח והפ"י עפ"י סברת רש"י בפסחים ד' ל"א דשיעבוד משווי לדבר דאינו ברשותו וכיון דקדושת הגוף חל על דבר דאינו ברשותו ע"כ מפקיע מידי שיעבוד ובאמת כבר הקדימם בזה השמ"ק בכתובות ד' נ"ט שכתב בפירוש עפ"י שיטת הסוברין דלמסקנא דמסיק רב אשי שאני קונמות דקדושת הגוף נינהו כו' דלפ"ז לא צריך לומר יקדשו ידיך לעושיהן דמה"ט הקדש מפקיע מידי שיעבוד ע"ש:

אלמא דאף במה דלא עביד דאתי דהא כ"ז דלא פרע להמלוה לא פקע השיעבוד של המלוה ולא עביד דאתי לרשות של הלוה כ"ז דלא יפרע גם הא הוי מחוסר ממונא דלא אמרינן בזה הואיל כמש"כ הר"ן בפסחים והמג"א סי' תמ"א ס"ק ג' והא דכתובות ד' נ"ט בשדה שמשכנתי לכשאפדנה ממך כו' בידו לפדותה שא"ה דפדה לבסוף כמש"כ במק"א אלמא דאף במה דלא עביד דאתי ג"כ חל קדושת הגוף כיון דהוי דבר שלו לכן שפיר כתבתי בספרי שם דקדושת הגוף חל על איסור הנאה דהוי דבר שאינו ברשותו אף דהוי לא עבידי דאתי כיון דהוי דבר שלו וגם לפמש"כ בספרי שם בשם התוס' חולין ד' ק"מ דקדושת הגוף חל על איסורי הנאה דהא זה לא הוי עביד דאתי לרשותו ואפ"ה חל ומוכח כנ"ל וכן הדעת נוטה דדבר שלו ואינו ברשותו דזה עדיף מן דשלב"ל אף דעביד דאתי דהא ר"מ דס"ל אדם מקנה דשלב"ל עכ"ז גם לר"מ אינו חל הקנין אלא בעת דיבוא לעולם ומה"ט מודה ר"מ דחוזר מקודם דב"ל כמבואר בב"מ ד' ס"ו בפירות דקל דחוזר בו מקודם דב"ל אף דהוי עביד דאתי ואלו בדבר דאינו ברשותו אף דלא עביד דאתי עכ"ז מצינו לר"ל וצנועין בב"ק ד' ס"ט דאמרו כל הנלקט מזה יהא מחולל ואף דהתם לא עביד דאתי דהא יש לן לומר אוקי אחזקה כמו דלא קיימו השבת הגזל מעיקרא כן לא יקיימו להבא ומה"ט כתבו התוס' במכות ד' ט"ז דלמ"ד דקיימו ולא קיימו הוי זה התראת וודאי משום אוקי אחזקה וכ"כ התוס' בשבת ד' ד' גבי הדביק פת בתנור ע"ש ומצינו דס"ל לצנועין ור"ל דדבר דאינו ברשותו והגוף הוי שלו דחל הקנאה מיד אף מקודם דיכניסו ברשותו ואף דהוי גם דבר שאינו יכול להוציאו בדיינים כמו התם בדבר הנלקט דלא ידעי הבעלים מי המה הלוקטים עכ"ז ס"ל דחל הקנאה מיד אף בעת שאינו ברשותו של הבעלים אף דאנן קיי"ל כר' יוחנן ודלא כר"ל וצנועין עכ"ז הא מצינו עכ"פ לחד מ"ד דס"ל דחל הקנאה מיד כיון דהגוף הוי שלו ואלו בדשלב"ל חזינן לכו"ע אף לר"מ דלא חל הקנאה מיד מקודם דב"ל אף בעביד דאתי וע"כ מוכח דשאני היכא דהוי הגוף שלו אף

דהוי אינו ברשותו דזה עדיף מדשלב"ל ועביד דאתי לכן שפיר יש לדון כיון דמצינו בתוס' ורמב"ם דס"ל דחל קונמות מיד על דשלב"ל ועביד דאתי כש"כ דחל קדושת הגוף על מה דהגוף הוי שלו אך דהוי דבר שאינו ברשותו ואף דלא עביד דאתי דהא זה עדיף מדשלב"ל ושפיר כתבתי בספרי כנ"ל וזה מוכח מדברי התוס' דסוף חולין דהובא בספרי שם ומה דהקשתי בספרי שם מהא דב"ק ד' ס"ח ראיתי כעת בקצה"ח סי' קי"ז שם שהקשה כן ותירץ בטוב טעם וגם יש מקום לומר דאף הפוסקים דס"ל דצ"ל יקדשו ידי לעושיהם משום דקונמות אינו חל על דשלב"ל עכ"ז י"ל דיודו לשיטת הסוברין דהיכא דהגוף הוי שלו אף דהוי דבר שאינו ברשותו דבזה חל קדושת הגוף דהא זה עדיף מדשלב"ל וזה נלמד מה ביתי ברשותו כו' וי"ד דזה אינו רק בקדושת ב"ה ולא בקדושת הגוף ולכן אף הנך תנאי דס"ל דלא חל הקנאה על דשלב"ל מ"מ ס"ל דיכול להקנות מה דאינו ברשותו כדמצינו שם לר' יהודה וצנועין ור"ל ועי' בהפלאה כתובות ד' י"א ובדף נ"ט ע"ב ובק"א סי' פ"א ס"ק ה' במש"כ במידי דלא עבידי דאתי בקדושת הגוף ובהא דלוקח עבד ע"מ לשחררו דקדושין ד' ס"ג ויש לדון בזה הרבה וקצרתי וכעין ראי' דלעיל ראיתי בתה"ד בפסקיו סוף סי' קל"ט שכתב ראי' כזו שם דמתכוין להעיד עדיף ממשאל"ס דהא איכא מ"ד דשרי במתכוין להעיד ע"ש:

ענף ב:

ועפ"י מה שנתבאר יש לדון בספיקא דדינא דקיי"ל דמהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא די"ל היכא דאחר שתפס השני אסר הראשון בקונם על התופס די"ל דחל הקונם שלו מספיקא דהא כיון דמספקא לן אי שייך לראשון אי לב' ואי נימא דשייך לא' אם כן חל הקונם שלו ואף דהוי דבר שאינו ברשותו עכ"ז הא נתבאר דקונם על איש פרטי דהוי כקדושת הגוף דזהו חל על דבר שאינו ברשותו וכיון דמספקא לן למי שייך החפץ הוי כמו כל ספק נדרים להחמיר ודווקא בספק ממון עניים כתב הר"ן נדרים ד' וא"ו דדינו כמו כל ספק ממונא לקולא אבל לא בספק קונם דהא קיי"ל דיש מעילה בקונמות וכמש"כ הר"ן בחידושיו לב"ב והנימוקי על הא דהקדיש נכסיו לעניים מהו דכתבו דאם עמד חוזר דנכסי בחזקת נותן קיימי ואע"ג דגבי הקדש איכא למימר דהוי לי' ספיקא דאורייתא משום איסור מעילה כיון דממונא בחזקתו קאי אפשר דהוא כוודאי שאין איסור הקדש א"נ לענין איסור מתקן כשמואל דאמר הקדש שחיללו על ש"פ מחולל והובא זה בתשובת ר' בצלאל סי' ט"ו והנימוקי ב"ב שם כתב דכיון דאומר ברי לי דלא נתכוונתי לכך ולענין איסור מהימן וליכא בי' איסור מעילה וכ"כ הר"ן ביתר ביאור והובא בנתיבות כללי תפיסה ס"ק ב'. ועיין במחנה אפרים ה' צדקה סי' ב' שהביא שם דברי הרא"ש בתשובה

במי שנתן טבלא לאומן לציירה ואחר שציירה אסרה דלא אמר כלום דספיקא אי אומן קונה שבח כלי וכל ספק בקני' אי יצאו מחזקת בעלים ראשונים או לא מוקמינן בחזקה קמייתא עכ"ל שם והובא בקצרה ביו"ד סי' רכ"א סעי' ח' וכן הוא שיטת הרשב"א המובא ביו"ד סי' רנ"ט ש"ך ס"ק י"ד דכתב דספק הקדש בד"ה כל שהוא ספק בתחלתו מוקמי אחזקת חולין ע"ש ואפשר דזה תלוי במה דכתבו דבספיקא דדינא לא שייך לומר אוקי אחזקה דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין רק בממון סמכינן על חזקת מ"ק ולא באיסורין אך שיטת הר"ן בקידושין גבי נתן הוא ואמרה היא דר"ל שם בכל ספק קידושין מוקמינן אחזקה קמייתא אף בספיקא דדינא והובא בתשובת רע"א זצ"ל סי' ל"ז ולפי שזה אינו ברור כ"כ כמש"כ הר"ן שם ע"כ כתב הכא הר"נ אי נמי מתקן לי ע"י חילול כו' ואכמ"ל בזה: ועיין בב"מ ד' ו' גבי ההוא מסותא דקם חד מניהו ואקדשה ומדמה לו לספק בכור דהממע"ה ואסורין בגיזה ועבודה ואמר לו רבה דשאני קדושה הבא מאליה אלמא דאף דבממונא אמרינן הממע"ה עכ"ז גבי ספק מעילה אסרו במקום ספק רק לרבה מחלק שם שאני קדושה הבא מאליו אבל בקדושה שאינו בא מאליו ס"ל לרבה דמותר וטעמא כיון דבממון אזלינן לקולא ה"ה לענין איסור מוקמי אחזקת חולין וכשיטת הרשב"א המובא ביו"ד סי' רנ"ט כנ"ל וגם מצינו בספק תרומה אף דהממע"ה מ"מ אסורים לזרים ועיין בנדה ד' כ"ה בתוס' ד"ה גבי בהמה לחומרא ויש לעיין בזה הרבה בסוגיא דתקפו כהן בתוס' ור"ן שם ועיין בש"ך חו"מ סי' קל"ח ס"ק ט' וכה"ג כתב התומים בסי' מ"ב ס"ק ה' דבספק שבועה אף דנוגע לממון אמרינן ספיקא להחמיר וכן כתב התומים סי' צ"ז ס"ק כ"ו ועיין בתומים בקיצור ת"כ ס"ק קכ"ז והדברים ארוכין. עכ"פ למדנו מכל אלה דהיכא דליכא חזקה קמייתא ואדרבה החזקה קמייתא סותרתו וגם אין טוען ברי דלפ"ז בספיקא דדינא למי שייך החפץ אף דתפסו ואמרינן הממע"ה. עכ"ז אם חבירו אסר עליו בקונם יש לאסור עליו משום ספק קונם דספק נדרים להחמיר דהא נתבאר דאף היכא דהוי אינו ברשותו רק דהוי שלו יכול לאסור בקונם דהוי כקדושת הגוף ובקונם פרטי אין לו פדיון אך היכא דהתופס טוען ברי אז אינו חל הקונם של הראשון משום דאדם נאמן ע"ע וכמו שכתב הר"ן והנימוקי גבי הקדיש נכסיו דב"ב הנ"ל ואין אנו יכולים לכוף לשאול על נדרו דהא מספיקא אין אנו יכולים לכוף אותו אך אם אסר השני בקונם על הראשון כ"ז שהנכסים אצלו בזה יש לדון דהא איכא חזקת מ"ק כנ"ל:

ולפ"ז יש לדון בבע"ח שתפס מטלטלין של הלוה במקום ספיקא דדינא בזה וודאי חל קונם של הלוה דהא אף אם מגיע החוב ממנו מ"מ כל זמן דלא הוחלט ונישם ע"י הב"ד החפץ להמלוה עדיין גוף החפץ שייך להלוה דהא בע"ח מכאן ולהבא גובה ע"כ בוודאי

חל הקונם של הלוה לאסור נכסיו על המלוה ולא שייך בזה לומר דב"ד יכפוהו להלוה להיות מיתשל על נדרו דהא בזה בוודאי הלוה מוחזק בעצמו ומספיקא אינם יכולים לכופו לשאול על נדרו והא כ"ז דלא תפס הבע"ח הדין דהממע"ה לכן אף דתפס לא הוי מוחזק רק בגוף החפץ ולא בגוף של הלוה והדין נותן דחל הקונם של הלוה לאסור חפצו על הבע"ח התופסו ולכן אף דבספיקא דדינא בגוף החפץ עדיין יש לדון הרבה אם חל הקונם של בעלים הראשונים לאסור על התופס עפ"י שיטת הראשונים וקצרתי לעיל בזה משום דבמה דניצרך לענינינו בבע"ח בוודאי יכול לאסור כנ"ל:

ענף ג:

ומה"ט יש לדון בהא דקיי"ל דבע"ח נאמן לטעון עד כדי דמיו במיגו דלהד"ם וכה"ג כמו בהני עזי דאכלי חושלא דב"ב ד' ל"ו ובחו"מ סי' ע"ב דאם הלוה אסרם בקונם על המלוה דחל הקונם שלו לאסור על הבע"ח התופס דהא אף דמהימן במיגו לטעון דחייב לו כפי סך שיווי החפץ מכ"מ הא אינו נאמן רק על התפיסה אבל אינו נאמן להיות כופין להלוה למישתל על נדרו דהא הלוה מוחזק בעצמו וע"י מיגו של זה התופס אין אנו יכולים לכוף להלוה להיות מיתשל על נדרו ולדון דכיון דיש לו מיגו א"כ הוי כאלו נתברר לנו החוב ז"א דהא זה הוא בגדר מיגו להוציא דהלוה מוחזק בעצמו דאומר דאינו חייב לחבירו והקונם שלו הוא כדין לפי דבריו ודומה למש"כ המהרי"ט המובא באו"ת בכללי מיגו ס"ק ז' דלכוף לחלוץ ע"י מיגו הוי כמו מיגו להוציא דלא אמרינן ע"ש בארוכה ואף לדברי התוס' בב"ב ד' ה' דהקשו ביבמה שאמרה לא נבעלתי דאינה נאמנת והקשו התוס' דתהא נאמנת דמיגו דאינו יכול לבוא עלי וכתב התומים שם דס"ל להתוס' דדווקא להוציא מחזקת ממון מקרי מיגו להוציא אבל היכא דלא שייך חזקת ממון אין זה מקרי להוציא עכ"ז בנ"ד אין אנו יכולים לכוף להלוה למיתשל על נדרו ע"י המיגו של התופס משום די"ל דלכן אינו רוצה לטעון לקוח או להד"מ והחזרתי משום דאם הי' טוען כן בוודאי לא היינו יכולים לכוף להיות מיתשל על נדרו ע"כ במה שנאמן לטעון ולתפוס על חובו ג"כ אין אנו יכולין לכוף להלוה להיות מיתשל על נדרו דלא יהיה זה עדיף מטענת מיגו עצמו ולפ"ז נראה דיכול לאסור חפצו על התופס ואף דהתופס טוען ברי לי על החוב עכ"ז הא אף לפי דבריו איהו גופי' מודה דעל פי דין חל הקונם של הלוה דהא גוף החפץ שייך להלוה כנ"ל וב"ד אינם יכולים לכפותו ולהתיר נדרו כיון דלא נתברר לב"ד חובו אלא מצד מיגו כן יש לדון לכאורה בזה והא דמהני תפיסה בקנס עיין ברא"ש סוף פ"ק דב"ק וי"ל דזה הוי כמו חוב מבורר וכופין לו למיתשל על נדרו אם תפס אך בהא דחייב לצי"ש דמהני לכמה פוסקים אם תפס בזה יש לעיין הרבה עפ"י זה דהא אין אנו יכולים

לכופו למיתשל על הקונם שאסר על חבירו ויש להאריך בזה. אך העיקר מה דנראה לי בזה דכ"ז אינו דבוודאי היכא דתפס בלא סהדי אין סברא לומר דיהיה יכול לאסור חפצו על התופסו והדין הוא היכא דיש לו מיגו דכיון דמהימן על החוב משום המיגו ע"כ ממילא כייפינן להלוה למיתשל על נדרו וכמש"כ התוס' בב"ב ד' ה' ד"ה מי אמרינן הנ"ל דכופין לחלוץ ע"י מיגו משום דאין זה מקרי מיגו להוציא כיון דליכא בזה חזקת ממון וכמש"כ התומים בכללי מיגו ס"ק ז' הנ"ל. ובוודאי העיקר כדברי התוס' נגד המהרי"ט ומה שכתבתי לעיל דלפ"ז הפסיד המיגו דלהד"מ או לקוח די"ל דלכן אינו טוען לקוח או להד"מ משום דאז אינו יכול לכוף להלוה למיתשל על נדרו וע"כ הוא טוען דחייב לו כדי דיהיה יכול לכופו למיתשל דז"א דהא עדיין לא יצא מכלל הקונם דהא יכול הלוה לאסור חפצו על התופס בקונם ותנאי אם הוא חייב לו אז אינו יחול הקונם אבל אם אינו חייב לו אז יחול הקונם א"כ אי נימא דהתופס חושש לזה א"כ עדיין לא יצא מהחשש דאי נימא דאינו חייב לו א"כ אז חל הקונם שעשה בתנאי הנ"ל ואז ליכא למכפיי' למיתשל על נדרו שעשה בתנאי זה דהא אז עושה הקונם בדין וכיון דעדיין לא יצא מחשש של הקונם אי נימא דאינו חייב לו ע"כ לא הפסיד המיגו שלו וגם הא יכול הלוה לאסור חפצו על התופס לאחר שהחליטו לו ב"ד את החפץ דלפי דבריו דאינו חייב לו א"כ גובייגא דב"ד לאו כלום הוא דחל הקונם שלו וכיון דלא יצא עדיין מחשש זה ע"כ לא הפסיד המיגו שלו היכא דתפס בלא סהדי. והעיקר מה דנראה לע"ד בזה דכיון דקיי"ל דבעל חוב קונה משכון וכיון דקנה את החפץ בתורת משכון אינו יכול הלוה לאסור נכסיו על התופס דהא הך דקדושת הגוף מפקיע משיעבוד נאמר זה ביחד עם חמץ ושחרור כלשונם בגמ' דחמץ והקדש ושחרור מפקיע מידי שיעבוד וגבי חמץ הא מבואר בפסחים דף ל"א דאם קונה משכון אז אינו נאסר החמץ משום שעבר על בל יראה ואמרו שם שהלוה את ישראל על חמצו ד"ה עובר משום לא קני משכון [ועיין בתוס' כתובות ד' נ"ט ד"ה שדה זו כו' וש"ך חו"מ סי' רי"א וביו"ד סי' רכ"א וערכין ד' כ"א ובר"נ נדרים ד' מ"ז ובב"מ ד' ס"ז בתוס' ד"ה ושביעית משמטתו כו']. א"כ הוא הדין בהא דקדושת הגוף מפקיע משיעבוד דהיכא דקונה משכון דינו לענין זה כקנין דאינו חל הקונם שלו להפקיע קנין שיש להמלוה בהמשכון וגם במשכון בשעת הלוואותו אף דאינו קונה משכין כ"כ מ"מ הא ידוע מש"כ התוס' והרא"ש דכיון דקני משכון שלא בשעת הלוואתו ע"כ ממילא קני לי' במקצת אף בשעת הלואה וכתבו כן בהא דחמץ בפסחים ד' ל"א ובגיטין ד' ל"ז בשביעית ובתוס' שם ד"ה שאני משכון כו' והובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' וה"ה דמה"ט אינו יכול הלוה לאסור נכסיו על המלוה אף במשכון בשעת הלואה ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק ק"ט בסופו שכתב

דאע"ג דאינו קונה משכון בשעת הלוואתו מ"מ כו' ואף דהלוה מכחיש המלוה ואומר דאינו חייב לו כלל עכ"ז המלוה דאומר דחייב לו א"כ לפי דבריו דחייב לו וקנה המשכון א"כ לא חל הקונם של הלוה וכמש"כ לעיל בשם הר"ן והנימוקי לב"ב גבי הא דהקדיש נכסיו מהו דב"ב ד' קמ"ח דלכן לא חיישי התם לספק מעילה משום דהא אומר ברי לי דאין בו חשש איסור ואדם נאמן ע"ע:

וכן קיי"ל בהא דסתם נדרים להחמיר ופירושן להקל כמו בנדרים ד' י"ח וה"ה בהא דהמלוה טוען ברי על החוב ואינו חל הקונם של הלוה להפקיע הקנין של המשכון דרחמנא אקני לי' בגוף החפץ עד שיסלק לו חובו וכש"כ לשיטת הרמב"ן בספ"ו דשבועות דאף בשעת הלואה בע"ח קני משכון והובא בש"ך ח"מ סי' ע"ב ס"ק ט' וכן יכול למכור לאחר אף דהאחר אינו טוען ברי מ"מ כבר זכה בו המלוה כדין כיון דטוען ברי ומה מכר ראשון לשני כל זכותו כו' וכה"ג מבואר ביו"ד סי' קכ"ז סעי' א' בסופו דאם מכחיש להעד אזי שרי לכל העולם וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ו' וכמו דכתבתי במק"א לבאר הא דכתובות ד' כ"ב בשנים אומרים נתגרשה כו' דבאומרת ברי וניסת לא' מעדי' לא תצא ומשמע דאף הולד כשר דאף דאינם יכולים לומר ברי לי אפ"ה כשרים בקהל ואף בספק חללה בכהונה דלא שייך גבי' לדון בספק ממזר מותר בקהל אפ"ה מותרים לכהונה וע"כ הטעם דכיון דיצאו בהיתר כו' וקושיות רעק"א זצ"ל בכתובות ד' כ"ז ברבי זכרי' בן הקצב תרצתי במק"א ואכמ"ל:

ענף ד:

ובעיקר מש"כ לעיל דקדושת הגוף חל על דבר דאינו ברשותו רק הוי שלו נלע"ד להביא ראי' לזה מהא דפסחים ד' מ"ח מן המאתיים ממותר ב' מאות שנשתיירו בבור דערלה פסול לנסכים וקשה ל"ל קרא לזה תיפוק לי' בלא"ה דאין חלה קדושה על איסורי הנאה דהא א"ה ליתנהו במכירה וכמבואר בב"ק ד' מ"ה מכרו אינו מכור והתוס' בזבחים ד' ע"א וסנהדרין ד' פ' ובשא"ד א"כ ממילא ידענו דאין חל קדושה על ערלה דהוי איסורי הנאה ול"ל קרא ואפשר לומר בזה לפמש"כ התוס' בב"ק ד' ע"ב ע"ב ד"ה דאי ס"ד דאורייתא כו' דמוכח דתקרובת הוי דאורייתא דאל"כ אמאי אמרו לעיל דלאו דמרה קא טבח ואי דרבנן הוי חשוב שפיר דמרה כו'. ע"ש ולפ"ז י"ל דלכן ערלה דנתבטל בפחות ממאתים דמה"ת בטלה ברוב רק דרבנן תקנו מאתים כמש"כ התוס' בב"מ ד' נ"ג וע"כ חשוב שפיר דמרה ולא מיפסיל אלא מחמת מן המאתים כו':

אבל זה דוחק דהא מסקי התוס' שם בב"ק דהיכא דאסרו חז"ל בכל הנאות אז אף היכא דאין איסורו אלא מדרבנן חשוב שפיר דלאו דמרא כיון דעיקרו מדאורייתא ושאני חולין

שנשחטו בעזרה וכמבואר באה"ע סי' כ"ח אכן לפמש"כ דקדושת הגוף חל על דבר דאינו ברשותו אתי שפיר דהא איסורי הנאה חשוב שלו כמש"כ הריטב"א בסוכה ד' ל"ה והמג"א סי' תרמ"ט ס"ק כ' ההג"ה ואפשר לומר דבזה גופא פליגי הנך אמוראי בסוכה ד' ל"ה דחד אמר של ערלה פסול לפי שאין בו היתר אכילה וח"א לפי שאין בה דין ממון. וי"ל דמאן דס"ל לפי שאין בו היתר אכילה ס"ל דאיסורי הנאה מיחשב שלו ופליג אאידך מ"ד דס"ל איסורי הנאה לא הוי שלו ובזה אתי שפיר כוונת המג"א שם משום דלהלכה כתב הכ"מ פ"ו מהל' ביכורים דהלכתא כר' חייא דפסק לפי שאין בו היתר אכילה דהוי רבו דרבא של ר' אסי ע"ש. ועפ"ז יש לעי' באו"ח סי' תרמ"ט סעי' ב' בהגה"ה וכמש"כ לפמש"כ הריטב"א שם דלמסקנא דפליגי במעשר שני י"ל דכו"ע מודי דאיסורי הנאה הוי שלו ויש לעי' הרבה ובכוונת הריטב"א שם ואכמ"ל וביותר אתי שפיר לפמש"כ הרמב"ם בסוכה בפי' המשניות שם דהא דפסיל אתרוג של ערלה לפי שאין בו דין ממון דזהו נלמד מדכתיב פרי ע"ש. אך יש לעי' מירושלמי סוכה רפ"ג דיליף מדכתיב בלולב לכם משלכם ולא משל איסור הנאה וקצרתי בכ"ז: ע"כ הגה"ה:

ועיין בר"ן בעו"ג ד' מ"ג ובנדרים ד' פ"ה ובר"נ וברשב"א שם ובמח"א ה' זכיי' מהפקר סי' ד' ובספרי ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ג' וכיון דאיסורי הנאה הוי שלו והא דליתא במכירה הטעם הוא משום דאיסור הנאה משוי לזה לאינו ברשותו וכמש"כ הקצה"ח בסי' ת"ה ע"כ הוי מצי להקדיש יין ערלה לנסכים משום דהוי קדושת הגוף ע"כ בעי קרא מן המאתיים ובזה אתי שפיר ביותר דברי הרמב"ם פ"ה איסורי מזבח הל' ט' שכתב אין מביאין מנחות ונסכים מן הערלה וכלאי הכרם מפני שהוא מצוה הבאה בעבירה כו' משמע שאף ערלה בלא תערובות כלל הי' חלה עליו קדושה זולת טעמו שכתב וקשה הא בל"ז הוי איסורי הנאה וכנ"ל אכן לפמש"כ אתי שפיר משום דשאני היכא דהוי קדושת הגוף ועדיין יש לעי' בזה שסיים הרמב"ם שם דאם הביא לא נתקדשו להיות ראויים לקרבן אבל נתקדשו להיות כקדשים שנפסלו וכתב הלח"מ שם שכן הוא בתוספתא וכיון דנפסלו מקרבן א"כ אין דינו כקדושת הגוף. א"כ קשה איך חל עליהם קדושה להיות כקדשים שנפסלו אכן לפמש"כ הנו"ב במ"ת ח' או"ח סי' קל"ד לתרץ קושיות הש"א על הרמב"ם בסי' צ"ו כ' דבדיעבד אם עבר והקריבו כשר ע"ש א"כ דינם כמו קדושת הגוף וחל שפיר על איסורי הנאה כנ"ל וגם הא שיטת הרמב"ם דמצוה הבאה בעבירה לא מיפסל אלא מדרבנן כמש"כ הנו"ב שם וכן הך דרשא דמן המשקה לישראל והקריבהו לפחתיך ס"ל להרמב"ם דז"א אלא מדרבנן ועי' בכ"מ פ"ב איסורי מזבח הל' י' ובשעה"מ פ' י"א הל'

שחיטה מה שהקשה ע"ז מחולין ד' י"א ואכמ"ל וכיון דמה"ת חל קדושת הגוף ע"ז ע"כ חל קדושתו אף על איסורי הנאה כנ"ל:

ועפ"י מה שנתבאר יש לתרץ מה שהקשו בתוס' כתובות ד' ל"ג ע"ב ובסנהדרין ד' פ' ובזבחים ד' ע"א על ר"ל דאמר בב"ק ד' ע"ז דכל היכא דליתא במכירה ליתא בטביחה א"כ אמאי אמרו גנב שור הנסקל וטבחו משלם ד' וה' הא שור הנסקל ליתא במכירה והוכיחו מזה כשיטת ר"ת דשור הנסקל אינו נאסר מחיים אבל לפי מה שנתבאר אתי שפיר דהא עיקר מלתא דאיסורי הנאה ליתא במכירה הוא משום דאף דהוי שלו עכ"ז הא הוי אינו ברשותו ומבואר בב"ק ד' ס"ח דר"ל ס"ל כצנועין דחל מכירה והקדש על דבר שלו אף דהוי אינו ברשותו ע"כ לריש לקיש יש לדון דאיסורי הנאה ושור הנסקל איתא במכירה כיון דאיסורי הנאה הוי שלו ואם עבר ומכר מהני מכירתו והא דב"ק ד' מ"ה דמשנגמר דינו אינו מכור אינו קשה על ר"ל דהא זה פלוגתא דתנאי בב"ק ד' ס"ח שם ולר' יוחנן דס"ל שם בב"ק ד' ס"ח דאין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו א"כ איסורי הנאה ליתא במכירה לפ"ז הא ר' יוחנן ס"ל בב"ק ד' ע"ז דאף היכא דליתא במכירה מ"מ איתא בטביחה ומתורץ קושיות התוס' הנ"ל וחמץ בפסח שאני כמש"כ המק"ח הל' פסח סי' תל"א דאף להריטב"א דאיסורי הנאה הוי שלו עכ"ז חמץ בפסח כיון דכתיב בו תשביתו ובל יראה ע"כ גם הריטב"א מודה דלא הוי שלו ועי' מזה מש"כ המג"א בסי' תמ"ד ס"ק י"א דעשה דתשביתו חמיר טפי דכל שעתא ושעתא עובר ועי' בש"א סי' פ"א ועי' בב"ק ד' ע"א אי מה קודש אסור בהנאה כו' ת"ל לכם שלכם יהא איסורי הנאה הוא ולאו דמרא קטבח ובפי' רש"י שם ובהא דגיטין ד' כ' כתבו על איסורי הנאה וקצרתי בכ"ז:

וכעת ראיתי בפנים מאירות ח' ב' סי' קס"ו שכתב בא' שחטף פירות מיד חבירו ואמר חבירו הפירות האלו יהי' אסורים לך ופסק דאין אדם אוסר על חבירו עכשיו שאינו בידו ואינו ברשותו כו' ע"ש ולפמש"כ לעיל ובספרי באר יצחק דקדושת הגוף חל על דבר שלו ואינו ברשותו א"כ ה"ה בקונמות דקדושת הגוף נינהו יש לדון דיהא יכול לאסור על חבירו בקונם ודלא כהפמ"א [ועי' בחולין ד' קל"ט ע"א ומי קדוש כו' מה ביתו ברשותו כו' ובסוכי. ד' ל' ע"א תוס' ד"ה כי יקריב מכם כו' באה"ד שם מה ביתו ברשותו וכתב המהרש"א שם דכוונתם מה ביתו שלו ע"ש ובר"נ נדרים ד' מ"ז ובסנהדרין ד' ט"ו ע"ב במה דאמר ר"ל שם והוא שהמיתו כו' וקצרתי בכ"ז]: אך אף לשיטת הפמ"א הנ"ל מ"מ אם אסר בקונם כ"ז שהחפץ הוא ברשותו מקודם דתפס התובע שפיר יש לדון כל הנ"ל:

ובעז"ה אתחיל לכתוב כל מה שיבואר בסי' בפ"ע אף כי הוא שייכות לענין תפיסה בדררא דממונא הנ"ל אך לפי דזהו ענין חדש ע"כ חלקתים לסי' בפ"ע: סימן ב בתפיסה בדררא דממונא ובענין בעל חוב קונה משכון:

ענף א:

הנה נלפענ"ד לדון מלתא חדתא לפי מה דמבואר בח"מ סי' צ"ז סעי' כ"ט בשם בה"ת דס"ל לדעה קמייתא שם דבחוב שאינו דרך הלוואה אין מסדרין ומבואר בטור וב"י שם דלפי שיטתם ה"ה דבחוב שאינו דרך הלוואה ליכא ביה מצות השבת העבוט והובא בתומים שם ס"ק י"ב ובאורים שם ס"ק ע"ד. והדעת נותנת דהיכא דליכא מצות השבת העבוט דבזה לא קני משכון דהא בפסחים ד' ל"א ע"ב אמרינן דת"ק סבר הנ"מ דקני משכון בישראל כו' דקרינא ביה ולך תהיה צדקה אבל ישראל כו' לא קני וקיי"ל כת"ק דר"מ דישראל כו' לא קני משכון כמש"כ הרא"ש שם אלמא דהיכא דלא שייך מצות השבת העבוט דזה נלמד מלך תהיה צדקה כמו התם בפסחים כיון דליכא גביה מצות השבת העבוט ע"כ לא שייך גביה לומר דקני משכון וה"ה בכל מקום היכא דליכא מצות השבת העבוט כמו בחוב נזקין ושכירות דליכא ביה מצות השבת העבוט משום דכתיב בתורה כי תשה ברעך כו' והאיש אשר אתה נושה כו' ולך תהי' צדקה וכיון דליכא גביה מצות השבת העבוט לכן לא קאי עליו ולך תהיה צדקה דזה מקור הילפותא דבע"ח קני משכון ואף דאיכא שם בפסחים קו"ח דישראל כו' קני וכו' כדס"ל לר"מ שם בפסחים אפ"ה פליגי רבנן עליו ולא ס"ל להאי קו"ח משום כיון ולך תהיה צדקה אינו מצוה כו' על כן לא קני הישראל המשכון וה"ה בחוב נזקין וכה"ג כיון דלא קאי עליו ולך תהיה צדקה ממילא לא קני משכון ואף דבעשיר ליכא ביה מצות השבת העבוט וכן בדברים שאינם צריכים להלוה ואפ"ה קני משכון שא"ה דהא עכ"פ שייך ביה מצות השבת העבוט אם יצטרך לו החפץ ואם יהי' עני משא"כ בנזקין וכה"ג דליכא גביה כלל מצות השבת העבוט שפיר יש למילף מהא דפסחים כן וכן משמע בתוס' שבועות ד' מ"ד ד"ה מאי לאו בדלא שוי כו' שכתבו ומיהו תימא כיון דר"י גזירת הכתוב הוא מה לי שוי ומה לי לאו שוי אטו משום דלא שוי לא קאי ביה השב תשיב את העבוט ולך תהיה צדקה כו' עכ"ל אלמא דהתוס' נתכוונו למש"כ דהנך שני ענינים היינו מצות השבת העבוט וקנית משכון הם תלוים בהדדי וכה"ג איתא בשבועות ד' מ"ד אימר דאמר ר"י שלא בשעת הלוואתו בשעת הלוואתו מי אמר פי' רש"י דבהכי משתעי קרא בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו כו' והיינו שלא בשעת הלוואתו אלמא כיון דקרא לא מיירי בשעת הלוואתו ע"כ לא אמרו ביה דקני משכון א"כ ה"ה בחוב נזקין ושכירות כיון דקרא לא מיירי ביה וע"כ ליכא

ביה מצות השבת העבוט דמהאי טעמא לא קני משכון ועיין בב"מ ד' פ"ב ע"א ברש"י שם אבל הכא ברש"י בשבועות משמע דהעיקר הוא דכיון דקרא לא מיירי ביה ע"כ לא קני משכון ועיין בב"מ ד' ס"ז ע"ב ד"ה והשביעית משמטתו כו' ועפי"ז יש לישב קושיות הר"ן בקידושין פ"ב גבי עשה לי שיריים וטבעות דס"ל לחכמים דאינה מקודשת משום דאין אומן קונה בשבח כלי ויש לשכירות מתחלה ועד סוף דינו כמלוה והקשה הר"ן אמאי לא יהיה כמקדש במלוה שיש לו משכון דמקודשת מדר"י וכן הקשה הרשב"א בחידושיו בקידושין שם ועיין ברשב"א בתשובה שהובא בש"ך ח"מ סי' ע"ב ס"ק ק"ט: אכן לפמש"כ מיושב קושייתו די"ל דשאני בחוב אומן דלא הוי כחוב הלואה ע"כ לא קני משכון ועיין באה"ע סי' כ"ח ס"ק מ' בב"ש הביא שיטת הפוסקים דס"ל דבאומן קני משכון אכן לדעת הסוברים דבחוב שאינו הלואה אין מסדרין שפיר י"ל כנ"ל ועיין בש"ך סי' פ"ט סק"י מה שכתב שם בשם הר"ן והרמב"ן וכן יש לדון עפי"ז במה שהקשה הרמב"ן והובא בש"ך ח"מ סי' ע"ב סק"ט על הסוברים דבע"ח קני משכון אף לאונסין דהא בב"ק ד' ל"ו איתא כגון שתפס ניזק ונעשה עליו ש"ש לנזקין ואמאי לא אמרו דנעשה שואל ע"כ קושיתו אמנם לפי מה שכתבתי ניחא דכיון דנזקין לא הוי חוב הלואה ע"כ לא שייך ביה קני משכון והתם הא מיירי בחוב נזקין ובכולי ש"ס לא נאמר הך דרי"צ רק בחוב הלואה והרמב"ן דהקשה כן אזיל לטעמיה שכתב בחידושי' לקידושין דף מ"ח דגם באומן שייך הך דרי"צ אם תבעו מיניה שכרו ולא יהיב ליה אגרי' אלמא דס"ל להרמב"ן דאף בחוב שאינו הלואה שייך ג"כ קנית משכון וע"כ הקשה הרמב"ן שפיר בהא דבב"ק כן ואפשר דהרמב"ן והר"ן והרשב"א דס"ל דאף בחוב שאינו הלואה שייך ג"כ קני משכון משום דס"ל דגם בחוב שאינו הלואה ג"כ מסדרין כמבואר פלוגתא דרבוותא בזה בח"מ סי' צ"ז סעי' כ"ט ומה"ט ס"ל דאיכא מצות השבת העבוט אף בחוב שאינו הלואה אבל להסוברין דליכא מצות השבת העבוט בחוב שאינו הלואה שפיר יש לדון דס"ל דבזה לא קני משכון והעיקר מה שנצרך לענינינו לתרץ קושיות האו"ת והקצה"ח בהא דב"ק ס"פ המניח דאמאי לא תועיל תפיסה בכולו כיון דאיכא דררא דממונא וכתבתי במק"א דזה הקושיא לא תשוב רק על שיטת הרא"ש אבל על שארי השיטות אין מקום לקושייתם וכמו דמצאתי בקונטרס הספיקות של הקצה"ח כלל ב' ס"ק ח' וכיון דזה הקושיא לא קאי רק לחד שיטה ע"כ שפיר יש לדון להכלל הנ"ל דס"ל כשיטת הסוברין דאין מסדרין לחוב שאינו דרך הלוואה דלהך שיטה לא קני משכון בכה"ג:

ענף ב:

והרא"ש בקדושין פ"א סי' י' הביא ראי' דבשעת הלואה לא קנה משכון מהא דעשה לי שיריים ואקדש אני לך אם אין אומן קונה בשבח כלי אינה מקודשת ולפי מש"כ לדון דבחוב שאינו הלואה לא שייך בי' דקני משכון א"כ נסתר ראייתו ומדכתב הרא"ש להוכיח כן מוכח דס"ל שלא לחלק בין חוב הלואה לחוב נזקין ושכירות אמנם יש לומר דאף דנימא דהרא"ש ס"ל להכלל הנ"ל עכ"ז שפיר הוכיח כן דהא מצינו בפסחים ד' ל"א דפליגי ר"מ וחכמים דר"מ ס"ל דאף היכא דליכא מצות השבת העבוט ג"כ קנה משכון מצד קו"ח כיון דישראל מישראל קנה כו' לא כש"כ ולשיטת ר"מ יש לדון דה"ה בחוב נזקין ושכירות וכה"ג דאף דליכא מצות השבת העבוט מ"מ קנה משכון כיון דאיכא קו"ח דהא מצינו דמלוה הכתובה בתורה אלימא יותר משאינו כתובה בתורה כמבואר בקידושין ד' י"ג ובסוף ב"ב ועירובין ד' ז' ובכורות ד' מ"ח דמלוה הכתובה בתורה אלימא ביותר ושייך בזה יותר לומר שעבודא דאורייתא משא"כ במלוה דאינו כתובה בתורה ועיין בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' וה"ה בהא דבע"ח קני משכון שייך ג"כ לדון הך קו"ח דכיון דבמלוה שאינו כתובה בתורה קני משכון כש"כ במלוה הכתובה בתורה דקני משכון היינו חוב נזקין ושכירות דהא אלימא ביותר כן יש לדון אליבא דר"מ והתם בקדושין ד' מ"ח אמרו בעשה שיריים דס"ל לר"מ מקודשת וחכ"א אינה מקודשת ופליגי במקדש במלוה ואח"ז אמרו שם דכו"ע ס"ל המקדש במלוה א"מ רק דפליגי אם אומן קונה שבח כלי או ביש לשכירות מתחלה ועד סוף ומשמע דאם לא היה אומן קונה שבח כלי ויש לשכירות מתחלה ועד סוף היה מודה ר"מ דאינה מקודשת וע"ז שפיר יש להקשות דהא הוי כמו המקדש במלוה שיש עליו משכון דלכו"ע מקודשת ולר"מ הא ס"ל דקני משכון אף היכא דליכא מצות השבת העבוט:

וגם הא הוי מצי הש"ס לומר דלכן ס"ל ר"מ מקודשת משום דס"ל דקני משכון אף בחוב שכירות ואזיל לטעמיה דס"ל כן בפסחים וע"כ ס"ל לר"מ דמקודשת בעשה לי שיריים ורבנן ס"ל דא"מ אזלי לטעמייהו דס"ל דהיכא דליכא מצות השבת העבוט לא קני משכון וה"ל מקדש במלוה דא"מ ור"מ ס"ל קו"ח וקני משכון ואף למ"ד דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי מ"מ כיון דחזינן דעדיפא משארי מלוה עכ"פ לכן שייך הקו"ח ומדהוצרך הש"ס לומר בטעמא דר"מ דס"ל מקודשת משום דס"ל אומן קונה בשבח כלי או אינו לשכירות רק לבסוף מזה הוכיח הרא"ש שפיר דבשעת הלואה לא שייך הך דר' יצחק אבל לדינא י"ל דלדידן דקיי"ל כרבנן דפסחים דישראל כו' לא קנה משכון אף דאיכא קו"ח משום דליכא במצות השבת העבוט דה"ה בחוב שאינו הלואה לא קנה

משכון משום דליכא ביה מצות השבת העבוט וקרא דלך תהיה צדקה לא איירי כי אם בחוב הלואה כנ"ל א"כ אין סתירה מן הרא"ש לכלל שחידשנו:

ועוד י"ל דהרמב"ן והר"ן והרשב"א דס"ל דאף בחוב שאין הלואה שייך ג"כ הא דר' יצחק אזלי לטעמייהו דס"ל להרמב"ן סוף פ"ו דשבועות במלחמות דאף בשעת הלואה שייך ג"כ הא דר' יצחק ונדחה הסוגיא דסוף פ' האומנין וכן מבואר ברשב"א סוף פ' השולח והובא בחו"מ בש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' וכן הוא שיטת הר"ן בב"מ פ' האומנין אלמא דאף דקרא לא איירי כי אם שלא בשעת הלואה אפ"ה ילפינן דה"ה בשעת הלואה ע"כ י"ל דה"ה בחוב שאינו הלואה דאף דקרא לא איירי בזה עכ"ז ילפינן מסברא דאין לחלק ביניהם והא דפסחים כו' בע"כ מוכח לחלק דשאני התם דלא מצינו בתורה כי אם ישראל כו' אבל בישראל כו' אכן באיש דמבואר בתורה דקנה משכון ממילא לא מחלקינן ביה בין היכא דשייך מצות השבת העבוט או לא וכיון דחזינן דאף בשעת הלואתו דלא שייך בו מצות השבת העבוט אפ"ה קנה משכון. ה"ה בחוב של ניזקין אף דליכא בו מצות השבת העבוט אפ"ה קנו משכון לכן ס"ל להרמב"ן והרשב"א והר"ן דגם בזה קנה משכון ולומר דשאני בשעת הלואתו דמתוך שקנה שלא בשעת הלואתו ע"כ קנה אף בשעת הלואתו הא לא ניחא להו לומר כן כמבואר ברשב"א ורמב"ן שם והובא בש"ך שם אבל לשיטת הרא"ש והתוס' דס"ל דבשעת הלואתו לא קנה משכון י"ל דזה ג"כ מהך טעמא דכיון דבשעת הלואתו לא שייך מצות השבת העבוט כמבואר בב"מ ד' קי"ד ע"ב ובסי' צ"ז סעי' ט"ו ע"כ לא קנה משכון וה"ה בחוב שאינו הלואה כיון דליכא גביה מצות השבת העבוט לא קנה משכון כיון דקרא לך תהיה צדקה לא מיירי ביה כמש"כ רש"י בשבועות ד' מ"ד [אך לפי שיטת רש"י בב"מ ד' פ"ב ע"א וכן לפמש"כ הש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' ד"ה וגם הך דפ' השואל כו' יש לדון במה שכתבתי] ולכן כיון שהוכיח הרא"ש והתוספות דבשעת הלוואתו לא קנה משכון ה"ה דבחוב שכירות ונזקין לא קנה משכון:

ענף ג:

ואכתי יש להעיר מהא דב"ק ד' דאם תפס מחיים זכה בו לגבות אף מיתמי גם בנזקין ונראה דהא דמהני תפיסה מחיים לגבות אף מיתמי הטעם הוא משום דקני משכון דאל"כ אמאי יהיה מהני תפיסה לגבות מיתמי כיון דמטלטלי בעצם לא בני שיעבוד נינהו ומצד מצוה דפריעת בע"ח מצוה לא שייך ביתמי א"כ בע"כ משום דקני משכון אתי עליה אלמא דאף בחוב נזקין קני משכון וכן מצינו בכתובות ד' פ"ד גבי כתובה דמהני תפיסה מחיים אף דלא הוי חוב הלואה א"כ מוכח דלא כמש"כ ועיין בב"מ ד' קט"ו דאמרו למה חוזרין וממשכנן כדי שלא יעשה מטלטלין אצל בניו וי"ל דבאמת מוכח

דאף היכא דלא קני משכון ג"כ אינו נעשה מטלטלין אצל בניו ומועיל תפיסה מחיים דהא שיטת הנימוקי בפ"ק דב"מ בשם הר"ר יוסף הלוי דהא דבע"ח קונה משכון הנ"מ במשכנו בשעת הלואתו דקנו לו מעותיו אי נמי במשכנו שלא בשעת הלואה דקני ליה משום דאתי לי' בגובינא דב"ד כו' אבל כשנותן לוה למלוה משכון שלא בשעת הלואה לא קני לפי שמלוה אינו קונה ומשיכה אינו קונה למשכון כמבואר בקידושין התקדשי במנה והניח משכון מנה אין כאן משכון אין כאן וכן כתב הר"ן בסוף שבועות הדיינים להכריע כשיטת הרב ר' יוסף הלוי הנ"ל א"כ לשיטתם דמשכון לא ניקנה במשיכה שלא בשעת הלואה כי אם דאתי לידו ע"פ ב"ד דקני ליה בגובייא דב"ד אבל בתפס מעצמו בלא ב"ד לא קני ועי' בקצה"ח סי' ע"ב ס"ק ב' א"כ תקשה אמאי מהני תפיסה מחיים לגבות מיתמי דהא כיון שתפס שלא ע"פ ב"ד לא קנהו מעולם בתורת משכון ולפ"ז מוכח דאף היכא דלא קנהו בתורת משכון ג"כ מועיל תפיסתו מחיים לגבותה כשמת דהא חזינן בכתובות ד' פ"ד במשנה שם דס"ל לר' טרפון דמהני תפיסה אף לאח"מ ברה"ר או בסמטא כמבואר שם: אך ר"ע פליג וס"ל דלא מהני תפיסתו משום דבע"ח צריך שבועה ואין היורשים צריכים שבועה והרא"ש כתב שם בשם ירושלמי דאף דפטרום משבועה עכ"ז יתן ליתומים משום דכל היכא דאיתנהו ברשות יתמי איתנהו אבל בע"ח מחוסר גובייא וזה הטעם לא שייך כי אם בתפס לאח"מ משום דמיד שמת נפלו הנכסים ליתמי אבל בתפס מחיים דלא הוי הבע"ח מחוסר גובייא כיון דתפוס ועומד ברשותו ע"כ דינו לר"ע כמו תפיסה לאח"מ לר"ט דהא ביתמי וודאי לא שייך לומר דקני משכון כיון דפקע שעבוד הגוף לאח"מ ועכ"ז מועיל תפיסה לאח"מ רק ר"ע פליג משום דמחוסר גובייא ומיד שמת נקנו הנכסים ליתומים אבל בתפס מחיים בזה מועיל תפיסתו אף היכא דלא קנהו בתורת משכון:

וכן יש להוכיח ממלוגא דשטרי בכתובות ד' פ"ה דאם תפס מחיים מהני תפיסתו כמבואר בסי' ס"ד והא בקרקע לא קני משכון כמבואר בב"מ ד' ס"ז בתוס' שם וה"ה בשטרות לא קני משכון ואפ"ה מועיל תפיסתו להשטר אף דהוי אין גופו ממון אך זה יש לדחות דהא התם במלוגא דשטרי מבואר בר"נ ובח"מ שם דאין מועיל תפיסתו לגבות בהשטר מן הבע"ח כי אם להחזיק גוף הנייר אצלו ומחמת זה לא יהי' יכול הבע"ח לתבוע מן הלווים לכן אין דינו כשטרות דכל דוכתי דזה הוי כתופס דבר דגופו ממון וגם י"ל דשאני קרקע בזה דלא חשוב של אחיך בידך כמש"כ התוס' ב"מ שם וגיטין ד' ל"ז גבי שביעית משא"כ לתפוס השטר בידו כדי שלא יהי' יכול לתבוע מהלוה שפיר מקרי של אחיך בידך וקני משכון לזה דהוי כמו תופס חפץ בידו ועפי"ז יש לדון במה דמבואר סי'

ק"ד סעי' ג' דתפס שטרות לא הוי כתפס ממון ויחלוקו דזהו רק לענין לגבות כל החוב מהלוה אבל להחזיק גוף הנייר בידו יכול לתופסו אף נגד שארי בע"ח משום דדינו כמו מלוגא דשטרי דמהני תפיסה לגבי יתמי וקצרתי:

שוב מצאתי בעז"ה בחי' הרשב"א לב"ק ד' מ"ט שכתב כעין זה בד"ה כיון דמית לי' פקע שעבודו כו' משכונו של כו' ביד כו' ובא כו' אחר והחזיק בו כו' מסתברא לי דה"ה אם אין לו משכון אלא שיש לו מלוה על כו' גובה נגד חובו כו' ותדע לך דאי לא כיון דאוקימנא בדליתי' בחצירו אפי' נגד מעותיו במאי קני דאי משום שעבודו הא אמרת דפקע במיתתו של כו' דהוי כמו הפקר ואי משום דקני לי' למשכון אי משכנו בשעת הלואתו למ"ד לא קני מאי איכא למימר אלא כמש"כ ואינו דומה למטלטלי דיתמי דהתם משום דיורשים הם ד"ת ואין בע"ח גובה מהם כדברי ר"ע פ' הכותב ונותנים ליורשים כדמפרש בירושלמי שהן יורשים ד"ת בגמר מיתה אבל כאן כשמת כו' עד שלא יזכה אחר כבר קדם שיעבודו של זה ובזה אף ר"ע מודה לר"ט בהכותב כו' עכ"ל הרשב"א הרי להדיא כעין מש"כ דאף היכא דלא קני משכון ג"כ מועיל תפיסתו לגבות מיתמי דאל"כ תקשה למאן דס"ל דבשעת הלואתו לא קני משכון כסוגיות הש"ס דב"מ ד' פ"ב ושבועות ד' מ"ד. דלדידי' איך גבי מיתמי היכא דתפוס מחיים משעת הלוואתו ובאמת לשיטת התוס' בקידושין ד' ח' והרא"ש דכתבו דכיון דשלא בשעת הלואתו קני לגמרי מהני לקנותו קצת אף בשעת הלואה והובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' ליתא לראי' של הרשב"א הנ"ל כ"כ אך הרשב"א לטעמי' אזיל דס"ל דאין לומר כן וכמש"כ הש"ך שם בשם הרשב"א פ' השולח ע"כ דייק שפיר מזה דהא דתפס מהני לאו משום דקני משכון אתינן עלה רק משום דבזה מודה ר"ע לר"ט. ויש לדון הרבה בעיקר דברי הרשב"א הנ"ל ואכמ"ל:

והא דמשמע בב"מ ד' קט"ו דאמרו למה ממשכנים מעיקרא כדי שלא יעשה מטלטלי אצל בניו ופי' רש"י שם משום דקני משכון וכ"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ט' בשם הרמב"ן וש"פ דהא דבע"ח קני משכון הוי תועלת לשומטו מע"ג בניו היינו לענין דיהי' יכול לשומטו מע"ג בניו אף בעת שמוחזר המשכון להלוה ומת בתוך כך והמשכון הוא ברשות היתומים בזה התועלת הוי ממה דבע"ח קני משכון אבל היכא דמוחזק ועומד המלוה אז אף היכא דלא קני משכון ג"כ גבי מיתמי ולפי"ז ניחא הא דמהני תפס מחיים בנזקין וכתובה דאף דלא קני משכון בהו מ"מ מהני תפיסתו אבל לעולם י"ל דבחוב נזקין ושכירות וכה"ג דאינו חוב הלוואה לא קני משכון להסוברין דאין מסדרין בחוב דאינו דרך הלוואה:

ובאמת יש להעיר על מה שכתב הטור בשם בעל התרומות דבחוב שאינו דרך הלואה אין מסדרין מהא דנדרים ד' ס"ו דמיירי התם בכתיבה ואמרו שם ש"מ אין מסדרין לבע"ח ודחו זה הא בלא"ה י"ל דשאני התם דמיירי בכתובה דלא הוי חוב הלואה ואף דמיירי התם בכתובה ת' זוזי הא מבואר בגיטין ד' י"ח דכתובה ותוספת כתובה אין דינו כהלואה ועי' בתוס' כתובות ד' נ"ה ד"ה ולשביעית כו' וע"כ מוכח מסוגיא זו דאף בחוב שאינו הלואה ג"כ מסדרין וכעת ראיתי בביאור הגר"א זצ"ל בחו"מ סי' צ"ז ס"ק ק"א דהוכיח מהאי סוגיא דגם בחוב שאינו הלואה ג"כ מסדרין ובמק"א יתבאר זה ואכמ"ל:

ד ולפי מה דנתבאר דבחוב שאינו הלואה דלחד שיטה לא קנה משכון א"כ לפ"ז היכא דהוי ספיקא דדינא או ספיקא דתרי ותרי ודררא דממונא וכה"ג ועפ"י דין מהני תפיסתו מ"מ י"ל דהמזיק יכול לאסור בקונם חפצו על הניזק התופסו ואף דהניזק טוען ברי על ההיזק מ"מ כ"ז דלא הגבוהו ב"ד את החפץ אין דינו רק כבע"ח דחל הקונם לאסור החפץ בקונם על התופס דאף דטוען ברי התופס מ"מ אין כופין להנתבע להיות שואל על נדרו דהא לא מהני תפיסתו רק בגוף החפץ דהוי מוחזק אבל גוף הנתבע הא הוי מוחזק בעצמו וכיון דלא קנה משכון כנ"ל להך שיטה א"כ קונמות מפקיע בכי האי גוונא וממילא נאסר המזיק לזכות בהחפץ משום דה"ל כמו כל שארי איסורי הנאה דאף דהחפץ אינו ברשותו מ"מ הא נתבאר לעיל דקונמות דהוי כקדושת הגוף חל על דבר דאינו ברשותו ג"כ כיון דהוי שלו כ"ז דלא הגבוהו הב"ד להניזק את החפץ. ואף במה דאינו יכול להוציאו בדיינים ג"כ חל הקונם וכמו דהוכחתי לעיל מהא דצנועין ור"ל דב"ק ד' ס"ט דאף דהוי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים מ"מ ס"ל דחל הקדישו מיד אף מקודם דבא לרשותו משום דבזה עדיף מן דשלב"ל דעביד דאתי דלכו"ע אינו חל הקניה רק בעת דיבוא לעולם וכיון דדשלב"ל ועביד דאתי נתבאר דחל קונמות ע"ז כש"כ דחל קונם בכה"ג כיון דהוי הגוף שלו וכנ"ל. רק היכא דקני משכון אזי לא שייך כן משום דלדברי התופס דטוען ברי דקני משכון א"כ אינו חל הקונם כלל ונאמן ע"ז כנ"ל אבל בחוב נזקין וכה"ג דלא קני משכון א"כ אף לדבריו מ"מ כ"ז דלא הגבוהו ב"ד את החפץ מיתסר לו ע"פ הקונם של המזיק ואין אנו יכולים לכפותו להתיר נדרו א"כ מתסר התופס לזכות ולהנות בחפצו:

ואכתי יש לדון בזה דאף היכא דאסר בעל החפץ את חפצו על התופס מ"מ הי' יכול התופס ללוות מאחר ואותו האחר יהי' יכול לירד ולגבות מחפצו שתופס זה כדמצינו בנדרים ד' מ"ז ובר"ן שם שכתב לפרש המשנה דב"ק ד' ק"ט באומר לבנו קונם אי אתה נהנה לי כו' דאם אין לו לוה ובע"ח באין ופרעין ממנו וכיון דבע"ח לאו מדעתו קא מיפרע

אין זה פורע חובו מאיסורי הנאה ונכסים דידי' נינהו אלא שאינו רשאי ליהנות ע"כ בע"ח נפרע מהן ע"ש וכן כתב התוס' בב"ק ד' ק"ט ד"ה בע"ח באין ונפרעין כו' והקצוה"ח בסי' קי"ז העלה בשם הראשונים דכתבו דקונם כללי אין דינם כמו קדושת הגוף רק קונם פרטי דינו כקדושת הגוף ע"ש ולפ"ז אף באסר הלוה נכסיו על המלוה דהוא איש פרטי א"כ יכול המלוה ללוות מאחרים דלא נאסרו בהנאתו וי"ל בזה דאכתי יכול הלוה לאסור נכסיו על המלוה ועל מי שילוה המלוה מאיש אחר כדי לפרע מאותו נכסים דאז לא מהני אף שילוה מאיש אחר דגם האיש אחר דילוה נאסר באותו נכסים כדין קונם ואין לומר בזה דהא אין ברירה כמו לאיזו שתצא בפתח תחלה ז"א דהא כבר כתב הש"א בסי' צ"ג דהיכא דיכול הדבר לחול לאחר זמן לא שייך בזה אין ברירה כו' וכן כתב הנתיבות בסי' ס"א על תשובת הרא"ש בשטר לכל המוציא כו' וכן מבואר בתשובת מוהרי"ט וה"ה בקונם יכול הקונם לחול לאחר זמן כמבואר בנדרים ד' צ' בר"ן ד"ה הנ"מ בשתלתה נדרה כו' והטעם הוא כמש"כ הרא"ש בפירושו לנדרים ד' כ"ט ע"ב ד"ה שאני הכא דאמירתו לגבוה כו' ועוד הא בעת שיביא מלוה הב' לגבות מאתו החפץ יכול אז הלוה לאסור גם עליו בקונם כו' אך העיקר כמש"כ לעיל א"כ נתבאר דיכול הלוה לאסור בקונם היכא דלא קנהו התופסו כדין בע"ח קונה משכון:

ובספרי באר יצחק חלק חו"מ סי' ב' כתבתי דמוכח עפ"י ראי' נכונה דהיכא דאינו יכול המלוה לירד ולגבות מהחפץ שתפס ע"י ב"ד אז ממילא מחוייב להחזיר להלוה דהא בעל החפץ עובר עליו משום איסור גזל כיון דאין להמלוה שום עצה לגבות החפץ בתורת גוביינא דב"ד וכן כתבתי מזה בקונטרס אחד בארוכה ולפי"ז היכא דאסר הלוה חפצו על התופסו היכא דלא קנהו בדין בע"ח קונה משכון דכיון דהמלוה אינו יכול לגבות בשום אופן מהחפץ שתפס דאז ממילא צריך להחזיר החפץ שתפס להלוה משום איסור גזל דהא חפץ בלי שומא וגוביינא דב"ד הרי גזל הוא בידו ע"כ צריך להחזיר (וקונם של התופסו אינו חל דהא לא הוי שלו ואם תפס מעות י"ל ע"פ זה והא דמלוגא דשטרא הא נתבאר לעיל דשא"ה דיכול להחזיק הנייר ועי' בקצוה"ח סי' ס"ד ואכמ"ל:

סימן ג:

בתפיסה בדררא דממונא ובענין מיגו להוציא:

א ונבאר עוד ענין אחד דיש לעיין היכא דיש להלוה מיגו להוציא את החפץ שתפס המלוה. אי אמרינן דזה הוי כמו מיגו להוציא דלא אמרינן דהא המלוה תפוס ועומד החפץ ברשותו או דאמרינן כיון דגוף החפץ הוא של הלוה וביד הלוה לסלק להמלוה בזוזי ע"כ אין זה בגדר מיגו להוציא דהא מה"ט תקנו שבועה בנק"ח על המלוה דיהי'

נשבע שבועת המשכון בנק"ח משום דלאו אגופי' דמשכון קא טעין אלא בעי לאפוקי ממונא מרשותא דחברי' וכמבואר בש"ך סי' ע"ב ס"ק ס"ט בשם הראשונים א"כ מה"ט אפשר דלא מקרי מיגו של הלוה בגדר מיגו להוציא דהא אדרבה המלוה מקרי מוציא קצת והצריכוהו שבועה מה"ט וכן כתב הש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ה דכיון שבא לפרע מהמשכון חשוב ליטול ולא להחזיק וע"כ צריכים היורשים לישבע ע"ש וכה"ג כתב התומים בסי' ע"ב ס"ק כ"ח על הא דמבואר שם ברמ"א סי' י"ד דהיכא דעד אחד מעיד שלא כדברי הלוה רק מסייע להמלוה התופס בהמשכון דנשבע הלוה להכחיש את העד דכתב הש"ך שם דזהו שבועת המשנה משום דכל הנשבעין בתורה נשבעין ולא משלמין והכא הלוה נשבע ונוטל וכתב התומים שם דאינו כן אלא הלוה נשבע שבועה דאורייתא משום דהמשכון אינו בגדר נוטל דהא גוף החפץ הוא של הלוה וברשותו הוא וכו' עכ"ל התומים שם. ובמק"א הארכתי בזה וכיון דחזינן דהלוה לא מקרי נוטל מה"ט יש לדון אם יש להלוה מיגו יהי' מהימן דזה לא הוי בגדר מיגו להוציא וראי' לזה מהא דמבואר בח"מ סי' ע"ב סעי' ל"ה בשם בעה"ת באם בא ראובן לשאול משכונו מיד יורשי שמעון ואומר שהוא ממושכן ביד אביהם בחמישים וטוענים היתומים שאביהן צוה שהוא ממושכן במאה כו' בד"א שאין המשכון מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אז נוטל מאה כפי שיוי המשכון כו' אבל אם הוא מדברים שעשוין להשאיל ולהשכיר אינו משלם אלא חמישים ואפילו אם המשכון שוה יותר שהוא נאמן במיגו שהוא שאול בידו עכ"ל וקשה איך נאמן הלוה במיגו הא הו"ל מיגו להוציא והמחבר הא ס"ל דלא אמרינן מיגו להוציא כמבואר סי' פ"ב סעי' י"ב ובש"ך שם ס"ק ל"א ואין לומר דכיון דהלוה טוען ברי ויורשי המלוה אומרים שמא א"כ ה"ל ברי ושמא דאמרינן מיגו להוציא כמבואר בכללי מיגו דז"א דהא במה דטוענים ליורש מקרי כמו טענת ברי כמש"כ הרא"ש רפ"ב כתובות עלה דאי' התם דהכא הוי ברי וברי ע"ש וע"כ דכיון דגוף החפץ ה"ל של הלוה אין זה בגדר מיגו להוציא וכמו שנתבאר ולכן מהימן במיגו:

ועוד נלע"ד לדון בזה ע"פ המבואר ב"מ ד' ו' תוס' ד"ה אגרת ליה בלא סהדי כו' שכתבו דאינו נאמן במיגו דאי בעי אמר תקפה ממני דמיגו במקום עדים הוא עכ"ל. וקשה דהל"ל דלכן אינו נאמן במיגו דאי בעי אמר תקפה ממני משום דה"ל מיגו להוציא וכעין שכתבו התוס' ב"מ ד' ב' ד"ה וזה נוטל רביע כו' ודוחק לומר דשיטת התוס' הכא בב"מ ד' ו' כהסוברין דאמרינן מיגו להוציא ועיין בתוס' כתובות ד' ט' ד"ה לא דקא טען כו' בסה"ד דאי לא אמרינן מיגו להוציא אתי שפיר והעיקר מה דנלענ"ד בזה לפי המבואר בכללי מיגו של הש"ך דהיכא דאיכא ברי ושמא אמרינן מיגו להוציא כמבואר כתובות ד' י"ב

הכא איכא מיגו כו' וזה ברור דחזקת מ"ק עדיף מן ברי כמבואר ב"מ ד' ק' במשנה שם היה לו ב' עבדים כו' וכן ב' שדות כו' הלוקח א' גדול לקחתי והלה א' א"י זכה בגדול והקשו הראשונים שם דאמאי נוטל הגדול הא קיי"ל ברי ושמא חזקת ממון עדיף. וה"ה הכא דאף דמוקי שם דקיימא בסימטא עכ"ז הא חזקת מרא קמא דינו ג"כ כחזקת ממון והוכיחו מזה דע"י גלגול שבועה אמרינן ג"כ מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמבואר בח"מ סי' ע"ה סעיף ט"ו ובנימוקי יוסף ב"מ שם ובר"נ לחי' ב"מ שם א"כ מוכח מדבריהם דחזקת מ"ק עדיף מן ברי של הבע"ד אך השיטה מקובצת שם הביא בשם ראשון א' דכתב לתרץ דשאני הכא דקאי בסימטא וליכא חזקת ממון רק חזקת מ"ק דנגד זה ברי עדיף אבל כל הראשונים שם לא ניחא להו לחלק כן וכן כתב הרמב"ן בחי' לב"ב ד' ל"ד דאף נגד חזקה מ"ק אינו מועיל אף טענת ברי ואף דבעל חזקה מ"ק טוען שמא מ"מ חזקת מ"ק עדיף מן ברי ושמא הרי דס"ל בל הנך דחזקת מ"ק עדיף מן ברי ושמא וכיון דמצינו דמיגו בצירוף ברי ושמא אמרינן מיגו להוציא כש"כ דמיגו בצירוף חזקת מ"ק וודאי אמרינן מיגו להוציא וכעת ראיתי בכללי מיגו של הכנה"ג המובא באו"ת ס"ק י"א שכתב בקצרה דמיגו בברי ושמא אמרי' להוציא וכמו כן היכא דחזקה מסייע להגוף אמרינן אף להוציא וכתב האו"ת שם דהיכא דחזקת הגוף מסייע להמיגו אמרי' מיגו להוציא ע"ש ואף דחזקת הגוף הוי חזקה אלימתא כמש"כ התוס' כתובות ד' ע"ה ע"ב ד"ה אבל היכא דליכא חזקה דממונא כו'. הא חזקת מ"ק ג"כ עדיפא ביותר כנ"ל וזהו סייעתא לדברי ועיין בש"ך חו"מ בכללי מיגו ס"ק ט"ו שכתב בשם הגהות מרדכי ובמקום שיש חזקה או ברי ושמא עם המיגו אמרינן מיגו להוציא ולאו דווקא על חזקה דשטרא בידי כו' קאי אלא כוונתו על כל אוקי אחזקות מדכתב בקצרה דרך כלל:

והאו"ת בכללי מיגו ס"ק ט' הקשה על מש"כ התוס' בב"ב ד' ל"ה ד"ה ואי דלי ליה צנא דפירי כו' דיהיה מהימן במיגו דאי בעי אמר לפירות ירדתיו כו' והקשה האו"ת הא הוי ליה מיגו להוציא ותירץ דכיון דחזקת מ"ק מסייע לי' אין זה בגדר מיגו להוציא ע"ש ואפשר דשא"ה דמיירי בקרקע דבחזקת בעלים עומדת אכן לפמש"כ נראה דאף במטלטלי הדין כן דמהימן בעל חזקת מ"ק ע"י מיגו וע"כ התוס' בב"מ גבי תקפה א' כו' לא כתבו דהוי לי' מיגו להוציא משום דהא מיירי התם דאתו לקמן כדתפסי לתרווייהו ואמרינן להו זילו פליגו והדר אתו כי תפיס חד מינייהו א"כ היה נאמן במיגו דתקפה ממני משום דהא חזקת מ"ק מסייע ליה דהא מקודם דתפסי תרווייהו היה בחזקת שניהם ע"כ אין זה בגדר מיגו להוציא והוצרכו לומר משום דהוי מיגו במקום עדים וסעד לדברינו

ממש"כ הרשב"א בחי' לקידושין ד' כ"ז ד"ה אשכחן ברי כו' דבשומרים דהואיל דאתחזק חיוב כמו ברי חשבינן ליה לענין שבועה:

ענף ב:

והנה התוס' בב"ב ד' נ"ב ד"ה דברים העשויין כו' הקשו דיהא נאמן לומר ננגבו ממני במיגו דהשאלתיו ותירצו דמיירי המשנה באינו רגיל להשאיל כו' ותיר הב' בשם מהר"ד דלכן לא מהימן במיגו משום דהוי מיגו להוציא ונ"ל דלכן התוס' בתירץ הא' לא מתרצי דהוי מיגו להוציא משום דס"ל דכיון דאיכא חזקת מ"ק המסייעו ע"כ אין זה בגדר מיגו להוציא אך המהר"ד ס"ל דגם זה מקרי מיגו להוציא ובזה גופא מחולקים ב' תרוצים הנ"ל וידעתי די"ל דלכן התוס' בתירוץ קמא לא ניחא להו לומר דזה הוי בגדר מיגו להוציא משום דהא התוס' בב"ב ד' ל"ב כתבו דרבה ור' יוסף פליגי אי אמרינן מיגו להוציא ע"כ שפיר הקשו התוס' שם בב"ב דיהיה נאמן במיגו דשאולים אליבא דמ"ד דס"ל דאמרינן מיגו להוציא דתקשה עליו מהמשנה דב"ק המכיר כליו וספריו כו' ובאמת כן כתבו התוס' בב"מ ד' קט"ז ד"ה והא רבא אפיק זוגא כו' בסה"ד להדיא בזה"ל ומיהו למ"ד בח"ה דאמרינן מיגו להוציא צ"ל כפי' ר"ת ומהרמ"ד י"ל דס"ל כמש"כ התוס' בב"מ ד' ב' ד"ה זה נוטל רביע כו' ודוקא היכא דאיכא מיגו דבעי שתיק בזה ס"ל לחד מ"ד דנאמן במיגו להוציא אבל היכא דליכא מיגו דאי בעי שתיק כו"ע ס"ל דלא אמרינן מיגו להוציא כן יש לכאורה לדון אבל העיקר נלפענ"ד דהכלל הוא ברור לפי מאי דקיי"ל דבברי ושמא אמרינן מיגו להוציא דוודאי בחזקת מ"ק אמרינן מיגו להוציא ג"כ דהעיקר לדינא כשיטת התוס' בתירוץ קמא דנאמן לומר ננגבו במיגו דהשאלתים לך וכן הכריע הש"ך בחו"מ סי' קל"ג ס"ק י"ב בארוכה דנאמן לומר ננגבו במיגו דהשאלתיו אך הש"ך נדחק שם בטעמיה של דבר לפי מאי דקיי"ל דלא אמרינן מיגו להוציא וכתב דהתוס' בתירוץ קמא ס"ל דזהו לא הוי מיגו להוציא לפי שנוטל דמים או כיון שהוא מכיר כליו ועדים מעידים שהיה שלו חשוב כמוחזק וחילוק התירוץ הראשון נראה עיקר ע"כ לשון הש"ך אבל לפמש"כ משום חזקת מ"ק אתי שפיר בפשיטות ועיין בש"ך חו"מ סי' צ' ס"ק ק"ב שכתב ג"כ כמש"כ בסי' קל"ג ע"ש ועיין בתומים סי' צ' ס"ק ט' והעיקר כמש"כ לפי הכרעתם בכללי מיגו דהיכא דאיכא אוקי אחזקה אמרי' מיגו להוציא וה"ה בנ"ד דאיכא חזקת מ"ק והא דסי' צ"א סעי' ט' בחנוני דהודה שמכרם אינו נאמן במיגו משום דהוי מיגו להוציא כמש"כ הש"ך והקצוה"ח שם שאני התם משום דס"ל כיון דהודה שמכרם יצאו כבר מחזקת מ"ק כמש"כ הקצוה"ח שם. ובאמת מה שכתב התומים בכללי מיגו ס"ק ט' להעיר בדברי התוס' ב"ב ד' ל"ה ע"ב דהקשו דיהיה נאמן במיגו דלפירות הורדתיו כו'

והקשה הא הוי מיגו להוציא. וכן כתב הנתיבות בכ"מ להוכיח מזה דכיון דיש להבעלים חזקת מ"ק אין זה בגדר מיגו להוציא תמהני עליהם דלא הביאו ד' התוס' דב"מ דק"י ד"ה א"ל רבינא לר"א כו' שהקשו שם כן ותרצו דהוי מיגו במקום עדים וכו' א"נ אין זה מיגו שאין טוען משכנתא לפי שסבור להוציא הפירות שאכל א"נ חשיב מיגו להוציא כיון שאכלה שני חזקה עכ"ל התוס' דב"מ ד' ק"י אלמא דהתוס' בתי' הג' דב"מ כתבו באמת דזה ג"כ מקרי מיגו להוציא וה"ל לחלק עכ"פ דבהחזיק שני חזקה שאני ולא לסתום בזה ומ"מ לדינא עיקר כמש"כ לעיל וכן הי' בהעלם דבר דברי התוס' דב"מ הנ"ל מן האו"ת בסי' קמ"ה ס"ק ה' ע"ש ולפ"ז שפיר כתב המחבר בח"מ סי' ע"ב סעי' ל"ה דנאמן לומר דאינו חייב אלא חמישים במיגו דהשאלתיו משום דאין זה בגדר מיגו להוציא לפי דחזקת מ"ק מסייע לו כנ"ל וע"פ כ"ז נלפענ"ד היכא דהמלוה תפס איזה חפץ מהלוה ויש להלוה מיגו דנאמן הלוה במיגו ואין זה מיגו להוציא משום דהא יש להלוה חמ"ק ועוד דהא גוף החפץ הוא של הלוה עדיין ע"כ נאמן הלוה במיגו ועוד דהא כ' הפוס' בחו"מ סי' צ' והובא בש"ך שם ס"ק כ"ב דהיכא דנכנס ריקם ויצא מלא לא שייך בזה מיגו להוציא כיון שראו העדים שהוציא הכלים מביתו עי"ש ולפ"ז היכא שתפס המלוה מן הלוה בפני עדים וודאי נאמן הלוה במיגו ועי' בתומים סי' צ' ס"ק ז' וס"ק כו' וסי' קל"ד ס"ק א' ענף ג וע"פ כל ההקדמות הנ"ל נלפענ"ד לדון היכא דהוא דרא דממונא בחוב נזקין וכה"ג דלא הוי חוב הלואה דאף דקיי"ל דבדרא דממונא מהני תפיסה. מ"מ אין זה רק בחוב הלואה וקני משכון או בטוען על גוף החפץ דלא מהני קונם של הלוה לפ"ד התופס דטוען ברי לי דהוא שלו ע"כ אף דהלוה ג"כ טוען ברי לא מהני קונם שלו משום דהא נתבאר לעיל דאדם נאמן על עצמו כנ"ל בארוכה אבל בתופסו על חוב שאינו של הלואה דלא קני משכון דיש להלוה מיגו דאי בעי אסר על התופסו בקונם דאז היה חייב להחזיר להחייב משום דכיון דאינו יכול לעשות גובייגא בב"ד א"כ הוי החפץ גזל ביד התופסו וכנ"ל וממילא צריך להחזירו משום איסור גזל ומספיקא אין אנו יכולים לכפותו להנתבע דישאל על נדרו דהא איהו מוחזק בעצמו רק היכא דתפס התובע בלא סהדי דיש לו מיגו ומהימן בכדי דמיו במיגו דלהד"מ או לקוח אז שפיר דיינינן דמהימן התופסו במיגו וכמו בעיזי דאכלי חושלא דכיון דמהמנינן לו על החוב משום המיגו א"כ ממילא כייפינן להמזיק לשאל על נדרו ודומה למש"כ התוס' בב"ב ד' ה' דכופין לו לחלוץ ע"י מיגו ואין זה כמו מיגו להוציא כיון דליכא בו חזקה ממון וכמש"כ התומים בכללי מיגו ס"ק ז' משום דזה הוי כמו חוב ברור דכתב המ"מ והר"נ דכופין לו לשאל על נדרו ומה לי אם נתברר ע"י שטר או ע"י מיגו אבל במרום דרא דממונא דאינו זוכה רק מצד

ספק אז בוודאי ליכא למכפייה להשאל על נדרו כיון דהמזיק הוא מוחזק בעצמו וע"כ היכא דהמזיק טוען ברי יש לו מיגו דאי בעי אסר על הניזק בקונם והיה מוציא את החפץ ממנו וע"כ לא מהני תפיסתו אף במקום דררא דממונא:

אבל בחוב הלואה שפיר מהני התפיסה דהא לדבריו דמגיע לו החוב א"כ קנה להמשכון בתורת בע"ח קונה משכון כנ"ל דלא שייך בזה מיגו הנ"ל אבל בנזקין שייך המיגו הנ"ל ועיין בסי' ס"ו ש"ך נ"ו שכתב דאף מיגו במקום עומק הדין מהני וכש"כ היכא דבידו לעשות כן עכשיו:

ואין לומר דכיון דכל הנודר הוא כאלו בונה במה ונקרא חוטא א"כ אפשר דלא בעי לשווייה נפשיה רשיעא כדקיי"ל דלא מהימן במיגו דהיה עושה א"ע רשע אף באיסור דרבנן. דזה אינו דהא מצינו בקדושין ד' ס"ד דנשבית ופדיתי' אינו נאמן על בתו והקשו שם בגמ' והרי בידו להשיאה לממזר וכו' וקשה הא אין זה חשוב מיגו לפי דהיה עושה א"ע רשע וע"כ מוכח דשאני היכא דהוי דבר דבידו לעשות דבכה"ג אמרי' מיגו אף היכא דמשים א"ע רשע וכמש"כ השעה"מ ה' איסורי ביאה פ' י"ח ה' כ"ד בד"ה ובמאי דאסיקו בגמ' אלא אמר רב אשי וכו' וכמבואר בר"ן שם בסמוך דמיגו דבידו אלים טפי ואפילו במקום חזקה כו' וכן כתב השעה"מ סוף הל' מכירה דנאמן לומר זה בני במיגו דאי בעי הוי יהיב לו במתנה אף דאסור להעביר נחלה מבניו דזה ג"כ מהאי טעמא דבידו אלים טפי עיי"ש. א"כ ה"ה בנ"ד דנאמן במיגו דבידו אף במקום האסור לו לעשות כן ע"כ שפיר מהימן הנתבע במיגו דבידו לאסור עליו בקונם דאז היה מחוייב להחזיר לו את החפץ ועוד י"ל דלכן נאמן לומר זה בני במיגו דאי בעי יהיב במתנה משום דלדבריו דאומר דזהו בני א"כ לאו איסורא קעביד אם יהיב לו במתנה דרוצה להחזיק את דבריו וה"ה בנ"ד לפי דבריו דאינו חייב לו כלל ע"כ רוצה לעשות טצדקי ועצה כדי להציל את שלו א"כ לדבריו לא קעביד שום עבירה כלל וכן לא שייך לומר בזה דמכסף לאסור בקונם כמבואר בח"מ סי' מ"ז ש"ך ס"ק ז' ובסי' צ"ט ס"ק ה' משום דזה לא שייך בנ"ד דהא צועק המזיק דאינו חייב לו כלל ועשה הקונם כדי להציל שלו כדי שיחזיר לו חבירו מה שתפס וכבר כתבתי במקום אחר דאמרינן מיגו דהי' מוסיף עוד איזה ענין לטענתו דטוען כעת והבאתי הרבה ראיות לזה ובתוכם ראיה א' מהא דשבועות ד' מ"ה דאמרינן לא שנו אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך יכול לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך ואף דבטוען לא שכרתיך ג"כ חייב לשלם לו כדין יורד שלא ברשות עכ"ז כיון דאם לא שכרו אז ליתיה גביה תקנת שכיר נאמן לומר פרעתיך

במיגו דלא שכרתיך ופרעתיך כמש"כ הקצוה"ח סי' פ"ט ס"ק ד' ואכמ"ל. ע"כ לא מהני תפיסת התובע בדררא דממונא היכא דהמזיק טוען ברי להכחישו:

ולפ"ז מתורץ קושיות האו"ת בב"ק ס"פ המניח דאמאי לא תועיל תפיסה בכולו כמש"כ התוס' בב"מ ד' ק' משום די"ל דוקא בספק בשטר מועיל תפיסה משום דהוי חוב הלואה ואינו יכול הלוה לאסור נכסיו על המלוה משום דקני לו בתורת משכון ולפי דברי המלוה האומר ברי אינו חל הקונם של הלוה כלל ומבואר בש"ך בת"כ ובאחרונים דספק בשטר אינו מועיל תפיסה רק בטוען ברי ואף לשיטת הסוברים דס"ל בספיקא דדינא מועיל תפיסה אף בטוען שמא הטעם הוא לחלק משום דבספיקא דדינא לא שייך לאוקמי אחזקה כידוע משא"כ בספיקא דמעשה דמועיל חזקת מ"ק ע"כ בעינן דוקא ברי משום דאדם נאמן ע"ע כמבואר בכתובות ד' כ"ב ברשב"א ופ"י שם. וכן בדררא דממונא היכא דטוען על גוף החפץ דהוא שלו ג"כ לא שייך לאסור עליו בקונם דהא לפ"ד התופס אינו חל הקונם כלל דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו אבל בדררא דממונא דנזקין עבור חוב דמיירי התם בב"ק כיון דהתם מיירי דטוען המזיק ברי כמבואר בסוגיא התם דאם היה אוסר על הניזק בקונם היה מחויב הניזק להחזיר לו החפץ כיון דלא קנה המשכון וכנ"ל:

ע"כ יש להמזיק מיגו דאי בעי היה אוסר על הניזק בקונם והיה חל הקונם של המזיק אף לפי דברי הניזק ומספיקא אין אנו יכולים לכוף להמזיק להשאל על נדרו דהא איהו מוחזק בעצמו כנ"ל א"כ נאמן המזיק במיגו הנ"ל וע"כ לא מהני התפיסה בכולו כ"א על מה דמודה המזיק דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי ולא שייך בזה מיגו הנ"ל דזהו מצד וודאי כמש"כ לקמן סי' ד' ענף ב':

ובהך בבא דהתמים נגחו אך הספק הוא אם גדול הזיק הגדול וכו' בזה לא שייך להקשות קושי' האו"ת דהא יש לחלק דשאני קנס דבעי ב"ד לחייבו ע"כ לא מהני בזה תפיסה מצד דררא דממונא אף לשיטת הרמב"ם דמהני תפיסה בקנס בספיקא דדינא וכמש"כ הקצוה"ח בקונטרס הספיקות סוף כלל ב' והטעם הוא דכיון דבעי בדררא דממונא טענת ברי והב"ד אינן יודעין האמת ע"כ אין יכולת ביד ב"ד לחייבו קנס כיון דעיקר חיוב קנס הוי ע"פ ב"ד ואף לשיטת התוס' בב"ק ד' ל"ג ד"ה איכא בינייהו וכו' שכתבו דזוכה הניזק בגוף השור מיד אחר הנגיחה עכ"ז הא כתבו התוס' שם דאם העידו העדים ששורו נגח ביום א' ואתו עדים אחריני ואמרו בע"ש נגח יש להם תורת הזמה דבעידנא דאסהדי לא הוי גברא בר חיובא דכ"ז דלא נתברר הדבר לא חשיב בר תשלומין וכו' וכמש"כ השיטה מקובצת לב"ק שם דאף דזוכה בקנס בגוף השור למפרע עכ"ז בעי שיבורר ויחוייב בב"ד ואז אמרינן דזכה בגוף השיר למפרע עיי"ש וא"כ עיקר חיוב דפלגא ניזקא ניגמר ע"י

הב"ד דווקא ועי' בקצוה"ח סי' פ"ח ס"ק י"ג לכן לכ"ע לא מהני תפיסה בדררא דממונא בקנס כיון דבעי טענת ברי והב"ד אינם יודעים האמת ע"כ אינם יכולים לגמור החיוב ועיקר קושיות האו"ת והקצוה"ח הנ"ל תסוב רק על הך בבא דמועד הזיק הגדול וכו' דזה הוי ממונא א"כ קשה דתועיל תפיסה בכולו משום דררא דממונא אבל לפי מה דהעליתי דיש להמזיק מיגו דאי בעי אסר עליו בקונם ע"כ אין יכול לתפוס בכולו דכיון דאכתי מספקא לן בגוף המעשה ע"כ מהני מיגו לברר בזה דהא נתבאר לעיל דלא שייך מיגו להוציא בזה ולכו"ע חל הקונם של המזיק על מטלטלין דלאו בני שיעבוד ובחוב נזקין לא קני משכון ולא שייך בזה לומר אלמוהו לשיעבודא וכמש"כ התומים בסי' קי"ז ואז הי' צריך להחזיר משום איסור גזל כנ"ל בארוכה ע"כ מתורץ קושייתם החמורה ואתי כל הסוגיא דס"פ המניח שפיר ואין אנו צריכים לדחוקי בחילוקים דחוקים לחלק בסברות בעלמא בספק בשטר ובין ספק דררא דממונא רק החילוק כמש"כ:

והא דהקשה למאן דס"ל פלגא ניזקא ממונא דאמאי לא תועיל תפיסה בכולו בהך בבא דשוורים תמים נגחו אינו קשה משום די"ל באמת דהך סוגיא דס"פ המניח אתי כמאן דס"ל פלגא ניזקא קנסא ואף דר"פ הוזכר שם ברישׁ הסוגיא עכ"ז הא כתב הרא"ש שם דאתי כמאן דס"ל פ"נ קנסא ובמק"א הארכתי בזה ומאן דס"ל פ"נ ממונא יש לומר דס"ל כפי שיטת הירושלמי ס"פ המניח דטענו חטים והודה לו בשעורים חייב וכן הוא בירושלמי פ"ו דשבועות ופליג על ש"ס דילן ועי"ש במראה הפנים ולפ"ז אין הכרח כלל לומר דמיירי המשנה בס"פ המניח בתפס ובוודאי אינו קשה לפי"ז קושי' האו"ת הנ"ל ועיקר קושיות האו"ת תסוב על אוקימתא דש"ס דילן דמיירי בתפוס כיון דס"ל טענו חטים והודה בשעורים פטור ולפי"ז שפיר כתבתי לתרץ כנ"ל ואף דהרב המ"מ והנימוקי יוסף כתבו דהך סוגיא אתי כמאן דס"ל פ"נ ממונא והובא בש"ך ח"מ סי' פ"ח ס"ק ט"ז. עכ"ז הא כתבתי בשם הקצוה"ח בקונטרס הספיקית דעיקר קושיות האו"ת הנ"ל לא תסוב רק על שיטת הרא"ש ואילו לשיטת הרא"ש דכתב דסוגיא אתי כמאן דס"ל פ"נ קנסא א"כ שפיר מה שכתבתי לתרץ כנ"ל ועוד יש לומר דלמ"ד פ"נ ממונא מיירי מתניתין בלא ראו העדים רדיפת השוורים וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ט"ז א"כ לפ"ז לא הוי דררא דממונא כלל ועיקר קושיות האו"ת תסוב רק למ"ד דס"ל פ"נ קנסא דמיירי דראו עדים וכמש"כ הרא"ש שם ולפי"ז שפיר כתבתי דאינו קשה קושיות האו"ת על בבא דתמים ועי' בקצוה"ח סי' פ"ח ס"ק ח' וגם אף בלא מיגו א"ש הא דאם תפס שקל כדאמר מזיק דנוטל בכל גווני אבל יותר איכא טצדקי למזיק להוציא ע"י הך עצה דיאסר עליו בקונם כנ"ל:

הגה"ה ועיקר הכלל דכתבתי לתרץ הוא עפ"י שיטת הסוברים דחוב שאינו הלואה אין מסדרין אבל לפי שיטת הסוברים בח"מ סי' צ"ז דאף בחוב ערב מסדרין וכן כתב הב"י שם סעי' כ"ד דנראה מהרמב"ם בפ"ג דמלוה דדעתו בכל חוב מסדרין וה"ה לענין השבת העבוט א"כ ממילא אף בחוב נזקין קנה משכון ונדחה כל מה שכתבתי עכ"ז הא כתב הקצוה"ח בקונטרס הספיקות כלל ב' ס"ק ח' דעיקר קושיא זו לא תסוב רק לשיטת הרא"ש אבל לשיטת הרשב"א ושארי ראשונים דמוקי להאי סוגיא בדליכא עדים על הנגיחה דאלו איכא עדים רק דלא ידעי איזה נגח לא נפטר משום טענו חטים וכו' א"כ אלבייהו י"ל דלא הוי דררא דממונא והא דאוקי שם בגמ' מתניתין דלא כסומכוס כו' עיי"ש בקונטרס הספיקות דכתב לפרש זה היטב ולפי"ז כיון דשיטת הרמב"ם ג"כ כשיטת הרשב"א וכמש"כ המ"מ בפ"ט ה' ניזקי ממון ה' ט' עיי"ש והובא בש"ך ח"מ פ"ח ס"ק ט"ז א"כ לשיטת הרמב"ם והראשונים הנ"ל אין מקום לקושיות האו"ת הנ"ל ועיקר קושיא זו הוא לשיטת הרא"ש וסייעתו ולדידהו שפיר י"ל כנ"ל ואף דשיטת הרא"ש בנדרים פ' י"א סי' א' דדוקא באומר יקדשו ידיך כו' חל ההקדש אלמא דס"ל דאף קדושת הגוף אינו חל על דשלב"ל ודלא כשיטת הרמב"ם כנ"ל עכ"ז הא כתבתי לעיל בסי' א' מזה הענין סוף ענף א'. דהיכא דהוי שלו בעיניו רק דאינו ברשותו י"ל דבזה מודו דחל הקונם כנ"ל וא"ש כל מש"כ:

ע"כ הגה"ה. היוצא לנו מכל זה דבחוב הלוואה דקנה משכון הן בספק בשטר ומדררא דממונא בחוב הלוואה מהני תפיסת התובע דטוען ברי ואף אם אסר הלוה על המלוה בקונם אין יכול לאסור חפצו על התופס משום דלדבריו שמגיע לו החוב וקנה משכון אין חל הקונם שלו אך בדררא דממונא בניזקין דלא קנה משכון אז חל הקונם שלו דאין לנו לכוף אותו להשאיל על נדרו כיון דהמזיק הוא מוחזק בעצמו וע"כ אף היכא דלא אסר עליו בקונם כיון דהמזיק טוען ברי אז י"ל מיגו דאיבעי אסר על הניזק בקונם והי' מוציא את החפץ ממנו כנ"ל ע"כ לא מהני תפיסתו וכן בספיקא דתרי ותרי אף דטוען המזיק ברי לי ואם הי' אסר על הניזק בקונם הי' צריך הניזק להחזיר לו את החפץ כנ"ל עכ"ז כ"ז דלא אסר עליו בקונם לא שייך בזה מיגו הנ"ל דהא לא עדיף מיגו של המזיק מן אלו הביא עוד עדים דהא תרי כמאה וכמש"כ התוס' בב"ב ד' ל"א בד"ה וזו באה בפ"ע ומעידה כו' וכן שייך בזה תי' הא' של התוס' שם דמיגו במקום עדים לא אמרינן עיי"ש וכ"כ התוס' בב"ק ד' ע"ב ועי' בתומים בכ"מ ס"ק ט"ז וכן בהך מלתא דטענו חטים והודה בשעורים דס"פ המניח בגדול הזיק וקטן הזיק דמבואר שם דמהני תפיסה והטעם הוא משום דמספקא לן בתרי הודאות דסתרי אהדדי כמש"כ הקצוה"ח בסי' פ"ח וע"כ מהני

תפיסה כמו בב' כתי עדים המכחישים א"כ אם הי' אסר עליו בקונם הי' חל הקונם כנ"ל אבל כ"ז דלא אסר עליו בקונם לא שייך בזה מיגו דאיבעי אסר עליו משום דכמו דלא מהני מיגו בתרי ותרי המכחישים כנ"ל ה"ה בשתי הודאות דסתרי אהדדי וכש"כ לפי שיטת הסוברים דהודה בשעורים מפטר משום מחילה וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ד' עיי"ש:

דוודאי לא שייך בזה מיגו הנ"ל דהא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכן לפי שיטת הסוברים משום משטה כמבואר בסי' פ"ח דלא שייך מיגו הנ"ל וכן בספיקא דדינא לא שייך בזה מיגו הנ"ל אף בתופס עבור חוב משום דאפשר לומר בזה דאטו בשביל המיגו שלו ישתנה הדין כמש"כ הפוסקים בהא דאוקי אחזקה ודע דכל מה שנתבאר אינו שייך רק באם החפץ הוא בעיני' ת"י התופסו בעת דבאו לב"ד. אבל אם הוציאו מהעולם מקודם דבאו לב"ד לא שייך כ"ז ואין כאן מקום להאריך יותר. אמנם כל זה הוא דרך פלפול מה שהעליתי בימי טל ילדותי אבל לדינא קשה לומר דבכל הספיקות דמהני תפיסה כמו בדררא דממונא ובתרי ותרי וכן בספיקא דדינא של חוב נזקין וכה"ג דיהי' יכול המזיק לאסור חפצו בקונם על התופסו דיצטרך להחזיר לו החפץ משום איסור גזל וא"כ יהיה יכולת לעולם ביד המזיק לעשות עצה זו ולהוציא חפצו מיד חבירו ובאמת אין זה במשמע בכל הפוסקים ולכן לדינא קשה לומר כן דכל מה שנתבאר אין זה רק בדרך פלפולא בעלמא ויש להתיישב בזה הרבה ובמק"א יתבאר זה בארוכה אי"ה משום דהעיקר הוא דהיכא דהוי אינו יכול להוציא בדיינין אינו חל הקונם משום דזה הוי מידי דלא עביד דאתי וכמש"כ ההפלאה לחלק בזה בין עביד דאתי ובין לא עביד דאתי כמו שהבאתי לעיל בשם ההפלאה והדברים ארוכים. ולפי שכל מה שכתבתי בענין דררא דממונא לתרץ קושיות האו"ת הנ"ל קשה לדינא לומר כן ע"כ אמרתי לחזור ולשנות הלכה זו באופן אחר בדרך פשטיות והקונטרסים הקודמים הם ענינים נכונים בפ"ע ב"ה כי כמה הילכתא רבוותא נתבארו שם הן בענין בע"ח קונה משכון די"ל דאין זה נוהג בחוב שאינו חוב הלואה וכן בענין מיגו להוציא דאם יש להלוה מיגו להוציא החפץ מן המלוה וכן לענין מי שיש לו חזקת מ"ק דנאמן במיגו וכן בענין קונמות וקדושת הגוף על דבר שלו ואינו ברשותו סימן ד בתפיסה בדררא דממונא:

א הנה בסי' הקודם הבאתי בשם כללי תפיסה דהאו"ת והנתיבות שכתבו דבדררא דממונא לא מהני תפיסה רק בטוען על גוף הדבר שהוא שלו אבל אם תפס חפץ וטוען שיש לו חוב על בעל החפץ מצד דררא דממונא כיון דלאו על גוף של החפץ קא טעין לא מהני תפיסה והוכיחו כן מב"ק ד' ל"ה דהי' המזיקין שנים אחד קטן ואחד גדול או אחד

תם ואחד מועד דהממע"ה ואם לא מייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק ומוקי בתפס אלמא דאף דהוי דררא דממונא אפ"ה לא מהני תפיסה כי אם על מה דאמר מזיק ומוכח מזה דדוקא תפיס גוף החפץ כתבו התוס' בב"מ ד' ק' דמהני תפיסה אבל בתפיסה על חוב כיון דאינו טוען על גוף הדבר לא מהני תפיסתו ואף דספק חוב בשטר מועיל תפיסה עכ"ז דררא דממונא שאני:

ולפענ"ד נראה דאפשר לומר דהך דינא הוא פלוגתת הרמב"ן והרשב"א המובא בחו"מ סי' ע"ב סעי' כ"ג במחבר וברמ"א סעי' י"ח דהמחבר בשם הרמב"ן כתב דאם יש עדים דהמשכון בא לידו ואינם יודעים בכמה מוציאין המשכון מהמלוה דמקרי הלוה מוחזק והרשב"א חולק בזה וס"ל דהמלוה נקרא מוחזק וכן הכריע הש"ך שם ס"ק ק"ט והא כיון דעדים מעידים דחייב לו אך אינם יודעים בכמה הוא ממושכן זה מקרי דררא דממונא וכמש"כ התוס' בב"מ ד' ק' ד"ה דמי עבד גדול וא"ת והיכא קאמר סומכוס יחלוקו והא ליכא דררא דממונא וי"ל דמיירי כגון דאמר המוכר בפני עדים עבד גדול אמכור לך בכ"ה דינרים וקטן ב"כ דינרים ולא ידעינן מה קיבל מהלוקח והובא בקצוה"ח סי' פ"ח ס"ק ח' ובסי' ע"ב ס"ק ד"ה אלמא דכללא הוא דהיכא דאיכא עדים ולא ידעי בכמה מקרי דררא דממונא ע"כ בהך עובדא שכתב המחבר דאיכא עדים דבתורת משכון אתי לידי' ואין יודעין בכמה דמקרי דררא דממונא ופסקו דיחזור המלוה. אלמא דבדררא דממונא אינו מועיל תפיסה כיון דאינו טוען על גוף הדבר שהוא שלו וכסברת האו"ת הנ"ל אבל לשיטת הרשב"א וש"פ דס"ל דהמלוה נקרא מוחזק ואין מוציאין ממנו אלמא דהרשב"א ס"ל דמועיל תפיסה בדררא דממונא ועכ"ז אין להוכיח מהתם רק היכא דקנה להמשכון במקצת דהא העדים מעידים דבמשכון בא לידו אך אינם יודעים בכמה בזה ס"ל להרשב"א דנקרא מוחזק אבל היכא דהוי ספק אם מגיע לו כלל אפשר דבזה מודה הרשב"א דיחזיר להלוה ובפרט לפי מה שכתב הש"ך שם ס"ק ק"ט וס"ק צ"ד בשם הרשב"א שכתב כיון דבע"ח קונה משכון ע"כ מקרי מוחזק ומה"ט כתב הרשב"א לחלק דשאני אומן דלא אתאי לידו בתורת משכון ע"כ לא מהימן רק ע"י מיגו כמבואר בב"ב ד' מ"ה וכן כתב המ"א הל' שכירות סי' כ"א בשם הרשב"א כנ"ל ע"כ היכא דהוי ספק אם מגיע לו כלל בזה מודה] הרשב"א דיחזיר להלוה. הגה"ה ולכאורה יש להוכיח מהרשב"א הנ"ל כשיטת החכ"צ בט"ז סי' כ"ג סעי' ט' שכתב הט"ז לדון שם בדברי המחבר דכתב שם דכיון דמספקא לן אם נוטל ההוצאות היכא דשומא הדרא דאז אינו נוטל ההוצאות מן הלוה והביא ראי' להמחבר מדאמרינן באילן ספק איזה קודם כיון דלמיקץ קאי כמאן דקצץ דמי וכי מייתי ראי' שקיל דמי. וה"ה בשומא הדרא כיון דקרקע וודאי הדרא ללוה

רק הספק הוא כמה דמים יטול הלוה דמקרי הלוה מוחזק והחכ"צ שם כתב בהגה"ה דשאני באילן דחייב לקיץ קודם דנותן הדמים ע"כ צריך לקוץ האילן ודמים כדמייתי ראי' שקיל אבל בשומא הדרא הקרקע אינו חוזרת ללוה עד דנותן דמים להמלוה וכיון דנולד ספק כמה דמים יתן לא הדרא הקרקע עד דיתן כדאמר מלוה עכ"ל וי"ל דהמחבר דפסק בסי' ע"ב דהלוה נקרא מוחזק אף דידעינן דלוה ממנו רק דלא ידעינן כמה ה"ה בהא דשומא הדרא אף דהלוה חייב לסלק להמלוה כדי חובו בוודאי. מ"מ על המותר שאנו מסופקים אמרינן כיון דגוף החפץ צריך המלוה להחזיר להלוה ע"כ אזיל המחבר בסי' כ"ג לטעמי' כמו שפסק כאן במשכון דהלוה מקרי מוחזק על המותר שאנו מסופקין ה"ה בשומא הדרא פסק המחבר דהלוה נקרא מוחזק במה דמספקא לן אם נוטל ההוצאות אבל לשיטת הרשב"א דפסק דהמלוה מקרי מוחזק כיון דמגיע לו בוודאי מקצת ע"כ גם על המותר מקרי מוחזק משום דס"ל התם כסברת החכ"צ דכתב דהמלוה מקרי מוחזק ונוטל הוצאותיו אך יש לחלק דשאני בהך דמשכון כיון דקני משכון במקצתו וכמש"כ הרשב"א ע"כ מקרי מוחזק משא"כ התם בשומא הדרא דמיירי בקרקע דהא שומת מטלטלי לא הדרא כמבואר שם סעי' ט' ובקרקע לא שייך בע"ח קונה משכון כמש"כ התוס' בב"מ ד' ס"ז ד"ה ושביעית משמטתה דבקרקע לא שייך בע"ח קונה משכון ע"כ אף להרשב"א דס"ל במשכון דמקרי המלוה מוחזק מודה התם בשומא הדרא דהלוה מקרי מוחזק דהא בקרקע לא שייך הא דר' יצחק דהא לא קני משכון ועוד יש לחלק דשאני הא דשומא הדרא דהוי שני חובות מחולקים ולא בבת אחת כדהתם בסי' ע"ב וקצרתי גם י"ל דאף להמחבר דפסק במשכון דלא מקרי המלוה מוחזק דשא"ה דהוי ספק דררא דממונא והא לפי הכרעת האו"ת והנתיבות דלא מהני תפיסה רק בטוען על גוף הדבר דהוא שלו ע"כ בתופס עבור חוב לא מהני תפיסתו משא"כ בשומא הדרא שם דהוי ספיקא דדינא אם נוטל המלוה ההוצאות ובספיקא דדינא פסקו בכללי תפיסה דאף בתופס עבור חוב ג"כ מהני תפיסתו ע"כ יכול לומר שם כפסק החכ"צ דמועיל תפיסת המלוה: אכן י"ל דשא"ה כיון דכבר הכריע הש"ך שם ס"ק י"א בשם הנ"י והר"ן דהיכא דשומא הדרא א"צ הלוה קנין חדש מן המלוה וידוע דבקרקע דנולד לנו ספק מוקמינן קרקע בחזקת בעליו ולא מהני תפיסה בקרקע ע"כ שפיר פסק המחבר שם דכיון דמספקא לן בזה ע"כ מוקמינן לקרקע בחזקת בעלים ראשונים משא"כ במטלטלי שפיר י"ל דיהא מועיל תפיסת המלוה ועפ"ז מתורץ קושיות האו"ת בסי' ק"ג ס"ק י' על דברי המחבר הנ"ל מהא דסי' קע"ה סעי' ז' בספק במצרנות דפסק המחבר דלוקח הוי המוחזק והוא מדברי הרא"ש פ' המקבל ולפמש"כ אינו קשה דשאני בשומא הדרא דיש להלוה

חזקת בעלים ראשונים וקרקע בחזקת בעליו עומדת דהא בנודע לנו דהי' תנאי במכירת שדה ומספקא לן בהתנאי אמרינן בזה קרקע בחזקת מ"ק היכא דלא שייך הטעם שכתבו הפוסקים בח"מ סי' רמ"א בתנאי דקום ועשה משא"כ במצרנות דלא שייך כן ועי' במל"מ פ' כ"א הל' מלוה:

ע"כ הגה"ה. נחזור לענינינו דלשיטת הרשב"א דס"ל דכיון דקני משכון במקצתו מקרי המלוה מוחזק על המותר שנסתפקנו דה"ה בכל דררא דממונא דהיכא דידעינן דמגיע לו מקצת בוודאי דאז אף על המותר מקרי מוחזק ובאמת מן הכרעת האו"ת והנתיבות שהוכיחו כן מהא דב"ק הנ"ל דהתם הא מיירי בספק אם מועד הזיק הגדול או הקטן א"כ מקצת מגיע לו בוודאי רק לא ידעינן כמה ואפ"ה אי תפס לא מהני תפיסתו והא התם שייך ביותר טעמיה דהרשב"א דכתב משום דקני משכון במקצת דהא שלא בשעת הלוואתו קונה ביותר להמשכון לכו"ע דשלא בשעת הלוואתו קנה לגמרי ובשעת הלוואתו אינו קונה כ"כ. ובאמת כבר עמד הש"ך שם סוף ס"ק ק"ט על דברי הרשב"א הנ"ל שכתב משום דקני משכון דהא בשעת הלוואתו לא קני משכון כפי שהעלה בסי' ע"ב ס"ק ט' ונ"ל דהרשב"א אזיל לטעמיה דס"ל דאף בשעת הלוואתו קונה משכון כפי שהובא דברי הרשב"א פ' השולח בש"ך שם ולשיטת התוס' והרא"ש דדווקא שלא בשעת הלוואתו קני משכון י"ל דהתם הוי הטעם כפי שכתבו התוספות והרא"ש בגיטין דכיון שלא בשעת הלוואתו קני קנין גמור לכה"פ בשעת הלוואתו קנוי לו לענין שמיטה ולגבי חמץ וה"ה דמחמת קנין קצת שיש לו במשכון אף בש"ה מקרי משום זה מוחזק דיהיה נאמן וכמש"כ הש"ך סי' ע"ה ס"ק מ"ד אבל שלא בשעת הלוואתו קני קנין גמור ביותר וכן במשכנו בזרוע קני משכון כמבואר בסי' צ"ז סעי' ט"ז א"כ כיון דדמי קטן מגיע לו בוודאי וקני משכון ע"כ אף על המותר שנסתפקנו מבעי להיות מוחזק דיהיה נאמן להחזיק ת"י ואפ"ה כתבו האו"ת והנתיבות להוכיח מב"ק ולהכריע להלכה דאינו נאמן להחזיק ת"י משום דאינו טוען על גוף הדבר דהוא שלו ובאמת בזה מוכח מהרשב"א וכפי הכרעת הש"ך שהכריע כהרשב"א דאף בדררא דממונא היכא דמגיע לו מקצת בוודאי דמועיל תפיסה עבור חובו משום דקני משכון:

ואפשר לומר דהאו"ת לטעמי' אזיל דהכריע בסי' ע"ב ס"ק מ' כשיטת המחבר דלא מהני תפיסתו ואף דהרמ"א בתשובה סימן פ"ו כתב דאין להוציא מיד המוחזק. עכ"ז השיג האו"ת עליהם מהוכחת הש"ס דב"ב ד' מ"ה דמבואר שם דבלא מיגו מוציאין ממנו ואף דקיי"ל דגם באומן קני משכון אפ"ה בלא מיגו אינו יכול להחזיק עי"ש ע"כ שפיר כתב האו"ת דבדררא דממונא אינו מועיל תפיסה כיון דאינו טוען על גוף הדבר דהוא שלו

ובזה תירץ סוגיות הש"ס דב"ק הנ"ל ואף דשיטת המחבר לפסוק כהרמב"ם דבכל ספיקא דדינא בתיקו ובפלוגתת אמוראי דמועיל תפיסה ואפ"ה פסק הכא המחבר דמוציאין המשכון מהמלוה. א"כ הוי מזה סייעתא לפסק האו"ת בדררא דממונא הנ"ל אבל לפי הכרעת הרמ"א בתשובה והש"ך להכריע כהרשב"א דמשום דקני משכון מקרי המלוה מוחזק א"כ ה"ה בהא דב"ק מבעי להיות מועיל תפיסה מטעם זה על ספק דשמא גדול הזיק ודוחק לחלק דשא"ה בנידון דהרשב"א דתפס ברשות בזה כתב הרשב"א דמועיל תפיסה בדררא דממונא גם על חוב משא"כ היכא דתפס שלא ברשות כמו הא דב"ק דבזה מודה הרשב"א דלא מהני תפיסה עבור חובו דהא כיון דבטוען ברי מהני תפיסה בכל ספיקות ואפ"ה בדררא דממונא מוכח מהא דב"ק דלא מהני תפיסה א"כ ה"ה בתפס ברשות לא תועיל תפיסה ועכ"פ למדנו מדברי הרשב"א דבתפיסה ברשות מועיל תפיסה על חובו. ויותר נראה לומר דהרשב"א לטעמיה אזיל דבב"ק ס"פ המניח בחידושי רשב"א שם כתב לפרש דכל הסוגיא התם מיירי אליבא דמ"ד פלגא נזקא ממונא משום דאלו היו עדים מעידים דראו מועד ותם רודפין אחר שורו אלא דלא ידעי מי מהם הזיק לא היה זה דומה לטענו חטים כו' וכ"כ הש"ך בסי' פ"ח ס"ק ט"ו בשם הרמב"ם והמ"מ והמחבר לקמן סי' ת' דביש עדים חייב בשעורים רק הסוגיא מיירי למ"ד פלגא נזקא ממונא וע"כ מתחייב בהודאת עצמו א"כ לשיטת הרשב"א וש"פ הנ"ל ליכא לאוכוחי מידי מהש"ס דב"ק כמו שהוכיח האו"ת והנתיבות דבדררא דממונא אינו מועיל תפיסה באינו טוען על גוף הדבר שהוא שלו דהא לשי' הרשב"א וש"פ ניחא הסוגיא דלא מהני תפיסה כי אם בתפס הקטן דהא לא הוי דררא דממונא וע"כ שפיר פסק הרשב"א דאם יש עדים דממושכן הוא בידו וא"י בכמה דיכול לתפוס ואין לנו הכרח לחלק בין ספק בשטר דמבואר בסי' מ"ב דמהני תפיסה גם עבור חובו וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ט"ו דבטוען ברי מהני תפיסה על חוב דלשיטת הרשב"א וש"פ אין הכרח כלל לחילוקם משום דעיקר החילוק של אחרונים שכתבו לחלק בין ספק בשטר לדררא דממונא הוא דוחק גדול ועיקר קושיות האו"ת והנתיבות מהא דב"ק הוא רק לשיטת הרא"ש ובעה"ת דהובא בש"ך סי' פ"ח ס"ק ט"ו דמפרשים כולי סוגיא דב"ק דמיירי בעדים והוי דררא דממונא ואפ"ה אינו מועיל תפיסה כי אם בדמי קטן ומזה הוכיחו כן וכיון דנתבאר דזה אינו הכרח כ"כ לשיטתם ע"כ בלא ראיה קשה לחלק כחילוקם:

ענף ב:

ובעיקר הוכחת קושייתם נלענ"ד לדון לפי המבואר בטור סי' פ"ח והובא בסי' פ"ח בחו"מ סעי' י"ב בסמ"ע ס"ק כ"ז דלכן מהני תפיסה בטענו חטים והודה בשעורים משום דיכול

לומר לכן לא תבעתי שעורים מפני שהייתי מוחזק בהם מקודם וכ"כ הרא"ש שם דדוקא בתפס מקודם שבא לב"ד מהני ואף לשיטת הסוברים בטענו חטים והודה בשעורים פטור משום הודאה אפ"ה מהני תפיסתו לפי שיכול לומר כן ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ד' כתבתי לפרש דמפני מה מהני תפיסה בטענו חטים להסוברין דמשום מחילה נגעו בה ואמרתי דהטעם הוא כהסוברין דבתפס משכון בידו לא מהני מחילה המובא בחו"מ סי' רמ"א וע"כ לא הועיל מחילתו כיון דהתובע תפיס משכון בידו עי"ש ולפי כל זה יש לדון היכא דתפיס מתחלה שעורים בעת דתבע מחבירו החיטים דאף דאח"כ חזר ותפס ממנו חבירו מ"מ מבעי להיות דלא יועיל תפיסתו דהא לאו מצד ספיקא מהני תפיסתו בשעורים ואז היה מהני תפיסת חבירו כמו בכל ספיקא דדינא אלא דאמרינן דכיוון דחבירו הודה לו בשעורין וחייב לו בוודאי ומצד הודאת התובע הא יכול לומר אמתלא דלא תבעתי אותם לפי דהייתי מוחזק בהם או לשי' הסוברים משום מחילה כנ"ל א"כ היכא דהיה תפיס לא הועיל מחילתו כלל א"כ חייב בוודאי לשלם השעורין מפני הודאתו ע"כ לא מהני בחזר הנתבע ותפס וכש"כ לשי' הרמ"ה דהכריע הש"ך בסי' פ"ח כוותי' דטענו חיטים והודה בשעורים פטור משום טענת משטה אני בך דהיכא דתפס לא שייך משטה כמבואר בסי' פ"א וע"כ בוודאי אף דחזר ותפס ממנו חבירו וודאי דלא מהני תפיסת השני ומוציאין השעורים ממנו. ולפ"ז יש לתרץ בפשיטות קושיות האו"ת הנ"ל דאמאי לא תועיל תפיסה בכולו משום דיש לדקדק על הא דב"ק דהיו מזיקין שניים דהממע"ה דאי לא מייתי ראיה שקל כדאמר מזיק ומוקי ליה בתפס דהא כיוון דאמרו הממע"ה ומשמע דמיירי דהניזק בא להוציא מן המזיק ואי בתפס א"כ לא בא להוציא רק להחזיק אך פשט הדבר הוא כיון דגוף החפץ הוא של המזיק ויכול לסלקו בדמים מקרי הניזק מוציא מן חבירו [ועדיין יש לדון ע"פ זה בבבא דהיו המזיקין שניים ושניהם תמין אך גם בזה יש לדון כנ"ל וקצרתי] אכן י"ל דמסתברי יותר הלשון דהממע"ה משום די"ל דמיירי באמת היכא דמעיקרא בעת הודאת הניזק היה אז הניזק תפוס ואח"ז חזר המזיק ותפס מן הניזק ע"כ אף אם לא מייתי ראיה שקל כדאמר מזיק משום דהא דזכה הניזק בתפיסתו לאו משום ספיקא נגעו בה אלא משום דעיקר הטעם דמיפטר בטענו חיטים מחמת הודאה או מחילה או משום משטה לא שייך כ"ז היכא דהיה תפוס ועומד ומצד וודאי זכה בתפיסתו וכנ"ל לכל השיטות וע"כ אף בחזר ותפס המזיק לא מהני תפיסתו כיון דכבר זכה הניזק בהם מצד וודאי כנ"ל ומש"כ הקצוה"ח בסי' פ"ח לדון לטעם הסוברין דטענו חיטים יהודה בשעורין פטור משום הודאה דהוי כתרי הודאת דסתרי אהדדי ומהני תפיסה כמו בתרי ותרי והאריך שם בזה. י"ל בזה דאינו דומה לתרי

ותרי דהא בתרי ותרי לא מהני תפיסה כי אם בטוען ברי והכא כיון דהודה כבר להיפך איתרע טענתו ולא מקרי טוען ברי רק כמו טוען שמא וכעת מצאתי בנתיבות סי' פ"ח ס"ק ד' שכתב להשיג על הקצה"ח. ע"כ י"ל דמיירי באמת דכעת חזר המזיק ותפס מהניזק רק בעת דהיו מחולקין בהטענות היה הניזק אז תפס ואח"ז חזר המזיק ותפס מהניזק ע"כ מוציאין דמי הקטן או דמי תם מהמזיק כיון דהניזק היה תפיס מתחלה וזכה בו מצד וודאי בזה וע"כ מוציאין מהמזיק דמי הקטן והא דקאמר הגמ' דתפס היינו בלשון עבר אבל דמי גדול או דמי מועד אין מוציאין מהמזיק א"כ אינו קשה קושיות האו"ת הנ"ל וי"ל באמת דבדררא דממונא היכא דתפס מהני תפיסתו רק הש"ס מיירי היכא דכעת המזיק חזר ותפס ובדררא דממונא אף דמהני תפיסה מ"מ אם חזר וזכה הב' זכה בו משום דכיון דהוא מוחזק זכה משום הממע"ה כמבואר בראש"ש כתובות פ"ב סי' י"ג ועיין בקרבן נתנאל שם ס"ק ל"ה וכן מבואר בכללי תפיסה ואם הב' תפיס מהראשון אין מוציאין ממנו כיון דהוי ספק וכ"א זכה משום הממע"ה אבל דמי קטן או דמי תם שקיל אף להוציא כיון דזכה בו כבר בעת דהיה תפס מעיקרא ואתי שפיר קושיות האו"ת לשיטת הפוסקים הנ"ל:

וכ"ז אינו רק לשיטת הפוסקים המובא בח"מ סי' פ"ח סעי' י"ב וברמ"א שם דמחלק דדווקא תפס מקודם שבא לדין מהני אבל בתפס לאחר שעמד בדין מפקינן מיניה ע"כ אתי שפיר כמש"כ אבל לשי' המחבר שם דאינו מחלק בין תפס מקודם או אח"כ ולעולם לא מפקינן מיניה ואליביה דהך שיטה מוכרח לומר דהא דמהני תפיסה בטענו חטים והודה בשעורים דזהו משום דהוי ספיקא בהודאה זו אי הוי הודאה מעליא או לא כמש"כ הסמ"ע והט"ז והנתיבות שם ולפי"ז שפיר הקשה האו"ת דאמאי לא מהני תפיסה אף בדמי מועד כיון דמשום ספיקא נגעו בה אך עדיין אפשר לומר דלשיטת המחבר בסי' ת' סעי' ג' המובא בש"ך סימן פ"ח. ס"ק ט"ו וס"ק ט"ז דביש עדים חייב כמש"כ הש"ך שם דהיכא דאינם יודעים העדים איזה מהן היזק א"כ אינם מכחישין אותו עיי"ש ולפי"ז מוכח לומר דהך סוגיא דס"פ המניח קאי למ"ד פ"נ ממונא והא ר"פ מיירי התם דאלו למ"ד קנסא ע"כ מיירי דאיכא עדים א"כ הא לא שייך בזה טענו חטים כו' וכמש"כ הנ"י והרשב"א בב"ק שם וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ט"ז ולפי"ז אין מקום לקושית האו"ת דהא לא הוי דררא דממונא כיון דליכא עדים ועיין בקצה"ח סי' פ"ח ס"ק ט' והא דאמרו שם מתניתין דלא כסומכוס היינו משום דהרישא זה אומר שורך היזק וזה אומר בסלע לקה ע"כ מיירי לכו"ע ביש עדי רדיפה וכמש"כ כ"ז הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל ב' סי' ח' עיי"ש, אך עיקר קושית האו"ת הנ"ל תסוב על הרא"ש בב"ק ס"פ המניח שכתב בזה"ל

דאם תפס כו' אף בפני עדים משתלם כדאמר מזיק אבל כדאמר ניזק לא כיון שתפס בעדים ע"ש. וחזינן דס"ל דאף דעדיין תפוס כדאמר ניזק לא מהני תפיסתו ומוציאין ממנו א"כ ליכא לפרושי כמש"כ לעיל דהסוגיא מיירי דהשתא חזר המזיק ותפסו מהניזק וגם ליכא למימר דהסוגיא מיירי בליכא עדים דהא הרא"ש פירש שם דהסוגיא מיירי באיכא עדים א"כ הוי דררא דממונא ותקשה שפיר קושית האו"ת דאמאי לא מהני תפיסה אף בדמי מועד וגם הא שיטת הרא"ש דבתרי ותרי ובשארי ספיקות מהני תפיסה בטוען ברי וכמש"כ הרא"ש בפ"ק דב"מ סי' י"ג וכתובות פ' ב' סי' י"ג א"כ קשה מאוד מפני מה בדררא דממונא לא תועיל תפיסה בטוען ברי להחזיק אף דמי מועד בשלמא בקטן וגדול ניחא לפי דהוי קנס וי"ל דס"ל להרא"ש כשיטת הראב"ד דבקנס לא מהני תפיסה בספיקא דדינא אף דמבואר ברא"ש ב"ק פ"ב סי' ב' דאף בקנס מהני תפיסה ודלא כהראב"ד עכ"ז י"ל כיון דס"ל להרא"ש כהסוברין דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא כי אם בטוען ברי. והיכא דצריך טענת ברי אפשר דגם לדעת הרמב"ם דבקנסא מהני תפיסה היינו לשיטתו דלא בעי שיהיה טוען ברי אבל להסוברין דבעי טענת ברי א"כ בקנסות דעיקר החיוב הוי על ידי ב"ד דאשר ירשיעון אלהים בעינן א"כ טענת ברי דידיה אין מעלה ומוריד כלל דהא הב"ד אינם יודעין מזה וכמש"כ הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל ב' סוף ס"ק י"ב ע"ש אבל בדמי מועד אך הספק אם היזק להקטן או להגדול א"כ כיון דהוי ספק בחיוב בממון כמה הוא החייב והוי דררא דממונא ולשיטת הרא"ש דמיירי בעדים תקשה קושייתם ומה שחילקו בספק דתרי ותרי וספק בשטר ובין דררא דממונא דוחק לחלק ביניהם כנ"ל ענף ג והנלפענ"ד לשיטת הרא"ש ליישב כ"ז, בהקדם דברי הישו"ש פ"ב דב"ק סי' ה' דאף דס"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא עכ"ז היכא דאינו תובע גוף החפץ כי אם עבור חובו לא מהני תפיסה בזה וכ"כ המהרי"ט בסי' ע"ב והש"ך בתקפו כהן השיג על הישו"ש בזה עיי"ש ס"ק ק"ח עד ס"ק קי"ג ואנכי לעצמי נ"ל להוכיח מן הרשב"א דס"ל דתפיסה עבור חוב לא מקרי מוחזק כי אם מפני מה דקיי"ל בע"ח קני משכון וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ק"ט דכתב הרשב"א דלכן באם יש עדים שראו ממושכן בידו החפץ ולא ידעי בכמה דמקרי מוחזק משום דקני משכון והא דב"ב ד' מ"ה באומן דלא מקרי מוחזק כי אם משום מיגו דשא"ה דלא קני משכון משום דלא נקטיה למשכון ע"ש א"כ לדברי הרשב"א הנ"ל י"ל דזהו באמת סברת החולקים על הישו"ש וס"ל דגם עבור חוב יכול לתפוס בספיקא דדינא דטעמייהו משום דכיון דקיי"ל בע"ח קני משכון א"כ לדבריו דטוען קים לי' דתופסו עבור חובו מקרי ג"כ יש לו טענה על גוף החפץ משום דקני משכון וכסברת הרשב"א דמשום דקני משכון מקרי מוחזק וכש"כ הוא היכא דתופסו עבור חובו מן הך נידון

דהרשב"א דהא באמת כבר הקשה הש"ך שם סוף ס"ק ק"ט דהא בשעת הלוואתו לא קני משכון ותי' שם. אבל שלא בשעת הלוואתו דקני משכון בוודאי אף במשכנו בזרוע וודאי דיש להסביר ביותר שיטת החולקים על הישׁ"ש ומהרי"ט דמשום דקני משכון אתי עלה ועיין בבעל המאור ובמלחמות פסחים ד' ל"א ובריב"ש סי' שצ"ו שכתב בשם הרמב"ן לקידושין שכתבו כולם דהיכא דקני משכון אז אמרינן לכו"ע למפרע גובה אף לרבא וכ"כ הבית מאיר באה"ע סי' צ"ו סעי' ה' והנתיבות סי' ע"ב ס"ק ה' בשם הפ"י עי"ש. ע"כ י"ל דבתופס חפץ עבור חובו דקני משכון דאחר שגובהו בב"ד אמרינן למפרע גובה. דלכן מקרי זה טוען על גוף הדבר דהוי שלו ואף דקודם שגבה לא דיינינן למפרע גובה וכמש"כ התוס' בב"ק ד' ל"ג עכ"ז הא חזינן גבי שמיטה בגיטין ד' ל"ז ובמטלטלי דיתמי דשומטו מע"ג בניו דכתב הפ"י בגיטין שם ד' ל"ז דמהאי טעמא במשכון אינו משמט ושומטו מע"ג בניו משום דאחר דגבה מהמשכון אמרינן למפרע גובה אף לרבא אלמא דכיון דאחר הגבי' יזכה למפרע ע"כ יכולים להגבותו אף לכתחלה מה"ט וה"ה מה"ט בספק כיון דאחר הגבי' יזכה למפרע ויהא מקרי טוען על גוף הדבר שלו ע"כ יכולים הדיינים להגבותו אף לכתחלה כשתפס כ"ז יש להסביר דבריהם בפשיטות:

ובסי' הקודם העליתי דלחד שיטה יש לדון דבחוב נזקין ושכירות וכה"ג שאינו חוב הלוואה לא קני משכון והארכתי שם בזה ולפ"ז שפיר יש לחלק בהא דמהני תפיסה בספיקא דדינא ובדררא דממונא או בתרי ותרי דלא מהני תפיסה כי אם בחוב הלוואה דקני משכון ע"כ מקרי מוחזק מעליא כמש"כ הרשב"א כנ"ל ע"כ בתרי ותרי בכתובות ד' כ' כתב הרא"ש שפיר דמהני תפיסה עבור חובו משום דהא מיירי הרא"ש התם בשט"ח של הלוואה דקני משכון ע"כ מהני תפיסה דהוי מוחזק מעליא משא"כ בחוב נזקין דב"ק ס"פ המניח דלא קני משכון ע"כ לא מהני תפיסתו בזה דבזה נכונים שיטת מהרש"ל והמהרי"ט דלא מקרי מוחזק מעליא כיון דחזינן להרשב"א דכתב דכיון דקני משכון ה"ל מוחזק והיכא דלא קני משכון לא מקרי מוחזק בדררא דממונא ולכן ניחא בפשיטות הא דבספק בשטר מהני תפיסה כמבואר סי' מ"ב ואף שתופסו רק בחובו משום דהתם קני משכון משא"כ בדררא דממונא דנזקין לא קני משכון. ע"כ אף דמוכח משיטת הרא"ש כתובות פ"ב גבי שנים חתומים על שטר שכתב ואי תפס לא מפקינן מיניה והתם אין לו טענה על גוף החפץ אלא בחובו וכמש"כ הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל ט' סי' א' להוכיח מהרא"ש הנ"ל דלא ס"ל כשיטת המהרש"ל והמהרי"ט ע"ש עכ"ז י"ל דשא"ה דקני משכון משא"כ בהא דספ"ג דב"ק דמיירי בנזקין כנ"ל: ענף ד:

אך עדיין יש להקשות ע"ז דהא מבואר ברא"ש פ"ב דב"ק סי' ב' שכתב גבי איבעיא דכשכשה באמתה מהו דלרבותינו האומרים אי תפס לא מפקינן מיניה בחצר הניזק אי תפס מגבינן ליה נזק שלם וכו' אלמא דאף בחוב ניזקין מהני תפיסה בספיקא דדינא אף דלא קני משכון א"כ לכאורה מוכח דהרא"ש לא ס"ל למש"כ אך לאחר העיון נראה דשפיר כתבתי משום דיש להסביר דלכן תפיסה עבור חובו לא מהני דזהו דווקא לדידן דקיי"ל כשיטת הרא"ש וש"פ דתפיסה בתיקו לא מהני כי אם בטוען ברי וי"ל בזה כיון דהא דמהני תפיסה בטוען ברי דווקא הטעם הוא כמש"כה צה"ח בקונטרס הספקות כלל ב' סי' ד' וסי' י"ב דלכן בברי מהני תפיסתו אף דיש חזקת מרא קמא לאידך משום דהא מבואר בכתובות ד' כ"ב בתרי אומרים מת ותרי א' לא מת דבניסת לא' מעדיה לא תצא וכתב שם הרשב"א והובא בפ"י בכתובות שם דהיכא דבע"ד אומר ברי לי נאמן ע"ע אף דיש חזקת א"א המבררת להיפך מ"מ לא מזדקקין ב"ד להוציאה ממנו כיון דטוען ברי וה"ה בממונא אין מוציאין מידו כיון דטוען ברי משא"כ בקנס דבלא ב"ד אינו יכול לגבות וכיון דב"ד לא מזדקקין לו ממילא אינו יכול לגבות בעצמו וב"ד לא מזדקקין ליה כיון דהב"ד לא ידעי אם אמת בטענת ברי שלו. ע"כ ממילא לא מהני תפיסתו בקנס להסוברים דבעי טענת ברי דווקא וכמש"כ הקצה"ח סוף כלל ב':

ולפ"ז יש לדון לפי מש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' דהיכא דאינו יכול לבא לידי גובייגא בב"ד אינו יכול להחזיק החפץ ת"י בחובו וכן הארכתי בזה בסי' הקודם ע"כ יש לדון מה"ט כיון דחפץ בחובו אינו יכול לגבותו בלא ב"ד ואמרי' מאן שם לך ולכן לשיטת הסוברים דבלא טענת ברי לא מהני תפיסה בספיקא כדקיי"ל לכן שפיר י"ל דבחוב לא מהני תפיסה אף דטוען ברי כיון דהיכא דהב"ד לא יזדקקו להגבותו לא יהיה יכול להחזיקו ת"י דהא אם לא יבא לידי גובייגא בב"ד אינו רשאי לעכב החפץ ת"י כיון דלא יכול לזכות בהחפץ רק ע"י הב"ד. והב"ד אינם מזדקקים להגבותו כיון דאינם יודעים אם טוען אמת בברי שלו לכן א"י הב"ד להפסיד להבעלים ולהחליט החפץ להתופסו משא"כ היכא דיש לו דין דבע"ח קני משכון אף אם לא יזדקקו הב"ד להגבותו ג"כ יהיה החפץ מעוכב ת"י כיון דקני משכון והא דכתבתי בספרי כנ"ל מיירי שם בתופס מיתמי דלא שייך שם לומר דב"ח קני משכון ע"כ שפיר כתבו דאינו רשאי לעכב ת"י אם לא יחליטו לו הב"ד אבל היכא דקני משכון דיש לו זכות לעכב החפץ ת"י אף כ"ז דלא יחליטו לו הב"ד ע"כ ממילא מקרי מוחזק מעליא ולכן לא שייך לומר דהא הב"ד לא ידעי האמת בטענת ברי שלו והמה מפסידים להבעלים הראשונים במה שמחליטין החפץ להתופס ע"י שמא דהא א"י מזה דז"א דהא בלא"ה זכה כבר התופסו בהחפץ לעכבו

למשכון א"כ זה דומה למי שתפס וטען ברי דיכול למכור זכותו לאחר אף דהאחר א"י. ולא שייך לומר דהא האחר א"י אם האמת בהברי של הבע"ד שמכר לו א"כ לכאורה דומה לאשה האומרת ברי לי וניסת לא' מן השוק דא"י אם מת בעלה דתצא ולא יכול לסמוך על ברי שלה כי אם בניסת לא' מעדי' משום דשאני הכא כיון דזכה כבר לעכב החפץ לעצמו על כן ממילא יכול האחר לקנותו ממנו וה"ה היכא דקני משכון לעכבו אף בלא גוביינא דב"ד ע"כ לא שייך לומר על הב"ד דהמה מסייעים לדבר עבירה ולהחליט החפץ לא' ע"פ ספק דז"א דהא בלא"ה כבר זכה בחפצו לכן בחוב הלוואה הן בחוב בשטר והן בחוב הלואה מדררא דממונא שפיר י"ל דכיון דקני משכון וטוען ברי דיכולים הב"ד להגבותו משא"כ היכא דלא קני משכון כמו בנזקין וכה"ג דכיון דבעי טענת ברי ע"כ אינם יכולים הב"ד להגבותו כיון דא"י האמת ויש חזקת מ"ק המנגדתו וזה דומה להא דכתובות ד' כ"ב דאם ניסת האשה לא' מהשוק אף דאומרת ברי לי דמת מ"מ תצא דאינו רשאי האחר לסמוך על ברי שלה וה"ה בנ"ד גבי הב"ד ודווקא הבע"ד דטוען על גוף החפץ דהוא שלו בזה אמרינן דאדם נאמן ע"ע אף נגד חזקת מ"ק כנ"ל משא"כ היכא דצריך לבוא לידי גוביינא דב"ד אז הב"ד אינם יכולים להזדקק נגד החזקה כיון דאינו זוכה רק ע"י ברי שלו ואינם יודעים האמת של מי הוא. וכ"ז להסוברים דבתיקו לא מהני תפיסה בטוען שמא רק בהברי וכדקיי"ל משא"כ להסוברים דבתיקו מהני תפיסה אף בטוען שמא וכשיטת הרי"ף והרמב"ם ועיקר הטעם לדידהו דאף בטוען שמא מ"מ כיון דהוי מוחזק ע"כ מהני תפיסה שלו וממילא יכולים הב"ד להזדקק להגבותו כיון דכללא הוא דהממע"ה. וכל מי שתופס הדין הוא דהמוציא ממנו צריך להביא ראיה. וכ"ז דאינו מביא ראיה הדין עם התופס וע"כ יכולים הב"ד להחליט לו החפץ אף דלא קני משכון ואף דאינם יודעים האמת של מי הוא כיון דהממע"ה ממילא הוא שייך להתופס:

לפ"ז שפיר כתב הרא"ש דלרבותיו האומרים אי תפס לא מפקינן מיניה אף בטוען שמא. ע"כ מהני תפיסה בחוב נזקין ג"כ אף דלא קני משכון אבל לשיטת הרא"ש דס"ל דבעי דוקא טענת ברי ע"כ י"ל דדוקא היכא דקני משכון כמו בתרי ותרי בשט"ח דכתובות דף כ' בזה ס"ל להרא"ש דמהני תפיסה בטוען ברי משום דהא יש לו זכות דקני משכון ואף אם לא יזדקקו הב"ד עכ"ז לא יחוייב להחזיר ויכול להחזיקו ת"י. ע"כ אין הב"ד עושים לו שום הפסד כלל כיון דאף זולתם יעוכב החפץ אצלו ע"כ ממילא יכולים הב"ד להגבותו אבל בהא דב"ק ס"פ המניח דהוי חוב נזקין דלא קני משכון ועיקר זכותו בהחפץ נעכבו ת"י לא יהיה לו הזכות רק ע"י הב"ד דיחליטוהו וכיון דהב"ד אינם יכולים לסמוך על ברי

של הבע"ד כיון דהא אינם יודעים האמת והוי כמו האחר דאינו רשאי לישא להאשה האומרת ברי לי שמת בעלה והוי באשם תלוי משום חזקת א"א המנגדתו:

וה"ה בממון יש חזקת מ"ק המנגדת להברי שלו ע"כ לא מהני תפיסתו דכיון דהב"ד לא יזדקקו להגבותו ממילא מחוייב להחזיר החפץ לחבירו משום איסור גזל וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' חו"מ סי' ב' כה"ג ולכן אתי שפיר אף לשיטת הרא"ש דפי' הסוגיא דב"ק ס"פ המניח דגם הסיפא מיירי ביש עדים על רדיפת השוורים והוי דררא דממונא ואפ"ה כתב דלא מהני תפיסתו על בבא דמועד היזק אף בטוען ברי משום דשאני התם דלא קני משכון בחוב נזקין כנ"ל לחד שיטה. ובאמת י"ל דזהו כוונת הרשב"א שכתב גבי משכון דאף דאינם יודעים בכמה הוא ממושכן הוי מוחזק משום דקני משכון כנ"ל די"ל דטעמו ג"כ כמש"כ דאלו לא קני משכון לא היו הב"ד רשאים להזדקק להגבותו כיון דבעינן דווקא טענת ברי כנ"ל והיכא דלא יבא לגוביינא אינו רשאי לעכבו ת"י משום גזל לכן הוכרח לומר דקני משכון דאז הב"ד אין מפסידין להלוה כלל וגם י"ל דמשום דקני משכון מקרי טוען על גוף הדבר כנ"ל בארוכה וכבר נתבאר דבספק קטן או גדול הוזק בתם וודאי ניחא דלא מהני תפיסה משום דקנס שאני כנ"ל בארוכה א"כ מתורץ קושייתם של האו"ת והקצ"ח והנתיבות ענף ה:

היוצא לנו מכל זה דלכל השיטות נתבאר דאינו קשה קושייתם מהא דספ"ג דב"ק כי אם לשיטת הרא"ש תסוב קושייתם וכיון דנתבאר דגם לשיטת הרא"ש יש מקום ליישב קושייתם הנ"ל ע"כ אין לנו סמך לחלק בין ספק בשטר לספק דררא דממונא שהוכיחו מזה הקושיא לחלק דשאני דררא דממונא היכא דאינו טוען על גוף החפץ אך העיקר הוא דהיכא דקני משכון היינו בחוב הלוואה בזה מוכח מהרשב"א דהכריע הש"ך כוותי' דמהני תפיסה בדררא דממונא אך היכא דלא קני משכון כמו בחוב נזקין וכה"ג בזה שפיר יש להוכיח מהא דב"ק דלא מהני תפיסה כנ"ל כדחזינן בהרשב"א דכתב דלכן מקרי המלוה מוחזק משום דקני משכון ובאמת גם בדררא דממונא שאינו חוב הלוואה. ג"כ אם תפס קשה להוציא ממנו דהא יש סוברין דאף בחוב שאינו הלואה קני משכון וכמבואר בחו"מ סי' צ"ז גבי השבת העבוט פלוגתת ראשונים כנ"ל והוכחתם מהא דב"ק שהוכיחו מזה הדין מחודש הנ"ל כבר נתבאר דלכמה שיטות אין זה הכרח כלל אך בחוב הלוואה בוודאי מוכח דמהני תפיסה כנ"ל:

ובסוטה ד' ל"א במשנה דמי שקינא לאשתו ונסתרה כו' דחמותה ובת חמותה וצרתה כו' נאמנות ולא לפוסלה מכתובתה אלא שלא תשתה כו' ומשמע דיש לה כתובה וקשה הא כיון דקינא ונסתרה א"כ הפסידה ממילא הכתובה לב"ה דס"ל לעיל ד' כ"ה במתו

בעליהן עד שלא שתו דס"ל לב"ה דמתוך שלא שותת לא נוטלות כתובה דשטר העומד לגבות לא הוי כגבוי אלמא היכא דאינה שותה אינן נוטלת כתובה א"כ ה"ה הכא כיון דנסתרה לאחר הקינוי א"כ אבדה כתובתה ואיך קאמרי דאינן פוסלין כתובתה ועיין לעיל ר"פ ארוסה ד' כ"ג ע"ב תוס' ד"ה ושומרת יבם לא שותות כו' בשם ירושלמי דכיון דהכניסה א"ע לזה להיות נאסרת עליו ע"כ הפסידה כתובתה לד"ה אבל במתו בעליהן דהא יכולת להבדק ע"י שתי' רק דמתו בעליהן ע"כ אין דינה כעוברת על דת לב"ש ועיין בתוס' יבמות ד' ל"ח ד"ה ב"ש אומרים כו' אבל אי נימא דבדררא דממונא מהני תפיסה אף בתפסו עבור חוב היכא דטוען ברי י"ל דכוונת המשנה הוא כן משום דלפי זה יש לדון בקינא לה ונסתרה דאף דאין לה כתובה עכ"ז אם תפסה מהני. כיון דהוי דררא דממונא ע"י קינוי וסתירה וכמש"כ התוס' ריש ב"מ ובב"ק דהיכא דנולד הספק בלא טענותיהם הוי זה דררא דממונא ואין לך דררא דממונא יותר מקינוי וסתירה דהתורה עשאתו לספק מצד רגלים לדבר והוי ספק דררא דממונא ע"כ מהני תפיסה כיון דטוענת ברי' ואף דאינה טוענת על גוף החפץ דהוא שלה עכ"ז מהני תפיסה א"כ י"ל דזהו כוונת המשנה דאינה נאמנות להפסיד כתובתה והיינו זכות כתובה שיש לה ע"י תפיסה דאינה נאמנות להפסיד זכותה ולגרוע כחה שיש לה אם לא היו מעידים עליה משום דשונאות אותה ואין יכולין לגרוע זכותה כלל ואף שכתבו התוס' בסוטה ד' כ"ה ד"ה ב"ה אומרים דאין זה מקרי טענת ברי כו' עי"ש. עכ"ז י"ל דדווקא התם להוציא ממון גבי זה כתבו דאין דינו כמו טענת ברי אבל גבי דררא דממונא להחזיק ת"י מה שתפס שפיר י"ל דגם זה דינו כמו טענת ברי כי זהו מוכרח בכוונת המשנה הנ"ל. [ויש להעיר לפי"ז אליבי' דסומכוס דס"ל דכל ממון המוטל בספק חולקין וה"ה במתו בעליהן עד שלא שתו כנ"ל א"כ אמאי ס"ל לב"ה דאינן נוטלות כתובה הא ה"ל לומר יחלוקו כמו בכל דררא דממונא אליבי' דסומכוס וסומכוס הא לא יפליג על ב"ה ואפשר דלסומכוס י"ל דב"ה הכי קאמרי דאינן נוטלות כל הכתובה אבל מחצה נוטלות ועיין בב"ב ד' קנ"ח גבי נפל הבית עליו ועל אשתו דב"ה אומרים נכסים בחזקתן ור"ל משום בר קפרא אמר דיחלוקו ועיין ביבמות ד' ל"ח גבי שומרת יבם שנפלו לה נכסים כו' ובתוס' סוטה ד' כ"ה והדברים ארוכים]. א"כ מוכח מזה דבדררא דממונא מהני תפיסה אך יש לחלק דשא"ה דהוי בחזקת חיוב דהא בעת שנשאה הוי עליו חזקת חיוב בהכתובה והספק נולד אח"כ א"כ י"ל דווקא בכה"ג מועיל תפיסה בדררא דממונא אבל היכא דהוי ספק בעיקר החיוב בכה"ג עדיין אפשר לדון דלא יהא מועיל תפיסה אף בדררא דממונא וכשיטת התומים וכעת מצאתי בספר בית מאיר באה"ע סי' קע"ח שהקשה כנ"ל על המשנה דסוטה הנ"ל ותירץ זה באופן אחר

ובמקום אחר הארכתי בכ"ז הרבה. ולכן לפי כל מה שהעלתי יש לדון לדינא דבדררא דממונא מהני תפיסה בכל גווני ואין מוציאין ממנו:

סימן א:

דין תפיסה על ידי שליח בספיקא דדינא:

ענף א:

החלקת מחוקק בסי' ע"ז ס"ק כ"ט העלה גבי הא דאמרו שם דאי תפסה האשה המורדת אין מוציאין מידה דאם לא תפסה בעצמה רק ע"י שליח לא מהני תפיסה דה"ל תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא מהני וכ"כ הב"ש שם וכוונתו דאף דלא הוי וודאי חב רק ספק חב כיון דמספקא להש"ס אי שייך לה הנצ"ב או לא עכ"ז מקרי חב כיון דהא הדין הוא דהיכא דלא תפסה האשה אף דהבעל ג"כ לא תפיס מ"מ נותנין להבעל כמש"כ הרשב"א והריב"ש וש"פ והובא בביאור הגר"א וצ"ל סי' ע"ז ס"ק ל' דכתבו דמטלטלי דווקא תפסה אבל לא תפסה אע"ג דאינן ברשות הבעל לא יהבינן לה משום דכל היכא דאי' ברשות הבעל הוא עי"ש וע"כ כיון דאם לא תפסה האשה עצמה אע"ג דקאי בסימטא מ"מ נותנין להבעל ע"כ דינו של השליח כמו חב לאחרים בוודאי כיון דלולא תפיסתו עבור האשה הי' שייך להבעל ע"כ הוי כמו חב לאחרים דלא מהני ע"י שליח כדקיי"ל בח"מ סי' ק"ה וכשיטת התוס' דלא כשיטת רש"י וכן פסק הנתיבות בכללי תפיסה ס"ק כ"א דלא מהני תפיסת השליח וכתב הטעם דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וסיים שם דכן עיקר דלא שייך חזקת ממונא כשהוא ביד שליח:

ולענ"ד יש להסביר זה ביתר ביאור לפי מה דמבואר בב"ב ד' קל"ה בברי ושמא למאן דס"ל ברי עדיף דזה אינו רק בברי של בע"ד אבל בברי של אחר לא מהני וכ"כ התוס' בכתובות ד' ע"ו ד"ה רישא מנה לאבא כו' וכן מוכח בתוס' כתובות ד' י"ב ע"ב ד"ה רב הונא כו' דכתבו דלמ"ד ברי ושמא ברי עדיף מוקי להא דשבועת ד' תהי' כו' בע"א מעיד שזה חייב לחבירו אבל הבע"ד טוען שמא כו' אלמא דהברי של אחר שאינו בעל הממון לא נחשב לברי וכן מוכח בש"ך ח"מ סי' ע"ה ס"ק ל"ה יע"ש וכ"כ הר"נ ברפ"ב דקידושין בסוגיא ד' מ"ג ועיין עוד מזה בש"ך חו"מ סי' ע"ה ס"ק פ"ג ולפי"ז י"ל כיון דמבואר בתקפו כהן דעיקר הא דמהני תפיסה בספיקא דפלוגתא דרבוותא זהו מטעם דהוי טענתו טענת קים לי כמו טענת ברי דיכול לומר ברי לי דהדין הוא כהסוברין דהחפץ שייך לי וכיון דנתבאר דטענת ברי לא מהני רק בברי של הבע"ד ולא בברי של אחר ע"כ יש לחלק דמה"ט לא מהני תפיסה ע"י שליח כיון דעיקר טעם דמהני תפיסה הוי מצד דהוי כמו טענת ברי. וכיון דלא מהני ברי של אחר ע"כ לא מהני תפיסה ע"י אחר ואף דהבע"ד

בעצמו אומר קים לי עכ"ז הא איהו לא הוי תפוס כן יש להסביר סברת הסוברים דלא מהני תפיסה בספד"ד ע"י שליח והתומים בכללי תפיסה ס"ק קכ"ו כתב דמהני תפיסה ע"י שליח בספיקא כיון דהוי ספק חוב ולדבריו דטוען קים לי אין כאן חב לאחרים בתפיסתו ופשיטא דמהני יע"ש אכן לפמש"כ הטעם דהוי טענתו כטענת שמא כיון דלא חשוב כמו ברי של הבע"ד ע"כ הנכון עם הח"מ והב"ש והנתיבות הנ"ל:

ולפ"ז י"ל בהא דכתב הרמ"א בסי' ע"ז סעי' ג' דאם אביו תפס בשבילה מהני כאלו תפסה בעצמה ומשמע ממנו דאף בבא הנדוניא כבר ליד הבעל ג"כ מהני תפיסה ע"י האב וכמו שכתב החלקת מחוקק שם בכוונת הרמ"א ובאמת י"ל דדוקא התם גבי תפיסת מורדת בזה ס"ל להרמ"א דמהני תפיסת השליח משא"כ בכל ספיקא דפלוגתא דרבוותא י"ל דס"ל להרמ"א ג"כ דלא מהני תפיסה ע"י שליח והוא דהא ידוע שיטת הרמ"א כהרא"ש והטור דלא מהני תפיסה בתיקו ובבעיא דלא איפשיטא רק בספיקא דפלוגתא דרבוותא וכמש"כ הש"ך בתקפו כהן לבאר זה דדוקא בספיקא דפלוגתא דרבוותא דאחר חתימת הש"ס דבידינו להכריע ע"כ הוי כמו דטוען ברי דמהני תפיסה מה שאין כן בספק דנשאר בש"ס לספק דהוי כטענת שמא וכתב הש"ך בספר תקפו כהן להקשות בהא דכתובות ד' ס"ד דאמרו השתא דלא אתמר לא הכי ולא הכי תפסה לא מפקינן כו' וקשה על שיטת הסוברים דלא מהני תפיסה בספק שנשאר בש"ס לספיקא ואיך כתבו כולם לדינא דמהני תפיסה במורדת ותי' דהתם במורדת כך הי' התקנה דיועיל תפיסה והאריך בזה בספר הפלאה לק"א סי' ע"ז ס"ק ז' יעו"ש:

ולפ"ז י"ל דהתם במורדת שפיר מהני תפיסה ע"י שליח משום דהתם לא שייך לומר הסברא שכתבתי דלכן לא מהני תפיסת השליח בטענת קים לי דהוי טענתו כמו ברי ע"י אחר דלא מהני דהא בתפיסה דמורדת לא אתינן עלה מצד דקים לי דהתם הוי כמו טענת ברי דהא בספק שנשאר בש"ס לא שייך לומר זה הסברא כדס"ל לשיטת הסוברים דלא מהני תפיסה בספק דבש"ס ובאמת התם מצד אחר אתינן עלה דאף דלא הוי כמו טענת ברי רק כמו טענת שמא עכ"ז מהני התם התפיסה מצד התקנה ולפ"ז מהני התם תפיסה ע"י שליח ג"כ:

ושפיר פסק הרמ"א שם והגהת מרדכי שם כן דאלו תופס לבע"ק דחב לאחרים לא שייך בזה וכסברת התומים הנ"ל אבל בתפיסה בשארי מילי דמהני לשיטת הרמ"א מצד דהוי כמו טענת ברי דיכול להכריע בהספק לאחר חתימת הש"ס ע"כ עדיין י"ל דלא מהני תפיסה ע"י שליח מצד דהוי תפיסה בטענת שמא דלא מהני כמש"כ הש"ך בחו"מ סי' ע"ה ס"ק פ"ג דאם קרובו התופס טוען ברי והבע"ד טוען שמא דבלא כתיבת הרשאה

אינו יכול לתפוס. ואף ע"י הרשאה תמהו האחרונים שם על הש"ך דהא הרשאה אינו רק בתורת שליחות יעו"ש וע"כ אתי שפיר מה דלא הובא הך דין ברמ"א במק"א גבי דין תפיסה בספק בדין לכתוב דמהני תפיסה ע"י שליח רק הכא במורדת כתב כן דלפמש"כ אינו שייך כן רק במורדת:

ענף ב:

ועכ"ז נראה לענ"ד להוכיח מגיטין ד' ס"ג ע"ב דלא כמו שכתבו הח"מ והב"ש מהא דאמרו שם למימרא דמספקא לי' לרב אי הולך כזכי דמי או לא והא איתמר הולך מנה שאני חייב לו אמר רב חייב באחריות ואם בא לחזור אינו חוזר התם ספק ממונא לקולא הכא ספק איסורא לחומרא ופי' רש"י ספק ממונא לקולא והמוציא מחבירו ידו על התחתונה לפיכך אינו חוזר אלמא דתפיסת השליח מהני בספיקא דדינא ולכן אינו יכול לחזור וליטלו מהשליח משום דזה לא מקרי חב לאחרים כיון דהשליח טוען קים לי דהולך כזכי א"כ אינו חב לאחרים דהא להך סברא הוי החפץ של חבירו. ומוכח מזה דהשליח יכול לתפוס אף נגד הבעלים דיש להם חזקת מרא קמא על המנה ועי' בקצה"ח סוף סי' צ"א דכתב להוכיח דגם בדינר שייך אוקי אחזקת מ"ק ודלא כהש"ך שם וכמו שהוכיח בש"ש ע"ש ואין לומר דשא"ה דאי נימא הולך כזכי דמי א"כ לא מקרי כלל תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וכמבואר בגיטין ד' י"א דאם תן כזכי לא מקרי תופס לבע"ח וחב לאחרים דזה אינו דהא לפי דברי הח"מ והב"ש בספיקא דדינא אם החפץ שייך לזה או לחבירו ואם תופס השליח וטוען קים לי כהך דעה דהחפץ שייך לחבירו א"כ גם זה לא מקרי חב לאחרים כיון דלהך דיעה שייך החפץ ע"פ דין לחבירו ועכ"ז מקרי חב לאחרים כיון דלולא תפיסתו בתורת שליחות לחבירו הי' שייך החפץ לבעליו משום חזקת מ"ק וע"כ מקרי חב לאחרים וודאי ולא כספק חב. א"כ ה"ה ה"ט שייך בהך ספק אי הולך כזכי כיון דלולא זכייתו עבור חבירו הי' שייך החפץ לבעליו הראשונים משום חזקת מ"ק:

וע"כ הוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא מצי לזכות עבור חבירו כיון דהוי ספק אי הולך כזכי או לא הרשה לו מעולם לזכות עבור חבירו ובלא הרשאת חבירו לא מצי לזכות עבור המלוה וכמש"כ הרא"ש ספ"א דגיטין יע"ש וגם שייך בזה סברא שכתבתי לעיל דתפיסה ע"י אחר הוי כמו ברי ע"י אחר שאינו בע"ד בעצמו דזה לא מהני ומדחזינן דמהני זכיות השליח עבור המלוה אף דלא עשאו המלוה לשליח בפי' א"כ מוכח מזה כמש"כ התומים דבכל ספד"ד מהני תפיסה ע"י שליח מכש"כ דהא שווי' שליח בפי' עדיפא כידוע ומוכח כהתומים:

ואפשר לדחות קצת די"ל דרב ס"ל כמ"ד תופס לבע"ח וחב לאחרים קנה לכן מהני אליבי' תפיסה ע"י שליח בספיקא דדינא אבל לדידן דקיי"ל דלא קנה י"ל דגם ספיקא דדינא מקרי חב לאחרים ולא מהני התפיסה ע"י שליח: ובדרך פלפול י"ל בזה דהא מבואר בב"ב ד' קל"ה על משנה דזה אחי אינו נאמן דאמר רבא זאת אומרת מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור אביי אמר שאני הכא דכמנה לאחר בידך דמי ומבואר שם בגליון דלפי מש"כ התוס' גיטין ד' כ"ה ד"ה התם צ"ל שם רבה א"כ חזינן דרבה דהוכיח דמנה לי בידך כו' פטור דלא מחלק בין ברי של בע"ד להברי של אחר דאל"כ איך מוכיח כן. בע"כ מוכח דלא ס"ל סברת החילוק דמחלק אביי ומצינו בשבת ד' מ' ופסחים ד' ק"א דרבה עביד בכל מילי כרב לחומרא וכיון דחזינן דרבה ס"ל דהברי של אחר מהני אף להוציא ממון אם הי' מהני ברי מסתמא כן ס"ל לרב רבי' דאל"כ איך הי' ס"ל לרבה גם להוציא ממון ע"י ברי של אחר דהא חומרא בממון הוי הא דמעמידין ממון בחזקתו וכיון דס"ל לרב דברי של אחר והברי של הבע"ד הם שקולים. ע"כ שפיר י"ל דלכן ס"ל לרב במה דמספקא לי' אי הולך כזכי דמי או לא דאם בא לחזור אינו חוזר ונוטל מיד השליח ומהני תפיסתו. משום דהא נתבאר לעיל די"ל דלכן לא מהני תפיסה ע"י שליח משום דטענת קים לי של השליח הוי כמו ברי של אחר דלא מהני. כמו שבארתי לעיל בשם הפוסקים דס"ל לדינא כסברת אביי בב"ב דמחלק בין ברי של הבע"ד להברי של אחר דלא מהנו: וכ"כ הר"נ ברפ"ב דקדושין בסוגיא דשם ד' מ"ג אבל רב דס"ל כסברת רבה דלא מחלק בינייהו ע"כ י"ל דמהני מה"ט אף תפיסה של השליח בספק דדינא ואין ראי' מהא דרב דגיטין הנ"ל לדינא לדידן כנ"ל ועי' ברי"ף ריש סוכה דאף במה דלא פליג רב עם שמואל אמרו להכלל דרבה עביד כרב ועי' בר"נ שם דמחלק בזה וברא"ש שם:

ענף ג:

שוב ראיתי דארבה יש להוכיח מסוגיא דגיטין הנ"ל כשיטת הח"מ והב"ש דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא ע"י שליח והוא דהרשב"א והריטב"א בגיטין ד' ס"ג הביאו בשם הרמב"ן דכתב דבמתנה וגט וודאי הילך לאו כזכי ובחוב הילך כזכי וסוגיא דגיטין דקאמרי דרב מספקא לי' אין זה רק לרווחא דמילתא אבל הרשב"א והריטב"א שיטה אחרת להם והוא דאף בגט מספקא לן אי הולך כזכי או לא וכן במתנה מספקא לן והא דס"ל לאביי בגיטין ד' ל"ב דהולך במתנה לאו כזכי הוי משום ספיקא ולכן אמר אביי דשליח מתנה כשליח דגט דכיון דמספקא לן במתנה אמרינן אוקי ממונא בחזקת מ"ק והא דס"ל לרב בהולך בחוב דאינו יכול לחזור משום דמספקא לי' אי הולך כזכי זהו משום דלא שייך התם לומר אוקי אחזקת מ"ק משום דכיון דמה שבידו משל אחרים

הוא דמשדר להו ע"כ ספיקא לקולא דבעלים הוא עכ"ל וכוונתם דלכן בחוב לא שייך חזקת מ"ק משום דלפרעון קיימי וכמש"כ הריטב"א שם בזה"ל והובא שיטה זו בר"נ שם ובמ"מ פ"ו ה"ג ה' י' ובבית יוסף אה"ע סי' ק"מ ובביאור הגר"א שם ס"ק י"ח ומוכח דס"ל דבחוב לא שייך חזקת מ"ק על המעות הנשלח דכיון דלפרעון עומד מקרי חזקת מ"ק של הלוה בגדר חזקה העשוי להשתנות. וכמש"כ הט"ז ליו"ד סי' שצ"ז ס"ק ב' כעין זה: ועפי"ז אתי שפיר הא דגיטין ד' ע"ח דאי' שם דמחצה על מחצה יחלוקו וכתב המהרש"א שם על התוס' שם בד"ה מחצה על מחצה כו' דלמאן דמפרש שם דמיירי בתרי אמרי קרוב לו כו' דהא דיחלוקו דס"ל כמו שכתב המרדכי דקאי על גוף המעות דישנן בעין לפנינו ומדיינים המלוה והלוה על גוף המעות למי הוא ע"כ יחלוקו כמו כל ספק דחולקין וקשה הא י"ל בזה אוקי אחזקת מ"ק וגוף המעות עומד בחזקת הלוה וע"כ מוכח כסברת הרשב"א והריטב"א הנ"ל דכיון דהחוב לפרעון עומד לא שייך על המעות שם חזקת מ"ק וע"כ יחלוקו כמו כל ממון המוטל בספק והא דהולך חוב אינו חוזר הטעם הוא כיון דהמעות הוא ברשות השליח ע"כ יכול השליח לתפוס המעות עבור המלוה. ובכה"ג לא שייך לומר דהוי תיפס לבע"ח וחב לאחרים כיון דהוי ספק חב וחזקת מ"ק אין על המעות ע"כ בספק ממון דאין בו חזקת מ"ק ס"ל דהשליח יכול לתפוס עבור המלוה דהא הוי ספק השקול אבל בזרק חובו ספק קרוב כו' כיון דאין מוחזק בו שום אדם ע"כ הדין הוא דיחלוקו וכמו כל ממון המוטל בספק דקאי באגם דחולקין ולולי תפיסת השליח בהולך חוב כו' לא הי' הדין להנתן להמלוה דהא אף דלפרעון קאי עכ"ז לא מקרי המלוה בשם מוחזק יותר משום האי סברא וכדמוכח מהא דספק קרוב כו' דהך סברא דלפרעון קאי פועל רק דיוגרע חזקת מ"ק של הלוה כמש"כ לעיל אבל לא דיהי' המלוה מוחזק משום זה:

אכן במתנה דס"ל להרשב"א והריטב"א והסוברים כהך שיטה הנ"ל דבאמת מספקא לאביי ג"כ ולדידן אי הולך במתנה כזכי או לא ועכ"ז חוזר הנותן משום דיש להנותן חזקת מ"ק. וקשה הא כיון דתפיסה ברשות מהני אף להרשב"א כמבואר שיטתו בב"י ח"מ סי' מ"ב וכן בתקפו כהן של הש"ך כתב כן בשמו דמועלת תפיסה ברשות בכל ספיקא דדינא א"כ הכא הוי השליח תפוס ברשות ואפ"ה ס"ל דחוזר במתנה ונוטלו מהשליח בהספק אי הולך כזכי או לא וע"כ מוכח דס"ל להראשונים הנ"ל דבמקום חזקת מ"ק אלימתא לא מהני תפיסה ע"י שליח. משום דהוי תופס לבע"ח כיון דחב לאחרים דלא מקרי ספק חב משום דהחזקה מבררת לנו דהמעות שייך לבעליו וע"כ הוי השליח חב בוודאי כיון דלולי תפיסתו הי' הדין להנתן להנותן משום חזקת מ"ק שלו אך בחוב דלא

שייך חזקת מ"ק מהני תפיסת השליח כיון דבלא תפיסתו הי' הדין דיחלוקו וכמו בהא דספק קרוב ע"כ לא מקרי בשם חב לאחרים כלל א"כ מוכח משיטת הראשונים הנ"ל דבספיקא דדינא היכא דיש חזקת מ"ק לא מהני תפיסת השליח אף בתפיסה ברשות וכש"כ בתפיסה ע"י השליח שלא ברשות וכשיטת הח"מ והב"ש הנ"ל אך היכא דלא הוי חזקת מ"ק מוכח מהם דס"ל דמהני תפיסה ע"י שליח אם השליח תופס עבורו:

ולפ"ז מוכח דהא דקיי"ל בסי' קכ"ה בהולך מנה חוב לפ' דפסקו כולם דאינו חוזר די"ל לשיטת הרשב"א וש"פ הנ"ל דמספקא אי הולך כזכי בחוב די"ל דאם השליח אינו רוצה לעכב ולזכות עבור המלוה דהדין הוא דחולקין כמו כל ממון המוטל בספק אך זה ליתא דהא מבואר בסי' קכ"ה דאם השליח החזיר המעות להלוה דחייב לשלם משום שפשע כדמוכח שם בספ"ק דגיטין מעובדא דר' דוסתאי ור' יוסי ובירושלמי שם וכמש"כ כן ג"כ בחידושי הרשב"א ספ"ק דגיטין שם על מה דא"ל אמאי תיעבד הכי דההחזרת המעות להמשלח ודוקא החזיר באונס פטור ובאמת מוכח מזה הסוגיא דלדינא קיי"ל דבחוב ופקדון הוי הולך כזכי בוודאי ולא מצד ספיקא ויש להאריך בזה עכ"פ זה מוכח בוודאי מן שיטת הרשב"א וש"פ הנ"ל בפי' להא דגיטין דאף לאביי מספקא לי' אם הולך במתנה כזכי או לא ועכ"ז ס"ל דחוזר ונוטלו מיד השליח בע"כ ולא אמרינן דהשליח יכול לתפוס עבור המקבל דמוכח מזה דס"ל לדינא דלא מהני תפיסת השליח בספיקא דדינא משום דהוי חב לאחרים וכשיטת הב"ש והח"מ הנ"ל:

ואפשר לומר באמת לפי מה דכתב בחידושי הרשב"א לגיטין ד' ס"ג שם בזה"ל ואי נמי י"ל דאביי דאמר בגט ובמתנה דהולך לאו כזכי לאו בחד אנפא דלגבי גט מספקא לי' ולגבי מתנה הוי בוודאי הולך לאו כזכי עכ"ל ח"ה וקשה דלמה לי' לדחוקי כ"כ ולומר דלאו בחד אנפא הוי הא י"ל בכוונת אביי דס"ל גם במתנה דמספקא לי' אם הולך כזכי או לא וכמו דס"ל לאביי בגט מצד ספיקא והא דמתנה דס"ל דחוזר הבע"ב ונוטלן מהשליח טעמו דתפיסת השליח הוי כמו תופס במקום דחב לאחרים כנ"ל ומדהוצרך לדחוקי כנ"ל מוכח דס"ל להרשב"א בהאי אי נמי די"ל דגם במתנה אי הוי מספקא לן אי הולך כזכי או לא הי' חוזר המשלח ליטלו מן השליח משום דהי' הדין בזה כמו דס"ל לרב בהולך חוב לפ' דאינו חוזר ונוטלו מהשליח כיון דהשליח תופס עבור המקבל א"כ הדין בזה ג"כ דהממע"ה:

וע"כ הוצרך לדחוקי דלאו בחד אנפא הוי זה אך בתי' הראשון כתב לחלק דשאני מתנה מן חוב דיש בו חזקת מ"ק וס"ל בתי' הא' דלא מהני תפיסת השליח אבל בתירץ הב' דס"ל שלא לחלק בזה בין מתנה לחוב דגם בשניהם שייך לדון חזקת מ"ק:

ועכ"ז ס"ל לרב דאינו חוזר משום דתפיסת השליח הוי כתפיסת המלוה הבע"ד בעצמו א"כ ה"ה במתנה וע"כ הוצרך לדחוקי דלאו בחד אנפא הוי זה א"כ חזינן דהרשב"א עצמו לאו ברירא לי' הך מילתא ומספקא לי' אם מהני תפיסת השליח בספיקא דדינא במקום דיש חזקת מ"ק או לא מהני וזה הדין תלוי בשני תירוצים של הרשב"א הנ"ל ומהרמב"ן שהקשה מהא דאביי דגיטין להא דאמר רב ולא מחלק כן אינו ראי' די"ל דמשמע להרמב"ן והר"נ דלשון דאמרו דאביי אמר שליח מתנה כשליח דגט דהולך לאו כזכי משמע לי' דזה לא הוי מצד ספק רק בוודאי הולך בגט לאו כזכי וכמש"כ הר"נ שם וע"כ תי' באופן אחר. אבל מהרשב"א בתי' הב' שפיר יש להוכיח דס"ל כמש"כ וכסברת התומים דשליח יכול לתפוס גם בספק דדינא:

ושיטת הרשב"א וי"א הנ"ל הובא לדינא באה"ע סי' ק"מ סעי' ו' ועי' בב"ש שם ס"ק י' וביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק י"ח:

כהן שלו ס"ק ק"א וס"ק ק"ב וס"ק ק"ג דאף היכא דהספק הוא בעיקר התפיסה אם מהני או לא אין לנו כח להוציא מן התופס ודלא כהמהרי"ט יע"ש באו"ת ובקצה"ח סי' פ"ח ס"ק ט' א"כ י"ל דאין לנו כח להוציא מן השליח התופס במקום ספיקא דדינא דיכול לטעון קים לי כתי' הב' של הרשב"א הנ"ל דמוכח ממנו דמהני תפיסה אף במקום חזקת מ"ק וכבר כתבתי דאין לחלק דשאני התם בגיטין דהוי ספק אם הולך כזכי ע"כ לא שייך בכה"ג חב לאחרים כמבואר בגיטין ד' י"א דאם תן כזכי בשחרור לא שייך בי' לומר דהוי תופס לבע"ח כו' דזה אינו סברא לחלק כלל וגם אין לחלק בזה דשאני תפיסה ברשות. דהא כיון דס"ל להפוסקים דבספק פלוגתא דרבוותא מהני אף תפיסה שלא ברשות ע"כ אין לחלק בזה ג"כ ולכה"פ בתפיסה ברשות מוכח וודאי מגיטין כנ"ל דזה מהני אף ע"י שליח: ענף ד:

ובדרך פלפול בקושיית הרמב"ן והר"ן והרשב"א לגיטין ד' ס"ג מהא דס"ל לרב דמספקא לי' אי הולך כזכי וע"כ אינו חוזר ואלו לעיל ד' ל"ב ס"ל לאביי דשליח מתנה לאו כזכי ואינם מחלקים בין חוב למתנה רק הרמב"ן בהכרח קושיא זאת מחלק כן וי"ל בזה לפמש"כ לעיל דלאביי דס"ל בב"ב ד' קל"ה דהברי של אחר לא מהני ודוקא ברי של הבע"ד מהני והך דין תפיסה בספק פלוגתא דמהני זהו מצד דטענת קים לי שלו הוי כמו טענת ברי וכיון דהברי של אחר לא מהני ע"כ לא מהני תפיסה ע"י שליח וגם כבר כתבתי לעיל דרב ס"ל כסברת רבה תלמידו דס"ל דשקולים הם ברי של בע"ד עם ברי של אחר שם בב"ב ד' קל"ה ע"כ שפיר י"ל דהא דס"ל לרב דמהני תפיסה ע"י שליח בספק אי הולך כזכי משום דאזיל לטעמי' דס"ל דהברי של אחר מהני כמו ברי של בע"ד ע"כ

ס"ל דמהני תפיסה ע"י שליח אבל אביי לטעמי' דס"ל דלא מהני ברי של אחר ע"כ שפיר אמר דשליח מתנה כשליח דגט דאף דמספקא לי' אי הולך כזכי או לא אפ"ה מצי הנותן לחזור וליטלו מהשליח משום דתפיסה ע"י שליח לא מהני דה"ל כמו ברי של אחר ולא יהי' עדיף טענת קים לי של השליח מן אלו טען טענת ברי לי דלא מהני ג"כ לשיטתו ואף דהבע"ד בעצמו טוען קים לי עכ"ז הא לא הוי תפוס בעצמו כן י"ל בדרך פלפול:

אכן מדחזינן דהרשב"א בתי' הב' דכתב דהא דאביי דשליח מתנה כגט דלאו בחדא מחתא נינהו ואינו מחלק כן בע"כ מוכח דס"ל להרשב"א דאף לאביי דס"ל דהברי של אחר לא מהני עכ"ז אם הי' דברי אביי מצד ספק אם הולך כזכי הי' מהני תפיסת השליח בספיקא אלמא דס"ל בתי' הב' דמהני תפיסה ע"י שליח בספק דדינא וכנ"ל ע"כ קשה להוציא מהמוחזק אף ע"י שליח וכדברי התומים וגם מזה מוכח דלא כמש"כ לעיל לדחות די"ל דבאמת רב ס"ל כמ"ד תופס לבע"ח בחב לאחרים דקנה דאם כן ה"מ להרשב"א לומר דהא דאביי דס"ל דשליח מתנה חוזר הוי משום דס"ל כדקיי"ל לדינא דתופס. לבע"ח לא קנה בחב לאחרים ורב ס"ל דתופס לבע"ח קנה ומדלא כתב כן מוכח דס"ל דזה אינו משום דזה לא מקרי חב לאחרים. כיון דהוי ספק חב וע"כ הוצרך לדחוקי בתי' הב' ולומר דלאו בחד אנפא נינהו א"כ מוכח מתי' הב' כשיטת התומים ולכן שפיר פסק הרמ"א באה"ע סי' ע"ז דמהני תפיסת האב במורדת כמו דמהני תפיסתה בעצמה:

ולפי"ז י"ל לדינא כיון דפסק הש"ך בתקפו ובאמת מש"כ לדון ולדמות תפיסה ע"י שליח להא דקיי"ל דהברי של אחר לא מהני באמת אין זה דמיון כלל דהא כתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ד' לבאר הטעם למ"ד דס"ל ברי ושמא ברי עדיף טעמי' משום דהנתבע דמספקא לי' מבעי לי' להחמיר ככל ספק תורה ולהתובע דטוען ברי לי לא שייך להחמיר דהא אין לו שום ספק כלל ולכן ברי של אחר לא מהני דאינו רשאי לסמוך על ברי של אחר כיון דהוא בעצמו אינו יודע יע"ש בספרי א"כ ז"א שייך רק בטענת ברי לי אבל בטענת קים לי הא כיון דהשליח תופסו וטוען קים לי דהחפץ שייך להשני א"כ לפ"ז הוא משועבד להב' מדר"נ דהא אף בפקדון שייך דר"נ כמבואר בסי' פ"ו א"כ רשאי לתפוס ממונו של חבירו ולטעון קים לי דאין אני רשאי להחזיר הממון לאחר והוי בזה ג"כ כמו ברי של הבע"ד כיון דהוא עצמו החייב להב' מצד דר"נ דהתורה עשאו לבע"ד מצד ונתן לאשר אשם לו וכמבואר בקצה"ח ריש סי' פ"ו וכן כאשר ימסור השליח להב' וודאי דמהני תפיסתו מצד טענת קים לי דיטעון הבע"ד ג"כ דהא הבע"ד ג"כ אומר קים לי והוי ברי של בע"ד ג"כ ע"כ אין זה דמיון כלל להא דברי של אחר ושפיר י"ל דמהני תפיסה ע"י שליח: וכן מש"כ לעיל לדון דרב ס"ל כרבה תלמידי' דמדמה ברי של אחר

לברי של בע"ד בב"ב ד' קל"ה ג"כ יש לדחות זה מצד דהא מצינו דרב הונא ס"ל ברי ושמא ברי עדיף כמבואר בב"ק ד' קי"ח ושא"ד וכיון דרב הונא תלמידו ס"ל כן מסתמא ס"ל לרב כן כדמקשה בשבת ד' קכ"ח עפי"ז יע"ש ומאן דס"ל ברי ושמא ברי עדיף בע"כ יחלק בין ברי של בע"ד לברי של אחר כמבואר בב"ב שם אך בזה י"ל דשאני ברי במקום דה"ל להנתבע למידע כמש"כ התוס' שם לחלק אליבא דרב יהודה וקצרתי:

ענף ה:

ובני היקר כו' מהור"ר צבי הירש נ"י אמר להוכיח דמהני תפיסה ע"י שליח בספיקא דדינא דהא יש להוכיח בהא דאמרינן בקנסא דלא מגבינן בבבל ואי תפס לא מפקינן מיניה דאף ע"י שליח מצי לתפוס וזה לא מקרי חב לאחרים כיון דבאמת מצד דין תורה היה מחוייב רק מצד דאין לנו ב"ד מומחין להוציא ממנו ע"כ אין גובין וראי' לזה מהא דאי' בב"ק ד' פ"ד ההוא תורא דאלס ידי' דינוקא אתא לקמי' דרבא א"ל זילו שיימוהו כעבדא א"ל רבנן והא אין גובין בבבל א"ל נפ"מ אי תפס וכתב הרא"ש שם בשם רב אלפס דציוה לשום באם יתפוס שידע כמה יש לו לתפוס והרא"ש כתב דאין שמין לגבות הנזק אלא אם תפס הניזק שמין ושם הא היה עובדא בינוקא וקטן לאו בר תפיסה הוי, וע"כ מיירי דאביו תפס עבורו. וכ"כ השמ"ק שם דמיירי אם אביו יתפוס עבורו ועיין בעובדא בב"ק שם דלעיל מינה בהאי חמרא דקטע ידיה דינוקא דא"ל כי גדול מפייסנא מדידי אלמא דינוקא קטן הוא ואי נימא דלא מהני תפיסה בקנס ע"י שליח משום דמקרי חב לאחרים קשה איך מהני תפיסה ע"י האב עבור הקטן הא הוי חב לאחרים. ורבא הא ס"ל דבחב לאחרים לא קנה כמבואר בב"מ ד' ח' ובתוס' ב"מ ד' י' ד"ה איתיביה כו' ועיין בנדרים ד' ל"ד ע"ב בר"נ. בשלמא לשיטת האלפס דהיה השומא באם יתפוס לאח"ז א"ש די"ל דהכוונה היה אם יגדיל ויתפוס אבל לפי' הרא"ש דהכוונה היה באם תפס כבר קשה כנ"ל וע"כ מוכח מזה דתפיסה בקנס מהני אף ע"י שליח משום דזה לא מקרי חב לאחרים כנ"ל. או אפשר דבכלל התקנה דתקנו דיועיל תפיסה בקנס כמש"כ הרמ"ה ספ"ק דב"ק בהרא"ש שם היה בכלל התקנה דגם ע"י שליח יועיל תפיסה וכיון דמוכח עכ"פ דבקנס מועיל תפיסה ע"י שליח יהיה מאיזה טעם שיהיה:

א"כ לפ"ז יש להוכיח דגם בספיקא דדינא מהני תפיסה ע"י שליח' מהא דכתב הרא"ש לב"ק פ"ב סי' ב' בבעיא דרבא יש העדאה לצרורות דהקשה על האלפס דלמה לא הביא הך דרב אשי אם יש שינוי לצרורות לרביע נזק ותי' משום דס"ל דאין נפקותא בבעיא זו דהא בלא תפיסה לא דיינינן לקנס וכי תפס גובה ח"נ עכ"ל ואי נימא דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה ע"י שליח תקשה על תי' הרא"ש הא עדיין נפ"מ ממה דבעי ר"א כן לענין

אם יתפוס ע"י שליח דמצד תפיסה בקנס הא נתבאר דמהני ע"י שליח ואלו היה מביא האלפס לבעיא דר"א לא מהני התפיסה ע"י שליח א"כ עדיין יש נפ"מ מן איבעיא דר"א והיה לו להביא הא דר"א בבעיא זו ומדחזינן דלא הביא האלפס לזה מוכח דמהני תפיסה ע"י שליח בספק. אך י"ל בכ"ז דהא מבואר בב"ק ד' פ"ז דחובל בבניו של אחרים קטנים יעשה סגולה וכתב הרמב"ם פ"ד ה' חובל ובשו"ע ח"מ סי' תכ"ד דילקח בהם קרקע והאב אוכל פירות עד שיגדלו ועי' בב"י שם שכתב דהיה איזה גירסא בספרי הרמב"ם דהן אוכלין הפירות אבל העיקר כגירסת דהאב אוכל פירות ולפ"ז י"ל דבאמת מן הדין לא מהני גם בקנס תפיסה ע"י שליח משום דמקרי חב לאחרים כיון דאם לא תפס לא מגבינן וגם הא בקנס לא מחוייב אף לצי"ש כמבואר בתוס' כתובות ד' ל"ג ע"ב ד"ה לאו משום דלא מחייב כו' וביר‌ושלמי ספ"ג דכתובות והא דמוכח בב"ק ד' פ"ד בינוקא דאם תפס האב מהני י"ל דשא"ה בחבל לינוקא כיון דיש זכות להאב בהמעות דיגבו עבורו דיאכל הפירות א"כ שייך בזה מיגו דזכי לנפשיה זכי לחבריה וכמו הא דב"מ ד' ח' בשנים שהגביהו מציאה דלא מקרי תופס במקום שחב לאחרים יעו"ש ובח"מ סי' ק"ה בש"ך ס"ק ב' ובסמ"ע ס"ק ג' וכן אי' בגיטין ד' מ"ח דבעל בנכסי אשתו ונחית אפירי מגו דמשתעי דינא אפירי משתעי דינא אגופא ע"כ דברי בני שיחי' ויפה כתב להעיר בכ"ז:

ואנכי אמרתי בזה די"ל כיון דמבואר באה"ע סי' פ"ג סעי' א' דבעל אינו יכול לתבוע חלק חבלה של אשתו רק ע"י הרשאה ממנה וכתב הב"ש שם ס"ק ה' לחלק דלא תקשה ע"ז ממה שכתב התה"ד והובא בסי' פ"ה דמעות אשתו א"צ הרשאה משום דשאני היכא דלא בא לידה המעות כו' ע"כ יש לחלק בין הא דגיטין ובין הא דב"ק אף דיש לו זכות בפירות אך אפשר דכיון דתפס האב כבר שאני אבל לענ"ד י"ל בזה לפמש"כ הרא"ש לב"מ ד' י' דאפטרופס יכול לתפוס אף במקום דחב לאחרים וכן הובא זה בח"מ סי' ק"ה וגם הא כתב הרמ"א בח"מ סי' רפ"ה סעי' ח' דלדיעה קמייתא שם ס"ל בקטן שיש לו אב דאם אביו ראוי להיות אפטרופס ממנין ב"ד אותו לאפטרופס ודיעה ב' ס"ל דאין ב"ד מחוייבין לחקור בקטן שיש לו אב וכתב הסמ"ע שם דהב"ד סומכין אאביו ע"כ א"ש בפשיטות הא דב"ק דמהני תפיסת האב עבור בנו הקטן דמצד תפיסת אפטרופס אתי' עלה ואף לדיעה הראשונה הנ"ל מיירי התם דהב"ד מינו אותו לאפוטרופס על נכסי בנו ואין ראיה כלל לחדש דתפיסה בקנס יהיה מועיל ע"י שליח ולפ"ז נסתר הראיה מהרא"ש לב"ק הנ"ל וגם הסברא נותנת בוודאי בהא דמהני תפיסה בקנס דמ"מ ע"י שליח לא מהני תפיסה דמקרי וודאי חב לאחרים. ועיין באה"ע סי' צ"ג סעי' כ"ג ברמ"א שם דע"י שליח לא מהני תפיסה שם ועיין בב"ש שם ס"ק מ"ד:

אכן כבר כתבתי להוכיח דקשה להוציא מן השליח אם תפס במקום ספיקא דדינא וגם הח"מ קאמר בלשון אפשר דלא מועיל תפיסה משום דלא ברירה ליה כ"כ וע"כ אין להוציא מן השליח אם תפס במקום ספיקא דדינא:

ובני מחמד לבבי מהור"ר צבי נ"י אמר דאי נימא דמהני תפיסה ע"י שליח בהנך דלא מגבינן בבבל כנ"ל א"ש דברי רש"י בב"ק ד' ל"ו ע"ב ד"ה ההוא דתקע ליה דפירש דהיה תפוס:

והקשה הרשב"א והשמ"ק דא"כ לא שייך בזה לשון ניתבי' ניהליה אכן אי נימא דמהני תפיסה ע"י שליח בזה אתי שפיר די"ל דמיירי בתפס ע"י שליח וע"כ שייך שפיר בזה לשון ניתביה ניהליה דיתן השליח לו אך י"ל דרש"י לטעמיה דס"ל בב"מ ד' יו"ד בכל תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דאם עשאו שליח מהני תפיסתו. ע"כ אין הכרח להוכיח כן לדינא ויש להאריך בכ"ז ע"כ דבריו הנחמדים:

סימן ב:

בתפיסה על ידי שליח:

ענף א:

הנה לפמש"כ בסי' הקודם להוכיח מן הא דגיטין ס"ג דמהני תפיסה ע"י שליח ולכה"פ תפיסה ברשות וודאי יש להוכיח מהתם דמהני א"כ יש להעיר עפ"ז בהא דאה"ע סי' נ"ג גבי נדוניות חתנים בפלוגתת רש"י ור"ת ואם הנדוניא ביד שליש כתב המרדכי דיחלוקו ועיין בח"מ ובב"ש ולכאורה קשה דהא קיי"ל דבספק הנולד במטלטלי ואין תפוס בהם שום א' רק מונח באגם או ביד שליש דכתב המל"מ פ' ט"ו ה' טוען ה"ט דהדין הוא דמוקמינן בחזקת מ"ק א"כ ה"ה הכא בנדוניא דיש פלוגתת רש"י ור"ת אם שייך להבעל או להאב והמעות מונח ת"י השליש קשה דנימא אוקי המעות בחזקת מ"ק דהא גם במעות שייך חזקת מ"ק כדמוכח בתו' כתובות ד' ע"ו ד"ה על בעל החמור כו' ודלא כמש"כ הש"ך בסי' צ"א וכמש"כ הקצה"ח שם וינתן להאב מצד דחזקת מ"ק מסייע ליה וי"ל דהא דמונח ת"י שליש הוי כאלו שניהם מוחזקים וכמש"כ התוס' בריש ב"מ ד' ב' ד"ה ויחלוקו דבמנה ג' הוי כמו דהנפקד תופס בחזקת שניהם כו' וכיון דשניהם מוחזקים ע"כ לא מהני חזקת מ"ק ולכן שפיר כתבו דיחלוקו האב והבעל:

ולפמש"כ הח"מ והב"ש בסי' ע"ז דבמקום ספיקא דדינא לא מהני תפיסת השליח משום דהוי תופס במקום שחב לאחרים א"כ קשה כיון דיש חזקת מ"ק המסייע להנתן הנדוניא ליד האב ורק מחמת תפיסת השליש עבור הבעל והאשה נותנים מחצה להבעל וקשה הא הוי השליש חב להאב כיון דלולא תפיסתו היה שייך להאב מחמת החזקת מ"ק אלא

דתפיסת השליש מרעא להחזקת מ"ק א"כ קשה הא ה"ל תופס וחב לאחרים ואפשר נחלק קצת לשיטת הח"מ והב"ש דשאני היכא דהוי השליח תפוס ברשות כמו הכא שכבר השליש האב עצמו ת"י השליש ע"כ בכה"ג לא מקרי חב לאחרים משא"כ היכא דהשליח לא הוי תפיס ברשות בזה כתבו דהוי חב לאחרים ולא קנה כן מוכרח לחלק אלייהו אבל באמת זה החילוק לא נכון בעיני דמה בכך הא כיון דאם לא יתפוס השליש עבור הבעל ינתן כולו להאב א"כ ע"י תפיסתו הוי חב לאחרים וכן מצינו בגיטין ד' י"א על מתניתין דתן שחרור זה לעבדי דקאמרי בגמ' שם ש"מ התופס לבע"ח וחב לאחרים דקנה ופי' הר"נ שם משום דאם לא היה חב לאחרים היה נעשה השליח לשליח לזכות הש"ש עבור העבד ופי' התוס' שם ד"ה ש"מ התופס כו' הוא דחוק כמש"כ הר"נ ופ"י שם והא התם היה השליח תופס ברשות על הש"ש ואפ"ה מקרי חב לאחרים ולא מחלק הגמ' דשא"ה דהוי תפוס ברשות אלא משני דתן כזכי דמי אלמא דלא מחלקינן גבי תופס וחב לאחרים בין תופס ברשות או לא א"כ לגבי ספיקא דדינא אם נימא דמקרי חב לאחרים הסברא נותנת דאף בתופס ברשות מקרי חב לאחרים וקשה לחלק כן ובאמת לפי הך סברת החילוק בין תפיס השליח ברשות או לא יש לחלק עפ"ז מהא דגיטין ד' ס"ג דהובא לעיל די"ל דשא"ה דהוי השליח תפיס ברשות אבל באמת אין מקום לחלק בזה בין תפיס ברשות או לא אי נימא דזה מקרי חב לאחרים: ולפ"ז י"ל הכא בשליש המושלש ת"י מעות הנדן דאף דאמרינן דיחלוקו עכ"ז לא אמרינן כן רק היכא דהשליש אינו רוצה לזכות עבור הבעל לבדו אלא תופס סתם וכפי הדין ע"כ בזה שפיר אמרו דיחלוקו לפי שמן הסתם הוא תופס בחזקת שניהם וכמש"כ התוס' בריש ב"מ כנ"ל אבל היכא דהשליש אומר בפירוש דרוצה לתפוס כל המעות עבור הבעל והבעל עשאו לשליח לזכות המעות עבורו בזה הדין נותן דמהני תפיסתו בכל המעות עבור הבעל ודינו כמו דתפס הבעל דיכול לומר קים לי כמבואר שם וה"ה בתפיסת השליש עבורו בתורת שליחות ובטענות קים לי דהוי כמו טענת ברי ובזה אין לחלק בין תפס ברשות או לא דהא גבי הא דשליש ג"כ הוי תפס ברשות כנ"ל ובוודאי יש להוכיח זה מהא דגיטין הנ"ל והא דסי' נ"ג מיירי באין רוצה לתפוס כולו עבור הבעל בתורת שליחות אלא סומך על פסק הב"ד לכן אמרו שם דיחלוקו משום דסתם הוא תופס בעד שניהם אבל היכא דנעשה לשליח לתפוס עבור הבעל ואומר בפירוש דתופס כולו עבור הבעל בזה יש לדון דאף דלא מסרן עדיין להבעל דמ"מ ינתן להבעל כיון דזכה עבורו ואף דמתחלה היה בחזקת שניהם מ"מ הא מצי לחזור בו ולטעון קים לי דהוי כמו טענת ברי ועיין בט"ז סי' קפ"ט ובקצה"ח והא

דב"מ ד' גבי מנה שלישית דמונח ולא כל דאלים גבר ולא תלוי שם ברצון הנפקד דהא טוען ספק אבל בנ"ד הא טוען השליש קים לי דהוי כמו טענת ברי וקצרתי:

ומה דהקשיתי דלמה לא מוקמינן הכא הנדן אם הוא בעין בחזקת מ"ק י"ל בזה ע"פ דברי הרשב"א בתשובה והובא במל"מ פ' ט"ו מטוען בקרקע דהוי מכירה ידוע ותרי ותרי מכחישין אם היה תנאי או לא דפסק הרשב"א כיון דהיה מכירה ידוע והספק הוא בתנאי דלא שייך בזה לומר אוקי קרקע בחזקת בעליו וה"ה בספיקא דדינא כמש"כ שם המל"מ והובא בקונטרס הספיקות בקצה"ח כלל ז' אות ח' וט' וי' והסביר זה דכיון דהי' מכירה וודאית וספק בתנאי ע"כ איתרע חזקת מ"ק כו' וכ"כ הנתיבות בדיני תפיסה סי' כ"ב ע"ש ולפ"ז י"ל דה"ה הכא בנדוניות חתנים כיון דהיה מתנה ודאית רק הספק הוא אם היה אומדנא דנתן רק ע"מ שתהנה בתו או לא והוי הספק בתנאי לכן לא שייך בזה לדון כלל לחזקת מ"ק ולכן שפיר אמרו דיחלוקו: ולכן באם השליש תופס עבור הבעל בתורת שליחות דיכול לתפוס דהא היכא דלא שייך חזקת מ"ק כבר כתב הרשב"א לגיטין ד' ס"ג אף בתירוץ קמא דבחוב כיון דלפרעון עומד לא שייך חזקת מ"ק ע"כ מהני תפיסת השליח וכמש"כ בסי' הקודם לבאר זה ע"כ מהני תפיסת השליש בכולו בתורת שליחות עבור הבעל ובזה אף לתי' א' של הרשב"א גיטין מועיל תפיסת השליש ככל המעות ועיין בנמוקי יוסף ריש ב"מ מזה:

אך לכתחלה אינו רשאי השליש להיות תופס עבור א' דהא גם בבע"ד עצמו אמרו דאי תפס אבל לא לכתחלה וכעין סברת הנתיבות בסי' כ"ח ס"ק ב' ע"ש אבל אם עבר השליש ואמר שתופס בשליחותו אף דלא מסרן עדיין להבעל יש לדון דאין מוציאין ממנו וזה פשוט דאם עבר השליש והחזיר כולו לא' מהם וודאי פטור כמבואר כה"ג באה"ע סי' פ"ו סעי' ו' דאם החזיר הנפקד להבעל דפטור וכמש"כ שם הח"מ ס"ק ז' והב"ש ס"ק ח' וכמו בכל ספיקא דדינא דפטור הדיין בעבר ומסר לאחד וכמבואר בח"מ סי' כ"ה בש"ך ס"ק ב' ע"ש אך אף בלא עבר ומסרן להבעל ג"כ יש לדון דמהני תפיסתו עבור הבעל כן י"ל בכ"ז:

ענף ב:

ודע דיש להעיר בהך נדוניות חתנים בפלוגתת רש"י ור"ת דפסק הרמ"א דאין מוציאין מן האב אלא אם תפס החתן מהני דלפמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י' בארוכה לבאר שיטת הרא"ש בב"ב פ"ט סי' כ"ג בהך בעיא דהקדיש שכ"מ דדעתו כיון דהוי ספק באומדנא מחמת תיקו ע"כ הוי זה כמו דברים שבלב ולא מהני לסתור למה שהקדיש בפי' ע"כ י"ל דלפ"ז ה"ה בהך פלוגתא כיון דהיה מתנה בפי' לבתו רק דהספק נולד מצד

הדין אם היה אומדנא דע"מ שתהנה בתו או לא א"כ הוי ספק בעיקר האומדנא ומקרי דברים שבלב ולא מבטלינן משום זה להמתנה בפי' והרמ"א שפסק כן בסי' נ"ג י"ל דאזיל לטעמיה דהא פסקו בח"מ סי' ר"נ סעי' ג' דלא כדברי הרא"ש דב"ב הנ"ל אכן להכלל של הרא"ש דב"ב י"ל דחייב האב לשלם להחתן ואפשר לחלק בין איבעיא דנשאר בש"ס לספק ובין פלוגתא דרבוותא דהא הש"ך בספר תקפו כהן כתב לחלק אף לדידן דקיי"ל דלא מהני תפיסה בתיקו היינו משום דבעי טענת ברי ובמה דנשאר בש"ס בספק ואין שום א' יכול להכריע ע"כ אין יכול לטעון ברי אבל בפלוגתא דרבוותא דיכולים להכריע ע"כ יכול לתפוס ולומר קים לי דהלכה כמותו. ועפ"ז כתבתי לדון ענין אחד בספרי באר יצחק ח' אה"ע סימן ו' ענף י"ב ע"ש וע"כ י"ל דאף לדעת הרא"ש דבהקדיש שכ"מ מקרי זה דברים שבלב מצד ספק אומדנא דז"א רק בתיקו דנשאר בש"ס בספק דזה מקרי שפיר ספק אומדנא כיון דאין שום אדם יכול להכריע אבל בספק הנולד' מצד פלוגתא דרבוותא כיון דטוען המוחזק ברי דקים ליה כוותיה ולפ"ז לא הוי שום ספק כלל ע"כ כה"ג מהני תפיסה אף לשי' הרא"ש:

וראיה לזה מהא דכתב הרא"ש יבמות פ"ו סי' י"א ובתוס' ד' ס"ד ובטור ושו"ע אה"ע סי' קנ"ד סעיף כ"א בפלוגתא דרבוותא אי כופין בשוטי או לא דכתבו כולם דאין כופין בשוטי כי היכי דלא ליהוי גט מעושה ומשמע דאם עברו וכפוהו בשוטי דהגט פסול מצד חשש גט מעושה וקשה הא כיון דבפיו אמר רוצה אני והספק הוא במחשבתו אי נתרצה בל"ש או לא א"כ הא לשיטת הרא"ש גופא הוי זה ספק אומדנא וכמש"כ בספרי סי' י' ענף ו' כה"ג ע"ש ודוחק לחלק דשא"ה דהספק הוא לא באומדנא רק בענין אחר דהא עיקר הספק הוא בהמחשבה ועיין בקידושין ד' נ' דמוכיח הש"ס מהא דכופין לו עד שיאמר רוצה אני דדברים שבלב אינן דברים ברשב"א וב"ב ד' מ"ח וקצרתי]: וע"כ מוכח דבספק פלוגתא דרבוותא לא מקרי ספק אומדנא כיון די"ל דלמא יבא א' ויכריע ואז לא יהיה שום ספק כללי ואף הרא"ש מודה לזה וע"כ א"ש הא דנדוניא הנ"ל ומצאתי כעת ת"ל בתה"ד סי' שכ"א דהקשה על הך פלוגתא דנדוניות חתנים דהא הוי ספק באומדנא ולפמש"כ הרא"ש בב"ב בשכ"מ שהקדיש נכסיו דמשום דהוי ספק באומדנא לא מבטלין להמתנה א"כ ה"ה בזה ונשאר בצ"ע ובעז"ה כבר כתבתי להקשות כן מדעתי ותירצתי היטב בעז"ה ועיין במל"מ פ' ט"ו הל' טוען הל' י"א ועוד יש להעיר בהא דסי' נ"ג כיון דבנתן ליד שליש פליגי בה אם הר"ת מודה או לא. א"כ הוי ספק ספיקא שמא הלכה כרש"י ואת"ל כהר"ת אכתי ספק דלמא הלכה דבשליש גם הר"ת מודה ואף דלהוציא לא מהני ס"ס ודלא כהב"ש סי' נ"ג ס"ק ט"ו ובסי' ע"ז ס"ק י"ז משום דאין הולכין בממון אחר

הרוב וה"ה בס"ס עכ"ז הא מצינו בח"מ סי' רצ"ב סעי' י' בשם התה"ד סי' שי"ד ובש"ך שם ס"ק כ"ז דמש"כ התוס' דהנפקד תופס בחזקת שניהם דלא הוי מוחזק גמור ומהני ביה רובא א"כ ה"ה ס"ס ואפשר דס"ל להרמ"א באה"ע סי' נ"ג דזה מקרי ס"ס משם א' ולא מהני ועיין מזה בספרי ח' אה"ע סי' ו' ענף ט' ואכמ"ל בכ"ז היוצא לנו מזה דבספיקא דדינא מועיל תפיסה ע"י שליח ולא מבעיא אם השליח הוא תפוס ברשות ואף אם לא תפוס ברשות קשה להוציא ממנו וכמש"כ האו"ת::

ענף ג:

אחר כותבי זה נזכרתי דיש להעיר ע"ז מהא דגיטין ד' י"ד ע"ב במה דמספקא לחכמים שם אי הולך כזכי או לא דאמרו יחלוקו וכאן אמרו מה שירצה שליח יעשה ופי' רש"י שם דיראה השליח בדעת המשלח אם היה עינו יפה כו' ובתוס' שם ד"ה וכאן אמרו שודא עדיף כו' ובכתובות ד' צ"ד אמרו דהני תנאי פליגי אי חלוקה עדיף או שודא עדיף ולפמש"כ לדון דמהני תפיסת השליח בכל ספיקא דדינא וכש"כ היכא דהוי השליח תפוס ברשות א"כ קשה דל"ל שם לומר דלכן תלוי ברצון השליח משום דשודא עדיף ולשיטת רש"י הפירוש הוא דתלוי ע"פ אומדנות השליח איך היה דעת המשלח הא בלא"ה ג"כ י"ל דלכן תלוי ברצון השליח כיון דהוי ספיקא דדינא ויכול השליח לתפוס עבור מי שירצה וכמש"כ כנ"ל אבל באמת אינו קשה כלל לפי המבואר בתוס' גיטין שם ד"ה וחכמים אומרים יחלוקו כו' דרבינו האי מוכיח מזה דכל תיקו יחלוקו והר"י כתב דלא אמרינן הכי אלא היכא דאשכחן בהדיא יחלוקו דאדרבה אומרים אוקי ממונא בחזקת מרי' עכ"ל התוס' אלמא דס"ל להר"י דמן הדין הוי לנו לומר הכא אוקי ממונא בחזקת מרא קמא אלא הכא דוקא אמרו חז"ל דיחלוקו וכעין מש"כ התוס' בב"ב ד' ע"ב ד"ה אתמר להאי גיסא כו' ועפ"ז מתורץ קושיות התוס' בב"מ ד' פ' ד"ה ואי דוכתא כו' ע"ש ועי' בט"ז סי' קפ"ג סעי' ו' וקצרתי] וכיון דמן הדין מבעי לן לומר התם אוקי אחזקת מ"ק וידוע מש"כ הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל א' דחזקת מ"ק דינו כמו כל חזקת ממונא יעו"ש. וכיון דהכא בנידון זה אמרו חז"ל דלא מהני חזקת מ"ק דהוי כעין חזקת ממונא וכמש"כ התוס' ע"כ לא מהני הכא תפיסת השליח עבור מי שירצה להחזיק עבורו כיון דהכא אמרו חז"ל כפי ראות עיניהם בנידון זה דלא מהני כלל מוחזק וחזקת מ"ק ע"כ אמרו בזה חלוקה או שודא וכ"ז פשוט: ועפ"ז יש לדון במה שכתב רש"י שם ד"ה מספקא להו אי כזכי דמי או לא ואי מצוה לקיים או לא עכ"ל רש"י וכתב המל"מ פ"ד ה' מלוה ד"ה ולענין הלכה כו' להוכיח מן רש"י הנ"ל דספק ספיקא לא מהני להוציא מן מוחזק ע"ש אבל באמת י"ל דשאני הכא כיון דאמרו חז"ל בזה בפי' דיחלוקו ע"כ לא

ילפינן מזה לשארי דוכתי וכמש"כ התוס' דלכן לא מוקמינן הכא בחזקת מרא קמא אבל היכא דלא אמרו חז"ל כן בפי' שפיר י"ל דמהני ספק ספיקא וכ"ז פשוט:

ולכאורה יש להקשות בהא דגיטין ד' ס"ג דמספקא לרב אי הולך כזכי ולכן אינו חוזר הא כיון דמצינו הכא בגיטין ד' י"ד דחכמים אומרים יחלוקו וכאן אמרו שודא משום דמספקא להו אי הולך כזכי וכיון דמצינו לתנאי דהיה מספקא להו אי הולך כזכי ופסקו דיחלוקו או שודא א"כ תקשה על רב דהיה מספקא ליה אי הולך כזכי ופסק דאינו יכול לחזור ולהוציא מן השליח והא ה"ל לומר יחלוקו ואין לומר דשאני בפרעון חוב דלמיפרע קיימו וכסברת הרשב"א והריטב"א והר"ן לגיטין שם. דזה אינו דהא הך סברא דלמיפרע קיימי אינו רק דמשום זה מגרעין כח החזקת מ"ק של הבעלים הראשונים וכיון דמצינו גבי מתנה דיש להנותן חזקת מ"ק מ"מ אמרו חז"ל בזה דמספקא להו אי הולך כזכי או לא דיחלוקו כש"כ היכא דלא שייך חזקת מ"ק דמבעי לומר דיחלוקו ולא ינתן רק מחצה להמלוה ודוחק לומר בזה רב תנא ופליג וגם אין לומר בזה דלכן אמר רב דאם בא לחזור אינו חוזר משום דס"ל כשיטת התנאים דס"ל בסוף פ"ק דגיטין דמה שירצה שליח יעשה וזהו שודא וע"כ אם רוצה השליח להיות תופס עבור המלוה דתלוי בדעתו דז"א דהא אי' בכתובות ד' צ"ד גבי שני שטרות היוצאים ביום א' דרב ס"ל חלוקה עדיפא ולא שודא ועיין ברשב"א ובר"נ לגיטין דף ס"ג דכתבו דלרב דמספקא אי הולך כזכי ע"כ י"ל גבי מתנה דשייך להנותן משום חזקת מ"ק וזהו טעמו דאביי בגיטין ד' ל"ב דאמר שליח מתנה כשליח דגט גבי הולך כזכי וקשה דאמאי לא נימא יחלוקו ובאמת בסוף דברי הרשב"א והריטב"א שם ראיתי שכתבו ג"כ דאי נימא דמספקא להו אי הולך כזכי ה"ל לומר שודא או יחלוקו כנ"ל אכן הר"נ שם בשיטת המפרשים לא כתב כן וקשה כנ"ל:

ואפשר לומר בזה דרב ואביי ס"ל כמסקנת הגמרא דספ"ק דגיטין שם דמסיק דבבריא כ"ע לא פליגי כו' והב"ע בשכ"מ ומספקא להו אי כר"א ואי כרבנן ואי מצוה לקיים דברי המת או לא ובזה אמרו יחלוקו או שודא אבל בבריא לא מצינו דיאמרו יחלוקו אי נימא דמספקא ליה אי הולך כזכי או לא וע"כ שפיר אמרו דמוקמי ממונא בחזקת מ"ק או ברשות המוחזק כיון דמספקא להו אי הולך כזכי או לא והיכא דלא מצינו בפי' דאמרו יחלוקו ושודא לא אמרינן מעצמינו כן גם י"ל דדוקא בזכות הנותן אף דיש לו חזקת מ"ק גרעו זכותו ואמרו יחלוקו משא"כ בזכות המקבל בחוב לא מצינו דגרעו זכותו ואין למדין כו':

ענף ד:

ובעיקר דברי רש"י הנ"ל שכתב שם במה דאמרו מספקא להו אי הולך כזכי ואי מצוה לקיים דברי המת וכן לקמן כתב רש"י דמספקא ליה אי הלכה כרבנן או כר"א ואי מצוה לקיים כו' דכתב המל"מ בפ' ד' ה' מלוה ה' ו' ד"ה ולענין הלכה כו' דכוונת רש"י דמספקא לחכמים בהני שני דברים דווקא ע"ש א"כ תקשה קושיות הפני יהושע ספ"ק דגיטין שם דמי הכריח לרש"י לפרש זה דלמא לא מספקא להו רק אם הולך כזכי או לא עיי"ש והנלענ"ד בזה דכוונת רש"י לתרץ לקושיות התוס' דלמה לא מוקמינן הכא בחזקת מ"ק כמו בכל דוכתי וכמו שמוכיח מזה באמת רבינו האי דבכ"מ חולקים וע"כ כתב רש"י לתרץ זה דשא"ה דהוי ספק ספיקא וקאי הך דחכ"א יחלוקו על הסיפא דמת משלח וס"ל לרש"י דבמקום חזקת מ"ק מהני ס"ס דהוי עי"ז ספק השקול וכמש"כ הקצה"ח בקונטרס הספיקות להסתפק אם מהני רוב במקום חזקת מ"ק או לא. וס"ל לרש"י דחזקת מ"ק עדיף מכל אוקי אחזקה ולכן רוב או ס"ס נגד חזקת מ"ק הוי ספק השקול ולכן חולקים או שודא אבל במקום חזקת ממונא שפיר י"ל דלא מהני ס"ס כלל להוציא מהמוחזק דהא אין הולכין בממון אחר הרוב ולפי"ז מתורץ מה שהקשיתי לעיל על הא דסי' נ"ג גבי נדוניות חתנים בהושלש ת"י שליש דפסק התה"ד והרמ"א דיחלוקו וקשה אמאי לא נימא אוקי בחזקת מ"ק אבל לפמש"כ להוכיח מרש"י דספ"ק דגיטין דס"ל דס"ס וחזקת מ"ק שקולים הם ויחלוקו ע"כ שפיר י"ל התם דיש ס"ס המסייע להחתן ספק א' דלמא הל' כרש"י דלא ס"ל לאומדנת חתנים ואת"ל כהר"ת דלמא הל' כשיטת המרדכי דבא ליד שליש זכה בהם ויש חזקת. מ"ק המסייע לאבי האשה א"כ הוי ספק השקול וע"כ יחלוקו:

אכן בגוף הענין דפסקו שם הרמ"א והתה"ד גבי נדוניות חתנים דיחלוקו קשה לי דאמאי לא אמרינן שודא דהא מבואר פלוגתא דתנאי ספ"ק דגיטין בספיקא דדינא אי אמרינן שודא או יחלוקו ומבואר בכתובות ד' צ"ד דשמואל ס"ל שודא עדיפא וכן מבואר בח"מ סי' ר"מ דהלכה כשמואל בזה ועיין בנ"י ריש ב"מ מזה וכן יש להקשות במה דמבואר בח"מ סוף סי' קל"ט דבדבר שהפוסקים חולקים דאם שייך ביה חלוקה דחולקין וקשה אמאי לא נימא שודא דהא קיי"ל שודא עדיפא אך בזה אפשר לומר כיון דידוע שיטת הר"ח דלא אמרינן שודא רק במומחה והובא בח"מ סי' ר"מ סעי' ג' והאידנא ליכא מומחה כמש"כ הש"ך בח"מ סי' ר"מ ס"ק ה' ע"ש וע"כ פסקו בסי' קל"ט דיחלוקו אבל בהא דאה"ע סי' נ"ג בנדוניא מונח ביד שליש דפסקו דיחלוקו קשה לי אמאי לא נימא בזה דמה שירצה שליח יעשה כמו דאמרו בספ"ק דגיטין בספיקא דדינא אי הולך כזכי או לא דכל מה שירצה שליח יעשה וכש"כ לשי' הר"ת שם דתלוי ברצון השליח ולא בעי

אומדנא שלו וגם לפי' רש"י שם דתלוי בראיות דעתו של המשלח כו' גם בנידון זה שייך כן אומדנא של השליש אם מקפיד דווקא על מנת שתהנה בתו או לא ועיין בש"ך סימן ר"מ ס"ק ד' דתמה על הטור שלא פסק כשי' הר"ת בזה:

והיכא דתלוי ברצון השליח לא בעי מומחה וכמש"כ הרא"ש כתובות פ"י סי' י"ג ובק"נ שם ס"ק ל"ז דהוי השליח כמו קבלי עלייהו והוי כמומחה לרבים יעו"ש ואין לומר דשאני בהא דספ"ק דגיטין דנולד הספק בעת שנתן לו אי הולך כזכי ואינו יכול לחזור ע"כ י"ל בזה דנתמנה דיין ע"ז משא"כ בנדן חתנים דבעת ההשלשה ת"י לא נולד הספק אז רק עד שמתה האשה אי הדין כרש"י ואי כהר"ת ע"כ אפשר דלא שייך לומר בזה דנתמנה לדיין ע"ז דז"א דהא רש"י פי' בספ"ק דגיטין דמספקא להו אי הולך כזכי ואי מצוה לקיים דברי המת ועיין במל"מ פ"ד ה' מלוה שרצה לפרש בכוונתו דחד מהנך מספקא להו יעו"ש א"כ הא הספק דמלד"ה לא נולד אז בעת שמסר המעות להשליח ואפ"ה אמרו משום הספק אי מצוה לקיים דברי המת דמה שירצה שליח יעשה. ואף דהמל"מ דחה פי' זה בכוונת רש"י שם עכ"ז לאו מטעם זה דחה וע"כ משמע ממנו דאם משום ספק דמלד"ה לחוד שייך לומר שודא א"כ ה"ה בהך ספק דנולד אי הלכה כרש"י או כהר"ת בנדוניות חתנים דיש לנו לומר דמה שירצה שליח יעשה דנתמנה לדיין מומחה ע"ז בכל ספיקות דיקרה בענין זה וכיון דקיי"ל שודא עדיפא כמו שפסקו בח"מ סי' ר"מ לדינא גבי ב' שטרות היוצאים ביום א' ע"כ ה"ה הכא בהך ספק דנולד אי הלכה כרש"י ואי כהר"ת על מעות המושלש ת"י השליש או משום ספק הנולד אם על מעות המושלש מודה הר"ת דלא אמרינן לאומדנא זו מבעי לן לומר שודא וע"כ תמה אני על מה שלא כתבו גבי מעות נדוניא המושלש דתלוי ברצון השליש או ע"פ אומדנא דיליה כנ"ל ומצאתי בספר תה"ד סי' שנ"ב שכתב שם גבי ספיקא דדינא דלא תפוס חד מינייהו דחולקין והקשה דאמאי לא נימא שודא ותי' דלא אמרינן שודא רק בדיין מומחה וכר"נ בדורו ועוד דהא כתב המרדכי בפ' מי שהיה נשוי מתשובת מהר"ם דלא אמרינן שודא רק היכא דאמרו בש"ס להדיא כן עכ"ל התה"ד ות"ל על מה שמצאתי בתה"ד דהרגיש בזה והובא בביאור הגר"א זצ"ל סוף סימן קל"ט ע"ש. ולפ"ז אתי שפיר במה דפסק התה"ד גבי נדוניות חתנים ביד שליש דיחלוקו ואף דהתם לא שייך לומר טעם הראשון שכתב התה"ד דבעי מומחה דהא היכא דמונח ת"י השליח לא בעי מומחה וכנ"ל ועכ"ז לטעם הב' שהביא בשם המרדכי דלא אמרינן שודא רק היכא דאמרו בש"ס להדיא כן ע"כ ה"ה בנדוניות חתנים בהך פלוגתא כיון דלא מצינו בש"ס ע"ז לומר שודא ע"כ אמרו בזה דיחלוקו אבל באמת מן סוגיות הש"ס בכתובות ד' צ"ד גבי ב' שטרות כו' דמסיק הש"ס תנאי אי חלוקה עדיף או

שודא עדיף. ולא אמרינן דדוקא התם בספ"ק דגיטין דנאמר בפי' שודא אמרינן כן אבל בשא"ד יותר טוב לומר חולקין וכדס"ל לרב שם וכיון דהש"ס קאמר בפשיטות ע"ז דתנאי הוא משמע דלא כהמרדכי בזה וע"כ י"ל דתה"ד עיקר סמיכתו שם הוא דלכן לא אמרינן שודא גבי ספיקא דדינא משום דבעי מומחה. וסברת המרדכי לא הביא רק לצירוף וכמו שכתב בביאור הגר"א זצ"ל לח"מ סי' קל"ט ס"ק ו' דלכן בספיקא דדינא לא אמרינן שודא משום דבעי מומחה בדורו ובזה"ז אין אומרים שודא אבל סברת המרדכי דכתב דלא אמרינן כן מעצמינו לא נזכר זה בביאור הגר"א שם וע"כ היכא דהמעות מונח ת"י שליש דבזה לא בעי מומחה וגם הא הכרעת הגר"א זצ"ל בח"מ סי' ר"מ ס"ק ט"ו כשיטת הר"ת דרשות ביד הדיין ליתן למי שירצה אף בלא דעת נוטה כו' והטעם הוא משום הפקר שנתמנה וכ"ה בירושלמי בהדיא כו' עכ"ל ולכן הדעת נוטה בהא דנדוניא המונח ת"י השליש די"ל בזה שודא ולמי שירצה יתן וכש"כ לפמש"כ לעיל דמהני תפיסת השליח במקום ספיקא דדינא ע"כ יכול השליש לתפוס עבור החתן ובצירוף הך סברא שכתבתי דהדעת נוטה בזה לומר שודא ולמי שירצה יתן. ע"כ בצירוף הני טעמים שפיר כתבתי לדינא דזה תלוי ברצון השליש ויש להאריך עוד בפרט הזה והוכרחתי לקצר:

סימן כו

שם סימן כו (סעי' א' בהג"ה) י"א שאין נזקקין לו בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י' ענף ז' כתבתי יסוד נכון להוכיח כשיטה זו מהא דגיטין ד' פ"ח דהיכא דלאו בני עישוי נינהו הגט בטל לגמרי דהטעם הוא דכיון דשוב אין נזקקין לה וע"כ הוי כמו תלוהו ויהיב דלא הוי ממש במתנתו. ושם כתבתי מה דיש לדון היכא דמחוייב לגרשה מחמת שנשא אשה בעבירה ע"ש שהארכתי בזה. (שם סעי' ג') המקבל עליו בקנין כו' ואם קיבל עליו שאם כו' יהיה עליו כך וכך לעניים כו' ויש מי שאומר שאין ב"ד מוציאין ממנו אלא מודיעין אותו כו' והסמ"ע והט"ז האריכו בטעם הדבר ולענ"ד נראה פשוט דהא שיטת הסמ"ע הכא ולעיל בסי' כ"ב ס"ק ט"ו דהקנין חל בזה אם יש לו זכות והאו"ת בס"ק ד' חולק ע"ז והעיקר כדבריו אך עכ"פ מצינו פלוגתא בזה וידוע דהיכא דאיכא פלוגתא אף דלא קיי"ל כהדיעה החולקת מ"מ נאמן הבע"ד לומר דטעה והיה סובר כהדיעה החולקת וכמש"כ הש"ך בסי' מ"ב ס"ק כ' וס"ק כ"ב ע"ש וכ"כ התוס' בסנהדרין ד' נ"ג ד"ה הא ליה ליה כו' וכעין זה הוא בגיטין ד' נ"ה דטעי בדר' ירמיה ובמק"א הארכתי בזה וע"כ ה"ה הכא יכול לומר הבע"ד דבעת דקיבל עליו ליתן לצדקה אם לא כו' היה סובר דבקנין מותר לו וכשיטת הסמ"ע אף דלא קיי"ל כן לדינא וע"כ ה"ל נדר בטעות ונדרי שגגות וכמש"כ

הט"ז ביו"ד סי' רל"ב ס"ק י"ב כעין זה. וע"כ אין מוציאין ממנו רק מודיעין לו והדבר מסור ללבו דאם ידע הדין דלא מהני קנין בזה ואפ"ה קיבל ליתן לצדקה דחייב ליתן לצדקה. והאו"ת כתב בטעמו משום דס"ל דאף בצדקה שייך אסמכתא ודלא כמבואר בסי' ר"ז ובי"ד סי' רנ"ח וכן היה נראה לי להביא ראיה לזה מהא דב"מ ד' נ"ח דמוקי להא דהשוכר לשמור הפרה כו' דמיירי בקנו מידו וקשה דל"ל קנין הא אמירה לגבוה כמסירה להדיוט וכעין מה שהקשו התוס' בקידושין ד' כ"ט ד"ה משכו כו' וב"ב ד' קל"ג והר"נ שם ודוחק לומר דהא יכול לשאול הנדר אך בקנין שאני דמשום זה לא היה דוחק לאוקמי בלא קנין ובלא שאל אכן לשיטת הסוברים דגם בהקדש שייך אסמכתא א"ש אבל באמת זה דוחק משום דהא חיוב שומרים לא הוי אסמכתא גמורה ומצאתי בקצה"ח סי' ש"א ס"ק ב' שנשאר בצ"ע כן ומרגלא בפי לתרץ קושיא זו ע"פ מש"כ התוס' בכתובות ד' נ"ו ד"ה ה"ז כו' בביאור הגמ' דב"מ ד' צ"ד דשא"ה דמעיקרא לא שעבד נפשי'. משום דהא דחייבה התורה לד' שומרים משום דירדה תורה לדעתן שמשעבדין א"ע לכל הכתוב בפ' שומרים וכ"כ השמ"ק לב"מ שם הרי דזהו אומדנא דמוכח דכל שומר מתחייב א"ע לכל דיניו וידוע דאומדנא דמוכח הוי כמו דאמר בפירוש ולכן כיון דהתורה גזרה דרעהו ולא של הקדש כמבואר בב"מ ד' נ"ז ואף דאיכא אומדנא דמוכח דמתחייבים א"ע לשלם אם יגנב כו' והוי כמו אמירה ואפ"ה גזרה התורה דפטור א"כ חזינן דלא דיינינן בשומרים הך מילתא דאמירה לגבוה ולכן משני בקני מידו דקנין אלימא טפי ומתורץ קושיות הקצה"ח הנ"ל ועפ"ז תרצתי קושיות הפני יהושע והקהלת יעקב פסחים ד' ו' דאי נימא כמש"כ התוס' בב"מ דמזיק הקדש אינו חייב רק מדרבנן דלפ"ז ל"ל הך רעהו למעוטי הקדש משומרים אכן לפמש"כ בשם התוס' דבכל חיוב שומרין איכא מחשבתו דמחייב א"ע לדיניהם ובפרט בהקדש דגמר בלבו א"צ להוציא בשפתיו כמבואר בשבועות ד' כ"ו א"כ לולא דכתבה התורה רעהו למעוטי הקדש היה מקום לומר דאף דמזיק הקדש פטור מ"מ שומרין חייבין משום דחייבו א"ע לכל הכתוב בפרשה ואמירה להקדש הוי כמסירה אף במחשבה וכש"כ במקום אומדנא דמוכח ע"כ כתבה התורה רעהו דגזה"כ דאף בכזה פטרתן התורה:

סימן כח

הלכות עדות סימן כח (סעי' נ"ו) אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד כו' משום שנאמר והועד בבעליו כו'. כמש"כ הסמ"ע:

והוא בב"ק ד' קי"ב ושיטת הרשב"א בחי' לב"ק שם בד"ה הא דאמר ליה רב ששת לרב כו' דעיקר קרא לגבי שור דהוא כדיני נפשות כתיב ובדיני ממונות אסמכתא בעלמא מדרבנן עכ"ל וכ"כ השמ"ק שם וכ"כ הבית יוסף הכא ס"ק כ' דטענת ראב"ן אינה טענה דהא מדרבנן היא וקרא אסמכתא בעלמא כו' וכ"כ הלבוש סעי' ט"ו דיש אומרים דמדרבנן הוא מה דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ועיין מזה בתשובת ר"ע איגר זצ"ל בפסקים סי' צ"ט שהאריך בזה:

ענף א:

ולכאורה יש להעיר מזה בהא דב"ק ד' מ"א בעל השור נקי ר"א אמר מחצי כופר א"ל ר"ע והלא אין משתלם אלא מגופו הביאהו לב"ד כו' ולשיטת הרשב"א וסייעתו דמה"ת לא בעינן קבלת עדות בפני בעליו רק בד"ל וכן בהא דמיתת השור דכמיתת בעלים כו' דהוא כד"נ. א"כ משכחת לה דיהיה חייב כופר ולא יהיה השור בסקילה אם העידו שלא בפני הבעלים דמיתת השור אינו אם העדות הוא שלא בפני הבע"ד אבל ממון יכולים לחייבו אף שלא היה קב"ע בפניו. ומשמע מדבריהם דאף קנסות מקבלין עדות מה"ת שלא בפניו דהא הך קרא בד"נ כתיב לפי שיטתם דמחלקי א וכמו דמצינו כעין זה גבי עדות מיוחדת דלא מהני בד"נ רק בדיני ממונות וכן בדיני קנסות מהני עדות מיוחדת כמש"כ הקצה"ח בסי' ל' ס"ק ד' להשיג על הט"ז ע"ש והא דעדות שאי אתה יכול להזימה דאמרו בקנס דוקא כמבואר בב"ק ד' ע"ה אין זה דומה לנ"ד ועיין בנו"ב מ"ק ח' אה"ע סי' ע"ב וכן לדידן דאף בד"מ אין מקבלין עדות שלא בפניו עכ"פ מדרבנן ג"כ משכחת לה היכא דהי' הבע"ד חולה כו' דס"ל להרשב"א דדוקא בדיני ממונות דהוא מדרבנן מקבלין עדות בזה אף שלא בפני הבע"ד אבל לא בד"נ וכן במיתת השור א"כ הוי מצי הש"ס לאוקמי שפיר דלכן בעינן הך דבעל השור נקי וקשה מזה על שיטת הרשב"א וסייעתו:

אבל באמת אין זה קשה כלל דפשוט הוא דגם גבי חיוב כופר אין מקבלין עדות מה"ת שלא בפני הבע"ד דהא קיי"ל עדות שבטל מקצתה בטל כולה ואף במה דנתבטל מקצתה ע"י מה דלא נתקבל העדות שלא בפני הבע"ד ג"כ דיינינן עדות שבטל מקצתו בטל כולו כמש"ש בחידושי לקמן סי' ל"ג סעי' ט"ז אף דלא הוי פסול הגוף ע"ש ולכן ה"ה הכא כיון דאם היינו מהימנינן להעדים במה שמעידים שהשור הרג להאיש הי' חייב מיתה רק לפי שגזרה התורה שאין מקבלין עדות בנפשות שלא בפני בע"ד אינן נאמנין ע"ז וכיון דבטל עדותן במקצת לכן בטלה כולה אף לחייבו כופר דהוא ממון וכעין זה כתב בתשובת הרמ"א סי' י"ב גבי עדות על אשה שזינתה דהואיל דלא מהני לאיסורא שלא בפני' אף להפסיד כתובתה לא מהני ע"ש וי"ל גם בזה ה"ט דעדות שבטל מקצתו בטל

כולו כי זה ענין אחד ולא שייך בכזה למפלג דיבורא לכ"ע וע"כ א"ש מה דלא אוקמי הגמ' בכה"ג:

ובאמת יש לומר בטעם שיטת הסוברין דאף בדיני ממונות אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד דזהו מה"ת דהוכיחו כן מהא דוהועד בבעליו כו' דאף דכתיב אצל השור יסקל דזהו כדיני נפשות מ"מ הא כתיב בתריה פסוק אם כופר יושת עליו וי"ל דס"ל להש"ס דגם חיוב כופר דהוא ממונא אינו חייב אך אם הועד בבעליו דכתיב לעיל מיניה ומה דהוי כופר כפרה לא שייך לחלק בזה דעכ"פ הא לא הוי זה ד"נ וס"ל דאין לומר הטעם בזה משום עדות שבטל מקצתו כנ"ל דהא קיי"ל לדינא דאף היכא דאין השור בסקילה ג"כ משלם כופר כמו שלא בכוונה כמבואר בב"ק ד' מ"ג וברמב"ם פ"י ה' נזקי ממון. א"כ בהרג שלא בכוונה דליכא חיוב סקילה להשור דלא שייך בזה לדון עדות שבטל קצתו בטל כולו ומ"מ גזרה התורה שאין מחייבין כופר רק אם הועד בבעליו כנ"ל מזה ילפינן בגמ' דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד אף בממון מה"ת מן הך דרשא והועד בבעליו כו' ויש להאריך בסוגיא דב"ק ד' קי"ב דיליף ר' יוחנן כן מן והועד כו' וי"ל דר' יוחנן לשיטתו דס"ל דאף שור שהרג שלא בכוונה ג"כ חייב כופר כמבואר בב"ק ד' מ"ג כנ"ל ואכמ"ל כן יש לומר בכוונת הסוברים דאף בדיני ממונות אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד מה"ת אכן הסוברים דזהו רק מדרבנן טעמייהו דס"ל דהך והועד בבעליו קאי רק על מה דכתיב באותו פסוק היינו השור יסלק וזהו ד"נ ומה דכתיב שם ובעליו יומת הא דרשי זה על חיובו בידי שמים כמבואר בכתובות ד' ל"ז ובסנהדרין ד' ט"ו ובתוס' ד"ה אימא לקטלא כו' ע"ש וגם דרשו שם הך ובעליו יומת על הא דכמיתת בעלים כך מיתת השור ובמק"א כתבתי מה דיש לדון ולחלק דהיכא דנאמנים בעדות ממון רק בנפשות גזרה התורה שלא לחייב מיתה ע"י עדותן כזה דבזה אפשר לדון דלא שייך בכזה לומר עדות שבטל מקצתו בטל כולה כיון דחזינן דנאמנים לחייב ממון רק גזה"כ הוא שלא לחייב נפשות בכה"ג ע"כ אפשר לומר דזה אינו שייך לגדר מה שאמרו בטל מקצתו כו' אך באמת אינו סברא לחלק בזה ואכמ"ל: ענף ב:

והיכא דנתקבל העדות, שלא בפני הבע"ד אם כשר בדיעבד פליגי בה רבוותא כמבואר הכא ומהרש"ל פסק דאף דיעבד פסול והובא בש"ך ס"ק י"ט: ולכאורה י"ל דלשיטת הסוברים דזהו רק מדרבנן דאינו מעכב על דיעבד ודוקא להסוברים דזהו מה"ת י"ל דלכן אף דיעבד מעכב זה והיש"ש בב"ק פ"ו סי' ט' האריך בזה וכתב דהא שאין מקבלין עדות שלא בפניו משום דהוי כמו דין ואין דנין שלא בפניו כדכתיב עד עמדו לפני העדה למשפט וה"ה לכל מילי דדינא כו' עכ"ל והך דרשא הוא בב"ק ד' מ"ה דאמרו אין גומרין

דינו של שור אלא בפניו דכמיתת בעלים כך מיתת השור מה בעלים בפניהם כו' ופירש רש"י מה בעלים בפניהם דכתיב עד עמדו לפני העדה עכ"ל ובסי' י"ג בש"ך ס"ק ח' הביא בשם תשובת הרשב"א דכתב דהא דאמרו דאין דנין אדם שלא בפניו בגמר דין אין זה רק בד"נ ולא בד"מ והב"ח כתב לחלק בין לכתחלה ובדיעבד דבדיעבד בגמרו דינו שלא בפניו מהני דינו וכ"כ התומים והקצה"ח שם ולפ"ז יש לומר דה"ה בקבלת עדות לפי הטעם שכתב הישׁ"ש דהוי כמו דין א"כ לפ"ז בדיעבד מהני הקבלת עדות אף שקבלו שלא בפני הבע"ד משום דיש לחלק בין ד"נ לד"מ כמש"כ הרשב"א שם בתשובה וכך הך קרא דעד עמדו לפני העדה למשפט כתיב בד"נ כדכתיב במדבר ל"ה פסוק י"ב ולא ימות הרוצח עד עמדו לפני העדה:. והבית יוסף בסי' כ"ח סעי' כ' כתב די"ל דאף דנימא דהא דבעי קב"ע בפניו בד"מ זהו רק מדרבנן ג"כ י"ל דאף דיעבד לאו כלום הוא ובאמת יש לדון אי נימא דהך מילתא אינו אלא תקנת חז"ל ע"כ במקום ספיקא דפלוגתא אם עשו התקנה דאף בדיעבד לא יהא מהני י"ל דה"ל כמו כל ספק תקנתא דספיקו להקל ומעמידין על דין תורה ובמק"א כתבתי כמה חילוקי דינים בזה ואכמ"ל והנה הרמ"א כתב בשם י"א ואומרים דאם קבלו עדות שלא בפניו כשר בדיעבד א"כ לכאורה יש לומר דמהני תפיסה בזה כמו בכל ספיקא דפלוגתא אך הש"ך הכריע בשם הישׁ"ש דס"ל דאף בדיעבד פסול העדות וכ"כ הרמ"א בתשובה סי' י"ב דהעיקר כהסוברים דאף דיעבד לא מהני ומ"מ יש לומר דתפיסה יהא מועיל לטעון קים לי כשיטת הסוברים דבדיעבד מהני ובפרט דהא נתבאר דלהטעם שכתב הישׁ"ש ג"כ יש לדון דבדיעבד יהיה מהני כמו כל דין שלא בפני בע"ד כמש"כ הרשב"א בתשובה כנ"ל ועיין ש"ך ס"ק כ':

ועוד נלע"ד לדון בזה דתפיסה מהני בזה דאף דנימא כהסוברין דאף בדיעבד לא מהני קב"ע שלא בפניו מ"מ י"ל דאם תפס אין מוציאין ממנו דהא כתב הרשב"א בחידושיו לשבועות ד' ל"א ע"א בהא דאמרו שם מאן דאמר מלך אבל משחק בקוביא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו דפסולין דרבנן ומשחק בקוביא אע"פ שאין מוציאין ממון בעדותן מהני עדותן דאי תפיס אפילו בעדים לא מפקינן מיני' כו' ובסי' ל"ד סעי' ג' כתבתי לבאר טעמו דס"ל דזה הוי כמו כל גזל דרבנן דאמרו בשבועות ד' מ"א דאין מוציאין בדיינים ואף דהתוס' שם ד"ה ולר' יוסי כו' כתבו דז"א אלא היכא דלא הוי רק מפני ד"ש כו'. אכן בח"מ סי' ש"ע סעי' ז' וברמב"ם ה' גזילה פ"ו ה' ט"ז כתבו דכל מי שיש בידו גזל מדבריהם אינו יוצא מידו בדיינים ומשמע דזהו לכלל על כל גזל דרבנן אף שאינו מפני דרכי שלום בעלמא וכמש"כ הרדב"ז ח"א סי' תקי"ז וסי' תק"ג לבאר זה היטב ע"ש ולפ"ז ה"ה הכא במה דהעידו העדים שלא בפני הבע"ד דהחפץ שייך להתובע דמה"ת מהני

עדותן א"כ מה"ת שייך החפץ להתובע רק כיון דחז"ל תקנו דאין לקבל עדות שלא בפני הבע"ד א"כ מדרבנן דפסלו עדות כזה הוי דינו כמו כל פסולי עדות דרבנן דהדין הוא דאם תפס לא מפקינן מיני' משום דמקרי גזל דרבנן וכיון דכתב הרשב"א כן בפסולי עדות בגופו כש"כ וה"ה במה דלא נפסל עדותו בגופו רק מצד מה שלא נתקבל עדותו בפניו ע"כ יש לדון לשיטת הרשב"א בחי' לשבועות דמהני תפיסה בפסולי עדות דרבנן לכן לשיטת הרשב"א וסייעתו דס"ל דקב"ע בפני בע"ד זהו רק מדרבנן ע"כ י"ל דמהני תפיסה: אכן לטעם זה עדיין י"ל דעבדינן ליה כמו בכל גזל דרבנן דאף דאין מוציאין בדיינים מ"מ ענשינן ליה כמבואר בשבועות ד' מ"ח גבי חיוב שבועה מדרבנן וה"ה הכא כיון דבעת דנתקבל עדותן לא היה אז לפטור דמבואר לקמן סעי' י"ח דמקבלין אף שלא בפניו רק לאח"ז תפס ממנו ע"כ נתקבלו עדותן שלא ע"פ ד"ת כיון דתקנו חז"ל שלא לקבל עדות כזה. אבל כיון דפליגי ביה רבוותא ה"ל כמו כל ספיקא דדינא דמהני תפיסה. ואף שכתב הש"ך בשם הרש"ל דאף דיעבד פסול העדות ולפ"ז הוי זה כמו דלא נתקבל עדותן כלל מעולם בב"ד כיון דבעת קב"ע הי' אז להוציא דהא התפיסה הוא לאח"ז מ"מ הא כתבתי לעיל דיכול לומר קים לי כשיטת הי"א שכתב הרמ"א דאם קבלו שלא בפניו כשר בדיעבד:

ענף ג:

והבית יוסף הביא בשם הריב"ש שכתב ג"כ דאין מקבלין עדות שלא בפניו ואם קבלום אין דנין על פיהם וכן הוא בירושלמי כו' וכן ראיתי בהריב"ש סי' ק"ח שכתב שם כן וזהו בירושלמי סנהדרין פ"ג ה"ט שכתב בזה"ל רב חסדא בעי מהו לקבל עדים שלא בפני בע"ד ר' יוסי בשם ר' שבתי מקבלין עדים שלא בפני בע"ד ועבדין ליה גזר דין אם בא וערער עררו קיים אדם ששלחו אחריו ב"ד שלשה פעמים ולא בא ריב"ל אמר מקבלין העדות בלא בע"ד ועבדין ליה גזר דין כו' ומזה מוכיח הריב"ש דאם קבלו העדות אין דנין ע"פ מדקאמרי אם בא וערער עררו קיים והפני משה כתב דאין ראיה משום דיש לפרש כוונת הירושלמי דאם בא וערער היינו דיש לו עדות להכחישן כו' אבל באמת זה דוחק דהא אף בקבלום בפני הבע"ד ג"כ אם יש לו עדות אין מוציאין ממון ממנו דה"ל תרי ותרי ועוד דהא לפי פירוש הפ"מ משמע דס"ל להירושלמי דר"י בשם ר' שבתי ס"ל דמקבלין עדות שלא בפני בע"ד אף לכתחלה אך באם מערער ויש לו עדות להכחישן מהני ובאמת לא כן משמע בירושלמי שם דהא סמוך אח"ז אמרו שם דבשלחו אחריו דוקא מקבלין עדות שלא בפניו ואמרו זה שלא בלשון פלוגתא ובש"ס דילן אמרו בשם

ר' שבתאי ג"כ דמקבלין עדות שלא בפניו ומסקי שם בהיה חולה כו' ומשמע דמפרשי כן להא דר' שבתאי:

ולכן נראה לי לפרש דכוונת הירושלמי הוא דס"ל לר' יוסי בשם ר' שבתי ג"כ דאין לקבל עדות שלא בפני בע"ד רק דוקא בשלחו אחריו כדקאמר שם סמוך אח"ז והא דאמר דמקבלין עדים שלא בפני בע"ד יש לומר דהכוונה הוא דמקבלין עדותן שלא בתורת עדות ככל עדים המעידים בב"ד אלא דעיקר קבלתם הוא לענין שיכול להיות אם יודע להנתבע מה שהגידו העדים לפני הב"ד אף שהיה שלא בפניו לא יהיה יכול להכחישן דמירתת שמא יבאו להכחישו בפניו וגם קשה לו להעיז פניו להכחישן אף שלא בפניהם ובפרט להסוברים דמה"ת נאמנים אף שלא בפניו וכעין זה מצינו בחי' הרשב"א לשבועות ד' ל"א דכתב דלכן אמרו גבי משחק בקוביא כיון דמה"ת מחזי חזי ע"כ חייב ק"ש משום דחזי עדותן לענין אלו הי' מעיד שמא האחר יתבייש שאינו יכול להעיז פניו בפני עד זה וכיון דמדאורייתא כשר כו' ע"כ חייב כו' עכ"ל וכעין זה יש לומר הכא בנ"ד דכיון דמה"ת נאמנים אף שלא בפניו ע"כ מה"ט יהי' מירתת להכחישן אף שלא בפניהם ולכן הוי תועלת לזה מן מה דמקבלין עדים אף שלא בפניו:

ובאמת אם יבוא הבע"ד לאח"ז ויכחישן יהיה נאמן כיון דהעידו שלא בפניו וכפי שיטת הסוברין דאם קבלו שלא בפניו אין דנין ע"פ וגם הירושלמי ס"ל דלכתחלה אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד רק דנפ"מ מן קב"ע לענין שנתבאר ואף דיש לחוש שמא יטעון התובע שנתקבל העדות בפני הבע"ד עכ"ז יש לתקן זה שיכתבו בפי' שנתקבל העדות שלא בפני הבע"ד וזה כוונת הירושלמי במה דקאמר ועבדין ליה גזר דין אם בא וערער עררו קיים היינו שיכתבו לו פסק דין שיהיה כתוב שם אם יבא הבע"ד ויערער יהיה מועיל ערעורו או שיהיה כתוב בפירוש שנעשה הקב"ע שלא בפניו ויהי' באופן שאם בא לערער יהא מועיל ערעור שלו ואז לא יהיה יכול לצאת שום תקלה ממה שיכתבו לו פס"ד או קב"ע בכתב אכן בשלחו אחריו ולא בא אמרו דעבדין ליה גזר דין ברור משום דאז לא מהני ערעורו כלל כן י"ל בכוונת הירושלמי וא"ש אכן לפי מה שנתבאר יש לומר דאין ראיה מהירושלמי דיהי' ס"ל דאם קבלום אין דנין ע"פ משום דאכתי יש לומר כשיטת הסוברים דבדיעבד אם נתקבל עדותן בב"ד בתורת עדות דדנין ע"פ כיון דכבר העידו בתו"ע בב"ד רק לכתחלה היה התקנה דאין לקבלן שלא בפניו אך כל זה אם לא היה שום תנאי מן הב"ד בעת שנזקקו לקבלת עדותן אבל אם התנו בפי' שנזקקין בתורת דין ב"ד לקבל עדותן באופן שאם יבא ויערער יהיה בטל למה שישבו בתורת ב"ד לקב"ע והוי כמו דמצינו במסכת עדיות פ"ז משנה ז' דמעברין השנה על תנאי שירצה ר"ג

הנשיא וכן הוא בסנהדרין ד' י"א ולא שייך בזה אין ברירה משום דזה הוי כמו ע"מ שלא ימחה אבא וכמש"כ בדרוש וחדוש של ר"ע איגר זצ"ל לכתובות ד' ג' ע"א וה"ה הכא דהתנו שנזקקין לקב"ע ע"מ שלא ימחה הבע"ד שפיר עבדי כיון שכותבין בכתב קב"ע שאם יבא לערער יהיה בטל למעשיהן ואם בא הבע"ד ואינו מערער להכחישן י"ל דאז הוי למפרע בעת שנתקבל עדותן דהיה ע"פ ד"ת מה שעשו ונפ"מ לכמה מילי. אכן אם יבא לערער ולהכחישן לא מהני קב"ע מה שקבלו שלא בפניו משום דהא התנו ע"מ שלא ימחה ואם ימחה יהיה בטל למה שנזדקקו בתורת ב"ד והוי כמו דהעידו חוץ לב"ד דאין ממש בעדותן. אבל היכא דלא התנו תנאי כזה עדיין יש לומר כשיטת הסוברין דכיון דהעידו כבר לפני ב"ד דדנין ע"פ משום דהא דאין מקבלין עדות לא הי' רק לכתחלה אבל בדיעבד לא היה תק"ח ע"ז ולכן עדיין י"ל דאם עברו וקבלו העדות שלא בפניו דמ"מ אהני מעשה הב"ד בזה:

ואף דנימא דאף אם לא יבא ויכחישן אלא יהיה מודה לעדותן דלא אמרינן בזה דנתברר למפרע דמה דקבלו עדות שלא בפניו הוי זה חשוב לעדות מעליא אז ודלא כמש"כ לעיל מ"מ יש לומר דעבדינן כן כדי דיהי' מירתת להכחישן וכמש"כ לעיל וע"כ נזקקין שלא בתורת ב"ד אז לזה והסברא נוטה כמש"כ לעיל דכיון דעיקר הטעם בתקנו שלא יהיו מקבלין עדות שלא בפניו הוא מחמת חשש פסידא דבע"ד ע"כ באם שיבא ויהי' מודה לדבריהן שפיר י"ל דבכה"ג מועלת עדותן למפרע ונפ"מ מזה להיכא דחייב לאחרים ובמקום דחב לאחריני אינו מועיל הודאת בע"ד כמבואר בסי' צ"ט אבל אי נימא דמועלת עדותן למפרע שפיר דנין על פי אף בכה"ג כיון דהבע"ד מודה עכשיו וקצרתי:

ענף ד:

ונתבאר דאין ראיה מהירושלמי ועולם י"ל כשיטת הסוברים דהתקנה לא היה רק על לכתחלה ולא שיעכב בדיעבד וכעין זה מצינו בהא דאמרו בשבועות ד' מ"ז ע"ב דתניא רבי אומר פועלים נשבעין במעמד חנוני כי היכי דליכספו מיניה וכן הוא בירושלמי שבועות פ"ז ה' ה' רבי אומר שיהא אלו נשבעין בפני אלו מפני הבושה וכעין זה אמרו בכתובות ד' פ"ה תיתי ותישתבע במתא אפשר דמיכספא ומודיא ואפ"ה מצינו בח"מ סי' פ"ז סעי' כ"ג דאף דבעינן בכל שבועות שיהיה בפני הבע"ד מה"ט כמו דאמרו בגמ' דמשמע דגם בזה הי' תקחז"ל כן דמ"מ בדיעבד אם נשבע שלא בפני הבע"ד אין זה לעיכובא וכעין זה כתב הב"ח והובא בש"ך סי' צ"א ס"ק ד' ומש"כ הש"ך שם להשיג על הב"ח אין דבריו מוכרחים ועיין באו"ת שם ואכמ"ל ובאמת הריטב"א והובא בבית יוסף סי' פ"ז סעי' י"ג כתב דאף אם נשבע בדיעבד שלא בפני בע"ד דלא נפטר בזה כיון דאיתי'

במתא ולפ"ז אין קשה עליו מהא דנפרע שלא בפניו דנשבע דהוכיחו הראשונים מזה דבדיעבד אין זה מעכב וכמש"כ בביאור הגר"א זצ"ל בסי' פ"ז ס"ק ע"ו משום דיש לחלק דשאני היכא דאינו מצוי בעיר וכן היכא דשלחו אחריו כמו שחילקו כן בהא דקב"ע שלא בפניו ונפרע שלא בפניו הא מבואר בסי' ק"ו דבעי שלחו אחריו וכהנה וכן יש לדון עפ"ז בשארי ראיות שכתבו שם ואכ"מ עכ"פ לדינא לפי מה דקיי"ל דבנשבע שלא בפניו דבדיעבד אין זה מעכב אף דתני ר' בפירוש דנשבעין במעמד חנוני ה"ה י"ל כאן ג"כ דהא הלבוש הכא סעי' ט"ו כתב הטעם דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד הוא מפני שבפני הבע"ד לא יוכל להעיז וישים אל לבו להעיד באמת כו' עכ"ל וזהו כעין הטעם דאמרו שם מפני הבושה. ע"כ י"ל דתקחז"ל לא היה רק על לכתחלה אבל בדיעבד אם קבלו עדות אף שלא בפניו ג"כ מועיל אך הא מצינו דבשבועה שלא בפני בע"ד אם התובע אינו יודע דנשבע אף שלא בפניו כמבואר בסי' פ"ז סעי' כ"ג ואלו בקב"ע הא אף היכא דהתובע אינו יודע כמו בקטן יורש דאין מקבלין עדות נגדו משום דהוי כמו דאין בע"ד לפנינו אף דהוי כמו טוען שמא וכן הוא במה דאסמכוה רבנן על הא דיבא בעל השור ויעמוד על שורו אף דהתם ג"כ בעל השור טוען שמא ולפ"ז מוכח דמחלקינן בין הא דשבועה שלא בפני בע"ד ובין הא דקב"ע שלא בפניו:

אך גם זה אינו ברור דהא הש"ך בסי' פ"ז ס"ק מ"ז הקשה מהא דאה"ע סי' צ"ו סעי' כ"א דאלמנה צריכה לישבע בפני היתומים כו' והאו"ת בסי' פ"ז ס"ק י"ט כתב לחלק דנשבע ונוטל שאני משום דאין מחייבין אדם שלא בפניו ויבוא בעל השור כו' ומ"מ בדיעבד שנשבעה שלא בפניהם סגי כמבואר שם. אלמא דמצינו דאף היכא דבעינן לכתחלה בפני בע"ד מ"מ בדיעבד שאני. וה"ה בהך תקנת חז"ל דתקנו שלא לקבל עדות שלא בפני בע"ד כיון דלא מצינו דאף בדיעבד עשו לתקנה זו ע"כ אין לנו לומר מסברא כן ויש לדון בהא דסי' פ"ז וסי' צ"א היכא דבלא שבועה אין דינו ליטול כלל מן הדין כמו בהא דחנוני דסי' צ"א לחד שיטה ואפ"ה הב"ח שם אינו מחלק ביניהם כלל בזה וכן יש לדון בכ"ז ע"פ הא דב"מ ד' נ"ח דנשבעין במעמד הגזברין כי היכי דלא נחשדינהו ואין להעיר בכ"ז מהא דיו"ד סי' רכ"ח סעי' כ' לשני הטעמים דשם בירושלמי משום דשאני איסורא מן ממונא וגם הא מצינו דבשבועה אף היכא דהוי לפטור ג"כ בעינן בפני בע"ד משא"כ בקב"ע והא דכתובות ד' פ"א דכל היכא דאמור רבנן לא ליזבין אע"ג דזבין לא הוי זבינו זביני והובא בסמ"ע סי' ר"ח וכן הא דכל מה דאמר רחמנא כו' אי עבד לא מהני אין זה דומה לנ"ד וקצרתי:

ענף ה:

ועוד יש לומר בכוונת הירושלמי דאמר ר"י בשם ר"ש מקבלין עדים שלא בפניו כו' אם בא וערער עררו קיים דכתבתי לעיל לפרש דלמה מקבלין עדים כיון דמהני ערעורו וגם הוכיחו הפוסקים מזה דבדיעבד לא מהני דיש לפרשו ע"פ סברת הלבוש הנ"ל דכתב הטעם דלכן אין מקבלין שלא בפניו לפי דאולי בפני הבע"ד לא יהיו יכולים להעיז נגד הבע"ד ולהעיד בשקר והנה מצינו גבי שבועה בפני הבע"ד דאם בא בטענת שמא דלא בעינן לישבע בפניו כמבואר בסי' פ"ז סעי' כ"ג וכמש"כ לעיל כמו כן יש מקום לדון ולחלק בקב"ע שלא בפניו דדוקא בטוען ברי בזה חייבו חז"ל להעיד בפניו דכיון דחבירו מכיר בשקרו לא יהיו יכולים להעיז נגדו כמבואר בב"ק ד' ק"ז כעין זה אבל אם טוען שמא ואין מכיר בשקרו ע"כ לא שייך בזה ה"ט של הלבוש דהא בכה"ג יכולים להעיז לכן לא שייך התקנה הלז בזה וזה שאמרו בירושלמי דאף לכתחלה מקבלין עדים שלא בפניו לתועלת שמא לא יהיה טוען הנתבע טענת ברי דאז הוי הקב"ע למפרע ע"פ ד"ת כנכון. אך אם יטעון ברי בזה תקנו חז"ל שלא לקבל עדות שלא בפניו וע"כ אין לב"ד לעבור על התקנה ולהפסיד להנתבע כי יכול להיות שבפניו לא היו מעיזים להעיד וע"כ היו מקבלים העדות על תנאי שכ"ז שלא יבא ויערער בטענת ברי הי' הקב"ע ככל עדות בפני ב"ד אכן אם יבא ויערער היינו שיטעון ברי ע"ז האופן לא נזקקו להקב"ע בתורת ב"ד והוי כמו דהגידו חוץ לב"ד וכמש"כ לעיל וזה שאמרו אם בא וערער כו' שיעשו הקב"ע באופן שאם יבא ויערער יהי' ערעורו קיים ולא יהי' ממש בהקב"ע. והא דמצינו דגם ביורש קטן אין מקבלים עדות שלא בפניו אף דקטן לא ידע במילי דאבוה מ"מ אפשר לומר דיכול להיות דכשיגדל יבורר לו ע"פ הגדת אחרים איך היה הענין ולכן גם בזה שייך ג"כ הטעם של הלבוש הנ"ל וגם זהו בכלל אם בא וערער שאמרו בירושלמי אבל כ"ז דאינו אומר ברי לי וגם אינו אומר ברי ע"פ אחר כיון דבזה לא שייך הטעם של הלבוש הנ"ל ע"כ בזה מהני הקב"ע אף שהי' שלא בפניו. כן נ"ל בשיטת הירושלמי אף דמן הש"ס דילן לא משמע כן מ"מ י"ל דהירושלמי ס"ל כמש"כ אבל היכא דלא התנו הב"ד כן ועברו וקבלו העדות שלא בפניו שפיר י"ל דגם הירושלמי ס"ל דמהני בדיעבד כיון דאינו רק מדרבנן לחד שיטה:

ענף ו:

שוב ראיתי דיש לדון האידנא דאין לנו ב"ד סמוכין שיכולין לדון וכש"כ לקבלת עדות דבזה אף שמואל ורב נחמן דס"ל שנים שדנו דיניהם דין מ"מ קב"ע שאני כמש"כ התוס' בב"ב ד' מ' ובסנהדרין ד' ג' וכתובות ד' כ"ב וגיטין ד' ל"ב וכמש"כ לעיל סי' ג' סעי' א' בשיטת הרמב"ם. והא שאנו מקבלין עדות בבבל זהו משום דשליחותייהו קא עבדינן

וכבר כתבתי לעיל בחידושי לסי' א' סעי' א' בשם כמה ראשונים דהא דשליחותייהו קא עבדינן אין זה רק מדרבנן והבאתי שם למש"כ הר"נ בתשובה סי' מ"ד והובא במל"מ פ"ט ה' זכיי' דפעוטות שמכרו בנכסים מועטים דאין ממש במכירתם כיון דאסור לכתחלה למכור בנכסים מועטים ומכירת פעוטות אינו רק דרבנן ע"כ במקום איסורא דלא תקנו רבנן לא מהני מכירתן והובא בח"מ סי' רל"ה סעי' א' והארכתי לעיל בזה ובהא דאם עברו ודנו בשבת דיניהם דין ולא אמרינן בזה הך כללא דבמקום איסורא לא תקנו רבנן משום דלא יהי' מתוקן האיסור ע"י זה וכמו שהארכתי שם בענף ב':

ולפ"ז יש לדון כן הכא במה שתקנו חז"ל דאין מקבלין עדות שלא בפניו משום חשש פסידא דהנתבע כמש"כ הלבוש דאולי לא יהיו יכולים להעיז נגדו ולהעיד שקר א"כ כמו דמצינו בנכסים מועטים דכיון דתקנו חז"ל שלא למכור בנכסים מועטים להפסיד הבנות ע"כ דייניו בזה הכלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן ה"ה הכא דתקנו חז"ל דאין חבין לאדם שלא בפניו וגם אסמכוה אקרא דיבא בעל השור כו' דיש לומר כיון דמדאורייתא אין לנו כח לקבל עדות רק זהו מדרבנן דשליחותיי' קא עבדינן. ע"כ יש לומר דבמקום איסור לא תקנו רבנן ולא נתנו לנו כח לדון באיסור ולעבור על תקחז"ל ולהפסיד להבע"ד ונהי דלא נפסלים משום זה לעדות ולדון משום דהא בעבירה דרבנן בעינן חימוד ממון וגם מורו היתירא בזה וכעין סברת השער המשפט בסי' ה' ס"ק א' גבי הא דאם דנו בשבת דיניהם דין ע"ש: אבל אכתי יש לדון בזה להכלל של הר"נ הנ"ל דהא אף בשוגג באיסור דרבנן ג"כ נראה מן הר"ל דס"ל לדון בזה הכלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן דהא מיירי הר"נ בפעוטות דלאו בני מצוה נינהו ודינם כשוגגים ולא כמזידים ואדרבה גדול בשוגג חטאו גדול ביותר מן קטנים כמבואר בכ"ד ועיין בסנהדרין ד' נ"ה ע"ב במה שאמרו שם כיון דמזידה היא תקלה נמי איכא כו' ובמג"א סי' שמ"ג ס"ק ד' ובמש"כ הרמ"א שם סוף הסימן ומשמע ג"כ בדברי הר"נ והרמ"א בח"מ סי' רל"ה דאף בשגגו הפעוטות ומכרו בנכסים מועטים דקרינן בזה הכלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן כיון דעצם המעשה הוא שלא כהוגן ע"ש:

ולכן אף דמה דקבלו העדות שלא בפניו היה זה בשוגג מ"מ כיון דעצם המעשה הוא שלא כהוגן לפי תקחז"ל ע"כ דייניו בזה להכלל של הר"נ דבמקום איסור לא תקנו רבנן ונתבטל תורת ב"ד מהם והוי כמו דהגידו חוץ לב"ד דאין ממש בעדותן והא דמבואר ביו"ד סי' רכ"ח סעי' כ' בנדר לטובת חבירו דבדיעבד שהתירו לו בלא דעתו דהוי התרה אף שראוי ליסרן להב"ד שא"ה דמן דין תורה יכולין שלשה הדיוטות להתיר הנדר אבל הכא הא אין זה רק מדרבנן לכן שפיר יש לדון כן והא דסי' י"ז סעי' ל"ד אין זה ענין לנ"ד

ולפ"ז יש לומר דאף דנימא דבזמן הגמ' הי' הדין דאם עברו וקבלו העדות שלא בפניו דמהני הקב"ע עכ"ז י"ל דז"א רק בב"ד סמוכים אבל לא האידנא ולכן נראה דהעיקר כמש"כ הבית יוסף והמחבר דאם קבלו אין דנין ע"פ ותקשה על הך י"א דכתב הרמ"א דאם קבלו שלא בפניו כשר בדיעבד ודוחק לומר דיפלגו על דברי הר"נ בתשובה והרמ"א בסי' רל"ה סעי' א' לא הביא רק דברי הר"נ בלא חולק ואף שכתב שם בשם י"א מ"מ הא ידוע דמה דלא כתוב מפורש כ"כ דרכו לכתוב בשם י"א ומש"כ המל"מ פ"ט ה' זכיי' דהתוס' ב"מ ד' כ' חולקים על דברי הר"נ הנ"ל. הנה כתבתי מזה במק"א דאין הכרח לדבריו ונלע"ד לחלק בזה ע"פ מש"כ המל"מ שם דדוקא בהנידון דהר"נ הנ"ל דלא היה להם כח למכור זולת זה אמרו להכלל הנ"ל אבל היכא דהי' לו כח למכור באופן המועיל לא דייניגן להכלל הנ"ל במקום איסור דרבנן ע"ש א"כ ה"ה בנ"ד כיון דבשלחו אחריו ולא בא מקבלין עדות שלא בפניו כמש"כ הרמ"א בסעי' ט"ז בשם י"א וכן הכריע לדינא ע"כ י"ל דלכן כתב הרמ"א בשם י"א דבדיעבד מהני כל קב"ע שלא בפניו אף היכא דלא היה להם לקבל עדות שלא בפניו משום דהא יש כח להב"ד להזדקק להך קב"ע ולשלוח אחריו דאם יבא ודאי יש להם כח לקבל העדות כדין ואם לא יבא ג"כ יש להם כח לקבל העדות להך י"א אפילו הוא באופן שלא יפסיד העדות כמבואר שם ולכן כיון דיש להם כח לקבל העדות בהיתר ע"כ אף היכא דעברו וקבלו העדות שלא ע"פ דין ג"כ מועילים מעשיהם ולא דייניגן בזה להכלל של הר"נ כיון דאינו אלא מדרבנן לחד שיטה וי"ל דהרמ"א דכתב להך י"א דאם קבלו מהני קב"ע שלא בפניו אזיל לשיטתו דהביא לקמן בסעי' ט"ז להך י"א דבשלחו אחריו ולא בא מקבלין עדות לכתחלה וכן י"ל בשיטת המחבר דפסק דאם קבלו אין דנין ע"פ משום דאזיל לשיטתו דס"ל בסעי' ט"ז דבשלחו ולא בא אין מקבלין אלא היכא דיש לחוש שלא ישיג העדים אח"ז וכיון דלא הוי בידם זולת במקום איסורא לכתחלה ע"כ יש לדון להכלל של הר"נ הנ"ל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן: אבל באמת אין זה ברור כ"כ דיש לחלק בין דברי המל"מ הנ"ל לנ"ד ועוד דהא הרמ"א סתם דבריו בשם י"א ומשמע דבכל גווני כשר בדיעבד אף היכא דאין לחוש דלא ישיג העדות לאח"ז דבכה"ג אין מקבלין לכתחלה כמבואר בסעי' י"ז אלא כשהוא בעיר ושלחו אחריו כמבואר בסעי' ט"ז א"כ כשאינו בעיר דלא הוי בידם לשלוח אחריו א"כ לא היה להם לקבל העדות ע"פ דין בכה"ג ואפ"ה כתב הרמ"א בשם י"א דאם קבלו וסתם בזה דכשר בדיעבד ולכן עדיין תקשה זה:

ולכן נלע"ד לומר דדוקא במילי דרשות דלא הוי מצוה בזה אמרו הכלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן אף דהוי בשוגג כיון דאף שוגג צריך כפרה ומש"כ הנתיבות בסי' רל"ד

ס"ק ג' דשוגג דרבנן א"צ כפרה הנה במק"א כתבתי להוכיח דלא כהנתיבות בזה ואכ"מ וגם מצינו באו"ח סי' שמ"ג ברמ"א שכתב גבי קטן כו' ע"כ י"ל דמשום זה אמרו דבמקום איסורא לא תקנו רבנן משום דאין סברא שיבא מכשול ע"י תקנתם. משא"כ בדיינים שטעו וקבלו עדות שלא בפני בע"ד הא קא עבדו מצוה לדון ולשפוט בין אדם לחבירו והוי כמו כל טעה בדבר מצוה ועשה מצוה דקיי"ל דפטור ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ג' ענף ב' ואין בזה שום שם מכשול כלל ע"כ בכה"ג לא דיינינן כלל הכלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן וכן יש לדון במה דכתבו הפוסקים דאם עברו ודנו בלילה דדיניהם דין דסי' ה' סעי' ב' וכן בסי' י"ז סעי' א' דאם עמדו הדיינים וכן הבע"ד ישבו דדיניהם דין ואף דגם שם כתבו בלשון אסור כמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ו' ע"ש דזהו ג"כ ע"פ הסברא שכתבתי דבמקום מצוה שאני ועיין שם בחידושי שכתבתי שם מזה ולפ"ז יש לומר דאם עברו הב"ד במזיד וקבלו עדות שלא בפני הבע"ד דאף דלא שייך לדון בזה מטעם דעברו עבירה דרבנן דיהיו נפסלים משום דהא אין בזה חימוד ממון מ"מ אפשר לדון מטעם שכתבתי לדון בזה הכלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן דמה לי הך תקנת חז"ל דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד משארי תקנות ודוקא בטעו מאיזה טעם וסיבה בזה יש לדון להך דטעה בדבר מצוה כו' וכש"כ במקום איסור דרבנן ועיין בלשון הנמוקי יוסף בב"ק אבל היכא דלא היה בשגגה שפיר י"ל להכלל הנ"ל וכ"ז הוא היכא דלא היה בידם טצדקי לעשות זה בהיתר וכמש"כ לעיל דיש מקום לדמות זה למש"כ המל"מ לחלק כזה בפ"ט ה' זכייה ואפושי פלוגתא לא מפשינן כידוע. ונתבאר דעיקר הך דין אם קבלו העדות שלא בפניו ה"ל זה ספיקא דפלוגתא ומהני תפיסה וכ"ז הוא אם היה ע"י טעות אבל אם היה זה שלא ע"י טעות לא מהני הקב"ע שלא בפניו האידנא ולא מהני תפיסה בזה והיכא דהיה ביד הב"ד לקבל עדות ע"פ ד"ת בזה שפיר יש לדון דלהך שיטה דס"ל דאם קבלו דנין ע"פ דה"ה דדנין בבבל ג"כ וגם נתבאר דאף היכא דאין לקבל עדות שלא בפניו דמ"מ יכולין הב"ד לקבל עדותן בתורת תנאי וכמש"כ לעיל בכוונת הירושלמי או שיהא לתועלת שיהיה ירא הבע"ד להכחישן אף שלא העידו בתורת עדות וכמש"כ לעיל בארוכה ויש לדון עוד בכ"ז הרבה רק הדעת נוטה כמש"כ בכ"ז וכן יש לדון עפ"ז בהא דטעה בשקול הדעת דקם דינא אף האידנא בבבל דאין לנו כח לדון רק משום שליחותייהו דקמאי משום דכיון דאמרו דקם דינא א"כ ה"ל טועה בדבר מצוה ועשה מצוה ע"כ לא שייך לדון כלל הך דבמקום איסורא לא תקנו משום דאין בזה שם איסור כלל אף דהדיין חייב לשלם ולעיל בסי' כ"ה סעי' ג' הארכתי בזה ע"ש:
(שם סעי' ט"ו):

אין מקבלין עדות שלא בפניו ואם קבלו אין דנין ע"פ וחוזרין ומגידין בפניו כו' והט"ז הביא בשם תשובת רש"ל שכתב דאחר שהעידו שלא בפניו תו לא מהני בפניו כו' ואין להם יסוד מגמ' ולא מפוסקים כו' וכן עיקר כמש"כ הרמ"א כאן כו' עכ"ל הט"ז:

ענף א:

ויש לדון דדברי הרש"ל יש להם יסוד ע"פ מש"כ הדרכי משה באה"ע סי' קנ"ב ס"ק ב' בשם הריב"ש שכתב באשה האומרת גרשתני דנאמנת משום חזקה אין אשה מעיזה דאם אמרה בפעם ראשון שלא בפני בעלה ונודע לו הדבר ואח"כ כפרה ממש בפניו אינה נאמנת דמחזקת שקרא שאמרה בראשונה עכ"ל והנה הלבוש הכא סעי' ט"ו כתב הטעם דלכן אין מקבלין עדים שלא בפניו משום שיכולין להעיז ולהעיד שקר ויכול להיות שאלו היו מעידים בפניו לא היו יכולים להעיז נגדו וע"כ יש לומר דגם בנ"ד כיון דעיקר הטעם דצוותה התורה לקבל עדות בפניו כדי שלא יהיו יכולים להעיז נגדו ולכן כיון שהעידו כן מקודם אף דהוי שלא בפני בע"ד מ"מ יכולין להעיז גם בפניו בזה כדי לאחזוקי השקר כפי דבורם הראשון א"כ לפי שיטת הריב"ש הנ"ל יש מקום לדברי הרש"ל הנ"ל וכעין דברי הריב"ש הנ"ל כ"כ הב"י באה"ע סי' קנ"ד בשם הרשב"ץ ע"ש:

אבל באמת ז"א דא"כ לפ"ז אף בהגידו העדים מתחלה חוץ לב"ד לא יהא מהני עדותן שנית בב"ד כמו התם באשה האומרת גרשתני ובאמת הא מבואר בש"ס והכא דיכולין להעיד בפני ב"ד וכן הא הט"ז כתב הכא בשם הריב"ש עצמו דס"ל דאם העידו שלא בפני הבע"ד יכולין להעיד בפניו אף דהריב"ש לא כתב כן באשה האומרת גרשתני כנ"ל וע"כ מוכח דמחלקינן ביניהם וגם התם באשה האומרת גרשתני הא קיי"ל בסי' י"ז סעי' ב' דדוקא בעשתה מעשה דנשאת או נתקדשה שלא בפני בעלה אינה נאמנת ע"ש בב"ש ובח"מ. לכן נראה דהעיקר כמש"כ הרמ"א והט"ז הכא דיכולין לחזור ולהעיד בפני הבע"ד וכן מצינו בסי' ל"ו סעי' א' בשטר שחתמו עליו פסולים וכשרים דיכולים הכשרים לחזור ולהעיד לבד ולא אמרינן דנוגעים בעדותן הם לאחזוקי דיבורם הראשון וכן הוכיח הקצה"ח הכא בס"ק ז' מהא דב"ק ד' ע"ד דאמרו ע"פ ע"א פשיטא הא קמ"ל ע"פ עצמו דומיא דע"פ ע"א מה ע"פ ע"א כי אתי ע"א מצטרף בהדיה מחייב כו' וכתבו התוס' לפרש דכי אתי ע"א להעיד עמו אח"כ מעידין שניהם כאחד אלמא דלא אמרינן דנוגע בעדות הוא להחזיק דבריו הראשונים יהא דסי' ל"ג סעי' י"ב שאני ע"ש. ומ"מ יש לדון דהנכון עם שיטת הרש"ל הכא דאם העידו שלא בפני הבע"ד אינם יכולים להעיד שוב בפני הבע"ד. והוא דהנתיבות בסי' ל"ג ס"ק א' כתב דהעיקר הוא היכא דלא היה ממש בעדותן כלל דיכולין להעיד שנית כד"ת משום דאין לומר עביד אינש לאחזוקי

דיבורא דהא הגדתן לאו כלום הוא ואינם עוברין שום איסור בהגדת שקר אז לכן לא שייך לחוש בזה ע"ש והנה לעיל בסעי' ט"ו הנ"ל העליתי דיש לדון לפי דברי הרשב"א בחי' לשבועות ד' ל"א דבפסולי עדות דרבנן מהני תפיסה דלפ"ז ה"ה במה דהעידו העדים שלא בפני בע"ד דמהני עדותן לענין שיהיה יכול התובע לתפוס ולא יהיו מוציאין ממנו לפי שיטת הרשב"א וסייעתו דמה דהצריכו להעיד בפניו זהו רק מדרבנן וכן העליתי שם דלדידן ה"ל זה ספיקא דפלוגתא אם מהני בדיעבד עדותן מה שהעידו שלא בפני הבע"ד ולכן מהני תפיסה בזה כמו בכל ספיקא דפלוגתא:

וכיון דהיה לנו תועלת מן עדותן מה שהעידו בב"ד שלא בפני הבע"ד לענין תפיסה ע"כ שפיר יש לנו לדון דלא יהיו יכולים להעיד שנית לפני בע"ד משום דהם נוגעין בעדותן דאל"כ הא העידו שקר מתחלה ועבידו לאחזוקי דיבורא בכה"ג כיון דלא שייך בזה סברת הנתיבות הנ"ל במש"כ דכיון דלא היה בהגדתן ממש ולא קא עברו באיסור עדות שקר ע"כ אינם נוגעים בעדות דהא במה דהעידו שלא בפניו היה תועלת מזה לענין תפיסה והוי עדות שקר אם לא היה המעשה כן וכמו דמצינו בהרמב"ם ה' עדות פ' כ"א ה"ד העידו על פ' שהפיל שן עבדו וסימא את עינו והוזמו משלמין דמי העבד ודמי עינו והשיג הראב"ד הא האדון אינו משלם דמי העין אלא אם תפס העבד וא"כ העדים שהוזמו למה משלמין והכ"מ כתב דס"ל להרמב"ם דמשלמין העדים משום כאשר זמם דבקל יוכל לתפוס כו' ע"ש וע"כ י"ל ה"ה בנ"ד כיון דיכול לתפוס א"כ הוי עדות שקר וקא עבדי איסורא במה שהעידו בשקר שלא בפני בע"ד ועבידו לאחזוקי דיבורייהו בזה ולא שייך בזה לדון ממנ"פ משום די"ל דלמא הדין הוא כשיטת הפוסקים דמה שהעידו שלא בפניו אף בדיעבד לאו כלום הוא ומ"מ כיון דאהני סהדותייהו דהעידו שלא בפניו לאיזה ענין עכ"פ א"כ הא העידו בשקר ועברי על הא דמדבר שקר תרחק עכ"פ וכמש"כ התוס' בב"ב ד' צ"ד ע"ב ד"ה הכי השתא כו' ולכן הוי נוגעים בעדותן עכשיו במה שמעידין כן עכשיו בפניו משום דאם/לא יאמרו כן א"כ הם מוציאים לעז על עצמן וזהו כעין הא דאה"ע סי' י"ז סעי' ב' דאם ניסת שלא בפני בעלה מעיזה שלא תעשה עצמה זונה וכמו הא דקידושין ד' נ' דלא עביד אינש משוי נפשיה רשיעא ולכן נראה דלדידן דה"ל ספיקא דפלוגתא אי מהני עדותן שלא בפניו בדיעבד דלא מהני סהדותייהו שוב בפניו ואף דקשה להעמיס כ"ז בדברי הרש"ל מ"מ נראה לי לדון כן די"ל דלדינא העיקר בזה כהרש"ל דאינן חוזרין ומעידין בפניו. ובאמת צריך ביאור מש"כ התוס' בב"ק ד' ע"ד דאם אתי ע"א מצטרף עמו להעיד שנית ביחד בב"ד וכמש"כ הקצה"ח כנ"ל הא יש לחוש דהוי נוגע בעדות לאחזוקי למה שהעיד יחידי בראשונה בב"ד דהוי תועלת מעדותו לחיוב שד"א: אך י"ל דשא"ה

דמיירי בקנס ואין נשבעין על הקנס כמבואר בירושלמי שבועות פ"ו ה"א וכמש"כ התוס' בב"ק ד' מ"א ד"ה מודה בקנס כו' ובדף מ"ו ד"ה דאפי' ניזק כו' כעין זה. ע"כ לא הוי שם שום תועלת כלל מן מה שהעיד ע"א מתחלה על חיוב קנס לכן לא שייך שם לדון דהוי נוגע להחזיק דבריו וע"כ מצטרפין שפיר אח"ז ביחד להעיד והא דסנהדרין דף למ"ד דגמרו הדבר היו מכניסין דהיה סברא לומר דמכניסין לעדים משום דס"ל כרבנן דר"נ דאין עדותן מתקיימת עד שיעידו שניהן כא' ואף דהתם הא מיירי בחיוב ממון דהיה תועלת מן ע"א לחייב שבועה ומ"מ לא אמרינן דהוי נוגע כדי להחזיק דבריו הראשונים משום די"ל דבאמת יש עצה לזה שיתנו בפירוש שעיקר עדותן בתו"ע יהיה רק בסוף כשיעידו ביחד ובעת שהי' חוקרין ודורשין לכאו"א בפ"ע אין זה רק לחקירה בעלמא שלא בתו"ע וע"כ לא שייך שם חשש נוגע בעדות:

ב ובכתובות ד' כ"א ע"ב ג' שישבו לקיים השטר שנים מכירין חתימת העדים כו' עד שלא חתמו מעידין בפניו משחתמו אין מעידין בפניו ולא אמרי' דאף עד שלא חתמו הוי נוגעין בעדות דעבידי לאחזוקי דבריהן משום די"ל דכיון דלא חתמו לא שייך בזה אחזוקי דיבורייהו. והא דמשחתמו אין מעידין כו' באמת פי' התוס' שם ד"ה האמר רב פפי כו' דלכן אין מעידין משום דדמי לנוגעים בעדות. אך י"ל דשא"ה דחתמו ועשה מעשה והנה רש"י והרא"ש והר"נ שם כתבו הטעם דלכן משחתמו אין מעידין משום דחתי' קמייתא בשקרא הוי ועיין בסי' מ"ו ש"ך ס"ק נ"ח. ולכאורה צריך ביאור דהא בלא הטעם דחתמו שקר הדין הוא דאין מעידין משחתמו משום דהם נוגעין בעדות. דאין יכולים לומר להיפך משחתמו דא"כ העידו שקר דהא מה שחתמו השנים היה להם דין העדאת עדים כמש"כ הרמ"א בשם הריב"ש בסי' מ"ו סעי' ז' דיכולין להעיד עדות שהם מכירים חת"י העדים מתוך כתבם כו' וכמש"כ הש"ך בסי' מ"ו ס"ק ז' דאם קיימו בשנים לא הוי קיום היינו שיהא שם ב"ד עליהם אבל העדאת עדים הוי וכ"כ בס"ק ע' א"כ הא היה תועלת מעדותן במה שחתמו כבר א"כ ה"ל נוגעים בעדות משום דאין יכולים לשנות דבריהם ולהוציא לעז ע"ע כמו הא דסי' י"ז באה"ע הנ"ל: והנלע"ד באמת להוכיח כמש"כ הש"ך בסי' מ"ו ס"ק י"ז להשיג על הרמ"א והעלה דלדידן דקיי"ל דלא כהר"ת דמכשיר עדות מפי כתבם ע"כ גם בקיום שטרות אין לקיים השטר ע"י עדות בכתב ע"ש ולכן י"ל דלפ"ז לא היה שום תועלת מעדותם במה שחתמו על ההנפק רק שנים כ"ז דלא היה עליהם שם ב"ד והיכא דלא היה ממש מעדותן כבר נתבאר דמוכח מכ"ד דבזה לא מקרי נוגעים ויכולים לשנות דבריהן ע"כ הוצרכו הרא"ש וש"פ לכתוב הטעם דלכן משחתמו אין מעידין משום דחתמו בשקר ומש"כ התוס' בכתובות הטעם דדמי

לנוגעים בעדות. הא משמע שם בהתוס' דהר"ת כתב כן מדכתבו אח"ז שם ותי' ר"ת כו' ע"כ י"ל דר"ת לטעמיה דס"ל להכשיר כל עדות בכתב ע"כ היה ממש מעדותן לכן שפיר כתבו הטעם דהוי נוגע בעדות ולכן י"ל דהעיקר כמש"כ הש"ך בסי' ל"ג ס"ק ט' דאמרינן הסברא דעבידי לאחזוקי דיבורייהו דלא יהיו כשקרנים וכמש"כ הנתיבות שם להסביר זה היטב והא דסנהדרין ד' ל' במה דהיו חוקרין מתחלה כל עד בפ"ע ואח"ז היו מצרפין אותם ביחד כבר כתבתי לעיל דאינו ראיה ועוד אפשר לומר כיון דהתורה צוותה להב"ד דיהיו דורשין היטב להעדים וכל המרבה בבדיקות ה"ז משובח כמבואר בסנהדרין ד' מ' וכיון דצורך החקירה הוא שיהיו שואלין מתחלה לכל עד בפ"ע ואח"ז יעידו ביחד לרבנן דפליגי על ר"נ א"כ הא חזינן דכן גזרה התורה דכיון שהיה שם עד כשר מתחלה בעת שהעיד כ"א בפ"ע והותחל אז שם עד עליהם ונגמר העדות בעת שיעידו ביחד כי זה הוא מן הכשר העדות ודומה זה למש"כ התוס' בסנהדרין ד' ע"ג כעין זה בד"ה ממונא לא משלם עד גמר ביאה כו' באה"ד בזה"ל הא לאו פירכא היא דאהכי חייב רחמנא עכ"ל: ולכן אין ללמוד מהתם לדוכתי אחריני ובפרט די"ל כמו שכתבתי לעיל דמתנים עמהם בפירוש דעיקר תורת עדות הוא רק בעת שיעידו יחדיו וע"כ יש לדון במה שלפעמים חוקרין ודורשין את העדים תחלה שלא בפני בע"ד שיאמרו הב"ד להעדים דעיקר העדות הוא בעת שיעידו אח"ז בפני הבע"ד דאל"כ יש לחוש לשיטת הרש"ל דלא מהני הגדתן שנית בפני בע"ד וכפי שכתבתי דיש לחוש בזה משום אחזוקי דיבורייהו:

ענף ג:

ועדיין יש להעיר בכ"ז בהא דסי' ל"ד סעי' כ"ז י"א דהעד ואותו שנשבע לו מצטרפים להעיד עליו ולפוסלו וכתב הסמ"ע ס"ק ס"ו דלאחר גמ"ד בא מחדש זה שנשבע לו והעד ומעידין לפני ב"ד שנשבע לשקר כו' עכ"ל וקשה הא יש בזה חשש דאחזוקי דיבורייהו והא הוי תועלת מעדות הע"א לחייב שד"א ומוכח מזה דלא חיישינן כלל שיעידו בשקר שנית משום אחזוקי דיבורייהו ואף היש חולקים טעמם דכיון דהתורה האמינו בשבועתו כו' וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ס"ח אבל באמת אין זה קשה כלל דהא מבואר בסי' פ"ז סעי' כ"ט דמי שכפר בכל וע"א מכחישו ונשבע ואח"כ הביא ע"א מצטרף עם הראשון כו' וכתב הסמ"ע ס"ק פ"ט דע"י ב' עדים נפסל מיד משא"כ כשאין כאן אלא ע"א ובע"ד כו'. וכ"כ הש"ך שם ס"ק ע"ג א"כ הע"א א"צ להעיד מחדש רק הבע"ד צריך להעיד עכשיו לפי שמתחלה לא היה עליו שם עד רק בע"ד וכן הוא לשון הרא"ש בתשובה כפי שהובא בבית יוסף בסי' ל"ד סעי' ל"ח שכתב יראה שצריך להעיד עליו לפוסלו כו':

ונקט ליה בלשון יחיד דהעיקר הוא דהבע"ד צריך להעיד אבל הע"א א"צ להעיד מחדש ולכן מש"כ הסמ"ע כנ"ל דלאחר גמ"ד בא מחדש זה שנשבע לו והעד ומעידין כו' הוא לאו דוקא ולכן אינו קשה מזה על מש"כ הש"ך בסי' ל"ג ס"ק ט' דהיכא דהוי חשש אחזוקי דיבורייהו אינם נאמנים משום דהא הע"א אינו מעיד שנית ומה דהבע"ד מעיד עכשיו אין בזה חשש אחזוקי דיבורו דהא לא העיד מתחלה בתו"ע רק טען בתורת בע"ד. ולכן יש בידו לומר עכשיו דלהעיד כן בתו"ע אינו יכול משום דאינו זוכר כ"כ ומה שטען תחלה טענת ברי לא קעבר על מדבר שקר תרחק דמבואר בשבועות ד' ל"א משום דהא אף בטוענו בספק ג"כ חייב שד"א להכחיש הע"א כדקיי"ל בסימן ע"ה סעי' כ"ג וכמש"כ הש"ך שם ס"ק פ' וגם יכול לומר דטען כן ע"פ רגלים לדבר דסי' ע"ה סעי' י"ז בהג"ה וע"כ אין בזה שום חשש אחזוקי דיבורו ולפ"ז אפשר לדון דאם טען כן מתחלה טענת ברי במקום הודאה במקצת דלא היה לו אז להע"א דבשד"א לא מהני רגלים לדבר כמו תיבה פרוצה וכהנה דבזה שפיר יש לחוש דמעיד כן משום אחזוקי דיבורו כדי שלא יהא נחשד דעבר תחלה על מדבר שקר תרחק וגם בזה יש לעיין הרבה אך בנידון דהתם דהיה החיוב שד"א ע"י הע"א ודאי די"ל כמש"כ וע"כ אין ראיה מהתם לסתור לדברי הש"ך הנ"ל:

ולכן העיקר כמש"כ הש"ך דהיכא דיש לחוש משום אחזוקי דיבורו דלא מהני עדותו ולכן שפיר כתבתי די"ל דהנכון עם שיטת הרש"ל דאם העידו שלא בפני בע"ד דאין מקבלין אותן בפני בע"ד ולכן הנכון להתנות עמם בעת שמעידין שלא בפני בע"ד כנ"ל:

ואחר כתבי כ"ז ראיתי בשער המלך ה' אישות פ"ט ה' י"ב שהביא בשם המהריב"ל דעדות שנתקבל שלא בפני הבע"ד אינם יכולים לחזור ולהגיד משום דעבידי לאחזוקי שיקרא: והקשה עליו מקידושין ד' ס"ג באיני יודע למי קדשתיה ובא א' ואמר אני קדשתיה דנאמן ליתן גט ואינו נאמן לכנוס דאע"ג דכשמודיעין ליה בתר הכי שאין כונסה ה"ה עומד בדבורו מ"מ לאחזוקי שיקרא הוא דעביד אלמא דלא חיישינן לאחזוקי דיבורא עכ"ל אכן לפמש"כ לעיל דשאני בעדות שנתקבל שלא בפני הבע"ד דהיה תועלת מעדותן לאיזה ענין ע"כ שפיר י"ל התם עבידי לאחזוקי דיבורם משא"כ התם באומר אני קדשתיה דלא היה תועלת מן אמירתו ע"כ לא אמרו שם כן. ע"כ אינו ראיה לסתור דברי המוהריב"ל ועוד י"ל דשאני הא דקידושין דהא מבואר באה"ע סי' ל"ז סעי' כ"ד היכא דנאמן ליתן גט ולא לכנוס דאם כנסה אין מוציאין מידו וזהו דברי הרשב"א והר"נ והמ"מ ועיקר הטעם הוא דהחשש דיצרו תקפו דמה"ט אין נאמן לכנוס אין זה רק מדרבנן וכמש"כ המקנה בק"א סי' ל"ז סעי' כ"ב ע"ש ע"כ אינו דומה הך דקידושין להא דקבלת עדות שלא בפני

הבע"ד דשא"ה באומר אני קדשתיה דמה"ת נאמן לכנוס ג"כ ע"כ לא חשו חז"ל שם להך דאחזוקי דיבורא משא"כ בקב"ע שלא בפני הבע"ד דהוי חשש בדאורייתא לפי הסוברים דמה"ת אין מקבלין עדות שלא בפניו להוציא ממון ע"כ שפיר יש לחוש להך דאחזוקי דיבורא ואין מדמין דרבנן לדאורייתא כן יש לחלק:

וכן ראיתי בשער המלך שם שהקשה מהא דאומרת גרשתני דאם ניסת ונתקדשה שלא בפני בעלה דא"כ במחזקת דבריה. והקשה מהא דקידושין הנ"ל דלא אמרינן כן אך באמת אין זה קשה דשא"ה דעבדה מעשה ע"כ שפיר חשו דמחזקת מעשיה משא"כ היכא דלא הוי רק דיבורא בעלמא לא חשו לזה וכעין הא דב"ב ד' ל' ע"ב דמחלקים התם עביד מעשה אבל הכא דיבורא עביד אינש דמקרי ואמר וכעין זה בגיטין ד' ס"ז ע"א. אך יש להקשות מן הא דקידושין על שיטת הריב"ש שהובא בדרכי משה אה"ע סי' קנ"ב דאף באמרה שלא בפני בעלה גרשני אמרי' דלאחזוקי דיבורה כו' ותקשה עליו מהך דקידושין אכן לפמש"כ לחלק בין דרבנן לדאורייתא די"ל דבדרבנן לא חשו לזה ע"כ אינו קשה גם על הריב"ש מהך דקידושין גם י"ל דאולי הריב"ש ס"ל כשיטת השמ"ק דהובא בשעה"מ שם דהא דנאמן ליתן גט מיירי במודיעין ליה מיד שבא לב"ד שלא יכנוס אותה ובא ע"ד שלא לכונסה ע"ש:

וכבר אמרתי במש"כ הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' כ"ז בד"ה והנה ההפרש שיש כו' דבנוגע אף אם החזיר השכירות שנטל לא מהני עדותו משום דיש לחוש משום אחזוקי דיבורו וכמש"כ הש"ך בסי' ל"ג כו' ע"ש ובאמת הא מוכח דמה שאמר מתחלה בעת שהיה בע"ד דלא אמרינן בזה אחזוקי דיבורו וראיה לזה מהא דסי' ל"ד סעי' כ"ז דאחר שנשבע מצטרף הבע"ד לפוסלו ואף החולקים שם טעמם משום דהאמינהו התורה בשבועתו ויצא כבר זכאי בב"ד כמש"כ הריב"ש בסי' של"ט והסמ"ע שם. ולא אמרינן ביה חשש אחזוקי דיבורא וע"כ מוכח דשאני היכא דהיה עליו שם עד בעת דהגיד בראשונה אף דהיה בשם עדות פסולה מ"מ כיון דלא היה בשם בע"ד ונוגע שאני והחילוק הוא ברור וק"ל וע"כ בפסול נוגע דה"ל בע"ד דאחר שנסתלק ולא הוי נוגע דמהני עדותו ולא חיישינן לאחזוקי דיבורא וע"פ מש"כ דיש לחלק בין בע"ד ונוגע ובין היכא דלא הוי נוגע מיושב קושיות השער המלך על המהריב"ל מהא דקידושין הנ"ל דהא שם הוי בחשש נוגע וכן יש להעיר על דברי הנו"ב הנ"ל מהא דקידושין דמוכח מהתם דבנוגע לא חשו לאחזוקי דיבורא אך לפמש"כ לעיל דיש לחלק דשאני התם בקידושין דהוי חשש דרבנן ע"כ אין לסתור דברי הנו"ב מהא דקידושין דיש לחלק בין דרבנן לדאורייתא אכן מהא דסי' ל"ד הנ"ל מוכח דלא כהנו"ב וע"פ מש"כ יש להעיר בדברי המהרי"ט ח' אה"ע סי' ל"ז בסוף הסימן דהביא

דברי המהריב"ל הנ"ל וכן לדברי הר"נ ספ"ב דקידושין דבנוטל שכר להעיד אם החזיר השכר מהני עדותו שיעיד מחדש ולא חיישינן לאחזוקי דיבורו וי"ל דשא"ה דכיון דלא הועיל כלל בעדותו שמתחלה כיון דאמרו דעדותו בטל וכש"כ למה דכתב המהריב"ל דיש לומר דמדאורייתא עדותו בטילה ולכן כיון דלא היה שום ממש בעדותו מתחלה ע"כ אין בו חשש הנ"ל וכמש"כ לעיל אך אף לפי הכרעת הפוסקים דז"א רק מדרבנן מ"מ הא התם בנוטל שכר לא מהני עדותו אף היכא דהוי מוחזק דהא אמרו שם לשון עדותו בטל ע"כ שפיר י"ל כן לכ"ע ואדרבה לפמש"כ לעיל יש מקום לומר דהיכא דבטל עדותו הוא מדרבנן דלא חשו ביה כ"כ משום אחזוקי דיבורא וא"ש ביותר כ"ז. ועיין בנתיבות סי' ל"ד ס"ק י' מה שכתב דנוטל שכר להעיד בין לזכות בין לחובה דאינו פסול רק מטעם קנס אם החזיר השכירות מהני עדותו אף שאינו מעיד מחדש וכ"כ הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' כ"ז א"כ בוודאי א"ש התם דהא אם ליכא חשש נוגע א"צ להעיד מחדש כלל רק היכא דהוי בחשש נוגע צריך להעיד מחדש והא כבר נתבאר דהיכא דהיה בחשש נוגע דהוי כמו בע"ד דלא שייך בזה חשש דאחזוקי דיבורו כלל ועיין בבית מאיר סי' י"ז סעי' ב' מזה. והנתיבות שם כתב בפשיטות בנוגע שנטל שכר להעיד לזכותו דלא מהני עדותו שוב משום חשש אחזוקי דיבורו וכמו בהא דסי' ל"ג סעי' י"ב וזהו כמש"כ הנו"ב כנ"ל אכן לפמש"כ יש לחלק ביניהם:

סימן כט

(סעי' א') אחר שהעיד העד בב"ד אינו יכול לחזור כו' אבל בדבר שמוכיח שטעה כגון שהזקיקוהו ב"ד להביא עדים שאינו רמאי וא"ל יודעים אתם בו שהוא רמאי כו' מקור הדבר הוא בב"מ ד' כ"ח דאבוה דר"פ אירכס לי' חמרא ואשכחוה אתא לקמי' דרבה בר ר"ה א"ל זיל אייתי סהדי דלאו רמאי את אזל אייתי סהדי א"ל ידעיתון בי' דרמאי הוא א"ל אין א"ל אנא רמאה אנא א"ל אנן לאו רמאי את קאמרינן אמר רבה בר ר"ה מסתברא לא מייתי אינש חובתא לנפשי' ופי' רש"י והנ"י דכסבורין שא"ל ידעיתון בי' דלאו רמאי הוא שכך הי' לו לשואלן והרי"ף והרא"ש סיימו דהני ודאי מיטעא קא טעו כו' וכ"כ הטור והשו"ע דעיקר הטעם בזה דמוכיח שטעו:

סימן כט ענף א:

ולולא דבריהם הייתי אומר דלכן נאמנים הכא משום דהא אמרו בב"ק ד' צ"ג ר' יוחנן א' יש הן שהוא כלאו ופי' רש"י אם אמר הן בתמי' והתוס' והרא"ש פירשו דאפילו אמר הן שדומה בניחותא מסתמא בתמי' קאמר משום דיש אומדנא דאין אדם מוחל על נזקי

גופו וכ"כ הטור בסי' תכ"א והרמ"א שם סעי' י"ב בשם י"א וכה"ג אי' בסנהדרין ד' ס"א באמרו במסית לעצמו וא"ל אין דאין דקאמרי אחוכי עלי' וכ"כ הב"ח והובא באה"ע סי' כ"ז ובח"מ ס"ק כ' ומה שכתב הב"ש שם אכמ"ל בזה אלמא דמצינו דהיכא דאיכא אומדנא דמוכחא אמרו דיש הן שהוא כלאו אף אם אמר בלשון ניחותא ה"ה הכא י"ל הא דאמרו לו ידעיתון בי' דרמאי הוא אמרו לי' אין דכיון דיש אומדנא הכא דלא מייתי אינש חובתא לנפשי' דיש לפרש דמה דאמרו אין הי' כוונתם בלשון לאו וזה שאמרו לי' אנן לאו רמאי את קאמרינן משום דהי' כוונתם בלשון לאו ולפ"ז אכתי י"ל דהיכא דלא שייך לדון כן אינם נאמנים לומר שטעו בלשון השואלם כמו שפירשו הראשונים משום דאין לנו הכרח מהש"ס לדון כן ובוודאי אין לחלק בין לשון הן ובין לשון אין וכן בסנהדרין ד' ס"א הנ"ל אמרו כן בלשון אין כן הי' מקום לומר לולי דברי הראשונים הנ"ל:

ועפ"ז יש מקום לתרץ דברי הרמב"ם שלא הביא להך דב"מ וכבר תמה הלח"מ בזה ברמב"ם פ"ג ה' עדות ה' ה' אכן לפמש"כ דעיקר כוונת הגמ' הוא משום דזהו בכלל מה דאמרו יש הן שהוא כלאו א"ש דברי הרמב"ם והוא דהרמב"ם פ"ה ה' חובל ומזיק ה' י"א לא הביא שם להא דר' יוחנן דס"פ החובל דיש הן שהוא כלאו והמ"מ שם כתב דזהו לפי דס"ל דר"י דינא באפי נפשי' קאמר ולא פליג על אוקימתא דרבא. וס"ל לפרש לדר"י כפי' רש"י דקאי באמר הן בתמי' ולפי שהוא פשוט א"צ להזכירו עכ"ל המ"מ והובא בבית יוסף לח"מ סי' תכ"א אבל באמת זה דוחק דאכתי תקשה דלמה לא הזכירו הרמב"ם להא דאמר רבי יוחנן כיון דקאמרי הכי להדיא בש"ס וגם הרשב"א בחי' לב"ק שם העלה דר"י פליג עם רבא מדלא קאמרי אמר ר"י אלא קאמרי ר"י אמר כו' ולכן העיקר כמש"כ הב"ח בטור ח"מ סי' תכ"א דס"ל להרמב"ם דר"י פליג על רבא ופסק כרבא דהוא בתראה וכסתם משנה ולא חשש למה דאמרו שם תנ"ה ואכמ"ל:

ולפ"ז י"ל דלכן לא הביא הרמב"ם להא דב"מ משום דס"ל בכוונת הגמ' דלא כמש"כ הראשונים דנאמנים לומר דטעו אלא כמש"כ לעיל דאתו עלה משום דהך אין הוא כלאו וכיון דעיקר מילתא אם אמרינן הן כלאו היכא דהוי אומדנא דמוכחא זהו פלוגתת אמוראי בב"ק ס"פ החובל רבא עם ר' יוחנן ולכן אין להוכיח לדינא להא דב"מ משום די"ל דהך סוגיא דב"מ דאמרו שם כן בשם רבה בר ר"ה וגירסת הרא"ש שם הוא רבה בר אבהו ורבא הוא בתראה מן רבה בר אבהו ועי' בגיטין ד' ל"ב ע"א תוס' ד"ה והאמר רבה כו' ובעירובין ד' נ"ט ע"ב בתוס' ד"ה בעא מיני' כו' וכן י"ל אף לגירסתנו רבה בר ר"ה ואפשר לומר דרבה בר אבהו ס"ל כשיטת רבי יוחנן דאמרינן להך כללא יש הן שהוא כלאו היכא דמוכחי אבל לשיטת הרמב"ם דס"ל כרבא דלא אמרינן כן ע"כ י"ל

דה"ה הכא אינן נאמנין העדים לחזור מדבריהם בזה והא דמצינו בסנהדרין ד' ס"א דאין דקאמרי אחוכי עלי' היינו דוקא התם דשייך לומר אחוכי עלי' אבל הכא דלא שייך כן ע"כ אין ראי' מהתם כלל ועי' בסי' פ"א ובסנהדרין ד' כ"ט כן אפשר ליישב דברי הרמב"ם הנ"ל שלא יהי' מוקשה כ"כ בהשמטתו:

סימן כט ענף ב:

והנה השער משפט בס"ק ב' כתב להסתפק בשני כתי עדים המכחישים זא"ז וכת אחת חזרה מדברי' אי אמרינן בזה ג"כ דאין חוזרים ומגידים וה"ל תרי ותרי או דילמא כיון דשנים מכחישין אותם יכולין לחזור מדבריהם הראשונים כו' והטלה דהיכא דחוזרים בלא אמתלא ה"ל כמו תרי ותרי אבל היכא דחוזרים ואומרים טעינו ועכשיו נזכרנו נאמנים והביא ראי' לזה מהא דאמרינן דהיכא דמוכח הדבר שטעו דנאמנים כמו הא דב"מ ובשו"ע הנ"ל כו' ובאמת לפמש"כ דיש מקום לומר דלא אתינן לזה משום טעות דמוכחא רק משום הן שהוא כלאו ודאי אין זה ראי' לנ"ד ואף לפי שיטת הראשונים והטושו"ע דלא כפי מש"כ מ"מ יש לחלק דשא"ה דבעת דהעידו העדים שהוא רמאי הי' לנו הוכחה דטעו וה"ל כמו דלא אתחזק עדותן בב"ד משא"כ הכא דבעת דנתקבל עדותן בב"ד לא ראינו שום ריעותא בהו ע"כ עדיין יש לדון דכיון דנתקבל עדותן כבר כד"ת דאינן יכולין עכשיו לבטל לעדותן הראשונה וה"ל שפיר כמו תרי ותרי ולקמן בסי' ק"ט בשער משפט ס"ק ב' הוכיח כן מן מש"כ הרשב"א בתשובה דב"ד עצמם נאמנים לומר שטעו בהשומא דאל"כ לא משכחת לה דאף אם אתו אחרים ואומרים דטעו הא ה"ל תרי ותרי ואף שהם יותר מהב"ד כמש"כ השער משפט בסי' ק"ג ס"ק ד' ע"ש. וזהו דלא כהנתיבות בסי' ק"ג ס"ק ג'):

וקשה הא כיון שהגיד אינן חוזרים כו' ומזה הוכיח השער משפט דמיירי היכא דיש אחרים האומרים דטעו בשומא ובכה"ג יכולים לחזור מדבריהם הראשונים אבל באמת אין זה הוכחה כלל דהא כתב הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ל' בשם תשובת מיימוני דבדיינים לא דיינינן להך כללא דכיון שהגיד אינן חוזרין ובפרט היכא שאינן חוזרים ומגידים לגמרי ע"ש ע"כ י"ל דמה"ט נאמנים הב"ד לומר שטעו בהשומא אף דליכא עדים או ב"ד אחרים להעיד על הטעות וכמשמעות הרשב"א שם. ולכן אין ראי' מהתם לנ"ד בעדים המכחישין זא"ז:

אך יש להוכיח דעדים המכחישים זא"ז ועכשיו אומרים העדים נזכרנו וטעינו דנאמנים לבטל דבריהם מהא דסי' ע"ט סעי' ג' בשם הרמב"ם דמי שהודה בב"ד שחייב לזה התובע מנה ואח"כ אמר נזכרתי שפרעתי והרי עדים ה"ז עדות מועלת כו' ואינו כאומר לא

לויתי מעולם ולפ"ז ה"ה בעדים יש לומר דאם אומרים עכשיו נזכרנו והרי עדים דנאמנים לחזור ולבטל דבריהם הראשונים והוא כש"כ מן הודאת פיו שאינו בהכחשה כמבואר בב"מ ד' ג' דנאמן לחזור מדבריו הראשונים אם יש עדים מסייעים לדבריו כיון דאינו סותר כ"כ לדבריו הראשונים כאומר לא לויתי מעולם כש"כ בעדים דישנן בהכחשה ובהזמה דנאמנים לבטל דבריהם אם עדים מסייעים להם עכשיו היכא שאומרים טעינו וכה"ג אכן אפשר לומר דכ"ז הוא אם חוזרים מדבריהם קודם שבאו העדים השניים אבל בבאו העדים להכחישן מקודם שחזרו לומר נזכרנו י"ל דאינן נאמנים לבטל דבריהם הראשונים כמבואר התם בסי' ע"ט ברמ"א בשם הנ"י דדוקא שטען שפרעו קודם שבאו העדים אבל אם באו העדים תחלה אינו נאמן. כמו כן יש לחלק בעדים ועיין בסמ"ע שם ס"ק ט' מש"כ בטעם הדבר אך לפמש"כ הש"ך שם ס"ק י' בשם הרב המגיד דס"ל דאפילו באו עדים תחלה נאמן הלוה א"כ כ"כ יש לומר בעדים דנאמנים בכל גווני אם עדים מסייעים להם במה שחוזרים עכשיו וגם יש לומר דאף הנ"י מודה בעדים דנאמנים בכל גווני לבטל דבריהם הראשונים ושאני פיו דאלים ביותר משום שאינו בהכחשה כמבואר בב"מ ד' ג' וגם י"ל דשאני בע"ד דהוי נוגע: ולכאורה יש להוכיח מהא דב"מ שם דאמרו מה לפיו שאינו בהכחשה תאמר בעדים שישנן בהכחשה והזמה והנמוקי יוסף פירש דהך פיו אינו בהכחשה קאי היכא דבאו עדים מקודם דטען נזכרתי שפרעו והובא בביאור הגר"א זצ"ל סי' ע"ט ס"ק י' וכיון דמסיים שם תאמר בעדים שישנן בהכחשה משמע דמיירי דומיא דפיו דקאמר שם ומיירי ג"כ דהעדים אומרים נזכרנו וטעינו עכשיו וקאמרו ע"ז לשון שישנן בהכחשה דמשמע כמו כל לשון הכחשה בתרי ותרי דה"ל ספק השקול ולא דיהיו נאמנים העדים השניים הבאין להכחישן א"כ חזינן דגם בעדים הדין הוא כיון שבאו העדים השנים מקודם שחזרו מדבריהם הראשונים דינן כמו כל תרי ותרי המכחישים וה"ל ספק השקול: כן יש להוכיח לשיטת הנ"י אבל יש לדחות זה ההוכחה בכמה גווני וקצרתי ועדיין יש לומר דגם הנ"י מודה בעדים דנאמנים לחזור מדבריהם הראשונים היכא דעדים מכחישין אותם אף בבאו העדים מקודם שחזרו בהם כיון דאומרים עכשיו שטעו מתחלה ואח"כ נזכרנו וכמש"כ השער משפט ולא מטעמי'. ואפושי פלוגתא בין הנ"י והמ"מ לא מפשינן כידוע ועיין באו"ת סי' ע"ט ס"ק ד' עדי סימן ל (סעי' א') עודי ד"מ א"צ דו"ח כו' וזהו מדרבנן שלא תנעול דלת כמבואר בסנהדרין ד' ל"ב ועפ"ז יש לדון במה דקיי"ל דנמצא א' מהם קו"פ עדותן בטילה כמבואר בסי' ל"ו ואף אם יעידו הכשרים בפ"ע לאח"ז ג"כ לא מהני כמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ז' והט"ז שם ובסי' מ"ה בסמ"ע ס"ק ל"ד. ואף להסוברים דבראי' לחוד לא נפסלו מ"מ כיון שהי' כבר

הגדה בב"ד מכשרים ומפסולים מיפסלי אכן אם העידו הכשרים והפסולים בלא דו"ח יש לומר דיכול המלוה לומר א"א בתק"ח שתקנו לטובתי לקבל עדות בלא דו"ח והא הרבה פוסקים ס"ל דאף להוציא ג"כ אמרינן א"א בתק"ח וכמש"כ לקמן כעין זה בחידושי לסי' ל"ו סעי' א' גבי שטר שחתום עליו עד פסול ע"ש וכיון דאומר א"א הוי ממילא כמו דלא הגידו מעולם בתו"ע בב"ד וכיון דלא הי' הגדה מהם בב"ד א"כ לא נצטרפו כלל לשיטת הסוברים דע"פ ראי' לא נפסלו אם לא הגידו הכשרים עם הפסולים בב"ד וכעין זה ראיתי באו"ת סי' ל' באורים ס"ק ח"י גבי עדות מיוחדת דס"ל דאינו אלא תק"ח לטובת המלוה דיכול המלוה לומר א"א בתק"ח ואף דעדות מיוחדת מהני גם גבי הלוה כמבואר שם סעי' ח' מ"מ ס"ל להאו"ת דלמי שתקנו לטובתו דיכול לומר אותו הבע"ד שהוא טובתו א"א בתק"ח וכמש"כ מזה בסי' מ"ו סעי' י"ג בדברי האו"ת הנ"ל ע"ש ואף דעדיין צריך המלוה לתק"ח שתקנו דב"ד בבבל אף דאינן סמוכין יהיו יכולין לקבל עדות ולדון דזהו מדרבנן משום נעילת דלת כמבואר בסנהדרין ד' ג' מ"מ הא זהו תקנה אחרת וע"כ שפיר כתב האו"ת לדון הך א"א בתק"ח וה"ה יש לדון כן על הא דעדים שנצטרפו ביחד קו"פ אם העידו בלא דו"ח כנ"ל והנה לפי מה דראיתי בספר תרומת הכרי לסי' ק"ב שכתב דלא שייך לומר א"א בתק"ח רק היכא דאוקמינן אדאורייתא אבל היכא דלא יהי' לו זכות רק מדרבנן לא דיינינן א"א בתק"ח ע"ש א"כ ה"ה הכא כיון דעיקר מה דמקבלין עדות בבבל אינו רק מדרבנן משום שליחותיי' דקמאי וכמש"כ לעיל בסי' א' ע"כ אפשר לומר דלא דיינינן הך א"א בתק"ח הנ"ל אבל באמת דברי התרומת כרי הנ"ל אינו מוכרח כדמוכח מדברי הר"י הלבן שהובא בשמ"ק לב"ק ד' ז' שהובא שם וגם הא העליתי לעיל בסי' א' דמה דדנין האידנא דינו לכל מילי כדאורייתא ממש ע"ש:

ועדי קדושין א"צ דו"ח כמבואר באה"ע סי' מ"ב ולפ"ז יש לדון בשנים אומרים נתקדשה וב' אומרים לא נתקדשה דאם ניסת תצא כמבואר באה"ע סי' מ"ז סעי' ב' ולא מוקמינן אחזקה משום דבדאורייתא ה"ל ספיקא דרבנן ומדרבנן החמירו כמש"כ התוס' בכתובות ד' כ"ו ובקידושין ד' ס"ו וב"ב ד' ל"ב. ע"כ אפשר לומר דאם העידו בלא דו"ח דאינו רק מדרבנן דיהי' הדין בזה דאם ניסת לא תצא אף דעיקרו הוא מה"ת עכ"ז הא גם תרומה דרבנן מקרי יש לו עיקר מה"ת כמש"כ התוס' בעירובין ד' ל"ב אבל באמת מוכח בכתובות ד' כ"ג דפריך הגמ' מ"ש רישא ומ"ש סיפא ועיין בתוס' שם ד"ה מ"ש כו' והא המ"ל דמיירי בלא דו"ח וע"כ מוכח דגם זהו דינו כדאורייתא וכן מוכח מהא דקידושין ד' ס"ו גבי תרי אמרי אשתבאי כו' דאף דשבוי' אינו רק מדרבנן מ"מ ה"ל זה כמו דאורייתא וכש"כ לפי מש"כ הר"ן לחלק דמילי דאישות שאני והובא בב"ש סי' מ"ז וקצרתי ועיין

בפ"י בקדושין ד' ס"ו: (שם סעי' ב') אפילו אמר האחד מנה הלוהו והשני אומר מאתים חייב לשלם מנה כו'. עוד שם סעי' ג' סמ"ע ס"ק ט"ו שכתב אבל אי לא נשאר עד לא הוי מחייבין שבועה על המאה הנשארת שאין לה צירוף דעד המביא לידי חיוב ממון ע"י צירוף אינו מביאו לידי שבועה וזהו ע"פ הטור שם והש"ך ס"ק יו"ד כתב בזה"ל גם מה שנראה מהטור דהיכא דכבר נצטרף ע"א לממון לא מחייבין שבועה ע"פ בהנשאר לא הוזכר זה בבעה"ת כו' כגון א' מעיד שהלוהו ר' וא' מעיד שהלוהו ש' משלם ר' ונשבע על ק' כו' עכ"ל וסברת הטור צריך ביאור דמפני מה אם נצטרף לממון לא יביאו לידי שבועה וכן העיר בזה האו"ת בס"ק ח':

סימן כט ענף א:

והנלע"ד בכל זה והוא דלכאורה יש להעיר במה דאמרו ע"א אומר מנה והשני אומר מאתים דחייב מנה שיש בכלל מאתים מנה הא יש לדון בזה דה"ל עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כמבואר שיטת הראב"ד והובא ברא"ש מכות פ"א סי' י"ד שכתב לחלק דשאני פ' רבעני דהוי בשם בע"ד לעצמו ולא שייך בי' לומר עדות שבטלה כו' אבל היכא דלא הוי בשם בע"ד כיון דנתבטל עדותו במקצתו בטלה כולו ועיין מזה בירושלמי גיטין פ"א ה"א ובמכות פ"א ובמראה הפנים שם ובח"מ סי' נ"א סעי' ו' א"כ ה"ה הכא כיון דנתבטל עדותו במה שמעיד על מאתים דהא הוי עד יחידי על מנה ב' ואינו נאמן לכן יהא בטלה עדותו על המנה א' אף ע"י צירוף ואין לומר דשאני הכא כיון דאמרינן דבין מנה למאתים טעו אינשי כמש"כ התוס' בב"ב ד' מ"א ע"ב א"כ הוי כאלו לא העיד מעולם על מאתים רק על מנה ע"כ לא שייך בזה לומר דבטלה עדותו במקצת דזה אינו דהא עיקר הסברא דאמרו דטעי אינשי זהו משום דאמרינן דהעד דהעיד על מנה טעה בהיתרון על מנה אבל בהעד של מאתים לא שייך לומר דטעה כמש"כ הנתיבות ס"ק ג' דתלינן הטעות בעד האומר מנה ע"ש ועוד דהא היכא דהעד המעיד על מאתים הוא בזמן אחר שלא בזמן של העד האומר מנה הא שם לא שייך לומר דטעה דהא דוקא במקום הכחשת עד הב' בזה תלינן בטעות כדי לתרץ דברי העדים שלא יכחישו זא"ז כמבואר שם א"כ קשה דנימא בזה עדות שבטלה מקצתו לפי דלא מהימנינן ליה על מנה השנית עכ"פ ממילא יתבטל עדותו על מנה א' ג"כ וזה צריך ביאור: והנלע"ד להסביר דז"א קשה כלל די"ל דדוקא היכא דנתבטל עדותו במקצת משום פסול הגוף דקורבא וכה"ג בזה אמרו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דהא פסול הגוף הוא פסול גמור דלא חזי אף לאצטרופי לאחר ומקור הענין דעדות שבטלה מקצתו כו' הוא בירושלמי גיטין פ"א ה"א ובמכות פ"א ה"ז דילף ליה זה מהא דמה שנים נמצאו א' מהן קו"פ כו'. ומיירי שם בכתב נכסיו

לשני ב"א והיו עדים כשרין לזה ופסולין לזה ע"כ י"ל דוקא בקו"פ דנתבטלה עדותו לגמרי בזה אמרינן בטלה מקצתו בטלה כולה דהא עדות קו"פ לא חזי כלל משא"כ היכא דנתבטלה עדותו משום דהוי רק ע"א כיון דחזי לאצטרופי עם אחר לכן לא מקרי זה עדות שבטלה מקצתו וגם הא עיקר דין עדות הוא היכא דהוי שנים ומה"ט אף בעדות קרקע דלא מהני עדותו אף לחייב שבועה כמו דהא דב"ב ד' מ"א דחד אמר תרי אוצייתא עאל וחד אמר תלת אוצייתא עאל דאמרו זיל שלים תרתי מגו תלת ולא אמרינן בטלה מקצתו בטלה כולו דהא על אוצייתא השלישי אינו נאמן כלל אף לחייבו שבועה וע"כ מוכח כיון דחזי לאצטרופי עם אחר לא קרינן בי' בטלה מקצתו כו'. והמחנה אפרים ה' עדות סי' ו' העיר דהא דכתובות ד' כ"ב בע"א אומר נתקדשה וע"א אומר לא נתקדשה כו' וכן ע"א אומר נתגרשה כו' דתרוייהו בא"א קא מסהדי דאמאי לא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתו כו' ולפמש"כ א"ש מה דלא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתו כו' דהא במה שאין ע"א נאמן יחידי אין זה פסול הגוף וחזי לאצטרופי לעוד ע"א ע"כ לא שייך בזה לדון בטלה מקצתו:

והנה ראיתי במח"א שם שהעיר בהא דב"ב ד' ל"א דאמרו ז"א של אבותי וז"א של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתי' ואכלה שני חזקה כו' נהי דאתכחש באכילה באבהתא מי אתכחש והקשה דאמאי לא נימא בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כמו בב"ק ד' ע"ג דאמרו דכי מתזמי אטביחה ה"ל עדות שבטלה מקצתה כו' עכ"ל המח"א וכן העלה הפני יהושע בב"ק שם דגבי הכחשה לא אמרינן בטלה מקצתה בטלה כולה דהא לא בטלה לגמרי ע"ש וזהו במש"כ המח"א הנ"ל וכבר הקדימם השמ"ק לב"ב ד' ל"א שהעיר ג"כ בזה וכתב לחלק דשאני הכחשה וכמש"כ המח"א והפ"י כנ"ל ועיין בשמ"ק לב"ק ד' ע"ג ויש להסביר זה ביתר ביאור ע"פ המבואר בירושלמי גיטין פ"א ובמכות פ"א דיליף להא דעדות שבטלה מקצתה כו' מהא דמה שנים נמצא א' מהן קו"פ כו' ומצינו בתוס' סנהדרין ד' ל"א ד"ה שבש"א כו' לחד תי' דלכן לא אמרינן בעדים המכחישים זא"ז דה"ל נמצא א' קו"פ משום דלא הוי הפסול ידוע ולכן כמו דבעדים המכחישים לא אמרינן דה"ל א' מהם קו"פ ה"ה גבי עדות שבטלה מקצתה כו' דלא אמרינן זה גבי הכחשה ולאידך תירוצים שבתוס' סנהדרין שם ובב"ב ד' מ"א י"ל דס"ל כשיטת הסוברים דלא אמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' וחילקו דשאני פלוני רבעני וכמש"כ הרא"ש במכות בפ"א ועיין בתוס' סנהדרין ד' ט' ע"ב ד"ה ואין אדם כו' שכתבו דאם כהן נשוי אחותו והוא ואחר מעידין כו' אבל לא להורגה כו' וזהו ע"פ שיטת הסוברים דלא אמרינן כלל עדות שבטלה מקצתה כו' אף דלא הוי הבע"ד עצמו רק בפסול קורבא וקצרתי:

והמח"א ה' עדות סי' ג' הוכיח כדעת הראב"ד דאמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' מהא דב"ק ד' ע"ג דכי מתזמי אטביחה ה"ל עדות שבטלה מקצתה כו' ולדעתי אין זה ראיה דשא"ה דכיון דמתזמי אטביחה וה"ל פסולים למפרע בחשש משקרים וכמש"כ רש"י שם ד"ה איתזמי להו אגניבה כו' משום פסולי עדות עכ"ל וכ"כ הפני יהושע שם בד"ה איתזמי להו אגניבה כו' והשיג שם על המהרש"א וקצרתי לפי שאין זה שייכות כ"כ לענינינו ובעיקר הך מילתא אי שייך גם בהכחשה עדות שבטלה מקצתה כו' י"ל דזהו כוונת הגמ' בב"ב ד' ל"א דקאמרי לבסוף עד כאן לא קאמר רב הונא אלא לעדות אחרת אבל לאותה עדות לא די"ל דלכן שאני לאותה עדות משום דה"ל עדות שבטלה מקצתה כו' ומחולקים שם בזה הדין אי אמרינן בהכחשה עדות שבטלה מקצתה כו' או לא וכסברת המח"א והפ"י והשמ"ק הנ"ל ועיין בתוס' בב"ב שם ע"א ד"ה א"ל רבא כו':

סימן כט ענף ב:

נחזור לענינינו דנתבאר דבמה דע"א אינו נאמן לא שייך בזה לדון בטלה מקצתה כו' ולכאורה יש להעיר בזה מהא שכתב הר"נ בקידושין פ"ג דסוגיא שם ד' ס"ז בשם הרמב"ן שכתב דלכן ע"א אינו נאמן לומר דהמעות הוא של מעשר דכיון דהוי אפוקי ממונא דאינו נאמן ע"א ע"כ ממילא בטל עדותו אף לענין איסור וזהו לחד תי' שם אך יש לחלק דשא"ה דזהו מילתא דלא אפשר למפלג עדותו כלל ואף דבגיטין ד' ח' קי"ל דעצמו קנה ונכסים לא קנה וכמבואר זה באריכות בגיטין בירושלמי פ"א ה"א בפ"מ ד"ה וייבא כהדא דכתב כל נכסיו לשני ב"א כאחת כו' בשם הרמב"ן ע"ש. עכ"ז יש לחלק ביניהם כמבואר להמעיין בזה ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ג' ויש לדון בדברי הירושלמי סוף פ"ו דסוטה ואכמ"ל ועיין ביבמות ד' מ"ז ע"א וקצרתי:

ולכאורה יש להוכיח להיפוך מזה מהא דגיטין ד' ע"ו ע"א ת"ר א"ל ה"ז גיטך ע"מ כו' ואין א' מהראשונים וא' מהאחרונים מצטרפין כו' והובא באה"ע סי' קמ"ג סעי' יו"ד והב"ש שם ס"ק כ' כתב דאע"ג דמצרפין עדות אף בדיני אישות שא"ה דהתנה תנאי אחר ופשוט עכ"ל ויש לומר דהכוונה הוא דלכן אין מצרפין אותם לדון דתהא אסורה להנשא אם לא התקיים לתנאי א' משום דכיון דנתבטל עדותו במה שמעיד על קיום התנאי איך הי' התנאי דהא בזה לא הוי רק ע"א וע"א אינו נאמן ע"כ דיינינן בי' עדות שבטלה מקצתו בטלה כולה כן י"ל בזה:

אך באמת ז"א לפמש"כ לבאר במה דע"א על מנה וע"א על מאתים דמצטרפין על מנה ולא דיינינן בזה עדות שבטלה מקצתו כו' משום דהא דאינו נאמן מחמת דהוי רק ע"א זה לא מקרי בטל מקצתו א"כ נסתר מש"כ בכוונת הא דגיטין הנ"ל ולכן העיקר בזה כמש"כ

התורת גיטין בחי' לגיטין ד' ע"ו לבאר דשאני בהך עדות מיוחדת דמצטרפין משום דהא עכ"פ על מנה א' שניהם מעידים אבל בהא דגיטין מחולקים העדים לגמרי בקיום התנאי דכ"א מעיד על תנאי אחר ע"כ אינן מצטרפין ע"ש ולא שייך לדון בזה פלגינן דיבורא ולהאמין לו דהי' עכ"פ אמירת הבעל על תנאי לחודי' דז"א דכיון דלא פירש להתנאי ה"ל כעין הא דנדרים ד' ה' דבמודרני ממך לחודיה ה"ל ידים שאין מוכיחות וה"ל דברים שבלב. וגם זה דומה למש"כ התוס' בכתובות ד' י"ח ע"ב ד"ה ואין אדם כו' בחד תירוצא דמחמת ממון או מחמת נפשות הוי פירושא דאנוסים היינו לכן לא פלגינן דיבורא וכ"כ הנמוקי יוסף ספ"ב דיבמות ע"ש ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ג' ובירושלמי סוף פ"ו דסוטה ובכתובות ד' כ"ג ע"ב וקצרתי:

סימן כט ענף ג:

ולקמן סי' רכ"ב בקצה"ח ס"ק ב' כתב בזה אומר כולה שלי כו' וע"א מעיד דכולה של חבירו והבע"ד נשבע דחציו שלו והעלה דבמה דלא נשבע נגדו ה"ל כשנים ע"ש והנתיבות ס"ק ג' כתב להשיג על הקצה"ח דכיון דנשבע להכחיש העד במקצת ונתבטל עדותו במקצתו ה"ל עדות שבטל מקצתו בטלה כולה ואינו חשוב עד כלל וחשוב נגד המקצת כאלו אין כאן עד כלל עכ"ל הנתיבות ולפי מש"כ להעיר בהא דע"א אומר מנה וע"א אומר מאתים דמצטרפין על מנה וקשה דנימא עדות שבטל מקצתו בטל כולו כנ"ל וע"כ מוכח דכיון דחזי להצטרף לע"א ע"כ לא מקרי עדות שבטל מקצתו כו' א"כ מוכח מזה דלא כהנתיבות דכתב דדייניגן בזה עדות שבטל מקצתו כו' ויש לחלק דשאני בנידון דהנתיבות בסי' רכ"ב דמיירי לאחר שנשבע הבע"ד ושייך בזה סברת הסמ"ע בסי' ל"ד ס"ק ס"ח דהיכא דנשבע הבע"ד נגד הע"א אמרינן דכיון דהאמינתו התורה בשבועתו הרי עדותן כלא הי' ע"כ שפיר שייך לומר בזה בטל מקצתו כו' משא"כ בלא נשבע הבע"ד להכחישו שפיר י"ל דלא מקרי בטל מקצתו: ועפ"ז יש להסביר שיטת הטור דס"ל דעד שהביאו לידי חיוב ממון אינו מחייבו שבועה בהנשאר דטעמו הוא משום דאם יחייבו שבועה על הנשאר אז שפיר יש לדון בזה עדות שבטלה מקצתו בטלה כולו דהא במה דנשבע על הנשאר להכחיש הע"א הרי עדותו כמאן דליתנהו דהא כתבו בסי' ל"ד סעי' כ"ז בשם הרמב"ן דס"ל דלאחר שנשבע להכחיש העד אינן מצטרפין לפוסלו והטעם משום דהתורה האמינתו בשבועתו כנ"ל. ואף לשיטת הטור דהביא בסי' ל"ד לשיטת ה"ר יקר דס"ל דאף לאחר שנשבע מצטרף העד ולא ס"ל לסברת הסמ"ע הנ"ל:

מ"מ הא מבואר בבית יוסף בסי' ל"ד סעי' ל"ח שהביא בשם תשובת הרא"ש דכתב בנשבע להכחיש העד דהעד והבע"ד מצטרפין לפוסלו דצריכין להעיד מחדש בב"ד העד והבע"ד ע"ש:

וכן משמע לשון הסמ"ע סי' ל"ד ס"ק ס"ו דהעד והבע"ד צריכין להעיד מחדש ע"ש ואף דהא העד הי' עליו שם עד כשר בעת שהעיד מ"מ כיון דנשבע הבע"ד נגדו אמרינן דכיון דהתורה האמינו בשבועת הרי עדותו כלא הי' וע"כ צריך גם העד להעיד מחדש בב"ד:

ולקמן סי' פ"ז סעי' כ"ט כתבו במי שנשבע להכחיש ע"א ואח"כ הביאו התובע עוד ע"א מצטרף עם הראשון כו' וזהו מהרי"ף ורא"ש בב"ק ד' ק"ו וכתב הסמ"ע שם ס"ק פ"ט לתרץ קושיות הבית יוסף שכתב דדברי הטור סותרין זא"ז משום דדוקא הבע"ד צריך לבא ולהעיד מחדש משא"כ בעד כיון דאין עליו שם פסול ע"כ א"צ להעיד מחדש וכ"כ הש"ך שם ס"ק ע"ג אך מן הבית יוסף שם שלא חילוק כן מוכח דס"ל דאף בעד א' כיון דנשבע הבע"ד נגדו הרי עדותו כלא הי' וע"כ צריך להעיד מחדש וכמו דמוכח מתשובת הרא"ש דהובא בב"י סי' ל"ד דכתב דצריכין שניהן להעיד כו' וכן משמע מן הרשד"ם סי' קצ"ה דלא חילק בחילוק של הסמ"ע וכתב חילוק אחר ע"ש ועי' בב"ח סי' פ"ז ובסי' ל"ד בטור ח"מ וביש"ש לב"ק פ"ט סי' מ"ז והובא בקצרה בש"ך סי' ל"ד ס"ק ל"ב. ע"כ י"ל בשיטת הטור דסי' ל' הנ"ל דס"ל כדמשמע סברת הבית יוסף ושארי פוסקים דאינן מחלקים בין הא דהעד והבע"ד מצטרפין לאחר השבועה דצריכין להעיד מחדש ובין הא דעד אחר עד בעדות מיוחדת מצטרפין דהסברא נוטה דלאחר שבועת הבע"ד נגדו חשוב עדותו כמאן דליתנהו וצריך להעיד מחדש לאחר שבועת הבע"ד דשייך בזה הסברא הנ"ל ג"כ כיון דהאמינו התורה בשבועתו כנ"ל וגם ידעתי דיש מקום לחלק דשאני לענין הא דמצטרפין לפוסלו דבזה כתבו דצריך להעיד מחדש משום דבעת עדותו הא לא נפסל אז מקודם דנשבע משא"כ אם דייניו להוציא ממון בזה שפיר י"ל דא"צ להעיד מחדש בפרט היכא דהוי עדות מיוחדת על ממון א' ועי' בישו"ש בב"ק פ"ט מזה מ"מ יש לומר בכוונת הטור דהכא דס"ל שלא לחלק בזה ובכל גווני צריך העד א' להעיד מחדש בעת דבא העד השני כיון דנשבע הבע"ד נגדו להכחישו בשד"א וחשוב עדותו כמאן דליתנהו וע"כ צריך ע"א להעיד מחדש בב"ד לאחר שבועתו ועי' לעיל סי' כ"ח סעי' ט"ו ענף ג' מש"כ שם:

ולפ"ז אתי שפיר שיטת הטור דס"ל דעד שהביאו לידי חיוב ממון אינו מחייבו שבועה בהנשאר והוא דכיון דצריכים עדות מחדש בב"ד לענין צירוף לאחר ע"כ שפיר קרינן בזה עדות שבטלה מקצתו בטלה כולו דהא עדותו שהעיד על מנה ב' נתבטל כעת לאחר

שנשבע הבע"ד נגדו ואינו חזי להצטרף לעוד ע"א כ"ז דלא יעיד מחדש בב"ד שנית משום דעדותו שהעיד כבר נתבטל לאחר שבועת הבע"ד. ע"כ בטלה עדותו אף על המנה דיש לה צירוף עדים בעת עדותו משום בטלה מקצתו כו' ובזה לא שייך לומר כמש"כ לעיל דלא מקרי בטלה מקצתו משום דחזי לאצטרופי לעוד ע"א דהא צריך עדות מחדש בב"ד כמו שכתבתי בשיטת הטור די"ל דס"ל כן. ע"כ ס"ל דעד המביאו לידי חיוב ממון אינו מחייבו שבועה משום דאם יחייבו שבועה ממילא יתבטל עדותו מה שהעיד על מנה א' ג"כ וע"כ טובת התובע הוא דלא ישביע את הנתבע ואז לא נידון ביה בטלה מקצתה כו' כיון דחזי האי עדות מה שהעיד עכשיו להצטרף לאחר דהא כ"ז דלא נשבע נגדו א"צ להעיד מחדש בב"ד כשיבא עוד ע"א להצטרף עם עדותו וע"כ יותר טוב הוא להתובע דלא ישביע את הנתבע על מנה השנייה כדי דלא יתבטל עדותו על מנה א' ויהיה יכול להצטרף לעוד ע"א להוציא המנה מהנתבע ובאמת הברירה הוא ביד התובע אם ירצה יכול להשביע חבירו על המאתים בכולו ולא יצרפו לעד השני וכמש"כ האו"ת בס"ק י"ח בשם הש"ג בכל עדי צירוף דיכול התובע לומר איני רוצה בצירוף ע"ש ולכן יש מקום לשיטת הטור דס"ל דאינו מחייבו שבועה על השאר ואינו מוקשה כ"כ בסברא:

אכן הש"ך ס"ל דאף דנצטרף לידי חיוב ממון מ"מ יכול לחייבו שבועה על מנה הנשאר כמש"כ הש"ך בס"ק יו"ד דהעלה דדברי הטור צ"ע וטעמו דס"ל דלא שייך בזה לדון עדות שבטל מקצתו כו' משום דהא גם לאחר שנשבע יהיה חזי להצטרף לעוד ע"א וגם הא העיקר לדינא כמש"כ הסמ"ע והש"ך בסי' פ"ז סעי' כ"ט דא"צ הע"א להעיד מחדש בב"ד כשיבא עוד ע"א להצטרף עמו וע"כ ס"ל להש"ך שפיר דאף דנשבע הבע"ד להכחיש במקצת להעד דמ"מ מצטרף העד עם עד ב' לידי חיוב ממון ולא דיינינן בזה עדות שבטל מקצתו כו' וכדמוכח מהא דמצרפין עדותם על מנה אף דנתבטל עדותו של ע"א שמעיד על מנה השני כיון דאין עליו פסול הגוף כנ"ל:

ונתבאר דהך דינא של הנתיבות שכתב לדון בזה עדות שבטל מקצתו לאחר דנשבע הבע"ד נגדו דמן הש"ך דהכא יש לסתור דבריו אך מן הטור יש לסייע לדברי הנתיבות כפי מש"כ ביאור שי' הטור בסברתו והך דינא דפלוגתת הקצה"ח והנתיבות בסי' רכ"ב תלוי בפלוגתת הטור והש"ך הנ"ל. ולכן יש לדון אם ע"א מעיד על מנה והנתבע משיב על מחצה איני יודע ועל מחצה הב' השיב להד"ם דלשיטת הש"ך י"ל דעל מחצה ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ועל מחצה הב' נשבע שד"א להכחישו. ועי' בסי' פ"ז ש"ך ס"ק י"ב ולסברת הנתיבות י"ל בזה עדות שבטלה מקצתו בטל כולו אבל לשיטת הקצה"ח דסי' רכ"ב לא דנינן בזה עדות שבטל מקצתו כו' ומן הש"ך דהכא ה"ל

סייעתא לדבריו וי"ל כיון דהכרעת הסמ"ע והש"ך בסי' פ"ז סעי' כ"ט דאף לאחר שנשבע הבע"ד נגדו להכחישו א"צ להעיד מחדש להצטרף עם ע"א הב' ע"כ הדעת נוטה דלא דנינן בזה עדות שבטל מקצתו כו' וכמש"כ הש"ך הכא דאף דנשבע בהנשאר מ"מ מצטרף על מנה א' (שם סעי' ו' בהג"ה) וכן דיני עדות דבר איסור ועי' באה"ע סי' י"א וסי' קמ"ג סעי' י"א וכוונתו למה דמבואר שם סי' קמ"ג סעי' י' הנותן גט לאשתו ע"ת שתתן ר' זוז וחזר והתנה ע"מ שתשמש אביו כו' דאין א' מראשונים וא' מאחרונים מצטרפין:

וכתב הב"ש שם דאף דבכל האסורים מצטרפין ואף בדיני אישות שא"ה דכל תנאי תנאי אחר הוא ופשוט וא"י מ"ש הרמ"א בח"מ עיין סי' קמ"ג מה ענין דין זה לשם עכ"ל ובאמת המהרי"ט ח' אה"ע סי' ל"ח הקשה דמפני מה אין מצטרפין הא לדברי שניהם עכ"פ הגט פסול והוכיח מזה דבאישות אין מצרפין עדות מיוחדת אכן הב"ש ס"ל דאף באישות מצרפין ולכן כתב לחלק ביניהם וכוונתו פשוט דדוקא בזה אומר מנה וז"א מאתים דבחוב של מנה בזה שניהם שוין דהא לדברי שניהם נתברר לנו בבירור שחייב לו מנה בוודאי שבכלל מאתים מנה משא"כ בהא דגיטין ד' ע"ו הנ"ל דהא אף דמצטרפין אותם לפסול הגט מ"מ בעצם הענין בשביל מה דפסול הגט משום התנאי שמעיד כ"א על דבר בפ"ע הם מחולקים בהתנאי דכ"א מעיד על תנאי אחר ואינם שוים העדים בשום דבר מעצם הענין רק הם מחולקים לגמרי ואין לנו שום דבר ברור מעדותן ע"כ אין מצטרפים וכעין זה כתב התורת גיטין לחי' בגיטין ד' ע"ו ועפ"ז כתבתי בקונטרס א' לדון בדברי ההפלאה בק"א סי' קט"ו ס"ק ה' שכתב לדון בעוברת ע"ד משה שמאכילתו שאינו מעושר דאם מעידים עדות מיוחדת על שני מיני איסורים כגון שע"א מעיד שהאכילתו שאינו מעושר והשני מעיד שהאכילתו שביעית אם מצרפינן אותם להפסיד כתובה או לא:

ולענ"ד נראה דיש לדמות זה להא דגיטין דאין א' מהראשונים ואחרונים מצטרפין משום דכיון דבעצם התנאים הם מחולקין ולא נתאחדו כלל בשום דבר אף דלדברי שניהן הגט פסול מ"מ כיון דאינם שוין כלל בשום דבר בכה"ג אין מצרפין עדות מיוחדת ודוקא במנה ומאתים דבהפחות מהם שוין שניהם בעדותן כנ"ל בזה מצרפין א"כ לפ"ז ה"ה הכא אף דלדברי שניהן הם מעידין שהדין הוא שיוצאת שלא בכתובה מ"מ הא בעצם עדותן לא נתאחדו כלל ואין לנו שום דבר ברור לנקוט מעדותן דהא יכולין להאמינה באיסור מעשר וכן בשביעית לפי דעל כל איסור אין לנו רק ע"א וחשוד לדבר א' אינו חשוד לד"א וע"כ אף לפי עדותן אינה חשודה על המעשרות ועל השביעית ואין לנו שום דבר ברור כלל וזהו כש"כ מהא דגיטין הנ"ל דהא התם יש לנו לומר דלכה"פ תנאי א'

היא מחוייבת לקיים אם תרצה להנשא והכא הא אף דברי עדות ע"א אין לנו בבירור שום דבר אף לדברי ע"א מהם דהא ע"פ דין אינה חשודה על שום איסור כלל ע"כ כיון דמחולקין הם לגמרי בעדותן לא מצרפינן בכה"ג עדות מיוחדת ואינם נאמנים להפסיד כתובתה כנלע"ד לדון בדברי הפלאה הנ"ל:

ולפ"ז יש לדון במה דמבואר לקמן סי' ל"ד סעי' כ"ז דעדות מיוחדת על שני גזילות מן שני נגזלים מצרפינן לפוסלו וכן שם סעי' כ"ח דא' אומר גזל וא' אומר הלוה בריבית מצרפין לפוסלו ולכאורה יש לדון בזה דלא יהיו מצרפינן אותם דזה דומה להא דגיטין הנ"ל דאף דבעצם הפסול שוין המה מ"מ הא בתשובה אם ירצה לשוב בתשובה ולהיות כשר לעדות הם ענינים מחולקים דהא הם שני נגזלים דמה שישיב הגזילה לנגזל א' לא מהני כלל לפי עדות השני ואין זה שום ממש ותועלת כלל לפי עדות השני דהא לפי דבריו דגזל מהשני אין שום פועל יוצא כלל מה שישיב הגזילה לבע"ד השני' ולכן יש לדון לכאורה דדוקא בגזל מן בע"ד א' בזה י"ל דיצרפו עדות מיוחדת ובזה אפשר דאמרו בסנהדרין ד' כ"ז דחד אמר קמאי דידי גנב כו' וח"א קמאי דידי כו' וכן אף בשני נגזלים שמחלו הגזילה דמעידין לפוסלו לעדות כעין מש"כ הש"ך בסי' ל"ד סוף ס"ק כ"ח ע"ש דעיקר עדותן הוא שאם לא ישוב בתשובה לפני ב"ד יהי' פסול לעדות אף דמחלו לו הגזילה כעין המבואר שם סעי' כ"ט א"כ בזה י"ל דג"כ נתאחדו דבריהם עכ"פ דצריך לשוב על חטא שלו ומצרפינן אותם וכן א' אומר גזל וב' אומר הלוה בריבית אף דלשיטת התוס' בסנהדרין ד' כ"ד דבר"ק לא מיפסל רק מדרבנן וכ"כ האו"ת והב"י בסי' ל"ד לדיעה זו מ"מ כיון דעכ"פ מדרבנן מיפסל לאחר הכרזה אף לדברי עדות על הריבית ע"כ שפיר מצרפינן אותם אבל הדעת נוטה דניבעי דיהי' הכל בגזלו ולוו בריבית הכל לאדם א' דאל"כ הם ענינים מחולקים ודומה להא דגיטין דאף דלדברי שניהם הגט פסול מ"מ כיון דבקיום התנאי הם מחולקין לגמרי לא מצרפינן אותם ה"ה הכא דאף דלענין פסול הגוף שמעידין עליו הם מתאחדין הם נחלקים בענין תשובה שלו אם ירצה להכשיר א"ע לעדות כמו הא דגיטין אם תרצה לקיים התנאי להכשיר את הגט דהוי ענינים מחולקים לגמרי ולא יצטרפו: ומ"מ כיון דמבואר שם בסי' ל"ד דאף בשני נגזלים ג"כ מצרפינן ע"כ מוכח דז"א דומה להא דגיטין משום דאף דבסדר תשובתן הם ענינים מחולקים עכ"ז בעת שמעידין ואנו דנין אז לפוסלו לעדות בזה הם מתאימים עדותן ביחד דהא אין אנו דנין אז על הכשרו בתשובה איך יהי' וגם י"ל כעין סברת התוס' במכות ד' ט"ו ד"ה במאי קא מיפלגי כו' בקיימו ולא קיימו דהוי התראות ודאי דכמו דלא קיימו עד הנה כן לא יקיים לאח"ז וכ"כ התוס' בשבת ד' ד' משא"כ בקיום התנאים להכשיר הגט הלא הענין

עומד לקיים האשה התנאים כי זהו העיקר שאנו דנין עליו ע"כ מקרי זה ענינים מחולקים ואינן מצרפינן אותם וכ"ז באם מעידים עכ"פ על ענין גזילה מה שגזל דשם גזילה אחת היא כן ריבית ג"כ בשם גזל נקרא דלמה לי לאו בגזל לאו בריבית כמבואר בב"מ ד' ס"א וכיון דבעצם הפסול מה שאנו דנין כעת עליו הכל חדא היא ע"כ שפיר אמרו דמצטרפין אבל אם עדות מיוחדת מעידין עליו על שני מיני איסורים שאכל כעין דברי הפלאה הנ"ל דזה מעיד שאכל מין איסור פ' וזה מעיד שאכל מין איסור אחר כיון דחשוד לדבר א' אינו חשוד על דבר אחר ובאמת הם נאמנים ע"פ דין על הנך שני מינים ואינם חשודים על הנך תרווייהו כיון דעל כל מין איסור ליכא אלא ע"א דאינו נאמן וכיון דהם ענינים מחולקים בעצם עדותן בענין פסולו ולא מצינן לנקוט שום דבר ברור לנו אף לפי עדות של א' מהם בעיקר נאמנותו שאנו דנין כעת ע"כ הדעת נותנת דאינן מצטרפין לפוסלו כלל אף לעדות כמו דלא מקבלינן עדותן בהא דגיטין לפסול את הגט לפי דהם ענינים חלוקים לגמרי כמש"כ הב"ש:

ובאמת לכאורה היה מקום לומר דהא דגיטין ד' ע"ו דתנא דאין א' מראשונים ואחרונים מצטרפין דאפשר דס"ל כמאן דאמר דס"ל דלא מצרפינן כלל עדות מיוחדת דזהו פלוגתא דתנאי אכן לדינא למאי דקיי"ל כר' יהושע בן קרחה אפשר דמצרפינן אף בהא דקיום התנאים דגיטין הנ"ל ולא לחלק ביניהם. אבל כיון דחזינן דכל הפוסקים הביאו לדינא הא דגיטין מוכח דס"ל לחלק כעין סברת הב"ש הנ"ל וגם י"ל דהוכיחו כן לפי מה דאמרו בגיטין ד' ל"ג דמה דתנינן בתוספתא פ"ג דגיטין דהובא שם דאמר לזה בפ"ע כו' דאתי כר' יהושע בן קרחה דמצרפינן עדות מיוחדת וכיון דחזינן דסתם תוספתא י"ל דס"ל כריב"ק ע"כ מוכח לומר דמה דתנינן בתוספתא פ"ד דגיטין דאין א' מהראשונים ואחרונים מצרפינן דהטעם הוא כמש"כ הב"ש לחלק ביניהם. דאל"כ אמאי לא מצטרפין דהא סתם תוספתא ס"ל כריב"ק והך דגיטין הוא מתוספתא דפ"ד שם ולכן שפיר כתבתי לדון בעדות מיוחדת על פסולו ע"י אכילות שני מיני איסורים ואפשר דלזה נתכוין הרמ"א במש"כ לעיין באה"ע סי' קמ"ג דזהו להורות לנו כעין זה וכן בקיום תנאים כזה בדיני ממונות דאינן מצטרפין ועיין בתוספתא סנהדרין סוף פ"ה אכן בסתם תוספתא דפ"ג גיטין אמרו שם דילמא כר' יהושע בן קרחה ס"ל כנ"ל: (שם סעי' ה') כתב הט"ז דלכן עדים ע"י צירוף אינן מחייבין שבועה על המאה הב' שכופר משום העדאת עדים דר"ח משום דכיון דאינן מחייבין קנס ע"כ ליכא למילף זה בקו"ח דמה פיו שאין מחייבו קנס כו' עדים שמחייבין קנס כו' ומה דהקשה הקצה"ח עליו מב"ק ד' ע"ד דגם בקנס מהני עדות מיוחדת תי' זה הנתיבות היטב דשאני מעשים מחולקים משא"כ במעידים על ענין

אחד אף דזה רואה מחלון זה כו' וכן דזה מעיד היום וזה מעיד למחר דבכה"ג מהני עדותן לחייבו קנס ע"כ יכולין לחייבו שבועה משום העדאת עדים דר"ח:

סימן כט ענף א:

ולענ"ד נראה לדון דאף אם מעידים על ענין ומעשה אחת רק דזה ראה מחלון זה כו' ומעידים לפני הב"ד בזמנים מחולפים דאף דבכה"ג מחייבים קנס כמו שכתב הנתיבות וכדמוכח זה מב"ק ד' ע"ד עכ"ז י"ל דאינן יכולין לחייב שד"א בתורת העדאת עדים דר"ח והוא דהנודע ביהודה במ"ק ח' אה"ע סי' ע"ב ד"ה עוד נ"ל בכוונת דברי הרא"ש בהאי דינא דו"ח אי מעכב כו' הוכיח שם דלא בעינן בדיני ממונות עדים שאתה יכול להזימה דאל"כ אמאי מהני עדות שאינן מעידים ביחד לפני הב"ד וקיימ"ל כר"נ דשומעין דבריו של זה היום וחבירו לאח"ז והא זה הוי עדות שאאי"ל דמצי למימר אנא מי ידענא שיבא עוד א' אחר כמה ימים לאצטרופי אני לחייבו שבועה באתי כו' והאריך בזה ע"ש. ולפ"ז יש לומר דבקנס דבעינן לכ"ע עדות שאתה יכול להזימה כמבואר בב"ק ד' ע"ה ע"ב דלא יהא מועיל עדות המעידין שלא בבת אחת דהא יכול לומר אנא לא ידענא שיבא עוד א' אחר כמה ימים להעיד לאצטרופי עמי ובאמת הא חזינן דאף בקנס מועיל עדות מיוחדת וכר"נ וכמבואר שם בב"ק הנ"ל וע"כ הטעם דשאני קנס דאף עדות מיוחדת כה"ג ג"כ מקרי עדות שאתה יכול להזימה משום דעיקר סברת הנו"ב הוא דיכול לומר הע"א אנא לחייבו שבועה באתי והא בקנס דלא שייך לומר דלחייבו שבועה באתי כמבואר בב"ק ד' מ"א ע"ב תוס' ד"ה מודה בקנס הוא כו' וכ"כ בב"ק ד' מ"ו תוס' ד"ה דאפי' ניזק כו' וכן מבואר להדיא בירושלמי שבועות פ"ו ה' א' דאין נשבעין על הקנס וכיון דאין נשבעין על הקנס ע"כ לא מצי הע"א לומר אנא לחייבו שבועה קא אתינא וע"כ עיקר עדותו הוא שאולי יבא עוד ע"א ויהיו מצטרפים לחייבו ממון ע"כ שפיר מקרי זה עדות שאתה יכול להזימה אבל בממון דיכול לומר אנא לחייבו שבועה קא אתינא שפיר כתב הנו"ב דעדות מיוחדת כה"ג מקרי עדות שאאי"ל ומ"מ מועיל בדיני ממונות משום דבד"מ לא בעינן עדות שאי"ל ודלא כהש"ך:. ולפ"ז י"ל דכל עדות מיוחדת אף דמעידים על ענין ומעשה אחת רק דמעידים שלא בבת אחת כיון דבדיני ממונות מקרי זה עדות שאי אתה יכול להזימה משום דיכול לומר לחייבו שבועה באתי ע"כ אינם יכולים לחייבו שד"א משום העדאת עדים דר"ח כיון דעדות שנקראים עדות שאאי"ל לא מועיל בקנס ע"כ אף דעדות כה"ג מהני בקנס עכ"ד אינם יכולים לחייבו שד"א משום הא דר"ח כיון דעדות שנקראים עדות שאאי"ל אינם מחייבין קנס א"כ לא שייך בזה הקו"ח דיליף ר"ח להעדאת עדים

כנ"ל. ע"כ י"ל דאינם מחייבים שד"א אף במעידים על ענין ומעשה אחת כיון דמעידים שלא בבת אחת:

ענף ב:

וע"פ דברי הט"ז הנ"ל שכתב דהיכא דאינם מועילים בקנס אינם יכולים לחייבו שד"א משום העדאת עדים דר"ח כיון דלא שייך בזה הקו"ח של ר"ח יש להסביר עפ"ז לדברי הרמב"ם בפ"ד ה' גזילה והובא בח"מ סי' שס"ד סעי' ו' אמר החוטף עשרים חטפתי ושלי הם והנגזל כו' משלם העשרים שהודה בהם ועל השאר נשבע היסת והסמ"ע ביאר שם ס"ק ו' דלמה לא יהיה זה כמו העדאת עדים דר"ח כיון דב"ד מחייבין אותו העשרים וכן כתב הש"ך בסי' פ"ז סעי' ה' ס"ק י"ב דהיכא דנתחייב במקצת משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דאין אנו מחייבין לו שד"א על השאר ובאמת צריך טעם דמ"ש זה מכל חיובי ב"ד דמבואר שם ובסי' ע"ה דדינם ג"כ כמו העדאת עדים. א"כ זה צ"ב אבל לפי יסוד דברי הט"ז הנ"ל א"ש דכיון דמה דלא מהני לחייבו קנס לא מועיל לחייבו שבועה משום דר"ח ע"כ כיון דבקנס אינן מחייבין לו משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמש"כ התוס' בב"ק ד' מ"ו ד"ה דאפי' ניזק כו':

והובא בש"ך ח"מ סי' שצ"ט ס"ק ב' ע"כ אינם יכולים לחייבו שד"א משום החיוב שב"ד מחייבין לו ע"פ מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דבזה לא שייך הקו"ח דיליף ר"ח עדים שמחייבין אותו קנס כו':

ועדיין יש לדון בזה דהא חזינן דבהעדאת עדים דר"ח שאינם יודעים רק ע"פ הודאת הבע"ד דג"כ מחייבין שד"א על השאר כמבואר הכא סעי' ה' וכן מצינו בדברי הראשונים שהובא בש"ך סי' פ"ז ס"ק י"ב דפירשו להא דתני ר"ח דהעדים מעידים ע"י מה דהוחזק כפרן דאמר לא לויתי ובאו עדים שלוה נ' דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי כו' ואלו גבי חיוב קנס הא לא מחייבינן לי' ע"י מה דהוחזק כפרן כמש"כ הריטב"א בשבועות ד' ל"ג ד"ה ראי' בלא ידיעה כו' דגם זהו בכלל בפרט למרשיע א"ע כי כמו דבהודאת קנס ממש פטור ה"נ בהודאה הבאה משום כפירה והובא בהשמטות לתשובת רע"א זצ"ל בסוף אלמא דאף במה דאין אנו מחייבים קנס ע"י מה דלא מצינן לחייבו משום הודאתו בקנס דמ"מ חייב שד"א ע"י העדאת עדים דר"ח דמ"מ קרינן לי' עדים שמחייבין אותו קנס כיון דמצד נאמנות העדים הי' מהני אף בקנס אלו לא הי' פוטרת הודאתו בקנס דלפ"ז ה"ה מה שחייב ממון משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דאף דאין אנו דנין כן בקנס הא זהו משום סברת התוס' בב"ק הנ"ל דלא יהא גדולה מהודאתו כו' רק במה דהוי גריעותא בבעלת העדים עצמן מצד דהתורה פסלה עדותן דאינם נאמנים

לחייב קנס משום דהוי עדות מיוחדת לשיטת הט"ז או משום עשאאי"ל בזה שפיר י"ל דאינם מחייבין שד"א משום דלא שייך בזה ילפותא דתני ר"ח דמה פיו שאין מחייבו קנס כו' עדים שמחייבין קנס כו' וי"ל דזהו טעם הסוברין דהובא ברמב"ם פ"ד ה' גזילה ה' ט"ז דס"ל דאף מה דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ג"כ מחייבין לו עי"ז שד"א על השאר וי"ל דטעם הרמב"ם והטשו"ע החולקין עליהם טעמם משום דבמה דחייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לא שייך לקרות בזה העדאת עדים ואנן סהדי כיון דאם הי' יכול לישבע הי' נשבע ונפטר וגם הא בקרקע לא שייך זה ע"כ אין זה חשוב כ"כ כמו אנן סהדי וכעין מש"כ הסמ"ע בסי' שס"ד ס"ק ו' ובש"ך סי' פ"ז הנ"ל. אבל לא משום הטעם דאינו חייב קנס משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כנ"ל:

ואחר כותבי כ"ז מצאתי בביאור הגר"א זצ"ל בסי' פ"ז ס"ק כ"א שכתב כמש"כ לעיל ות"ל כי כוונתי לדבריו הקדושים ע"ש:

סימן לא

בשני כתי עדים המכחישים זא"ז דקיי"ל כרב הונא דכ"א מעיד בפ"ע אבל ע"א מכת זו וע"א מכת זו אינן מצטרפין ובע"א המכחיש לעד הב' דע"כ חד מיניהו משקר אם נאמר ג"כ דפסולין לעדות אחד ביחד או לא דבר זה נסתפקו חכמי בריסק והניחו בצ"ע והובא בש"ך ס"ק א' והש"ך העלה להוכיח דאינם מצטרפין מהא דכתב הר"נ פ' האשה שנתארמלה גבי ע"א אומר נתגרשה כו' והתומים והנתיבות והביאור הגר"א זצ"ל תמהו על מקום הספק הזה מהא דשבועות ד' מ"ח דמקשה הגמ' על רב חסדא דס"ל בהדי סהדי שקרי ל"ל מהא דתני א' אומר גבוה ג' מרדעות וא' א' חמשה עדותן בטלה ומצטרפין לעדות אחרת מאי לאו לעדות ממון והא התם א' מוכחש מא' הוא ולדבריהם אין כאן קושיא כלל דהא שאני ע"א המוכחש מא' ונדחקו ליישב וכן הקשה בשו"ת שבות יעקב ח' יו"ד סי' ע"ט:

(בקונטרס הלז יבואר כמה ענינים בענין עד זומם ודינים מחודשים): ענף א:

ולענ"ד נראה לתרץ דבריהם והוא דלכאורה קשה מאיזה טעם נימא דע"א המכחיש לעד הב' דמצטרפין לעדות אחרת הא אנן סהדי דאחד מיניהו משקר ונפסל כבר א"כ מה בכך דאינו מוכחש רק מא' ולכן נ"ל לדון בהקדם מה דקיי"ל בח"מ סי' ל"ד דלא נפסל לעדות כ"א עבירה דיש בו מלקות אבל בעבירה דאין בו מלקות כמו בלאו דאין בו מעשה אינו נפסל לעדות כמבואר ברמב"ם ה' עדות ובתומים שם ס"ק א' דדוקא בלאו שיש בו

מלקות דכתיב בי' והי' אם בן הכות הרשע דמצינו דמקרי רשע ע"כ הוא בכלל אל תשת רשע עד:

ובעד זומם דקיי"ל דמפסל לעדות לכאורה י"ל דלכן מיפסל משום דעבר על לאו דלא תענה ואף דלא תענה הוי לאו דאין בו מעשה מ"מ הא מצינו לעדים זוממין דלוקין כמבואר במכות ד' ב' מהא דכתיב והצדיקו את הצדיק כו' והיה אם בן הכות הרשע אך עדיין תקשה דהא תינח בהעידו על א' דהוא ב"ג וב"ח או דחייב גלות וכה"ג דאז חייבין מלקות ע"כ מקרי רשע משא"כ היכא דהעידו על א' דחייב ממון דקיי"ל כרבנן דס"ל במכות ד' ד' דמשלמין ואינן לוקין א"כ כיון דאינן בני מלקות מאיזה טעם יפסלו לעדות ועיין במל"מ פ' ד' ה' מלוה הלכה ו' ובקצה"ח ריש סי' נ"ב:

ואפשר לומר דעד זומם נפסל משום דהוי חשוד לאותו דבר להעיד שקר ודוקא בעבר עבירה אחרת דקיי"ל דמומר לדבר א' אינו מומר לכל התורה כולה רק לעדות שאני דכתיב בי' אל תשת רשע עד כמש"כ התוס' בבכורות ד' ל"ו ד"ה אימר דאמר ר' מאיר לחששא כו' אבל בעד דהעיד שקר דהוי חשוד לאותו דבר להעיד שקר ע"כ מיפסל לעדות אף דלא הוי בכלל לאו דיש בו מלקות וכה"ג כתב המל"מ בפ' ד' ה' מלוה ה"ו בשם מוהר"י אשקאפה ע"ש ועדיין תקשה לפי מה דקיי"ל בעד זומם דהוזם בדיני ממונות מיפסל לדיני נפשות וכר' מאיר ולא כר' יוסי כמבואר בסנהדרין ד' כ"ז קשה הא מצינו לר' יוסי דס"ל דהוזם בדיני ממונות כשר לדיני נפשות משום דחשוד לדבר הקל אינו חשוד לדבר החמור ור"מ פליג עליו וס"ל דמיפסל אף לדיני נפשות וקיי"ל כר"מ בזה הא י"ל דר"מ דפסל אף לדיני נפשות אזיל לטעמי' דס"ל במכות ד' ד' במעידים אנו בפ' שחייב לחבירו דבנמצאו זוממין לוקין ומשלמין ע"כ ס"ל לר"מ בהוזם לד"מ דפסול לדיני נפשות משום דמקרי רשע דהוי עבירה דיש בו מלקות משא"כ לדידן דקיי"ל דאינם לוקין ע"כ י"ל דלא מקרי רשע ולא מיפסל רק לעדות ממון משום חשוד לאותו דבר ולא לנפשות דחמירי ביותר:

ועיין בכורות ד' ל"ו תוס' ד"ה אימר כו':

והנה שם בסנהדרין אי' בפלוגתת אביי ורבא בעד אוכל נבילות להכעיס דס"ל לרבא דלא מיפסל משום דרשע דחמס בעינן ואביי ס"ל דמיפסל משום דמקרי רשע ואמרינן נימא כתנאי עד זומם פסול לכה"ת כולה דברי ר"מ ור' יוסי אומר בהוזם בד"מ כשר לד"נ נימא אביי כר"מ ורבא כר' יוסי כו' ועיין מזה בירושלמי לר"ה פ"א ה"ז וירושלמי סנהדרין פ"ג ה' ה' וקשה ביותר דהא יש לחלק בפשיטות דגם ר' יוסי מצי ס"ל כאביי דאוכל נבילות להכעיס פסול משום דמקרי רשע דהא זהו עבירה דיש בו מלקות אבל עד זומם

בממון דאינו לוקה כדקיי"ל א"כ לא מקרי לאו דיש בו מלקות ע"כ לא מיפסל לד"נ משום דחשוד על קל אינו חשוד על חמור אף דהוי חשוד לאותו דבר כנ"ל ועיין בבכורות ד' ל"ו בתוס' ד"ה אימר דאר"מ ובחולין ד' י"ד בתוס' ד"ה השוחט בשבת כו' ואכמ"ל:

ואפשר לומר לפי מה דמבואר במכות ד' ב' ע"ב בעדים זוממין אין משלמין הכופר ואין נמכרין בעבד עברי וכיון דאינן משלמין ממון בזה ע"כ דינן דלוקין כמבואר ברמב"ם פ' כ' ה' עדות משום דהיכא דאינו יכול לקיים בהם דין הזמה ע"כ לוקין משום לא תענה והיה אם בן הכות הרשע כמו בעידי ב"ג וב"ח:

דכיון דאינו יכול לקיים בהו דין הזמה ממילא לוקין ומדסתם ר' יוסי ואמר סתמא דהוזם בד"מ כשר בד"נ משמע דאף היכא דלא שייך בהו דין תשלומין כמו בהא דמכות בהעידו בדין כופר או בעבד עברי דאף דלוקין ומקרי רשע אפ"ה ס"ל לר' יוסי דאינו מיפסל לד"נ ע"כ הוכיח הש"ס דר' יוסי ס"ל כרבא ולא מצי ס"ל כאביי:

ועדיין תקשה במה דקיי"ל בעד זומם בכל עדות ממון מיפסל לד"נ כמו דסתמו הא בכל עדות ממון ליכא בי' מלקות זולת בכופר וע"ע כנ"ל והעיקר הוא לומר דכיון דגילה התורה דעל לא תענה חייב מלקות משום והיה אם בן הכות הרשע רק בהעידו על ממון אינם לוקין משום כיון דכתיב כדי רשעתו ועל רשעה אחת אתה מחייבו ולא משום ב' רשעיות. והתורה ריבתה זוממין לתשלומין כמבואר בכתובות ד' ל"ב ולא מיבעיא אי נימא דממונא חמור ממלקות כמבואר שם ע"א. בוודאי ניחא במה דמקרי רשע דכיון דעל לאו של מלקות מקרי רשע כש"כ היכא דחייב ממון מחמת עבירה דעבר וודאי דמקרי רשע כיון דממונא חמור [ועיין בשבועות ד' ל"ז דאמרו דניחא לאינש דמייתי קרבן ולא לילקי ויש לחלק] ואף ללישנא דס"ל התם בכתובות דממונא לקולא מן מלקות עכ"ז כיון דעל עצם הלאו דלא תענה הוא לאו שיש בו מלקות רק בעדות ממון אינו יכול לענוש לו בדין מלקות משום כדי רשעתו כנ"ל אבל אין זה מצד קלות האיסור של הלאו:

א"כ זה דומה למה דמצינו בלאו שניתן לאזהרת מיתה דאף דאינו לוקה עכ"ז מיפסל לעדות כמבואר בתשובת הריב"ש סי' רס"ו וכ"כ התומים ריש סי' ל"ד דאין זה מצד קלות האיסור וה"ה היכא דעבר על לאו דמצינו דחייבה התורה מלקות על מי שעבר על לא תענה רק בממון כיון דאינן יכולין למיעבד בי' שתי רשעיות ע"כ אינן יכולין להלקותו אבל מ"מ מקרי עבירה דיש בו מלקות ומיפסל לעדות דהא מצינו לעולא דס"ל בכתובות ד' ל"ב דהיכא דיש ממונא ומלקות דממונא משלם ומלקי לא לקי כמו בבא על אחותו נערה וכדומה דכיון דאיכא בי' חיוב ממון משלם ואינו לוקה אטו נימא דלא מיפסל לעדות משום דאין מקרי עבירה של מלקות לקרות לו בשם רשע להיות פסול לעדות

ובוודאי זה אינו ואף בחייבי לאוין דליכא כרת וממונא משלם מלקי לא לקי לעולא אפ"ה בוודאי פשוט דמיפסל לעדות אליבא דעולא א"כ ה"ה לדידן אף היכא דלא מצינו למיעבד בי' דין מלקות מ"מ איהו עבר על עבירה החמורה של איסור מלקות וכמבואר בירושלמי מכות פ"א וב"ק פ"ז דשני דברים מסורין לב"ד ואתה תופס א' מהן ע"ש ועיין ביבמות ד' ל"ג וכן מצינו בכל קלב"מ דמהני תפיסתו רק ב"ד אינן יכולין לעונשו משום דחיוב ממון לא פקע וה"ה דעונש מלקות לא פקע ממנו רק ב"ד אינן יכולין לעונשו ע"כ אף בעדות ממון שהוזמו מקרי רשע דהא היכא דלא שייך עונש ממון כמו בכופר וע"ע לוקין מן לא תענה:

ועוד דהא לשיטת הסוברים דגם בממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה כמבואר בנימוקי יוסף פ' חזקת על מתניתין היו ב' מעידין שאכל ג' שנים והוזמו משלמין את הכל והקשה הא ה"ל כאשר עשה ותי' בהי' המחזיק חוץ לקרקע כשהוזמו והובא במל"מ פ' כ"א ה"ע ה"ד ולא ס"ל כשיטת התוס' דב"ק ד' ד' ע"ב דבממונא לא שייך כאשר עשה דהא אפשר בחזרה או משום דבממון עונשין מן הדין ועיין ברמב"ם פ' כ' ה"ע ה"ב דס"ל כשיטת התוס' דאף בכאשר עשה שייך דין הזמה בממון לשלם ממון יעו"ש בכ"מ אבל לשיטת הנימוקי הנ"ל דבממונא שייך ג"כ כאשר זמם ולא כאשר עשה א"כ היכא דהב"ד הוציאו הממון ע"י עדותן דאינן חייבין העדים בדין הזמה לשלם ממון מ"מ בוודאי לוקין כמו בהעידו על א' דחייב מלקות ולקה דהעדים ג"כ לוקין כמו שפסק הרמב"ם פ' כ' ה"ע. ואף דהכ"מ תמה שם דמפני מה לוקין הא כאשר זמם ולא כאשר עשה אבל כבר כתבתי בקונטרס א' לתרץ דאינו קשה כלל דס"ל להרמב"ם דזה דומה לעדי ב"ג וב"ח דכיון דאינו יכול למיעבד בהו דין הזמה ע"כ לוקין מן לא תענה וכמו שפסק הרמב"ם בהעידו ובדין כופר וע"ע כנ"ל דלוקין מה"ט א"כ ה"ה בלקה הנידון דכיון דלא שייך דין הזמה בזה דכיון דכאשר זמם ולא כאשר עשה ע"כ חייבין מלקות מן לא תענה והא דנהרג אין נהרגין וגם אין לוקין היינו משום דה"ל לאו שניתן לאזהרת מיהת ב"ד כמבואר בב"ק ד' ע"ד והארכתי בזה במק"א ועיין בירושלמי מכות פ' א' סוף ה"ו דאמרו תנינא הכא מה דלא תנינן בכל סנהדרין ובפ"מ שם:

א"כ ה"ה לשיטת הנימוקי דס"ל דאף בממון לא שייך כאשר זמם היכא דעשו כבר הב"ד המעשה על פיהם א"כ ממילא לוקין העדים מן לא תענה לכן מה"ט מקרי בכל עדות שקר אף בממון חטא דיש בו מלקות דהא אם לא יבואו העדים להזימם רק אחר דיעשו ב"ד המעשה והוציאו הממון ע"י אז יהי' לוקין ע"כ אף היכא דלא נעשה המעשה עדיין מ"מ מקרי עבירה של מלקות כמו בלאו הניתק לעשה דכתבו התומים והנתיבות בריש

סי' ל"ד דמיפסל לעדות בעבר על לאו הניתק לעשה משום דמשכחת בי' מלקות בביטולו ואף דביד העובר על לאו שלא לבטל העשה מ"מ מקרי רשע ומיפסל לעדות כש"כ בזה דהא אין ביד העדים למיפטר א"פ ממלקות דאם לא יבואו עדי הזמה עד אחר דיעשו המעשה דאז יהי' לוקין ע"כ כיון דמשכחת בי' חיוב מלקות לכן מקרי לאו דיש בו מלקות ומקרי רשע להיות פסול לעדות וכ"ז לשיטת הנימוקי הנ"ל. אבל אף להשיטות החולקים על הנימוקי וס"ל דבממון אף כאשר עשה איכא דין הזמה. מ"מ כבר ביארתי דמקרי בשם רשע ומיפסלי לעדות כמו דמצינו לעולא דס"ל דממונא משלם מלקי לא לקי ואפ"ה מיפסל לעדות לעולא וכנ"ל:

ענף ב:

וזה לשון הרמב"ם פ' י' ה"ע ה"ד שכתב שם דאיזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין מלקות כו' ואח"ז כתב ועוד יש רשעים שהם פסולים לעדות אע"פ שהן בני תשלומין ואינן בני מלקות הואיל ולוקחין ממון שאינו שלהם פסולין שנאמר כי יקום עד חמס כו' כגון הגנבים והחמסנים אע"פ שהחזירו הן פסולים לעדות וכן עד זומם אע"פ שהוזם בעדות ממון ושילם ה"ז פסול מה"ת לכל עדות עכ"ל הרמב"ם וכתב הכ"מ שם בסה"ד על פסול דעד זומם דכיון דעד זומם הוי עד דחמס ע"כ לא מתכשר אף בהחזיר כמו גזלנים וחמסנים עד שיעשה תשובה עכ"ל ומשמע מלשונו דעד זומם מיפסל משום דמקרי עד חמס וכן מצאתי בתשובת מוהרי"ק סי' קכ"ו שכתב ג"כ דפסול דעד זומם הוי משום דמקרי עד חמס וכן מורה לשון הרמב"ם שכתב פסול דעד זומם סמוך לגנב וגזלן וכתב לשון וכן עד זומם כנ"ל, א"כ מוכח מדבריהם דס"ל דפסול עד זומם הוי משום דמקרי עד חמס ונתכוונו לתרץ מה דהקשיתי דלמה מיפסל עד זומם אף לדיני נפשות הא חשוד על הקל אינו חשוד על החמור ואי דנימא דפסולו משום דמקרי רשע הא קיי"ל בעד זומם דאינו חייב מלקות רק משלם ואינו לוקה וע"ז תרצו דפסולו משום דהוי רשע דחמס:

ולכאורה צריך ביאור מאיזה טעם מקרי רשע דחמס הא לא גזלו ולא חמסו כי אם הי' גורמים להזיק להלוה או להמלוה ודד"ג לכמה פוסקים אינו רק מדרבנן וגם הסוברים דהוי מה"ת עכ"ז הא אינו רק מטעם מזיק ולא מצד גזלן בפרט היכא דלא נעשה מעשה ע"י א"כ לא הזיקו כלל ונראה לי להסביר דבריהם דכיון דחייבה תורה להעדים לשלם היכא דנמצאו זוממין א"כ זה דומה ללאו דגזל וגניבה דאף דניתן לתשלומין מ"מ מיפסלי לעדות אף בלאו דאין בו מעשה וכמו בכופר בפקדון וכמש"כ התומים בסי' ל"ד ס"ק ג' בסופו יע"ש:

והעיקר הוא לדעתי דכיון דהועילו ע"י מעשיהן להתחייב ממון כמו כופר בפקדון דמתחייב באונסים ע"י דיבורו ומיפסל לעדות ומקרי עד חמס ה"ה בזוממין דע"י עדותן שקר דהעידו נתחייבו לשלם ממון א"כ מקרי עד חמס דהא עברו על לאו הניתן לתשלומין והוי לאו דלא תענה כמו לאו דלא תגזול ואף דזה לא הוי משום חימוד ממון דהא לא ידעינן אם העידו שקר משום חימוד ממון או מטעם אחר עכ"ז י"ל דלדידן דקיי"ל כאביי דאף רשע דלא הוי עד דחמס ג"כ מיפסל ואינו מחלק בין היכא דמיפסל משום עד דחמס דהוי משום חימוד ומה"ט מומר אוכל נבילות להכעיס ג"כ ס"ל דמיפסל ע"כ ה"ה בעברו על לאו דלא תענה דאף דלא הוי משום חימוד ממון ג"כ מיפסלו כיון דעברו על לאו הניתן לתשלומין רק בפסול דרבנן מצינו להפוסקים דס"ל בעבר עבירה דאין בו איסור מה"ת דלא מיפסל כי אם היכא דשייך בו חימוד ממון כמבואר בסי' ל"ד אבל היכא דמיפסל מה"ת לא מחלקינן בין פסול דחימוד ממון או לא ועיין בסמ"ע ס"ק ט"ז ואף בהכחשה דאינו משלם ממון מ"מ בעיקר החטא דהעיד שקר אין חילוק בעצם העבירה בין נמצא מוזם או מוכחש וע"כ דינו דפסול כמו נמצא זומם. ויש להסביר דבריהם ביותר ולהוכיח דפסול עד זומם מקרי ג"כ פסולו מחמת חימוד ממון דהא בסנהדרין ד' כ"ז איתא דהש"ס מוכיח דאין הלכה כר' יוסי דס"ל הוזם בדיני ממונות כשר לדיני נפשות וגם אין הלכה כרבא דס"ל אוכל נבילות להכעיס כשר לעדות דהא סתם לן תנא כר' מאיר דתנן אלו הן הפסולין משחקי בקוביא ומלוה בריבית כו' ועי"ש בעובדא דתרי סהדי אסהידו דקטל נפשא ואזלי תרי סהדי ואסהידו בחד מהנך דגנב כו' וקשה מנלן להכריע מזה דאין הלכה כר' יוסי וממילא אין הלכה כרבא למאי דס"ל מעיקרא דרבא כר' יוסי הא י"ל שאני פסול גזלן ומלוה בריבית דהוי פסול העד משום חימוד ממון וכמש"כ התומים בסי' ל"ד ס"ק ג' בשם מהרי"ק לחלק דבחימוד ממון לא בעי מלקות [ועיין בתוספות סנהדרין ד' כ"ד ד"ה ואלו הן הפסולין כו' שכתבו לפרש על מה דמשמע במשנה שם דסוחרי שביעית לא מיפסלי מה"ת ולא כתבו בפשיטות משום דהוי ליה עשה דלאכלה ולא לסחורה לא הו' אלא עשה אבל לפי סברת המהרי"ק והתומים אתי שפיר וכפי' רש"י בעירובין ד' פ"ב וסנהדרין ד' כ"ד ואכמ"ל ולפי"ז יש לחלק ג"כ בזה דשאני גנב וגזלן ומלוה בריבית דהוי ליה פסול משום עד חמס ובזה מודה ר' יוסי לר' מאיר דמיפסל אף לד"נ משום דעד חמס חמור ביותר ושאני הוזם בד"מ דאין פסולו משום חימוד ממון דהא לא ידענו אם נטלו ממון עבור עדותן או לא וכיון דהוזם בדיני ממונות אין פסולו משום עד חמס ע"כ ס"ל בזה ר' יוסי דאינו פסול לד"נ משום דחשוד על הקל אינו חשוד על החמור א"כ תקשה מנלן להש"ס להכריע מהך סתמא דהלכה כר' מאיר ולא כר' יוסי דמנלן להש"ס

דר' יוסי פליג אף בעד חמס ולהוכיח דלא כוותיה ומצינו ג"כ לרבא דמחלק בין אוכל נבילות לתיאבון דהוי כעין עד חמס אבל אוכל נבילות להעיס לא מיפסל והנ"ל בזה דאף דסברת רבא למיפסל אוכל נבילות לתיאבון ולהכשיר אוכל נבלות להכעיס א"כ לכאורה חזינן דס"ל לרבא דחטא לתיאבון חמיר ביותר מן מומר להכעיס אבל באמת ז"א סברא לומר כן דהא מצינו בעו"ג ד' כ"ו ובהוריות ד' י"א דס"ל לכל הסוגיא דהתם דאוכל נבילות להכעיס חמיר ביותר מן לתיאבון וגם לרבא משמעות הסוגיא שם דס"ל כן דהא מבואר שם דרב המנונא אמר מומר לאכול חלב והביא קרבן על הדם איכא בינייהו כו' ומקשה והא רבא אמר דכ"ע חשוד לאכול חלב לא הוי מומר לדם אלא הכא באוכל נבלה לתיאבון ונתחלף בשומן ואכלו כו' ומר סבר כיון דאלו אשכח דהתירא לא אכיל איסורא לאו כו' עכ"ל הגמ' הרי מבואר דגם לרבא יש להקל ביותר לתיאבון כיון דאלו אשכח דהתירא לא אכל ועיין בריש חולין במה דאמר רבא אוכל נבילות לתיאבון בודק סכין ונותן לו ופי' רש"י שם דלהכעיס חשוד לנבל בידים והרא"ש פי' שם דלהכעיס לא מקרי בר זביחה ומשמע דשם לרבא כתב הרא"ש הך טעמא. ובלא"ה גם הדין והסברא נותן דלהכעיס חמיר ביותר מלתיאבון:

והא דס"ל לרבא דאוכל נבילות להכעיס קיל ביותר גבי פסול עדות מן לתיאבון יש לפרש טעמו דאף דבעצם העבירה להכעיס חמור ביותר מן לתיאבון מ"מ גבי פסול עדות שאני משום דהא קיי"ל דחשוד לדבר א' אינו חשוד לכה"ת רק בפסול לעדות שאני דגזרה התורה אל תשת רשע עד ועכ"ז י"ל דדוקא בעד חמס או כעין חמס היינו במומר לאכול לתיאבון דכיון דחזינן דעושה זה משום הנאתו ע"כ הוא בחשד דיעיד עדות שקר כפי' רש"י בסנהדרין שם וכמש"כ האלפסי שם דכפין ואכיל וכפין וסהיד בשקר אבל בלהכעיס לאכול נבילות אין לחשדו דיעיד עדות שקר דאפשר דהעבירה זו הוטב בעיניו לעבור להכעיס ולא בשארי עבירות. דהא חשוד לדבר א' אינו חשוד לדבר אחר משא"כ באוכל לתיאבון הוי הכל קצת כמו חשוד לאותו דבר ע"פ גזה"כ הנ"ל דחזינן דעושה כל טצדקי לעבור בשביל הנאתו וכמו דאכל נבילות בשביל הנאתו ה"ה יש לחושדו דיעיד שקר בשביל הנאת ממון ומה"ט אמרו שם בסנהדרין דרבא ס"ל כר' יוסי דמקולא לחומרא לא אמרינן ע"כ באוכל נבילות להכעיס דלא הוי רק רע לשמים לא נחשד להעיד שקר דזהו רע לשמים ורע לבריות ואכתי תקשה דא"כ אמאי באכל לתיאבון ס"ל גם לרבא דפסול להעיד והא אף לתיאבון אינו רק רע לשמים ולא רע לבריות וע"כ מוכח דשאני בלתיאבון דכיון דחזינן דאכל לתיאבון ע"כ נחשד ע"פ גזה"כ אף לעדות שקר בשביל איזה הנאה ופי' רש"י שם בד"ה ומלוי בריבית כו' אבל בעצם העבירה גם רבא מודה

דלהכעיס חמיר ביותר מן לתיאבון כדחזינן לדידן דלהכעיס חמיר ביותר מן לתיאבון כמבואר ביו"ד סי' ב' סעי' ה' וביו"ד סי' קנ"ח ויש להאריך בזה ואכמ"ל ע"כ אין סברא לומר דרבא יסבור סברא הפוכה בזה. ע"כ העיקר פשט דברי רבא בזה כמש"כ [וגם מצינו ביו"ד סי' ב' סעי' ה' בהגה"ה דמי שאינו חושש באיסור המבואר. דינו כמו להכעיס]:

והנה מצינו במי שנסתפקנו עליו אי עבר עבירה להכעיס או לתיאבון דתלינן דעבר לתיאבון כדי שלא להוציא מחזקת כשרות בכל מה דאפשר כמבואר בתבואות שור סי' ב' ס"ק ז' שהוכיח כן מגיטין ד' מ"ז דרב אמי בעי למיפרק גברא כו' ומשארי ראיות יעו"ש א"כ ה"ה בחזינן דהעיד שקר ונסתפקנו אי עבר משום הנאת ממון או דעבר להכעיס בוודאי יש לנו לדון דעבר ע"ז משום איזה הנאה דהיה לו לפי דנטל מחבירו ממון כדי להעיד שקר דכיון דבעצם העבירה אף לרבא חמור לו ביותר להכעיס מן לתיאבון. א"כ מבעי לן לאוקמי על חזקת כשרות דאף דאיתרע כשרותו מ"מ מבעי לן למיתלי דלא עבר על החמורה דכל מה דאיכא למוקמי על כשרותו מוקמינן כנ"ל לכן במי דהעיד שקר מבעי לן לומר דעבר לתיאבון א"כ הוי כמו עד חמס ומיפסל לכל עדות שבתורה ואף דלגבי פסול לכל עדות מוציאין אותו מחזקת כשרותו ביותר אי נימא דעבר לתיאבון עכ"ז הא במה דנולד לנו הספק בעיקר העבירה דעבר בזה ע"פ חזקת כשרותו נתברר לנו דעבר לתיאבון וכמש"כ התב"ש [ועיין בט"ז ביו"ד סי' א' ס"ק ו' ובדברי התוס' בעירובין ד' ל"ו בד"ה במקוה שלא נמדד כו' ויש לחלק וקצרתי לפי דזה פשוט דאי נימא דהיה לתיאבון הוי בחזקת כשרות ביותר ועיין ביו"ד סי' קנ"ח ויש לי ראיות עוד בזה ואכמ"ל] ולכן כיון דחזינן דס"ל לר' יוסי דהוזם בד"מ כשר לד"נ שפיר מוכיח הש"ס דס"ל לר' יוסי דאף גזלן מכשיר ג"כ לד"נ. דהא עד זומם הוי ג"כ עד חמס דתלינן דעבר לתיאבון ושקיל שוחדא כפי' רש"י והרי"ף שם ואפ"ה מכשיר ר' יוסי לד"נ משום דהוי מקילתא לחמירתא וה"ה גזלן ומלוי בריבית כשר לר' יוסי לד"נ וכיון דסתם לן התנא דגזלן פסול לד"נ אלמא דלא ס"ל כר' יוסי משום דאף מקולא לחומרא פסלינן וה"ה באכל נבילות להכעיס מבעי לן למיפסל וכאבייי וא"ש הסוגיא ואחר כותבי זאת ראיתי בתורת חיים שהניח בצ"ע הסוגיא דסנהדרין הנ"ל אכן לפמש"כ אתי שפיר. ועדיין יש להעיר בזה דא"כ למה להש"ס לעיל שם להדר דרבא מצי סבר כר"מ וקאמרינן ורבא עד כאן לא קאמר ר"מ התם כו' והא הוי מצי בפשיטות לומר ע"כ לא קאמר ר"מ התם בעד זומם דהוי כמו עד חמס ולכן החמירו בו אף מקל לחמור משא"כ היכא דלא הוי עד חמס שאני והא דאמר התם אבייי כר' מאיר י"ל דכוונתם דמצי סבר כר"מ אבל במה דאמר רבא כר' יוסי תקשה על מה שכתבתי כנ"ל וי"ל בזה דהא היכא דהוי עד זומם דהעיד על אחד

שהוא בן גרושה וחלוצה וכה"ג באופן דליכא למיחש דשקיל שוחדא מצד השני. א"כ בכי האי גוונא לא שייך לומר דהוי כמו עד חמס דעשה כן בשביל חימוד ממון ור"מ ור' יוסי מסתם סתומי במה דאמרו עד זומם כו' ע"כ רבא לא מצי סבר כר"מ ולחלק כנ"ל דהא ר"מ סתם דבריו משמע בכל גוונא דהוי עד זומם מיפסל לד"נ. ע"כ הוצרך לחלק הש"ס באופן אחר ועפ"ז הנ"ל יש לדון הרבה במה שמצאתי כעת בנו"ב מ"ק ח' אה"ע סי' נ"ז:

ג ונתבאר לנו דמוכח מהש"ס דעד זומם הוי כמו רשע דחמס משום דתלינן דהעיד שקר משום דשקיל שוחדא וכה"ג בשביל הנאתו ולכן מדמה הש"ס גזלן לעד זומם ומזה הוכיחו הפוסקים הנ"ל דפסול עד זומם הוי בגדר פסול דעד חמס והטעם כיון דחייבה התורה תשלומין לעדים זוממין ע"כ הוי לאו דניתק לתשלומין כמו גזלן ויש בו ג"כ חימוד ממון כנ"ל ועיין במל"מ פ"ד ה' מלוה ה' ו' ד"ה אך ראיתי להריב"ש כו' באה"ד שם וגם יש לעיין בסוגיא דסנהדרין הנ"ל במה שכתבו התוס' בבכורות ד' ל"ו ד"ה אימר דאמר ר"מ כו' וקצרתי ולפי"ז יש לדון היכא דנמצאו זוממין מקודם דנגמר הדין דאז י"ל דלא מיפסלי לעדות נפשות כיון דחשוד על הקל אינו חשוד על החמור ולומר דמקרי רשע דחמס והוי לאו הניתק לתשלומין או כמש"כ לעיל דגם היכא דמשלמין דינם כמו לאו שיש בו מלקות כיון דעל עצם הלאו דלא תענה חזינן דהיכא דלא הוי בני תשלומין מחייבי מלקות רק משום דלא עבדינן שתי רשעיות אבל עכ"ז לא פקע מינייהו שם רשע וכמו דנתבאר הכל בארוכה לעיל ולפ"ז היכא דלא נגמר הדין עדיין י"ל דלא מפסלי לעדות דהא כ"ז דלא נגמר הדין אינן בני הזמה לתשלומין וגם לא למלקות מן לא תענה דהא הא דעדים זוממין לוקין בהעידו על א' שהוא חייב גלות ילפינן בגז"ש רוצח רוצח במכות ד' ה' ע"ב דאין לוקין מן לא תענה עד שיגמר הדין ע"פ [ועפי"ז יש לדון במש"כ לעיל דלכן כתב הרמב"ם בלקה הנידון דהעדים לוקין משום דאף דלא שייך דין הזמה בזה משום כאשר זמם ולא כאשר עשה מ"מ לוקין מן לא תענה ויש לדון דהא ע"פ גז"ש הנ"ל יש למילף דה"ה מה"ט אף היכא דנעשה המעשה ע"פ ג"כ אין לוקין מן לא תענה כמו בדין הזמה והא שכתב הרמב"ם דאף אם לקה לוקין י"ל דהוכיח כן מן ירושלמי מכות פ' א' סוף הלכה ו' על הך דכאשר זמם ולא כאשר עשה דתנינן הכא מה דלא תנינן בכל סנהדרין ופי' המראה פנים שם דדוקא במיתה דנין כן ולא בכל סנהדרין ומזה הוכיח הרמב"ם דינו ואכמ"ל] אבל כבר מבואר ברמב"ם פ"ך ה"ע ה"א דאף דאין עדים זוממין נענשין ולא משלמין עד שיזומו אחר גמ"ד ויוזמו שניהם אבל נפסלו לכל עדות שבתורה אף מקודם גמ"ד או הוזם א' כו' הרי להדיא דאף בהוזמו מקודם גמ"ד ג"כ פסולין לכל

עדות שבתורה ונכלל בזה אף לד"נ משום דכיון דהוי מצי להיות חייבים העדים מלקות או תשלומין אם היה נגמר הדין ע"פ ע"כ עכשיו דלא נגמר הדין מ"מ מקרי רשע דעברו עבירה שיש על הלאו דין מלקות או תשלומין וכמו בלאו הניתק לעשה דכיון דמשכחת מלקות בבטלו ע"כ אף בלא בטלו ג"כ מפסלי לעדות כנ"ל בשם הפוסקים בח"מ ריש סי' ל"ד [ועפ"ז מיושב קושיות המפרשים ברישׁ ביצה דמאי נפ"מ בפלוגתת ב"ש וב"ה] וה"ה הכא דכללא הוא דהיכא דהיו יכולים להתחייב מלקות או ממון ע"י עדותם מפסלי לעדות דמקרי רשע גם בזה דהא בעת שעברו היה יכול לבא לידי חיוב מלקות או ממון והוי חטא שיש בו דין מלקות וכמו כל לאו אף בלא התראה מ"מ מיפסל לעדות:

והוכיח כן הרמב"ם מהא דאמרו בכולי ש"ס עד זומם נפסל ועיין בסנהדרין ד' כ"ז בתוס' ד"ה דאסהידו ביה תרי בחד כו' שכתבו דהא דאמרו שם עד זומם למפרע נפסל משום דה"ל רשע כו' ולא נקט עדים זוממין משמע דלא הוזם רק א' יע"ש. וקשה הא אין עדים זוממין נענשין עד שיזומו שניהן וגם אינו לוקה עד שיוזמו שניהם כמש"כ הרמב"ם שם ריש פ' כ' ה"ע וע"כ מוכרח דגם לאו דלא תענה אינו לוקה כ"ז דלא הוזמו ב' ואפ"ה מפסל לעדות מה"ת ואי משום דהוי חשוד לאותו דבר הא יתבאר לקמן דזה לא שייך בע"א הניזום להיות נפסל להצטרף לשנים ומדברי הש"ס משמע דגם לענין צירוף מיפסל וע"כ מוכח דגם כה"ג מקרי רשע להיות מפסל לעדות וכן מצאתי בריב"ש סי' רס"ו שכתב להדיא דאף דאין עדים זוממין נענשין עד שנגמר הדין מ"מ פסולים לעדות ומה"ט ס"ל להריב"ש בהא דאמרינן בכתובות דהזמה שלא בפניהם נהי דהזמה לא הוי מ"מ הכחשה הוי להיות נפסלים לעדות והובא בש"ך ח"מ סימן ל"ח. ובאמת אין אנו צריכים לזה להאריך דזה פשוט דמי שעבר עבירה אף בלא התראה דאינו לוקה מ"מ מפסל לעדות כמבואר בח"מ סי' ל"ד סעי' י"ב היכא דהוא איסור פשוט כמש"כ הסמ"ע שם אלמא דלאו במלקות תליא מילתא רק כיון דעבר עבירה שהיה מצי ללקות מפסל לעדות והארכתי בזה לפי שראיתי בספר אחד ממחברי זמנינו שכתב בח"מ סי' ל"ד בשם התומים סי' הנ"ל סעי' ח' ס"ק י"ג דעד זומם אע"פ ששילם פסול וה"ה אף היכא דלא נגמר הדין ג"כ פסולים לעדות וע"ז כתב המחבר הנ"ל להשיג על התומים משום דכיון דאין דין הזמה נוהג כ"ז דלא נגמר הדין ע"כ אין דינם רק כמו הכחשה דהא הזמה חידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו עכ"ל אבל ז"א מתרי טעמא א' בעיקר הדבר כבר נתבאר בשם הרמב"ם והריב"ש דאף בניזומו מקודם גמ"ד ג"כ מפסלי לכל עדות שבתורה כנ"ל ומש"כ בשם התומים סי' ל"ד סעי' ח' שכתב כן ז"א דז"ל התומים שם דה"ה בלא שילם רק דהוזם מקודם דנעשה המעשה מ"מ מיפסלי כו'. הרי דלא כתב רק דהוזם מקודם דנעשה המעשה לא משלמי

כמבואר לעיל סי' א' סעי' ד' אבל גמ"ד מצי להיות דס"ל ג"כ דבעי וכדעת המחבר הנ"ל אך כבר נתבאר דלדינא ס"ל להרמב"ם והריב"ש דאף בניזומו מקודם גמ"ד ג"כ מיפסלי ולא כדעת המחבר הנ"ל (ועיין בריב"ש סי' רס"ו שם דעדים שהוכחשו בנפש לוקין מן לא תענה ופסולין לעדות אף היכא דלא הוזמו כגון בא הרוג ברגליו כמבואר בב"ק ד' ע"ד יע"ש] ועפ"ז יש לעיין בשיטת הב"ח לדברי הרז"ה דהובא בח"מ סי' ל"ח וסימן ל"ד דס"ל בעדות בשטר דאף דלא נענשים כדין זוממין מ"מ מיפסלי כמו בהזמה שלא בפניהם כנ"ל ולפמש"כ יש לחלק דשאני עדות בשטר דלא היה יכול מעולם לבא לידי חיוב מלקות להעדים. משא"כ בהזמה שלא בפניהם דבעת דהגידו היה יכול לחול חיוב מלקות על העדים אם יוזמו בפניהם והש"ך ג"כ מסיק שם כהב"ח דהזמה שבשטר נפסלו העדים ודוחק לומר דז"א רק מדרבנן. שוב ראיתי דיש להוכיח מהרמב"ם דאף היכא דלא היה יכול לבא להעדים חיוב מלקות מ"מ מיפסלי והוא דהרמב"ם ריש פ"כ ה"ע כתב דעדים שהוזמו ונמצא א' מהם קרוב או פסול אין נענשין אבל מיפסלו לכל עדות שבתורה עכ"ל הרמב"ם ודבר גדול חידש לנו הרמב"ם דבנמצא א' מהם קרוב והוזמו מיפסלי לכל עדות שבתורה ומשמע אף בהוזמו לדיני ממונות מיפסלו לדיני נפשות דע"כ מטעם רשע אתינן עלה ואף דבלא ההזמה אינן בני עדות וקרוב ופסול דהוזמו ולא ידעו הב"ד בעת דקיבלו עדותן דהמה פסולים ואח"ז נתברר להם דהיה קרוב וכה"ג:

בוודאי אינם נפסלים לעדות מה"ת ואף מדרבנן צ"ע דהא אינן בני עדות כלל ואטו מי שנתכוין לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה אטו מיפסל לעדות וודאי ז"א רק כפרה צריך. אבל לא חמיר כ"כ כמש"כ התוס' בסוטה ד' כ"ח ד"ה מה תלמוד לומר כו' בסוף הדיבור רק בנמצא א' מהם קרוב ופסול כיון דאין על העדים הכשרים פסול הגוף כ"א מצד אחר ע"כ דינם דמיפסלי משום דהעידו שקר כיון דהב"ד קבלו עדותן בתורת עדות ע"כ מיפסלי אלמא דאף דאין לוקין כמש"כ הרמב"ם מ"מ מיפסלי לעדות ועיין בשבועות ד' ל"ה בנמצא א' מהם קרוב ופסול אינם חייבים קרבן שבועה משום דלא הוי ראוי להגדה ולא קרינן ביה אם לא יגיד ועיין בתוס' שם ד"ה או שהיה א' מהן קרוב כו' ובנתיבות סוף סי' ל"ו וחזינן דאף היכא דלא היה מעולם חיוב מלקות עליהם כמו בנמצא קרוב דאגלאי מלתא דלא היה עליהם מעולם חיוב מלקות מ"מ מיפסלי משום עדות שקר א"כ ה"ה בהזמה בשטר דאף דלא מיענשי על עדותן בשטר משום דההזמה חידוש הוא כו' ואפשר לחלק קצת דשאני בנמצא קרוב או פסול דאם לא היה נודע להב"ד היה לוקין מלקות על עדותן ולכן מקרי לאו של מלקות דהא משכחת בי' עכ"פ מלקות משא"כ

בעדות בשטר אך באמת י"ל עדיין דזה לא מקרי בני מלקות דהא אז הוי המלקות בטעות ומן הדין לאו בני מלקות נינהו כיון שנתברר שהיה קרוב ביניהן וקצרתי בכ"ז:

א"כ נתבאר דהא דעדים זוממין פסולין לכל עדות שבתורה אף מדיני ממונות לד"נ משום דמקרי לאו דלא תענה לאו דיש בו מלקות משום והצדיקו את הצדיק כו' והיה אם בן הכות הרשע ולכן אף היכא דלא שייך חיוב מלקות כמו בהוזמו מקודם גמר דין או בניזום ע"א מהב' עדים מ"מ כיון דהיה יכול לבוא עליהם חיוב מלקות מקרי מה"ט לאו שיש בו מלקות אף היכא דאינם בני מלקות או משום דכיון דהתורה חייבה מלקות לעדים זוממין א"כ נפק ליה זה מהך כללא דלאו דאין בו מעשה ואף היכא דלא יכול לבוא לידי חיוב מלקות יש לדון כנ"ל דהא חזינן דהתורה חייבה מלקות בעברו על לא תענה רק התורה גזרה דלא יהיה לוקין כ"א בנגמר הדין וכה"ג והוי כמו כל לאוין דמלקות דאף דאין לוקין כ"א בהתראה מ"מ הא אף בעבר על לאו דלא היה התראה ג"כ מיפסלי כמש"כ הרמב"ם פ' י"ב ה' עדות ה"א. וה"ה בכ"מ דהתורה גזרה פרטי דיני מלקות. דאף היכא דאין כאן כל הפרטים דמלקות מ"מ הא אינהו עברו על לאו דיש בו חיוב מלקות אם היה בו כל פרטי דיני מלקות ע"כ דינו כמו כל לאו דיש בו מעשה דהא התורה גזרה דינו דלאו דלא תענה דאינו כמו לאו דאין בו מעשה רק לוקה מוהיה אם אם בן הכות הרשע ואם היה דינו כמו לאו דאין בו מעשה. א"כ לא היה דינו ללקות אף בהיה בו כל פרטי דינים שלו.

ע"כ מיפסל לעדות כמו בכל לאו שיש בו מעשה וכמבואר בב"ק ד' ה' דעדים זוממין אע"ג דלית ביה מעשה רחמנא קריה מעשה דכתיב ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו וגם בדין מלקות מן והיה אם בן הכות הרשע ילפינן בגז"ש רוצח רוצח בחייבי גלות מן דין הזמה כמבואר במכות ד' ה' ע"ב כנ"ל. ועיין במכות ד' ד' דמקשה ורבנן האי לא תענה מאי דרשו ביה וב"ב ד' צ"ב ע"ב ואכמ"ל וע"פ מש"כ יש לדון בדברי הפתח הבית בסי' כ"ח ע"ש:

ענף ד:

ובעיקר דברי הרמב"ם דריש פ"כ ה"ע דפסק בעדים דהוזמו אחר גמ"ד ונמצא א' מהם קרוב ופסול דאין נענשין ומ"מ נפסלו לכל עדות שבתורה. דלכאורה צריך ביאור דאי נימא דאף דאחד מהם הוא פסול מ"מ עברו על לא תענה כיון דאין עליהם עצם פסול רק מצד אחר דקרוב שביניהם מבטלם וע"כ מיפסלו לעדות א"כ יהיה לוקין מן והיה אם בן הכות הרשע מן דין הזמה כיון דנגמר הדין כבר וכמו בחייבי גלות ואפשר לומר דזה הוי כלא נגמר הדין כיון דאיגלאי מלתא למפרע דבטעות גמרו הב"ד הדין על פיהם. וכעין מש"כ הקצה"ח בסי' ז' סוף ס"ק ד' בשם המרדכי גבי אין עד נעשה דיין כה"ג עי"ש וכבר

ידוע דבלא נגמר הדין אין העדים נענשים ועכ"פ מיפסלי דקא עברי על לא תענה. וה"ה בנמצא א' מהם קרוב ופסול כיון דאין פסולן בגופן ע"כ קא עברי על לא תענה ואף דבכל עידי הזמה איגלאי מילתא למפרע דהי' פסולים אז דקיי"ל למפרע הוא נפסל ולא היה מעולם גמ"ד אכן שאני היכא דאין עליהם פסול אחר וכמו שיבואר לקמן:

ועוד י"ל בכוונת הרמב"ם ע"פ הא דמבואר בנזיר ד' כ"ג דמפר לה בעלה והיא לא ידעה שהפר לה והיתה שותה יין ומטמאה למתים ר' יהודה אומר אם אינה סופגת ארבעים תספוג מכת מרדות וכן פסק הרמב"ם פ' י"ב ה' נדרים ה' י"ח משום דס"ל דאף ת"ק מודה בזה לר' יהודה ולא כשיטת התוס' בנזיר ד' כ"א א"כ חזינן דס"ל להרמב"ם דהיכא דנתכוין לאכול בשר חזיר אף דעלה בידו בשר טלה הוי איסור חמור ולוקה מדרבנן מכת מרדות אלמא דזה לא גרע מכל איסור דרבנן א"כ ה"ה בעדים דהעידו בשקר ונתכוונו להעיד רק דאח"כ נודע דנתבטל עדותן מאיזה טעם רק כיון דהעדים נתכוונו לעבירה א"כ זה גרע ביותר מהא דבשר טלה הנ"ל דהא הכא היה יכול לצאת תקלה מעדותן אם לא יוודע להב"ד פסולם ועיין בנתיבות סי' ל"ג ס"ק א' דכתב על מש"כ הש"ך שם ס"ק ט' דלכן היכא דהעיד קרוב דלא ידעו הב"ד ממנו דשייך בזה לומר עביד אינש לאחזוקי דיבורייהו דאל"כ הוי כמעידין שקר בעיני הבריות ע"ש אכן לפמש"כ יש להסביר זה ביותר דהא בלא"ה יהיה לוקה מכות מרדות בזה כיון דנתכוין להעיד שקר ואף היכא דאינו לוקה ע"פ עצמו מ"מ איסורא קא עביד בעצם א"כ בוודאי יחזיק דיבורו: ולפ"ז יש מקום לומר דמה"ת גם בנמצא א' מהם קרוב לא קעברי על לא תענה דכיון דהתורה פסל עדותן א"כ דומה לקרובים דוודאי לא שייך לא תענה בהו וכמו בשבועות העדות דאינו נוהג אף בנמצא א' מהם קרוב ופסול. כמבואר בשבועות ד' ל"ה משום דלא קרינן בהו אם לא יגיד והא דכתב דפסולין לכל עדות זה רק מדרבנן משום דנתכוונו לאיסור היכא דלא ידעו העדים בעצמם שיש ביניהם קו"פ דאז לפי דעתם עברו על לא תענה והא דלא כתב דלוקה מכות מרדות י"ל דסמך על מה דזה מבואר בכמה דוכתי דעל איסור דרבנן לוקה מכות מרדות. אף על העבר כמש"כ בה' נדרים כנ"ל. ועיין ברמב"ם ה' חמץ ומצה פ"ו ה' י"ב והא דלא כתב הרמב"ם בפי' בזה דאין פסולים רק מדרבנן ז"א קשה דכעין זה מצינו ברמב"ם בכמה דוכתי דסתם בזה ומהם ברמב"ם פ' י"א ה' עדות ה' ט' אף דאינו פסול רק מדרבנן כמבואר בסנהדרין ד' י"ט וברמב"ם ה"מ פ"ג ה' ז' וה"ה הכא י"ל דמאי דכתב דהוא פסול לכל עדות שבתורה י"ל דז"א רק מדרבנן והסברא נותנת דלא יהי' עוברים על לא תענה ובפרט לשיטת הרמב"ם דס"ל והובא בסי' ל"ו דבשעת ראיה אף בלא הגדה כלל נתבטל עדותן בנמצא א' מהם קרוב א"כ לא הי' ראוים מעולם

להעיד כיון דהיה ביניהם הקרוב אך י"ל דז"א שייך בנזומו דאיגלאי מילתא דלא היה מעולם ביחד בצירוף בשעת ראיה וכיון דלא נפסלו ע"י צירוף אך ע"י הגדה ביחד כיון דניזומו ולא נצטרפו מעולם מעת ראיה י"ל דהיה עליהם שם עד וכמו שכתבו התוס' במכות ד' ו' ד"ה אמר רבא והוא שהעידו בתכ"ד כו' לחלק בזה כה"ג ע"ש ועיין ברמב"ם ה"ע פ"כ ה"ג ובראב"ד שם ובש"ך ח"מ סי' ל"ו ס"ק ו' והעיקר מה דיש לחלק ולתרץ מה דהקשיתי לעיל דמ"ש היה ביניהם קרוב ופסול דמיפסל משום דעבר על לא תענה ומ"ש מן שבועות העדות דאינו נוהג אם היה ביניהם קו"פ כנ"ל וגם הא בנמצא בעצמו קו"פ בוודאי דאין בלאו דל"ת. א"כ מ"ש דהיה ביניהם קו"פ הא עכ"פ התורה פסלה אותם ואינן ראוים להגדה ולכן נראה דהרמב"ם דפסל לעדים דהוזמו ונמצא ביניהם קו"פ משום דעברו על לא תענה דשאני קו"פ בעצם דלא היה ראוי מעולם להיות עד משא"כ בנמצא ביניהם קו"פ דכיון דניזומו א"כ לא נצטרפו מעולם בעת ראיה ע"כ בעת שבאו להעיד יש עליהם שם עד דהא עיקר הפסול שלהם מה דנמצא א' מהם קרוב אינו רק ע"י מה דנצטרפו בעת הגדתם בב"ד כנ"ל א"כ בעת שבאו להעיד הוי עליהם שם עד דאז הי' בידם שלא להעיד בצירוף הפסול ע"כ יש עליהם שם עד להיות עובר על לא תענה משא"כ בשבועות העדות דהדין הוא דהיכא דנמצא א' מהם קו"פ אינם חייבין ק"ש כמבואר בשבועות ד' ל"ה משום דהא שיטת הרמב"ם דבצירוף מעת ראיה אף בלא הגדה ג"כ מצטרפו להפסול א"כ בעת חיוב ק"ש אינם ראוים לעדות כיון דנצטרפו כבר בעת ראיה:

ובזה מתורץ קושיות התוס' בשבועות שם ד"ה או שהיה אחד מהם קרוב כו' דהקשו דמאי אשמועינן התנא הא כבר תנן דאינו נוהג אלא בראוין להעיד כו' וכוונת תירוצם עיין בנתיבות סוף סי' ל"ו אבל להרמב"ם י"ל דאשמועינן הך דינא גופא דמצטרפין לפסול משעת ראיה דאי נימא דלא מיפסלי עד שעת הגדה כשיטת התוס' ושארי פוסקים כמבואר בסי' ל"ו א"כ אמאי אינם חייבין קרבן שבועה והא הי' יכולים הכשרים בפ"ע להעיד ויש עליהם שם עד וכנ"ל ע"כ מוכח מזה דמעת ראיה נצטרפו לפסול אך באמת אינו קשה לשיטת התוס' וש"פ הנ"ל דאמאי אינו חייב קרבן שבועה הא היו יכולים להעיד בפ"ע. די"ל כיון דאמר משביעני עליכם פלוני ופלוני שתבאו ותעידני. א"כ כלל הפסולים עמהם שיבאו להעיד ביחד ואז יהי' מצטרפין לפסול אך לשיטת הרמב"ם י"ל כנ"ל לתרץ קושיות התוס' הנ"ל: וע"כ בניזומו ונמצא ביניהם קו"פ מיפסלי העדים משום דעברו על לא תענה דבעת דהעידו היה אז בידם שלא להצטרף להפסול והי' עליו אז שם עד כיון דאיגלאי מילתא דלא הי' מעולם בעת ראיה ביחד כיון דניזומו ומ"מ אינם נענשים

משום דהא כיון דנצטרפו ביחד בעת הגדה בב"ד ע"כ אינן נענשין בניזומין משום דהא אין העדים ניזומין עד שיזומו כולן מהך היקישא דשנים או שלשה עדים כמבואר במכות ד' ה' ואף דאין על הקו"פ שם עד. מ"מ כיון דנצטרף עמהם והוא אינו בדין הזמה ע"כ' אף הכשירים שנצטרפו עמו אינן בדין הזמה. דהא ילפינן מהך היקישא דמה שנים אין ניזומין אם הי' א' מהם קו"פ דזה נלמד מהך דרשא דוהנה עד שקר העד דכל מקום שנאמר עד הרי כאן שנים כמבואר ברש"י מכות ד' ה' ע"ב ה"ה מאה אינן ניזומין בנמצא א' מהם קרוב כיון דאינן יכול לקיים דין הזמה על כל אלו דנצטרפו היינו על הקרוב ע"כ אינו חל דין הזמה על הכשרים ג"כ או משום דכיון דנצטרפו כבר בעת הגדתם בב"ד א"כ היה הגמ"ד בטעות דהא היו אז כבר פסולים ע"י הצירוף להפסול א"כ הוי כמו דלא נגמר הדין ואינו נוהג דין הזמה והא דכל עדים זוממין נענשין בדין הזמה אף דאיגלאי מילתא דנפסלו למפרע כדקיי"ל עד זומם למפרע נפסל א"כ הוי הגמ"ד בטעות. ע"ז י"ל דבאמת בזה גזרה התורה דזה יהיה כעין גמ"ד דאל"כ בטלה דין הזמה וכה"ג כתבו התוס' בסנהדרין פ' ע"ג בד"ה ממונא לא משלם כו' על מה דמשלם קנס בבא על הבתולה הא בהעראה לא מחייב א"כ בגמר ביאה לאו בתולה היא ותירץ דאהכי חייב רחמנא דאל"כ בטלה דין קנס באונס ומפתה וה"ה בזה רק היכא דנתערב פסול אחר על העדים כמו בנמצא א' מהם קו"פ א"כ אין עליהם שם עד כלל זולת ההזמה ע"כ הוי כלא נגמר הדין לפי שהי' בטעות:

וכעין מה דקיי"ל בזבחים ד' כ"ט בפיגול דבעי דקרב המתיר כמצותו ואף דבפיגול בכל ד' עבודות לאכול חוץ לזמנו בלא"ה ג"כ אינו כמצותו וע"כ מוכח דשאני זה דכן גזרה תורה דאם לא יתערב מחשבה ופסול אחר כו' וכמש"כ רש"י בזבחים ד' מ"ב ע"ב ד"ה כי הדר מדי בהיכל מיא קא מדי כו' ובתוס' שם ד"ה כי מדי בהיכל מיא בעלמא קא מדי כו' וכמו שאמרו בזבחים ד' נ"א ובשארי דוכתי הואיל ומרצה כו' וכ"כ רש"י בזבחים ד' קי"א ע"א ד"ה השוחט העוף בפנים ועיין מזה במנחות ד' נ"ז חימצה ויצאת וחזר וחימצה מהו וכמש"כ המל"מ ה' גניבה כעין זה דאם נתערב איסור אחר גבי שליחות על טביחה ומעילה בטל השליחות משום דבאיסור אחר אמרינן אין שליחות לד"ע זולת באיסור טביחה לחוד רבי רחמנא להתחייב ע"י שלוחו וה"ה בנ"ד דכיון דיש על העדים פסול מצד אחר א"כ הוי כלא נגמר הדין מעולם דהא הוי הגמ"ד בטעות אחר דנצטרפו כבר בעת הגדה ועל לא תענה קא עברו משום דבעת עדותם היו יכולים להיות בשם עד כדין שלא להצטרף אז להפסול:

ואף דאין לוקין משום דלא נגמר הדין או משום דלא ניזומן כולן כנ"ל מ"מ כיון דעל עיקר הלאו מצינו דחייבה התורה מלקות רק בעי לזה כמה פרטים וכבר נתבאר דאף היכא דלא מצינו כל הפרטי דיני מלקות מ"מ מקרי עבירה של מלקות להיות מפסל לעדות משום דקרינן בי' שם רשע ואתי שפיר פשט דברי הרמב"ם הנ"ל בעז"ה על נכון:

ענף ה:

נחזור לענינינו דהעיקר כמש"כ מתחלה דגם עד זומם מיקרי למי שיש בו מלקות כי יש כמה הכרחים לזה וקצרתי ולפ"ז יש לדון בע"א דהעיד לבדו והוזם דאף דנפסל לכל עדות שבתורה עכ"ז י"ל דדוקא להיות מעיד לבדו בזה נפסל מה"ת משום חשוד לאותו דבר אבל לענין צירוף עם עוד א' בזה אין נפסל משום חשוד לאותו דבר. דהא חשוד לדבר הקל אינו חשוד על החמור אף לאותו דבר כדמצינו לר' יוסי דס"ל הוזם בד"מ כשר לד"נ ואף דקיי"ל כר"מ:

זהו משום דהתורה פסלו משום דקרינן בי' אל תשת רשע עד משום דהוי חטא שיש בו מלקות או לאו הניתן לתשלומין דע"י עדותו בשקר חייבו התורה ממון מן דין הזמה וז"א רק בשני עדים דחייבם התורה מלקות מן והצדיקו כו' דהא ע"י עדותן היו יכולים לחייב ממון או מלקות וכה"ג וע"כ קרינן בהו והצדיקו הצדיק והרשיעו כו' ואף היכא דאין בהם דין מלקות או ממון כמו היכא דניזום רק ע"א משני עדים דהעידו מ"מ כיון דהא הוא הצדיק הצדיק והרשיע הרשע ע"י עדותן בצירוף לאחר רק דהתורה גזרה דלא יהיו נענשין כ"ז דלא ניזומו שניהן ומ"מ הוא קא עבר על חטא דיש בו מלקות דהא בניזומו שני עדים נענשים מלקות או ממון כיון דהצדיקו הצדיק והרשיעו הרשע. וכבר נתבאר דלא בעינן פרטי דיני מלקות בפועל דז"א מעכב פסול העדים אבל בלא העיד כ"א א' הא ע"א אינו בהזמה כמבואר בב"מ ד' ד' ובתוס' שם ד"ה ע"א יוכיח כו' דלכן ע"א אינו בהזמה לפי דאינו יכול לחייב ממון ע"י עדותן יע"ש:

ולכאורה הייתי אומר דלכן ע"א אינו בהזמה משום דהא מבואר ברש"י מכות ד"ה ע"ב דלכן אין שנים ניזומין עד שיזומו ב' משום דכתיב והנה עד שקר העד וכל מקום שנא' עד הרי כאן שנים ולפ"ז אף היכא דע"א מחייב ממון במקום דהוי משויל"מ עכ"ז אינו בהזמה משום דכן גזרה התורה דדוקא בניזומו שני העדים יהיה נוהג דין הזמה ולא בניזום ע"א אכן ראיתי ברמב"ם פ' כ"א ה' עדות ה' שכתב בניזום ע"א המעיד שזינתה אחר קינוי וסתירה דמשלם כתובתה מן דין הזה וע"ש בלח"מ שהכריע כגירסא זו בהרמב"ם ועיין מזה בירושלמי סוטה פ"א ה"א ובמראה הפנים שם ד"ה עידי קינוי כו' וקצרתי בכ"ז] אלמא דמצינו דגם בע"א נוהג דין הזמה היכא דהיה נאמן בעדותו לבדו וי"ל דהרמב"ם

הוכיח דינו מהא דשבועות ד' ל"ב דאי' התם הכל מודים בע"א בעד טומאה דרחמנא הימניה דחייב ק"ש רק במשביע ע"א היכא דאינו רק לשבועה בזה ס"ל דפטור מק"ש משום דגורם לממון לאו כממון דמי וכן מקבל עליו ע"א דיהי' נאמן כב' אין בו ק"ש כיון דאינו נאמן בעצמו מצד הדין כ"א מצד קבלתו כמבואר בירושלמי שבועות פ"ד כיון דאינו נאמן מצד עצמו לא מקרי חזי להגדה יע"ש. ולפי מה דפסק הרמב"ם דע"א היכא דמהימן כב' ישנו בדין הזמה בע"כ מוכח דהא דמבואר בב"מ דע"א אינו בהזמה טעמו כמש"כ התוס' שם לפי דאינו מחייב ממון ע"כ אינו בהזמה ואף היכא דנעשה משואינו יכול להשבע משלם ע"י העדות דע"א ג"כ כתב הנו"ב בסי' ע"ב בחלק אה"ע במ"ק ובשו"ת טורי אבן סי' ט' דג"כ אינו בהזמה לפי דלאו העד קא גרים רק מצד דריע טענתו ע"כ הוי משוי"מ ולכן אינו בדין הזמה יע"ש ואף דמצינו בשבועות ד' ל"ב דהכל מודים בע"א כמו בנסכא דר' אבא כו' ע"כ מוכרחים לחלק בין חיוב ק"ש ובין דין הזמה דלא כמש"כ לעיל לדמותם להדדי ויש להאריך בזה ואכמ"ל:

ואף דין מלקות ליתא בע"א כמבואר בנו"ב סי' ע"ב ח' אה"ע במ"ק שם באמצע התשובה ד"ה ועפ"ז יפה פסק הריב"ש כו' וז"ל שם באה"ד הנ"ל דע"א אין בו דין הזמה ואף אין לוקה משום לא תענה דדוקא בהרשיעו הרשע והצדיקו הצדיק בזה שייך מלקות משא"כ בע"א דאינו קם רק לשבועה א"כ אינו מרשיע כלום וכעין זה כתב הרמב"ן במלחמות בסנהדרין ד' פ"ו בסוגיא דעידי גניבה ועדי מכירה בנפש שהוזמו יע"ש:

אלמא דע"א כיון דלשבועה אתא לממונא לא אתא כמבואר בסנהדרין ד' ל' אין בו דין הזמה וגם אין בו חיוב מלקות משום דלא קרינן בי' והרשיעו את הרשע והצדיקו את הצדיק. דזהו עיקרא מילתא דחיוב מלקות בעדים זוממין כמבואר בריש מכות:

וע"כ ע"א שהעיד לבדו אינו מפסל להצטרף לעוד ע"א להעיד בתו"ע בשנים דהא כיון דאין שמו רשע כשהעיד לבדו וניזום דהא אף דנימא דגם ע"א כשהעיד שקר עבר על לא תענה מ"מ הא זהו לאו דאין בו מעשה דאינו מיפסל עי"ז כנ"ל כ"א בשני עדים דשייך בהו והרשיעו הרשע והצדיקו כו' אז לוקין וע"כ אף היכא דחסר פרטי דיני מלקות כמו בניזומו מקודם גמ"ד או דלא ניזומו כולם מ"מ אינהו הא עברו על חטא דיש בו מלקות והוי כמו כל עבירה דאף דאינו לוקה כ"א ע"י התראה ויתיר א"ע למיתה או למלקות ושארי כמה פרטים דיני מלקות ועכ"ז אף היכא דעבר על לאו דלא היה בו דיני מלקות מ"מ הא ניפסל לעדות משום דהא איהו קא עבר על חטא שחייבוהו התורה מלקות אם יקויים כל פרטי דיני מלקות ושמו רשע דנפסל לעדות ומה"ט אף בע"א דהוזם רק העיד בצירוף שנים דמקרי עד זומם ופסול לעדות כיון דאיהו קא עבר על לאו דלא תענה

והצדיקו הצדיק והרשיעו הרשע לחייב ע"י עדותו ממון ומלקות וכה"ג ע"כ אף היכא דלא נתקיימו כל פרטי הדינים שקצבה התורה לדיני הזמה ומלקות לעדים זוממין עכ"ז דכיון דהוא עבר על לאו דלא תענה והרשיעו הרשע דחייב מלקות או ממון אם הי' בו כל פרטי דינים הזמה ומלקות מלא תענה ע"כ מיפסל לעדות משום דהא בעצם החטא שוה הוא מה דעשה ע"א והוזם כיון דהועיל בעדותו במה דהעיד בצירוף להעיד או היכא דלא נגמר הדין מ"מ איהו בעצם החטא עשה הכל כמו בשני עדים שהוזמו אחר גמ"ד דרק מצד אחר אינם יכולים לקיים ביה דין הזמה ולא מצד קלות חטאו דבעיקר עשייתם להחטא שוה הוא הכל כמו בשני עדים דהוזמו ונתקיים בהו כל פרטי דין הזמה א"כ ה"ה היכא דלא נתקיים פרטי הזמה מ"מ כיון דאיהו עבר על החטא להרשיע את הצדיק ולהצדיק את הרשע ע"כ עבר על חטא של מלקות או על לאו דלא תענה הניתק לתשלומין דמקרי עד זומם עד חמס כמו דנתבאר לעיל בארוכה אבל בע"א דקא עבר לבדו דכיון דלא הועיל בעדותו לחייב ממון או שאר חיוב ברור כי אם לשבועה לבד ואף במחוייב שואינו יכול להשבע משלם כבר כתב הנו"ב דזה ג"כ מקרי דלא הרשיעו בעדותן כיון דז"א רק מצד דריע טענותו של הטוען ואינו בהזמה כנ"ל וכיון דאינו בהזמה במלקות מצד דאין כל כך ממש בעדותו של ע"א וזהו מצד קלות חטא א"כ לא משכחת לעולם מלקות ותשלומין בע"א היכא דאינו נאמן כתרי מצד עצמו כמו בע"א אחר קנוי וסתירה שהובא לעיל בשם הרמב"ם וכיון דאין בו הך והרשיעו וכו' והך והצדיקו וכנ"ל.

א"כ במה דעבר על לא תענה אין בזה חיוב מלקות כלל כיון דלא שייך בזה והרשיעו והצדיקו א"כ הוי כמו לאו שאין בו מעשה דקיי"ל דלא נפסל משום זה לעדות וכן לאו הניתן לתשלומין לא שייך בע"א כיון דאין בע"א דין הזמה ולא נתחייב עד א' ע"י עדותו בשקר שום ממון א"כ אין עליו שם רשע ואינו נפסל לעדות כי אם מצד חשוד לאותו דבר ולכן אינו נפסל כי אם על עדות אחרת שיעיד לבדו דבזה נפסל משום חשוד לא"ד אבל לענין צירוף עם ע"א אחר בזה אינו נפסל משום חשוד לא"ד דהא מצינו דע"א המעיד בשקר לבדו הוא חטא קל מן שני עדים דיעידו בשקר דהא בע"א המעיד בשקר לא שייך בו והרשיעו והצדיקו כו' כיון דאינו מועיל בעדותו לממון כי אם לשבועה ומה"ט לא חייבתו התורה מלקות והזמה לעולם כלל משום דמצד קלות חטאו דאינו עושה תועלת כ"כ בעדותו ע"כ לא חייבה התורה בזה שום עונש ע"כ מקרי ע"א דמעיד בשקר חשוד על הקל ומה"ט במשביע ע"א פטור מק"ש היכא דאינו מחייבו רק שבועה משום דגורם לממון לאו כממון דמי אלמא דחיובו מקרי חיוב קל ואף דהיכא דנעשה מחשואינו יכול להשבע משלם מבואר שם דחייב ק"ש אך לענין דין הזמה נתבאר לעיל דגם כן אינו

בהזמה כמש"כ האחרונים הנ"ל א"כ ע"א המעיד בשקר י"ל דאינו חשוד כי אם על הקל. אבל אינו חשוד לצירוף עם ע"א להעיד ביחד משום דזה מקרי דבר החמור כיון דחייבה התורה מצד חומר חטאו מלקות או ממון וחשוד על הקל דאין בו מלקות לא הוי חשוד על החמור דיש בו מלקות וכיון דלא מקרי רשע משום דהוי לאו דאין בו מעשה וכמש"כ התומים בריש סי' ל"ד דעל לאו דאין בו מעשה אינו נפסל לעדות היכא דלא מצינו בי' מלקות ולא הוי חשוד לא"ד כי אם להיות ע"א לבדו משא"כ ע"י צירוף עם ע"א משום דחשוד לקל אינו חשוד על החמור כדס"ל לר' יוסי בהוזם בד"מ כשר לד"נ ובזה אף ר"מ מודה כיון דלא מקרי רשע כנ"ל:

ובאמת אף דסתמו בזה ומשמע דאף ע"א המעיד בשקר מיפסל לעדות אף לענין צירוף עם עוד אחר. י"ל דז"א מה"ת רק פסול מדרבנן כמבואר בסי' ל"ד דאף דעבר עבירה שאין בו מלקות ג"כ מיפסיל מדרבנן ואף דבעבירה דאין בו פסול רק מדרבנן בעינן חימוד ממון כמבואר שם עכ"ז י"ל דהא מבואר במל"מ פ"ד ה' מלוה ה' ו' בשם כמה פוסקים דמחלקי דדוקא בעבר על איסור דרבנן בעינא חימוד ממון אבל בעבר על איסור דאורייתא אף דאין פסולו אלא מדרבנן לא בעינא חימוד ממון יעו"ש ועוד דכבר כתבתי לעיל דעד המעיד בשקר מקרי עבירה דיש בה חימוד ממון כדמוכח בסנהדרין ד' כ"ז כמו דנתבאר לעיל בארוכה משום דאמרינן דמסתמא שקל ממונא וסהיד בשקרא וכיון דפסול דע"א בשקר להיות מצטרף בעדות אחרת עם עוד ע"א אין זה פסול כי אם מדרבנן א"כ הא דפסילי דרבנן בעי הכרזה כמבואר בסנהדרין ד' כ"ו דכולן צריכין הכרזה בב"ד ובחו"מ סימן ל"ד ועיקר הכרזה הוא להודיעו פסולו ברבים ולפרסמו:

ענף ו:

ועדיין יש לעיין בעיקר מילתא מה דנתבאר דעד א' שהעיד בשקר אף דנימא דעבר על לאו דלא תענה כמו שמשמע מדברי הנו"ב הנ"ל מ"מ לא מיפסל לעדות משום דהוי לאו שאין בו מעשה ואינו לוקה ע"כ לא מיפסל לעדות דהא מצינו דעד חמס מיפסל לעדות אף דהוי לאו דניתן להשבון ואינו לוקה על לאו דגזילה אלמא דחימוד ממון שאני א"כ לפ"ז ה"ה בע"א שהעיד בשקר לפי מה שנתבאר לעיל ע"פ סוגיא דסנהדרין ד' כ"ז דעד המעיד שקר מקרי עבירה דיש בה חימוד ממון ע"כ י"ל דאף ע"א דהעיד שקר כיון דקא עבר על לא תענה אף דאין בו מעשה מ"מ מיפסל לעדות מה"ת אף דלאו בר מלקות הוי אך יש לומר דשאני התם בלאו דגזילה כמש"כ האו"ת סי' ל"ד ס"ק א' דלאו הניתק לעשה חמור מן לאו דאין בו מעשה דהא מה דאין לוקין על לאו דאין בו מעשה הוי זה מצד קלות איסורו בפועל. משא"כ בלאו הניתק לעשה הא דלא ניתן למלקות הוי זה משום

דחיוב עליו להוציא ולבטל האיסור ע"ש באו"ת וכיון דלא מצינו כן רק בפסול עד חמס דהוי לאו הניתק לעשה ע"כ מנלן למפסל בלאו דאין בו מעשה ולכן אף דמבואר בסי' ל"ד דהיכא דהוי עבירה דחימוד ממון אז אף דהוי חטא דאין בו מלקות מיפסל עכ"ז י"ל דלאו דאין בו מעשה דכיון דלא קא עביד מעשה שאני ולא מיפסל עי"ז לעדות אף דהוי חימוד ממון:

והנה התוס' בסנהדרין ד' כ"ד ע"ב ד"ה ואלו הן הפסולין כו' כתבו דהמשנה התם לא מיירי רק בפסולי עדות מדרבנן והא דתני שם סוחרי שביעית מיירי בשביעית בזה"ז דהוי מדרבנן או משום דלא חשוב להו איסור הא דממציאין מעות לעניים וכה"ג כתב הר"נ שם בזה"ל דאע"ג דאיסור דסוחרי שביעית הוא מה"ת דקיי"ל לאכלה ולא לסחורה עכ"ז כיון דלא משמע לאינשי דאיכא איסורא בסחורה כו' ע"ש:

אלמא דס"ל להתוס' והר"נ דאף על עשה מיפסל לעדות דהא איסור דסוחרי שביעית לא הוי רק עשה דלאכלה ולא לסחורה ואפ"ה מיפסלי מה"ת וכמש"כ רש"י בר"ה ד' כ"ב ובעירובין ד' פ"ב הואיל דהוי חטא דחימוד ממון ע"ש ברש"י וע"כ הוכרחו התוס' והר"נ להדר אחר טעמים אחרים דלא יהי' פסולים שם רק מדרבנן א"כ מוכח מדבריהם דהיכא דהוי חטא חימוד ממון נפסלים אף דלא הוי רק חטא עשה. א"כ ה"ה בלאו דאין בו מעשה כיון דהוי בחימוד ממון דינו דמיפסל לעדות מה"ת ומן התוס' והר"נ הנ"ל סייעתא לדברי האחרונים דכתבו דבחימוד ממון לא בעי חטא מלקות ועיין בב"ב ד' צ"ד ע"ב תוס' ד"ה הכי השתא בסה"ד ואין זה ענין לנ"ד אך מצינו בח"מ סי' ל"ד סעי' ז' דהחולק עם הגנב אינו נפסל והאו"ת שם הקשה ע"ז והנתיבות שם העלה לתרץ דברי הרמ"א משום דהחולק עם הגנב אינו דינו כגזלן משום דכבר יצא החפץ מן רשות הבעלים במה דגזלו הגזלן הראשון מכבר דהא גזילה מקרי אינו ברשות הבעלים ומיירי דלא נשתמש בהגזילה ולא עשה שינוי ואף דמ"מ עבר על מ"ע דמחויב להשיב אבידה להבעלים מ"מ הא עובר על מ"ע אינו נפסל לעדות עכ"ל הנתיבות א"כ מצינו דבחטא עשה אף דהוי בחימוד ממון כדהתם דחולק עם הגנב משום חימוד ממון ואפ"ה לא מיפסל לעדות משום דלא הוי רק בעשה וכן מוכרע זה לפי התירוץ של הקצה"ח שם ע"ש ולפ"ז תקשה ע"ז מהא דסוחרי שביעית הנ"ל דמוכח התם דאף בחטא עשה מיפסל לעדות כיון דהוי חימוד ממון:

ויש לחלק דשאני בחטא דקום ועשה מן חטא דשב ואל תעשה דסוחרי שביעית הוי חטא דקום ועשה משא"כ בחולק עם הגנב דהוי עיקר החטא מה דעבר על עשה דהשבת אבידה ולא החזירו להבעלים א"כ הוי זה בקלות החטא דלא מיפסל לעדות ובעינן בזה

דומיא דחמס דאף דאין בו מלקות מ"מ הא הוי עכ"פ חטא דיש בו מעשה ואף דאינו לוקה מ"מ כיון דהוי מעשה שאני והא דכופר בפקדון פסול לעדות י"ל דגם זה מקרי מעשה דהא מצינו כעין זה בתמורה ד' ג' ע"ב דמימר מקרי יש בו מעשה דבדיבורו איתעביד מעשה ועיין מזה בקידושין ד' נ"ט ע"ב מזה ובתוס' שם ד"ה מידי מחשבה כו' א"כ ה"ה כופר בפקדון דהא איתעביד מעשה ע"י כפירתו מיד דהא מתחלה היה החפץ ברשות הבעלים ועכשיו כשכופר מקרי עי"ז אינו ברשותו וגם נתחייב עי"ז באונסין ע"כ מקרי זה כמו מעשה ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ח ענף ו' משא"כ חולק עם הגנב דיצא כבר מן רשות הבעלים וכמש"כ הנתיבות שם ע"כ דינו דלא מיפסל משום דהוי חטא דאין בו מעשה ולא מיפסל וזהו דלא כמש"כ לעיל כי מוכרחים הם הדברים כמש"כ כעת ועיין באו"ת בסי' ל"ד ס"ק ג' וס"ק ה' ובנתיבות סי' ל"ד סוף ס"ק א' ויש לדון הרבה בדבריהם ולפי"ז שפיר כתבתי דבלאו דאין בו מעשה אף דהוי בחימוד ממון מ"מ לא מיפסל לעדות מה"ת ולכן עד א' שהעיד לבדו בשקר לא נפסל מה"ת אף דעבר על לא תענה כנ"ל אלא משום חשוד לאותו דבר לענין אם יעיד לבדו אבל אם יצטרף להעיד בשנים י"ל דלא מיפסל מה"ת רק מדרבנן משום דחשוד על הקל אינו חשוד על החמור ובעי הכרזה בזה כדין כל פסולין דרבנן:

ונתבאר דע"א שהעיד לבדו והוזם לא נפסל מה"ת משום דשאני שני עדים דחייבים מלקות או משום דאהני בעדותן שהעידו בשקר להתחייב ממון ע"י הזמה והוי לאו הניתן לתשלומין כמו עד חמס וגם רחמנא קרי' מעשה כמבואר בב"ק ד' ה' משא"כ בע"א אף דנימא דעבר על לא תענה כמש"כ הנו"ב מ"מ כיון דאינו חייב מלקות וממון א"כ הוי לאו דאין בו מעשה דלא נפסל מה"ת ועוד י"ל דע"א שהעיד בשקר לבדו דאין בו לאו דלא תענה עד שקר כלל דהא אמרו בכ"ד דכ"מ שנא' עד הרי כאן שנים רק עובר על עשה דמדבר שקר תרחק וכמש"כ התוס' בב"ב ד' צ"ד ד"ה הכי השתא כו' אך באמת יש לדון בזה הרבה ומהן בשבועות ד' ל"ב בהשביע ע"א דפטור וראב"ש ס"ל דחייב ופליגי אם גורם לממון לאו כממון דמי ולא הוי כפירת ממון ולא דרשו שם להא דכתיב גבי שבועת העדות והוא עד דגזה"כ הוא דכ"מ שנא' עד ה"ה שנים וע"כ אין דין שבועת העדות בע"א ומדלא אמרו כן מוכח מזה דכיון דע"א מהימן מה"ת לחייב שבועה וכ"ז דלא נשבע נגדו נאמן כשנים ומה"ט אמרו בנסכא דר' אבא דלא מהימן במיגו כמבואר בב"ב ד' ל"ד בתוס' ובח"מ סי' ע"ה ש"ך ס"ק מ"ס שהעד עומד במקום שנים ע"ש ע"כ לא דרשינן שם להך דכ"מ שנא' עד ה"ה שנים משום דגם ע"א בממון דקם לשבועה דינו כשנים גבי זה דיש עליו שם עד הכתוב בתורה. וכן י"ל דה"ה גבי לאו דלא תענה דגם ע"א בממון היכא

דמחייב שבועה דעובר בלאו זה אך לפי דלא קרינן בי' והרשיעו את כו' כמש"כ הנו"ב ע"כ אינו חייב מלקות וממון ע"י הזמה והוי לאו דאין בו מעשה כנ"ל אכן בירושלמי שבועות פ"ד ה"א איתא ומניין לשני עדים ת"ל והוא עד הרי כאן שנים כר"י דאמר כ"מ שנא' עד סתם ה"ה בכלל שנים כו' עכ"ל הירושלמי וחזינן דלא ס"ל כנ"ל אכן מן סוגיא דשבועות ד' ל"ב הנ"ל מוכח דס"ל כמש"כ די"ל דע"א בממון לשבועה דקם כשנים כנ"ל יש עליו שם עד ג"כ לכל הנ"ל ויש לעי' מזה בסנהדרין ד' ל' ע"א ובמכות ד' ה' ע"ב רש"י ד"ה שהרי אמרו חכמים כו' וקצרתי ולפי דיש לדון בכ"ז הרבה ועוד בכ"ד ע"כ כתבתי בארוכה כל אלו הטעמים דלפ"ז בוודאי ברור הוא דע"א שהעיד לבדו והוזם לא נפסל מה"ת:: ענף ז:

ולפ"ז יש לדון ולחלק דדוקא בעד אחד שהוזם ע"י שנים דנתברר פסולו בוודאי בזה שייך להכריז ולפרסם פסולו ברבים דהא הוא פסול בוודאי אבל בע"א המכחיש לעד הב' דקיי"ל דכל אחד בא בפ"ע ומעיד א"כ אין עליו פסול בוודאי אדרבה כ"א בפ"ע הוא ובחזקת כשרות כדקיי"ל כרב הונא ולפי"ז יש לדון דאף שני עדים הללו דהכחיש כ"א לחבירו ג"כ מצרפינן אותם ביחד ויעידו בעדות בשנים. דהא מה"ת לא חשדינן לו כ"א על עדות יחידי דיעיד בשקר משום חשוד לא"ד אבל אם מצטרף עם חבירו דאז הוי חטא חמור אם יעיד בשקר א"כ חשוד על הקל אינו חשוד לחמור ואינו פסול משום רשע דהא אין שמו רשע דלא הי' רק לאו דאין בו מעשה כיון דלא שייך בו והצדיקו והרשיעו כו' א"כ במאי דמעיד עם חבירו הוי זה חמור מן עדותו ביחיד ולא מיפסל רק מדרבנן ובכה"ג לא שייך הכרזה דהא כ"א בפ"ע הוא בחזקת כשרות ולא שייך ההכרזה בזה כ"א להכריז דאם יצטרפו ביחד אלו שני עדים דהכחישו זא"ז דהמה פסולים להצטרף ביחד וע"ז לא מצינו הכרזה דעיקר הכרזה הוא על פסול בוודאי ולא על פסול ספק דבפ"ע הוא כשר א"כ לא מצינו הכרזה כזה ועיין בסנהדרין ד' כ"ו ע"ב ברש"י ד"ה דכולן צריכין הכרזה בב"ד ואינן נפסלין עד שיכריזו בב"ד להודיע פסולן א"כ כה"ג לא שייך להכריז כן ואי דיכריזו דאם יצטרפו ביחד אותן שני עדים לא יצטרפו זהו מילתא דלא שכיח ולא שייך להכריז משום האי חששא: א"כ הא בלא הכרזה אינו נפסל בפסול דרבנן או אפשר דגם בכה"ג שייך הכרזה להודיע פסולן דלא יצטרפו ביחד וזהו ביאור טעם ספיקן של חכמי בריסק דכתבו להסתפק בשני עדים המכחישין זא"ז דחד מיניהו משקר אי נימא דפסולין בעדות אחד ביחד או דמצטרפין כיון דכל אחד אינו מוכחש משנים והכוונה בשלמא בע"א שמוכחש משנים דהוי פסול בודאי מדרבנן ג"כ לענין צירוף ע"כ שייך בו הכרזה

אבל כ"ז דלא הוכחש משנים א"כ הוא בהכשרו לכל דבר הן להעיד בעצמו והן להצטרף עם אחר:

רק לענין צירוף עם עד אחר דהוכחש דבזה הוא פסול מדרבנן א"כ אפשר דבכה"ג לא שייך הכרזה וגם אפשר דזהו מידי דלא שכיח כ"כ דלא חיישינן לזה כ"כ:

ויש להסביר זה ביתר ביאור דלא שייך הכרזה בזה כ"כ דהא חזינן בב"ק ד' ע"ב דרבא דס"ל מכאן ולהבא הוא נפסל לחד טעמא משום פסידא דלקוחות דמהאי טעמא מכשיר למפרע אבל מכאן ולהבא דנפסל לא שייך בזה פסידא דלקוחות משום דיהיה לו קול כשנתקבל עדות בב"ד לפוסלו משום דכל מעשה ב"ד יש לו קול ואילו בפסול דרבנן דבעי הכרזה ג"כ מבואר בנימוקי יוסף בסנהדרין פז"ב דזהו משום פסידא דלקוחות ואף דגם בפסולי עדות דרבנן הא מיירי דנתקבל עדות על זה בב"ד ואפילו הכי לא סמכו בזה על הא דמעשה ב"ד יש לו קול וראוי לתקן ולצאת מכל החששות דדלמא איכא אינש דלא ישמע להמעשה ב"ד וכיון דאין פסולו אלא מדרבנן ע"כ חששו ביותר ותקנו דלא יופסל עד הכרזה בב"ד:

והנה מצינו ביבמות ד' קי"ט ריש פ' האשה בתרא גבי האשה שהלך בעלה וצרתה למד"ה דחיישי דלמא איכא אינש דשמע בחליצה ולא שמע בהכרזה וכן איתא בקידושין ד' פ"א גבי מלקין על היחוד דלמא שמע במלקות ולא שמע בהכרזה אלמא דמצינו דבהכרזה ג"כ לא יצאנו מהחשש תקלה דיכול להיות דאיזה אינש לא ישמע בהכרזה ועיין בעירובין ד' ס"ד דאכרזתא לדרדקי ובמג"א סי' תס"ז ס"ק א' דכתב שם בשם הש"ג דאין סומכין על הכרזה ע"ש אך יש לחלק דשאני בפסול עדות דרבנן דאם לא נסמוך על הכרזה א"כ יהיה מיעקר תקחז"ל לגמרי ועוד יש לחלק דשאני בענין הנוגע לפרט כמו התם ביבמות בחשש דיסבורו דהיא חלוצה ואסורה לכהן וכן בקידושין בחשש דיוציאו לעז דיסברו דבניה הם פסולין ובזה כיון דאינו ענין הנוגע להכלל וגם להפרט גם כן לא יוציא מזה איזה קולא רק חומרא אם לא יפרסמו ההכרזה ויסברו דהיא חלוצה וכה"ג ע"כ חששו דלמא לא שמע אינש בהכרזה דכל איש דשמע להכרזה אינו מוטל עליו כ"כ להודיע לחבירו משום דאין בזה כ"כ חשש לאפרושי מאיסורא ובפרט דאינו נוגע להכלל ע"כ אמרו בזה דלמא לא שמע בהכרזה אבל בענין פסולי עדות דזה תקלה להכלל ויכול להיות דכמה אנשים יזמינו את הפסול לעדות רק בקבלת עדות אמרינן ביבמות ד' כ"ב עדות לב"ד מסורה אבל בהזמנת עדות לא שייך כן וע"כ מסתמא יודיע כל אחד לחבירו את הכרוז דאותן האנשים שהיו בעת הכרזה יודיעו לאותן האנשים שלא שמעו הכרוז ובזה אמרינן חברא חברא אית ליה דמצוה על כ"א להסיר מכשול מחבירו כדמצינו

בכה"ג בתענית ד' כ' דהוי מהדרי לתקן מכשילות שבעיר. ועוד דכיון דמיבדיל בדילי מיני' אינשי ואינן מזמינן אותו לעדות ממילא יהי' ידוע לכל פסולו ואין לחוש דילמא לא ישמעו ההכרזה או לשמא נשכח לאח"ז את ההכרזה כמש"כ מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ח' ענף ה' ובח' יו"ד ס"ג אבל היכא דישאר בכשרותו להעיד בפ"ע או להצטרף עם אחר. רק יפסול להצטרף עם אותו העד דהכחישו זא"ז בזה יש לחוש דילמא יהי' איזה אינשי דלא שמעו ההכרזה או דשמא ישכח לאח"ז כמש"כ הר"נ בגיטין פ' ד' על משנה דהי' משנה שמו ושמה עיי"ש ובזה לא שייך לומר דמוטל על כ"א להזהיר לחבירו דהא זהו מילתא דלא שכיח דיוצא מזה תקלה ומפסול דיתרמו הזמנה לעדות רק אותן שני העדים דהכחישו זא"ז ובפרט דאיכא למיחוש דילמא איכא אינש דיראה דמזמינים אותו לעדות וגם שמעו מזה א"כ יסבור דהוא עד כשר ולא שמע בהכרזה כמו הא דיבמות דחשו דילמא איכא אינש דשמע בהחליצה ולא שמע בהכרזה ועי' בספרי באר יצחק שם מה שכתבתי וה"ה בהא דיראו דהוא כשר בעלמא להעיד ע"כ לא ישמעו כ"כ ההכרזה דהכריזו דלהזמינם ביחד המה פסולים וכיון דעדיין יש לחוש לפסידא ע"כ אפשר דלא תיקנו כה"ג לפוסלו וגם לא חיישינן בחשש תקלה במידי דלא שכיח כמו בנ"ד והנה הנימוקי יוסף בפ' זה בורר בסנהדרין כתב בזה"ל בהא דכולן צריכין הכרזה דתיקנו חז"ל דלא יפסול עד שעת הכרזה ואיכא דאמרי משום פסידא דלקוחות נגעו בה עכ"ל ועי' בסמ"ע סי' ל"ד ס' נ"ה בשם הרמב"ם דכתב ג"כ דמשום שלא להפסיד ממון הבריות תיקנו כן עי"ש ונ"ל דנפ"מ בין הטעמים הנ"ל דלטעם הא' של הנ"י אף במילתא דאיסורא לא נפסלו העדים אלא ע"י הכרזה ולטעם הב' דווקא במילתא דממונא דשייך בזה פסידא דלקוחות לא נפסלו עד הכרזה ועי' במל"מ פ"ד ה' מלוה הל' ו' שכתב בשם פוסקים לדון אם במילתא דאיסורא שייך ג"כ תיקון הכרזה] דלא יפסל עד שהכריזו או לא: ולכאורה י"ל דלהך טעמא דמשום פסידא דלקוחות א"כ היכא דידע מי שהזמינם לעידות דהמה פסולים מדרבנן דכיון דידע מזה לא שייך האי טעמא אבל לפי טעם הראשון של הנימוקי יוסף דתקנת חז"ל הי' דלא יפסל עד שיכריזו ע"כ אף היכא דלא שייך פסידא מ"מ כ"ז דלא הכריזו אינו מיפסל משום תיקון חז"ל אבל ז"א דהא מבואר בטור חו"מ סי' קי"ג וסי' קי"ז ובח"מ שם במה דקיי"ל מלוה על פה אינו גובה מלקוחות וכן בעשה שורו אפותיקי דמשום פסידא דלקוחות תקנו חז"ל דאינו גובה. אף אי נימא שעבודא דאורייתא דה"ה אף היכא דידע הלוקח והתרה בו המלוה מ"מ אינו גובה ממנו משום, לא פלוג א"כ ה"ה וכש"כ דלהך טעמא דמשום פסידא דלקוחות תקנו חז"ל דלא יפסול בפסול דרבנן כש"כ דשייך בזה לא פלוג ועי' במל"מ ה' מלוה פ"ד הל' ו' גבי שטר שכתב בו ריבית והעיקר

כמו הנפ"מ דכתבתי בתחילה אם במילתא דאיסורא שייך כן ועפ"ז יש לדון במה שכתבו בח"מ סי' ל"ד בש"ך ס"ק כ"ג דלאותו דבר שנפסל דאפילו בלא הכרזה פסול ועי' בש"ך סי' צ"ב ס"ק י' במש"כ שם על הא דב"מ ותיפוק לי' דה"ל רועה כו' ועי' באה"ע סי' מ"ב ובמש"כ לעיל דאפשר דלא שייך הכרזה לחוש על מידי דלא שכיח מצינו כעין זה במ"ק ד' ה' ע"ב תוס' ד"ה שאינו מסמא כו' שכתבו דלא הצריכו ציון על מידי דלא שכיח וה"ה בנ"ד דחז"ל לא חשו על מידי דלא שכיח:

נחזור לענינינו כיון דתקנת חז"ל הי' דלא יפסול עד ההכרזה ובנ"ד כיון דלא יהי' פסול כ"א בפרט א' ולא יבדילו מיני' אינשי א"כ לא יצאנו עדיין מידי חשש דילמא איכא אינש דלא שמע בהכרזה או דישכח לאח"ז ההכרזה ע"כ בכה"ג לא תיקנו חז"ל לפוסלם או דיש מקום לומר דשאני זה מהא דיבמות וקידושין דחשו דילמא איכא אינש דלא שמע בהכרזה דבתקנת פסולי עדות דרבנן לא שייך לחוש לזה דא"כ בטלה תקנת חז"ל דתקנו לפוסלו בעבר על עבירה דאינו ניפסל מה"ת וא"כ לא יהי' פסול לעולם א"כ ה"ה בשני עדים המכחישים זא"ז שייך ג"כ הכרזה להכריז דאלו שני עדים לא יצטרפו ביחד וזהו ביאור הספק של חכמי בריסק דאף דקיצרו בהלשון והש"ך לא נחית לזה עכ"ז י"ל דזהו כוונתם דנחלקו בזה ואף אם לא הי' כוונתם בזה מ"מ זהו ענין נכון בפ"ע להסתפק בזה:

ענף ח:

ולפי מה שנתבאר מתורץ קושיות המפרשים הנ"ל שהקשו מהא דשבועות דף מ"ח דמקשה הגמ' על רב חסדא דס"ל בהדי סהדי שקרא ל"ל מהא דתנן א' אומר ב' מרדעות הי' גבוה וא' אומר ה' מרדעות דבטל עדותן ומצטרפין לעדות אחרת ולא מחלקינן דשאני התם כיון דאינו מוכחש משנים כמו הספק של חכמי בריסק דאינו קשה לפי מש"כ ביאור ספיקם דטעמם דאף דחד מינייהו משקר מ"מ כיון דאינו פסול לצירוף רק מדרבנן ע"כ בעי הכרזה וכיון דלא שייך הכרזה בזה לפרסם פסולו דהא כ"א בפ"ע בא ומעיד והוא בחזקת כשרות לכל דבר זולת בהצטרפות עם ע"א דהכחישו. וז"א שייך רק לדידן דקיי"ל כרב הונא אבל לרב חסדא דס"ל בהדי סהדא שקרי ל"ל וכ"א בפ"ע ג"כ מפסל א"כ מה בכך דאינו מוכחש משנים דהא שייך הכרזה ג"כ בזה דיכריזו עליהם דהמה פסולים לכל עדות בעולם כיון דס"ל בהדי סהדא שקרא ל"ל. א"כ שייך בזה הכרזה לר"ח ע"כ שפיר הקשה הש"ס על ר"ח ומתורץ קושיתם:

ועפ"ז תסור קושיות הש"ך שם דהוכיח מהר"נ כתובות בע"א אומר נתגרשה וע"א אומר לא נתגרשה דתרווייהו באשת איש קא מסהדי והקשה הר"נ הא חד מינייהו פסול ואיך מצטרפינן להו ביחד על עדות דא"א ולדבריהם דס"ל להסתפק דע"א המכחיש לעד ב'

יהי' כשירים להצטרף ביחד אין כאן מקום לקושיות הר"נ הנ"ל אכן לפמש"כ אינו קשה דהא מבואר בח"מ סי' ל"ד סמ"ע ס"ק נ"ו בש"ך ס"ק כ"ג דכתב הנימוקי יוסף דלאותו עדות דנפסל בשבילו א"צ הכרזה ועי' מזה במל"מ פ"ד ה' מלוה הל' ו' א"כ הא התם בע"א אומר נתגרשה כו' דהעד המעיד דנתגרשה אינו מעיד דראה הקידושין רק כשמעיד דנתגרשה היא ממילא היתה א"א וכמש"כ הנתיבות בסי' ל"א ס"ק א' בסופו בכוונת הר"נ ע"ש א"כ מקרי זה הכל לאותו העדות ולא בעי הכרזה בזה וכיון דנתבאר דעיקר הספק של חכמי בריסק הוא משום דלא שייך הכרזה בזה ע"כ התם דמקרי לאותו העדות דנפסל בשבילו א"כ הא לא בעינן בזה הכרזה וע"כ מיפסל חד מינייהו דהא חד מינייהו וודאי משקר ומפסל עכ"פ מדרבנן אף לענין צירוף ואינו קשה מהר"נ עליהם ואנכי לעצמי ראיתי להוכיח מן הרשב"א כתובות ד' כ"ב דהקשה ג"כ כעין קושיות הר"נ הנ"ל על הא דתרווייהו בא"א קא מסהדי ובתומים סימן ל"ד ס"ק כ"ב הביא בשם הרשב"א דס"ל דאף לאותו העדות דנפסל בשבילו בעי הכרזה. א"כ ממילא מוכח מהרשב"א דס"ל דאף בע"א המכחיש להב'. דפסולים המה להצטרף ביחד ולא כספק של חכמי בריסק אך בזה אפשר לומר דהא הרשב"א כתב כן להקשות בשם התוס' והתומים שם כתב להוכיח בשם התוס' שהקשו על שטר שכתוב בו ריבית דהעדים המה פסולים ולא תי' דהא לא היה הכרזה. וע"כ מוכח דס"ל דלאותו עדות דנפסל בשבילו לא בעי הכרזה עכ"ל וכן כתב המל"מ בפ"ד ה' מלוה ע"כ התוס' לטעמייהו שפיר הקשו כקושיית הר"נ הנ"ל והרשב"א דתי' שם לקושיא זו היינו הכל לשיטת התוס' דס"ל כן אבל איהו לעצמו י"ל דס"ל כעין חכמי בריסק בזה ואינו ראיה כ"כ מהרשב"א לסתור ספיקם ועי' בש"ך סי' מ"ו ס"ק ק"ח דהביא בשם הריטב"א והרמב"ן דהקשו כן בשטר דע"א אומר זה כת"י והי' תנאי והב' אומר לא הי' תנאי דא"כ חד מינייהו משקר ולא הוי קיום כלל והש"ך בסי' ל"א רמז לדבריהם והנה התם דכתבו דהעיד זה כת"י אבל הי' תנאי א"כ הוי כמו לעדות אחרת ובזה הא בעי הכרזה: א"כ מזה שפיר יש להוכיח דלא כהחכמי בריסק בספיקם. א"כ נתבאר על נכון סברת הספק של חכמי בריסק במה דנסתפקו ומכל מש"כ נתבאר בעז"ה דין מחודש דע"א דהוזם היכא דלא הי' רק עדותו לבדו דמה"ת אינו פסול להצטרף לעוד עד אחר רק מדרבנן נפסל להצטרף לאחר וכיון דאין פסולו רק מדרבנן ע"כ צריך הכרזה כדין כל פסולי דרבנן וגם נפ"מ בעדי קדושין כמבואר באה"ע סי' מ"ב ועוד כמה חדושי דינים נתבארו בקונטרס הלז בענין עד זומם:

סימן לב

בקצה"ח ס"ק א' שתירץ קושיות הש"ך דיש לחלק בין חיוב תשלומין בד"ש ובין עונש בד"ש וכן מצאתי בתשובת חכם צבי סי' קל"ח שכתב כן:

סימן לג

(שם סעי' י"ד) ש"מ שצוה בפני עדים הקרובים לו ורחוקים מבניו אין הצוואה כלום כו' ויש מי שמכשיר. ועיקרו הוא מן הרא"ש פ"ג דסנהדרין סי' כ"א:

דחולק על הגאון שם והעלה דפסולים והקצה"ח ס"ק ג' הביא בשם המהרי"ט דהקשה דלמה יפסלו כיון דאין נפקותא להשכ"מ עצמו כי אם לבניו וכיון דהם רחוקים לבניו א"כ אינם מעידים לקרוביהם וכן הקשה האו"ת דמ"ש מקרובי נרצח:

ולדעתי יש לחלק ע"פ מש"כ התוס' והרא"ש ספ"ק דגיטין דבכל מתנת שכ"מ דהיא לאח"מ דאם מת נקנית המתנה למפרע להמקבל והובא שיטתם בקצה"ח סי' ר"נ ס"ק א' ולפ"ז יש לומר דזהו טעם דפסל הרא"ש בעדים הקרובים להשכ"מ ורחוקים מבניו דכיון דאחר שמת א"כ עיקר עדותן על קרוב שלהם כיון דאדם קרוב אצל ממונו דהא מעידין על הממון של קרוב שלהם שהיה שייך בחייו להמקבל וע"כ יש בזה פסול קורבא ועיין בש"ך סי' קכ"ז ס"ק כ"ו ובאמת י"ל דשיטת הגאון דמכשיר משום דס"ל כשיטת החולקים על שיטת הרא"ש דספ"ק דגיטין וס"ל דלא נקנית מתנת שכ"מ למפרע והובא שיטת החולקין שם בקצה"ח סי ר"נ ס"ק א' ועיין בנתיבות סי' ר"נ ס"ק א' מש"כ בשם המהרי"ט וקצרתי:

והקצה'חה העלה דאם תובע חוב ע"פ עדים הקרובים להלוה ורחוקים מן בניו דלכ"ע אין גובין מהיורשים כיון דהלוה פטור נכסוהי נמי פטורין כמו בסוף סי' מ"ט. ולענ"ד אפשר לומר דזה תליא במש"כ הסמ"ע בסי' ס"ו ס"ק נ"ה והר"נ בכתובות פ"ט והובא בקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו דלכן גובין מן היורש אף דעכשיו ליכא שעבוד הגוף משום דהא הי' לו שיעבוד הגוף על הלוה בחייו ע"כ שפיר כתב הקצה"ח הכא דאין גובין מיורשים אם העדים קרובים להלוה אבל לפי מש"כ האו"ת בסי' ס"ו ס"ק מ"ג דלכן גובין מיורש לפי שנשתעבד גוף היורש ע"כ י"ל דכיון דהם רחוקים מיורשים דגובין מהם כיון דיש לו שעבוד הגוף עליהם אכן לקמן בסי' מ"ט סעי' יו"ד העליתי דהעיקר כשיטת הר"נ והסמ"ע הנ"ל ע"כ שפיר כתב הקצה"ח בזה:

אך יש להקשות על הקצה"ח מהא שכתבו התוס' בכתובות ד' צ"ב ע"ב ד"ה דינא הוא דאזיל ראובן כו' דאין לומר דנ"מ כגון שעדים המקיימין את השטר של בע"ח קרובים

לראובן ואין קרובים לשמעון כו' כיון דאי טריף לי' מיני' בתר ראובן אזיל משמע דלולי טעם זה הי' גובה אף בעדים הקרובים להלוה כיון דהם רחוקים להלוקח א"כ ה"ה וכש"כ ביורש דגובה מהם כיון דהוא רחוק מהעדים:

ויש לחלק דהא עיקר הטעם של הקצה"ח דפסק דבשט"ח דהעדים הם קרובים להלוה ורחוקים להיורש דאין גובה מהם זהו לפי דכיון דלא היה לו שעבוד הגוף על הלוה לכפותו בדיינים מעולם כיון דהם קרובים להלוה ע"כ אין גובין מהיורשים וכמו הא דסי' מ"ט בשני יוסף בו שמעון כו' אבל התוס' דכתובות הא מיירי בעדי קיום המקיימין להשטר דהם קרובים להלוה ורחוקין להלוקח אכן עדי השטר עצמו הם רחוקים להלוה א"כ הא לדברי העדי קיום היה להמלוה כבר שעבוד הגוף גם על הלוה עצמו בעת שחתמו העדים על השטר וכמו דכתבתי בסוף סי' מ"ט בחידושי שם דדוקא ביוב"ש שלקח שדה מן יוב"ש דסוף סי' מ"ט או ב' יוב"ש שלקחו שדה בשותפות דבכורות ד' מ"ח דלא היה לו מעולם שעבוד מבורר שיהיה יכול לכפותו לשעבוד גופו של הלוה לשלם ע"כ בזה אמרו דנכסוהי אינון ערבין ליה וכיון דליכא שעבוד הגוף להוציא ממנו בדין ע"כ ליכא שעבוד נכסי אבל היכא דבעת הלואה היה יכול לכוף להלוה לשעבוד גופו לשלם אז שעבוד נכסי שלו אלים אף דעכשיו אין לו שעבוד לכוף לגופו וכמו במת הלוה דגובין מיורשיו אף דעכשיו לית ליה שעבוד הגוף וגם אף במת תוך זמנו גובין מיורשיו כיון דהיה לו שעבוד הגוף מבורר בעת ההלואה דגם זה מקרי דיש לו שעבוד הגוף כמש"כ שם דלכן בכה"ג לא פקע שעבוד נכסי. ולפ"ז יש לומר דאין ראיה מן התוס' כתובות הנ"ל לסתור לדברי הקצה"ח הנ"ל משום דשאני התם בהנידון של התוס' דמיירי בעדי קיום על השטר דהא לדברי העדים המקיימין את השטר הא היה להמלוה כבר בעת שכתבו את השטר שעבוד הגוף על הלוה שהיה יכול אז להוציא ממנו בדיינים דהא עדי השטר הם רחוקין להלוה ותיכף לאחר שנכתב השטר דהיה אז העדי השטר מזומנים והי' נאמנים לחייב להלוה ע"כ אלימא להשעבוד נכסי שלו ג"כ דאף ברבות הזמן דאינם עדי השטר לפנינו ונצרכין אנו לעדי קיום והעדי קיום הם קרובים להלוה מ"מ כיון דרחוקים מן היורש גובין מהם כיון דמעידים דהיה יכול כבר למיחת ולכוף לשעבוד גופו ע"כ אלים ליה שעבוד נכסי שלו ונאמנים לחייב להיורש או להלוקח דהא עדותן הוא דיש להמלוה שעבוד נכסי אלים דהיה לו כבר זכות לכוף לשעבוד גופו של הלוה ועכשיו הא הם רחוקין מן הלוקח או היורש משא"כ היכא דעדי השטר עצמו הם קרובין להלוה אף דרחוקין מן היורש והלוקח מ"מ אינו גובה מהם דהא לא היה לו זכות מעולם לתבוע להלוה בדין ולכוף לשעבוד גופו ודומה ממש להא דשני יוב"ש

שלקחו שדה בשותפות דבכורות ד' מ"ח הנ"ל וכמש"כ הקצה"ח וע"כ אין לסתור דברי הקצה"ח וכן י"ל בכוונת התוס' דב"מ ד' י"ד ד"ה דינא הוא כו' דכתבו דאם יש לבע"ח עדים הקרובים לראובן כו' ג"כ י"ל דכוונתם להעדי קיום וכמש"כ להדיא בכתובות כנ"ל וכן הוא כוונת התוס' בב"ק ד' ח' וגם יש לי מקום לפרש דהא התוס' בכתובות וב"ק וב"מ שם דכתבו דאף דקרובים להלוה מ"מ כיון שהם רחוקין להלוקח דגובה די"ל דאינו קשה על הקצה"ח דהא עיקר סברת הקצה"ח הוא דזהו דומה להא דבכורות ד' מ"ח בשני יוב"ש דאם ליכא שעבוד גופו כו' וי"ל דהא רבא קאמר כן בבכורות ורבא לטעמיה דס"ל בפסחים דף ל"א בע"ח מכאן ולהבא גובה אבל אביי דס"ל שם למפרע גובה ע"כ אף היכא דל"ל שעבוד הגוף יש לו זכות זה בהנכסים [ועיין בב"ק ד' ל"ג בתוס' ד"ה איכא בינייהו כו' ובגיטין ד' מ' תוס' ד"ה הקדש כו' שכתבו שם דזהו תלוי במה דפליגי רבא ואביי אי למפרע גובה וכן בגיטין ד' נון בתוס' ד"ה כיון וקצרתי בכ"ז וכן יש לעיין בב"מ ד' כ' דמשמע דס"ל לאביי הא דשמואל דהמוכר שט"ח ומחלו מחול:

ובקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו ואכמ"ל] ושם הא אביי אמר זה כן ושפיר כתבו התוס' לדידיה והעיקר כמש"כ לעיל לחלק דשאני עדי קיום הקרובין להלוה דמ"מ אם הם רחוקין להיורש דמהני עדותן אבל בעדי השטר הקרובין להלוה אף דרחוקין להיורש או להלוקח אין גובין מהם ולפ"ז מדוקדקים דברי התוס' בכתובות שכתבו זה דוקא בעדי קיום הקרובים כו' ולא כתבו סתמא דהעדים הם קרובין כו' דזהו להורות למה שכתבתי לחלק כנ"ל.] (שם סעי' ט"ז) עדים הקרובים לערב פסולים ללוה כו'. והש"ך ס"ק ט"ו הביא שיטת הראב"ד ברא"ש פ"ק דמכות שכתב לחלק דעיקר מילתא תלוי היכא דהוי פסול קרוב אמרינן עדות שבטל מקצתו בטלה כולה ועי' מזה בירושלמי גיטין פ"א ה"א במראה הפנים ד"ה וייבא כהדא כתב כל נכסיו לשני ב"א כאחת כו' שהביא שם שיטות הפוסקים בזה ובירושלמי מכות פ"א ה"ז ובמחנה אפרים ה' עדות סי' ג' וסי' ו' מזה ולעיל בחידושיי לסי' ל' הארכתי בזה וכן בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ג' הארכתי בזה:

ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשה האו"ת בסי' מ"א ס"ק י"א על הא דב"ק ד' צ"ח דפריך הש"ס עלה דשורף שטרו ה"ד אי דאיכא סהדי דידעי ליכתבו לי' שטרא כו' דילמא איירי שראובן הי' לו שטר מקויים על שמעון ויעקב שרפו והיו עדי שריפה קרובים לשמעון א"כ א"א לראובן לגבות משמעון ע"פ עדותן אבל נגד יעקב השורפו נאמנים כו' וצ"ע עכ"ל האו"ת. ובאמת אין זה קשה כלל דהא יש לדון בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דכיון דנתבטל עדותן לגבי הלוה ממילא בטל עדותן לגבי השורף וכן להך שיטה

דהובא ברא"ש למכות פ"א סי' י"ג דס"ל לחלק דלכן לא פלגינן דיבורא התם במכות משום דלא אפשר למיפלג הענין כו' א"כ ה"ה הכא הא לא אפשר למפלג הענין דיהי' הלוה פטור והשורף יהי' חייב דזהו מלתא דלא אפשר כלל ע"כ אינם נאמנים העדים שהם קרובים להלוה לחייב את השורפו וכן יש לתרץ עפ"ז למה שהקשה האו"ת בסי' מ"א ס"ק ב' על הא דב"ק הנ"ל דהא י"ל דמיירי דהלוה אינו בעיר ואין מקבלין עדים שלא בפני הבע"ד והשורף הוא בב"ד כו' עכ"ל האו"ת ולפמש"כ א"ש דכיון דנתבטל עדותן גבי הלוה מחמת דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ויהי' מאיזה טעם שיהי' כיון דנתבטל במקצתו בטלה כולו ועי' לקמן סי' נ"א סעי' ו' ובש"ך ס"ק ח' ואע"ג דבקבלת עדות שלא בפני בע"ד לא הוי פסול הגוף עליו והא יכולין לחזור ולהגיד בפני הבע"ד כמבואר בסי' כ"ח מ"מ הא בעי הגדה שנית מחדש בב"ד בפני הבע"ד ע"כ מקרי זה עכ"פ בטל מקצתו כו' ועי' מזה לעיל בחידושיי לסי' ל' ומ"מ יש לדון בזה טובא:

שם בש"ך ס"ק ט"ז העלה דאף בדיני ממונות בעינן עדים ראויין להזמה וע"כ באמרו איני יודע על ז' חקירות עדותן בטלה ובע"א המחייב שבועה או מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם יש לומר דגם הש"ך מודה דלא בעינן בי' דיהי' ראוי להזמה וע"כ אף באמר א"י על החקירות מהני עדות ע"א והוא דהא הנו"ב בסי' ע"ב כתב דכל עדות ע"א ה"ל עדות שאי אתה יכול להזימה. וכ"כ הטורי אבן לראש השנה ד' כ"ג ע"ב ד"ה ומכניסין את הגדול כו' דע"א ה"ל עדות שאי אתה יכול להזימה דיכול לומר לשבועה באתי כו' ומה שהוכיח הנו"ב מזה דלא בעינן בד"מ עדות ראוי להזמה לדעתי אין זה ראי' לפמש"כ התוס' במכות ד' ב' ד"ה מעידין אנו כו' בתי' הב' דהיכא דלא שייך בו תורת הזמה כמו בבן גרושה דלא בעינן בו עדות שאתה יכול להזימה א"כ ה"ה עדות ע"א כיון דאינו בתורת הזמה כמבואר בב"מ ד' ד' ע"כ בעדות ע"א לא בעינן בי' עדות שאי"ל ולפ"ז יש לדין דע"א על חיוב שבועה אף שאומר איני יודע להשבע חקירות ג"כ יהא מועיל עדותו אף להש"ך משום דהא בע"א לא בעינן שיהי' עדות הראוי להזמה וכן יש לדון לפמש"כ הראשונים הטעם דלכן עדים הקרובים לדיינים פסולים משום דהוי עדות שאאי"ל א"כ בעדות ע"א דאין בו תורת הזמה כלל יש לדון דיוכשר אף דהע"א הוא קרוב להדיינים אך בזה יש טעם אחר על פסול עדים קרובים להדיינים כמש"כ הר"נ ספ"ב כתובות והובא לקמן סי' מ"ו ש"ך ס"ק מ"ט אכן לקמן סי' נ"ו סעי' א' ענף ה' בחידושי העליתי דאין לחלק בזה לשיטת הש"ך בין ע"א לשני עדים ע"ש:

סימן לד

(באו"ת ס"ק א') כתב שם דאף דאין עד פסול להעיד אלא בעבר עבירה שיש בה מלקות ולא בלאו דאין בו מעשה דאם עבר על לאו דניתק לעשה פסול לעדות כו' ע"ש ועפ"ז יש מקום לתרץ מה שהקשה הצל"ח ברישׁ ביצה וד' ז' שם על פלוגתת ב"ש וב"ה דשאור בכזית וחמץ בככותבת למאי נ"מ לשיטת הסוברים דבקנה חמץ בפסח אינו לוקה דה"ל לאו הניתק לעשה א"כ אינו לוקה ע"ז ואיסור דאורייתא הא פחות מכשיעור ג"כ אסור מה"ת ע"ש אכן לפי דברי התומים הנ"ל א"ש בפשיטות דנ"מ לענין שיהיה פסול לעדות דהא על לאו שניתק לעשה נפסל לעדות. אכן ראיתי בנתיבות שם ס"ק א' שכתב דהיכא דלא משכחת מלקות אפילו בביטלו לא נפסל לעדות אלא היכא דמשכחת מלקות בביטלו או בלא קיימו בזה אף היכא דלא בטלו ג"כ נפסל לעדות כיון דמשכחת ביה מלקות עכ"פ ונסתר מש"כ לעיל לתרץ קושית הצל"ח ויש לי כמה דרכים לתרץ קושית הצל"ח הנ"ל רק אכמ"ל ועפ"י דבריו דמחלק בין לאו הניתק לעשה דמשכחת ביה לפעמים מלקות חמיר ביותר מן לאו הניתק לעשה דלא משכחת ביה מלקות כלל יש מקום עפ"ז לתרץ קושית המל"מ פ"ג הלכות עבדים הל' י"ד שהביא שם מה שכתב הרשב"א בתשובה דבהשבת העבוט אין ב"ד כופין עליה משום דהוי מ"ע שמתן שכרה בצידה אין ב"ד כופין עליה ואף דהוי לאו הניתק לעשה עכ"ז לא כפינן ע"ז והקשה ע"ז המל"מ מהא דחולין ד' קמ"א ההוא דגזינהו לגפיה ושלחה ואח"כ תפסה ונגדיה רב יהודה והא שילוח הקן מצוה שמתן שכרה בצדה אין כופין על שילוח הקן דהוי לאו הניתק לעשה וכן תקשה על הר"ת דסבירא ליה בב"ב ד' ח' ד"ה אכפיה לרב נתן כו' דשיטת ר"ת דעל צדקה אין כופין אף דאית ביה לאו משום דמתן שכרה כתוב בצידו א"כ מ"ש שילוח הקן ונשאר בצ"ע: ומחומר הקושיא הנ"ל יש לחלק דבאמת כיון דלא מצינו כן רק במצות עשה דמתן שכרה בצדה דאין כופין ע"ז מוכח מזה הלשון דבל"ת אף דמתן שכרה בצידה מ"מ כופין לו שלא יעבור והטעם משום דל"ת חמור מן עשה כדאמרו ביבמות ד' ז' אטו עשה דוחה ל"ת לאו ל"ת חמור מיניה ופי' רש"י דלכן ל"ת חמור מיניה שהרי לוקין עליו ובאמת מצינו כן בפסולי עדות דבעבר על עשה לא מיפסל לעדות ובעבר על ל"ה נפסל לעדות ועיין ברמב"ן פ' יתרו ובדורש לציון דרוש ו' והיכא דעבר על לאו הניתק לעשה נתבאר לעיל בשם הנתיבות דהיכא דמשכחת ביה צד מלקות לפעמים בביטלו ולא קיימו ע"כ נפסל לעדות אף היכא דאינו חייב מלקות כנ"ל משא"כ היכא דלא משכחת ביה מלקות כלל אז דינו כמו עובר על עשה וכן יש לדון גבי לאו הניתק לעשה דמתן שכרה בצידה דהיכא דלא משכחת ביה מלקות כלל אז דינו כמו

עשה דמתן שכרה בצידה דאין כופין ליה משא"כ היכא דמשכחת ביה מלקות לפעמים אז חמור מן עשה דכופין בכל גווני אף היכא דמתן שכרה בצידה וגם אינו לוקה כנ"ל ולפ"ז מתורץ קושיית המל"מ הנ"ל דיש לומר דשאני התם בשילוח הקן דמשכחת ביה מלקות בביטלו כמבואר במכות ד' ט"ז ע"כ חמור מן עשה וכופין ע"ז אף דהוי מתן שכרה בצידה משום דלא מצינו כן רק בעשה משא"כ השבת העבוט דלא משכחת ביה מלקות כלל כמבואר במכות שם משום דאיתא בתשלומין ע"כ לא משכחת ביה ביטלו וכיון דלא משכחת ביה מלקות ע"כ אינו חמור מעשה וכמו בעשה דמתן שכרה בצידה אין כופין ה"ה בלאו דליתא במלקות ג"כ אין כופין כיון דמתן שכרה בצידה וא"ש אף לר"ת דס"ל דבצדקה אין כופין אף דאיכא לאו דמ"מ שאני שילוח הקן דאף דג"כ אין לוקין כ"ז דלא ביטלו מ"מ כיון דמשכחת ביה מלקות חמיר מן לאו דצדקה דאין לוקין עליו לעולם משום דהוי לאו דאין בו מעשה ע"כ דינו כעשה דמתן שכרה בצידה דאין כופין כמו בפסולי עדות דהלאו דאין בו מעשה לא נפסל לעדות משא"כ בלאו הניתק לעשה.
ומתורץ קושיית המל"מ על הר"ת: אכן בעיקר דבריהם דהעלו דעל לאו הניתק לעשה נפסל לעדות היכא דמשכחת בי' חיוב מלקות משום דדינו כל"ת גמור וחמור מעשה יש להעיר עליו מהא דיומא ד' פ"ה דתשובה מכפרת על עשה ועל ל"ת שניתק לעשה ועל מה תשובה תולה ויו"כ מכפרת על כריתות ועל ל"ת גמור אלמא דלאו הניתק לעשה דינו כמו עשה דאם עשה תשובה לא זז משם עד שמוחלין לו ודוחק לומר דהתם מיירי בלאו הניתק לעשה דלא משכחת ביה חיוב מלקות כלל לעולם אף בביטלו ולא קיימו דז"א דהא ביומא ד' ל"ו מבואר דמתוודה על עולה עון לקט שכחה ופיאה משום דהוי לאו הניתק לעשה ומשכחת ביה מלקות בביטלו ולא קיימו כמבואר במכות ד' ט"ז גבי פיאה שם אפ"ה היכא דלא נתחייב מלקות שם עולה מכפרת עליה כמו על כל חייבי עשה אלמא דדין לאו הניתק לעשה כמו עשה גמור גבי תשובה וגבי עולה היכא דלא נתחייב מלקות עדיין א"כ ה"ה לענין שלא יהיה נפסל לעדות ועבר על לאו הניתק לעשה דינו כמו בעבר על עשה:
ובאמת התוספות בחגיגה ד' ה' ע"א בד"ה הא יראוני מוחלין כתבו התוס' שם דגבי עושק שכר שכיר כתיב דה"ל ל"ת ופליגא דר"י פ"ב דיומא דאמר תשובה תולה ויוה"כ מכפר כו' משמע מהתוס' דס"ל דר"י בארבע חלוקי כפרה שהיה דורש דבעבר על עשה תשובה מהני ומוחלין לו ובל"ת תשובה תולה ויוה"כ מכפר דבכלל זה ה"ל לאו הניתק לעשה כמו שכר שכיר דלא משכחת ביה מלקות כלל משום דה"ל לאו הניתק לתשלומין אלמא דס"ל דלאו הניתק לעשה אף דאין ביה מלקות כלל בכל גווני ג"כ חמיר מעשה

וזהו סיוע לדברי האו"ת הנ"ל אבל באמת אין מזה ראיה די"ל דהתוס' לטעמייהו אזלו דס"ל בב"מ ד' ס"א דכובש שכר שכיר לוקה א"כ דינו כחייבי לאוין גמור ויש להאריך בזה הרבה ובדברי האחרונים בזה אך בלא"ה כבר תמהו על זה הטורי אבן בחגיגה שם. וכתב בפירוש דבארבע חלוקי כפרה של ר"י הוי ל"ת שניתק לעשה בכלל עשה דלא זז עד שמוחלין לו וכ"כ כזה בעל פר"ח בספר מים חיים וע"כ שפיר כתבתי לעיל להעיר על דברי האו"ת הנ"ל דבעבר על לאו הניתק לעשה י"ל דדינו כמו עבר על עשה. וכבר כתבתי לעיל דמיומא ד' ל"ו משמע דאף דמשכחת לפעמים מלקות בבטלו בפאה מ"מ היכא דליכא מלקות עולה מכפרת עליו ומה דיש להקשות מן הא דיומא ד' ל"ו הנ"ל על הא דסוף יומא כבר הקשה זה הפר"ח בספר מים חיים והובא בס' באר אברהם סוף יומא ועיין בספר איי הים בחגיגה ד' ה' ואכמ"ל ועוד יש לדון בזה לפמש"כ התוס' ביומא ד' ל"ו ד"ה על עשה כו' דעולה אינו מכפרת רק על עשה ול"ת שניתק לעשה אבל על ל"ת דלא לקי עליו כמו לאו דאין בו מעשה וכה"ג אין עולה מכפרת עליו ע"ש אלמא דל"ת הניתק לעשה קילא מן לאו דאין בו מעשה גבי כפרת עולה ואף דזהו מן איזה ילפותא כמש"כ התוס' שם מ"מ כיון דחזינן עכ"פ דמוכח מקראי דגבי כפרת עולה הוי ל"ת הניתק לעשה קילא מן ל"ת דאין בו מעשה א"כ ה"ה גבי פסולי עדות דכיון דעל ל"ת דאין בו מעשה לא נפסל לעדות ה"ה על לאו הניתק לעשה היכא דלא נתחייב מלקות ובדברי התוס' שם במש"כ דעל חייבי כריתות וחייבי לאוין חמורין היתה מכפרת כו' אין זה ענין לזה שנתבאר ועיין בבאר אברהם שם וקצרתי וע"כ כלל של האו"ת הנ"ל אינו ברור כ"כ כעת לפי דעתי: (שם סעי' ג') היתה עבירה שעבר מדרבנן פסול מדרבנן הרשב"א בשבועות ד' ל"א כתב שם מלתא חדתא בפסולי עדות מדרבנן על הא דאמרו שם מאן דאמר נשיא אבל משחק בקוביא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו וז"ל תמיה לי מ"מ כיון דפסלוהו רבנן ואפילו יגיד לא יתחייב הלה ממון למה יגיד והלא לא חייבתו תורה אלא במפסיד לתובע ממון בכפירתו ומתוך הדחק י"ל דמשחק בקוביא ופסולין דרבנן אע"פ שאין מוציאין ממון בעדותן מהני עדותן דאי תפס ואפילו בעדים לא מפקינן מיניה ומההוא שמעינן להאי ואי נמי אפשר כו' דאלו העיד זה שמא האחר יתבייש שאינו יכול להעיז פניו בפני עד זה וכיון דמדאורייתא כשר והוא גורם לממון חייב כו' עכ"ל אלמא דהרשב"א כתב לחד תירוצא דבר מחודש דכל פסולי עדות דרבנן דאף דאינם נאמנים לעדות מדרבנן עכ"ז אם תפס הבע"ד מהני תפיסתו ואין אנו יכולים להוציא ממון ובאמת אינו במשמע כן מסתימת הפוסקים ובסי' ל"ד ובאחרונים שם: ענף א:

ולכאורה יש להעיר בזה מהא דסנהדרין ד' כ"ה דאמרינן אמר רבא רועה שאמרו אחד רועה בהמה דקה וא' רועה בהמה גסה ומי אמר רבא הכי והא אמר רבא כו' רועה בהמה גסה כו' ההוא במגדלין אתמר הכי נמי מסתברא מדקתני נאמנין עלי שלשה רועי בקר מאי לאו לעדות כו' ויש להקשות לפי מאי דס"ד דמתניתין מיירי לעדות א"כ תקשה דהא לעיל ד' כ"ד ע"ב איתא אמר רבא קיבל עליו קרוב או פסול לפני גמ"ד יכול לחזור בו לאחר גמ"ד אינו יכול לחזור בו ושיטת הרמב"ם המובא בטור ח"מ סי' כ"ב דגמ"ד מקרי אם הוציא ממון והובא בש"ך שם ס"ק ו' בשם הלח"מ דהרמב"ם דווקא נקט הוציא ממון וכן הכריע הש"ך בדעת הרמב"ם וכיון דסוגיא דסנהדרין הנ"ל מיירי לשיטת רבא ולדידיה עיקר מלתא דאינו יכול לחזור בו מיירי לאחר גמ"ד וזה בהוציא ממון מזה ונתן לחבירו ואי נימא כשיטת הרשב"א דבפסולי עדות דרבנן אף דפסולים עכ"ז מהני תפיסת הבע"ד:

א"כ תקשה כיון דהמשנה דנאמנים עלי רועי בקר דאינו יכול לחזור בו מיירי היכא דהממון הוא ת"י חבירו א"כ אף בלא קבלת הרועי בקר ג"כ היה מהני תפיסתו ולא שייך לדון בזה כלל הא דאין יכול לחזור בו וע"כ מוכח משיטת הרמב"ם דלא ס"ל כהרשב"א בזה אלא כיון דחז"ל פסלינהו לגמרי אינם נאמנים כלל אף אם הוי תפוס ועומד:

וי"ל בזה דהנה בני היקר כו' מהור"ר צבי שיחיה הקשה ע"ז מהא דקדושין ד' מ"ג דאיתא שם השתא דתקנו רבנן שבועת היסת משתבע מלוה כו' ופרע לוה למלוה והא מה"ת כשירים לעדות כיון דאין צריך שבועה אלא מדרבנן והוי רק פסול מדרבנן ואפ"ה מוציאין מהלוה אף דהוי תפיס ועומד. אלמא דמוכח דלא כהרשב"א ע"כ קושייתו והנ"ל בזה דהא שיטת הר"נ והובא בב"ש אה"ע סי' ל"ה ס"ק ה' דהיכא דהעדים צריכים שבועה אינה מקודשת מה"ת כיון דעכ"פ לא מהימני בדיבורם ויש עליהם שבועה ע"כ הקידושין בטלין לגמרי אך שארי פוסקים ס"ל כיון דמה"ת אין עליהם שבועה ע"כ דינם כמו כל פסולי עדות דרבנן וכמו כל ספק קידושין עיי"ש בב"ש. ובאמת לשון הרשב"א בחידושיו לקידושין שם מורה ג"כ דס"ל דבטלין הקידושין מה"ת וכשיטת הר"נ א"כ א"ש דברי הרשב"א לפי שיטתו ואינו קשה עליו מהא דקידושין ולפי"ז י"ל כיון דשיטת הרמב"ם בהא דקידושין דהשתא דתיקון רבנן שבועת היסת לא מיפסלי רק מדרבנן וכמש"כ הב"ש שם בשם הרמב"ם א"כ מוכח לשיטת הרמב"ם דבפסולי עדות דרבנן לא מהני תפיסה כדמוכח מהא דקידושין כנ"ל ע"כ אתי שפיר מה דמוכח אליביה דשיטת הרמב"ם מהא דסנהדרין דאף דהוי חבירו תפוס עכ"ז מיפסלי הרועי בקר ורק מצד קבלת עדות מהני

דאינו יכול לחזור בו אם הוציאו הממון ונתנו לחבירו משום דלשיטת הרמב"ם בלא"ה מוכח דליתא לזה הכלל של הרשב"א הנ"ל:

גם י"ל עוד דאינו קשה כ"ז דהא אכתי נפ"מ בקבלת עדות דרועי בקר לענין אם חזר ותפס מחבירו דאי נימא דזכה משום דמהני תפיסה בפסולי עדות דרבנן א"כ אם חזר ותפס היה מהני ג"כ תפיסת הב' וכמו כל ספיקא דדינא או ספיקא דתרי ותרי וכמש"כ הר"נ בשבת ריש פ' השואל גבי הלוואת יו"ט דלא נתנה ליתבע ע"ש ואלו מצד דאינו יכול לחזור בו לאחר גמ"ד לא היה מועיל שום תפיסת הב' לאחר גמ"ד ונסתר ראייתי זו:

ונראה לפענ"ד להוכיח דלא כהרשב"א בזה והוא דבכתובות ד' י"ט איתא ת"ר שניים חתומים על השטר ומתו ובאו שניים מן השוק ואמרו פסולי עדות היו הרי אלו נאמנים ואם כת"י יוצא ממקום אחר אין אלו נאמנים ואמאי תרי ותרי נינהו כו' אלא אמר רב נחמן אוקי תרי להדי תרי ומוקמינן ממונא בחזקת מריה ע"ש ובשיטה מקובצת שם הביא בשם רש"י דפי' פסולי עדות היינו משחקי בקוביא והקשה דא"כ אמאי אינם נאמנים וכן הביא בשם הרמב"ן שכתב דאין לפרש דפסולי עדות היינו משחקי בקוביא דא"כ אמאי אינם נאמנים לפסול גופן של עדות ראשונים וכמו כל עדות לפסול בגזלנות וכתבו לחלק דשא"ה דמתו ואין דנין על פסולן של ראשונים ע"כ הוי כתרי ותרי וכן כתב הריב"ש בשם הראשונים דהאי פסולי עדות היינו קרובים דאם משחקי בקוביא אמאי אינם נאמנים לפסול אותן כו' והובא בש"ך ח"מ סי' מ"ו ס"ק ק"ב וברש"י שלפנינו ליתא להאי פירושא דפסולי עדות הוא משחקי בקוביא רק במשנה לעיל ד' י"ח פי' רש"י כן. אך השמ"ק כתב כן בשם רש"י] וכן כתב הרשב"א בחידושיו לכתובות שם בזה"ל דאין לפרש דהאי פסולי עדות היה היינו משחקי בקוביא דא"כ אמאי אינם נאמנים לפוסלין אלא וודאי האי פסולי עדות היינו קרובים כו' עכ"ל ואי נימא דמשחקי בקוביא נאמנים לענין תפיסה א"כ תקשה דהאיך רצו לפרש להאי פסולי עדות דזהו משחקי בקוביא דא"כ תקשה דהא בסיפא דאינם נאמנים לפוסלן זהו לענין דמהני תפיסה א"כ ע"כ ברישא דקתני נאמנים לפוסלן אם אין כת"י יוצא ממק"א וודאי דלא מהני תפיסה ג"כ ואי נימא דמשחקי בקוביא נאמנים לענין תפיסה א"כ אף דנימא דנאמנים לומר דהיו משחקי בקוביא מ"מ מיבעי להיות דמהני תפיסה דהא אף במשחקי בקוביא מהני עדותן לענין תפיסה וע"כ מוכח מכל הפוסקים הנ"ל ואף מהרשב"א עצמו דפסולי עדות דרבנן אינם נאמנים אף לענין תפיסה כלל:

ולכאורה יש לדחות זה הראייה משום דיש לדון דאף דנימא דפסולי עדות דרבנן נאמנין לענין תפיסה מ"מ זהו רק בעדות בע"פ לענין אם כופר ומכחישין אותו משא"כ בעדות

בשטר דהוי תועלת מן השטר אף לענין פרעתי דאינו נאמן משום חזקה שטרא בידי מאי בעי די"ל בזה דלא חשש להניח בידו שטר כזה כיון דאינו יכול להוציא ממנו ועיקר תועלת מן שטר שחתמו עליו פסולי עדות דרבנן הוא רק לענין תפיסה א"כ י"ל דלא חשש להניח בידו שטר כזה וכמו דמצינו כעין זה בכת"י דכתבו הראשונים דנאמן לומר פרעתי דכיון דאינו טורף ממשעבדי לא חשש להניח בידו כמבואר בסי' ס"ט בש"ך שם ס"ק י"ד וה"ה הכא כיון דאינו גובה מהלקוחות אף לענין תפיסה דהא עיקר השטר הוא על טריפת קרקע ובקרקע לא מהני תפיסה ע"כ אין לו דין שטר לענין פרעתי כלל וכיון דאינן נאמנים לענין לגבות מהלוה ממילא לא מהני תפיסת המלוה היכא דטוען הלוה פרעתי א"כ י"ל דהברייתא מיירי בענין טענת פרעתי דאי נימא דהיו משחקי בקוביא היה נאמן בטענת פרעתי ואף תפס המלוה לא מהני משא"כ היכא דהוי תרי ותרי אז מהני תפיסת המלוה לומר דיש לו דין שטר מעליא כן יש לדחות הראיה זו אך זה אינו ברור דהא מבואר בסימן מ"ב בכמה ספיקות בשטר דמהני תפיסה ומשמע אף דאינו מכחיש בעיקר החוב רק בטענת פרעתי ג"כ יש לו דין ספק שטר ומהני תפיסה ואי נימא דנגד טענת פרעתי אין לו בוודאי דין שטר משום דיכול לומר דכיון דאין מוציאין בדיינים ע"כ לא חששתי להניח השטר בידך א"כ ה"ה אף במקום דמכחיש עיקר החוב כמו הא דמבואר שם בספ"ל וקפ"ל וכה"ג נימא דנאמן הלוה במיגו דאי בעי אמר פרעתי דהי' לו אז דין מלוה על פה דנאמן וה"ה באומר לא לוויתי רק קב ופלגא יהיה נאמן במיגו דפרעתי ולא יהיה מהני בזה תפיסת המלוה וע"כ מוכח דהיכא דאמרינן דמהני תפיסת הבע"ד בשטר דאף לענין טענת פרעתי ג"כ יש לו דין שטר אם תפס א"כ ה"ה אי נימא דמשחקי בקוביא פסולים לעדות אלא לענין לגבות בב"ד עפ"י אבל אם תפס אין מוציאין וכמו כל ספיקא א"כ ממילא מיבעי להיות מועיל תפיסתו לומר דיש לו דין שטר אף לענין פרעתי ולא מהימן הלוה:

ובאמת י"ל דהרשב"א בחידושיו לא כתב כן רק בדרך אפשר לומר בדוחק כמו שכתב שם בלשון ומתוך הדחק י"ל כו' ע"ש אבל לדינא לא ס"ל כן וגם י"ל דלא כתב כן רק בשיטת רב פפא אבל לרב אחא דס"ל דמשחק בקוביא פטור משבועת העדות משום דלא חזי להגדה כלל כמבואר ביומא ריש פ"ח ע"ש ובע"כ מוכח דס"ל דלא מהני תפיסה בפסולי עדות ונ"ל דבזה גופא פליגי רב פפא ורב אחא וגם הא כתב הרשב"א שם עוד תירץ אחר ליישב קושייתו ע"כ אינו הכרח כלל להכלל הנ"ל ועיין ברמב"ם ה' שבועות פ"י ה"א דפסק כרב אחא בר יעקב:

ענף ב:

ובעיקר דברי הרשב"א הנ"ל נלפענ"ד לומר דאף לפמש"כ דתפיסה מהני בכל עדות פסולי דרבנן עכ"ז הדין נותן דזה דומה לכל גזל דרבנן דמבואר בשבועות ד' מ"א דלא נחתינן לנכסיו רק ענשינן ליה כו' בימים הקדמונים אבל לא האידנא וה"ה בפסולי עדות דמה"ת נאמנים רק דרבנן פסלינהו י"ל דכמו בגזל דרבנן דמה"ת יכול לזכות בו הזוכה רק מדרבנן עשו זה לגזל ואין מוציאין בדיינין רק כו' וה"ה במה דהעידו הפסולי עדות דרבנן כיון דמה"ת נאמנין רק דרבנן פסלינהו ע"כ דין של התופס שלא להוציא מידו וכמו כל גזל דרבנן וזהו סברת הרשב"א דס"ל דאין מוציאין מן התופס היינו דאין יורדין לנכסיו עכ"ז היו מענשינן ליה להתופס משום דעבר על דרבנן דפסלו חז"ל לעדותו ואף דהרשב"א כתב סתמא גבי פסולי עדות דאי תפס לא מפקינן עכ"ז י"ל דהיו מענשינן ליה וכמו דכתב הב"י בחו"מ סי' פ"ב כה"ג אדברי הטור שם סעי' ג' שכתב גבי שבועה דרבנן דאי תפס ולא רצה לשבע לא מפקינן מיניה ולא כתב שם דהיו מענשינן ליה משום דקיצר בדבר וה"ה הכא ועיין בחו"מ סי' פ"ב ובסמ"ע ס"ק כ"ב ובש"ך ס"ק י"ז ולפי"ז עולה יפה כוונת הרשב"א דכתב דמהני תפיסה בפסולי עדות דרבנן דלכאורה תמוה סברתו דכיון דפסלינהו א"כ ממילא פסולים לכל דבר אבל לפמש"כ יפה כתב די"ל דזהו דומה לכל ממון דאין לו זכות מדרבנן דלא עשו לגמרי דבריהם כדאורייתא לענין הוצאת ממון דכללא הוא דלענין נחתינהו לנכסיו לא העמידו דבריהם נגד דאורייתא ואדרבה אוקמי בזה אדאורייתא אך מ"מ היו מענשינן ליה וכמו כל גזל דרבנן וכ"ז לא שייך בזה"ז כלל דדינא דמלכותא דינא:

ולפי"ז יש לנו לומר מלתא חדתא בהקדם מה שכתב הר"נ בתשובה סי' מ"ט והובא בחו"מ סי' רל"ה סעי' א' ובמל"מ פ"ט ה' זכייה דיתומים שמכרו בנכסים מועטין ע"פ קנין דרבנן דלא מהני מכירתן משום דבמקום דאיכא איסורא לא תקנו רבנן לתקנתן אף במקום דאיכא רק איסור דרבנן ולפי"ז י"ל כיון דקבלת עדות בעי ב"ד סמוכים ואף למ"ד שנים שדנו דיניהם דין עכ"ז קבלת עדות שאני וכמש"כ התוס' בכתובות ד' כ"ב ובב"ב ד' מ' והא דמקבלין עדות בבבל אינו רק מדרבנן ושליחותי' דקמאי עבדינן וזהו אינו רק מדרבנן וכמש"כ הרשב"א והר"ן בסוף גיטין וכן כתב הרמב"ן על התורה בריש פ' שופטים וכיון דמדרבנן פסולים המה לעדות וגם בתפס היו מענשינן ליה כנ"ל ודינו ככל עובר על איסור דרבנן ע"כ י"ל דכה"ג לא תקנו להקנתן דשליחותי' קא עבדינן דהא מה"ת בעי ב"ד מומחין לקבלת עדות ובזה"ז דליכא ב"ד מומחין א"כ הוי כמו דלא נתקבל עדותן בב"ד וכמו דהעידו חוץ לב"ד וג"ז דומה למה דמצינו דאף בשליחות גמור במקום

עבירה דרבנן נתבטלו השליחות. וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ה' כה"ג ע"ש:

וע"כ הדין נותן דבזה"ז דליכא ב"ד סמוכים דאף היכא דנתקבל עדות הפסולין מדרבנן בב"ד דהוי כמו דהעידו חוץ לב"ד דאז אין ממש בעדותן אף בכשרים וממילא אף תפיסה לא מהני. והא שכתב הרשב"א דמהני תפיסה י"ל משום דקאי על המשנה דתנן אינו נוהג אלא בראוין להעיד דהיה אז ב"ד סמוכין ושפיר מחייבינן ליה ק"ש אם כפר עדותו דהא הוי מצי לילך לב"ד סמוכין להעיד ואז היה מהני עדותו לענין תפיסה ואף שכתבתי דהוי כמו גזלן דרבנן עכ"ז י"ל דיכול לומר דלא הייתי חושש לזה כדמצינו בקידושין ד' נ"ח ע"ב גבי גונב טבל של חבירו דאי נימא כדשמואל דחטה אחת פוטרת את הכרי יכול לתבוע להגנב ולומר דלא הייתי מפריש רק חטה אחת והטבל כולה דידי הוא דפטרנא נפשא בחטה אחת ואף דמדרבנן בעי לאפרושי לכה"פ א' מארבעים עכ"ז כיון דמה"ת סגי בחטה אחת יכול לומר דלא הייתי חושש בדרבנן וממילא מוציא מן הגנב ועיין במל"מ פ"ז ה' מלוה הל' י"א במש"כ באמצע הדיבור וז"ל דאף שנודע לדבריו דשכירות ליכא אלא הערמת ריבית אכתי תקשה האיך ד' ה"ר אליעזר שחייב ליתן לו הרווח כו' כיון שאינו אבק ריבית אלא הערמה כו' והאיך מחייבינן ליה לעשות איסור עכ"ל וע"פ מש"כ יש לפלפל בדבריו ע"ש] וה"ה בנ"ד יכול מה"ט לתבוע להעד ולחייבו ק"ש כיון דמצי לזכות לבעליו ע"פ עדותו דיהיה מועיל תפיסה א"כ יכול לומר דלא הייתי חושש בדרבנן:

וכ"ז הוא רק בזמן דהיה ב"ד סמוכים אבל האידנא דליכא ב"ד סמוכין א"כ אין כאן שום תועלת מעדותו כלל אף לענין תפיסה דלא העמידו דבריהם במקום איסור דרבנן לגבי ממון וממילא בטל השליחות דקמאי דבזה לא הרשוהו לב"ד דהאידנא לקבל עדות חוץ לב"ד ואפשר דה"ה בזמן דהיה ב"ד סמוכים בא"י. דמ"מ אם העידו לפני ב"ד דאינם סמוכים דכה"ג ג"כ אין ממש בעדותן במקום איסורא כנ"ל לפי מה שנתבאר דכל שליחותי' דקעבדינן אינו רק מדרבנן ועיין בתוס' גיטין ד' פ"ח ע"ב בד"ה במלתא דשכיחא כו' ואף דהמל"מ פ' ט' הל' זכיה כתב דהיכא דבידו לעבור על האיסור וע"פ קנין דאורייתא לא אמרי' כן ע"ש מ"מ זה אינו רק היכא דהוי בידו משא"כ היכא דאינו בידו וכמבואר בשבת ד' מ"ו דמי יימר דמזדקק ליה חכם וכש"כ ב"ד סמוכין של שלשה וודאי אינו בידו ובפרט היכא דהוי מצד שליחות כנ"ל ועפ"ז אתי שפיר הא דקידושין ד' מ"א דאמרו שם השתא דתקנו רבנן ש"ה משתבע מלוה ופרע לוה למלוה די"ל דהכוונה הוא דמוטל על הלוה החיוב לפרוע להמלוה וכמו כל גזל דרבנן דאמרו מציאת קטן לאביו דז"א רק בתורת גזל דרבנן כנ"ל אבל לעולם י"ל דלא נחתינן לנכסיו ויותר י"ל לפמש"כ

די"ל דמיירי התם בקידושין היכא דליכא ב"ד סמוכין דכה"ג מודה הרשב"א ולכן הדין ברור ופשוט דבזה"ז דליכא ב"ד סמוכין מודה הרשב"א גם כן דלא מהני עדותן אף לענין תפיסה ולכן שפיר סתמו הפוסקים בזה בכל סי' ל"ד ולא חילקו כלל:

אכן זולת דברי הרשב"א הנ"ל י"ל דשאני מה דמצינו בגזל דרבנן דלא נחתינן לנכסיו משום דלאו בכל גזל דרבנן אמרו כן וכיון דחז"ל פסלינהו לעדות דינם דפסולין לגמרי לענין ממונא ועיין באה"ע סי' מ"ב סעי' ה' ואין זה ענין לנ"ד. ועיין בקצה"ח סי' פ"ט ס"ק א' שכתב בשם הש"ך בת"כ שכתב דבכל נשבעין ונוטלין לא נחתינן לנכסיו והשיג עליו הקצה"ח ע"ש רק בדברי הרשב"א בכוונתו שפיר י"ל כנ"ל [ויש להעיר בעיקר דברי הרשב"א הנ"ל בענין עדות שאתה יכול להזימה ובדברי התוס' סנהדרין ד' ט' ע"ב ד"ה עידי האב נהרגין כו' וקצרתי] ועיין לעיל סי' א' מש"כ שם וכן ראיתי ברדב"ז ח"א סי' תק"ג וסי' תקי"ז שהביא בשם הרמב"ם ספ"ו ה' גזילה דכל גזל דבריהם אינו יוצא בדיינים וכן הוא בשו"ע ח"מ סוף סי' ש"ע ע"ש:

ע"כ שפיר י"ל דכן הוא שיטת הרשב"א:

(שם סעי' כ"ג) בהגהות (רמ"א) דאף פסול מה"ת אין לפוסלו אלא בוודאי כו' דאם אין יודעין אם עבר קודם שהעיד או אח"כ מוקמינן גברא אחזקתו וכל מה שהעיר כשר כו' והקצה"ח בס"ק ה' הקשה ע"ז דאמאי לא אמרינן בזה תרתי לריעותא כמו במקוה שנמדד כו' והעלה דזה הוי ספיקא דדינא אכן בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח תירצתי היטב בעז"ה קושיות הקצה"ח הנ"ל עי"ש ואין רצוני להכפיל הדברים שנית ע"כ העיקר לדינא כהרמ"א. (שם סעי' כ"ו) בש"ך (ס"ק כ"ח בשם הריב"ש) דמה שהעיד על עצמו הוי כאלו לא העיד כלל ואין כאן עדות ופלגינן דיבורו וכמש"כ הראב"ד כו' משום דאדם קרוב א"ע ולא שייך בו עדות כלל וכדמצינו בפ' חזקת דמהני סילוק בנוגע בעדות כו' דכל שהוא נוגע בעדות בהנאת ממון לא שייך למקרי' עדות כלל ואפי' עדות פסולה וא"כ פלגינן דיבורא כו' עכ"ל וכ"כ הש"ך לקמן סימן ל"ו ס"ק ט"ו דנוגע ה"ל כבע"ד דאינו פוסל עדות האחרים:

ענף א:

ולכאורה יש להקשות על הש"ך והריב"ש מן מש"כ הרא"ש מכות פ"א סי' י"ג בשיטת הראב"ד לפרש הא דסנהדרין ד' י' דקאמר פ' בא על אשתי הוא ואחר מצטרפין להורגו ולא להורגה כו' פ' רבע שורי אדם קרוב אצל עצמו אמרינן אצל ממונו לא אמרינן פי' ואף האדם פטור לפי שהוא עדות שבטלה מקצתה עכ"ל הרא"ש אלמא דהרא"ש ס"ל דבמה דאדם קרוב אצל ממנו דינו כקרוב ולא כבע"ד ואמרינן בזה עדות שבטלה מקצתו בטלה

כולה ולא אמרינן בזה פלגינן דיבורא א"כ קשה במש"כ הריב"ש והש"ך הנ"ל דבפסול נוגע אמרינן פלגינן דיבורא וכן ה"ל כבע"ד דלא אמרינן בי' נמצא א' מהם פסול לבטל עדות האחרים וזהו הכל עפ"י שיטת הראב"ד דהא חזינן דהרא"ש והראב"ד לא ס"ל כן ומצאתי באו"ת ריש סי' ל"ו שכתב לתמוה בזה על הריב"ש והש"ך הנ"ל וכתב בזה"ל ומאוד תמהני מהריב"ש והש"ך איך העלימו עין מהרא"ש והראב"ד הזה כו' ע"ש:

ולענ"ד אינו קשה די"ל דאף דשיטת הראב"ד והרא"ש גבי פ' רבע שורי דאדם קרוב אצל ממונו דינו כקרוב ולא כבע"ד דזהו דוקא היכא דהוי חובה להבעלים משא"כ היכא דהוי זכות והנאה להבעלים אז י"ל שפיר דדינו כבעלים ובע"ד ממש דכן מצינו בטור יו"ד סי' רכ"ח ובשו"ע שם בש"ך ס"ק יו"ד בשם הרמב"ן והריב"ש סי' ת"ו אם אסר הנאתו על בני העיר דאינו שואל לחכם מבני אותה העיר לפי דהוי נוגע בדבר והמקור הוא ירושלמי נדרים פ"ה ה' ד' בזה"ל קונם הנייתו על בני העיר אינו נשאל לזקן שיש שם כו' לפי דה"ל כנדרי עצמו ואינו מתיר נדרי עצמו וכמש"כ הריב"ש עצמו בארוכה מזה בסי' ת"ו ובסי' תקי"א אלמא דאף דנדרים ניתרין ע"י קרובים אפ"ה היכא דה"ל הנאה דינו כבע"ד ממש ודינו בזה ככל נדרי עצמו דאינו מתיר נדרי עצמו ונדרי אשתו דה"ל פגופו וכמש"כ הריב"ש שם בארוכה ועיין ברמב"ם ה' נדרים פ"ז ובמל"מ ובכ"מ שם. ובבית יוסף יו"ד סי' רכ"ח והדברים ארוכים ואכמ"ל:

וחזינן דהריב"ש וש"פ ס"ל דנוגע דיש לו הנאה דינו כמו בע"ד יותר מן קרוב וע"כ אינו מתיר נדרים בכזה. א"כ ה"ה י"ל דאף דגבי פ' רבע שורי דינו כקרוב ולא כבע"ד ולא אמרינן פלגינן דיבורא עכ"ז היכא דיש לו הנאה דינו כבע"ד ממש ואמרינן בי' פלגינן דיבורא ולכן שפיר כתבו הריב"ש והש"ך הכא ובסי' ל"ו דמיירי שם בפסול נוגע דיש לו הנאה דדינו כבע"ד ממש:

ועיין בהריב"ש סי' ת"ו דכתב גבי נוגע דאינו מתיר נדרים דיש לו הנאה דאם יש שנים אחרים זולתו יכול להצטרף עמהם להתרת נדרים וכ"כ הש"ך ביו"ד סי' רכ"ח ס"ק יו"ד. אמנם בהריב"ש סי' תקי"א כתב דכל השלשה לא יהיו מן הקהל דיש להם הנאה מן ההיתר נדרים עי"ש ודינו כמו נדרי אשתו דאינו מתיר נדרו אשתו אף ע"י צירוף אך אף דנימא כמש"כ הריב"ש בסי' ת"ו והש"ך דע"י צירוף מהני מ"מ חזינן דכתבו דבלא צירוף לשנים דינו כמו נדרי עצמו וכמבואר בירושלמי בפי' וכמש"כ הריב"ש שם סי' ת"ו בארוכה:

ועוד דהא עיקר הטעם מה דמחלקי שם בין צירוף לשנים ובין הוא לבדו הוא משום דביחיד חיישינן לחשדא אבל אם יש שנים זולתו לא חיישינן לחשדא וכמש"כ הריב"ש

שם סי' ת"ו בארוכה ע"פ סוגיות הש"ס בכורות ד' ל"א יעו"ש ומזה יש להוכיח במה דנסתפק המהריב"ל בפסול נוגע בעדות אשה. אי פסולו משום קרוב א"כ מהני עדותו בעדות אשה ואי פסולו משום משקר לא מהימן בעדות אשה לומר דמת בעלה והובא באחרונים באה"ע סי' י"ז סעי' ג' ובנו"ב ובמה"צ שם ובקצה"ח סי' ל"ד ס"ק ד' ובאמת גבי עדות אשה דנאמנת לומר דמת בעלה י"ל בזה אך בעדות דמת יבמה דאינה נאמנת לומר מת יבמי בזה י"ל דאי פסולו משום משקר דאינו נאמן ואכמ"ל בעצם כל הענין הנ"ל ומהא דנדרים דחזינן דס"ל להראשונים הנ"ל דאם יש לו הנאה מהיתר הנדר דא"י להתיר הנדר משום דהוי בחשש משקר בעצם היתר הנדר ע"י הפתח או החרטה. א"כ מוכח מזה דפסול נוגע הוי בחשש משקר דהא קרובים יכולין להתיר הנדרים א"כ מזה מוכח דנוגע הוי בפסול משקר וכמבואר בש"ך ח"מ ריש סי' ל"ז ויש להאריך שם עפ"ז: וכיון דהעיקר הוא דפסול נוגע הוא מחשש משקר ע"כ הדעת נותנת דלא שייך בי' לומר עדות שבטלה מקצתו בטלה כולו וכן נמצא א' מהם כו' דהא אין עליו שם עד כלל וכסברת הראב"ד והרא"ש הנ"ל גבי הרוג יציל משום דבמקיימי דבר הכתוב מדבר דהא פסול הרוג הוי משום דהוי בעי"ד וכמש"כ התוס' במכות ד' ו' לחד תי' ויש לו הנאה ונקמה על ההורגו דהא אינו מעיד ההרוג שום עדות ע"ע אך דמיפסל משום הנאה כנ"ל ועיין באו"ת סי' ל"ג ס"ק י"א מזה במש"כ שם בשם תשובת הרא"ש דס"ל כהך תי' התוס' ע"ש ואף לאידך תי' התוס' דה"ל שונא או משום דה"ל טריפה מ"מ היכא דיש לו הנאה ממש כ"ע מודו דנפסל משום חשש משקר ע"כ בוודאי אין עליו שם עד כלל מצד הסברא וגרע מן קרוב דהא קרוב לא מיפסל משום חשש משקר כמבואר בב"ב ד' קנ"ט ולכן הי' יודע עדות עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו אחרים מעידין על כת"י אף שלא הוחזק כת"י בב"ד ואלו היכא דיש לו הנאה כמו דאמרו התם הי' יודע עדות עד שלא תפול לו ירושה כו' דאחרים אינם מעידים על כת"י אלא בהוחזק כת"י בב"ד משום דקרוב לא נחשד למשקר: משא"כ היכא דיש לו הנאה וכמש"כ האו"ת בסי' מ"ו סעי' ל"ד באורים ס"ק ק"ה:

ענף ב:

והא דמצינו בפסול גזלן דזהו מחשש משקר וע"כ היה יודע עדות עד שלא נעשה גזלן כו' אחרים אינם מעידים על כת"י אלא בעינן הוחזק כת"י בב"ד. כמבואר שם בב"ב ד' קנ"ט משום דהוא בחשש משקר ומה"ט נפסל לעדות אשה ג"כ וכמש"כ הרי"ף פ' זה בורר דכפין ושקיל ד' זוזי ומסהיד מ"מ אין זה רק מצד גזה"כ דגזרה התורה אל תשת רשע עד. וכמש"כ התוס' בכורות ד' ל"ו ד"ה אימר דא"ר מאיר כו' דמן הדין הא חשוד

לד"א אינו חשוד לכל התורה כולה [ועיין בנו"ב מ"ק ח' אה"ע סי' נ"ז ובב"ש סי' מ"ב ס"ק י"ט ומש"כ שם בשם הש"ג ואף בחשוד לאותו דבר הא קיי"ל דחשוד לאותו דבר דנו ומעידו וכמש"כ הש"ך ביו"ד סי' קי"ט ס"ק י"ח ושאני עדות ממון דכתיב אל תשת רשע עד ועיין בב"ק ד' ק"ח ע"א תוס' ד"ה ותרי כפולי כו' ע"כ שפיר אתי הא דגם בגזלן אמרינן נמצא א' מהם פסול גזלן דבטל כל העדות משום דבאמת יש עליו ג"כ שם עדות רק דהתורה פסלתו משא"כ בפסול נוגע דמיפסל מצד הסברא משום חשש משקר וודאי אין עליו שם עדות כלל ואמרינן בו במקיימי דבר הכתוב מדבר:

וזהו מוכרע לפי פירוש הרא"ש והראב"ד בהא דבמקיימי דבר הכתוב מדבר דזהו משום דה"ל בע"ד דהא הש"ס מתרץ בזה למה שהקשה שם מעיקרא הרוג יציל ומה דמתרץ שם מעיקרא דהורגו מאחוריו בוודאי אין זה לדינא דבאמת לפי המסקנא דשם לא מחלקינן בזה כלל משום דבמסקנא דמתרץ דבמקיימי דבר הכתוב מדבר הוא תירוץ על כל מה דהקשו שם בש"ס ולפ"ז מוכח דס"ל להרא"ש והראב"ד בפי' הרוג יציל כמש"כ התוס' שם ד"ה אלא מעתה הרוג יציל כו' דהוא בע"ד. משום דאי נימא כתי' בתרא דה"ל שונא או טריפה כמש"כ התוס' ביבמות ד' כ"ה ד"ה הוא ואחר כו' וכמש"כ המרדכי. א"כ הא בזה הפסול דשונא וטריפה לא שייך לומר התירוץ דבמקיימי דבר כו' דהא לא מיפסל משום בע"ד אלא משום פסול עדות דהתורה פסלתו לשונא וכה"ג וע"כ מוכח לשיטת הרא"ש והראב"ד הנ"ל דס"ל לפרש הא דהרוג יציל כפי' התוס' דה"ל בע"ד וזהו הנאה מצד נקמה על ההורגו ועיין בתשובת הרא"ש שהובא באו"ת סי' ל"ג ס"ק י"א שכתב דקרובי נרצח א"י להעיד ובמהרי"ט מזה וכ"ז הוא לפמש"כ המהרש"א בסנהדרין ד' ט' ע"ב על התוס' במש"כ דהרוג יציל משום דה"ל שונא דזהו לר"י דהוא מצד גזה"כ כמבואר בסנהדרין ד' כ"ט אבל לפי שיטת המהרש"ל והובא באו"ת סי' ל"ג ס"ק ב' כו' והא דס"ל דשונא גמור מיפסל זהו משום סברא ולא מצד גזה"כ ע"כ אפשר לומר דלפ"ז לא הוי עליו שם עד כלל לגבי כ"ז אך כבר הכריע האו"ת שם כהמהרש"א:

וראיתי בהריב"ש סי' של"ט וסי' קצ"ה שכתב בשיטת הראב"ד הנ"ל דהש"ס דמתרץ לסוף דבמקיימי דבר הכתוב מדבר דזהו תירוץ ג"כ על מה דמקשו שם הרוג יציל וזהו כמש"כ לעיל משום דהתי' דהרגו מאחוריו אין זה לדינא ולפ"ז יש לדון לפמש"כ הש"ך בסי' ל"ג ס"ק ט"ז דנרצח עצמו יכול להעיד יע"ש אלמא דס"ל דלא מיפסל משום בע"ד וע"כ הפי' בסוגיא דאמרו הרוג יציל כתירוצים האחרים הנ"ל א"כ תקשה דאיך הביא הש"ך לקמן שיטת הראב"ד והרא"ש דס"ל דבע"ד לא פוסל משום נמצא קרוב וכן לא שייך בי' בטלה מקצתה כו' הא לפ"ז מוכח לומר דהנרצח פסול להעיד דה"ל בע"ד.

ויש להאריך בזה הרבה וכעת ראיתי בביאור הגר"א זצ"ל סי' ל"ג ס"ק ל"ב שכתב מזה וע"כ קצרתי:

ולהך פי' דהרוג יציל משום דה"ל בע"ד ותירץ הש"ס בזה לפי דה"ל מקיימי דבר וודאי כוונתם משום דיש לו הנאת נקימה ע"כ ה"ל בע"ד דהא אינו מעיד שום עדות ע"ע בשלמא בהא דאמרו נרבע יציל דהפי' הוא נרבע לרצונו וה"ל רשע וכמש"כ התוס' א"כ בזה שפיר מקרי בכלל מקיימי דבר דהא מעיד ע"ע דהוי רשע. אבל במה דהקשו הרוג יציל הא אינו מעיד שום עדות ע"ע וע"כ מוכח בפשיטות לשיטתם דהיכא דיש לו הנאה והוי נוגע בעדות דוודאי מקרי בע"ד אף דאינו מעיד ע"ע כלל כש"כ בהנאה גמורה דהנאת ממון וודאי דמקרי בע"ד דלא שייך בו עדות שבטלה מקצתו כו' וכן לנמצא א' מהם קו"פ ולפי"ז א"ש דברי הריב"ש והש"ך דס"ל בשיטת הראב"ד והרא"ש דהיכא דיש לו הנאת ממון דמקרי בע"ד לזה ואינו ראי' מהא דפלוני רבע שורי דשא"ה דהוי חובה לו ע"כ אינו בשם בע"ד אלא בתורת עד פסול ולכן לא אמרינן פלגינן דיבורא ואינו קשה כלל לקושיות האו"ת הנ"ל ועיין מזה בסנהדרין ד' כ"ח ע"ב דלא אמרן אלא לאפוקי אבל לעיולי כו' וכן התם ד' כ"ו ע"ב כזה ובש"ך ריש סי' ל"ז במש"כ בנוגע לחובה:

שוב ראיתי שנית בהריב"ש סי' של"ט שכתב שם בזה"ל על מש"כ שם מקודם דבע"ד שיש לו הנאה אמרינן בי' פלגינן דיבורא משום דלא שייך בו עדות כלל וכתב אח"ז בזה"ל והא דאמרינן שאין אדם קרוב אצל ממונו היינו במה שמעיד על שורו להורגו שאין לו הנאה בזה אבל במה שיש לו הנאה מעדותו ואפי' הנאת ממון לבד אמרינן קרוב אצל עצמו ופלגינן דיבורא כו' עכ"ל הריב"ש הרי להדיא דהריב"ש בעצמו הרגיש בקושיות האו"ת הנ"ל ותירץ לזה כמש"כ לחלק בין זכות וחובה ולכן תמהני על האו"ת דתמה כן על הש"ך והריב"ש בפשיטות שהיה בהעלם מהם דברי הרא"ש והראב"ד הזה כי באמת הא חזינן דהריב"ש בעצמו העיר מזה אך שכתב לחלק כמש"כ:

וע"כ לדינא במש"כ האו"ת ברישׁ סי' ל"ו דהך דינא של הריב"ש והש"ך דכתבו דהיכא שיש לו נגיעה והנאה ה"ל כבע"ד דאף אם נתכוין להעיד לא אמרינן בי' נמצא א' מהם פסול כו' דליתא לזה ושפיר כתב הרמ"א בסי' ל"ו סעי' א' הטעם דלכן כשר משום דלא כיון להעיד משום דבכיון להעיד דינו כעד פסול ואמרינן בי' נמצא א' מהם פסול כו' ע"ש באו"ת דלפי מש"כ הא נתבאר דאין שום תמי' כלל על הש"ך והריב"ש כלל וכמו שכתב הריב"ש בעצמו ושפיר נכונים דברי הש"ך והריב"ש הנ"ל לדינא ועפי"ז יש לדון הרבה בהמל"מ פ"ה ה' עדות ה"ד ע"ש:

הגה"ה וע"פ מש"כ לעיל שיטת התוס' יבמות ד' כ"ה והמרדכי דכתבו בכוונת הגמ' דמקשה הרוג יציל דזהו משום דה"ל טריפה א"כ מזה מוכח דאף היכא דיש פסול על העד רק משום דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה ג"כ דיינינן בי' נמצא אחד מהם פסול לבטל עדות כולם דהא פסול טריפה בעדות הוי משום דהוי עדות שאאי"ל וכמבואר בסנהדרין ד' ע"ח והובא בש"ך סי' ל"ג ס"ק ט"ז ואפ"ה פריך הש"ס בפשיטות הרוג יציל וכ"כ התוס' סנהדרין ד' מ"א ד"ה כמאן כר"ע כו' דבאמר אינו יודע מהחקירות כמו נמצא א' קרוב ופסול דמי יעו"ש ומהך דמכות הנ"ל סייעתא לדבריהם ומן הרמב"ם ה' עדות פ"ב ה' ג' לא משמע כן ע"ש ואכמ"ל ע"כ הגה"ה:

ענף ג:

ולפי מה דנתבאר דנכונים דברי הש"ך והריב"ש הנ"ל לדינא ע"פ שיטת הרא"ש והראב"ד הנ"ל משום דיש לחלק דהיכא דהעיד לחובה שאני משא"כ היכא דמעיד לזכות הל' בע"ד ואמרינן פלגינן דיבורא דהא דמוכח מן שיטתם דבהעיד לחובה אמרינן פלגינן דיבורא וכמו פ' רבע שורי דנלע"ד דזה אינו רק במעיד איזה חובה לו אבל לא הוי שום התחייבות עליו. רק חובה לגבי' בלא שום חיוב עליו ע"כ אמרינן בזה דכיון דיש עליו שם עדות רק התורה פסלתו משום דהוי בפסול קרוב אצל ממונו ע"כ אמרו בזה עדות שבטלה מקצתה כו' אבל במעיד ע"ע איזה חיוב שמחוייב לתת לחבירו איזה דבר וכה"ג אז שפיר י"ל לשיטת הרא"ש והראב"ד והריב"ש הנ"ל דזה הוי כמו בע"ד דאמרינן פלגינן דיבורא דהא גבי פ' בא על אז דאמרינן פלגינן דיבורא וכן בפלוני רבעני לרצוני משום כיון דמעיד ע"ע הוי בכלל בע"ד אף דמעיד איזה חובה ע"ע א"כ ה"ה במעיד ע"ע איזה התחייבות ג"כ הוי בע"ד דאמרינן בזה פלגינן דיבורא משא"כ גבי פ' רבע שורי דלא הוי עליו שוב התחייבות כלל:

והא דשור הנרבע הוי בסקילה זה החיוב מוטל על הב"ד:

אבל על הבעלים ליכא חיוב יותר מן שארי אנשים כדמוכח בב"ק ד' מ"ה ע"א דיכול לומר אי מהדרת לי' הוי מעריקנא לאגמא וקשה הא אינו רשאי להבריחו דהא חייב להביאו לב"ד. ובמה דאסור לא שייך לומר הוי מעריקנא כמש"כ התוס' בב"ק ד' מ' ע"ב ד"ה הוי מעריקנא ועיין בפני יהושע שם שכתב בשור שהרג לבהמה לא שייך לומר אי מהדרת לי הוי מעריקנא לאגמא דהא אסור לגרום היזק לחבירו רק בשור שהרג לאדם דאין כאן היזק לחבירו יכול לומר כן ומיישב הסוגיא שם א"כ מוכח מזה דאין על הבעלים חיוב להביאו לב"ד לקיים מצות סקילה רק שמחוייב לבערו מהעולם משום לא תשים דמים בביתך וכמבואר בב"ק סוף פ"א ובבא"ש שם בכלבא דאכל אמרי דחייב לבערו מה"ט ובאחר

חייב משום ובערת הרע כו' לכן שפיר יכול לומר אי מהדרית הוי מעריקנא לאגמא והייתי שומרו זמן מועט עד שאשחטנו כדי שיבוער מהעולם. ועיין מזה בספרי ח' יו"ד סי' כ"ד שהוכחתי זה בראיות. והא דב"ק ד' צ"א בשור העומד להריגה כו' הא מיירי בשור העומד להריגה מפני שהוא מזיק את הבריות וכמש"כ הרמב"ם ה' חובל ומזיק פ"ז ה' י"ג ובח"מ סי' שפ"ב סעי' א' ועיין ביאור הגר"א זצ"ל שם דשם מיירי שלא בזמן סנהדרין דאל"כ הא אסור להורגו דהא צריך לדונו בב"ד יע"ש ועכ"פ בשור הנרבע ליכא חיוב על הבעלים יותר מן על הכל וע"כ שפיר כתבו הראב"ד והרא"ש גבי פ' רבע שורי דכיון דהוי לחובה ע"כ אין עליו שם בע"ד רק תורת עד קרוב דהא לא הוי בעדותו שום חיוב והתחייבות עליו יותר מן על הכל ע"כ אמרו בזה עדות שבטלה מקצתה כו'. אבל אם מעיד ע"ע איזה התחייבות שפיר יש לדון בזה לשיטת הראב"ד והרא"ש והריב"ש דאמרינן בזה פלגינן דיבורא משום דדינו כמו בע"ד ממש כיון דמעיד ע"ע איזה התחייבות וכה"ג וזה דומה לאם מעיד ע"ע איזה חיוב בד"נ וה"ה בחיוב ושעבוד הגוף ע"ע בד"מ דמ"ש:

ולכן לדינא היכא דחתום הבע"ד בצירוף עדות אחרים וכמו הך דכתב הרמ"א בסי' ל"ו סעי' א' בשטר שחתם עליו בע"ד עצמו עם עדים אחרים דכתב הש"ך שם ס"ק ט"ו דאף בנתכוונו להעיד אינו פוסל משום דה"ל בע"ד וכנ"ל בארוכה. והנה התם בעובדא דהריב"ש דזהו מקור הך דינא של הרמ"א הנ"ל התם הא מיירי באופן דהוי זכות להבע"ד כמבואר בגוף תשובת הריב"ש למי שמעיין שם לכן שפיר כתב הש"ך שם דלא היה צריך הרמ"א לכתוב הטעם דלא נתכוין להעיד דהא בל"ז כיון דהוי נוגע לזכותו ה"ל בע"ד כו' אמנם היכא דחתום הבע"ד על השטר שכתוב עליו איזה חובה בזה הא נתבאר דכה"ג אין דינו כמו בע"ד אלא כמו עד פסול ואמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה כו' וכמו פ' רבע שורי כנ"ל וכ"ז אינו רק במעיד איזה ענין דהוי חובה לגבי' דלא הוי ענין התחייבות עליו אבל אם חתום הבע"ד על איזה התחייבות עליו כמו חוב וידוע שיטת הר"ת דיש שיעבוד הגוף על הבע"ח או בחיוב ע"ע מן מכירת דשלב"ל או התחייבות מן איזה מכירת חפץ וכה"ג דבזה ה"ל שפיר כמו בע"ד דהא מעיד על עצמו ממש ולא נתבטל עדות האחרים משום דזהו בכלל מקיימי דבר וכשיטת הראב"ד והרא"ש הנ"ל וכמו בפ' רבע שורי ונפ"מ לענין לטרוף מלקוחות והיכא דהוי חב לאחרים דאף דמהני הודאתו ע"ע כמאה עדים מ"מ במקום דחב לאחרים לא מהני מצד הודאת בע"ד כו' אלא עיקר השטר הוא מחמת שחתמו עליו עדים וכיון דאי נימא דהוי בזה נמצא א' מהם פסול כו' א"כ נתבטל עדות האחרים:

אבל אם הוא באופן דאין בו נמצא א' מהם פסול כנ"ל אז שפיר מהני ויש בו תורת דין שטר גמור לכל דיניו:

ולפ"ז שפיר כתב הרמ"א שם הטעם דלכן שטר שחתום עליו בע"ד כשר משום דלא נתכוין להעיד דתמה הש"ך דל"ל לזה הא בלא"ה אינו פוסל משום דה"ל בע"ד די"ל דשפיר כתב הרמ"א זה דנפ"מ אם הוא באופן דהוי חובה לגבי' שלא בתורת התחייבות וכה"ג רק הוא באופן שכתוב בשטר איזה מכירה לחפץ או לקרקע שלו שלא באחריות ובתורת חיוב רק מכירה בלבד דאם נימא דנתכוין להעיד אז פוסל להשטר מכירה ואין מועיל השטר לראי' [ונפ"מ אם יש לוקחים אחרים שיש בידם שטר מכירה בעדים כשרים המכחיש לשטר הלז דינתן החפץ ללוקח ב' משום דאין ממש בשטר הלז כיון דשייך בו נמצא א' מהם פסול] ואף דחתום עליו הבע"ד מ"מ הא זה הוי כמו פ' רבע שורי כיון דהוי חובה גבי' ולא הוי בתורת בע"ד רק כמו עד קרוב. אלא אם כתוב בשטר איזה התחייבות וחיוב עליו בזה הוי כמו בע"ד ואמרינן בזה פלגינן דיבורא ומתורץ שפיר קושיות הש"ך מעל הרמ"א בזה דהוי נפ"מ מזה אף לשיטת הראב"ד רק במה דס"ל להש"ך דהיכא דהוי נוגע לזכותו דהוי בע"ד בזה שפיר כתב הש"ך ולא כהתומים בזה. והש"ך שכתב כן בפשיטות משום דהא הרמ"א הוציא דינו מן הריב"ש ושם הא מיירי עובדא של הריב"ש דהיה זכות להבעלים כמבואר שם וע"כ קיצר הש"ך בזה אבל לדינא שפיר י"ל דהיכא דהוי חובה להבעלים יש לחלק כנ"ל ומתורץ קושייתו על הרמ"א דהא הוי נפ"מ ממש"כ הרמ"א דלא נתכוין להעיד דיהיה כשר השטר בכל גווני הנ"ל. דאף אם הוי כתוב שם איזה חובה שלא בתורת התחייבות דיש בזה פסול דנמצא א' מהם פסול כמו פ' רבע שורי אפ"ה כשר משום דלא נתכוין להעיד וכ"ז נלע"ד לדינא כי קיצרו האחרונים בכ"ז והעיקר כמש"כ וכ"ז הוא לשיטת הראב"ד בפירושו להא דבמקיימי דבר כו' אבל לפי' התוס' במכות ד' ו' דהעיקר הוא דלפי דאינן הולכין לב"ד להעיד ע"כ ליתא לכ"ז והוי ספיקא דדינא בעיקר כלל הנ"ל:

ענף ד:

פלוגתת הריב"ש והש"ך בכ"ז דהריב"ש ס"ל דלא אמרינן תחלתו בפסלות היכא דלא דיינינן בי' נמצא א' מהם פסול כו' והש"ך העלה דאף היכא דלא אמרינן נמצא א' מהם פסול כמו בבע"ד וכה"ג עכ"ז דיינינן להפסול דתחלתו בפסלות ולכן במעיד לאשתו שגירשה לא מהני והא דסילוק מהני הא יש שם טעמים אחרים נלע"ד להוכיח כהש"ך מהא דכתובות ד' כ"ח דכולם אם הי' עבד ונשתחרר אינו נאמן ריב"ב אמר נאמן ופליגי אי דייק אי לא דייק ומשמע דריב"ב לא פליג אלא בהנך דמונה התם דהוי מדרבנן ורוב

נשים בתולות נישאת אבל בשארי מילי דלא שייך כן גם ריב"ב מודה דאינו נאמן משום דהוי תחלתו בפסלות וביותר מבואר בתוספתא פ"ה דסנהדרין כו' דפסול משום תחלתו בפסלות והש"ך סי' ל"ה ס"ק ז' הביא להך תוספתא בקצרה יע"ש. והא דלא אמרו שם הטעם דלא דייק י"ל בזה כמש"כ השער המשפט בסי' ל"ה ס"ק ג' דאם יש עליו שם עד כשר מהימן ולא מיפסל משום פסול דלא דייק יעו"ש:

והנה בסוף סי' ל"ו כתב האו"ת בס"ק י"א דבאשה לא שייך למיפסל משום נמצא א' מהם פסול משום דלא הוי' בר עדות כלל א"כ ה"ה עבד לא שייך למיפסל בי' משום א' מהם פסול לבטל עדות האחרים ואפ"ה חזינן דדיינינן בהו תחלתו בפסלות לפסול עדותו א"כ מוכח מזה כהש"ך דלא תלינן אותם בהדדי אלמא דאף היכא דלא שייך נמצא א' מהם פסול כו' מ"מ דנינן תחילתו בפסלות וכן יש להוכיח מהא דסוף פ"ב דכתובות ד' כ"ח דאלו נאמנין להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן כו' דמשמע דעל שארי מילי אינן נאמנין להעיד בגודלן מה שראה בקטנותו משום דה"ל תחלתו בפסלות וכמש"כ התוס' בכתובות ד' י"ח ד"ה מלוה גופי' מידק כו' והנה הנתיבות בסי' ל"ו ס"ק יו"ד כתב למילף מן מש"כ האו"ת דאשה אין עלי' שם עד פסול לבטל עדות האחרים דה"ה קטן אינו פוסל עדות אחרים יע"ש ואפ"ה חזינן דקטן והגדיל וכן ביותר הא דמבואר בתוספתא סנהדרין הנ"ל דמיפסל משום תחלתו בפסלות. א"כ מוכח מכל זה כהש"ך דהם שני ענינים נפרדים: ותחלתו בפסלות לעולם דיינינן כיון דהוי בעת ראיות עדות בשם פסול יהיה מאיזה טעם שיהי' עכ"פ הא לא קרינן בי' או ראה. וכמש"כ הרשב"ם ב"ב ד' קכ"ח ע"א ד"ה בפסלות כו':

וכן יש להוכיח מהא דב"ב שם דנשתטה וחזר ונשתפה משמע דמיפסל משום תחלקו בפסלות וכן מבואר בתוספתא פ"ה דסנהדרין בפירוש דאם הי' חרש או שוטה ונתפקח ונשתפה דפסול משום תחלתו בפסלות ומונה זה שם בכלל שארי פסולים מחמת תחלתו בפסלות יע"ש והדעת נותנת דבשוטה וחרש לא שייך למיפסל בי' משום נמצא א' מהם פסול וכעין דברי האו"ת והנתיבות הנ"ל ועיין בשבת ד' קנ"ג דאמרו לשוטה וקטן לשוטה כו' ובחרש וקטן כו' לחרש יהיב לי' דקטן אתי לכלל דעת כו' אלמא דחרש ושוטה גרועים מקטן ואפ"ה אמרו בהו פסול דתחלתו בפסול כנ"ל] ועיין באו"ת סי' ל"ה ס"ק ו' שכתב דהרמב"ם כתב דשוטה פסול לפי שאינו בכלל מצות והלח"מ כתב משום דלאו בני דיעה הוי ולמש"כ האו"ת שם ס"ק ז' בפסול חרש דיליף בתוספתא מן ושמע פרט לחרש כו' וע"פ הטעמים הנ"ל יש לדון בכל הנ"ל וקצרתי] א"כ מוכח מכל הנ"ל כהש"ך דפסול תחילתו בפסול שייך בכל הפסולים לעדות ועיין מזה לקמן סי' ל"ה ויש לעיין מזה ב"ק

ד' פ"ח תוס' ד"ה והא עבד כשר כו' ובפ"ק גיטין ד' ט' ברש"י ותוס' שם והגהות אשר"י לגיטין שם ובמהרי"ק סי' קכ"א ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ה' ענף ו' מזה וקצרתי: (שם סעי' ט"ז) י"א שהנשבע להכחיש העד העד ואותו שנשבע לו מצטרפין לפוסלו ועיין מזה לעיל בחידושי לסי' ל' סעי' ב' ענף ג' מש"כ שם והנה בבע"ד המעיד עכשיו לא שייך לדון בזה עדות שבטל מקצתו בטל כולו דהא בפסול נוגע ובע"ד לא דיינינן כן וכן בע"א המעיד לפוסלו לא שייך בזה לדון בטלה מקצתו דהא אינו נאמן להוציא הממון מהנתבע דמ"מ לא שייך לומר בזה בטל מקצתו דהא חזי הע"א להצטרף לעוד עד אחד ולא מקרי בטל מקצתו וכמש"כ לעיל בסי' ל' סעי' ב' וכש"כ אי נימא כמש"כ לעיל שם לשיטת הטור די"ל דאף הע"א צריך להעיד מחדש שנית. וכיון דעיקר עדותו עכשיו הוא רק לפסול את הנתבע משום שנשבע לשקר ואין בא עכשיו להעיד לחייבו ממון ע"כ לא קרינן בזה בטל מקצתו דהא אין אנו דנין עכשיו על חיוב ממון רק על פסולו וכן י"ל בהא דלקמן סעי' כ"ח ברמ"א מה שמצרפין עדות מיוחדת לפוסלו וקצרתי וכ"ז פשוט ועיין לעיל בחידושי לסי' ל' סעי' ה' מש"כ לדון שם בעדות מיוחדת שאכל משני מיני איסורים די"ל דאינן מצטרפין לפוסלו. (שם סעי' כ"ט) בש"ך (ס"ק ל"ג) דהפסולים בעבירה שחזרו בתשובה כשרים ולא בעינן בזה תחלתו בכשרות עב"ל והאו"ת ס"ק כ"ח תמה על הש"ך מן תוספתא דסנהדרין פ' ה' דהי' יודע עדות כשהי' סוחר שביעית וחזר בו פסול עד שלא נעשה סוחר שביעית כו' כשר הואיל ותחלתו בכשרות הרי להדיא דאף בפסול רשע מדרבנן בעינן תחלתו בכשרות ותוספתא הנ"ל הי' בלי ספק בהעלם דבר מהרב הש"ך באותו שעה שוב ראיתי שהש"ך גופא סוף סי' ל"ה חזר בו ודעתו נוטה דאף פסול רשעות בעי תחלתו בכשרות עכ"ל האו"ת:

ענף א:

וכדי שלא נשווי' לאדונינו הרב הש"ך לטועה נ"ל ליישב דבריו והוא כי עיקר סברת הש"ך בזה דס"ל כמש"כ המרדכי פ' חזקת הבתים דבפסול ממון לא בעי תחלתו בכשרות וטעם א' משום דבידו לסלק וה"ה בפסול רשע דבידו לשוב בתשובה וכל רגע בידו לחזור מרשעתו כמש"כ התומים בס"ק הנ"ל ומבואר בסנהדרין ד' כ"ה ע"ב דסוחרי שביעית מתכשרי משתגיע שביעית אחרת ויבדלו לא חזרת דברים בלבד אלא חזרת ממון כיצד כו' ופירש רש"י דבעי חזרה נכרת שיפזרו פירות שביעית שבגנותיהן לעניים וכן מבואר בח"מ סי' ל"ד סעי' ל"ב בסמ"ע שם ולפי"ז שאני פסול סוחר שביעית דהא היכא דעבר שנת השביעית לא שייך בזה לומר בידו לעשות תשובה דהא צריך להמתין על שנת שביעית הבא. ואז מצי להיות כשר לעדות אם יעשה תשובה זו בשנת שביעית הבא

ולא מקודם א"כ י"ל דכוונת התוספתא הוא אם הי' ראיות העדות לאחר שנת שביעית ואז אינו בידו לחזור ולשוב בתשובה להיות כשר לעדות וי"ל דבשנת השביעית גופא כשחזר בו וודאי כשר אף שהיה תחלתו בפסלות דאז מקרי בידו לחזור בתשובה וכמו כל פסולי רשע. וכעין חילוק זה מצינו בבכורות ד' מ"ט בפודה בנו בתוך שלשים יום ונתאכלו המעות דס"ל לשמואל דאין בנו פדוי משום דלא דמי לקידושי אשה דאע"ג דנתאכלו המעות הוי קידושין משום דהתם בידו לקדשה מעכשיו משא"כ בפודה בנו דאין בידו לפדותו מעכשיו אלמא דמצינו דאף דאינו אלא מחוסר זמן וכשיגיע הזמן יהיה בידו לעשות כן מ"מ כיון דבתוך הזמן לא הוי בידו לעשות כן מקרי אינו בידו ואף לרב דפליג התם בבכורות וס"ל דאף דנתאכלו המעות בתוך ל' יום בנו פדוי מידי דהוי אקידושי אשה ולא מחלק בחילוק דמחלק הש"ס כנ"ל משום דס"ל דמחוסר זמן אינו כמחוסר מעשה כדמצינו להמל"מ בפ"ד ה' אשות בקטן שקידש שיחולו הקידושין לכשיגדל דמועיל בקידושין משום דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה יעו"ש. מ"מ שאני התם בפדיון דמעכשיו בידו לעשות מעשה הפדיון באופן שלא יתאכלו המעות ויהיו מונחים בעין עד זמן ל' יום דאז לא מקרי מחוסר מעשה אלא מחוסר זמן וכיון דזמן ממילא קא אתי ע"כ לא הוי מחוסר מעשה דהא בכה"ג אם יגיע סוף ל' יום יהי' ממילא פדוי בלא שום מעשה משא"כ בפסולי סוחרי שביעית דאף דזמן ממילא קא אתי מ"מ כשיגיע שנת שביעית דלהבא לא יהי' מתכשרי ממילא עד דיפזרו פירות שביעית שבגנותיהן לעניים כמש"כ רש"י והסמ"ע בסי' ל"ד כנ"ל. ע"כ זה מקרי מחוסר מעשה דאינו בידו לעשות עכשיו שום אופן דיהי' מוכשר לעדות. ע"כ באמצע השביעית מקרי מחוסר מעשה ואינו בידו לכן מקרי שפיר תחלתו בפסול לכו"ע:

ועיין בשער המלך פ' כ"ב ה' מכירה ה"ט דכתב בשם המהרי"ק דס"ל דאף מחוסר זמן מקרי דשלב"ל כמו מחוסר מעשה ולא ס"ל כשיטת המל"מ הנ"ל ועוד דהא מצינו בפסולי עדות דבעי תחלתו בכשרות דאף מחוסר זמן מקרי ג"כ תחלתו בפסול דמה"ט אינו נאמן להעיד בגדלותו מה שראה בקטנותו כ"א במידי דרבנן כמבואר בכתובות ד' כ"ח ובח"מ סי' ל"ה והטעם משום דהוי תחלתו בפסול כמבואר שם ברמב"ם פ' י"ד ה"ע ה"ב דלכן אין נאמן להעיד בגודלו מה דראה בקטנו משום דהוי תחלתו בפסול אלמא דאף דבקטן שקידש באופן דיחולו הקידושין לכשיגדיל ס"ל להמל"מ בשיטת רש"י ביבמות דכיון דזמן ממילא קא אתי לא הוי דשלב"ל כנ"ל. מ"מ גבי פסולי עדות מקרי כה"ג תחלתו בפסול כנ"ל וכש"כ בנ"ד דבעי שיעשה מעשה בשנת השביעית כנ"ל וודאי דמקרי בתוך אמצע שביעית תחלתו בפסול ומצינו בזבחים ד' קי"ב דמחוסר זמן מקרי אינו ראוי לאהל

מועד ואינו חייב עליו משום שחוטי חוץ ור"ש דס"ל התם דעובר בל"ת יליף הש"ס התם ד' קי"ד מאיזה דרשה וכן בפסולי עדות דמבואר בב"ב ד' קכ"ח דתחלתו בפסול לא מהני כמש"כ הרשב"ם שם משום דבעי או ראה דיהי' ראוי לעדות בעת ראי' ע"כ אף מחוסר זמן מקרי תחלתו בפסול כ"ש בנ"ד דמקרי מחוסר מעשה כנ"ל לכו"ע: ע"כ בכה"ג אף לשיטת הש"ך פסול ואדרבא מהתוספתא הוא סייעתא לשיטת הש"ך מדנקטו בלשונם פסול סוחרי שביעית דוקא משמע דרק בזה שייך תחלתו בפסול לפוסלו משא"כ שאר פסולי עדות אף בתחלתו בפסול ג"כ כשר וכשיטת הש"ך ובזבחים ד' צ"ט אמרינן דקטן מקרי אינו ראוי לחיטוי וזהו ג"כ כנ"ל ולא אמרינן הא אתי לכלל חיטוי כמו בב"מ ד' ע"ב דאמרו אתי לכלל שליחות ויש לחלק ביניהם:

ענף ב:

והתומים שם תמה על הש"ך עוד מן דברי הרא"ש פ"ב דגיטין סי' כ"ו דכתב שם בשם ה"ר מאיר הלוי דשלוחים על הגט דהי' פסולין כשנתמנו לשלוחים וחזרו בתשובה קודם שמסרו לאשה דכשרין כו' ולא בעינן תחלתו בכשרות מידי דהוי אפתוח ונסתמא כו' ועיין בתוס' גיטין ד' כ"ג ד"ה וה"ה כו' אלמא דדוקא בעדות אשה דהקילו אף בפתוח ונסתמא כשר ג"כ ברשע דחזר בתשובה. אבל היכא דפסול פתוח ונסתמא פסול ג"כ רשע וחזר בתשובה. א"כ מבואר דלא כהש"ך וכן מצאתי למחנה אפרים ה' עדות סי' י"ד דתמה על הש"ך בזה. ולכאורה רציתי לומר לפמש"כ הש"ך בסי' ל"ז ס"ק ל"ב דהביא שיטת כמה ראשונים דס"ל דאף בפסול נוגע פסול לעדות אף אחר הסילוק משום דגם זה מקרי תחלתו בפסול והביא כן בשם הרא"ש בתשובה כלל נ"ח דכתב בשם ה"ר מאיר דס"ל כן א"כ י"ל דה"ר ר' מאיר דכתב הרא"ש בשמו בפ' ב' דגיטין דלא הקיל ברשע שחזר בו רק בשלוחים על הגט משום דהא עיקר הך מילתא דכתב הש"ך ברשע דחזר בתשובה דכשר זהו נלמד מן הך דינא דסילוק מהני כמש"כ התומים בשם המרדכי משום דדבר שבידו להכשיר א"ע לא שייך תחלתו בפסול:

א"כ לשיטת ה"ר מאיר דהובא בתשובת הרא"ש דס"ל דסילוק לא מהני להיות כשר לעדות:

אלמא דאף דבר שבידו לא מהני ע"כ לא הכשיר הר"מ ברשע דחזר בו רק בשלוחים על הגט ולדידן דקיי"ל בסי' ל"ג דסילוק מהני משום דבר שבידו כנ"ל שפיר כתב הש"ך להכשיר ברשע דחזר בו אבל באמת ז"א דהא הך דפ"ב דגיטין הובא בשם ה"ר מאיר הלוי ואלו בתשובה הוא ה"ר מאיר ב"ר ברוך דחיבר תשובת מהר"ם מרוטינגבארג כפי המובא בסי' תתקצ"ה דס"ל דסילוק לא מהני וכן בהגהות מיימוני ה' עדות כמהו"ר בש"ך סי'

ל"ז א"כ עדיין תקשה קושיות המח"א והתומים על הש"ך בזה ובפרט דהרא"ש הסכים לדבריו בפ"ב דגיטין בזה והרא"ש גופא פסק בב"ב ד' מ"ג דסילוק מהני ע"כ שפיר הקשו: והעיקר מה דנלע"ד בזה דזה תלוי בשיטת הרי"ף והר"ח בכתובות ד' כ"ב בשלשה שישבו לקיים את השטר וקרא ערעור על א' מהם כו' דמסיק הגמ' דקאמרי ידעינן בי' דעבד תשובה וכתב הר"נ שם דנראה מדברי הרי"ף ומן הר"ח דגזלן לא מתכשר עד שהעידו עליו בב"ד דעשה תשובה וכל שטרות דחתם בנתיים פסולים דהא ההיא שעתא פסול היה אבל הדבר תמוה בוודאי אין עדות מכשירתו וכיון דהעידו עליו דעשה תשובה איגלאי מילתא כו' לפיכך נראין יותר דברי רש"י ז"ל עכ"ל הר"נ והובא בש"ך סי' מ"ו ס"ק ס"ו ובסי' ל"ד ס"ק ל"ד והכרעת הש"ך כהר"נ אך דכתב דאפשר לומר דגם הרי"ף והרמב"ם מודו לזה יעו"ש ואי נימא דרשע לא מתכשר עד שיבורר הכשירו בב"ד ולא מתכשר רק מאותו העת ומבואר בסוטה דף כ"ה ע"ב בתוס' ד"ה לאו כגבוי דמי דאף למ"ד כבצורות דמי וכל העומד לזרוק כזרוק דמי וכן כל העומד לפדות כו' דהכא כ"ע מודו דלאו כגבוי דמי שהרי צריך דיינים ולאו בידו כדאמר בקידושין ד' ס"ב דלאו בידו משום דמי יימר דמזדקקי לי' תלתא כו' יע"ש:

ומזה נסתר תי' השני שכתבתי בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' ענף ב' לתרץ מה דהקשיתי שם מהא דקידושין על שבת ד' מ"ו והעיקר כהתי' הא' דכתבתי שמה וחזינן דאף במה דנצטוו הב"ד להוציא גזלה ולהגבות החוב ע"פ מצות עשה דבצדק תשפוט עמיתך ולא יהיה הלוה בכלל לוה רשע כו' אפ"ה אמרו דזה מקרי אינו בידו דמי יימר דמזדקקי לי' א"כ ה"ה בנ"ד בהכשר העדות דכיון דאף דעשה תשובה לא מתכשר עד שיבורר בב"ד ועד אותו העת לא מתכשר א"כ זה מקרי לאו בידו דהא אף במה דנצטוו הב"ד ג"כ מקרי לאו בידו' לכן אף דנימא דסילוק מהני בפסול נוגע משום דזה הוי בידו לחד טעמא כמש"כ התומים שם עכ"ז ברשע דחזר בו י"ל דזה מקרי לאו בידו דמי יימר דמזדקקי לי' ב"ד על הגב"ע לקבל עדות ולהכשירו ובפרט בעת ראיית העדות בוודאי שייך על אותו העת לדין דאז הוי לאו בידו דמי יימר דמזדקק לי' תלתא באותו העת. וע"כ מקרי בעת ראיות העדות בשם תחלתו בפסול דאז וודאי לא הוי בידו לברר הכשירו בב"ד אף דיעשה תשובה אז וזה בוודאי אין סברא לומר דהוי בידו לעשות תשובה בב"ד לעיניהם דהא גם בזה שייך לומר מי יימר דמזדקקי לי' כמו דאמרינן כן על קבלת עדות ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ח' ענף ב' דקבלת עדות מקרי מחוסר מעשה משום מי יימר דמזדקקי לי' כנ"ל ועוד דאם ילך לב"ד לעשות תשובה בפניהם א"כ לא יהיו יכולין לראות ענין העדות אז] אבל להכרעת הש"ך דרשע מיכשר מעת שיעשה תשובה

אף דלא נתברר עדיין בב"ד שפיר ס"ל לדמות רשע דחזר בו לפסול נגיעה דמועיל סילוק משום דבר בידו וה"ה בפסול רשע מקרי דבר בידו לעשות תשובה ואז תיכף אחר עשייתו לתשובתו מתכשר מיד ע"כ אין זה תחלת בפסול ועדיין יש לעי' בב"ק ד' ל"ו בתוס' ד"ה שור שנגח כו' דיש בידו להביא עדים כו' והא בעי ב"ד ומקרי אינו בידו כו' אבל לפמש"כ הרשב"א בחידושיו שם ניחא:

ולפ"ז י"ל דהרא"ש דהביא בכתובות ד' כ"ג גבי שלשה שישבו לקיים השטר וקרא ערער על א' מהן שיטת הרי"ף והר"ח יעו"ש ואף דהש"ך בסי' מ"ו ס"ק ס"ו כתב דאין הכרע מהרא"ש אי ס"ל כשיטת הרי"ף והר"ח או כפי' רש"י מ"מ כיון דהביא שם שיטת הרי"ף ג"כ אלמא דלא הכריע ביניהם ולשיטת הרי"ף מוכרח לומר כמש"כ הר"ן והריטב"א שם דס"ל דרשע לא מוכשר רק מאותו העת שיבורר הכשירו בב"ד ע"כ שפיר יש לדון דאף דנימא דסילוק מהני משום דבר בידו עכ"ז ברשע שחזר בו מקרי לאו דבר שבידו כו' וע"כ הוכרח הרא"ש לומר בפ"ב דגיטין להכשיר ברשע שחזר בעת מסירת הגט דמידי דהוי אפתוח ונסתמא משום דלעדות בממון וכה"ג יש לדון לשיטת הרי"ף והר"ח דהובא בראש פ"ב דכתובות די"ל כמש"כ הר"ן אלייהו דלא מתכשרי עד שעת הבירור בב"ד א"כ לפי"ז בעדות ממון וכה"ג היכא דבעי ב' פסול רשע דחזר בו משום תחלתו בפסול דהא זה הוי דבר דאינו בידו משום דמי יימר דמזדקק לי' תלתא כנ"ל ע"כ הוכרח לומר בשליח הגט להקל לכ"ע משום מידי דהוי אפתוח ונסתמא אבל הכרעת הש"ך גופא דאף מקודם שיבורר בב"ד מתכשר ולאחר שנתברר אמרינן דאגלאי למפרע דהי' כשר מעיקרא א"כ הוי הכשירו לעדות משום דבר שבידו ודומה להך דסלוק מועיל להך טעמא דיש להכשירו משום דבר בידו ושפיר כתב הש"ך ואין להזניח דעת הש"ך בזה. ועי' בשבת ד' מ"ו ובתוס' שם וכן יש לתרץ עפ"ז קושיות האו"ת שם מהא דכתובות ד' י"ח פסולי עדות היינו כו'. וע"פ מש"כ יש ליישב מה דהיה קשה לי בהא דזבחים ד' י"ב וסנהדרין ד' מ"ז דא"ר יוחנן אכל חלב והפריש קרבן כו' וחזר בו הואיל ונדחה ידחה כו' ואי אשמעינן הכא משום דאין בידו לחזור אבל הכא דבידו לחזור אימא לא צריכא עכ"ל הגמ' וקשה לי דלפי מה דאמר רב אשי בזבחים ד' ל"ד דכל מה שבידו לא הוי דיחוי א"כ תקשה עליו ממימרא דר' יוחנן דאמר הואיל ונדחה ידחה הא בידו לחזור ולעשות תשובה והתוס' בזבחים שם בד"ה כל שהוא בידו כו' הרגישו בזה ותירצו זה בדוחק כמבואר שם ועיין בסוכה ד' ל"ג בד"ה נקטם כו' והנראה לי בזה בהקדם המבואר בנימוקי יוסף ביבמות פ"ד והובא ביו"ד סוף סי' רס"ח דמופרש שחזר בו יש לו לקבל דברי חבירות בב"ד וליטבול ועיין בביאור הגר"א זצ"ל שם ואף דהנימוקי יוסף שם כתב בלשונו דאין זה

לעיכובא אך בלשון הרמ"א ביו"ד סי' הנ"ל משמע דזה הוא מדינא ועיין בחו"מ סי' ל"ד סעי' כ"ב בהגהות הרמ"א דמופרש שחזר בו וקיבל עליו תשובה כשר מיד אע"פ שלא עשה עדיין והסמ"ע הסביר שם בשם התה"ד דכיון דיש להם כל התאות וזה בא להבדיל ולקבל תשובה לא החמירו עליו ומוחזקים שבוודאי יעשה תשובה שלימה ע"ש. ובש"ך שם ס"ק כ"א והבית מאיר באה"ע סי' י"ז סעי' וא"ו הסביר דבריו דבעי עכ"פ תשובה בפני ב"ד בקצת סיגופים ובתענית שסידרו לו ב"ד וכל זמן שלא בא לב"ד הוי כטובל ושרץ בידו יעו"ש מה שהביא כן בשם המהרי"ק ועיין בבכורות ד' נ"ו דמטמא למתים סגי במקבל עליו שלא יהיה מטמא למתים ובנושא נשים בעבירה שאני דיצרו תוקפו ואכמ"ל. ובאמת לפי המבואר ביו"ד ס" הנ"ל משמע דלא מתכשר לעדות עד שיקבל עליו דברי חברות בב"ד וטבילה כמש"כ הגר"א זצ"ל סמך לזה מאדר"נ עיין שם וה"ה דאין מקבלין ממנו הקרבן כ"ז שלא קיבל בפני ב"ד כנ"ל וכיון דבעי קבלת חברות בב"ד א"כ מקרי הכשירו כמו דבר שאינו בידו משום מי יימר דמזדקקי לי' ואף באינם עושים הב"ד איזה מעשה אפשר דשייך ג"כ מי יימר כו' וגם דזה מקרי קצת מעשה דהב"ד מחוייבים להזהירו כו' א"כ שייך בזה הך מי יימר כו' ולכן אליבא דאמת לא שייך לומר בידו לחזור במופרש וע"כ אמרו הואיל דנדחה ידחה וכבר נתבאר לעיל דאף מצוה שמחוייבים ב"ד להזדקק אמרינן ג"כ מי יימר דמזדקקי לי' כו' אך קצת יש לחלק עדיין בזה דשאני חזרתו דבזה מחוייבים הב"ד להזדקק ביותר וקצרתי:

ולפי מה דנתבאר דאינו סתירה לדברי הש"ך מהרא"ש דפ"ב דגיטין דשפיר כתב הש"ך לשיטתו להכשיר דזה מקרי דבר שבידו אלא דמצינו בתוס' זבחים ד' ל"ד בד"ה כל שבידו דהפריש קרבן כו' חשיב לדבר שאינו בידו כיון דאין דעתו לחזור כו' אלמא דס"ל להתוס' דהיכא דאין דעתו לחזור לא חשיב מידי דתשובה לדבר שבידו והתוס' בסוכה ד' ל"ג ד"ה נקטם מעי"ט כתבו דצריך לחלק בדברים ויש להאריך בכ"ז א"כ ה"ה י"ל ברשע דחזר בתשובה לא מקרי דבר שבידו כיון דלא היה אז בעת ראיות העדות דעתו לחזור ומקרי תחלתו בפסול אמנם לפמש"כ לתרץ קושיות התוס' בזבחים הנ"ל ניחא די"ל דשאני היכא דצריך קבלות חברות בב"ד וטבילה כנ"ל ע"כ מחשב זה לדבר שאינו בידו משא"כ פסולי עדות לשיטת הש"ך הנ"ל:

ועוד יש לחלק אף לשיטת התוס' הנ"ל בין מופרש לשארי פסולי עדות לפמש"כ הסמ"ע בח"מ סי' ל"ד ס"ק נ"ד בשם התה"ד דשאני היכא דמעורב ויש לו כל התאוות כנ"ל ע"כ קשה מאוד תשובתו בזה וע"כ הקילו בו כנ"ל וכמבואר בעו"ג ד' י"ז כה"ג דאם ישובו לא ישיגו אורחות חיים כו' ואם שבין ממהרין למות מתוך צרה וכפיית יצרם כמבואר שם

בפי' רש"י וכיון דאבק בהו טובא דמיא למה דמבואר שם ולכן קשה תשובתו ע"כ אם אין בדעתו לחזור מקרי תשובתו לדבר שאינו בידו משא"כ בשארי פסולי עדות מחמת עבירה שפיר מקרי דבר שבידו ועפי"ז יש לדון בהא דאה"ע סי' י"ז סעי' ו' בט"ז שם והתוס' בזבחים שם כתבו דהיכא דאיכא מצוה לבטל הדיחוי שפיר אמרינן בידו א"כ ברשע הא מצוה לעשות תשובה א"כ כש"כ מן סילוק דמועיל דהא בסילוק אינו מצוה בזה ואפ"ה אמרו בידו כש"כ ברשע דחזר בו כו':

ענף ג:

ועוד תמה התומים בסי' ל"ד על הש"ך מהא דב"ב ד' קכ"ח וח"מ סי' ל"ג בהי' יודע לו עדות כשהי' חתנו ומתה בתו דפסול דאלמא דאף דהוי ביד חתנו לגרש אשתו כמבואר בכולי ש"ס דגירושין מקרי דבר שבידו אפ"ה פסול אם היה תחלתו בפסול אלמא דאף היכא דהיה דבר בידו לאכשורי לעדות אפ"ה מקרי תחלתו בפסול עכ"ל התומים ולכאורה אפשר לומר דהך נעשה חתנו קאי על הבע"ד ולא על העד א"כ ביד העד דהוא חותנו של הבע"ד לא הוי דבר שבידו ואפשר דדוחק לפרש כן כוונת הש"ס דהא זה לשון הגמ' שם ונעשה חתנו פתוח ונסתמא כו' דפתוח ונסתמא קאי על העד גופא א"כ ה"ה הך ונעשה חתנו משמע ג"כ דקאי על העד גופא ושפיר הקשה התומים ואפשר לומר בזה לפמש"כ בקונטרס א' שכתבתי בענין זכוי הגט במקום יבם לפרש דהא דאמרו יש לו בנים נאמן במיגו דבידו לגרשה דהכוונה דוודאי תתרצה להגט כדי דלא תפול קמי יבם אבל לגרש בע"כ מלבד דאסור אין זה בידו כמבואר בגיטין ד' י"ב גבי עבד דאי זרק לי' שבק לי' וערק ואזיל לעלמא [ואין יכול לזכות לה בע"כ וכן שייך לומר גבי אשה כמבואר במהרש"א ומהרש"ל ומהר"ם שיף שם ודלא כהמל"מ פ"ג ה' יבום וכמו שכתבתי שם בארוכה א"כ לא מבעיא היכא דלא היתה אשתו שם בעת ובמקום ראיות העדות וודאי דלא מקרי בידו לגרשה ואף בהיתה שמה עכ"ז אין זה מקרי בידו כ"כ דהא יכולה לברוח ע"כ אין זה בידו גמור ואין מזה סתירה לשיטת הש"ך והארכתי הרבה עפ"ז בקונטרסי על אה"ע וע"כ שפיר פסק הש"ך בסי' ל"ג ס"ק יו"ד דעדות שראה לאשתו מקודם דנתגרשה פסול להעיד אף אחר דנתגרשה ע"ש דמשמע דאף בזמן הש"ס דיכול לגרשה בע"כ ג"כ אין זה בידו גמור והא דמצינו באומר פ"פ מצאתי דנאמן לאוסרה ולא אמרינן בזה דהא משועבד לה כדמצינו באשה האומרת טמאה אני לך בסוף נדרים דכתב הר"נ שם דאינה נאמנת לשוי' נפשי חד"א משום דמשועבדת לבעלה וע"כ שא"ה בפ"פ משום דבידו לגרשה ואף דלפמש"כ אין זה בידו גמור דהא יכולה לברוח עכ"ז שא"ה דלענין מה דמשועבד לה אין שעבודא אלים כ"כ ויכולת בידו למיפטר מכל חיוב תנאי

כתובה ועונה באם ישליש גט וכתובה כמבואר בכתובות ד' נ"א דאם אמר הרי גיטה וכתובתה תרפא א"ע רשאי ובאה"ע סי' ע"ז וסי' ע"ט ועוד דכשתבא לתבוע מהבעל חוב אישות ותנאי כתובה אז יכול לזרוק לה הגט בע"כ וכן הא דגיטין דף מ"ט דאשה יוצאת שלא לרצונה וי"ל ג"כ כנ"ל וע"כ עדיין י"ל דלגבי נ"ד אין זה מקרי בידו לגרשה כ"כ משום דמצית לברוח כמו גבי עבד ועיין בכתובות ד' ע' דמדמי הגמ' שעבוד הבעל שיש לו על האשה לשעבוד האשה שיש לה על הבעל דהש"ס מקשה שם וכיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה כו' והא תנן קונם שאיני עושה לפיך כו' ולא מחלקינן דשאני שעבוד הבעל דבידו לפטור ולגרשה בע"כ ויש לחלק בין הא דפ"פ לדהתם:

אך הר"נ ריש פ' המדיר כתב לתרץ שם שיטת הרמב"ם דשאני שעבוד הבעל דלא אלים כ"כ דיכול לגרשה ע"ש והדברים ארוכים ואכמ"ל:

ולפי מה שנתבאר לעיל דעיקר סברת הש"ך להכשיר ברשע דחזר בתשובה משום דזה הוי בידו כו' כנ"ל ע"כ יש לדון בגזלן דצריך השבה דהיכא דאין לו ממון בעת ראית העדות דאפשר דזה מקרי אינו בידו דהא הוי מחוסר ממונא כמש"כ הר"נ בפסחים והובא במג"א סי' תמ"א ס"ק ג' דהיכא דמחוסר ממונא לא אמרינן הואיל וכמש"כ בארוכה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' ענף ב' מזה עי"ש [ועיין במנחות ד' ק"ב דס"ל לרב אשי שם דאי בעי פריק אמרינן ואי בעי הוי זריק לא אמרינן ויש לחלק] וכן יש לדון בעד זומם דמבואר בח"מ סימן ל"ד סעי' ל"ה דתשובתו הוא שילך למקום שאין מכירין אותו ונתנו לו ממון חשוב להעיד שקר ולא רצה דזה י"ל דאינו בידו כ"כ ואף די"ל דיוצא ידי תשובה אף היכא דלא הזדמן לו כזה. וכדמצינו בקידושין בע"מ שאני צדיק דאמרינן שמא הרהר תשובה מ"מ לעדות לא מתכשר עד שיעשה תשובה כמבואר בסי' ל"ד תשובת כאו"א משום דחשו חז"ל שמא איערומי קמערים והוא בחזקת פסול לעדות עד שיעשה תשובה גמורה כמבואר שם. א"כ כל הנך וכעין זה דאי' שם גבי חזרת טבח דיש לדון דכ"ז אין זה בידו גמור וע"כ אפשר דגם הש"ך מודה בזה דזה הוי תחלתו בפסול משום דאין בידו להכשיר א"ע לעדות ומה דנקט הש"ך בלשונו שם דכל הפסולים מחמת עבירה כשחזרו כשירין כו' י"ל דלאו דוקא נקט כן ואף את"ל דדוקא נקט כן מ"מ לדינא יש לחלק בין פסולי עבירה היכא דהוי בידו לשוב בתשובה ובין היכא דאינו בידו לעשות תשובה המחוייב על אותו עון כדי להיות כשר לעדות ולפ"ז י"ל בקצרה דאין סתירה מדברי הרא"ש דפ"ב דגיטין סי' כ"ו המובא לעיל בשם המח"א והתומים די"ל דשם מיירי בפסול מחמת עבירה היכא דאין בידו לעשות תשובה להיות כשר לעדות ואין זה בידו גמור וע"כ הוצרך להכשיר בשלוחים על הגט מידי דהוי אפתוח ונסתמא דנפ"מ לכל זה

ולסוחרי שביעית משא"כ היכא דהוי בידו לעשות התשובה ולהיות כשר לעדות עדיין יש לדון דזה דומה להך דסילוק דמועיל ולחד טעמא הוי הטעם התם משום בידו לסלק כנ"ל ע"כ אין להזניח דעת הש"ך בזה:

אך לפי מה דמצינו דהש"ך גופא חזר בו בסי' ל"ה ס"ק ז' ע"ש ע"כ לדינא קשה לסמוך על הש"ך בסי' ל"ד הנ"ל אבל אי לא הוי חזר ביה הש"ך גופא הייתי אומר כהכרעת הש"ך בסי' ל"ד הנ"ל ובפרט היכא דהוי להחזיק משום דהיכא דהוי להוציא כבר כתב הש"ך גופא בסי' ל"ז ס"ק ל"ב דבסילוק גופא אי מועיל לעדות אזלינן בתר המוחזק משום דיש בזה פלוגתת פוסקים אף דבידו לסלק א"ע ע"ש ועוד דהא בסילוק גופא יש טעמים אחרים כמבואר במרדכי המובא בתומים שם וברמב"ן על ב"ב ובסמ"ע סי' ל"ג ס"ק כ"ג שכתב שני טעמים. והש"ך בסי' ל"ה ס"ק ז' כתב בסופו דהמדקדק היטב בפוסקים בסי' ל"ג יראה דלא תלוי במה שבידו להכשיר ואפשר דכוונתו למה דמבואר שם בסעי' י"ג היה יודע לו עד שלא נעשה חתנו כו' וכעין הוכחת התומים הנ"ל וכבר כתבתי מה דיש לדון בזה ולדינא יש עדיין לדון בזה דלהוציא אפשר לומר דיכול לומר קים לי כמש"כ הש"ך בסי' ל"ד דפסולין מחמת עבירה כשחזרו כשרין היכא דהוי בידו להכשיר לעדות בעת ראיות העדות דהא נתבאר דלא מצינו סתירה לדברי הש"ך בזה ובפרט דלישנא דהתוספתא מסייע ליה כנ"ל:

ויש לדון במה שכתב הש"ך בסי' ל"ה ס"ק ז' דשייך לומר בידו לגייר א"ע בימים הקודמים ולפמש"כ לעיל להעיר מהא דקידושין ד' ס"ב דמבואר שם להדיא דאמרינן דזה אינו בידו משום דמי יימר דמזדקקי ליה כו' א"כ יש לתמוה על הש"ך בזה וכן יש לתמוה כה"ג על המהר"ם שיף בכתובות ד' נ"ט דהקשה על מה דאמרו שם בהתקדשי לאחר שאתגייר דאינה מקודשת והקשה הא בידו לגייר א"ע ונשאר בצ"ע ותמהני עליו דהא זה קושיות הגמ' בקידושין שם ותירצו משום מי יימר דמזדקקי ליה כו' אכן בגיטין דף כ"ג בתוס' ד"ה אין העבד נעשה שליח כו' כתבו שם דבע"ג הוי רבותא טפי מבעבד שאין בידו להשתחרר כו' אלמא דס"ל דזה הוי קצת בידו ומדברי התוס' סייעתא למש"כ הש"ך בסי' ל"ה ס"ק ז' הנ"ל:

והתומים שם הוכיח מב"ק ד' פ"ח דיליף פסול עבד מגזלן ואשה ובעבד אף שנשתחרר אינו יכול להעיד מה שראה בעבדותו כמבואר בח"מ סי' ל"ה ואי נימא דבגזלן לא בעי תחלתו וסופו בכשרות א"כ נימא דיו לבא מן הדין להיות כנידון עכ"ל וז"א ראיה כלל דכיון דילפינן שם עצם פסול על עבד א"כ ממילא יש לחלק דשאני גזלן ורשע דבידו להכשיר משא"כ עבד דאינו בידו ואלו היה שייך ברשע אין בידו להכשיר או דאלו היה

שייך בעבד לומר בידו לשחרר ג"כ היה כשר. ועוד הא בחייבי מלקות דמחוסר מלקות בב"ד וכ"ז שלא לקה מיפסל לעדות וודאי דגם בזה הש"ך מודה דבעי תחלתו בכשרות דבזה לא שייך לומר בידו להכשיר א"ע א"כ י"ל דילפינן פסול עבד מרשע דחיוב מלקות דפסול לעדות ומאשה וגזלן דנקט הש"ס התם הוא לאו דוקא וגם הא מר ברי' דרבינא יליף התם בב"ק מקרא אחרינא על פסול עבד ואפשר דכוונתו דכיון דזה מבואר בברייתא בכתובות ד' כ"ח דעבד ונשתחרר אינו נאמן א"כ תקשה מברייתא על עולא דיליף שם בב"ק פסול עבד מגזלן וחד מהנך אך כבר כתבתי לדחות קושיות התומים הנ"ל ועוד י"ל דהא מבואר בכתובות ד' כ"ח דעבר ונשתחרר אינו נאמן אף במידי דרבנן דלא בעי תחלתו בכשרות משום דלא הוי דייק א"כ י"ל דמה"ט אף עבד ונשתחרר אינו נאמן [וכמש"כ הסמ"ע בסי' ל"ה ס"ק י"ט עי"ש ודבריו שם קצת צ"ע] א"כ אין מקום להוכחת התומים הנ"ל דשאני גזלן וחזר בעת הגדת העדות דמידק דייק מעיקרא דהא בידו לשוב בתשובה משא"כ עבד ונשתחרר דלא דייק ומה"ט אף במידי דרבנן אינו נאמן ועיין בח"מ בש"ך סי' ל"ה סוף ס"ק ז' הגה"ה וכבר הקשיתי בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' ענף ב' בהא דקידושין ד' ס"ב דאמרו מי יימר דמזדקקי ליה תלתא מהא דשבת ד' מ"ו דאמרו דזה הוי בידו דאי לא מזדקק ליה חכם מזדקקי ליה תלתא וכתבתי לחלק דשאני בנדרים דסגי בגמרי קצת עפי"ז יש לתרץ מה דיש להקשות בנדרים ד' ע"ז דאמרו שם נשאלין לנדרים שהם לצורך שבת סבר רב יוסף למימר ביחיד מומחה אין בשלשה הדיוטות לא משום דמיתזי כדינא ולשיטת רב יוסף תקשה קושיות הש"ס בשבת דף מ"ו על הא דנשאלין לנדרים בשבת דנימא מי יימר דמזדקק ליה חכם:

דאין לתרץ משום דאי לא מזדקק ליה חכם מזדקקי ליה ג' הדיוטות. דהא לרב יוסף אסור לשלשה הדיוטות להזדקק בזה ואין סברא לומר דמשום דלא גזרו על שבות בין השמשות אתו עלה ועיין בביצה ד' כ"ו ובתוס' ד"ה בכור שנפל לבור כו' ובתוס' ביצה ד' ל"א ד"ה ונפחת כו' אכן לפמש"כ א"ש משום די"ל דדוקא שלשה הדיוטות דאית בינייהו חד דגמיר באופן דראוי לדון כמבואר בח"מ סי' ג' ש"ך ס"ק ב' בזה אמר רב יוסף דאסור להם להתיר נדרו משום דמחזי כדין אבל בהא דשבת דאמרו שם דאי לא מזדקק ליה חכם מזדקקי ליה ג' הדיוטות. כבר נתבאר דה"ש דזה הוי בידו משום דמיירי דליכא בינייהו חד דגמיר כראוי א"כ בכה"ג גם רב יוסף מודה דמותר להם להתיר נדרו דבזה לא מיחזי כדינא דהא לדון בעינן חד דגמיר כראוי:

ע"כ הגה"ה:

ענף ד:

ובעיקר הך מילתא דכתבו הראשונים לחד תי' דנוגע בעדות מהני סילוק ולא מקרי תחלתו בפסול משום דבכל שעה בידו לסלק א"ע נראה להביא ראיה לדבריהם מהא דזבחים ד' צ"ד גבי דם חטאת שניתז על הבגד טעון כיבוס דר"י ס"ל מה בגד הראוי לקבל טומאה אף כל הראוי לקבל טומאה ור"א ס"ל מה בגד המקבל טומאה כו' מאי בינייהו ומסקינן איכא בינייהו מטלית פחותה משלש למ"ד ראוי הא נמי ראוי דאי בעי חשיב עלה כו' ועיין בתוס' שם ד"ה מניין לרבות שק כו' דכתבו שם דמידי דמחוסר מעשה אף ר"י מודה דלא בעי כיבוס דהא אינו ראוי רק מה דלא מחוסר מעשה אף דצריך מחשבה ביחוד כמש"כ התוס' שם זה מקרי ראוי להיות בגד ועיין בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ה' ענף א' דהבאתי בשם התוס' סוכה ד' ט"ז דפחות משלש על שלש אינו מטמא ע"י יחוד גרידא כ"א ע"י מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו עי"ש וע"כ צריך לומר דזה מקרי אינו מחוסר מעשה כיון דאין צריך תקון בגוף החפץ ועיין בפסחים ד' ס"ב דאמרו דרבה אדרבה לא קשיא הכא מחוסר מעשה התם לא מחוסר מעשה ופי' רש"י דזימון אורחים לאו מעשה הוי ואף דהאורחים יהלכו ויבאו לביתו עכ"ז זה לא מחשב מעשה כ"כ ובוודאי אין סברא לומר דכיון דביאת אורחים אין זה מעשה מצד הבע"ב באופה מיו"ט לחול אלא מצד האורחים אין זה נחשב למעשה. דמ"ש וכמש"כ בסוגיא דהתם האור חדש יע"ש וע"כ מוכרח כמש"כ כיון דאין זה מעשה בגופו אין זה נחשב למעשה וכדמצינו כעין זה בעירובין ד' ס"ח דשאני שבות דלית ביה מעשה משבות דאית ביה מעשה ופירש שם הריטב"א והרשב"א בשבת ד' ק"ל דהוצאה מקרי שבות דלית ביה מעשה דלא נתחדש ביה שום דבר יע"ש ועיין בתוס' פסחים ד' ס"ב ד"ה האי מחוסר מעשה כו' דמעשה דמילה חשיבא טפי אלמא דמצינו בזבחים ד' צ"ד דמידי דאינו מחוסר מעשה בגופו אף דבעי מעשה קצת ומחשבה מקרי ראוי לקבל טומאה כיון דהוי בידו ומחשבה דטומאה הוי דבור כמש"כ התויו"ט פרק כ"ה למסכת כלים משנה ט' ובפרה פרק ט' משנה ד' ומידי דמחוסר מעשה גמורה בגופו אף דהוי בידו מ"מ לא מקרי ראוי לקבל טומאה ולפ"ז יש לדון בהא דבעינן בעדות תחלתו בכשרות משום דכתיב או ראה ע"כ בעי שיהא ראוי לעדות בעת ראיה כמש"כ הרשב"ם בב"ב ד' קכ"ח ד"ה בפסלות כו' דבשעת ראיה יהא ראוי לעדות עכ"ל הרשב"ם ולפי"ז י"ל דסילוק מועיל כיון דאף כ"ז שלא נסתלק היה בידו לסלק א"ע וזה אינו מעשה בגופו כ"א אמירה בעלמא בוודאי זה מקרי ראוי לעדות במה דהוי בידו בלא חסרון מעשה כמו דמקרי ראוי לקבל טומאה היכא דאינו מחוסר מעשה גמורה:

ולפי"ז יש לתרץ קושיות התומים מן היה יודע בעדות כשהיה חתנו ומתה בתו דפסול דהא בידו לגרש את אשתו כנ"ל די"ל דזה מקרי מחוסר מעשה גמורה דהא חסר מעשה כתיבת הגט בצירוף נתינתו וחתימתו כ"ז דלא נכתב ונחתם למאן דס"ל עדי חתימה כרתי ולמ"ד ע"מ כרתי ג"כ שייך כנ"ל: וזה לא מקרי ראוי לעדות היכא דמחוסר מעשה ואף דמבואר בקידושין ד' ס"ב דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה הוא ומקשה הגמ' דנימא כן גבי גירות ושחרור דבידו לשחרר יע"ש וכמש"כ התוס' בנזיר ד' י"ב ד"ה באשה שאין לה בת כו' מעיקרא שם דמקרי בידו ללוש ולגלגל אף היכא דמחוסר מעשה ועיין מזה בתשובת אחרונים גבי הא דמינה הבעל שליח על הגט מקודם שנכתב הגט ואומר כתבו ותנו דכ"ז מקרי מצי עביד המשלח כיון דהוי בידו לכתוב ואכמ"ל אבל במה דבעי שיהיה ראוי כמו דאמרו חז"ל בלשונם כמו ראוי לקבל טומאה או ראוי לעדות. דבזה היכא דמחוסר מעשה גמורה לא מקרי ראוי אף דהוי בידו כנ"ל כנלע"ד:

ולפי כ"ז ה"ה בפסולי עדות מחמת רשע דבידו לשוב בתשובה כמו גזלן היכא דיש לו ממון דזה אינו מחוסר מעשה דהא אינו חסר אלא נתינת הגזלן וקבלת הנגזל וכה"ג א"כ זה דומה להא דהוצאה דקרי ליה הגמ' בעירובין לית בי' מעשה. כיון דלא נתחדש ביה שום מעשה בגופו בוודאי זה מקרי ראוי לעדות כמו דמקרי ראוי לקבל טומאה היכא דלא הוי מחוסר מעשה בגופו לכן יש לדון דזה לא מקרי תחלתו בפסול ומקרי ראוי לעדות בעת הראייה אלא היכא דצריך תשובה ולקבל דברי חברות בב"ד כמו הא דסי' ל"ד סעי' ל"ג יש לדון דזה לא מקרי בידו משום מי יימר דמזדקקי ליה כמבואר לעיל בארוכה אבל היכא שאינו רגיל בנגיבה וגזל דאז סגי בהחזירו להגזילה לבד כמבואר שם סעי' כ"ט בזה י"ל דבזה מקרי ראוי לעדות אף בעת ראייה וכשר לעדות ועיין ברשב"א לקידושין ד' נ"ט דכתב דהא דכל הכלים יורדים לטומאה במחשבה זה נחשב טפי מדיבור גרידא אף לר"ל ובפרט למאי דמסיק הש"ס התם בקידושין דמחשבה דטומאה כי מעשה דמי כו'. א"כ כש"כ מהא דזבחים ד' צ"ד דאי בעי חשיב עלה בפחות מג' על ג' אף דבזה לא סגי במחשבה גרידא כ"א במעשה קצת כנ"ל. ואפ"ה אמרינן בזבחים דמקרי ראוי לקבל טומאה ועי' בחולין ד' י"ב בתוס' שם ד"ה ותיבעי לי מעשה כו' וברש"י שם דמשמע דמחשבה דטומאה הוי דיבור ואכמ"ל] א"כ ה"ה בסילוק בנוגע או בהחזרת הגזילה להנגזל דבזה א"צ שום מעשה דהא במה דיאמר הרי שלך לפניך ואף בפרעון בע"כ יוצא ידי תשובתו בזה מקודם קבלת הנגזל א"כ בוודאי דזה מקרי ראוי לעדות בעת ראייה ולא הוי תחלתו בפסול אבל היכא דמחוסר מעשה הגט בכתיבה וחתימה ונתינה דזה הוי מעשה רבה כמבואר ברשב"א לקידושין ד' נ"ט ע"ב דכתב שם בד"ה קשיא גט אגט

כו' דמעשה הגט הוי מעשה רבה ועיין מזה בגיטין ד' ל"ב ע"ב א"כ שפיר כתבתי לתרץ קושיות התומים מהיה יודע בעדות כשהיה חתנו ומתה בתו כו': ה ובזבחים ד' קי"ד ע"ב אי' על משנה דהמחוסר זמן שהקריבו אשמם בחוץ פטורין דל"ש אלא לשמו אבל שלא לשמו חייב כו' א"ה לשמו נמי נחייב הואיל וראוי שלא לשמו ומשני בפנים בעי עקירה עכ"ל וקשה לפי מה דמבואר בזבחים ד' צ"ד דמקרי ראוי לקבל טומאה אף פחות מג' על ג' כיון דאי בעי חשיב עלה אף דבעי מעשה קצת כנ"ל וגם מחשבה גרידא הוי מעשה חשיבא טפי מן דיבור כמש"כ הרשב"א לקידושין כנ"ל ואפ"ה כיון דבידו לעשות כן מקרי ראוי לקבל טומאה א"כ ה"ה במה דבעי שיהיה ראוי לפתח אוהל מועד גבי שחוטי חוץ א"כ כיון דיכול להיות ראוי לאהל מועד ע"י עקירה באמירתו שלא לשמו בפנים א"כ אמאי פטור מבחוץ משום דבעי עקירה הא בידו לעקור באמירתו ויהיה ראוי בפנים ויש לחלק דשאני הך שלא לשמו דהא לכתחלה אסור לשחוט ולזרוק אשם וכל הקרבנות שלא לשמו כמבואר בריש זבחים ד' ב' דקתני אלא שלא עלו לשם חובה דאסור לשנויי בה כו' ומבואר בסוכה ד' ל"ג ובזבחים ד' ל"ד דגבי מיעוט ענבים ביו"ט כיון דאין ממעטין ענבים ביו"ט מקרי אינו בידו אף דאין אסור רק מדרבנן כמש"כ בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ט"ו מזה כש"כ באיסור מה"ת וודאי דמה דאסור מה"ת מקרי אינו בידו ע"כ כיון דבעי עקירה ובאמת אסור לו לעקור שם אשם ממנו ע"כ מקרי אינו בידו וזהו כוונת רש"י שם בזבחים שכתב דכל כמה דלא איעקר שם אשם מיניה סתמא לאו למיעקר קאי ולאו ראוי הוא משא"כ מידי דאי בעי חשיב עלה בהיתר שפיר מקריא בידו וה"ה גבי סילוק וכן בהא דבידו לעשות תשובה בוודאי מקרי ראוי להיות עד אף בעת ראייה ועפי"ז יש להעיר ביומא ד' ס"ג דמקשה הגמ' עלה דאמר ר' יוחנן פסח כו' מהא דחטאתם בחוץ כו' ולא מחלקי דשא"ה דאסור לשנויי כנ"ל ואפשר דזהו כוונת הגמ' בתירוצם שם ועיין בפי' רש"י שם ויש להאריך בזה: ועדיין צ"ע מהא דיומא ד' ס"ב דמחוסר הגרלה כמחוסר מעשה דמי וכן מחוסר פתיחה כמחוסר מעשה דמי ומקשה הגמ' ע"ז מהא דאמר ר"ח פסח שנשחט בחוץ בשאר ימות השנה לשמו פטור שלא לשמו חייב טעמא דשלא לשמו הא סתמא לשמו הוא פטור ואמאי לימא הואיל וראוי שלא לשמו בפנים הכי השתא התם בעי עקירה כו' ולאו מתקבל בפנים הוא כל כמה דלא עקריה כפי' רש"י שם וקשה אמאי לא נימא דמקרי ראוי בפנים ע"י עקירתו אם יאמר ששוחטו לשלמים בפנים דהא אף למ"ד בעי עקירה מ"מ מותר לכתחלה לעקור שם פסח מיניה דהא לכו"ע מותר הפסח קרב שלמים ואנן קיי"ל לדינא דפסח לא בעי עקירה ואף מאן דס"ל דפסח בעי עקירה מודה ג"כ דקרב שלמים כדיליף בזבחים ד' ז' וד' ח' א"כ

נימא גם בזה דהוי בידו לעקור באמירתו שם פסח ממנו דאז הוי ראוי להתקבל בפנים וכמו הא דזבחים דאי בעי חשיב עלה וכבר נתבאר דאין לחלק דשא"ה דסגי במחשבה לבד כנ"ל:

ויש לחלק דשאני התם בפסח בשאר ימות השנה דהא מקודם דעבר הפסח היה עליו שם פסח גמור ולא היה יכול לעקור מעולם ממנו שם פסח כ"א לאחר הפסח אז הוי בידו לעקור שם פסח מיניה. ע"כ אמרו בזה שפיר דכיון דבעי עקירה וכ"ז דלא עקריה שם פסח עליו כבראשונה וזה הלשון דבעי עקירה היינו לעקור שם פסח הראשון שהיה עליו ומתחילה לא הי' בידו לעקור שם פסח מיניה. ע"כ ממילא הוא בחזקתו כבראשונה. ולא מקרי ראוי לפתח אוהל מועד כ"ז דלא עקריה שם פסח ממנו משום דאתחזק בתקפו שם פסח עליה מעיקרא אבל בהא דזבחים היה מעולם ובתחלתו בידו לחשוב עלה ע"כ אמרינן בזה דהוי ראוי לקבל טומאה ואין זה מנגד לבראשונה דהא מעולם לא יצאה מחזקת שם כלי דהא לעולם הוי בידו הך דאי בעי חשיב עלה (וכמו דכתבו הפוסקים ביו"ד סי' קכ"ז דלכן עד אחד בדבר שבידו נאמן אף נגד החזקה דכיון דהוי בידו לשנות ע"כ אין כח בחזקה דמעיקרא כ"כ ולפ"ז ה"ה ברשע דהא לעולם היה בידו לעשות תשובה ולא יצא מחזקתו הראשונה וע"כ מקרי ראוי להיות עד מעולם משום דהיה בידו מעולם לשוב בתשובה ע"כ לא מקרי זה תחלתו בפסול וכמו הא דזבחים דאי בעי חשוב ושפיר כתב הש"ך בזה ועיין ביומא בתוספות ישנים ד' ס"ג בד"ה מחוסר פתיחה כו' בשם הרב אלחנן דתירץ לרב חסדא גבי שחטו לזרוק כו' דכיון דבכל שעה ושעה בידו לתקן עצמו ובאיסור כרת עומד הלכך לא חשיב כמחוסר מעשה עכ"ל ולפ"ז ה"ה ברשע ופסול לעדות מחמת עבירה אמרינן בזה ג"כ דמקרי ראוי לעדות משום דמצוה לעשות תשובה והוי בידו ודוחק לחלק דשאני מילה דהוי בכרת ועיין במכות ד' י"ד תוס' ד"ה לאפוקי הני כו' וברמב"ם ה' מילה פ"א ה"ב דכל יום ויום מבטל מצוה זו וקצרתי ואפשר לומר בזה דהא רבה פליג שם על רב חסדא ועיין בתוס' פסחים שם ד' ס"ב] ושם ביומא ד' ס"ב מבואר דדוקא במחוסר מעשה כמו הגרלה ומחוסר פתיחה בזה אמרו דמקרי אינו ראוי אבל היכא דאינו מחוסר מעשה מקרי שפיר ראוי ויש להאריך בכ"ז ובשארי סוגיות השייכים לזה וכן מצינו בזבחים ד' פ"ג דהמזבח מקדש הראוי לו ושאינו ראוי הוא קמצים שלא קידשו בכלי משום דמחסרי מעשה אלמא דמה דמחוסר מעשה מקרי אינו ראוי וה"ה בנ"ד כנ"ל:

ו ולכאורה יש לדון ולחלק בין פסול דרבנן לבין פסול דאורייתא וכמש"כ התומים שם לחלק בזה וכ"כ הקצה"ח בסי' ל"ה לחלק בזה ע"ש רק דהוכיח מן תוספתא דסוחרי

שביעית דאף בפסול דרבנן בעי תחלתו בכשרות אבל לפמש"כ דנדחה הוכחתו שפיר יש לחלק ביניהם. וכעין הא דמצינו בספ"ב דכתובות גבי אלו נאמנין להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן לחלק שם דבמידי דרבנן לא בעי תחלתו בכשרות וה"ה בפסול דרבנן יש לחלק כן ואף דיש לומר דפסול דרבנן שאני עכ"ז נראה לי לדון כן ולהוכיח כן מהא דשבועות ד' ל"א דחד מ"ד ס"ל דהא דאינו נוהג אלא בראוי להעיד אתי למעוטי נשיא אבל משחק בקוביא דמדאורייתא מחזא חזי רק רבנן הוא דפסלוהו חייב ק"ש וקשה הא עכ"פ מדרבנן לא חזי לעד וכמו שהקשה בחדושי הרשב"א לשבועות שם ונדחק לתרץ אבל אי נימא לחלק כן אתי שפיר הסוגיא הנ"ל משום די"ל דכיון דבידו של העד לחזור בתשובה ואז יהיה בר הגדה כיון דלא הוי רק פסול דרבנן ע"כ שפיר מקרי בר הגדה להתחייב ק"ש משא"כ בפסול דאורייתא דאז אף אם יחזיר בתשובה יהיה פסול משום תחלתו בפסול כו' ע"כ פטור מק"ש משא"כ בפסול דרבנן דבידו לחזור בתשובה ויהיה כשר להעיד ע"כ שפיר חייב ק"ש דהא כפר בעדות דהוי בידו להגיד באופן דיהיה מועיל עדותו אם יחזיר בתשובה ואתי שפיר סוגיא הנ"ל ועיין ביומא דף ע"ד: והנה במה שכתבתי לעיל לתרץ קושיות התומים מהא דהיה חתנו כו' וכתבתי לתרץ דשאני התם דאי זרק לה גיטה ערקת ואזלא לעלמא אינו קשה ע"ז מהא דקידושין ד' ס"ב דאמרו דעבד ביד האדון לשחררו ובגיטין ד' י"ב אמרו דאי זרק ליה גיטא ערק ואזיל כו' די"ל דלדידן דקיי"ל זכות הוא לעבד שיוצא לחירות ע"כ שפיר אמרו בידו לשחררו דהא בוודאי יתרצה בזה העבד. ויתר הסוגיא כבר ביארתי בקונטרס א' בארוכה:

הגה"ה וע"פ מה שהבאתי לעיל דברי התוס' בסוטה ד' כ"ה דאף במה דמצוה להב"ד להזדקק עכ"ז אמרינן דזה מקרי לאו בידו יש ליישב עפ"ז דברי הרמב"ם פ"ט ה' שמיטה ה' כ"ד שכתב דאם אמר פרוזבול הי' לי ואבד דנאמן משום דמסכנה ואילך בע"ח גובה שלא בפרוזבול ותמהו עליו המפרשים דלמה לי' לטעם זה דהא בגמ' דגיטין אמר רב נחמן דנאמן אדם לומר פרוזבול היה לי כו' חזקה לא שבק היתרא ואכל איסורא:

אבל לפי דברי תוס' סוטה הנ"ל ניחא דבסמ"ע סי' ס"ז ס"ק נ"ה מבואר דלכן נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד משום דזה הוי דבר שבידו ע"כ אמרו בזה חזקה לא שביק היתרא כו" ולכאורה יש לעיין לפמש"כ התוס' בסוטה דדבר הצריך ב"ד אמרו בזה מי יימר דמזדקקי ליה כו' וע"כ מקרי זה דבר שאינו בידו (וכעין דמצינו בב"ב ד' מ' דכתבינן מודעא אף על מאן דבניית דינא משום דזמנין אין ב"ד מזומנין כפי' רשב"ם שם] א"כ כתיבת פרוזבול ג"כ הוי דבר דאינו בידו דמי יימר דמזדקק ליה ב"ד כיון דזה הוי דבר הצריך ב"ד אך לפמש"כ הרמ"א בסי' ס"ז בחו"מ סעי' כ' דיכול לומר אף שלא בפני

ב"ד והוא מירושלמי דאמרו אפילו נתונים ברומי ניחא אבל לדעת רבינו יחיאל דהובא במרדכי דלא מהני רק אם יאמר בפני הדיינים עצמם שפיר י"ל דזה הוי דבר שאינו בידו: ויש לחלק דשאני הך ב"ד דכתיבת פרוזבול דהא ס"ל לרב נחמן דסגי בשני דיינים כמבואר בגיטין ד' ל"ג ומצינו בקידושין ד' ס"ב דהוי דבר דאינו בידו משום דצריך שלשה דמשפט כתיב ביה ומי יימר דמזדקק ליה תלתא י"ל דזהו בדבר הצריך ג' בזה אמרו דאינו בידו משא"כ היכא דסגיא בשנים אפשר דזה מקרי בידו דזהו דבר קל להשיג שנים:

או דיש לחלק דשאני התם בקידושין דצריכים הב"ד להגיד לו מצות קלות וחמורות. ע"כ זה מקרי מעשה. או בגביות חוב דצריכים הב"ד לעשות מעשה ולירד לנכסי הלוה. ע"כ בזה שפיר אמרו מי יימר דמזדקקי ליה תלתא משא"כ בפרוזבול דהא שיטת רב נחמן בגיטין ד' ל"ו ע"ב דא' אימא בי' מילתא דאע"ג דלא כתיב ככתוב דמי והובא בסמ"ע סי' ס"ז ס"ק כ"ב א"כ לא עבדי ב"ד בזה שום מעשה דהא המה יושבים ושומעים:

רק מה שאמר לפניהם שמוסר להם כל חובותיו ע"כ לא שייך בזה לומר דמי יימר כיון דא"צ לשום מעשה:

ולפי"ז י"ל דלהסוברים דצריך שלשה לכתיבת פרוזבול וכרב ששת וכמו שהובא בבית יוסף שיטת הסיברים כר"ש ובביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ל"ז יע"ש ע"כ י"ל דגם כתיבת פרוזבול מקרי אינו בידו דהא כיון דצריך שלשה א"כ מי יימר דמזדקקי ליה תלתא וגם להסוברים דדוקא ת"ח יכולין למסור בלי כתיבת פרוזבול וכשיטת הרמב"ם שם ה' כ"ז ובח"מ סעי' כ' אבל אחרים שאינם ת"ח צריכים לכתיבת פרוזבול א"כ שפיר מקרי זה דבר של מעשה ב"ד דצריכים לכתוב ולחתום. ע"כ שפיר שייך ביה מי יימר כו' ולא שייך בו חזקה לא שבק היתרא דזהו דבר שאינו בידו ושיטת הרמב"ם כתב הב"י שם דסתומים הם דלא ביאר אם צריך שלשה או סגיא בשנים משום דמה שכתב בהל' י"ח מוסרני לכם פלוני ופלוני כו' אין זה ראיה כפי שכתב שם בציידו די"ל דהעתיק ל' המשנה כצורתה ובאמת י"ל דדעתו דצריך שלשה כיון שכתב שם בהל' י"ז דאין כותבין פרוזבול אלא חכמים גדולים דראוין להפקיע ממון אלמא דצריך לפרוזבול ב"ד חשוב יותר מכל גביית חוב דסגי בשלשה דאיכא חד דגמיר:

ע"כ כיון דבכל ב"ד צריך שלשה כש"כ בפרוזבל וכמבואר כ"ז בר"ן פ' השולח בשם הרמב"ן ע"ש רק הר"ן כתב שם לחלק ביניהם אבל מסתימת הענין נוטה הדברים דצריך ב"ד של ג' בפרוזבל יע"ש. לכן שפיר כתב הב"י דדברי הרמב"ם סתומים משום דיש לפרש שיטת הרמב"ם דס"ל דצריך שלשה ואי נימא דהרמב"ם ס"ל דצריך שלשה לפרוזבל מתורץ על נכון שיטת הרמב"ם דלכן לא הביא הך טעם דאמר רב נחמן דנאמן

לומר פרוזבל כו' חזקה לא שבק כו' משום די"ל דרב נחמן לטעמיה דוקא דס"ל דזהו הוי דבר בידו משא"כ הרמב"ם לטעמיה ע"כ הצריך טעם אחר לזה:

ועפ"ז אפשר לתרץ שיטת הרי"ף ג"כ דלא הביא להך דרב נחמן ותמה עליו הר"ן פ' השולח ולפמש"כ א"ש די"ל דרב נחמן לטעמיה דס"ל דא"צ לכתיבת פרוזבל וסגי במסירת דברים משא"כ לדידן דבעינן לכתיבת פרוזבל הוי זה דבר שאינו בידו ולא שייך בי' לומר חזקה דלא שבק כו' ולכן לא הביא הך דרב נחמן והא דגיטין ד' ל"ב ושביעית פ"י דדיינים או העדים חותמים למטה כבר מבואר ברש"י שם וברמב"ם בשביעית שם דזהו משום דעד נעשה דיין בדרבנן ועיין בתוס' גיטין שם ד"ה לא שנא כו' א"כ הנך עדים הם בתורת דיינים וצריכין גם המה להיות ב"ד מומחים כרב אמי ורב אסי ע"כ שפיר י"ל דזה מקרי אינו בידו לשיטת הרמב"ם כנ"ל:

ע"כ הגה"ה:

נחזור לענינינו דנתבאר דדברי הש"ך יש להם מקום וע"כ היכא דהוי מוחזק נראה לפענ"ד דיכול לומר קים לי דרשע דחזר בו כשר להעיד אף דהש"ך חזר בו לקמן בסי' ל"ה עכ"ז כיון דנתבאר דיש לדברי הש"ך יסוד גדול ואין עליו סתירה מכל דוכתא ובפרט בפסול דרבנן וודאי יכול לומר קים לי ועיין במל"מ פ' י"ד ה' עדות שהביא בשם מוהרי"ט שנסתפק ברשע ועשה תשובה במידי דרבנן יעו"ש ועיין עוד מזה באה"ע סי' י"ז סעי' ו' ובב"ש שם ס"ק י"ט מה שהביא שם בשם הט"ז שמחלק דברשע גמור בעי תחלתו בכשרות משא"כ באכל נבילות יעו"ש וסברתו הוא משום דהיכא דהעבירה חמור ביותר וצריך תשובה יתירתא ע"כ לא מקרי כ"כ בידו וכמש"כ משא"כ היכא דסגי בתשובה קלה מקרי בידו ועיין בספר מראות הצובאות שם מש"כ שם על הב"ש בשם הט"ז הנ"ל ולפי מה שנתבאר יש לתרץ מה שהקשה שם על הש"ך בסי' הנ"ל והעיקר כמש"כ לדינא די"ל קים לי כהש"ך הנ"ל בזה וע"פ מש"כ יש לדון הרבה בדברי הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ע"ב ובנו"ב במ"ת ח"מ סי' מ"ה בהג"ה (שם סעי' כ"ט) ברמ"א דמי שגזל באקראי בעלמא מיד שהחזיר מה שגזל סגי ודוקא בהחזירו מעצמו אבל אם לא החזיר רק ע"י כפיית ב"ד לא מהני החזרה עד שיעשה תשובה והקצה"ח בסי' הנ"ל ס"ק ב' הביא בשם הב"ח דכתב דמי שלא גזל רק פעם אחת אע"פ שלא היתה השבה אלא ע"י כפיית ב"ד מיד כשהחזיר כשר לעדות והקשה ע"ז הקצה"ח מהא דההוא רעיא דפ"ק דב"מ דאתו סהדי דאכל תרתי מינייהו כו' ופריך והא גזלן הוא וכיון דהני תרתי דאכל וודאי מחוייב להחזיר וא"כ אמאי פסול כו' עכ"ל הקצה"ח. ולענ"ד נראה לחלק בזה די"ל דוקא אם החזיר הגזילה עצמה שהיא בעיני' אז י"ל דמיד שהחזיר הוא כשר לעדות משום דהא

מתקן חטאו לגמרי משא"כ היכא דהחפץ הגזול אינו בעין ת"י הגזלן אלא דאכלו וכה"ג לכן אף דמשלם דמיהן עכ"ז הא אינו מתקן חטאו לגמרי ולא מיבעי להסוברין דלא תחמוד בלא דמי משמע להו ולא לפי האמת וודאי דנשאר עליו חטא מה"ת כשאינו משיב בהשבה גוף החפץ אלא דמיהן דהא חטא דלא תחמוד נשאר עדיין ולא נמחק חטאו לגמרי ואף לשיטת הסוברין דלא תחמוד בלא דמי משמע להו וכן לפי האמת וכמש"כ התוס' בסנהדרין ד' כ"ה ע"ב ד"ה מעיקרא סבור דמי קא יהיב כו' ובסמ"ע לעיל ס"ק ל"ב עכ"ז איסור חמסן דרבנן נשאר עדיין ועיין סוף פ' הכונס ובתוס' שם ולכן כיון דלא נמחק חטאו לגמרי ולא קיים השבה מעליא כפי שמצוה ע"פ דין ע"כ לא מהני זה עד שיעשה תשובה ולכן א"ש בההוא רעיא דאכל תרתי מייניהו כו' דהא לא החזיר גוף החפץ בעיניה ע"כ דינו כגזלן עד שיעשה תשובה כדין. כן יש לחלק בזה והא שכתבו התוס' ב"מ ד' ה' ע"ב ד"ה דחשיד אממונא כו' בסה"ד דלא קשה מההוא רעיא כו' דאין זה השבה מעליא דע"כ משלם י"ל בזה כמש"כ אכן מן מה דסיימו התוס' שם דה"ט דכופר בפקדון פסול לעדות מזה מוכח כמש"כ הקצה"ח דאף בהחזיר גוף החפץ בעיניה בע"כ לא מתכשר עד שיעשה תשובה כדין:

סימן לה

סעי' ה' נאמן לומר זכרוני באשה פלונית שנעשה לה מנהג הבתולות כו':

ענף א:

הנה מקור דין זה מגמ' כתובות ד' כ"ח ואמרו שם מאי טעמא כיון דרוב נשים בתולות נישואות כו' פי' רש"י שם ד"ה גילוי מילתא אין הדבר צריך עדות כו'. והרמב"ם בהל' עדות פ' י"ד הל' ג' כתב דלכן נאמן להעיד בגודלן מה שראה בקוטנן שנעשה לה מנהג הבתולות הואיל ורוב נשים בתולות נישואות וכתובה מדבריהם כו' וכן כתב הרמב"ם בפי' המשניות שם סוף פ"ב דכתובות דלכן נאמנין הואיל וכתובה דרבנן עי"ש והקשה הלח"מ שם האיך כתב הטעם מפני שכתובה מדבריהם אדרבה כיון דמה"ת אין חייב כתובה רק מדרבנן הוא א"כ לא הי' להם להחמיר כ"כ ולומר שאפילו היכא שמעיד מה שראה בקטנותו יהי' נאמן להוציא ממון שמה"ת אינו מחוייב עכ"ל. והנראה לי ליישב זה דהנה מצינו כה"ג בב"ק ד' י"ב ע"א גבי עבדים דלגבי' מילי דרבנן הוי עבדי בכלל מטלטלי כמש"כ התוס' והרא"ש שם ומה"ט אם החזיק בקרקעות והי' עבדים בתוכן דקנה משום דעבדים נקנים אגב קרקע וגם בקנין חזקה והיש"ש בב"ק פ"א שם העלה

ג"כ דניקנין עבדים א"גק משום דאגב הוי מדרבנן ואף דעבדים הוקשו לקרקעות וקרקע אינה נקנית אג"ק:

עכ"ז כיון דתקנו חז"ל דעבדי בכלל מטלטלין במילי דרבנן ע"כ ניקנין אג"ק אף היכא דלא נתן דמי כולן כו' ע"ש ועי' בש"ך ח"מ סי' ל"ט ס"ק ב' ובקצה"ח שם והארכתי בזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ז' אלמא דמצינו אף במה דמה"ת לא הוי קנין כלל עכ"ז כיון דתקנו חז"ל דמטלטלין ניקנין אג"ק וגם תקנו דבמילי דרבנן עבדי בכלל מטלטלי לכן ניקנין עבדים אג"ק ומוציאין ממון עפי"ז אף דהוי תרתי דרבנן היינו א' דרבנן דמטלטלי ניקנין אג"ק הא לא הוי רק מדרבנן שנית דמה"ת עבדי בכלל מקרקעי רק דרבנן תקנו דבמילי דרבנן הוי עבדי בכלל מטלטלין עכ"ז כיון דכבר תקנו דבמילי דרבנן עבדי בכלל מטלטלין לכן אחר שתקנו דמטלטלין ניקנין אג"ק ממילא הוי עבדי בכלל זה וניקנין אג"ק א"כ ה"ה במה דתקנו חז"ל דבדרבנן נאמנין העדים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן ממילא הדין נותן כיון דתקנו חז"ל דכתובה דרבנן ממילא הוי כתובה בכלל מה שתקנו דבדרבנן נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן ומוציאין ממון עפ"ז וניחא קושית הלח"מ הנ"ל:

אכן להסוברים כתובה דאורייתא ואפ"ה פסקו דנאמנים להעיד מה שראו בקוטנן דנעשה לה מנהג הבתולות מוכח דס"ל דאף בדאורייתא נאמנים בזה ודלא כדעת הרמב"ם ובאמת קשה מנלן להרמב"ם לחדש דין זה הא סתמא דגמ' משמע דמשום רוב נשים בתולות נישאות מסייע להו ע"כ נאמנים ומשמע אף בדאורייתא ואפשר לומר דהרמב"ם הוכיח כן ממה דאמרו שם בכתובות ד' כ"ח לעיל מינה גבי קיום שטרות דנאמנים ג"כ להעיד מה שראו בקוטנן משום דקיום שטרות דרבנן והימצוהו רבנן בדרבנן ומשמע לפ"ז דהיכא דהוי קיום שטרות דאורייתא כגון להסוברים דבטוען מזוייף צריך קיום מה"ת וכמבואר בש"ך סי' מ"ו ס"ק ט' וכן שיטת הרמב"ם המובא באה"ע סי' קמ"א ס"ק נ"ג ובכ"ש שם ס"ק ע' דהיכא דהבעל טוען ברי מזוייף אז הגט בטל לגמרי והולד ממזר כו' ע"ש ובאו"ת סי' מ"ו ס"ק ד' וכה"ג היכא דצריך קיום מה"ת משמע דאינן נאמנין להעיד מה שראו בקוטנן והא יש בזה רוב דלא חשידי לזייף דמה"ט בטוען שמא אינו צריך קיום מה"ת לכו"ע משום דסמכינן ארובא [ואף דאין הולכין בממון אחר הרוב עכ"ז שאני זה וכמש"כ במק"א ואכמ"ל עכ"פ רוב יש בזה א"כ קשה דאמאי היכא דצריך קיום מה"ת כמו בטוען מזויף אינם נאמנים להעיד על קטנותן הא יש בזה הרוב ובצירוף עדותן מבעי להיות מועיל וגם הא הוי זה כש"כ מהך רוב דנשים בתולות נישאות וכמש"כ התוס' כתובות ד' ט"ז ע"ב ד"ה וזו הואיל ואין לה קול כו' ע"ש ואפ"ה דוקא בקיום שטרות דרבנן נאמנין

ולא בדאורייתא. אלמא דאף היכא דהוי רוב אינם נאמנין כו'. רק היכא דהוי דרבנן כמו דאמרו שם בקיום שטרות דרבנן הימנוהו רבנן בדרבנן] ומזה הוכיח הרמב"ם דינו דדוקא בדרבנן כו':

והסמ"ע שם כתב בס"ק י"א דלשיטת הרמב"ם לא בעינן אחר עמו רק בקיום שטרות דרבנן בעינן אחר עמו אבל בעידי הינומא לא בעי אחר עמו וסברתם הוא משום רוב נשים בתולות כו' ועי' בש"ך שם וברמב"ם פ' ט"ז ה' אישות ה' כ"ה במ"מ ובכ"מ שם מש"כ בשם הריב"ש ובאה"ע סי' צ"ו בח"מ ס"ק ל"א אכן לפמש"כ מוכח מהא דקיום שטרות דאף היכא דהוי רוב וגם לא הוי רק מידי דרבנן מ"מ בעינן עוד אחר עמו א"כ ה"ה בעידי הינומא והתומים בסי' ל"ה ס"ק ד' כתב דגם הרמב"ם בעי אחר עמו משום דהא קתני במשנה שם אם יש עדים שיצתה בהינומא וכמש"כ הריב"ש כו' ע"ש:

אך מזה אינו הכרח כ"כ כמש"כ הרא"ש ברישׁ פ"א דב"מ:

דאף היכא דעד א' מהני אפ"ה תני בלשון עדים וכן מצינו ברישׁ משנה דב"מ דתני התם בזמן שהם מודים או שיש להם עדים חולקים בלא שבועה אף דעד מסייע פוטר משבועה כדקיי"ל ואפ"ה נקטו בלשון עדים וכן מצינו בב"ק ד' י"א דאי' התם יביא עדים שנטרפה באונס ופטור ואף דעד א' פוטרו משבועה אך י"ל דשא"ה לפמש"כ התוס' שם בד"ה יביא עדים כו' דאיסי דורש אין רואה הא יש ראייה יביא עדים ופטור דמשמעות דורשין א"ב עכ"ל וקצרתין]. וכן מצינו ביבמות ד' קי"ט במשנה שם לזו עדים כו' ועי' מזה בשבת ד' ק"ל ע"א מכסהו עפ"י עדים ובסוגיא שם אלמא דמוכח כשיטת הרא"ש הנ"ל דשם עדים שייך אף היכא דמהני עד"א ועי' באה"ע סי' קמ"ב סעיף י"א ובט"ז ובב"ש שם ס"ק י"ט ובתה"ד סי' רל"ח ע"כ דברי האו"ת אינם מוכרחים ולעולם י"ל דלא בעינן אחר עמו וכן מה שהוכחתי מהא דקיום שטרות אף דהוי רובא התם ולא הוי רק מדרבנן ומ"מ בעי אחר עמו יש לדחות זה דשא"ה במה דקיום שטרות הוי דרבנן זהו ג"כ מצד רובא דלא חשידי לזייף והוי רוב אלים דמהני אף בממון ע"כ בעינן אחר עמו ולכן עדיין י"ל דהיכא דהוי מדרבנן אף זולת הרוב בזה לא בעינן אחר עמו משום דהקילו בזה:

ענף ב:

ובבכורות ד' מ"ט ע"א במשנה שם מת האב בתוך ל' בחזקת שלא נפדה לאחר ל' בחזקת שנפדה עד שיאמרו לו שלא נפדה ופי' רש"י התם בד"ה עד שיאמרו לו וז"ל עד שיאמרו לו לבן שציוה אביו בשעת מיתתו שלא נפדה ובאמירה סגי בלא עדות גמורה דהך חזקה דמחזקינן לי' בחזקת שנפדה לאו זו היא חזקה מעלייתא דרובא דאינשי לא עבדי למפרע חובו מיד כו' עכ"ל הרי דס"ל לרש"י דכיון דאיכא התם רובא דלא עבדי למפרע חובו

מיד ע"כ לא בעינן בזה עדות גמורה רק גילוי מילתא סגי בצירוף הרוב. יש להקשות אליבא דרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב דא"כ אף בלא גילוי מלתא דאמרו לו שלא נפדה ג"כ יוציא ממון עפ"י סמך הרוב הנ"ל ובב"ב צ"ג מקשה הגמ' על רב שם מכמה משניות ולא הביא בש"ס התם משנה זו וי"ל דלפמש"כ התוס' בב"ק ד' כ"ז ד"ה ואיכא נמי דקרו לחביתא כדא כו' דדוקא במוכר שור ונמצא נגחן ס"ל לרב דהולכין אחר הרוב משום דאומר קים לי בנפשאי שאני מן הרוב כו' וכן כתב התוס' בבכורות ד' כ' ד"ה ור' יהושע סבר וגם עוד תי' ב' כתבו שם לחלק ולפ"ז א"ש הכא דהא בזה לא שייך לומר קים לי בנפשאי כו' ויש להאריך בזה ואכמ"ל וי"ל דזהו ג"כ עפ"י הא דסוף פ"ב דכתובות דאמרו שם דלכן נאמנים מה שראו בקוטנן דכיון דרוב נשים בתולות נישואות ע"כ סגי בגילוי מלתא וכפי' רש"י שם וע"כ ה"ה בבכורות כיון דאיכא רובא התם ע"כ סגי בגילוי מלתא בעלמא ומוכח מרש"י דאף בדאורייתא סמכינן על גלוי מלתא במקום דאיכא רובא ודלא כשיטת הרמב"ם הנ"ל. ויש לחלק קצת דשאני בהך רוב דבתולות נישאות כו' וכמש"כ התוס' בכתובות ד' ט"ז ד"ה וזו הואיל ואין לה קול כו'. דאיתרע התם הך רובא משום דאין לה קול כו' וכמבואר שם אבל היכא דאיכא רוב גמור י"ל דמודה הרמב"ם דסגי גילוי מלתא בעלמא אף בדאורייתא ועוד יש לחלק דשא"ה בבכורות דהוי חזקת חיוב וע"כ אלים ביותר אך ז"א לפמש"כ במק"א ובבית מאיר בסי' קע"ח דלגבי יורשים לא מקרי חזקת חיובא כלל וזה מוכרח בלא"ה דאל"כ אמאי לא מהני התם הרוב דהא הוי בצירוף חזקת חיוב ורוב וחזקת חיוב מהני כמבואר שיטת בעל המאור ברי' פ"ב דכתובות וקצרתי בכ"ז ועי' בב"מ ד' ק"ב ע"ב רש"י ד"ה עד שיאמרו כו' ובתוס' יו"ט בכורות פ"ח מ' ו' ד"ה בחזקת כו' ויש לדון בזה טובא:

ועפ"י דברי רש"י הנ"ל יש לתרץ מה שהקשה הצל"ח בפסחים ד' י"א והאו"ת דאמאי בא' אומר בשנים בחודש וא' אומר בג' בחודש עדותן קיימת משום דרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא כמבואר בסנהדרין ד' ס"ט דהא אין הולכין בממון אחר הרוב ואמאי מהני זה בממון ועי' בש"ך ח"מ סי' ל' ס"ק י"ד מזה ונלפענ"ד לתרץ עפ"י דברי רש"י הנ"ל דהיכא דאיכא רובא מהני אף עד א' וכמו שמצאתי בספר מחנה אפרים ה' עדות סי' י"ח שכתב בשם רש"י הנ"ל דבצירוף רובא מהני עד א' עי"ש ולפי"ז י"ל דלכן בהנך עדים המכחישים זא"ז מהני דהא עד א' בוודאי יש לפנינו מהימן וכשר להעיד רק הספק הוא בעד השני אם טעה או דהוא בהכחשה. כדקיי"ל בכל עדות המכחישין זא"ז דעד א' בוודאי איכא לפנינו וכן בשתי כתי עדים המכחישין זא"ז דוודאי יש כת אחת לפנינו כמבואר בב"ב ד' מ"א וסנהדרין ד' ל"א ועי' בנזיר ד' כ': דכיון דעד א' איכא לפנינו עד

כשר ע"כ בצירוף רובא דאינשי דטעו בעיבורא דירחא סמכינן להוציא ממון עפ"י הכלל שכתב רש"י כנ"ל. א"כ מיושב קושייתם והא דמוכיח הש"ס בסנהדרין שם מזה דאזלינן בתר רובא בנפשות ולא מחלקינן דשא"ה דמועיל הרוב בצירוף הברי של עד א' כנ"ל י"ל דדווקא בדיני ממונות דאזלינן בתר אומדנא לכן סמכינן על צירוף הנ"ל:

משא"כ בנפשות דמצינו בסנהדרין ד' ל"ז ובדף פ' שם דלא אזלינן בנפשות בתר אומדנא ומה"ט שניים שזרקו חץ ואף אבא חלפתא ביניהם פטורין משום דלא אזלינן בד"נ בתר אומדנא ע"כ לא מהני זה בד"נ כיון דליכא שני עדים כשרים לפנינו אם לא אזלינן בתר רובא בד"נ ועי' ברמב"ם פ' י"ז ה' עדות ה' א' דידיעה בלא ראי' לא מהני בד"נ ובתוס' סנהדרין שם ד"ה כמאן כר' אחא כו' ובתוס' שבועות ד' ל"ד ואכמ"ל אך באמת ז"א דשאני בהך רובא דטעו בעיבורא דירחא דהך רוב הוא מהנך עדים המעידים לפנינו ושאני היכא דאיכא רובא זולת העד די"ל דוקא בזה ס"ל לרש"י דמהני: ובעיקר דברי רש"י הנ"ל יש להעיר דלמה לי' להגמ' בסוף פ"ב דכתובות לומר דלכן נאמן להעיד מה שראו בקוטנן בקיום שטרות משום דקיום שטרות דרבנן הימנוהו רבנן בדרבנן והא דקיום שטרות דרבנן הוי זה משום דהוי רוב אלים ומיעוט דלא שכיחא דזה מהני אף בממון כידוע ולפי שיטת רש"י אף אם לא הוי קיום שטרות דרבנן רק רובא בלבד כמו כל רובא ג"כ מבעי להיות מועיל וכש"כ הוא בהא דבכורות מבואר ברש"י דאמירה סגי בלא עדות גמורה כו' וכתב המחנה אפרים המובא לעיל בשם רש"י דע"א סגי בצירוף רוב ואלו התם בכתובות הוי עד אחר כשר לאותו העד המעיד שראה בקטנו ואפ"ה אי לא הוי קיום שטרות דרבנן לא הי' נאמן וקשה כנ"ל. וכן תקשה להסוברים דכתובה דאורייתא ואפ"ה מהימן להעיד מה שראה בקטנו כיון דאיכא רוב בתולות נישאות ולפ"ז קשה דל"ל מה דקיום שטרות דרבנן הא אף היכא דצריך קיום מה"ת ג"כ יהי' נאמן בצירוף רובא דהא לכה"פ רובא איכא וי"ל בזה לפמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ה' ענף ז' דהסוברים דאף בנמצא השטר בשוק א"צ קיום מה"ת ואף דהתם לא שייך הטעם שכתבו התוס' דלכן מה"ת א"צ קיום משום דלא חשיד אינש לזייפי וכסברת הש"ך בחו"מ סי' מ"ו ס"ק ט'. אלא טעמם עפ"י מש"כ הפני יהושע בגיטין ד' ג' דד"ת הוי כנחקרו עדותן בב"ד זהו הוי מגזה"כ דוכתב בספר וחתום ע"ש:

ומה"ט יש לפרש שיטת הסוברים דכת"י צריך קיום מה"ת כמבואר בסי' מ"ו וסי' ס"ט וקצרתי ולפ"ז א"ש מה דאמרו גבי קיום שטרות דנאמן להעיד מה שראו בקוטנן משום דקיום שטרות דרבנן דנפ"מ אף היכא דנמצא בשוק וכה"ג דלא שייך בי' הך רובא דלא

חשידי לזיופי לפי שיטת הסוברים כנ"ל ואפ"ה נאמן משום קיום שטרות דרבנן ואתי שפיר:

אכן לפמש"כ רש"י בגיטין ד' ג' דלכן ד"ת אין צריך קיום משום דלא חשידי לזייף א"כ תקשה על רש"י דבכורות מהא דכתובות כנ"ל ואפשר לומר דדוקא התם בבכורות דמיירי ביורשים דכיון דהוי רובא א"כ אין טוענין ליתמי מלתא דלא שכיחא והוי טענת היתומים כמו טענת שמא ולכן היכא דהוי אמירה אף בלא עדות גמורה בצירוף הרוב מוציאין ממון מהמוחזק כיון דטוען שמא וזה דומה קצת להא דכתובות ד' י"ב דאמרינן שם דברי בצירוף חזקה מוציא מהמוחזק וכמש"כ הפ"י לדון בזה במקום רוב בריש פ"ב דכתובות א"כ ה"ה הכא דהיורשים טוענין שמא ע"כ אמירת ברי של האחר בצירוף הרוב מוציאין מן המוחזק כשטוען שמא ואף דקצת יש לחלק דשא"ה בכתובות ד' י"ב דהוי ברי של הבע"ד בעצמו וכמבואר בב"ב ד' קל"ה ובכתובות ד' ע"ו תוס' בד"ה רישא כו' עכ"ז י"ל דס"ל לרש"י להוכיח מהא דאמרו בבכורות בלשון עד שיאמרו לו דמוכח מהמשנה דאף גילוי דעת בעלמא סגי בצירוף רובא דעדיף מן חזקה וז"א רק בטוען המוחזק טענת שמא משא"כ בטוען המוחזק טענת ברי לא שייך זה דהא עיקר הסברא דמהני אמירת חבירו בצירוף רוב משום דזה הוי כמו ברי ושמא בצירוף הרוב אבל היכא דהמוחזק טוען ברי אז לא מהני זה רק היכא דהוי עוד אחר עמו ובתו"ע וזהו ג"כ דוקא בדרבנן וע"כ א"ש הא דספ"ב דכתובות דמיירי התם אף בטוען המוחזק ברי. והא דב"מ ד' ק"ב דמוכיח הגמ' לתו"ז מן הא דתוך ל' יום בחזקת שלא נפדה ולא מחלקי דשא"ה דמיירי ביורשים וכנ"ל. משום דלפמש"כ לבאר כ"ז לא שייך התם לומר כן]. ואפשר דכ"ז תלוי בפלוגתת הראשונים בסי' ק"ח אי טענינן מלתא דלא שכיח ליתמי או לא:

וכיון דנתבאר דאף לפמש"כ רש"י בכורות כנ"ל עכ"ז היכא דהמוחזק טוען ברי ס"ל לרש"י ג"כ דלא מהני ע"א לצירוף הרוב ע"כ נדחה מש"כ לעיל לתרץ קושיות הפוסקים עלה דע"א אומר ב' בחודש כו' והא בממון אין הולכין אחר הרוב דהא התם מיירי במוחזק ג"כ טוען ברי וע"כ קשה לומר כן ויש להאריך עוד בזה וקצרתי ובעיקר דברי המחנה אפרים שכתב בה"ע סי' י"ח עפ"י סברת רש"י דבכורות הנ"ל לכללא דהיכא דאיכא רובא דאינשי לא עבדי למפרע חוב מיד דמהני לזה צירוף ע"א דזה אינו ברור כ"כ די"ל דכוונת רש"י שם בבכורות שכתב שם ובאמירה סגי בלא עדות גמורה י"ל דכוונתו כמו הא דכתובות סוף פ"ב גבי זכור הייתי בפלוני שיצאתה בהינומא כו' ע"ש דמבואר שם דסגי בגילוי מילתא בעלמא ופי' רש"י שם ג"כ דאין הדבר צריך עדות ועכ"ז בעינן שם אחר עמו וכמש"כ הרא"ש והר"ן שם והתוס' שם וכמבואר באה"ע סי' צ"ו סעי' ט"ו וכמו שפסק

הש"ך בחו"מ סי' ל"ה ס"ק ה' לדינא והתומים כתב שם דלכו"ע בעינן עוד גדול עמו רק המחלוקת שם אם בעינן דאותו גדול צריך שיהי' גדול בתחלה או בקטנותו ועכשיו הגדיל ע"ש אלמא דאף דאמרו שם דלא בעינן עדות רק גילוי מילתא ועכ"ז בעינן שנים ואפשר ה"ה בהא דבכורות ג"כ כוונת רש"י לזה דבעינן שנים וכן מדוקדק הלשון דאמרו שם בלשון עד שיאמרו לו בלשון רבים. רק דסגי שם בעדות שהי' בתחלתו בפסלות וסופו יהי' בכשרות ע"כ דברי המחנה אפרים אינם מוכרחים כ"כ:

ענף ג:

ולפי מה דנתבאר שיטת רש"י בבכורות דהיכא דאיכא רובא מהני לזה צירוף עדות אף שהי' מתחלה בפסלות כו' וכן לשיטת הסוברים כתובה דאורייתא דמוכח מזה דהיכא דאיכא רובא בצירוף עדים שהי' מתחלה בפסלות כנ"ל דזה מהני ומשמע אף מה"ת סמכינן ע"ז להוציא ממון ובוודאי לאו דווקא בעדים שראו בקוטנן דה"ה עדים שהיו מתחלה קרובים או פסולים ולסוף נתרחקו ונעשו כשרים ג"כ נאמנים בצירוף רובא כנ"ל דהא מצינו שם בסוף פ"ב דכתובות דת"ק דר' יוחנן ב"ב ס"ל דאינו נאמן משום דלא דייק ומשמע בשארי עדות פסולים בשעת ראי' ואח"כ נעשו כשרים נאמנים כמבואר שם בריטב"א על המשנה שם. רק בעינן שיהי בידו להכשיר א"ע משום דהיכא דלא הי' בידו י"ל דזה דומה להא דסוף פ"ב דכתובות הנ"ל דס"ל לת"ק דאינו נאמן וכמש"כ הסמ"ע בסי' ל"ה ס"ק י"ט משום דזה מקרי לאו בידו דמי יימר דמזדקקי כו' כמו בקידושין ד' ס"ב והא דאמר ר' יוחנן ב"ב בכתובות שם דנאמן משום דדעתו כו' מידק דייק ראיתי בריטב"א שם שכתב להעיר מהא דקידושין הנ"ל דזהו לא בידו כו' וכתב דשא"ה דהי' סבור דיזדקקו לי' הב"ד כו' וכבר תמהתי על הש"ך בסי' ל"ה ס"ק ז' דכתב דזה מקרי בידו כו' אך ברשע ועשה תשובה הוי בידו להכשיר א"ע כמבואר בש"ך שם ס"ק ז' וכן בקרוב ונתרחק י"ל דהוי באופן דהי' בידו לגרש את אשתו ואכמ"ל:

ועפי"ז יש ליישב קושיות התוס' בשבועות ד' ל"ה ד"ה או שהי' א' מהם קרוב או פסול הרי אלו פטורים משבועות העדות והקשה התוס' דכבר שמענו דאינו נוהג אלא בראוין להעיד ע"ש ועל תירוצם הקשה התוי"ט שם הא כבר שמענו זה במשנה דמכות דנמצא א' מהם קרוב או פסול עדותם בטילה וכמו שהקשה הר"ן בשם הרמב"ן והוכיחו מזה דאף בקיבל קרוב או פסול כבתרי אינו חייב ק"ש וכמבואר בירושלמי דשבועות ועי' בתומים מזה סי' ל"ו ס"ק ז' אך לפמש"כ יש לתרץ בפשיטות קושית התוס' הנ"ל בהקדם מה שכתב הפר"ד בדרך מצוותיך ח"ד סי' קכ"ה שהקשה על הא דאמרו שבועות העדות אינו נוהג בנשים והקשה הא בעד מיתה דאשה מהימנה יש לחייבה ק"ש וכמש"כ התוס'

בשבועות ד' ל"א ע"א ד"ה ורבנן הוא דפסלוהו כו' דכיון דנאמן מה"ת מקרי בר הגדה כו' ותירץ דכיון דאשה פסולה לעדות אלא במיתה וכה"ג נאמנת אבל להצטרף עם אחר להעיד בשארי מילי אינה נאמנת לכן אין שם עד עליו להתחייב ק"ש ע"ש:

וכן מצאתי בתשובת רע"א זצ"ל בסי' קע"ט וז"ל וקשה לי אמאי אינו נוהגת בנשים הא משכחת בעד מיתה דאשה נאמנת וצ"ל דענין שבועת העדות הוא רק בעד כשר דשם עדות עליו בכל מילי ואני קורא בו והוא עד אלא דע"א אם מגיד אינו מועיל וצריך צירוף עם אחר בזה היכא דאם הי' מגיד הי' מועיל חייב ק"ש אבל בקרוב או פסול דאין שם עדות עליו אלא דבסוטה האמינתו תורה משום רגלים לדבר וניכר שהאמת כן כו' בזה ליכא ק"ש כו' עכ"ל וזה כעין סברת הפר"ד הנ"ל:

ולפ"ז ה"ה במה דאמרינן דקרוב ונתרחק או רשע ועשה תשובה דנאמנין היכא דרובא מסייע לי' ועי' במל"מ פ' י"ד ה' עדות הל' ד' מש"כ בשם המהרי"ט להסתפק ברשע ועשה תשובה אם יהי' נאמן בזה דקטן והגדיל נאמן בהא דסוף פ"ב דכתובות ודעתי נוטה בזה דנאמן וכמש"כ לעיל ולפי"ז הי' מקום לומר לכאורה דחייבין ק"ש אם כפרו עדותן דהא עכ"פ הי' נאמנים להעיד כמו בזכור בפלונית שיצאתה בהינומא וכה"ג אך באמת כפי מש"כ הפר"ד ורע"א הנ"ל דבפסול לעדות כמו קרוב ואשה דאף דנאמנים להעיר במיתת בעלה משום דעבידא לגלויי או משום דיקא ומינסבה עכ"ז אין חייבין ק"ש כיון דאינן נאמנים בתו"ע מצד עצמם כמו כל עד ע"כ אין חייבים ק"ש ואינו בכלל והוא עד וה"ה בפסול להעיד מחמת תחלתו בפסלות ואינו יכול להצטרף בשארי עדות. ע"כ אף היכא דרובא מסייעו דנאמן להצטרף ואחר כשר עמו. עכ"ז כיון דאינו ראוי להגיד מצד עצמם ואף דעכשיו בשעת הגדת העדות הוא כשר עכ"ז כיון דהתורה פסלה לכל עדות היכא דהי' תחלתו בפסלות ואין נאמן הכא רק מצד הרוב מסייעו מקרי זה ג"כ כמו פסול הגוף על עדותן דכיון דאינו מועיל בשארי מילי ע"כ אינו חייב ק"ש דמה לי אם פסול עכשיו להעיד מחמת פסול הגוף שיש עליו האידנא בשעת הגדה או מחמת תחלתו בפסלות מחמת ראי' שפסלתה התורה:

וכן מדוקדק בלשון המשנה דתנן שם או שהיה א' מהם קרוב או פסול וכן אמרו בזה"ל בהא דת"ר שם בגמ' ואמאי לא תני או שא' מהם קרוב ופסול או בלשון שנמצא מהם קרוב או פסול כמו דאמרו בזה"ל בכל דוכתי ומדנקט המשנה בלשון עבר שהיה מוכח דכוונת המשנה הוא בכה"ג דמצינו בכתובות דנאמן להעיד היכא דהוי רובא מסייע לו אף בתחלתו בפסלות. וה"א דבזה חייב ק"ש כיון דעכשיו אין עליהם שום פסול כלל רק הפסול היה בעת ראיי' ע"כ אשמעינן דגם בזה אינו חייב ק"ש דכיון דהיה א' קרוב או

פסול בעת הראי' מקרי אינו ראוי להגיד מצד עצמם ואין חייב ק"ש ואשמעינן והמשנה טובא וע"כ שם בשבועות ד' ל"ה הנ"ל ת"ר או שהיה א' מהם קרוב או פסול יכול יהי' חייב ת"ל אם לא יגיד כו' משום דבעינן ע"ז מיעוט מקראי דהא בכה"ג שכתבתי היכא דרובא מסייע לו הסברא נותנת דנאמן מה"ת וכנ"ל:

והא דתנן התם דגם עד מפי עד נתמעט מק"ש י"ל דזה קאי על עד מיתה דאמן בזה ואשמעינן דאף דאין פסול הגוף בעצם עליו רק כיון דהתורה פסלה בכל מילי לעד מפי עד ע"כ אף היכא דנאמן כמו בעד מיתה מדרבנן עד מפי עד ג"כ הוי כמו פסול הגוף דלא קרינן בי' והוא עד רק בהא דאמרו שם הי' א' מהם קרוב או פסול ליכא למימר כן דהא על הקרוב והפסול בעצמם כבר ידעינן ממשנה דשבועות ד' ל' דאינו נוהגת בקרובים ופסולים וגם על העדים אחרים דנצטרפו עם הפסול ג"כ ליכא למימר דהא מה"ת אינם נאמנים בעדות אשה וכמש"כ הריב"ש בסי' קנ"ה דדוקא עד כשר נאמן מה"ת בעדות אשה ולא פסול מה"ת וע"כ אף להנו"ב במ"ק סי' מ"ו דכתב שם דהך פסול דנמצא א' מהם קרוב עדותם בטילה זהו אינו נוהג בעדות אשה ע"ש ובמק"א הארכתי בזה ע"כ ז"א רק מדרבנן ולכן לא שייך על זה למילף זה מקראי כמו דיליף התם בברייתא דת"ר הנ"ל אכן לפמש"כ דקאי על הא דסוף ב"פ דכתובות וכה"ג שפיר בעינן ע"ז לימוד מקראי:

דעל פסול דעד מפי עד דתנן התם לפמש"כ דזהו אינו אלא מדרבנן בעדות אשה דלא שייך על זה למילף מקראי מ"מ י"ל בזה כמש"כ הר"ן בפ"ט דכתובות לפי שיטת הסוברים מכירות שטרות דרבנן דהא דאמרינן יצאו שטרות מאונאה מלימוד מקראי דזה אינו רק אגב קרקעות ועבדים ע"ש וה"ה י"ל בזה דג"ז אינו רק אגב שהי' קרוב או פסול ועיקר כוונת המשנה והברייתא שם דלעולם היכא שהיה א' מהם קרוב או פסול בעת הראי' לא משכחת בי' לעולם חיוב ק"ש כלל ומתורץ קושית התוס' על נכון ובהא דשבועות ד' ל"ב הכל מודים בעד א' בדר' אבא ולפמש"כ בשם המחנה אפרים עפ"י סברת רש"י בכורות דהיכא דאיכא רוב מסייע נאמן ע"א ג"כ ה"מ הגמ' לאשכוחי כה"ג דבזה חייב ע"א ק"ש כיון דהי' נאמן כנ"ל. רק אין זה הכרח כ"כ דבלא"ה ה"מ הגמ' לאשכוחי גווני אחריני וזולת זה יש לדחות זה:

ענף ד:

והנה בב"ק ד' פ"ח אמרינן דהא דעבד מיפסל לעדות ילפינן התם במה הצד מן גזלן וקטן יעו"ש ודברי הרמב"ם פ"ט ה' עדות ה"ד עיין בכ"מ ותומים סי' ל"ה ולפמש"כ דרשע ועשה תשובה וכן קטן והגדיל נאמן היכא דאיכא רוב מסייע לי' [בצירוף אחר כנ"ל ועבד ונשתחרר אינו נאמן כמבואר ספ"ב דכתובות וכיון דעיקר פסול עבד נלמד מן גזלן וקטן

א"כ לא יהי' הלמד חמור מן המלמד ודיו לבא מן הדין להיות כנדון רק אי נימא דז"א רק מדרבנן ניחא. אבל באמת אין זה הכרח כלל די"ל דכיון דילפינן פסול מה"ת בעבד ע"כ ממילא כיון דבעבד ונשתחרר שייך הטעם דלא דייק ממילא גרע מגזלן וקטן משא"כ בקטן ונתגדל וקרוב ונתרחק וכן רשע ועשה תשובה דשייך בהו לומר דדייקי כנ"ל היכא דהוי בידו כו' ע"כ לא שייך לדון בזה הך דיו כו' אכן לפמש"כ השער המשפט בסי' ל"ה ס"ק ג' יש לעיין בזה וקצרתי:

אך קשה במה דיליף עבד דמיפסל לעדות מן גזלן הא יש לומר דמצינו דפסול גזלן חמור ביותר מן עבד דהא עבד מהימן במיתה ובטומאה כמבואר בסוטה ד' ל"א ור"ה ד' כ"ב וגזלן אינו נאמן התם רק בעדות מיתה י"ל דהא ז"א רק מדרבנן וכמבואר בתשובת הריב"ש והובא בנו"ב סי' ל"ג ובפתיחה לספר מראות הצובאות אבל בעדות טומאה נאמן עבד מה"ת וכמבואר בירושלמי סוטה פ"ב ה' ב' וזה לשונו ועד אין בה אין לי אלא עד מניין אף עבד ושפחה ת"ל ועד אין בה מ"מ עכ"ל אלמא דעבד נאמן מה"ת בטומאה משום רגלים לדבר [וראיתי בפתיחה לספר מראות הצובאות שכתב דהא דעבד ואשה נאמנין גבי טומאה סוטה ז"א רק מדרבנן ע"ש אבל מן הירושלמי הנ"ל מוכח דנאמנים מה"ת ואפשר לומר דבאמת למאי דמסיק בב"ק שם מה לגזלן שכן מעשיו גרמו לו וחשוד להעיד שקר דמה"ט גופא אינו נאמן בעדות סוטה משא"כ בעבד וזהו גופא בכלל האי פירכא וקצרתי:

ולפמש"ב לעיל דעבד נאמן מה"ת בטומאת סוטה בשם הירושלמי הנ"ל יש להקשות על הא דמכות ד' ח' ע"ב דאיתא התם עבד כו' גולה ולוקה ע"י ישראל כו' כגון שהעיד בו והוזם דכוותי' גבי עבד שהעיד והוזם עבד בר עדות הוא כו' וקשה הא משכחת עבד בר עדות בטומאת סוטה דעבד נאמן להעיד שנטמאה ואף אחר ששתתה נאמן ע"א כמש"כ התוס' בסוטה ד' ו' בד"ה ושבאו לה כו' וכמו גבי בן גרושה וחלוצה לוקה אם נמצאו זוממין וה"ה בהעיד העבד שנטמאה ונמצא זומם מבעי להיות לוקה מחמת לא תענה דהא היכא דלא שייך תורת הזמה לוקה משום לא תענה ואף דע"א אינו בתורת הזמה כמבואר בב"מ ד' ד' זהו מחמת דאינו נאמן להוציא ממון וכמש"כ התוס' שם ד"ה ע"א יוכיח אבל היכא דמהימן דינו בהזמה היכא דשייכא או במלקות היכא דלא שייכא בו תורת הזמה וכמש"כ הרמב"ם בהל' עדות פ' כ"א הל' ה' דבא ע"א ומעיד שזינתה אחר קינוי וסתירה דינו דמשלם כתובתה ע"ש א"כ משכחת דיהיה עבד לוקה מחמת לא תענה לרבנן דר' יהודה דס"ל בב"ק ד' פ"ח דעבד הוא אחיו במצות ובזה לא שייכא תורת הזמה דהא בעינן לו ולא לאשתו וכמש"כ התוס' בריש מכות גבי מצרי ע"ש ובלא"ה שייך זה

בעבד דהא לא הוי בר אישות ועיין ברמב"ם פ' כ' ה' עדות ה' ח' ותקשה דמאי פריך הגמ' עבד בר עדות הוא הא משכחת כנ"ל:

ואף דכתוב שם עבד לוקה ע"י ישראל ונקט לי' בלשון זכר זה אינו דקדוק כלל וגם הא קיי"ל באשה שזינתה דאין לקבל העדות שלא בפני בעלה אלמא דהוא מקרי בע"ד וע"כ שפיר מקרי בזה הלשון בלשון זכר דהא רוצים לאסור עליו אשתו וקשה כנ"ל ואף שהרמב"ם כתב דמשלם הכתובה עכ"ז הא משכחת הרבה גווני דלית לה כתובה א"כ היכא דלא היה לה כתובה בל"ז א"כ דינו דלוקה כמש"כ התוס' גבי מצרי א"כ משכחת לי' דלוקה כנ"ל. אך גם לפמש"כ המראות הצובאות דהא דעבד נאמן בטומאת סוטה אין זה רק מדרבנן ג"כ תקשה לפמש"כ התוס' בשבועות ד' ל"א ע"א דאף במקום דאינו נאמן רק מדרבנן ג"כ חייב ק"ש א"כ ה"ה יש לדון דיהיה שייך בי' מלקות משום לא תענה ותקשה ג"כ אליבי' דמאי פריך עבד בר עדות הא משכחת כה"ג: ויש לתרץ כ"ז לפמש"כ הפר"ד הנ"ל דבעד פסול במילי אחרינא כמו אשה ועבד ע"כ אף היכא דמהימן משום איזה צירוף ורגלים לדבר ג"כ אינו חייב ק"ש וי"ל דה"ה גבי לאו דלא תענה ברעך עד שקר דג"כ אינו חייב משום לא תענה רק היכא דהוא בר עדות בשאר מילי אבל היכא דאין עליו שם עד בשארי דוכתי אין בכלל עד להתחייב משום לא תענה ע"כ שפיר מקשה הגמ' עבד בר עדות הוא דהא לא מהימן בשארי דוכתא כ"א הכא משום רגלים לדבר ע"כ פטור משום לא תענה וכן ראיתי להסברא הנ"ל לדמות לאו דלא תענה לחיוב ק"ש בזה בתשובת רע"א סי' קע"ט שכתב כן מסברא אך לא הביא ראי' לזה אכן לפמש"כ מוכח כדבריו מהא דמכות הנ"ל ובנדה ד' נ' ובסנהדרין ד' ל"ד במשנה יש כשר להעיד ואינו כשר לדון ואמרינן לאתויי מאי לאתויי סומא באחת מעיניו ומני ר"מ הוא כו' ולפי מה שכתבתי דמשכחת לה עבד ואשה וקרוב דאנמנים בטומאת סוטה ולהפסיד כתובתה מה"ת ואפ"ה לדון בזה פסול ואף דאמרו סתמא יש כשר להעיד עכ"ז י"ל דזה אינו אלא באיזה פרט ולא בכל מילי כמבואר בנדה שם לעיל מינה דיש ראוי לדון ד"מ כו' וזה קאי על לדון חבירו אלמא דאף דתנו סתמא מ"מ אין זה רק באיזה פרט אך באמת זה אינו דקדוק כלל דלשון יש כשר להעיד משמע דנאמן מצד עצמו ולא משום איזה צירוף ובלא"ה יש לאשכוחי כמה גוונא בזה דכשר להעיד ואינו כשר לדון ועיין בסמ"ע סי' ז' ובאו"ת שם ס"ק ג' וס"ק ד' וקצרתי:

ענף ה:

והנה בירושלמי כתובות פ"ב ה' יו"ד על מתניתין אלו נאמנין להעיד בגודלן כו' אמרו שם בזה"ל באה"ד הוזמו מהו שישלמו או כהדא דא"ר בא רב יהודה בשם שמואל אין

לומדין דבר מדבר בעדים זוממין וכא כן ופי' הפ"מ דהירושלמי קאי על מה דאיבעי' שם לעיל דהיכא שאין מתכוונין להעיד אלא שממון יוצא מתוך עדותן שמעידין על דבר איסור אם נאמנין או לא ואת"ל דנאמנין אם חזרו והוזמו על עדותן מהו שישלמו ולא איפשיטא הבעיא עכ"ל הפ"מ א"כ מוכח מזה דדוקא בהעידו על איסורין ולא נתכוונו להעד על הממון בזה אמרו דלא ישלם ממון משום דהזמה חידוש הוא כו' אבל בהא דאמרו שם דנאמנין להעיד בגודלן כו' לענין כתובה וכה"ג דאם העידו והוזמו משמע דמשלמין בתורת הזמה ואף דעיקר ראיות עדותן הוא בתחלתו בפסלות וא"כ י"ל דבעצם עדותן יש עליהם שם פסול עדות וגם הא אינן נאמנין מצד עצם עדותן אלא משום רוב נשים בתולות נישאות מסייע להו וכה"ג אפ"ה דינן דמשלמין ממון בהוזמו א"כ זהו דלא כמש"כ לעיל לדון בזה דאף דנאמנים בעדותן עכ"ז אין חייבין ק"ש בכפרו עדותן וגם אין לוקין משום לא תענה ואין בהם תורת הזמה משום דלא הוי שם עד עליו והוי כמו דיש פסול הגוף עליהם מחמת תחלתו בפסלות וגם הא אינן נאמנין רק מחמת צירוף הרוב אבל מירושלמי הנ"ל מוכח דלא אמרינן כן אלא כיון דהשתא הם כשרים בעת ההגדה בב"ד יש עליהם שם עד לגבי הזמה וכה"ג אף דהזמה חידוש הוא:

ומזה הוי סייעתא למש"כ הרמב"ם פ' כ"א ה' עדות ה"ה דבע"א שהעיד שזינתה אחר קנוי וסתירה יש בו דין הזמה ועיין מזה בירושלמי סוטה פ"א ה"א ובמראה הפנים שם ד"ה עידי קנוי שנמצאו זוממין לוקין כו' ואף דע"א בקנוי וסתירה לא מהימן מצד עצם עדותן לבד רק מחמת קנוי וסתירה דהוי רגלים לדבר אפ"ה כיון דהתורה הימני' שפיר הוי עליו שם עד לענין דין הזמה וכמו במשביע ע"א לענין חיוב ק"ש בשבועות ד' ל"ב דהכל מודים בעד סוטה שחייב דרחמנא הימני':

אמנם לולא דברי הפ"מ יש מקום לפרש להירושלמי הנ"ל במה דקאמר הוזמו מהו שישלמו דקאי על המבואר במשנה אלו נאמנין להעיד בגודלן כו' דע"ז אמרו הוזמו מהו שישלמו משום די"ל דכיון דהתורה פסלתו לעדות אם הי' תחלתו בפסלות א"כ הוי זה כמו דהוי פסול הגוף על עדותן וכמו הא דכתב הפר"ד דלכן שבועת העדות אינו בקרובים אף היכא דהתורה האמינתו משום דהא יש עליו שם פסול ולא קרינא בי' והוא עד כנ"ל וכש"כ בהזמה דהוי חידוש ושפיר קאמרי שם בירושלמי דאין לומדין דבר מן דבר בעדים זוממין א"כ אדרבא יהי' סייעתא מירושלמי הנ"ל לדברי אך י"ל דז"א רק בהזמה דחידוש הוא כמו שאמרו אין למדין כו' כנ"ל) ואחר כותבי כ"ז אתאי לידי ירושלמי עם פי' קרבן העדה וראיתי דכתב ג"כ דהך הוזמו מהו שישלמו קאי על מה דאמרו שם דנאמנין בגודלן

כו' לענין כתובה מאתים והוזמו ע"ש. ע"כ שפיר כתבתי לעיל לדון כנ"ל ועם כ"ז אין מזה סתירה על מש"כ הרמב"ם דבע"א דנאמן אחר קנוי וסתירה דיש בו דין הזמה:

דאף דאין נאמן מפאת עצמו רק מצד רגלים לדבר עכ"ז כיון דיש עליו שם עד כשר וראוי להצטרף עם אחר בשארי מילי לכן שייך בו דין הזמה אבל היכא דיש עליהם פסול מחמת תחלתו בפסלות דינן כמו פסול הגוף דאין בזה דין הזמה כנ"ל וכמש"כ הפר"ד לחלק כעין זה גבי חיוב ק"ש כנ"ל: וראיתי בקצה"ח סי' ל"ח ס"ק ה' שכתב דאם ע"א העיד במקום דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דטען איני יודע וכה"ג וניזום העד די"ל דשייך בו דין הזמה דהא דב"מ ד' ד' דע"א אינו בתורת הזמה היינו משום דלא מהימן לחייב ממון אבל היכא דמחייב ממון מחמת מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם שייך בו דין הזמה. אלא שלבי מהסס דקרא דכאשר זמם בשני עדים הוא דכתיב עכ"ל הקצה"ח ובאמת מן הרמב"ם שהבאתי לעיל מוכח בפי' דאף בע"א היכא דנאמן שייך בו דין הזמה ודלא כהקצה"ח בזה אכן בעיקר דברי הקצה"ח הנ"ל יש לדון בזה דאף אם הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מ"מ אינו בתורת הזמה וכמש"כ הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ע"ב בע"ח אף היכא דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מ"מ אינו בהזמה משום דריע טענתו של הלוה גרם לו להתחייב ממון וע"כ אינו בתורת הזמה ע"כ העיקר בזה דלא כהקצה"ח הנ"ל:

ושאני בהא דע"א מעיד שנטמאה דכתב הרמב"ם הנ"ל דיש בו דין הזמה דהתורה הימני' מצד עצמו כנ"ל אבל במחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דאינו רק מצד דריע טענת הבע"ד לא אמרינן בו דין הזמה וכמש"כ הנו"ב הנ"ל ובוודאי אין לחלק בין טוען איני יודע ובין הא דנסכא דר' אבא וקצרתי בכ"ז:

ענף ו:

נחזור לענייננו ונבאר שיטת הרמב"ם דס"ל דדוקא בקיום שטרות בעי אחר גדול מתחלה עמו אבל בעדות הינומא לא בעינן אחר כשר עמו רק סגי בזה ג"כ עדות האחר שהיה קטן והגדיל עכשיו וכמש"כ באה"ע סי' צ"ו והובא באו"ת ביאור סברא זו ונלענ"ד לבאר שיטת הרמב"ם ולהסביר דבריו בחילוק הנ"ל די"ל דהרמב"ם הוכיח מהש"ס דבעדות הינומא אף דעדות האחר היה ג"כ מתחלה בפסלות בעת הראיה אפ"ה הקילו בזה להאמינו דהא שיטת הרמב"ם דבעת ראייה לבד שייך ג"כ נמצא קרוב ופסול עדות כולן בטילה אף דלא העידו בבת אחת בב"ד וגם שיטת הרמב"ם דאף דלא העידו כלל בב"ד ג"כ נתבטל עדות הכשרים מעת הראייה. ואי נימא גבי זכור בפלונית שיצאתה בהינומא כו' דבעי אחר כשר מעת הראייה עמו א"כ תקשה דהא זה לא משכחת בהא דקטן והגדיל

מעיד שראה אז בקטנו ובצירוף עוד אחר כשר עמו דהא בעת הראייה שראו אז ביחד הקטן והאחר עמו א"כ נתבטל אז עדות של אחר מחמת נמצא פסול כו' דהא התורה פסליה להקטן להעיד וממילא נפסל עדות הגדול אז בעת הראייה [וגם הא מעידין עכשיו כולם בב"ד] ודוחק לומר בזה דמיירי היכא דלא נצטרפו ביחד בעת ראייה וכה"ג הקשו התוס' בסנהדרין ד' ל"א וב"ב ד' מ"א ד"ה נחלקה כו' ותירוצם לא שייך הכא ומזה הוכיח הרמב"ם דגבי זכור בפ' שיצאתה בהינומא כו', אף דהאחר היה ג"כ פסול בעת הראייה מ"מ כיון דעכשיו הוא כשר מהימן להעיד בזה משום דאל"כ הא אף אם היה כשר בעת הראייה מיפסל אז ג"כ משום האחר שנצטרף עמו אז היינו הקטן דרחמנא פסליה אך גבי קיום שטרות דכ"א אינו מעיד רק על הכרת החתימות וזה יכול להיות ע"פ טב"ע וכה"ג ולא שייך בזה כ"כ לומר נמצא א' מהן קרוב ופסול כו' בעת הראייה. דהא יכול להיות הכרתם שלא היה בבת אחת בעת הראייה משא"כ בזכור בפלונית כו' דבזה דוחק לומר דלא היה בבת אחת כנ"ל ומזה הוכיח הרמב"ם דלא בעינן בעידי הינומא רק שיהא עוד אחר עכ"פ אבל על כשרות מתחלתו לא הקפידו והא דאמרו והוא שיש גדול עמו לא קאי אלא אקיום שטרות:

אכן לפי מה שראיתי בנתיבות סי' ל"ו ס"ק י' דהיכא דהיה א' מהם קטן לא שייך בזה לומר נמצא א' מהם קרוב או פסול ויהיה עדות כולם בטילה משום דקטן אין עליו שם עד כלל ע"ש ולפ"ז נסתר מש"כ אבל באמת יש לפקפק בדבריו. מהא דכתב הריב"ש בסי' של"ט בשם כמה ראשונים שכתבו דלכן מהני בנוגע בעדות סילוק ולא אמרי' בזה תחלתו בפסלות משום דכמו דלא שייך לומר נמצא א' מהם קרוב או פסול היכא דהיה עד א' מהם נוגע בעדות משום דאין עליו שם עד כלל רק בע"ד מקרי ואינו בתו"ע כלל ומה"ט לא שייך לומר תחלתו בפסלות היכא דלא היה עליו שם עד כלל מתחלה וזהו ע"פ דברי הראב"ד דהובא ברא"ש פ"ק דמכות והובא בש"ך סי' ל"ד ס"ק כ"ח אלמא דס"ל להריב"ש וש"פ דהיכא דלא שייך לומר נמצא א' מהם פסול כו' דה"ה דלא שייך בזה לדון וליפסול מחמת תחלתו בפסלות א"כ תקשה מהא דאמרינן בכתובות ד' כ"ח דאלו נאמנים להעיד מה שראו בקוטנן אבל בשארי עדות ממון לא מהני להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן משום תחלתו בפסלות וכמש"כ התוס' בכתובות ד' י"ח ע"ב ד"ה מלוה גופא מידק דייק כו' דהא אי נימא דנמצא א' מהם קטן אין מבטל עדות הגדולים משום דלאו שם עד כלל על הקטן וכמש"כ הנתיבות א"כ כמו כן לא יהיה שייך למיפסל עדות של קטן והגדיל משום תחלתו בפסלות דהא לאו שם עד כלל ודומה לבע"ד שנסתלק דכתבו דלא שייך בו תחלתו בפסלות משום דלא הוי עליו שם עד כלל וע"כ מוכח להך

שיטה הנ"ל דגם בנמצא א' מהם קטן שייך ג"כ ליפסיל עדות כולם משום דגם בקטן שייך לומר דשם עד פסול עליו ואף דהש"ך בסי' ל"ד ס"ק כ"ח השיג על הריב"ש עכ"ז אין להזניח דברי הראשונים הנ"ל ובעיקר קושית הש"ך הארכתי במק"א:

ומה שהוכיח הנתיבות דין זה דבקטן לא שייך דין זה לומר דנמצא א' מהם קרוב או פסול כו' ממה שכתב האו"ת בסי' ל"ו ס"ק י"א דאשה אין עליה שם עד פסול לדין בזה נמצא א' מהם פסול יש לחלק טובא בין קטן לאשה משום דדוקא אשה דלא חזיא לשום עדות בעולם אף לאחר זמן לכן אין עליה שם עד פסול כלל משא"כ בקטן דאתי לכלל גדול ולהיות עד כשר אפשר דמקרי בר עדות רק התורה פסלתו עכשיו וכדמצינו דקטן מקרי בר כריתות ובר הוויא וכמש"כ התוס' בגיטין ד' כ"ב בד"ה והא לאו בני דיעה נינהו כו' והגמ' בגיטין ד' פ"ה כו' ומה"ט ס"ל לכמה ראשונים והתוס' דזכין לקטן מה"ת משום דאתי לכלל זכייה כמבואר בב"מ ד' ע"ב ועיין בזבחים ד' צ"ט גבי קטן אם מקרי ראוי לחיטוי ומה"ט י"ל דקטן מקרי בר עדות משום דאתי לכלל עדות ויש לדון בזה ג"כ ע"פ שיטת הסוברים באה"ע סי' י"ז סעי' י"ג ואחרונים שם במה שהביאו בשם השלטי גבורים בכתובות ד' כ"ח דקטן נאמן להעיד במיתת בעלה אף במכוין להעיד ובט"ז שם במש"כ דקטן שהגיע לעונת הפעוטות שאני בזה וקצרתי:

ענף ז:

ובעיקר דברי התומים הנ"ל שכתב דאשה אין עליה שם עד פסול כלל ושאני גזלן וקרוב דראוי להעיד ושם עד עליו רק מחמת פסלותו נפסל עכ"ל ובאמת לבבי לא כן ידמה דהא חזינן להיפך בטומאת סוטה דאשה ועבד נאמנים וכמש"כ לעיל להוכיח דאף מה"ת נאמנים ואלו גזלן פסול אף בטומאת סוטה משום דחשוד לשקר כמבואר סוף פ"ק דר"ה וכן ראיתי בספר טורי אבן לר"ה ד' כ"ב ע"א בד"ה האשה כשירה עליו כו' באמה"ד וז"ל דהא דעד א' נאמן גבי סוטה נפקא לן מדכתיב ועד אין בה כו' וכיון דאפיק רחמנא בלשון עד היינו דווקא בראוי להעיד לאפוקי גזלן שאינו בתו"ע כלל דהא כתיב אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס ודרשינן אל תשת רשע עד ש"מ דרשע אינו בכלל תו"ע כלל ואין עליו שם עד לגמרי אבל אשה שם עד עליה והא דאשה פסולה לעדות נפקא לן בשבועות דף ל' מועמדו שני אנשים ודרשינן אנשים ולא נשים ולא למימרא שאינו בתו"ע ואין שם עד עליה דוודאי שם עד עליה ולא מיעט הכתוב לאשה אלא משום דאין שם איש עליה ורחמנא אמר אנשים דווקא כו' אבל היכא דע"א נאמן אשה נמי בכלל וכן לענין עדות אשה להשיאה ע"י ע"א הקילו רבנן כו' אלא דק"ל דאמאי אין מחייבין ע"י עדות אשה

שבועה דאורייתא דהא אשה נמי בכלל עד ונ"ל מדכתיב לא יקום ע"א אבל ב' יקומו כו' עכ"ל הטורי אבן:

והעתקתי דבריו הנחמדים אלמא דמצינו להיפך ממה שכתב האו"ת הנ"ל דאדרבה דאשה יש עליה שם עד ביותר מגזלן וכיון דבגזלן שייך לומר נמצא א' מהם פסול מבטל עדות כולם כש"כ באשה דשם עד עליה גבי טומאת סוטה ולא מיפסלה משום חשש משקר רק משום גזה"כ דאנשים ולא נשים וודאי דשייך בו לומר נמצא א' מהם קרוב או פסול דעדות כולם בטילה ולפ"ז ה"ה בקטן דהא מבואר בב"ק ברש"י ד' פ"ח דהא דקטן מיפסל לעדות היינו משום דכתיב אנשים ולא קטנים וכן כתב הרמב"ם בפ"ט הל' עדות ה' ז' ועוד טעם כתב רש"י שם משום דקטן הוי עדות שאי אתה יכול להזימה כו' [ומוכח מזה דרש"י ס"ל דאף בד"מ בעינן עדות שאתה יכול להזימה ואכמ"ל] וכן מבואר בב"ב ד' קנ"ה ע"ב דאמרו שם התם בעינא ועמדו שני אנשים וליכא וכן מבואר בירושלמי סנהדרין פ' ג' ה' ט' ובשבועות פ' ד' ה' א' ע"ש. וכיון דקטן מיפסל משום גזה"כ הנ"ל ע"כ דינו כמו אשה דנתבאר דמקרי שם עד עליו ושייך בו לומר נמצא א' מהם פסול עדותם בטילה:

והא דהוכיח האו"ת שם כן דמפני מה לא פריך הגמ' במכות על כל העריות דיצילו דהא נשים פסולות לעדות י"ל בזה דהא חזינן דתרתי לריעותא חמיר פסולו מן חד לריעותא כמבואר בסנהדרין ד' כ"ד ובתוס' ד"ה אמר רב דימי כו' ע"כ אם היה מקשים הש"ס מנשים דכל העריות היינו יכולים לחלק ולדחות דשאני נשים דיש עליהם שני פסולים פסול א' פסול נשים. פסול השני אם נבעלה ברצונה הוי פסול רשע ואם נבעלה באונס יש עליה שם פסול שונא וכמש"כ התוס' במכות שם. והיה מקום לומר דשתי ריעותות אין עליו שם עד פסול לומר נמצא א' מהם פסול כו' משום דבשתי ריעותות אין עליו שם עד כלל משא"כ בחדא לריעותא יש עליו שם עד פסול ואמרינן ביה שפיר נמצא בהם א' מהן פסול כו' ולבסוף דמסיק הש"ס לומר דבמקיימו דבר הכתוב מדבר י"ל דבאמת לא מחלקינן גבי נמצא א' מהם פסול בין שתי ריעותות לחד ריעותא משום דבלא הכרח אין לנו לומר כן רק דתלוי במקיימי דבר לכן ניחא להש"ס למיפרך יותר הרוג יציל רובע יציל כו' ע"כ אין הכרת לקושיות התומים והוכחתו כנ"ל ולכן לדינא יש מקום לומר דגם בנשים שייך לומר נמצא א' מהם פסול לבטל עדות כולם מכש"כ מגזלן כנ"ל ומה שהקשה התוס' מגיטין וקידושין מקרובים שיש שם ולא מה שיש שם במעמד נשים אין זה הכרח כ"כ ולכן שפיר כתבתי לעיל הגה"ה ובמגילה ד' כ' אמר ר' יהודה קטן הייתי וקראתי למעלה מר' טרפון וזקנים אמרו לו אין מביאין ראייה מן הקטן. ויש להעיר

בזה דהא בדרבנן אף קטן והגדיל נאמן והא מקרא מגילה הוא דרבנן וכמש"כ הר"ן גבי הא דחזקיה קרי בטבריא בארביסר וחמיסר ועיין בטורי אבן למגילה ד' ה' שם ואכמ"ל ואפשר לומר דשא"ה דאתחזק חיובא עליו וספק אם יוצא בזה ונפטר מחיובו או לא וע"כ אינו נאמן בזה קטן והגדיל ועיין בב"מ ד' ט"ז ע"ב אמר רב נחמן הוינא כבר שתא כבר שבע ודכרנא דהוי מכרזי הני שטרא אקנייתא דמשתכחי בשוקא דהדרינהו למריהו. ואפשר דלא סמכו על עדותו כ"כ בזה דהא באמת מצד עדות לא מהני בזה כמבואר ג"כ בסנהדרין ד' נ"ב, דא"ל קטן היית ואין מביאין ראיה מן הקטן:

ע"כ הגה"ה. וב"ה מצאתי בהגהות האשר"י סוף פ"ב דכתובות שכתב בזה"ל ועוד דשאני קטן שיבא לכלל עדות משא"כ בקרוב כו' עכ"ל הרי דס"ל דקטן יש עליו שם עדות ביותר מקרוב משום דאתי לכלל עדות וכמש"כ לעיל: ולפי מש"כ האו"ת והנתיבות דאשה וקטן לא שייך בהם נמצא א' מהם קרוב או פסול כו' א"כ ה"ה בעבד דאם א' מהם עבד דלא מבטל לעדות כולם דהא עבד ג"כ אין עליו שם עד כלל כמו אשה ועיין בב"ק ד' פ"ח משום דס"ל דווקא בגזלן וקרוב יש עליו שם עד לבטל עדות כולם כמש"כ התומים בשם הריב"ש דדווקא היכא דיש עליו שם עד. רק דהתורה פסלה בזה הדין דנמצא א' מהם כו' משום דגזלן בר עדות הוא אם יחזיר בתשובה וכן קרוב כשר לעדות לאחרים משא"כ אשה דלא חזיא לשום אדם להעיד כלל וכן קטן לאו בר הגדה כלל בשום דוכתא א"כ ה"ה עבד מקרי ג"כ לאו בר עדות כלל ואף דביד האדון לשחררו עכ"ז הא ביד העבד אינו זה ועוד הא אמרינן בקידושין ד' ס"ב גבי הרי את מקודשת לי לאחר שאשתחררך דלא הוי קידושין דאף דבידו לשחררה עכ"ז מעיקרא בהמה השתא דעת אחרת עי"ש וע"כ יש לדון לדבריהם דגם בעבד לא שייך נמצא א' מהם פסול לבטל עדות כולם:

וכיון דא' מהם הוא עבד בוודאי א"כ נתבטל עדות כולם:

ענף ח:

ונלענ"ד להביא ראיה לזה מהירושלמי דיבמות פ' י"א הל' ה' גבי כהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה כו' וזה לשון הירושלמי מהו שיעידו עדות אחת ותעלה להם עדות אחת כו' ואחר שנמצאו עדים זוממין אינם נהרגין ואין ההורג נהרג אף הכא כן כוונתו אם התערובות נחשבו עכ"פ לעד א' להצטרף עם עוד אחר על דיני נפשות דהא אחד מהן הוא כשר וקא פשיט דכיון דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה משום דהתערובות על כל א' הוא בספק דשמא עבד הוא ואין בו דין הזמה ע"כ אין ההורג נהרג וקשה תיפוק ליה דהוי נמצא א' מהם פסול דהא מיירי בד"נ דנצטרפו בעת הראייה וגם בעת ההגדה כמבואר במכות ד' ו' ע"ב וברמב"ם הל' עדות ריש פ"ד דבד"נ צריכין העדים להעיד כא'.

א"כ נתבטל עדות כולם. בפרט בד"נ דאף ר' יוסי מודה דבד"נ בטל עדות כולם כשאחד מהם הוא פסול כמבואר במכות ד' ו' וכעין זה הקשו התוס' בב"ב ד' מ"א ובסנהדרין ד' ל"א גבי ב' כתי עדים המכחישין דהא הוי נמצא א' מהם פסול אך לחד תירוצא דתירצו שם דדווקא כשהפסול ידוע זה י"ל ג"כ הכא דכיון דאין ידוע מי הוא העבד ע"כ לא שייך בזה נמצא א' מהם פסול כו' אבל לאידך תירוצים של התוס' הנ"ל תקשה בירושלמי הנ"ל כנ"ל. דהא מיירי בד"נ דאף ר' יוסי מודה והיה הראייה והגדה כאחת כמבואר בד"נ וגם הא היה התראה א"כ נתכוונו להעיד בעת הראיה ועיין במכות ד' ו' ע"א תוספות ד"ה היכי אמרינן כו': אך אפשר לומר בזה להך תירוץ דמתרצי התוס' בב"ב שם די"ל דהתם מיירי דאתו למיחזי א"כ ה"ה בהך דירושלמי י"ל דמיירי דאתו למיחזי ואף דמיירי התם בד"נ עכ"ז י"ל כמש"כ המהרש"א במכות ד' ו' בתוספות ד"ה היכי אמרינן כו' במש"כ התוס' דנחזי אנן אם התרו בו דהא לא בעי התראה לכל עד אלא אפילו שמע מפי עצמו עכ"ל א"כ י"ל בהך תערובות ג"כ דלא היה ההתראה מהם ואף לפי' שיטת הרמב"ם דחו"מ ריש סי' ל"ו דאם כולם לא נתכוונו להעיד דבטל עדותן כמש"כ הש"ך שם. עכ"ז י"ל דאחד מן התערובות נתכוין להעיד והב' לא נתכוין להעיד א"כ הא לא נצטרפו אך גם זה לא א"ש לפי שיטת הרמ"ה והובא בטור ח"מ סי' ל"ו ובסמ"ע שם ס"ק ד' דס"ל דאם ר"ה ההגדה כאחת אף דבעת הראייה לא נתכוונו להעיד דמיפסל עדותן. א"כ כאן דמיירי בד"נ דהעידו שנים. בוודאי הוא הגדה כאחת ועיין רש"י מכות ד' ו' ד"ה והוא שהעידו כו' אבל אם העידו השנים כו' א"כ תקשה כנ"ל וגם יש לעיין בזה ע"פ מש"כ תו"י בכריתות ד' י"ב ע"ב ד"ה לא נתכוונתי לעדות ועוד דהא חזינן להתוס' בסנהדרין ד' ל"א דלא ניחא להו לתרץ כן ומהדרי אחר תירוצים אחרים א"כ הכא בירושלמי דלא שייך תירוצים הנ"ל תקשה עדיין כנ"ל וע"כ מוכח מזה דבעבד לא שייך נמצא א' מהם פסול לבטל עדות כולם וכמש"כ האו"ת באשה ויהיה מזה סייעתא לסברת האו"ת. אמנם בעיקר הדברים הנ"ל יש לפקפק דהא מבואר בכתובות ד' כ"ח דכולם אם היה עבד ונשתחרר אינו נאמן ריב"ב אמר נאמן ופליגי אי דייק או לא דייק ומשמע דריב"ב לא פליג אלא בהנך דמונה התם דהוי מדרבנן ורוב נשים בתולות נישאות אבל בשארי ענינים דלא שייך כן גם ריב"ב מודה דאינו נאמן משום דהוי תחלתו בפסלות וכבר הבאתי לעיל שיטת הריב"ש וכן הוא שיטת רבותא שהביא הרמב"ן בחי' לב"ב ד' מ"ג דלכן מהני סילוק בנוגע בעדות משום שיטת הראב"ד דבבעל דבר לא שייך בו נמצא א' מהם פסול דבמקיימי הדבר הכתוב מדבר ומה"ט היכא דלא שייך עליו שם עד לא פסלינן לו משום תחלתו בפסלות ועיין מזה באו"ת סי' ל"ז ס"ק א' ובריש סי' ל"ו באו"ת ובש"ך סי' ל"ד ס"ק כ"ח ובסי'

ל"ו ס"ק ט"ו אלמא דס"ל להנך רבוותא דהיכא דלא שייך נמצא א' פסול משום דלאו בר עדות הוי דה"ה מה"ט לא שייך בו לדון תחלתו בפסלות א"כ אי נימא דבעבד לא שייך בו נמצא א' פסול לבטל עדות כולם א"כ מה"ט לא יופסל עבד ונשתחרר משום תחלתו בפסלות ובאמת הא מצינו דגם בעבד שייך תחלתו בפסלות כנ"ל: וכן מבואר בתוספתא סנהדרין פ"ה יעו"ש דפסול משום תחלתו בפסול ומונה זה בין שארי פסולים משום זה ואף דבגמ' מבואר הטעם דאינו נאמן כו' משום דלא דייק וע"כ אף בדרבנן אינו נאמן ואלו בתוספתא מבואר דאינו נאמן משום תחלתו בפסול י"ל בזה כמש"כ השער המשפט בסי' ל"ה ס"ק ג' דאם יש עליו שם עד כשר היה מהימן ולא מיפסל משום דלא דייק לפי דבעד כשר לא חיישינן לומר דלא דייקי אלא בפסול לעדות אמרו זה ע"כ עיקר הטעם בהא דספ"ב דכתובות הוא משום תחלתו בפסלות ומן התוספתא הנ"ל סייעתא לדברי השער המשפט הנ"ל והך תוספתא הובא בקצרה בש"ך סי' ל"ה ס"ק ז' ועיין ברש"י גיטין ד' ט' ובתוס' שם ד"ה אע"פ שחותמיהן כו' ובהגהות אשר"י שם ובמהרי"ק סי' קכ"א ובמרדכי ובקצה"ח סי' ס"ח ס"ק א' מזה וכן י"ל מזה בב"ק ד' פ"ח בתוס' ד"ה יהא עבד כו' דאי נימא דכשר מה"ת י"ל דמיפסל שפיר משום תחלתו בפסול משום דיש עליו שם עד קצת דהא כשר מה"ת וכן מוכח בירושלמי שבת פ"א ה"ד גבי שמנה עשר דברים כו' דאי' שם והשאר מן מה דתני רשב"י בו ביום כו' ועל עדותן כו' דמשמע דכשרין מה"ת וקצרתי בכ"ז עכ"פ חזינן דעבד ונשתחרר מיפסל משום תחלתו בפסלות ולפ"ז הדין נותן למיפסל בעבד עדות האחרים שנצטרפו עמו משום נמצא א' מהם פסול כנ"ל:

והא דהוכחתי מירושלמי יבמות י"ל דהתם קאי לת"ק ור"ש במשנה מכות ד' ה' דמקשי שלשה לשנים לענין הזמה כו' ולא ס"ל להיקישא לנמצא א' מהם פסול אלא ר"ע הוסיף זה ועיין תוס' סנהדרין ד' מ"א ע"ב ד"ה כמאן כר"ע כו' ובתוי"ט מכות שם. וגם יש עוד מקום לומר ולתרץ הך דירושלמי הנ"ל דמיירי דאתא למחזי ועכ"ז א"ש אף לשיטת הרמ"ה דטור ח"מ הנ"ל אך לא רציתי להאריך יותר. וכעת מצאתי בירושלמי הנדפס עם שירי קרבן וראיתי שהקשה השירי קרבן על הירושלמי הנ"ל דהא ה"ל נמצא א' מהם פסול כו' ולא העיר בכל משכ"כ עכ"פ חזינן דס"ל גם לבעהמ"ח ש"ק דבעבד שייך לפסול משום נמצא א' מהם פסול א"כ ה"ה בקטן ודוחק לחלק ביניהם:

ומש"כ האו"ת להוכיח מהא דלא מקשה הש"ס מכל העריות דנשים יצילו דמוכח דבנשים לא פסלינן משום א' מהם פסול כו' משום דלא מקריא בשם עד כלל כמש"כ הריב"ש אין זה ברור כ"כ דהא מקודם דמסיק הש"ס במקיימי דבר כו' דזהו המקור דמוכיח הריב"ש ע"פ שיטת הראב"ד דבעי שיהיה עליו שם עד קצת ובאמת בעיקר

שיטתו ובשיטת רבוותא שהובא בחי' הרמב"ן בב"ב ד' מ"ג יש לעיין בכללא שלהם מהא דספ"ב כתובות והתוספתא סנהדרין דהובא לעיל וע"פ המבואר לעיל וקצרתי] א"כ עדיין תקשה דהש"ס בקושייתם מקודם דמסקי לסברת במקיימי דבר כו' היה להם להקשות מיד ג"כ מן כל הנשים דיצילו וע"כ מוכח דאין זה הכרח כ"כ להוכיח ממה דלא הקשה המקשה כן וכמש"כ לעיל:

והנה לפמש"כ האו"ת דבאשה לא שייך למפסל משום א' מהם פסול א"כ ה"ה בעבד דהא אי' בב"ק ד' פ"ח דעבד ילפי למיפסל מן אשה וגזלן או מקטן וגזלן ואפשר לומר כיון דאתו בזה למילף מגזלן ג"כ ע"כ דינו כמו גזלן ועיין ב"ק ד' ג' ע"ב תוס' ד"ה משורו למדנו כו' וברא"ש שם ויש לחלק כאן ביותר ולכאורה יש להעיר בכ"ז בהא דירושלמי גיטין פ"א ה"א כתב כל נכסי' לעבדו מה עבד לי' כגט או כמתנה כו' כהדא כתב כל נכסי' לשני ב"א כא' והי' עדים כשרים לזה ופסולין לזה אתפלגין ר' יוחנן ור"ל ר"י אמר מאחר שהן פסולין לזה פסולין לזה כו' מתני' מסייעא לר"י מה שנים נמצא כו' עכ"ל וכ"כ בירושלמי מכות פ"א ה"ז והאריכו הראשונים להקשות עלה דגיטין ד' ט' דעצמו קנה נכסים לא קנה והובא בארוכה דברי הרמב"ן ורשב"א והר"נ והרא"ש ספ"א דמכות בכ"ז בפני משה שם ואי נימא דבעבד לא שייך נמצא א' פסול כו' א"כ הא יש לחלק דשא"ה דאי נכסים לא קנה משום חשש זיוף א"כ ממילא לפ"ז דינו כעבד דלא שייך בי' בטלה מקצתו כו' אך ז"א הוכחה כלל דהא כיון דעצמו קנה א"כ אין עליו שם עבד כלל ולכן הוצרכו לחלק דשא"ה דשם בע"ד עליו כמש"כ הראב"ד ונדחה זה:

ובסנהדרין ד' נ"ז אי' דנהרג ע"פ קרוב ולא ע"פ אשה ע"ש אלמא דאשה גרע מקרוב ולפ"ז א"ש חילוק האו"ת אבל כבר כתבתי לעיל בשם הטורי אבן לר"ה שם דמשמע דאשה יש לה שם עד ביותר מן רשע ומה"ט בטומאת סוטה נאמנת מה"ת כמש"כ לעיל וכן בעדות מיתה נאמנת מדרבנן עכ"פ וכן מצינו בח"מ סי' ל"ה ש"ך ס"ק י"א בשם הי"ש דאשה נאמנת שם ולא קרוב וכן קטן נאמן אלמא דאשה יש לה שם עד יותר מקרוב ע"כ כיון דבקרוב הוי פסול דנמצא א' מהם כו' כש"כ באשה וקטן [ולא שייך בזה לדון להא דזבחים ד' ג' כל דמינה מחריב בה ומצאתי בתשובת רע"א ז"ל בהשמטות לסי' ע"ג שכתב בזה"ל ועדיין י"ל אם הוא באמת קטן אף דיש ג' זולתו מ"מ הוי כנמצא א' מהם קא"פ דכולם בטלים גם בדיינים להכנה"ג עכ"ל אלמא דס"ל להגאון הנ"ל בפשיטות דאף בקטן שייך לומר נמצא א' מהם פסול לבטל עדות כולם ודלא כהנתיבות וזהו סעד לכל מש"כ ואינו ראיה מהאו"ת די"ל דשאני נשים דמקרי עם בפ"ע כמבואר שבת ד' ס"ב ע"כ לא שייך בהוא נמצא א' כו': נחזור לענייננו דשפיר כתבתי לפרש סברת הרמב"ם

דהוכיח דלא קאי הא דא"ר הונא והוא שיש אחר עמו רק על קיום שטרות ולא על עידי הינומא משום דבזה אף הגדול מתחלה לא נפק מכלל תחלתו בפסול מחמת דנמצא א' מהם פסול בעת הראיה וממילא הוי תחלתו בפסלות וכמש"כ דגם בעדות קטן שייך לדון כן ואף באתו למחזי הא שי' הרמב"ם והובא בח"מ ריש סי' ל"ו דבטל כל עדות האחרים וע"ש בש"ך ודוחק לומר דהך אחר יכוין לעדות והך עד הב' לא יכוין רק למחזי דז"א מכמה טעמים ועיין באו"ת סי' ל"ו סוף ס"ק ה' שכתב על ענין אחר שם דדוחק לומר דמיירי דאתו למחזי דהא סתמא קתני וגם לא מבעיא להו למסתם בזה ולכן אף אם עד ב' היה קטן והגדיל ג"כ מהימן משום דבדרבנן היכא דלא אפשר באופן אחר בזה נאמנים שניהם אף בתחלתו בפסול וכמש"כ האו"ת לפרש דברי הרמב"ם דס"ל דלא בעינן בעידי הינומא גדול אחר עמו מתחלה אלא תלוי אם יש שני עדים. משא"כ גבי קיום דהא משכחת ליה בפשיטות ויכול להיות דעד הב' לא יהיה תחלתו בפסלות משום דהא גבי קיום דסגי בהכרה לא נצטרפו כלל בעת הראיה רק כל א' מכיר את ח"י בט"ע ע"כ החמירו חז"ל בזה דיהיה אחר גדול עמו מתחלה וע"פ הירושלמי דכתבתי לעיל ביבמות פ' י"א ה' ה' גבי התערובות דזה מקרי עדות שאי אתה יכול להזימה כו' מזה סייעתא למש"כ הנתיבות בסי' ל' ס"ק ב' בד"ה והנה אף שכתבתי דבד"מ כו' וקצרתי:

ענף ט:

ונבאר מש"כ המחנה אפרים הל' עדות סי' ט"ו וז"ל מי שנתחייב ש"ה והביא ע"א לאפטורי נפשיה משבועה ואשתכח דהוא קרוב ונתרחק כיון דש"ה מדבריהם לא בעי תחלתו וסופו בכשרות כאותו שאמרו אלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן עכ"ל ויש לעיין בדבריו דהא מבואר שם בכתובות דבעינן גדול עמו אלמא דבממונא לא האמינו לקטן רק אם יש גדול עמו אף בדרבנן וגם להרבה פוסקים בעינן גדול מתחלה ולשיטת הרמב"ם הא שאני בעידי הינומא משום דרוב נשים בתולות כו' כנ"ל אך באמת שפיר כתב דהא מבואר בכתובות ד' כ"ח ע"ב דאין נאמן לומר דרך היה לפלוני כו' מ"ט אפוקי ממונא לא מפקינן אלמא דדוקא לאפוקי ממונא לא האמינו לו משא"כ היכא דהוי לפטור י"ל דנאמן בזה וכן מבואר בירושלמי שם בגודלן מה שראו בקוטנן כו' הא בקוטנן לא תמן תנינן נאמנת אשה או קטן לומר מכאן יצא נחיל זה ומהלך לתוך שדה ונוטל את נחילו כו' לא אמר אלא על נחיל שאין גזילו מד"ת עכ"ל ופי' הפ"מ כיון דזהו קנין מדרבנן ע"כ לא מקרי עדותו להוציא כו' ובמתניתין הוי להוציא כו' עכ"ל הפ"מ אלמא דהיכא דלא הוי להוציא ממון דינו בזה כמו באיסורין דהימנוהו חז"ל בלא גדול עמו כמבואר במשנה שם ספ"ב דכתובות ובב"ק שם בש"ס דילן ד' קי"ד אמרו כן אך דמיירי שם במסל"ת

ומירי דעדיין הוא קטן אבל בקטן והגדיל שאני ונאמן אף בלא מסל"ת ועיין בריטב"א ושמ"ק שם ובאור זרוע סימן תרצ"ה מזה. ולמדנו מדברי המחנה אפרים דין מחודש דקרוב בעת הגדה אינו יכול ליפטור מש"ה דאף דמצינו בסוף סי' ע"ה בחו"מ דקרוב זוקק לחבירו לש"ה עכ"ז אינו מטעם עד רק דעפ"י ברי שלו מחייבינן ש"ה דהוי כמו ברי של הבע"ד לגבי זה דאף דאמרינן בב"ב ד' קל"ה ובכתובות ד' ע"ו דברי של אחר לא מקרי ברי עכ"ז לגבי ש"ה שאני אבל לא מטעם עד דלא כשער המשפט בסי' ע"ה ס"ק ט"ו דכתב דקרוב פוטר מש"ה ובמק"א הארכתי מזה ואכמ"ל: ויש להביא ראי' דלא כהמחנה אפרים מהא דשבועות ד' מ"א דמהדר שם הגמ' אחר נפ"מ בין ש"ד לשבועה דרבנן ופי' רש"י שם דזה קאי שם על ש"ה וכן שיטת הר"ן וכמה פוסקים והובא בש"ך חו"מ סי' פ"ז ס"ק ל"ח והכריע הש"ך שם כן ע"פ ראיות והתוס' שם ובגיטין ד' ל"ה הקשו דאמאי לא קאמרי נפ"מ אחרינא שם ולפמש"כ המחנה אפרים דקרוב ונתרחק פוטר מש"ה א"כ הי' יכול הגמ' לומר האי נפ"מ דבדאורייתא לא מהימן היכא שהי' בתחלה בפסלות ובש"ה מהימן לפטור. וידעתי מה די"ל לשיטת רש"י ב"מ ד' ב' דאין ע"א פוטר משבועה אכן לפי מה דקיי"ל לדינא תקשה כן ויש ליישב דברי המח"א הנ"ל עפ"י מה שכתבתי לעיל להעיר דהא באמת חזינן דבממון לא האמינו לקרוב ונתרחק בלא צירוף גדול מעיקרא וגם להרמב"ם מ"מ הא לא האמינו רק היכא דאיכא רובא מסייעו לי' כנ"ל אלא באיסורין דרבנן האמינו שם אלא מצינו בב"ק ד' קי"ד ובירושלמי ספ"ב דכתובות דגבי נחיל של דבורים דכיון דהוי קנין דרבנן האמינוהו שם להקטן במסל"ת כמו באיסורין. וראיתי בשיטה מקובצת לב"ק שם שכתב במה דאמרו שם שאני נחיל של דבורים דקנין דרבנן והאמינו לקטן מסל"ת כמו באיסורי דרבנן דזהו דווקא התם דאינו גזל גמור אלא מפני דרכי שלום כמו דתנן יוני שובך יש בהם גזל מפני דרכי שלום וכיון דהקילו חכמים בזה דליכא גזל גמור ע"כ דינו אף בממון כמו באיסורין עכ"ל השמ"ק:

וזה ברור דלא מהימני אף שנים והגדילו גם בקיום שובר דהוי לפטור והוא דרבנן משום דג"ז דינו כמו אפוקי ממונא מחזקתו דדוקא היכא דלא הוי גזל גמור רק ד"ש בזה השוו לאיסורין ולפ"ז שפיר כתב המח"א דקרוב ונתרחק נאמן לפטור מש"ה משום דדינו בזה כמו באיסורין דרבנן דספ"ב דכתובות דנאמן. דאף דהוי בממון מ"מ הא לדידן דקיי"ל דמציאת חש"ו אין בו גזל רק מפני דרכי שלום ולא נחתינן לנכסיו ע"כ ממילא מהימן קרוב ונתרחק כמו באיסורין ולכן שם בשבועות דקאמרי מאי איכא בין דאורייתא לרבנן איכא ביניהו ניחות לנכסי' כו' א"כ ממילא שמענו מזה דכיון דלא נחתינן לנכסיו בש"ה לכן ממילא דינו כמו איסורין דמהימן ע"א אף שהי' תחלתו בפסלות לפוטרו ולבסוף

דשקיל וטרי שם הגמ' אליבא דר' יוסי דאמר בדרבנן נמי נחתינן לנכסיו דמאי איכא בין דאורייתא לדרבנן כו' לכן לא קאמרי שם להאי נפ"מ דהא לר' יוסי דס"ל דבש"ה ג"כ נחתינן לנכסיו א"כ ממילא קרוב ונתרחק לא מהימן לפוטרו מן ש"ה דהא דינו כמו כל ממון דלא הימנוהו להעדות דהוי תחלתו בפסלות משום דזה שאני מן איסורין ע"כ א"ש דבר המח"א הנ"ל ואינו קשה עליו מהא דשבועות לפי מאי דקיי"ל דלא נחתינן לנכסיו בש"ה ועפי"ז יש לתרץ שיטת הרמב"ן דהובא בנימוק"י ובחידושי הר"ן ריש ב"מ דס"ל דעד מסייע אינו פוטר רק משבועת התקנה ולא משבועה דאורייתא א"כ יש להקשות דאמאי לא קאמרי בשבועות ד' מ"א הנ"ל להך נפ"מ בין שד"א לשבועה דרבנן אכן לפמש"כ א"ש די"ל דסברת הרמב"ן הוא ג"כ מה"ט דכיון דלא נחתינן לנכסי בשבועה דרבנן ע"כ דינו בזה כמו באיסורין דמהימן ע"א אבל מקודם דהי' ס"ל להש"ס דגם בשבועות התקנה נחתינן לנכסיו א"כ לא מהימן ע"א בממונא דדינו כמו דאורייתא בזה ושייך בזה כמש"כ לעיל:

וע"פ מש"כ יש ליישב קושיות הקצה"ח בסי' צ"ב ס"ק י' שהקשה אמאי לא אמרו בשבועות ד' מ"א נפ"מ בין שד"א לשד"ר במה דלא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם בשבועה דרבנן אכן ע"פ מש"כ אתי שפיר דהא י"ל עיקר הטעם דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בשד"ר זהו משום דבדרבנן לא נחתינן לנכסיו וע"כ היכא שאי"ל מיפטר ולכן לא אמרו האי נפ"מ משום דמעיקרא כשהקשו מאי איכא בין שד"א לשד"ר הי' ס"ל דגם בשד"ר נחתינן לנכסיו וע"כ ממילא לפ"ז אמרינן ג"כ בשד"ר מתוך שאינו יכול להשבע משלם אבל בסוף דמסקינן דבדרבנן לא נחתינן לנכסיו ממילא לפ"ז הדין נותן דלא אמרינן בשבועה דרבנן מתוך שאינו יכול להשבע משלם :

וראיתי לטורי אבן סוף פ"ק דר"ה שכתב בד"ה הא אשה כשרה לה כו' באה"ד שם שכתב בזה"ל דאין ע"א מחויבי לישבע אלא כשר ולא פסול ואשה כו' וה"ה לפוטרו משבועה אינו פוטר אלא כשר ולא פסול כו' ואף בפסולים מדרבנן ג"כ אינם כשרים לא לחייב שבועה ולא ליפטור דכיון דע"א פוטר מקו"ח מדמחייב קאתי אמרינן דיו כמו שלחייב אין פסול ואשה נאמן ה"ה לפטור נמי אינו נאמן כו' עכ"ל הניצרך לענייננו ועכ"ז אין סתירה מדבריו לדברי המח"א די"ל דאיהו קאי על שד"א אבל בש"ה י"ל דס"ל ג"כ כהמח"א הנ"ל וגם הא לא מיירי שם בתחלתו בפסלות ויש להאריך בכ"ז א"כ נתבאר דאין שום סתירה על המח"א דס"ל דקרוב ונתרחק פוטר מש"ה: העולה לנו מכל זה דהיכא דהוי רובא בצירוף עדים דהי' מתחלה בפסלות דמוציאין ממון עי"ז ולכמה פוסקים בעינן אחר גדול עמו מעיקרא ולשיטת הרמב"ם מהני זה אף בהיו שני

עדים מתחלה בפסלות וכמש"כ האו"ת אך הכ"מ כתב להסתפק בזה ולפמש"כ לעיל בשיטת הרמב"ם זה אינו רק בדרבנן אכן נתבאר לעיל בשם רש"י בבכורות דמוכח דאף בדאורייתא היכא דרובא מסייע מהימן אף אם אינו בתו"ע. משום די"ל דדוקא ברוב נשים בתולות ניסת דיש כאן ריעותא דאין לזה קול ע"כ לא מהימן להוציא מן היורשים רק משום הטעם כתובה דרבנן אבל היכא דלא איתרע י"ל דגם הרמב"ם מודה כדמוכח ממשנה בכורות כמבואר ברש"י שם ואפושי פלוגתא לא מפשינן ועי' בנתיבות סי' ס"ט ס"ק י"א וקצרתי וכ"ז אינו רק ביורשים כמו שנתבאר לעיל בארוכה אבל אם הבע"ד טוען ברי י"ל דגם רש"י מודה דאין מוציאין ממון עי"ז כנ"ל בארוכה. ועוד נתבאר לנו בקונטרס הנ"ל דהיכא דע"א הי' קטן דשייך בזה ג"כ לדון נמצא א' מהם פסול לבטל עדות כולם ושאני אשה דהוי עם בפ"ע כנ"ל וגם נתבאר לנו דהנכון עם המחנה אפרים דקרוב ונתרחק פוטר מן שבועת היסת:

(שם ש"ך ס"ק ז') בענין תחלתו בפסלות מחמת פסול רשעות:

הנה לעיל בסי' ל"ד סעי' כ"ט בש"ך ס"ק ל"ג הארכתי בזה הרבה ע"ש: (שם סי' י') הפתאים ביותר כו' וציין בביאור הגר"א זצ"ל ס"ק י"ט להא דב"ב ד' קנ"ה דשדי קשייתא דנתנו לו דין שוטה משום זה אלא משום מגילת אסתר דאמרו כיון דמסברי לי' וסבר יצא מחזקת שוטה וכן כתב התבואות שור ביו"ד סי' א' ס"ק מ"ו ראי' זו להוכיח דאף היכא דעביד פעם אחת דרך שטות יש לו דין שוטה ולכאורה יש לדון בראי' זו דהא שם בב"ב אמרו שם דבעי שיהי' יודע בטיב משא ומתן כל שהוא פחות מבן עשרים ומבואר בכולי סוגיא שם ובטור ח"מ סי' רל"ה דיודע בטיב מו"מ היינו חריף ופקח כו' ואינו יודע בטיב מו"מ זהו אם אינו חריף אע"פ שאינו שוטה כו' והרשב"ם שם ד"ה והא דרבא כו' כתב דהי' בחזקת יודע בטיב מו"מ ובד"ה אתא לקמי' דרבא כו' כתב כדי לחזור בו ולומר שאינו יודע בטיב מו"מ כו' לפ"ז אינו מוכח מהתם להוכיח דאף בעושה פעם א' דרך שטות יש לו דין שוטה וכן להוכיח משם דאף שאין עושה להנך סימני שטות דחגיגה ד' ד' ג"כ יש לו דין שוטה ודלא כשיטת ר' אביגדור ור"ש החולקים על הרמב"ם דהא י"ל דשא"ה דע"י דשדי קשייתא נפק לי' ממה שהי' מחזיקים לו בחזקת יודע בטיב מו"מ ואינו בשם חריף וחכם אבל, מ"מ י"ל דאין לו דין שוטה עי"ז. ולכן א"ש דלא תקשה על שיטת ר"א ור"ש הנ"ל מהך סוגיא. ועי' באה"ע בבית יוסף סי' קכ"א אכן י"ל דהוכחתם מהך סוגיא זהו א"ש לפמש"כ התוס' בב"ב ד' קנ"ה ע"א ד"ה איתמר קטן כו' שכתבו למגרס גירסא אחריני שם דעיקר סברת רבא הי' להחזיקו בשוטה עי"ז משום דאל"כ לא נתבטל המכר משום דהגיע זמנו למכור כו' וגם כתבו שם בסה"ד להקשות על פי'

הרשב"ם דכי בשביל שהי' יודע לסבור זה הי' חשוב חכם יודע בטיב מו"מ כו' ע"כ שפיר הוכיחו כן וכן יש להוכיח כן לפמש"כ הנ"י בסוגיא הנ"ל לפרש הגמ' הנ"ל דלפירושו מיושב קושיות התוס' הנ"ל וכעין זה כתב המהרי"ט ח' א"ה סי' י"ז להוכיח מהא דב"ב דכיון דמסברו לי' וסבר בעניני גיטין ומו"מ נפק לי' מחזקת שוטה ולפי' הרשב"ם הנ"ל אין זה הוכחה דהא לשיטתו מוכח לומר דהך דמסברו לי' וסבר דב"ב הי' מוכיחים מזה דהוא חכם ויודע כו' משום דהוי זה חכמה יתירה א"כ אין מדמין זה לנ"ד אך זה א"ש ג"כ לשיטת התוס' והנ"י ועי' בתורת גיטין סי' קכ"א ובמק"א יבואר כ"ז באריכות ב"ה:

(שם סעי' י"ד) ברמ"א דבמקום שאין אנשים רגילים שם נשים נאמנים והוא מן תה"ד סי' שנ"ג שהביא ראי' לזה מהא דקידושין ד' ע"ג דנאמת חי' לומר כו' והטעם הוא לפי שאין אנשים שם והובא זה בביאור הגר"א זצ"ל ס"ק כ"ח בלשון סמך ע"ש ולדעתי יש לדון בזה והוא כי באמת כן כתב הר"ן בקידושין שם דלכן החי' נאמנת שם לפי שע"פ הרוב א"א בלאו הכי והובא באה"ע סי' ד' בב"ש ס"ק סמך והקשה שם דהא בלא"ה נאמנת משום דהא כיון דליכא חזקה להכחישו נאמן ע"א כמבואר ביו"ד סי' קכ"ז ותי' לפי דאשה שאני וא"י מנלן כו' עכ"ל הב"ש אכן מצינו כה"ג בשמ"ק לכתובות ד' ע"ב בד"ה ומשמשתו נדה כו' דהביא בשם ראשונים דס"ל דאין נשים נאמנות בדאורייתא אלא בנדותה בלבד כו'. אך דחו לזה השיטה משום דכל מקום שהאמינה תורה ע"א נשים נאמנות כמו איש ולא נחלק ביניהם ע"ש ובעיקר קושיות הב"ש הנ"ל יש לומר דלכן הוצרך הר"ן לומר הטעם דנאמנות החי' הוא מדרבנן משום דהא חזינן דעשו מעלה ביוחסין שלא להאמין ע"א אלא שני עדים דוקא כמבואר בכתובות פ"ב ועכ"ז נאמנת חי' אף ביוחסין לומר שזהו כהן כו' משום שע"פ הרוב א"א בענין אחר אבל מה"ת נאמנת בלא"ה וכן מצאתי בפני יהושע לקדושין ד' ע"ג שם ולפ"ז יש לומר דלכן הימנוה חז"ל לחי' לפי שאוקמוה אדאורייתא דהא מה"ת בלא"ה נאמנת וגם הא שם ליכא שום חזקה הסותרו ע"כ נאמנת מדרבנן אבל היכא דיש חזקה הסותרו וכש"כ חזקת ממונא דהוי חזקה אלימתא כידוע לא מצינו דתהא נאמנת אשה אף מצד תקנת חז"ל כן יש לדון בעיקר ראייתו ומ"מ לדינא סמכינן על הגדתם כמש"כ הרמ"א:

ועי' בש"ך ס"ק י':

סימן לו

(סעי' א') עדים רבים כו' בד"א בזמן שנתכונו כולן להעיד אבל אם לא נתכונו כולם להעיד תתקיים עדות בשאר כו' ואם הי' כל העדים כשרים אחד ששנתכוין להעיד ואחד שלא

נתכוין להעיד וראה הדבר וכיון עדותו חותכין הדין ע"פ עדותו עכ"ל וזהו לשון הרמב"ם פ"ה ה"ע והטור שם וכתבו כולם בלא שום חולק דאף מי שלא נתכוין להעיד ג"כ מהני עדותו אכן יש להעיר בזה מן הא דכריתות ד' י"ב ע"ב אמר אביי אם א"ל שנים יודע אתה בעדות פ' והוא אומר לא ידעתי פטור דאי בעי אמר לא נתכוונתי לעדות. אלמא להדיא דמי שלא נתכוין להעיד אין בעדותו ממש אף שאומר ברי לי שהי' הדבר כן וכ"כ התוס' ישנים שם מכאן אמר רבי וכן דן הלכה למעשה דעדים ששמעו הדבר מפי בעלי מעשה אך לא נתכוונו להעיד ולא הובאו שם לשם עדות אין בעדותן כלום אם באים אח"ז להעד בפני ב"ד עכ"ל וכ"כ בפסקי תוס' שם בזה"ל. א"כ יש לתמוה על שיטת הרמב"ם והטוש"ע דהם סותרים לסוגיא מפורשת בכריתות וגם יש לתמוה הפוסקים איך לא הביאו לדברי התו"י הנ"ל ומצאתי בשער משפט ס"ק ג' שהעיר בזה וכן ראיתי בספר בית מאיר סי' מ"ב סעי' ד' שהביא בשם תשובת פ"מ שתמה בזה והאריך קצת ע"ש וכן מצאתי בביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ה' שכתב בקצרה בזה"ל ואם היו כו' ואחד שלא נתכוין כו' בכריתות י"ב ב' לא משמע כן ועי' תוס' שם ד"ה לא כו' עכ"ל:

ענף א:

והנה בעיקר הענין אם בעינן שיכוונו העדים בעת הראי' שיעידו לאח"ז יש להוכיח דאף דלא נתכוונו להעיד ג"כ עדותן כשירה מהא דאמרו בב"ב ד' קכ"ח ובעירכין ד' י"ח דעדות שהי' תחלתו בפסלות וסופו בכשרות פסול משום דכתיב והוא עד או ראה כו' בעינן שיהי' ראוי להעיד אז כמש"כ הרשב"ם שם. והא במי שהי' קרוב ונתרחק או סומא ונתפתח וכהנה כיון דלא הי' חזי בעת ראי' לעדות. א"כ תיפוק לי' דהא לא נתכוין אז לעדות כיון דלא הי' מועיל אז עדותו וכש"כ לשיטת הש"ך בסי' ל"ד ס"ק ל"ג דבמה דהי' בידו להכשיר א"ע לעדות דבזה מהני אף שהי' תחלתו בפסול וזהו ע"פ שיטת המרדכי דלכן בפסול נוגע כשר במסלק א"ע משום דהי' בידו זה וכמש"כ האו"ת שם ס"ק כ"ח. א"כ עיקר מה דפסלו תחלתו בפסול וסופו בכשרות הוא היכא דלא הי' בידו מעולם להכשיר ע"א לעדות א"כ תיפוק לי' בלא"ה דמיפסל עדותו משום דהא לא נתכוין אז לעדות ואף בכשר מתחלה בעת הראי' ג"כ מיפסל מה"ט ודוחק לומר דמיירי בנתכוין אז להעיד אם יוכשר לאח"ז שיתפקח ותמות אשתו וכהנה ומוכח מזה דאף מי שלא נתכוין להעיד, ג"כ כשר להעיד אם לא הי' עליו אז פסול הגוף:

שוב ראיתי דיש להוכיח דאם לא נתכוין להעיד בעת הראיי' דלא מהני עדותו משום דלא דייק כ"כ דהא אמרו בכתובות ד' כ"ח דכולם אם היו כו' עבד ונשתחרר אינו נאמן משום דלא הוה דייק כו' ומטעם זה אפילו במידי דרבנן דמהני תחלתו בפסול כו' מ"מ משום

טעם זה מיפסל ומוכח באמת מזה דשאני כל תחלתו בפסול דיש לומר דהוה דייק בעת ראיות העדות משום דמסיק אדעתי' לכוין אז לשם עדות דילמא יוכשר לאח"ז מאיזה ענין שיולד לאח"ז משא"כ עבד ונשתחרר דבזה אינו מצוי כ"כ הכשירו לעדות אמרינן דלא דק כלל והוי מילתא דלא רמי' עליו ולאו אדעתי' וכמבואר בסי' ל"ה סעי' ז' ועיין בסמ"ע שם ס"ק י"ט ובש"ך שם ס"ק ז' מה שהביא שם בשם התוספתא ס"פ ה' דסנהדרין מזה א"כ ה"ה במי שלא נתכוין להעיד בעת הראי' דשייך בי' ג"כ ה"ט דלא הוה דייק והוא בכלל מילתא דלא רמי' ולאו אדעתי':

אכן יש להוכיח מהא דראש השנה ד' כ"ד ע"א דאמר אביי ראינוהו מאלינו ושבנו לראותו מדעתנו ולא ראינוהו אין מעידין עליו מ"ט כו' אלמא דדוקא באמרו שבנו לראותו מדעתנו כדי להעיד עליו בזה אין מעידין עליו משום אימור כוביתא דעיבא חזי אבל בלא אמרו שבנו לראותו מדעתנו מהני עדותן מה דאמרו ראינוהו מאלינו בלא כוונה להעיד א"כ מוכח מזה דאף בלא כוונו להעיד ג"כ מהני עדותן וכ"כ הרמב"ם פ"ב ה' קדוש החודש ה"ו דאמרו ראינוהו בלא כוונה כו' ומוכח מזה דהא דאמרו בכתובות ד' כ"ח דעבד ונשתחרר אינו נאמן משום דלא דייק דאלמא דהיכא דלא דייק בעת הראי' שיעיד דלא מהני עדותו די"ל דשא"ה דיש עליו פסול הגוף דפסלתו התורה משום שהי' תחלתו בפסלות כו' רק בדרבנן האמינו לי' אכן היכא דלא דייק לא האמינו לו חז"ל ג"כ ומוקמינן לי' אדינא דמיפסל להעיד מן הדין אבל היכא דאין עליו פסול הגוף מהני עדותן אף דלא נתכוין להעיד ולא אמרינן דלא הוי דייק ומה"ט אתי שפיר בכל עדי הזמה שאומרים עמנו הייתם להזימן ולפסול עדות הראשונים ולא אמרינן בזה דזה הוי מילתא דלא רמי' כו' דלא נתכוונו אז להעיד ומוכח דגם זה מהני ומצאתי בטורי אבן לר"ה ד' כ"ד שהעיר שם ג"כ להוכיח מזה דאף שלא כוונו להעיד ג"כ מהני עדותן והקשה מזה על דברי התו"י בכריתות הנ"ל וכתב לעיין בחידושיו על כריתות. לולי דברי התו"י הנ"ל הייתי אומר דכוונת:

ענף ב:

אכן הגמ' בכריתות דאמרו דאי בעי אמר לא נתכוונתי לעדות היינו דמצי אמר שכחתי לפי דלא נתכוונתי לעדות משום דהא כתב הר"נ פ' כל הנשבעין גבי מי שנשבע בשקר לשבועת העדות דיכול לומר שכחתי וכ"כ הסמ"ע בסי' צ"ב ס"ק ב' אך אם הי' בזמן קרוב אינו יכול לומר שכחתי. וזהו דוקא בנתכוין לעדות אבל בלא נתכוין לעדות י"ל דאף בזמן קרוב יכול לומר שכחתי וכן לשיטת הרשב"א שהובא שם דס"ל דבכל גווני אינו יכול לומר שכחתי וכמש"כ השך כ"ז בסי' ל"ד ס"ק ח' ובסי' צ"ב ס"ק א' ויש לומר דבלא

נתכוין לעדות גם להרשב"א יכול לומר שכחתי כן יש מקום לומר לולי דברי התו"י הנ"ל וכן מצאתי בתשובת מהרי"ט ח"א סי' י"ד דפשוט בעיניו כוונת הש"ס דיכול לומר שכחתי והובא בשער המשפט סי' צ"ב ס"ק א':

ועוד נלע"ד לומר בזה ע"פ מש"כ הנתיבות בסי' ל"א ס"ק א' דלכן ע"א אינו נאמן משום דחיישינן בע"א דיאמר בדדמי ולכן המוכר בעת שהמקח יוצא מת"י נאמן היכא דלא קיבל דמים אלא מחד דמידכר דכיר נאמן כמש"כ רש"י בב"מ ד' ב' ובח"מ סי' רכ"ב. וכ"כ הפני יהושע בגיטין ד' ב' ע"ב בתוס' ד"ה הוי דבר שבערוה כו' דלכן ע"א אינו נאמן דכיון דלית לי' שייכות בגווה לא דייק כ"כ ואמר בדדמי וכ"כ בתשובת מיימוני לספר משפטים סי' מ"ד דלכן שליש נאמן משום דמידק דייק ומידכר ולא אמר בדדמי וכ"כ הנתיבות בסי' נ"ו ס"ק י"ח אבל בשני עדים לא חשדינן דיאמר בדדמי והאריך שם בזה וכן מצינו בראש"ש ליבמות פ' ט"ו סי' ג' דאף במלחמה דע"א אינו נאמן משום דחיישינן שיאמר בדדמי אבל בשני עדים לא חיישינן שיאמרו בדדמי וכ"כ הב"ש בסי' י"ז ס"ק קנ"ג:

וכיון דמצינו דבע"א יש לחוש ביותר משום חשש שיאמר בדדמי משא"כ בשני עדים אין לחוש שיאמרו בדדמי לכן יש לחלק כן דהא דכריתות ד' י"ב דאמרו לו יודע אתה בעדות פ' כו' דאמר אביי דפטור דאי בעי אמר לא נתכוונתי לעדות דשם מיירי בע"א דהא בשבועות ד' ל"ב אמר אביי הכל מודים במשביע ע"א דר' אבא כו' דחייב ק"ש:

ע"כ י"ל דכיון דמצינו דבע"א יש לחוש דיעיד בדדמי ולכן אין ע"א נאמן לחייב ממון רק לחייב שבועה בזה גזרה התורה דיהי' מחייב שבועה ולכן י"ל דהיכא דלא נתכוין לעדות דבע"א יש לחוש ביותר דיאמר בדדמי בכה"ג אבל בשני עדים כשרים דבהו חזינן דאף בשני עדים מעידין דמת במלחמה ומפולת דאף בלא אמרו קברנוהו ג"כ מותרת להנשא דאף דבע"א במלחמה חשו חז"ל שיאמר בדדמי מ"מ כתבו דבתרי סהדי לא דייקינן ולא חיישינן לבדדמי וה"ה בשני עדים אף דלא כוונו להעיד ג"כ אין לחוש לבדדמי רק בע"א בזה יש לחוש לבדדמי ביותר והתם בר"ה הא מיירי בשני עדים שאמרו ראינוהו כו' וע"כ אף בלא נתכוונו לעדות לא חיישינן לבדדמי וא"ש דלא סתרי דברי אביי דכריתות להברייתא דר"ה ד' כ"ד: ענף ג:

והנה הפמ"א תמה על כל הפוסקים שלא הביאו הא דאביי בכריתות כלל ודחו זה מהלכה. וכן הרמב"ם לא הביא זה לפסק הלכה והלא דבר הוא ובדרך פלפול הייתי אומר והוא דהבית מאיר בסי' מ"ב הקשה דמאיזה טעם הוא דבלא נתכוונו להעיד לא יהא מהני עדותו אי משום דכתיב והוא עד דמשמע שמתכוין לשם עדות והא כתיב או ראה כו' ולענ"ד יש לומר דלכן אמרו בכריתות דאם לא נתכוונו לעדות לא מהני עדותן

משום דהא אמרינן בסנהדרין ד' ל' דפלוגתת ר' נתן ורבנן אי שומעין של זה היום כו' דפליגי באקושי הגדה לראי' דמר סבר מקשינן ומ"ס לא מקשינן והנה אם מקשינן הגדה לראי' יש לומר דה"ה דמקשינן ראי' להגדה ולכן כמו דבהגדה בעינן שיכוונו בעת הגדתן לשם עדות דאל"כ הא הוי כמו מסל"ת דזה לא מקרי עדות ה"ה בעת הראי' בעינן שיכוונו לשם עדות כן י"ל ע"פ הך הקישא:

ואף דאמרו התם בסנהדרין ד' ל' דר' נתן דס"ל שומעין דבריו של זה כו' דס"ל דלא מקשינן הגדה לראי' וקיי"ל כר"נ י"ל דז"א רק לרבנן דפליגי על ריב"ק כמבואר שם אבל לדידן דקיי"ל כריב"ק שפיר י"ל דס"ל לדידן הך הקישא (ועיין בב"ק ד' ע"ד ע"ב רש"י ד"ה כי אתי ע"א מצטרף כו' ומה דנכתב שם בצידו וכ"כ הלבוש בסי' ל' סעי' ט' י' וכ"כ הכסף משנה בפ"ד ה"ע ה"א דמקשינן הגדה לראי' היכא דבראי' לא מצרפינן עדות מיוחדת דה"ה בהגדה מה"ט וכן י"ל לשיטת האו"ת דהא דקיי"ל לדינא דמצרפין עדות מיוחדת אין זה רק מדרבנן כמש"כ האו"ת בסי' ל' ס"ק י"א להסתפק בזה די"ל דלפ"ז ה"ה במה דקיי"ל כר' נתן דשומעין דבריו של זה כו' דאין זה רק מדרבנן ג"כ אבל מה"ת מקשינן הגדה לראי' לדידן ולכן שפיר יש לומר בטעמו דאביי דס"ל בכריתות דאם לא נתכוונו לעדות לא מהני עדותן דזהו משום דס"ל להך הקישא א"כ ה"ה דמקשינן ראי' להגדה ומקשינן עליון לתחתון ג"כ וכמש"כ לעיל בחידושיי לסי' ל"ח ענף א' דמאן דס"ל אין היקש למחצה ס"ל בוודאי דמקשינן עליון לתחתון [ועיין מזה בכריתות ד' כ"ב וברש"י שם]. והנה בזבחים ד' ס"ט בתוס' ד"ה וכי באיזו תורה כו' מוכח דס"ל לר"מ אין היקש למחצה וכמו שהאריך בזה בספר נר תמיד על כריתות ד' כ"ב מזה ולכן א"ש מה דאמר אביי שם מודה ר"מ באומר ידעת בעדות והוא אומר לא ידעתי דפטור דאיבעי אמר לא נתכוונתי דזהו ע"פ הך היקש דאין היקש למחצה ולפ"ז א"ש הא דתניא בברייתא דר"ה ד' כ"ד דאף בלא נתכוונו לעדות ג"כ מהני משום די"ל דס"ל להברייתא הנ"ל דלא מקשינן ראי' להגדה או דס"ל יש היקש למחצה ולכן אתי שפיר הא דלא הביאו הפוסקים להא דאביי דכריתות. משום דיש לדון לכאורה בהא דכתבתי לדון הקישא ראי' להגדה בזה הא יש לומר דאין דנין אפשר משאי אפשר והנה גם זה הוא כעין אפשר משאי אפשר דהא הגדה לא שייך כלל בלא נתכוונו להעיד דהא אין שם עדות עליהם אם לא נתכוונו להעיד אכן מצינו לאביי דס"ל דנין אפשר משאי אפשר כמבואר במכות ד' ה' דאמר אביי נאמר רשע בחייבי מלקות כו' מה להלן אין מיתה למחצה אף כאן אין מלקות למחצה והא זהו דנין אפשר משאי אפשר ואפ"ה ס"ל לאביי דדנין ועיין יבמות ד' מ"ו בתוס' כן י"ל בהך הקישא דראי' להגדה ולכן ס"ל לאביי דבלא נתכוין לעדות בעת הראי'

אין בעדותו שום ממש. אכן מצינו שם במכות ד' ה' דרבא ס"ל טעם אחר על הא דאין משלשין במכות וכתבתי במק"א טעמו דס"ל לרבא אין דנין אפשר משאי אפשר וה"ה בהקיש ועיין בנדה ד' ל"ז ע"ב תוס' ד"ה ע"כ הקישה הכתוב כו' וכן י"ל לדינא דאין דנין אפשר משאי אפשר ע"כ לא שייך לדון הך הקישא דראי' להגדה בזה משום דגם זהו בכלל אין דנין אפשר משאי אפשר וע"כ אף דלא נתכוונו לעדות בעת ראי' ג"כ אין סברא לפוסלן כ"ז דאין לנו ראי' מקראי די"ל דגם בזה שייך לומר והוא עד ועיין ברמב"ם הל' איסורי ביאה פ' י"ג ה' ו' מזה ומנחות ד' פ"ב בתוס' וקצרתי כן י"ל בדרך פלפול במה שהשמיטו להא דאביי בכריתות ועפ"ז יש לדון הרבה בכוונת הרמ"ה דהובא בסי' ל"ו בסמ"ע ס"ק ד' ובש"ך ס"ק ו' אי נימא מקשינן הגדה לראי' בכל מילי וקצרתי: ענף ד:

ובפשטות נלע"ד לומר בכוונת התו"י בכריתות דס"ל לחלק דדוקא בבאו אחר זמן להעיד דבזה י"ל דבלא נתכוונו להעיד לא מהני עדותן דיש לחוש דלמא שכחו הענין ואומרים בדדמי להיפך ולכן כתבו התו"י שם בלשונם דאין בעדותן כלום אם באים אחר זמן להעיד בפני ב"ד אבל אם באו להעיד בזמן קרוב מן ראייתם בזה לא חיישינן שישכחו הענין ויעידו להיפך וכעין מש"כ הר"נ בשבועות פ"ז על משנה שכנגדו חשוד על השבועה לחלק כזה בכל עדות וכמש"כ הש"ך בסי' צ"ב ס"ק א' ובסי' ל"ד ס"ק ח' וכמש"כ לעיל: והעיקר מה שנלע"ד בכוונת התו"י הנ"ל והוא בשום לב בלשונם שכתבו דעדים ששמעו הדבר מפי בעלי מעשה אך לא נתכוונו להעיד כו' דלמה כתבו כן דשמעו הדבר מפי בעלי מעשה ולא כתבו בקצרה וע"כ ודאי דכוונתם הוא דוקא בעדי שמיעת הענין מן הבע"ד אז אמרו דבלא נתכוונו להעיד אין בעדותן ממש אבל לעולם י"ל דבעדים שראו עצם המעשה דבזה אף בלא נתכוונו להעיד גם התו"י מודו דמהני. אך צריך ביאור דמפני מה ישתנה בזה עדי שמיעה מן עדי ראי' ואי דנימא דכיון דלא נתכוונו להעיד א"כ יכול לומר משטה אני בך זה בוודאי אין סברא לומר כן דהא בין דאמר אתם עדי או דאמר ערי ושבכי ליהוי עלך סהדי כמבואר בסנהדרין ד' כ"ט א"כ אינו יכול לומר משטה אני בך דה"ל להנתבע לאסוקי אדעתי' דלמא מכוונים לשם עדות וכעין הא דסי' פ"א סעי' י"ג דאמרינן שם דה"ל לאסוקי אדעתי' כו':

ולכן נראה לי בכוונתם דהא אמרו בסנהדרין ד' כ"ט דאם בעת שתבעו התובע וא"ל מנה לי בידך השיב הנתבע לו הן ע"כ אף דבעת שאמר אתם עדי שתק מ"מ חייב וה"ה בהחביא עדים בכילה וא"ל מנה לי בידך א"ל הן וא"ל ערי ושכבי להוי סהדי עלך ושתק דחייב כמבואר כל זה בסי' פ"א סעי' ז' וסעי' י"ג אבל בשתק מתחלה ועד סוף לא הוי הודאה:

ומצינו בב"ק ד' צ"ג ע"א דיש הן שהוא כלאו ופירש רש"י דאם אמר בלשון תמי' הוי הן כלאו ואם אמר בלשון ניחותא הוי הן המועיל ועי' בתוס' שם ד"ה ור' יוחנן אמר יש לאו שהוא כהן כו' ובח"מ סי' תכ"א סעי' י"ב בהג"ה דאף דא"ל הניזק הן אנו דנין שבתמי' קאמר כו' וכעין זה אמרו בסנהדרין ד' ס"א במסית לעצמו וא"ל הן כו' ומר סבר מסית לעצמו לא שמיע לי' כו' ואין דקאמר אחוכי עלי' וכן מבואר באבן העזר סי' כ"ז סעי' ח' בח"מ ס"ק כ' בשם הב"ח דדוקא במדבר תחלה על עסקי קדושי' אבל באינו מדבר הוי ספק קדושין אע"ג דאמר הן דיש הן שהוא כלאו ועיין בב"ש שם ובמק"א כתבתי ליישב קושיות הב"ש ואכמ"ל וכעין זה אי' בירושלמי ב"ק ס"פ החובל ג"כ דיש הן שהוא כלאו ועיין מזה ברמב"ם ה' עו"ג פ"ה ה':

ולפ"ז ברור במה דאמרו בסי' פ"א דאם אמר הנתבע הן אף דאח"כ שתק בעת שאמר ערי ושכבי כו' או אתם עדי דהוי הודאה דזה אינו אלא אם אמר הן בלשון ניחותא אבל אם אמר בלשון בתמי' וודאי אין זה נחשב להודאה ולכן צריכים הב"ד לדקדק בכ"ז היטב ולחקור ולדרוש את פי העדים המעידים אם דקדקו היטב בלשון הנתבע כי בדבר קל כזה יפול הטעות ומצוי הטעות בו ביותר ובזה בעינן שיהיו העדים מכוונין להעיד משום דאם לא יהיו מכוונים להעיד יש לחוש דלמא לא אסיקו אדעתייהו לכוין כ"כ להיות יודעים דאמר הנתבע הן בלשון ניחותא דהא יכול להיות דאמר הן בלשון בתמי' וקאמרי העדים בדדמי דסברי דאמר בלשון הן ממש כי בשמיעת דיבור זה יכול להיות טעות באזני השומעים וע"כ אם טען הנתבע דאמר הך הן בלשון בתמי' אין יכולים להוציא ממון דיש לחוש דלמא טעו העדים בכה"ג כיון דלא נתכוונו להעיד ובענין כזה כתבו התו"י דעדים ששמעו מפי בע"ד דאם לא נתכוונו להעיד אין בעדותן ממש והש"ס שם ג"כ מיירי בכה"ג ולכן י"ל בהא דסי' פ"א סעי' י"ג בעדים שהיו בכילה ושמעו ממנו שא"ל הן דאם לא נתכוונו להעיד לא מהני אם יטעון הנתבע דאמר זה בלשון בתמי' והא דסי' פ"א סעי' ט' דהודה בפני עדים בהו"ג וחזי לי' סהדי אחריני כו' כי אתי עדי ראי' ומסהדי דאודי קמי הנך חייב ומשמע דאף דלא נתכוונו להעיד ג"כ חייב ולא מהני לי' שום טענה להפטר י"ל דמיירי התם דהי' הודאה בפירוש ממנו שהוא חייב לפלוני דלא שייך לדון כן אבל היכא דלא אמר בפירוש רק אנו באין לחייבו משום מה שאמר הן בזה י"ל דאף הטושו"ע הנ"ל מודו דאם טוען שאמר זה בלשון בתמי' והעדים לא נתכוונו להעיד דלא מהני עדותן בזה לכ"ע:

ענף ה:

ונתבאר דהיכא דהעדים ראו עצם המעשה והענין דאף דלא נתכוונו להעיד ג"כ מהני עדותן אף להתו"י והא דאמרו בשבועות ד' ל"ד דמנה מניתי לך בצד עמוד זה וא"ל לא עברתי בצד עמוד זה דלא הוחזק כפרן משום דמילתא דלא רמי' כו' י"ל דזה אינו רק בבע"ד אבל בעדים דמעידין בתורת עדות לא אמרינן בהו מילתא דלא רמי' כו' כיון דמעידין דברור להם שראו היטב וכוונו אז לראות להענין הנעשה בפניהם על נכון בזה מהני עדותן אף דלא נתכוונו להעיד וכמש"כ הרמב"ם פ"ה ה"ע ה' ה' דאחד שנתכוין להעיד או שלא נתכוין להעיד הואיל וראה הדבר וכיון עדותו והי' שם התראה חותכין הדין ע"פ בין בדיני ממונות בין בד"נ וכן הוא לשון הטושו"ע הכא שכתבו ג"כ דאחד שלא נתכוין להעיד וראה הדבר וכיון עדותו חותכין הדין ע"פ דמשמע דהעיקר תלוי באם מעידים שכוונו היטב לראות את הענין: וכן יש לומר בהא דשבועות ד' מ"א דא"ל פרעתיך בפני פו"פ אתו פו"פ וא"ל להד"ם ומסקי עלה ג"כ דמילתא דלא רמיא עליה לאו אדעתיה ופי' רש"י וש"פ דקאי על הלוה דג"כ יש לחלק דעדים המעידים בתורת עדות שאני כנ"ל אכן יש להקשות עדיין מן מה שכתב הרמב"ם ה' טוען פ"ו ה"ד מנה הלויתיך א"ל והלא פרעתיך בפני פו"פ ובאו עדים ואמרו להד"ם לא הוחזק כפרן שאין העדים זוכרין אלא דבר שהם עדים בי כו' ופי' הכ"מ שם דכיון דלא יחדן לעדים ע"כ י"ל אף בעדים מילתא דלא רמיא כו' ואינם זוכרים וכ"כ הלח"מ שם ה' ה' והובא כ"ז בח"מ סי' ע' סעי' ב' ובש"ך ס"ק ו' שהאריך בזה והעלה דלדינא ג"כ הלכה כשיטת הרמב"ם וסייעתו דמפרשי להך דמילתא דלא רמיא כו' קאי שם על העדים ולכן בלא הזמינם להעד י"ל דאינן זוכרים א"כ מוכח מזה דה"ה בכל עדות דלא נתכוונו להעיד י"ל בזה מילתא דלא רמיא ולא דייקי העדים היטב ומשמע התם דאף דהעדים מעידים דיודעים בברור שלא פרעו בפניהם ג"כ אמרינן דמילתא דלא רמיא ואינם זוכרים וכעין סוגיא דכריתות הנ"ל ותקשה דברי הרמב"ם ה' טוען הנ"ל על מש"כ הרמב"ם בפ"ה הלכות עדות הלכה ה' כנ"ל. ויש לחנק דדוקא היכא דמעידין על איזה ענין הנעשה בפניהם דאף דלא כוונו להעיד ג"כ מהני סהדותייהו כיון דמעידים דכוונו אז לראות היטב את הענין הנעשה בפניהם וכמש"כ לעיל ע"פ לשון הרמב"ם והטושו"ע שכתבו הואיל וכיון עדותו כו' אבל במעידים דלא נעשה בפניהם הענין שאומר הנטען בזה שפיר י"ל דכיון דלא הזמינן להעד הוי זה בכלל כל מילתא דלא רמיא כו' ושכחו כל הענין ובזה לא שייך לומר דהואיל וכיון עדותו שכתבו הרמב"ם והטושו"ע כנ"ל דהא לא היה להם על מה לכוין אלא במעשה הנעשה בפניהם שייך לומר דכוונו היטב לראות את הענין וע"כ יכולים להעיד בתורת עדות ע"ז ואם לא היה המעשה כן לא הי' מעידים בהיפוך ובשקר רחוק

לגמרי ולא חשדינן להו שיאמרו ויטעו כ"כ מן ההיפוך אל ההיפוך ע"כ אף דלא כוונו להעיד ג"כ מהני עדותן אם יאמרו שכוונו היטב לראות את הענין ועפ"ז א"ש בפשיטות להא דכריתות דאמרו דאי בעי אמר לא נתכוונתי לעדות דכוונתם דאי בעי אמר דלא ראה היטב את הענין שיהיה יכול להעיד ע"ז בתו"ע דהא בעינן שיעיד שכיון עדותו כמש"כ הרמב"ם והשו"ע ולכן אינם סותרים להך סוגיא דכריתות ומה שלא הביא הרמב"ם להך סוגיא דכריתות בא"ל יודע אתה כו' אכמ"ל בזה:

ועדיין יש להעיר מן הא דח"מ סי' כ"ט סעי' ג' בהג"ה ובסי' ל' סעי' ד' עד שמעיד פלוני היה עמי ואותו פלוני אומר לא ראיתי ולא הייתי עמך אין זה הכחשה דאין עד מדקדק מי עמו בשעת עדות והוא מן תשובת הרא"ש אלמא דאף במעיד על ענין שהיה לפניו ג"כ אמרינן בזה מילתא דלא רמיא כו' ועיין בביאור הגר"א זצ"ל סוף סי' כ"ט ויש לחלק דשא"ה דזה הענין שמעיד שהיה שם פ' באותו מעמד אין זה שום ממש לאיזה ענין כלל כי מה בכך אם היה פלוני שם או לא היה שם ע"כ ה"ל זה בכלל מילי דכדי דלא דכירי אינשי ולכן אף דמשמע שם דגם במעיד שיודע ברור שפלוני היה שם כמו כל עדות שמעיד בתו"ע מ"מ כיון דעצם הדבר אם פלוני היה שם באותו המעמד אין מזה שום פועל יוצא ותועלת כלל ע"כ הוי זה בכלל מילי דכדי ולכן אף דמעיד שהיה שם גם בזה יש לחוש לבדדמי אבל היכא דעצם הענין הוא דבר שיש בו ממש כמו התם גבי פרעון בפניהם בזה שפיר יש לחלק דשאני היכא דמעיד להד"ם אבל היכא דמעיד על ענין איך שנעשה בפניהם בזה לא תלינן זה בהכלל דכל מילתא דלא רמיא כו' ובאמת לפי הא דסי' כ"ט הנ"ל בע"כ מוכח לומר דהא דאמרו בהזמה עמנו הייתם דפסלינן להעדים עפ"ז ולא אמרינן דדלמא לא דקדקו כ"כ בזה מי היה עמהם כמו דאמרו התם דאין עד מדקדק מי עמו כו' משום די"ל דהא דהזמה מיירי דאומרים העדים דהיה עמהם באיזה עסק ממש שהיה שם ודוקא בהא דסי' כ"ט דאמרו שם בלשון דאין עד מדקדק מי היה עמו בשעת עדות דזהו בכלל מילי דכדי כמו הא דסנהדרין ד' כ"ט ע"ב: משום שאומר שהיה שם פ' שעמד שם בלא איזה עסק ע"כ בזה דוקא אמרינן דאין מדקדק כ"כ וי"ל דטעה ואמר בדדמי כן יש לחלק. ועוד יש לחלק דשאני גבי הזמה דעכשיו שבאו להזימן הוי תועלת ממה שאומרים שהיה עמהם באותו יום ומסקי בזה שפיר אדעתייהו להעיד בדבר ברור משא"כ התם בהא דסי' כ"ט דאין מזה שום פועל יוצא גם עכשיו אם היה עמהם אותו העד אז או לא והעיקר כמש"כ לעיל לחלק בזה וידעתי מה דיש להעיר על מש"כ לעיל לחלק בין היכא דאומר להד"ם ובין היכא דמעיד על עצם המעשה שהיה להיפך מהא דשבועות ד' מ"ב דאמר רמי ב"ח הא אמרת כל מילתא דלא רמיא כו' וא"ל רבא קיצותא

דתרעא כו' ויש לחלק דאין מזה סתירה על מש"כ לעיל ומחמת האריכות קצרתי גם יש לחלק בין הא דסי' כ"ט ובין עדי הזמה ע"פ הא שכתבתי לעיל לחלק בין ע"א ובין שני עדים בחשש שיעיד בדדמי וה"ה בכזה:

(שם סעי' א') ברמ"א שטר שחתם עליו עד פסול ונתבטל כל העדות אם הכשרים זוכרים העדות כו' יכולים לחזור ולהעיד לפני הב"ד. והט"ז הביא לדברי הסמ"ע בסי' מ"ה ס"ק ל"ד דבשטר יכולין הכשרים לחזור ולהעיד כו' ותמה עליו הט"ז וכן הש"ך בסי' מ"ה ס"ק כ"ד הקשה דהא קיי"ל דהגדה בשטר כהגדה בב"ד דמי א"כ ה"ל כהגידו ביחד בב"ד דנפסלו כבר ואין מועיל הגדתם בע"פ שנית וכן תמה המל"מ ה' עדות פ"ה ה"ד ע"ש: והנראה לי דאפשר לדון בזה דהא שיטת הרמב"ם והובא לעיל סי' כ"ח סעי' י"ב דעדות בשטר אינו מועיל מה"ת רק מדברי סופרים וכמש"כ הסמ"ע שם והובא דברי הרמב"ם בטור שם ועיין בש"ך שם ס"ק י"ד ולפ"ז יש לדון דיכול המלוה לומר אי אפשי בתקנת חכמים דתקנו דיהיה מועיל השטר א"כ לא היה מעולם ההגדה מהעדים דהא לא נצטרפו ביחד לפ"ז במה דחתמו על השטר וכה"ג כתב השיטה מקובצת בב"ק ד' ז' בשם הריב"א דהקשה דהא יכול המלוה לומר אי אפשי בהק"ח דתקנו לטובתי לישקול בינונית ויקח זיבורית ותירץ דכיון דהתק"ח היה שלא תנעול דלת בפני לווין א"כ הא היה התקנה לטובת הלוה ועוד תירץ משום דלהוציא לא אמרינן א"א בתק"ח ובשם הרב המאירי זצ"ל תירצו דהא מה"ת אינו מחוייב הלוה לשלם דוקא בזיבורית רק התורה נתנה לו רשות לפרוע במה שירצה כו' והתומים בסימן ק"ב ס"ק ג' כתב זה מסברא דנפשיה. ובאמת כבר הקדימו הרב המאירי בזה וכן כתב המרדכי בכתובות פ' י"ג ובתשובת מיימוני ה' קנין סי' י"ד ע"ש. א"כ לתירוץ המאירי הנ"ל חזינן דס"ל במה דאמרו דיכול לומר א"א בתק"ח דה"ה במה דתקנו שלא תנעול דלת בפני לוים יכול המלוה לומר אי אפשי ואף להוציא א"כ ה"ה י"ל במה דתקנו דיהיה מהני שטר מדרבנן משום שלא תנעול דלת כו' דיכול המלוה לומר א"א בתק"ח אף להוציא א"כ לפ"ז לא מהני השטר כלל דלא נחשב להגדה כלל וכיון דלא הוי הגדה ע"כ מהני עדותן בע"פ שיעידו מחדש אך לפי דלא מצינו להרא"ש דס"ל בזה כשיטת הרמב"ם ע"כ כתב הסמ"ע דזהו דוחק. אכן לפי שיטת הרמב"ם שפיר יש לדון כנ"ל ועיין בח"מ סי' קע"א בביאור הגר"א זצ"ל ס"ק יו"ד:

ולפ"ז יש לדון בהא דכתובות ד' י"ח ע"ב דאמרו כל כמיניה כיון שהגיד אינו חוזר ומגיד משום דשטר הוי כנחקרה עדותן בב"ד וכמבואר בח"מ סי' מ"ו די"ל בזה דז"א רק היכא דע"י עדותן בע"פ הוי ריעותא להמלוה אבל היכא דע"י עדותן דבע"פ הוי טובה להמלוה אז י"ל דאם יאמר המלוה א"א בתק"ח ולשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' כ"ח ולשיטת

הסוברים דאף להוציא אמרינן ג"כ א"א בתק"ח דיהיה יכולין העדים לחזור ולהעיד בע"פ אם הוא באופן דאינם עושין עצמן רשעים ויש להאריך בכ"ז, וכ"ז הוא לשיטת החולקים על הרמב"ם וס"ל דבראיה לחוד לא נצטרפו רק בעינן ראי' והגדה ע"כ יכולין הכשרים להעיד מחדש בפ"ע:

(שם סעי' ב') אם העיד קרוב ואין הרחוק יודע מקורבתו י"א דעדות הרחוק כשרה ומחייבו שבועה ומוכח מזה דהיכא דהוי באופן דבטל כל העדות דאז בטל אף לחייב שבועה ולכאורה יש להעיר בזה מן התוס' יבמות ד' ק"א ד"ה מרענא כו' ומן תוס' כתובות ד' פ"ה ד"ה מרענא כו' שכתבו בהא דא"ל רבא לר"פ איכא אינש אחרינא בהדי דמר דצ"ל דר"פ היה קרובו של תובע וקשה דנימא בזה נמצא א' קו"פ דבטל עדות הב' אף לחייב שבועה ומוכח מזה דס"ל להתוס' דלא אמרינן זה לבטל עדות הב' לענין שד"א. ואפשר דטעמם ע"פ מש"כ התוס' במכות ד' ו' ד"ה א"ר יוסי כו' דבד"מ בשנים ונמצא א' קרוב השני אינו בטל לגמרי דחייב שבועה אלמא דס"ל להתוס' דהכלל דנמצא א' מהם קו"פ אינו שייך לבטל עדות הב' לחיוב שד"א אבל באמת אין סברא לומר כן וכוונת התוס' במכות הוא דמיירי שם בשיטת ר' יוסי דס"ל בד"א בד"נ כו' אבל לר' דס"ל שם דאף בד"מ אמרו כן. א"כ ממילא כמו דבשלשה אם נמצא א' מהם קו"פ בטל עדות השנים ה"ה בשנים אם נמצא א' קו"פ בטל עדות השני והא שכתבו התוס' ביבמות וכתובות הנ"ל י"ל דמיירי באופן דלא שייך למיפסל משום נמצא א' קו"פ וכעין מש"כ התוס' בב"ב ד' מ"א ע"ב ד"ה נחלקה עדותן כו' דמיירי דאתי למחזי וכה"ג וזה מוכרח דהא הרא"ש כתב ג"כ בכתובות פ"ט סי' ו' די"ל דר"פ קרוב היה ודחהו מטעם אחר א"כ תקשה על הרא"ש דהא ה"ל נמצא א' קו"פ והרא"ש הא ס"ל במכות פ"א סי' י"א דא' מהם קו"פ מבטל עדות השני אף לחיוב שד"א וע"כ מוכח כמש"כ דאין מזה ראיה כלל ולכן ברור לדינא דגם עדות הב' בטל משום נמצא א' קו"פ ואינו מחייבו שד"א ועיין בפני יהושע למכות ד' ו' בתוס' ד"ה אר"י כו' וכן מצאתי בהריטב"א למכות ד' ו' שכתב ג"כ דלר"ע ורבי בטל לגמרי עדות הרחוק אף לחייב שבועה אינו נאמן ועיין מזה בנו"ב במ"ת ח' אה"ע סימן ע"ו:

(שם סעי' ב') האו"ת ס"ק י"א העלה דאשה שראתה העדות עם אנשים לא דנינן בזה נמצא א' מהם פסול לבטל לעדותן ועיין לעיל בחידושיי לסי' ל"ה סעי' ה' ענף ז' וענף ח' שהארכתי בדברי האו"ת הנ"ל. וכן במש"כ הנתיבות הכא בס"ק יו"ד דקטן אין מבטל עדות הכשרים העליתי שם דאינו ראיה מן אשה לקטן דשאני נשים דהוי עם בפ"ע

כמבואר כעין זה בשבת ד' ס"ב ולכן אם היה ע"א קטן בתוכן ג"כ יש לדון נמצא א' מהם פסול לבטל עדות כולם:

סימן לז

(שם סעי' ד') ראובן תבע לב' שהלוה להם וכפר אחד והודה השני שהוא וחבירו חייבים אם אותו ממון לקחו בשותפות אינו נאמן על חבירו דנוגע בעדות הוא דרוצה שחבירו יפרע החצי והוא מבעה"ת שהביא ב"י שם וכן מבואר בסי' ע"ז סעי' ה' וכתב התומים בסי' ל"ז ס"ק ל"ג ובאורים שם דאין כאן מיגו דלא היה מודה רק שלוה נ' דהוא צריך שבועה ועד המשתבע אין עד כדקיי"ל גבי הן הן שלוחיו והן הן עדיו ולפ"ז דווקא בתובע ברי שיש עליו שבועה אבל בטענו שמא אין עליו שבועה והרי זו כמו גבי שלוחים דנאמן כיון דלא הוי נוגע בדבר דהא יש לו מיגו עכ"ל התומים והנתיבות ס"ק ו' כתב על דברי התומים הנ"ל דזה ליתא דדוקא בשליח שאיננו בע"ד כלל ואין הדבר נוגע לו כלל ויש לו מיגו דשוב אינו נוגע בעדותו נאמן מטעם עד אבל הכא דהוא העד והוא הבע"ד דאם לא ישלם השני הוא יתחייב לשלם להמלוה והשני מחוייב להחזיר לו מה שישלם לחבירו נמצא שאפשר שיהיה תובע וממילא שוב אינו נאמן אף במיגו דכיון שהוא תובע ובגדר מיגו להוציא ודווקא במקום שאינו תובע לעצמו כלל נאמן מתורת עד כשיש לו מיגו ולא כשהוא תובע ועיי' בסי' ע"ז ראיה לזה עכ"ל הנתיבות:

ענף א:

ול"נ לדון בזה הרבה ומתחלה אבאר במה שכתב דזה הוי מיגו להוציא דנראה לי לדון דאף למאי דקיי"ל דאין אומרים מיגו להוציא עכ"ז זה דווקא במיגו אבל היכא דשייך הפה שאסר בזה נאמן אף להוציא וראיה לזה מהא דב"ב ד' ל"ב בההוא דאמר לחבירו מאי בעית בהאי ארעא אמר מינך זבנתיה והא שטרא א"ל שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא הוי לי ואירכס אמר רבה מה לו לשקר כו' א"ל רב יוסף אמאי סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא ופירש התוס' והפוסקים שם דס"ל לרב יוסף דאין נאמן במיגו דהוי מיגו להוציא וכיון דקרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת ע"כ אף דיושב הלוקח בהקרקע עכ"ז הוי מיגו להוציא רק אנן ס"ל דהלכתא כוותיה דרבה בארעא דזה מקרי מיגו להחזיק אבל רב יוסף ס"ל דזהו הוי מיגו להוציא ובכתובות ד' י"ז תנן מודה ר' יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתי ממנו נאמן שהפה שאסר כו' ועיין בתוס' שם בד"ה התם שור שחוט לפניך כו':

ולכאורה קשה לרב יוסף דס"ל דאף דמחזיק הלוקח בקרקע מ"מ מיקרי מיגו להוציא לפי דמוציא מחזקת בעלים הראשונים א"כ אמאי מהימן הכא במיגו להוציא מן חזקת בעלים הראשונים וע"כ מוכח דשאני הכא דהוי הפה שאסר דזה עדיף ממיגו ובזה מהימן אף להוציא ועיין בב"ק ד' ע"ב ע"ב בתוס' ד"ה אין לך בו כו' שכתבו לחלק ג"כ בין הפה שאסר למיגו ובש"ך חו"מ סי' כ"ח ס"ק ז' והא שכתב התוס' בב"מ ד' ב' ע"א ד"ה וזה נוטל רביע כו' דלכן הימניה רבה במיגו להוציא משום דאפילו הוי שותק רק שלא היה מודה שהוא מזוייף היה נאמן כו' זה לא הוי בגדר הפה שאסר דהא היה צריך לבוא לב"ד להראות זכותו עכ"פ משא"כ היכא דיש לו מיגו דהיה שותק ולא היה צריך לבוא לב"ד כלל זה הוי בגדר הפה שאסר ובזה מהימן אף להוציא ובסי' ע"ז כתב הנתיבות להוכיח כדבריו מן הר"ן פ' הכותב בעובדא דההוא בקרא דתפס בע"ח תורא מיניה דבע"ח אמר מחיים תפיסנא ובקרא אמר לאחר מיתה תפסיה דמהימן הבע"ח במיגו והקשה הר"ן שם דאמאי לא אצריכיה שבועה להכחיש הבקרא דהוי כעד אחד וי"ל כיון דלפי דבריו דאמר לאחר מיתה תפסיה הוא חייב לשלם ליתומים הוי ליה בע"ד כו' עכ"ל הר"ן ומזה הוכיח הנתיבות דינו דלכן אין השותף נאמן כע"א לפי דהוי לו בע"ד משום דהוי לו מיגו להוציא אבל כבר כתבתי דבזה דהוי ליה כעין הפה שאסר דהוה מצי לישתוק ולא ליליך לב"ד ע"כ בכי האי גוונא מהימן אף להוציא ועיין בריי"ף ב"ב פ"ג בהא דשכוני גוואי מש"כ שם וע"פ מש"כ י"ל בדבריו:

ענף ב:

ונראה לפענ"ד לדון בדברי הר"ן באופן אחר בכוונתו והוא דלכאורה קשה במה שכתב הר"ן דהוי ליה הבקרא בע"ד דמה בכך דה"ל בע"ד הא אילו לא הכחיש הבקרא להבע"ח דטוען מחיים תפסי לא היה צריך לשלם א"כ מאיזה טעם יפסול לעדות דמה הנאת ממון יש להבקרא כי אם עכשיו דאי נימא לאח"מ תפסי אז הוי הנאת ממון להבקרא א"כ יהיה מהימן לומר לאח"מ תפסיה ומה חשש משקר יש בזה אדרבה אי הוי שתיק היה בזה זכותו יותר מאמירתו וי"ל לפי מה דמבואר ביבמות ד' מ"ו בבא ואמר כו' בינו ובין עצמו דאין נאמן ליפסול בניו משום דלדבריו כו' הוא ואין עדות כו' וכן כתב התוס' בכתובות ד' כ"ה ע"ב בד"ה הרי שאמר בני זה כו' דלכן אם אמר בני זה וכהן הוא לא מהימן משום דלדבריו קרוב הוא ואין עדות לקרוב ואף ע"י מיגו לא מהימן כו' עכ"ל התוס' והוכיחו כן מהא דיבמות הנ"ל: אלמא דמצינו דמיפסל לעדות היכא דלדבריו דהגיד בתורת עדות הוי קרוב דאז מיפסל ולא מהימן ואף דלא מהימנין ליה ואז אינו קרוב או דאינו כו' ועכ"ז כיון דלדבריו הוא פסול מה"ת לעדות לא מהימנין ליה ואף

דפסול קורבה אינו מחשש משקר אלא מצד גזה"כ כמבואר בב"ב ד' קנ"ט: א"כ ה"ה הכא דלדברי עדותו הוא קרוב מצד אדם קרוב אצל ממונו וכמבואר בסנהדרין ד' יו"ד והובא בראש מכות פ"א סי' י"ד ביאור סוגיא זו בשם הראב"ד ע"ש ע"כ מיפסל הבקרא לפי דעכשיו דמעיד דלאח"מ תפסי' א"כ הוי הבקרא בע"ד של הבע"ח לתבוע תיכף ומיד מהבע"ח. כמו דמבואר בתשובת הרא"ש והובא בחו"מ סי' ע"ב בסמ"ע ס"ק ס"א וזה לשונו פקיד שמסר דבר של ראובן אצל שמעון ועיכבן שמעון בשביל ראובן יכול ראובן לתבוע להפקיד והפקיד יתבע לשמעון משום דאף דהחפץ אינו של הפקיד עכ"ז כיון דלקחן מרשות הפקיד ה"ל הפקיד בע"ד של שמעון לתבוע ממנו וכן מצינו בב"ק ד' ק"ח בתבעו שומר והודה דניפטר הגנב בהודאת שומר דהוי ליה בע"ד דיליה לתבוע מהגנב ועיין בב"ב ד' נ"א דאם קיבל יחזיר לאשה כמש"כ הריב"ש בתשובה סי' נ' ובאה"ע סי' פ"ו דלמקום שנטל יחזיר ועיין בבית מאיר שם וה"ה בהאי בקרא דהוי ליה הבע"ד של בע"ח לתבוע ממנו דהבע"ח א"כ הוה הבקרא קרוב אצל ממונו לדבריו ולכן לא מהימן דלדבריו קרוב הוא ואין עדות לקרוב דהא הבקרא ה"ל שומר והוי כמו תפסו מרשות שומר דכבר נתבאר דה"ל השומר בע"ד של התופס:

ולפ"ז יש לחלק דשפיר כתב האורים גבי שותפין דאם אין המלוה תובע דדינו של השותף המודה כמו ע"א דהא מבואר בחו"מ ריש סי' ל"ז בש"ך שם שכתב בשם הלבוש דפסול נוגע ה"ל משום פסול קרוב והש"ך והסמ"ע שם ס"ל דפסול נוגע הוי משום משקר ולכן אינו מיפסל רק לזכותו ולא לחובתו [וכה"ג מצינו בסנהדרין ד' כ"ח דמחלק רבינא שם בהא דמעיד לאשתו ארוסה דזהו לאפוקי ולא לעיולי וע"ש ד' כ"ו ומצינו ביו"ד סי' רכ"ח סעי' ה' בשם הירושלמי נדרים פ"ה דנוגע פסול להתרת נדרים אף דקרוב כשר להתרת נדרים ומזה יש להוכיח כשיטת הסוברים דנוגע פסול לעדות אשה אף דקרוב כשר שם ועיין באה"ע סי' י"ז סעי' ג' מה שהביאו שם בשם מהריב"ל ובאחרונים שם ואכמ"ל] והנתיבות שם הכריע דהיכא דמעיד על ממונו ממש אז מיפסל אף לחובה משא"כ היכא דלא הוי רק נוגע בעלמא אז אינו מיפסל כי אם במעיד לזכותו ולא במעיד לחובתו ע"ש ומצינו בקידושין ד' מ"ג דאמרו דהני שלוחין מהימני להעיד במיגו דיכלו למימר אהדרינהו ללוה יכלו למימר פרענא למלוה וכתב הריטב"א בחידושיו שם דאע"ג דאמרי' בעלמא שכל עד שאין נאמן מתוך עדותו אינו נאמן במיגו התם הוא כשאינו נאמן משום פסול אחר אבל הכא כשר לעדות אלא שאתה אומר דנוגע בעדות הוא ובהא אמרינן דלאו נוגע בעדות הוא דהא אי בעי אמר אהדרינהו ללוה עכ"ל הריטב"א והא שכתב הריטב"א דבעלמא היכא דאינו נאמן מתוך עדותו אינו נאמן אף ע"י מיגו מצינו כן בכתובות ד'

כ"ה ע"ב בתוס' וברשב"א וריטב"א לכתובות שם שכתבו כולם כן על מה דאמרו התם במעיד שהוא בנו וכהן הוא אינו נאמן אע"ג דיש לו מיגו דאי בעי אמר אינו בנו משום דלדבריו קרוב הוא ואין עדות לקרוב והביאו כולם שם בשם הירושלמי לכתובות שם שמבואר להדיא כן דאף ע"י מיגו לא מהימן היכא דבעי שיעידו בתורת עדות:

וכיוצא בזה כתב הריטב"א לכתובות ד' י"ח שהקשה על מה דאמרו שם לרמי בר חמא דאנוסים היינו מחמת נפשות נאמנים אף בכתב ידם יוצא ממקום אחר והמשנה מיירי באנוסים היינו מחמת ממון והקשה דיהא נאמן במיגו דמחמת נפשות ותירץ דעד אינו נאמן היכא דיש פסול בעדותו אף ע"י מיגו ומה ששנינו ברישא באין כתב יוצא ממקום אחר נאמנים אף על אנוסים היינו מחמת ממון זהו רק היכא דשייך הפה שאסר הפה שהתיר דאי בעי הוא שתיק עכ"ל הריטב"א ועיין בתוס' כתובות ד' י"ח ע"ב בד"ה אינו נאמנים כו' דכתבו דליכא לאקשוי' דליהמניה במיגו דאי בעי אמרו פרוע משום דהוי מיגו במקום עדים ועוד דחוזרים ומגידים הם וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ועוד דבשני עדים אין אומרים מיגו כו' והתירוץ האמצעי של התוס' הוא כעין תירוץ הריטב"א הנ"ל: דהיכא דהוי פסול על עדותו אז אינו נאמן אף ע"י מיגו. עיין בכתובות ד' י"ט ע"ב בד"ה אם כתב ידם יוצא כו' ובב"ב ד' ל"א תוס' ד"ה וזו באה בפ"ע כו' דהקשו דנהמנינהו לבתראי במיגו כו' י"ל דשאני התם די"ל דזה לא מקרי פסול הגוף על עדותן דהוי עדיין ספק הכחשה ולא נתברר פסולן עליהם ויש להאריך בכ"ז ועיין בנ"י א"כ חזינן דהיכא דיש לו מיגו לומר באופן אחר דאז לא מיפסל משום חשש משקר כמו בהני שלוחים דכיון דאית לי' מיגו דהוי מצי לומר אהדרינהו ללוה דמהימן לומר אהדרינהו למלוה כיון דאין פסול הגוף על עדותן רק היכא דיש פסול הגוף עליהם אז לא מהימני אף ע"י מיגו משא"כ בחשש נוגע דלא מיפסל רק משום חשש משקר ע"כ היכא דה"מ לומר באופן אחר אז לא מיפסל משום חשש משקר ולפ"ז ה"ה בשותף שהודה דלוו שניהם ביחד דמהימן על חבירו בתורת עדות דהא פסול קורבא לא שייך בזה לדון ולומר דאדם קרוב אצל ממונו כמש"כ בהאי בקרא דהא מבואר בהל' ערב דכ"ז דלא פרע הערב להמלוה אין להערב שום חיוב הגוף על הלוה לתבוע ממנו וכמש"כ התומים בסי' קכ"ט ס"ק י"ז בשם כה"פ רק היכא דפרע הערב להמלוה יש לו חוב על הלוה ועיין בנ"י פ"ה ב"מ בסוגיא ד' ע"א וה"ה בשותפין דדינם כערבים כמבואר בסי' ע"ז א"כ בעת שהעיד בב"ד ולא פרע עדיין להמלוה אין לו חוב על השותף הב' כלל ואין יכול לתבוע כלל ממנו אז ולא מקרי בע"ד שלו כלל על כן אין עליו שם קרוב כלל דהא לא הוי קרוב אצל ממונו על הממון שמעיד רק שם נוגע עליו דרוצה דחבירו יפרע החצי כדי שלא יצטרך איהו

לשלם כולו א"כ אין פסולו רק משום חשש נוגע ולא מיפסל אלא משום חשש משקר ולא משום פסול הגוף ע"כ היכא דהיה לפניו שני דרכים להגיד ולא הגיד כי אם לחובתו לא מיפסל משום חשש משקר כדמצינו בריטב"א לקידושין שם שכתב דלכן מהמני הני שלוחים כיון דהיה לפניהם שני דרכים להגיד כו' ואף דהכא שאני קצת דעכשיו כשמעיד יש לו הנאה מעדותו עכ"ז הא היה לו מיגו שלא להגיד כן א"כ אדרבה מעיד לחובתו ולא מיפסל משום חשש משקר משא"כ בהאי בקרא דיש לו פסול הגוף מצד קרוב אצל ממונו על הממון שמעיד דהא מצי עכשיו לתבוע מהבע"ח על התפיסה שתפס מרשותו ובזה לא מהימן אף ע"י מיגו כמש"כ הריטב"א והרשב"א והתוס' בכתובות ד' כ"ו כנ"ל: ואף לפמש"כ הריטב"א בכתובות ד' י"ח והובא לעיל דהיכא דשייך לומר הפה שאסר כו' ואי בעי שתיק אז מהימן אף היכא דיש פסול הגוף על עדותו א"כ לכאורה ה"ה בהאי בקרא דהוי מצי שתיק ולא להגיד כלל דיש לכאורה לדון דאף האי בקרא יהיה מהימן מהאי טעמא אבל ז"א דאינו דומה האי הפה שאסר לנידון הריטב"א דהא התם היה יכול להוציא לאורה ענין עדותו ג"כ וליפסל השטר ע"י הפה שאסר דאי בעי הוה שתק ולא היה מקוים לשטרא ע"כ מהימן משא"כ בהאי בקרא דאי שתק לא היה מחייב לחבירו שבועה ולא יכול להוציא מחשבתו לחייב להבע"ח שבועה כ"א ע"י הגדתו ואין לנו תועלת מהאי הפה שאסר כי אם לסלק ממנו פיסול נוגע בזה אמרינן שפיר כיון דלדבריו דמעיד הוא קרוב אצל ממונו על הממון שמעיד ע"כ מיפסל אף דלא שייך בזה חשש משקר כמו כל פסול קורבא משא"כ היכא דלא מיפסל רק מחשש נוגע ע"כ היכא דהוי מצי לסלק ממנו הנגיעה ע"י אופן אחר ע"כ לא שייך בזה חשש משקר כנ"ל ושפיר כתב התומים ואין עליו סתירה מהר"ן דבקרא הנ"ל:

וכן ממה שכתב הר"ן בכתובות שם בהכותב גבי אבימי דהוי מסיק זוזי בי חוזאי שדרינהו ביד חמא כו' דאם הי' הדין שישלם השליח לא הוי מצי להיות כע"א מהאי טעמא ע"ש ג"כ יש לחלק דשא"ה דהוי השליח בע"ד של המלוה לתבוע ממנו כיון דלא מסר להמלוה המעות כ"א על חוב בשטר ולא על חוב אחר וכיון דלקחן מרשות השליח ע"כ הוי השליח בע"ד של המלוה לתבוע ממנו והוי פסול הגוף עליו מצד קרוב אצל ממונו כנ"ל ע"כ לא מהימן אף היכא דשייך הפה שאסר על נגיעת עדותו אך במה שכתב הנתיבות לדון בזה להסברא דזה הוי כעין מיגו להוציא אלמא דסבירא לי' דזה הוי כעין מיגו רק דכתב דזה הוי מיגו להוציא בזה שפיר כתבתי לעיל לדחות דהא מצינו דע"י הפה שאסר מהימן אף להוציא אך לפמש"כ לבאר דברי הר"ן ליתא דלא מהני בזה הפה שאסר כנ"ל:

ועפ"ז יש לבאר כן לדברי הרא"ש בהכותב סי' ג' שכתב דלא הוי הבקרא כע"א לפי דחייב לשלם ליתומים כוונתו ג"כ כיון דהבקרא מחוייב לשלם ליתומים ויכול הבקרא לתבוע מהבע"ח הוי הבע"ח בע"ד של הבקרא ואדם קרוב אצל ממונו כנ"ל ויש להסביר כ"ז ביותר ביאור לפי המבואר בריש המפקיד דאם שילם השומר נעשה כמו שאמר לו לכשתגנב ותרצה ותשלימני תהי' פרתי קנוי לך מעכשיו. א"כ יכול להיות דאם ישלם הבקרא מחמת דפשע בשמירתו כמש"כ הרא"ש כנ"ל א"כ אגלאי למפרע דהוי האי תורא קנוי להבקרא למפרע בעת הגדת העדות והוי כמעיד על ממונו ממש ואדם קרוב אצל ממונו ולכן לא מהימן [ועי' בתשובת רמ"א סי' פ"ז ובספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' ענף ב' מה שאין כן בשותף דאף אחר שיפרע להמלוה כל החוב לא שייך בזה לדון דהי' לו למפרע בעת עדותו חוב על הלוה הב' כ"א מאותו העת שיותחל הפרעון באותו העת יחול חיובו על הלוה א"כ בשעה שהעיד לא הי' דינו כקרוב רק כמו איש אחר שאינו קרוב אז בעת הגדת העדות ואף דיתהוה קרוב לאחר הגדת העדות עכ"ז מהימן:

הגה"ה וע"פ מש"כ לעיל דכל זמן דאין הערב פורע להמלוה אין לו אז חיוב הגוף על הלוה יש לתרץ עפ"ז להך דיעה המובא בחו"מ סי' ק"ל סעי' ב' דס"ל דאף ערב שאינו קבלן שיכנס בערבות מאליו ופרע מאליו חוזר וגובה מהמלוה דתמהו כולם על זה דהא הוי לי' כמו פורע חוב של חבירו דקיי"ל בשו"ע דפטור אכן לפ"ז יש לחלק דהא ידוע מה שכתבו הפוסקים חד טעמא דפורע חוב של חבירו דמיפטר משום דכיון דפרע מעצמו מחלו א"כ זה לא שייך רק בפרע מעצמו דהוי לי' מחילה בעת החיוב משא"כ היכא דניכנס בערבות עבורו מאליו אף דנימא דמחל אז עכ"ז הא קיי"ל במחילה קודם החיוב דלא מהני דהוי לו כמו דבר שלא בא לעולם כמבואר בתשובת הר"ן והובא בחו"מ ברמ"א בסי' ר"ט וכיון דאין לו חוב על הלוה רק לאחר דפרע א"כ הוי לי' כעין מחילה קודם החיוב דלא מהני והחולקים שם טעמם דס"ל כטעמא אחרינא שכתבו הפוסקים בשם הירושלמי דיכול לומר מפייס הוינא לי' כו' ואכמ"ל בזה. ע"כ הגה"ה:

ענף ג:

ועוד נראה לפענ"ד לדון מלתא חדתא בכוונת הר"נ דכתב דהאי בקרא דלא הוי כע"א משום דהוי לי' בע"ד והקשיתי עליו דאיזה חשש משקר יש כאן דהא אדרבה אי נימא דמשקר הוא באמת תפסי' מחיים א"כ אינו צריך לשלם כלל ולא הוי לי' אז שום נגיעה כלל. והנראה לפענ"ד לדון בזה באופן אחר להסביר לדברי הר"ן הנ"ל ע"פ מש"כ הש"ך בחו"מ סוף סי' ל"ג דאף בממון בעינן עדות שאתה יכול להזימה ומה"ט באמרו העדים אינו יודע מן הדרישות וחקירות דבטלו עדותן והביא כן בשם הר"ן סוף פ"ב דכתובות

והרא"ש פ' ז"ב משום דבעינן שיהי' ראוי לדרישה וחקירה ועי' מזה בנודע ביהודה מ"ק ח' אה"ע סי' ע"ב וסי' ע"ג ובאו"ת סי' הנ"ל מה שהשיגו על הש"ך ויש להוכיח כדברי הש"ך דס"ל דאף דלא בעי דרישה וחקירה בד"מ מ"מ ראוי לדרישה וחקירה בעינן דהא מבואר בתוספתא דשבועות פ"ג וז"ל ושמע להוציא את החרש או ראה להוציא את הסומא או ידע להוציא את השוטה אם לא יגיד ונשא עינו להוציא את האלם כו' ר' עקיבא אומר ודרשת וחקרת וכי יש דרישה לחרש כו' ומה דיני נפשות בדרישה וחקירה אף ד"מ בדרישה וחקירה כו' ע"ש ויש לעי' דהא ד"מ לא בעי דרישה וחקירה ואף ר"ע ס"ל כן כמבואר ביבמות בסופו דס"ל לר"ע דאין בודקין עדי נשים בדרישה וחקירה משום דכיון דאיכא כתובה למישקל כדיני ממונות דמיא וד"מ לא בעי דרישה וחקירה א"כ מאיזה טעם יפסל חרש לד"מ לעדות האידנא דלא בעינן דרישה וחקירה בד"מ ע"כ מוכח דאף דלא בעי בד"מ דו"ח מ"מ ראוי לדו"ח בעינן ולכן חרש דלאו בר דו"ח הוא ע"כ מיפסל ונפקא מיני' מהילפותא דיליף ר"ע דאף בנתחרש מיד אחר שהעיד בתו"ע ולא הי' פנאי לדורשו ולחקור דמיפסל ג"כ משום דלא הוי ראוי לדו"ח ומדסתמו משמע דאף בבבל שייך ה"ט דלכן פסול חרש משום דאינו ראוי לדו"ח ועי' בחו"מ סי' ל"ה סעי' י"א בשם הרמב"ם ובתומים שם ס"ק ז':

הגה"ה ובירושלמי ר"ה פ"ג סוף הל' א' זה לשונו ביומא דר' ברכי' אישתתקון אמר לון שמעתון דא תקדש ירחא וארכינן בראשיהן וקבלון אלמא דאלמין כשרין לעדות החדש וקשה הא מבואר בסי' ל"ה דאילם הוי פסול הגוף כמבואר בקצוה"ח סי' מ"ו ס"ק י"ט בארוכה א"כ מהאי טעמא יפסל לעדות החדש כמבואר בר"ה ד' כ"ב וברמב"ם ה"ל קידוש החדש פ"ב דכל הפסולים לעדות מה"ת פסולים לעדות החדש אבל ז"א קשה כלל דשא"ה בירושלמי דהעיד שקידשו ב"ד את החדש ובזה לא בעינן שנים כמבואר בר"ה ד' כ"ב ע"ב וברמב"ם שם פ"ג הל' י"ד דאף א' נאמן לומר שמעתי מפי ב"ד שקידשו החדש משום דהוי מילתא דעבידא לגלוי' ע"כ מהימן בזה אפילו אילם ויש לעי' עפ"ז במה שכתב הרמב"ם שם דע"א כשר נאמן עלי' וקצרתי אך יש לדחות זה ההוכחה מהתוספתא וקצרתי:

ע"כ הגה"ה. וכיון דשיטת הש"ך דבעינא עדות הראוי לדו"ח ע"כ יש לדון דשפיר כתב הר"ן בהאי בקרא דמיפסל משום חשש משקר דנהי דבעת דהעיד דלאח"מ תפסי לא הי' אז בחשש משקר דהא הוי מצי לשתוק כנ"ל עכ"ז בתוך כדי דיבור לאחר עדותו אין לו שום מיגו דאי בעי שתיק דהא הוי אז מיגו למפרע דלא אמרינן כדקיי"ל והשבע חקירות הם יותר מתכ"ד ע"כ בעת הדו"ח הוא בחשש משקר והא דקאמר כל הדו"ח:

י"ל דבאמת אינו יודע הדו"ח באיזה יום ובאיזה שעה כנ"ל. והא דאומר דיודע מהדו"ח אז הוי נוגע כדי שלא יתחייב לשלם אחר דהודה כבר דלאח"מ תפסי' ע"כ מקרי אינו ראוי לדו"ח כיון דלא מהימן אז ומיגו לא מהני כי אם בתוך כדי דיבור כמבואר בש"ך חו"מ סי' מ"ז ס"ק ה' ובכללי מיגו בש"ך שם. ועי' בש"ך חו"מ סי' קמ"ו ס"ק ט"ו ובתומים שם ובשעה שהתחיל להעיד י"ל דלא אסיק אדעתי' אז דהב"ד ידרשו ויחקרו אותו דלאו כולי עלמא דינא גמירי וי"ל דטעו בזה וכמבואר בש"ך חו"מ סי' מ"ב ס"ק כ"א וס"ק כ"ב וכן כתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף א' וכן כתב התוס' בסנהדרין ד' ט' ע"ב ד"ה עדי האב נהרגין כו' דיכלי העדים לומר דלא ידעי הדין דחבר א"צ התראה אף לר' יוסי דס"ל דחבר א"צ התראה. וכן מבואר בחו"מ סי' מ"ב בסמ"ע ס"ק י"ב בשם הנימוקי יוסף דמשכחת מוקדם דמאן דלא גמר דרב אסי לא מיפסל והדברים ארוכים ועי' בש"ך סי' ס"ו ס"ק נ"ו וה"ה בזה כיון דמצינו פלוגתא בזה אי בעינן שיהי' העדים ראוין לדו"ח ע"כ י"ל דלא ידע מזה וגם הא באמת לא בעינן דו"ח: ועוד י"ל כיון דלא הי' בשעת דו"ח עד כשר אלא נוגע בעדות דהא אין לו עצה אחרת להפטר אחר שכבר הודה ביותר מתכ"ד דלאח"מ תפסי' ע"כ אינו בתורת הזמה דהא עיקר חיובו ע"י הזמה הוא ע"י דו"ח וכיון דהי' בעת הדו"ח עד פסול א"כ הא אין אדם נידון ע"פ עצמו בשלמא באומר בתו"ע והי' אז כשר לעדות אמרינן הזמה מעלמא קאתי כמו בסנהדרין ד' כ"ח אבל לא היכא דהי' בשעת הדו"ח עד פסול ומבואר בחו"מ סי' כ"ט בשם הרמב"ם והטור דעדים כ"ז דלא נחקרו עדותן בדו"ח יכולים לחזור והוא מתוספתא כמבואר בתוס' סנהדרין ד' ל"ב ע"ב ד"ה היכי אמר להו כו' ועי' בתוס' כתובות ד' ל"ג ד"ה וניתרו בהו כו' וכן כתב הריטב"א בכתובות ד' י"ח א"כ כ"ז דלא גמרו עדותן בדו"ח אכתי יכולין לחזור מעדותן ולא נגמר עדותן עד אחר כל הדו"ח ועי' בתוס' ב"ק ד' ע"ג ד"ה שהעידו בבת אחת כו' רק עכשיו דאין צריך דו"ח בזה כתב הסמ"ע דאחר שהעידו אינם יכולין לחזור אבל מה"ת דבעי דו"ח יכול לחזור מעדותו א"כ בוודאי כיון דמקרי נוגע בעת הדו"ח ומה"ת אין ראוי לדו"ח והוי עיקר גמר עדותו מה"ת' בעת שהוא פסול ונוגע ע"כ אין עדותו עדות:

ולפ"ז בהאי בקרא דכיון דהודה כבר דלא"מ תפסי' ואם לא יועיל בעדותו לגבות מהבע"ח יצטרך לשלם ולכן הוי נוגע בעת הדו"ח ומקרי אינו ראוי לדו"ח ואין עדותו עדות ושפיר כתב הר"ן והרא"ש בהאי בקרא דלא הוי כע"א כיון דיצטרך לשלם לאחר תכ"ד לעדותו ואין לו עצה אחרת להפטר ע"כ הוי אינו ראוי לדו"ח וזה מעכב כמש"כ הש"ך להר"נ והרא"ש דס"ל דבעי ראוי לדו"ח כנ"ל ואתי שפיר בפשיטות כל הדברים הנ"ל ולפ"ז יש לדון בהך דינא שכתב התומים בשותף אי יכול להעיד על חבירו דאף דנתבאר דלטעם

הא' שכתבתי בכוונת הר"ן לא שייך כן בשותף אבל לפי טעם ב' שכתבתי דלכן לא הוי הבקרא כע"א לפי שאינו ראוי לדו"ח א"כ טעם זה שייך אף בשותף דלאחר שהעיד שהוא ושותפו לוו ק' מנה מחבירו א"כ מקרי ג"כ אינו ראוי לעדות בעת הדו"ח ומקרי אינו ראוי לדו"ח:

דלאחר שהודה על הלוואות מאה מנה א"כ לאחר כ"ד מקרי נוגע עכ"פ דאף דפסול קרוב אצל ממונו לא שייך בזה כמו שנתבאר אבל פסול נוגע יש כאן דרוצה שיוגמר עדותו ע"פ דו"ח כנכון כדי שלא יצטרך לשלם משום ערבות כל המאה מנה דהא לא מצי שוב לחזור לאחר כדי דיבור והודאת בע"ד כמאה עדים דמי ע"כ מקרי אינו ראוי לדו"ח ואינו מועיל עדותו:

ענף ד:

ואכתי יש לדון בזה לפי מה שכתב הנו"ב במ"ק בסי' ע"ב וע"ג דכתב להוכיח דלא בעינן בממון עדות שאתה יכול להזימה דאל"כ ע"א האיך מחייב שבועה והא אינו בתורת הזמה כמבואר בב"מ ד' ע"ש שהאריך בזה: ובאמת אין זה הוכחה לפמש"כ התוס' במכות ד' ב' בד"ה מעידים אנו כו' בתי' הב' דבעדות ב"ג כיון דלא קאי עלייהו הך מלתא ועשיתם כאשר זמם ע"כ לא בעינן בהו עדות שאתה יכול להזימה א"כ ה"ה בע"א כיון דלא קאי עלייהי הך מלתא דועשיתם כאשר זמם כמבואר ברש"י מכות ד' ה' מה שנים עד שיהי' שניהם זוממים ופי' רש"י דכתיב עד שקר העד ואמר מר כ"מ שנאמר עד הרי כאן שנים וכיון דלא שייך בע"א תורת הזמה דלא קאי עליו הך קרא דועשיתם כאשר זמם לכן לא בעי בע"א הך פרטא דיהי' יכול להזימה וגם תירץ א' של התוס' שם ג"כ י"ל דמודה בזה ויש להאריך ואכמ"ל: ולפ"ז יש לדון דלכ"ע אף לשיטת הפוסקים דס"ל דבעי בממון עדות שאתה יכול להזימה וגם עדות הראוי לדו"ח. מ"מ בע"א כיון דאינו בתורת הזמה לכו"ע ולא בעינן בע"א עדות שאתה יכול להזימה לכ"ע ע"כ אפשר דלא בעי בע"א שיהי' ראוי לדו"ח ולכן אף באמר איני יודע על הדו"ח אפשר דגם הש"ך מודה דבע"א אינו מעכב זה ולכן קשה לדון למש"כ בכוונת הר"ן בהאי בקרא דהא התם איירי בעד אחד אך בנ"ד בשני שותפין שהעידו על השותף ג' שלוו כולם בשותפות שייך לדון כן דאינם נאמנים לחייב השותף ג' ממון דהא בשני עדים בעינן לשיטת הש"ך שיהיו ראוים לדו"ח א"כ בנ"ד אינם ראוים לדו"ח משום נגיעה כנ"ל:

אך באמת יש לדון דגם בע"א כשאינו ראוי לדו"ח מיפסל עדותו דהא מבואר ברי"ף ורא"ש פ' ז"ב סי' ל"ב בשם הירושלמי דעדים לא יהי' קרובים לדיינים משום דבעינן עדות שאתה יכול להזימה והובא בחו"מ סי' ל"ג סעי' י"ז אטו נימא דע"א המעיד רשאי

להיות קרוב לדיינים ובוודאי מדסתמו בזה מוכח דאין סברא לומר כן וכן לפי שיטת הסוברים דעד אינו נעשה דיין הטעם הוא משום דהוי עדות שאאי"ל אטו נימא דע"א המעיד יכול להיות דיין על עדותו וע"כ מוכח דאמרינן כיון דעיקר מה דמחייב ע"א שבועה הוי משום הא דאמרו בשבועות ד' מ' דכ"מ ששנים מחייבים ממון אחד מחייבו שבועה ע"כ מה דפסול בשני עדים אין סברא דע"א יהי' לו כח בעדותו יותר משני עדים רק דין הזמה לא מעכב בו כיון דלא שייך בע"א דין הזמה כלל אבל עיקר מלתא דדו"ח דמעכב בשני עדים וכן בעדים הקרובים לדיינים כיון דזה מעכב בשני עדים ה"ה דזה מעכב גם בע"א כיון דכה"ג פסול אף בשני עדים ואינם מחייבים ממון מכש"כ בע"א דאינו יכול לחייב שבועה דהא כללא אמרו דכ"מ דב' עדים מחייבים ממון א' מחייבו שבועה ויש להאריך בזה ע"כ שפיר יש לדון למה שכתבתי כן בכוונת הר"ן אך בשני שותפים המעידין על שותף ג' בוודאי יש לפסול מהאי טעמא לשיטת הש"ך הנ"ל והא דנאמנים השוכרין להעיד על חזקה ג' שנים כמבואר בב"ב ד' כ"ט ובחו"מ סי' ק"מ היכא דלא הי' יודע המערער אם דרו בה דהתם לא שייך לדון דהוי עדים דאינם ראוים לדו"ח דהא אם תאמינום על ג' שנים א"כ אינם צריכין לשלם כלל כמבואר בתוס' שם ד' ל"ג סוף ד"ה ואי טעין כו':

ולכאורה יש להעיר בהכלל שכתבתי דבעינן עדות שיהי' ראוי לדו"ח וע"כ מיפסל הבקרא משום דהוי לאחכ"ד משהודה דלאח"מ תפסי' והוי מיגו למפרע דזה תליא בפלוגתת הפוסקים באה"ע סי' קנ"ב סעי' ו' ובסי' קמ"ו בח"מ והובא בתומים כללי מיגו ס"ק ק"ט וס"ק ק"י ובהא דקידושין ד' מ"ב מיגו דיכלי לומר אהדרינהו ללוה יכולין לומר פרענו למלוה לא שייך כן משום דאף אם לא יהיו נאמנים בתו"ע לומר פרענו למלוה מ"מ לא יהיו חייבין לשלם להלוה משא"כ בהאי בקרא דכיון דכבר הודה דלאח"מ תפסי' א"כ יש עליו חיוב לשלם אם לא יחזיר הבע"ח כיון דלאחר כ"ד מיירי א"כ ה"ל מיגו למפרע כנ"ל ועי' לקמן סי' נ"ו סעי' א' ענף ה':

ענף ה:

אך לכאורה יש להעיר מהא דכתובות ד' י"ח דאמרו אנוסים היינו מחמת ממון אינם נאמנים משום דאין משים א"ע רשע וקשה דל"ל להגמ' לומר ה"ט הא בל"ז הדין נותן דלא מהימני לומר אנוסים היינו מחמת ממון דהא מבואר בחו"מ סי' מ"ו סעי' ל"ז באנוסים היינו מחמת ממון צריכים העדים לשלם א"כ לפ"ז העדים דמעידים אנוסים הא הוי זה עדות דאינו ראוי לדו"ח דהא גם המה צריכים דו"ח מה"ת כמו כל עדות בע"פ דהא יכול להיות דחתמו מחמת האונס ביום אחר שלא בזמן הכתוב בשטר ואחר שהעידו על

האונס הוו נוגעים בעדות דרוצים שיתקיים עדותן כדי שיופסל השטר ויפטרו מלשלם ואם לא יופסל יתחייבו לשלם מחמת הודאתן והוו נוגעים בעדותן בעת הדו"ח כנ"ל אך באמת אין זה סתירה למש"כ דהא התם נאמנים מחמת הפה שאסר דאי בעי שתקי ולא הי' מקוים השטר ואף דמצד הדין אינם נאמנים משום כיון דהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כו' עכ"ז מצד מיגו הנ"ל נאמנים וכמש"כ התוס' שם בד"ה הרי אלו נאמנים א"כ מהאי טעמא אף אם אומרים בפירוש דאינם יודעים השבע חקירות כלל אפ"ה נאמנים לומר דאנוסים היו מחמת מיגו דאי בעי שתקי וכיון דעיקר עדותן עם הודאתן הוי בבת אחת ולא ביותר מתכ"ד ע"כ לא שייך התם הכלל שכתבתי: אכן יש להקשות עדיין על הכלל הנ"ל מהא דכתובות שם דאמרו בגמ' שם מעיקרא אמר רמב"ח לא שנו אלא באנוסים מחמת ממון אבל אנוסים מחמת נפשות נאמנים אף בכת"י יוצא ממק"א אך רבא מקשה לו כיון דהגיד כו' והא מבואר בחו"מ סי' שפ"ח סעי' ב' דאם אנסוהו להראות והראה ה"ז פטור ואם יסרוהו ולא א"ל על מה והראה ה"ז חייב:

והתם מיירי באונס נפשות דהא מסיק שם דלא מקרי אונס אלא הכאת ויסורין אבל לא אונס ממון אלמא דאף בגרמי דאם לא אנסוהו להראות ממון חבירו רק הוא מעצמו לא הי' לו עצה האיך לפטור מהאונס נפשות כ"א ע"י מה שהראה על ממון חבירו דאז חייב לשלם אף דלא הוי אלא מצד דינא דגרמי ואף שהש"ך שם ס"ק כ"א תמה בזה על הטור דמנלן לו זה. אבל באמת כבר מבואר כן בחידושי הרשב"א לב"ק ד' קי"ז לפרש כן מה דאמר רבא שם אם הראה בעצמו חייב דאשמעינן דאף דהוכרח להראות כדי להנצל מאונסו דאל"כ מאי קמ"ל מתניתין הוא ע"ש. וגם הא הש"ך גופא מסיק שם דהיכא דניכרים הדברים שלא ייסרוהו מתחלה בשביל ממון אז חייב בהראה ולפ"ז משכחת בחתמו העדים מחמת אונס נפשות דיהי' חייבין לשלם כגון באנס להעדים באונס נפשות ולא אמר להם על מה:

וראו שאין להם עצה להפטר מהאונס רק ע"י שיחתמו בשקר על השטר וזהו מותר דכן מבואר בב"ק ד' ס' בתוס' ורא"ש שם דמותר להציל א"ע בענין סכנה ע"י ממון חבירו רק דמחוייב לשלם וכן כתב בחו"מ סי' שנ"ט ובסעי' ד' בסמ"ע שם א"כ הי' בהיתר להעדים לחתום בשקר כדי להנצל מאונס נפשות ועכ"ז חייבין לשלם כיון דהאונס לא הי' עליהם בשביל זה רק הם מעצמם עשו כן וזה דומה למש"כ הטור והרמ"א כנ"ל דאם לא אמר להם האנס על מה מייסרו והראה מעצמו דחייב:

ובפרט היכא דניכרים הדברים שלא ייסרוהו בשביל ממון דהש"ך מודה דחייב:

הגה"ה ובהא דמבואר בחו"מ סי' מ"ו דבאנוסים מחמת ממון חייבים לשלם יש להעיר דלפמש"כ הש"ך בסי' שפ"ח ס"ק כ"ב בשם כמה פוסקים דאף בגרמי ע"י אונס ממון פטור וחלק על הרמ"א דמבואר בסי' שפ"ח סעי' ב' שם דלא מקרי אונס אלא אונס נפשות אבל לא אונס ממון א"כ לפ"ז לא הי' לי' להש"ך לסתום הכא בסי' מ"ו ויש לחלק דשאני בעדות דאנוסים מחמת ממון דעברו בלאו דלא תענה דהא אסור להם מה"ת לחתום בשקר באונס ממון ע"כ סתם הש"ך בזה. ע"כ הגה"ה:

ולפ"ז קשה במה דמחלק רמב"ח שם בין אנוסים מחמת ממון ובין אנוסים מחמת נפשות דמשמע דמחמת נפשות לעולם נאמנים אף בכת"י יוצא ממ"א הא לפמש"כ משכחת להו גוונא דאף דהי' אנוסים מחמת נפשות לא יהי' נאמנים באם הי' אנוסים בה"ג דכתבתי לעיל דאנסו מחמת נפשות ולא אמר להם על מה. רק הם מעצמם ראו שאין להם עצה להפטר מהאונס כי אם עד שיחתמו בשקר דבכה"ג לאחר שהעידו ע"ז כבר נתחייבו לשלם להלוה באם יהי' השטר כשר ובזה לא משווי נפשי' רשיעי א"כ אמאי כשרים להעיד לרמב"ח הא לפי הכלל שכתבתי הוי זה עדות שאינו ראוי לדו"ח כנ"ל ואפשר לומר לרמב"ח דס"ל כהנך תנאי ואמוראי דס"ל דלא דיינינן דד"ג ואף דרבא מקשה שם על רמב"ח מחמת כל כמיני' כיון שהגיד כו'. ורבא הא ס"ל דדיינינן דד"ג כמבואר בב"ק ד' קי"ז לפי גירסת הש"ך בסי' שפ"ו י"ל דרבא עדיפא מיני' מקשה ועוד י"ל דהא רמב"ח קאי שם על מתניתין ומבואר שם לקמן דמתניתין אתי כרבנן ולא כר"מ דהא ר"מ ס"ל שם דאין נאמנים לפסלו אף באין כת"י יוצא ממק"א וכיון דמתניתין אתי כרבנן ורמב"ח קאי על המשנה שם ורבנן הא לית להו דדג"מ וע"כ פטורין מלשלם ולכן לא שייך בזה לדון כן: ענף ו:

ועכ"ז יש לדון בזה להכלל הנ"ל אף לרבנן דהא מבואר בב"ב ד' כ"ב דאף דרבנן דלית להו דד"ג אפ"ה אסור לגרום היזק לכתחלה וכבר ביארתי במק"א להוכיח דאף לרבנן דלית להו דדג"מ היינו לענין להוציא בדיינים אבל חיוב לצי"ש מוטל עליו אף לרבנן וכיון דמצינו דבכה"ג שכתבתי דאליבא דר"מ חייבים לשלם מצד דדג"מ ה"ה לרבנן דפליגי על ר"מ חייב בזה לצי"ש וכיון דחייב לצי"ש ע"כ שפיר מקרי נוגע בעדות דאף לפמש"כ התוס' בב"ב ד' מ"ג ד"ה מפני שמעמידה כו' דבשביל לא ניחא לי' דתהוי תרעומות עלי' לא ניפסל לעדות עכ"ז היכא דיש עליו חיוב לצי"ש שאני ועיין בש"ך סי' ל"ז ס"ק כ"א ובקצה"ח סי' ל"ז ס"ק ד' וגם זה מקרי נוגע בשביל הנאת ממון לפי שיטת הפוסקים דמהני תפיסה בכל חיוב לצי"ש כמבואר שיטת מהר"ם מרוטענבורג החדשים בסי' תכ"ה

דהביא בשם האור זרוע בשם רש"י דס"ל בכל חיוב לציי"ש דאי תפס לא מפקינן מיני' וזהו דלא כשיטת הש"ך בריש סי' כ"ח:

הגה"ה ועפ"ז אמרתי לתרץ דברי רש"י בב"ק ד' ל"ה ד"ה בסלע לקה דמתחכך הי' בסלע ולקה והקשו דלמה לא פי' רש"י דבסלע לקה היינו דע"י מה שהי' רודף השור אחר שורו גרם לו דלקה בסלע. ואמרתי לתרץ עפ"י מש"כ דהיכא דחייב לציי"ש מהני תפיסה לשיטת רש"י והנה מצינו בחו"מ סי' שפ"ו סעי' א' דהובא ברמ"א שם שיטת הנימוקי יוסף דדוקא באדם חייב דדג"מ אבל בבהמה פטור אכן הש"ך שם ס"ק ה' הביא בשם הרמב"ן דס"ל דאף ע"י מעשה שורו חייב בדדג"מ ונפלענ"ד דכן הוא שיטת התוס' ב"ק ד' נ"ד ד"ה חמור דבור כו' דס"ל שם דאף בבור חייב על גרמי ע"ש ולכן לפ"ז אף היכא דלא הוי גרמי רק גרמא ע"י מעשה שורו דיש לומר דחייב לציי"ש. ועיין ב"ק ד' מ"ח דהבאיש מריחו מקרי גרמא ע"ש. וע"כ הוכרח רש"י לפרש מתחכך הי' בסלע ולקה משום דאם הי' ע"י גרם שורו וודאי הי' מועיל תפיסה בזה ובאמת משמע במשנה שם דבזה לא מהני תפיסה לפי מסקנת הש"ס שם דהך בבא דסיפא היו הנזקין שנים כו' דמיירי בתפסי' ואפ"ה ברישא דאומר בסלע לקה דאף דמיירי בתפיס אפ"ה לא מהני וע"כ מוכח דהפי' בסלע לקה דמתחכך הי' בסלע ולקה. ע"כ הגה"ה:

וכן הוא שיטת הראב"ד גבי אבק ריבית דמהני תפיסה הואיל וחייב לציי"ש והובא בטור יו"ד סי' קס"א א"כ לשיטת הסוברים דמהני תפיסה בחיוב לציי"ש י"ל דהוי נוגע בעדות במה דאומרים אנוסים היינו מחמת נפשות וכה"ג שכתבתי לעיל דכיון דמוטל עליהם חיוב לציי"ש אף לרבנן דפליגי אדר"מ:

דהא אפושי פלוגתא לא מפשינן דלר"מ יהי' חייב עפ"י דין להוציא ממנו בדיינים ולרבנן יהיו אף פטור לציי"ש ואין זה סברא ומצינו בכללי מיגו של הכנה"ג דהובא בתומים כללי מיגו ס"ק קכ"ה דלא מהני מיגו היכא דאי טען טענה אחרת הי' מועיל תפיסת חבירו די"ל דאינו רוצה לטעון כן דמתיירא שיתפוס ממנו חבירו וכ"כ הש"ך להדיא בסי' קכ"א ס"ק ס"א ע"ש ועיין בתוס' גיטין ד' ג' ע"ב סד"ה כתב בכת"י וכ"כ השמ"ק לב"מ ד' צ"ז ע"ב ד"ה ביום שהיתה שאולה כו' דלכן לא מהני מיגו דאיני יודע דיחשוש שמא מהני תפיסה ויתפוס ממנו:

ובאמת נלפענ"ד להעיר בזה דמן התוס' כתובות ד' פ"ט ע"ב ד"ה יכול לומר גרשתיה כו' דכתבו שם וא"ת מה מיגו הוא זה דאם יאמר לא גרשתיך יתחייב בשאר כסות ועכשיו דאומר פרעתי פוטר א"ע וי"ל דכשאמר לא גרשתיך פטור נמי משאר כסות דדמי לטענו חיטים והודה לו בשעורים דקיי"ל דפטור כמבואר בב"ק ד' ל"ה עכ"ל ועיין באה"ע סי' ק'

בב"ש שם ס"ק ל"ט ואי נימא כסברת הכנה"ג דהיכא דמהני תפיסה לא מהני המיגו א"כ יש לדון התם דאכתי תקשה קושיות התוס' הנ"ל דאם יאמר לא גרשתיך יתחייב בשאר כסות ואף דהוי כטענו חטים והודה בשעורים הא מבואר בב"ק שם דבטענו חטים והודה בשעורים מהני תפיסה וכן מבואר בחו"מ סי' פ"ח ומוכח מזה לכאורה דלא ככנה"ג אך י"ל לטעמי' אזיל התוס' דס"ל שם בב"ק דדוקא היכא דיש לו תביעה על שני השורים מהני תפיסה אבל לא היכא דיש לו תביעה על אחד כו' וכמבואר שיטה זו בסי' פ"ח ועוד יש לדחות זה בכמה אנפי וקצרתי: וכיון דמצינו דחשש תפיסה שיתפוס ממנו חבירו הוי חשש מעליא א"כ לפ"ז יש לדון דהוי ג"כ מטעם זה בשם פסול נוגע בעדות היכא דמהני תפיסת חבירו א"כ ה"ה באנוסים מחמת נפשות דלא הי' להם עצה לפטור מהאונס רק ע"י שיחתומו בשקר דכה"ג חייבין לצי"ש לכו"ע ומהני תפיסת חבירו א"כ הוי נוגע בעדות על זה ומקרו ג"כ אינו ראוי לדו"ח כנ"ל ולפ"ז תקשה על מה דמחלק רמב"ח בין אנוסים מחמת ממון ובין מחמת נפשות דמשמע דאנוסים מחמת נפשות לא משכחת בי' גוונא לפלוגי בי' והא לפמש"כ יש לחלק ג"כ באנוסים מחמת נפשות גופא דאם הוא בה"ג שכתבתי אינם נאמנים אף באנוסים מחמת נפשות דהוי אינו ראוי לדו"ח כנ"ל ובוודאי ג"ז ניכלל בלשון אנוסים מחמת נפשות וע"כ מוכח מזה דליתא למש"כ משום דג"ז מקרי ראוי לדו"ח משום דלא שייך בזה נוגע בעדות דכיון דבעת דבא לב"ד הי' יודע אז דהב"ד ידרושו ויחקרו אותו א"כ מסתמא אסיק אדעתי' אז בעת התחלת העדות מזה ואז היה לו מיגו ולא הי' אז בחשש משקר ע"כ מהימן מהך טעמא אף על הדו"ח ומקרי עדות שאתה יכול להזימה ולפ"ז ה"ה בשותף המעיד על הב' שלוו בשותפות או בהאי בקרא ג"כ ליתא להאי טעמא במש"כ לעיל עפ"י הכלל מחודש דהוי אינו ראוי לדו"ח דהא מוכח דג"ז מקרי עדיין ראוי לדו"ח אך י"ל בעיקר סתירת הכלל שכתבתי כנ"ל דאף דהדין נותן דהיכא דחייב לר"מ מצד דדג"מ בזה חייב לרבנן לצי"ש עכ"ז י"ל דהיכא דהי' מוכרח לעשות כן מצד אונס נפשות דאף דלר"מ מחוייב לשלם מצד הדין במציל א"ע בממון חבירו עכ"ז לרבנן כיון דפטור מצד הדין רק חיוב לצי"ש מחמת העבירה דעבר וי"ל דבזה דהי' מוכרח לעשות כן מחמת אונס אין עליו חיוב לצי"ש וע"כ אין עדיין ברור לסתור הכלל שכתבתי. ועכ"ז הדעת נוטה בכוונת הר"ן דכתב דהבקרא לא הוי כע"א כמש"כ לעיל משום דלפי דבריו שאמר לאח"מ תפסי' הוא חייב לשלם ליתומים והוי ליה בע"ד וכוונתו דכיון דיצטרך לשלם ליתומים א"כ אחר ששילם הבקרא אז נקנה האי תורא למפרע להבקרא כמבואר בריש המפקיד ששומר ששלם נעשה כאומר לכשתשלימני פרתי קנוי לך מעכשיו ונמצא קנוי' הפרה למפרע להשומר (זולת בגבו הב"ד בע"כ כיון

דאטרחי' לב"ד לא קנה כמבואר בחו"מ רצ"ה בש"ך ס"ק ד'] א"כ לבסוף כשישלם הבקרא ליתמי אגלאי למפרע דבעת דהעיד הבקרא על הבע"ח לחייבו שבועה הי' אז קנוי הפרה להבקרא בעת עדותו א"כ העיד על ממונו ממש דעל הממון שהעיד הי' אז קרוב אצל ממונו ולכן נפסל להעיד דלדבריו קרוב הוא ואין עדות לקרוב ואף דמבואר בב"מ ד' ל"ד בשילם השומר לבנים מהו ולא איפשטא בעי' זו עכ"ז י"ל דהאי בקרא נעשה שומר מחדש ליתמי בעצמם לאח"מ אביהם ועוד דהא מספיקא דלמא גם בזה שייך לומר דהי' קנוי' לו למפרע א"כ הוי בספק פסול קרוב ואין יכול להעיד להוציא וגם הרא"ש והטור לא גרסי התם בב"מ האיבתי' דשילם לבנים מהו ע"ש ויש להאריך בכ"ז:

וכ"ז אינו שייך אלא בהאי בקרא משא"כ השותף המעיד על השני דבעת דהעיד על שותפו לא הי' קרוב אז כי אם לאחר שישלם להמלוה משום ערבות אז יותחל חיובו על שותף הב' כמש"כ התומים בסי' קכ"ט ס"ק י"ד א"כ באותו העת דהעיד לא הי' אז בשם קרוב רק בשם נוגע ואף דמבואר בחו"מ סי' קל"א דערב מצי תבע להלוה להוציאו מערבות. עכ"ז בזה לא מקרי קרוב לממונו דהא זה החוב אינו כי אם מצד דמצווה כל אדם להציל חבירו שלא יגיע לו היזק ממנו ולכן כיון דהי' לו אז מיגו דאי בעי שתיק בעת דהעיד ע"כ לא מיפסל להעיד דהא פסול נוגע אינו רק משום חשש משקר והיכא דהי' לפניו דרך אחרת ולשתוק והי' לו טובה ביותר ולא עשה כן ע"כ אינו בחשש משקר ולא מיפסל משום נוגע וכבר נתבאר דהיכא דהוי מצי לשתוק והוא בגדר הפה שאסר דבזה מהימן אף להוציא וכיון דעיקר ראיית הנתיבות על סמך הר"ן דבקרא ובאמת זה אינו דומה לנ"ד כנ"ל ע"כ הדין נותן כשיטת התומים והקצה"ח בסי' ע"ז דהיכא דאינו תובע בברי מהימן השותף להעיד על הב' ועכ"ז לפמש"כ לעיל הכלל מחודש דבעינן ראוי לדו"ח ולפ"ז מיפסל השותף מה"ט כנ"ל ע"כ לכאורה קשה להוציא מהמוחזק ממון רק אי תפס לא מפקינן מיני' אך כיון דכבר חלקו האחרונים על הש"ך דסוף סי' ל"ג והעלו לדינא דלא בעינן בזה"ז אף ראוי לדו"ח ע"כ העיקר כמש"כ לעיל בכוונת הר"ן ולפ"ז הדין הוא כשיטת התומים והקצה"ח הנ"ל דמהימן השותף להעיד על הב' אם אינו תובע בברי ומן התוס' קידושין ד' מ"ג ע"ב ד"ה והשתא כו' שהקשו דהא הוי מיגו דבי תרי ולשיטת התומים הנ"ל א"ש אבל לשיטת הנתיבות דאף במקום שאינו חייב ש"ה ג"כ לא הוי עד א"כ אין מקום לקושייתם דמה איכפת לי' אם חבירו יכחישנו דהא הוי נוגע אך לפמש"כ בסי' ע"ז סעי' א' בחידושיי לדון בדברי התוס' דב"מ ד' פ' ע"א דס"ל כהרמ"א דבפקדון לא נעשו ערבים א"ש וגם י"ל דהא אמרו בקידושין שם סתמא וכן

בדיני ממונות דמשמע דאף דחלק המעות ונתן לכ"א מחצה דבכה"ג לא שייך ערבות ע"כ לא הוי נוגע וא"ש קושייתם:

(שם סעי' י"א) ראובן שיש לו שט"ח על שמעון ונתנו ללוי בכו"מ והיה שמעון א' מעידי המתנה פסול ופי' הסמ"ע לפי ששמעון הוא נוגע בעדות שרוצה להעיד כדי שיפטר מבע"ד שהשני נוח לו כו', וכ"כ הטור והמחבר בהדיא בסי' ס"ו סעי' כ"ב והקשה הנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' יו"ד דלפמש"כ הש"ך בסי' קכ"ג ס"ק כ"ד דלא אמרינן דהעד מחשב נוגע בשביל שזה נוח לו אלא כשהעד צריך להוציא מעות אבל כשהעד חייב לשלם אינו חשוב נוגע כיון שהוא מוחזק א"כ תקשה מזה דהא הכא הוי שמעון החייב מוחזק ואפ"ה כתבו דהוי נוגע בשביל שזה נוח לו עכ"ל וכן תמה השער המשפט בסי' ל"ז ס"ק ה' ונשאר בצ"ע אך לא הביא שכבר הקדימו הנו"ב בקושיא זו: ולענ"ד אינו קשה דהא מבואר בסי' נ"ד ש"ך ס"ק ד' בשם הרב המגיד דלכן אם תובע הלוה הנייר מהשטר מהמלוה דישבע המלוה היסת דאע"ג דאין ניירו של שטר שוה פרוטה מ"מ מחמת ראי' שבו אף אחר שכתוב שובר יתן לו הלוה יותר מפרוטה לפיכך ישבע היסת יעו"ש בש"ך ולפ"ז שפיר כתבו הכא דשמעון הוי נוגע לפי דגוף הנייר מהשטר דהוא ש"פ מחמת הנייר הוא ת"י המוחזק וי"ל דשמעון הוא נוגע לפי דמן ראובן קשה לו להוציא הנייר אבל כשהנייר שייך ללוי אז קל לו להוציא הנייר ממנו ושייך שפיר בזה לדון השני נוח לו כו' דגם בזה שייך להוציא מהמוחזק וכמש"כ הש"ך וע"כ אין מזה סתירה על דברי הש"ך:

ויש להסביר זה ביתר ביאור דהא מבואר בש"ך סי' נ"ד ס"ק ד' דאם טען הלוה שהשטר אצל המלוה דהדין הוא דיפרע הלוה ואין הלוה יוכל לעכב המעות עד שישבע המלוה דשבועה זו לא תלוי בפרעון אלא תביעה אחרת על שווי השטר ומה"ט אינו נשבע המלוה רק שבועת היסת אלא אחר שפרעו וכתב לו שובר ה"ז נשבע ע"ש בש"ך ולפ"ז שפיר ה"ל שמעון נוגע דרוצה יותר דיהי' לוי בע"ד שלו משום דלוי נוח לו יותר מן ראובן וחושש שמא יטעון ראובן שנאבד ממנו שטרו ויצטרך לפרוע לו ע"י כתיבת שובר ואף שע"פ דין יהי' חייב ראובן להיות נשבע היסת שאין השטר בידו עכ"ז שמא לא ירצה לישבע והוא בע"ד קשה נגדו אבל לוי נוח לו יותר ויהי' יכולת בידו להשביע ללוי בקל וגם שייך בזה לומר דלוי מהימן לו בשבועה וראובן לא מהימן לו בשבועה וכמו דאמרו בשומר שמסר לשומר ומש"כ הטור והמחבר בלשונם דה"ל שמעון נוגע בעדות דרוצה להעיד כן דלוי נוח לו ורוצה שיפטר מבע"ד היינו דיפטר מבע"ד דלא יהי' ת"י השטר ראי' דמחמת זה שוה פרוטה ולא יצטרך לשמור שוברו כמש"כ המ"מ והש"ך כנ"ל ואתי שפיר כ"ז ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשה הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ל"ט על מש"כ הטור בשם הרא"ש

בשיטת הרי"ף גבי הא דאביי דעדיו בחתומיו זכין לו דאמרו בגמ' דבעי מטא לידו דז"א אלא במה דרוצה לזכות דבר שאינו ת"י הזוכה אבל בזוכה דבר שהוא ת"י כבר בזה אפילו לא יגיע לידו השטר זוכה ולא בעי בזה מטא לידי' והקשה הש"ך שם ע"ז מהא דב"מ ד' י"ג דאמרו אלא הא דתנן מצא גיטי נשים ושוברים לא יחזיר והא אמרת עדיו בחתומיו זכין לו ומתרץ ה"מ היכא דמטא לידי' כו' הרי דתנן נמי שוברים וא"כ אכתי לא מתרצא קושיא בשוברין עכ"ל הש"ך אבל לפמש"כ יש לתרץ קושייתו והוא דלכאורה צריך ביאור גוף סברת הרי"ף במה שמחלק בין דבר שהוא ת"י הזוכה ובין דבר שצריך להוציא וי"ל דטעמו דזה הענין דאמרו בגמ' דבעי מטא לידי' זהו מצד דנסתפקו חז"ל במה דאמרו עדיו בחתומיו זכין לו דזהו מצד אומדנא דאמדו חז"ל לדעתו דהוי כאלו התנה עם העדים דיזכו עבור המלוה אלא דנסתפקו בהאומדנא שלו אם לא הרשה להם לזכות אלא כשיהי' מטא לידי' לאח"ז ברשותו וידיעתו או אף דלא יהי' מטא לידי' לאח"ז ג"כ הרשה להם לזכות וכיון דזהו ספק ע"כ דוקא היכא שבאין להוציא בזה אמרו דבעי מטא לידי' אבל במה שתפוס ת"י כבר לא בעי בזה מטא לידי' כיון דזהו ספק והממע"ה ויש לעי' מזה בתשובת הרשב"א דהובא במל"מ פ' ט"ו ה' טוען בספק בתנאי ויש לחלק ובחי' לב"מ הארכתי בזה בהוכחות וקצרתי כאן:

ולפי מה שנתבאר דגוף הנייר מהשט"ח הוא ש"פ מחמת הראי' שבו אף בכתבו שובר כנ"ל בשם המ"מ והש"ך סי' נ"ד ולפ"ז י"ל דלכן תנן במצא שוברין דלא יחזיר משום דהא השובר נכתב על השט"ח שהוא ת"י המלוה וכעין מש"כ השמ"ק לב"מ שם ע"כ לא יחזיר דהא אם יחזיר לידו השובר יהי' מוציא עפ"ז גוף השט"ח מהמלוה ובאמת ע"פ דין אינו שייך לו הנייר מהשט"ח כיון דהא דלא בעי מטא לידי' בדבר שהוא ת"י הזוכה זהו מצד ספיקא דהממע"ה א"כ ז"א שייך אלא בגוף החוב אבל לא להוציא גוף השט"ח דהא המלוה הוי מוחזק בהנייר דהוי ת"י ע"כ לא יחזיר לו השובר כדי דלא יהי' תקלה עי"ז להוציא גוף הנייר דהשט"ח מהמלוה רק לענין זכיות גוף החוב בזה שפיר כתבו דזוכה כיון דהוי ת"י כבר והממע"ה:

אבל לא להוציא הנייר דהשט"ח. ויש להאריך בכ"ז:

כל זה כתבתי כבר וכעת ראיתי דיש להוכיח דלא כמו שכתבתי לדון דמחמת דהנייר של השט"ח הוא ת"י הלוקח ע"כ שייך בזה לומר השני נוח לי כו' והוא דהתוס' בב"מ ד' כ' ע"א ד"ה ש"מ איתא לדשמואל כו' כתבו להקשות שמא מכרה במעמד שלשתן שאינה יכולה למחול ותירצו דליכא למיחש כו' אם אומרים שנתרצה הבעל או שתק א"כ מודה שהשובר שקר כו' וכ"כ הרא"ש בכתובות פ"ט סי' י' והר"נ והנ"י בב"מ שם ואי נימא

כמש"כ דמחמת תפיסתו בהנייר שייך בזה לומר השני נוח לי א"כ קשה על מה שכתבו התוס' והרא"ש דאם נתרצה הבעל או שתק א"כ מודה שהשובר שקר הא מבואר בב"ב ד' ל' ע"ב ההוא דא"ל לחברי' מאי בעית כו' א"ל כו' ואמרת לי זיל זבין א"ל השני נוח לי כו' וכן פסקו בח"מ סי' קמ"ו סעי' י"ז ועי' בח"מ סי' ש"ו ס"ק י"ב מה שהביא בשם המרדכי בזה א"כ אי נימא דזה מקרי להוציא גוף הנייר ושייך בזה לומר השני נוח לי א"כ אף דשתק ונתרצה על המכירה ג"כ אינו ראי' שהשובר הוא שקר דהא י"ל דלכן נתרצה על הקניי' כדי שיהי' יכול להוציא מן הלוקח הנייר והראשון קשה להוציא ממנו הנייר וע"כ מוכח דס"ל להרא"ש והתוס' דמחמת הוצאות הנייר מן התופסו זה לא מקרי להוציא רק ליפטר כיון דאף הממון הוא ת"י ע"כ לא שייך בזה כלל לומר השני נוח לו ומוכח מזה כסברת הנו"ב והשער המשפט ודלא כמו שכתבתי אכן לפי מה דהוכיחו הפוסקים מקושיות הרא"ש והתוס' הנ"ל דלכן לא חיישינן שמא מכרה במעמד ג' הכתובה משום דלא מהני מעמ"ג בכתובה וכמש"כ הרא"ש בב"מ פ"א סי' מ"ח והתוס' בב"ק ד' פ"ט ד"ה כל לגבי בעלה כו' ובב"מ ד' כ' בתירוץ ב' ועי' בש"ך סי' קכ"ו ס"ק א' ובתוס' גיטין ד' י"ג ד"ה תנהו לפלוני כו' א"כ לפ"ז אין הכרח לומר דזה מקרי כמו ליפטר וע"כ שפיר כתבתי לומר דיש לדון דכה"ג מקרי כמו להוציא ושייך שפיר השני נוח כו' ועי' בסי' כ"ח ש"ך ס"ק כ"ט שכתב דכיון דבאין להוציא גוף השטר מן יד היורש אין מקבלין עדות שלא בפני הבע"ד דזה חשוב כמו להוציא עכ"ל. וזהו נוטה כמו שכתבתי:

(שם סעי' י"ז) בש"ך (ס"ק כ"ט) בתוס' ב"ב ד' מ"ד דקדקו מדכתב הרשב"ם וכגון שמכר ראובן ללוי שלא באחריות דנראה משום דאי באחריות הוי שמעון נוגע בעדות דאע"ג דהוי יאוש ושינוי רשות מפיק שמעון מלוי כיון דאין שום הפסד ללוי שיחזור על ראובן עכ"ל. והקשה הש"ך ע"ז משום דמה ענין אחריות לשינוי רשות ונדחק בכוונת הרשב"ם: ענף א:

ולענ"ד נראה בכוונת הרשב"ם והוא די"ל דגם הרשב"ם ס"ל דאף דהוי באחריות ג"כ הוי שינוי רשות והא דכתב הרשב"ם שלא באחריות משום דבאחריות הוי נוגע בעדות הוא דהא אי' בח"מ סי' רנ"ט סעי' ה' דלפנים משורת הדין החיוב הוא להחזיר להבעלים אף דהי' יאוש באבידה ומה"ט נהיגי להחזיר כל גניבה אף לאחר יאוש ושינוי רשות וכמש"כ הקצה"ח מזה בסי' רנ"ט ס"ק ג' ע"ש. וידוע שיטת המרדכי דיכולת הי' בידנו לכוף על לפנים משורת הדין והובא בח"מ סי' י"ב סעי' ב' ועי' באו"ת שם ומה"ט כתב בביאור הגר"א זצ"ל סי' רנ"ט ס"ק ט"ו בשם המרדכי דלכן נהגו להחזיר אבידה אחר יאוש לפי דכייפינן על לפנים משוה"ד ע"ש:

ולכן י"ל דמה"ט ס"ל להרשב"ם דבמוכר באחריות אף דהוי יאוש וש"ר הוי שמעון נוגע בעדות דכיון דאין הפסד ללוי שיחזור על ראובן וכמש"כ התוס' א"כ ממילא מחוייב לוי הקונה להחזיר החפץ לשמעון משום לפנים משורת הדין כיון דמקרי אין לו פסידא בזה וכיון דיכולת ביד ב"ד לפעמים לכוף על זה להך שיטה הנ"ל ע"כ ממילא הוי שמעון נוגע בעדות כדמצינו בחשש נוגע בעדות דאם ישנו במציאות איזה צד הנאה לו מהעדות אף בדרך רחוקה ונפלאה ה"ז לא יעיד כמבואר בסי' ל"ז סעי' כ"א לכן שפיר כתב הרשב"ם דאינו כשר לעדות רק במוכר שלא באחריות:

ומה דהקשה הש"ך עוד דא"כ אף שלא באחריות תקשה הא אין לו הפסד שיחזור לו הנגזל דמי כו' י"ל בזה דס"ל להרשב"ם דכיון דאמרו שם בסי' רנ"ט דאם בעל אבידה עשיר א"צ לעשות לפנים משוה"ד וע"כ י"ל דוקא היכא דיש לחוש דיפסיד הנגזל דמי החפץ דיכול להיות דהגזלן לא ירצה לשלם לו ע"כ בזה הוי כמו בעל החפץ עני ולכן מחוייב לעשות עמו לפנים משוה"ד כיון דלא יפסיד דהא גבי דידי' לא הוחזק המוכר לגזלן אבל היכא דלא הוי הנפ"מ רק לענין גוף החפץ בזה דינו כמו עשיר כיון דיצטרך להחזיר הדמים להלוקח ודוקא בנצ"ב באשה מצינו דמשום שבח בית אבי' תקנו דתשקול גוף החפצים כמבואר ביבמות ד' ס"ו ואף דלא משמע כן בח"מ שם מ"מ י"ל דהרשב"ם ס"ל לחלק בזה או די"ל בזה לפמש"כ האורים באו"ת סי' ל"ז ס"ק מ"ח דמיירי שם דאין החפץ שוה יותר מן הדמים שנותן ע"ש א"כ י"ל דמיירי ג"כ דהחפץ הוא מצוי מינו בשוק לקנות כמותו וכעין המבואר בסי' ע"ב סעי' ט"ו ועי' באו"ת שם ס"ק כ"ט ע"כ לא הוי נוגע בעדות בזה. ולכן אף דמן דברי התוס' בכוונת הרשב"ם וכן מן הנ"י בב"ב שם משמע דס"ל כמש"כ הרמ"א בח"מ סי' שס"א סעי' ה' דבמכרו באחריות לא הוי שינוי רשות עכ"ז לפמש"כ אין זה מוכרח כ"כ בכוונת הרשב"ם די"ל כמו שכתבתי דהוי נוגע בעדות מה"ט וכעין זה אמרתי מכבר ליישב מה שהקשו התוס' בהאי סוגיא בב"ב ד' מ"ד ד"ה דוקא מכר כו' דהקשה הר"י לפי המבואר בירושלמי דיאוש מועיל לקרקע א"כ אמאי אינו מעיד במכר לו שדה הא לא הדרא לי' כו' ולפמש"כ לומר דשאני חשש נוגע בעדות דאף משום איזה ספק הנאת ממון דיכול להיות הוי נוגע כנ"ל א"כ י"ל בזה דהא מצינו שיטת הרמב"ם והובא בח"מ סי' קצ"ב ובסי' ער"ה דס"ל דע"י קנין אכילת פירות נקנה שדה המכורה אבל הפקר אינו נקנה עי"ז וכיוצא בזה איכא כמה גווני דהיכא דהוי דעת אחרת מקנה קנה ומהפקר לא קנה ומיאוש הא הוי דינו כמו זוכה מהפקר ולפ"ז י"ל דאף דנימא דיאוש מועיל בקרקע מ"מ הוי נוגע דלמא לא עשה הלוקח דרכי הקנין דיהי' מועיל להיות זוכה מן יאוש והפקר אלא דעשה דרכי הקנין המועיל במכירה ומה

דנשתמש הלוקח בהשדה לאחר דעשה ונתכוין לקנות הא זה הוי כמו עודר נכסי הפקר וסבור שהם שלו לא קנה כמבואר בסי' ער"ה וביבמות ד' נ"ב דהא לא כיון לקנות ועיקר כוונת הקנין הי' בעת דבא לזכות בתחלה בהשדה וכיון דאז הי' קנין דאינו מועיל בזוכה מן יאוש והפקר ע"כ ממילא חוזר לבעליו ועי' בב"ק ד' ס"ט תוס' ד"ה כל שלקטו כו' אבל במכר מטלטלין לא שייך כ"ז דהא כיון דהחפץ הוא ברשותו ממילא קני לי' חצירו א; שלא מדעתו ומתורץ קושיות התוס' הנ"ל גם י"ל בכ"ז ע"פ מש"כ הש"ך בח"מ סי' מ"ב ס"ק כ' וס"ק כ"ב דבמה דהוי פלוגתא י"ל דטעי בזה וכמש"כ התוס' בב"מ ד' ט"ו ע"ב ד"ה ונתן לו כו' ובמק"א הארכתי בזה ע"כ כיון דמצינו פלוגתא בכ"ז ע"כ י"ל לכ"ע דהוי נוגע בעדות משום דטעי בזה ובחידושי לב"ב הארכתי בכ"ז די"ל בזה ע"פ מש"כ התוס' בב"ק ד' ס"ט אי יאוש הוי כמתנה להגזלן וקצרתי:

ענף ב:

וראיתי בספר משכנות יעקב ח' ח"מ סי' נ"ד שהביא לדברי הש"ך הנ"ל והוכיח מן התוס' דב"ק ד' ס"ז ד"ה מעיקרא חולין והשתא הקדש כו' שכתבו דבקדשים שאין חייב באחריות לא הי' צריך לטעם זה דהא יש כאן שינוי רשות אלא בעי לאוקמי אפי' בחטאת ואשם כו' עכ"ל א"כ מוכח מן התוס' הנ"ל דס"ל דבאחריות לא ה"ל שינוי רשות והעלה דברי הש"ך בצ"ע עכ"ל ותמהני עליו דאין זה דומה כלל לנידון דהש"ך הנ"ל דהא חיוב אחריות דקדשים הוא אף נגנב ונאבד ומתה משא"כ חיוב אחריות במוכר לחבירו הא אינו חייב רק באחריות דאתי מחמתו אם יטרפו ממנו בע"ח וגזולה אבל לא בנגנב ונאבד ע"כ שפיר מקרי שינוי רשות. משא"כ היכא דחייב בכל מיני אחריות אף אותן שיוולדו לאח"ז זה לא הוי שינוי רשות ויש להסביר זה ביתר ביאור דהא בחיוב אחריות דהמקדיש אם יוגנב יכול המקדיש לתבוע מהגנב והוי בע"ד שלו כמו בב"ק ד' ע"ח וכמו כל שומר דהוי בע"ד של הגנב דיכול לתבוע ממנו כמבואר בב"ק ד' ק"ח דזהו משום דחייב באחריות וכיון דהוי עליו שם בע"ד על החפץ ע"כ לא מקרי שינוי רשות דהא עדיין שם בעליו על החפץ משא"כ במוכר לחבירו באחריות דאתי מחמתו ולא אחריות שיוולד לאחר המכירה דאם ירצה המוכר לאשתעי דינא עם הגנב מצי למימר לי' לאו בע"ד דידי את. ע"כ לא הוי שם בעליו על החפץ והוי שינוי רשות כמש"כ הש"ך ואין מקום לתמיהת המשכנות יעקב כלל. ולכאורה יש להוכיח עדיין מן התוס' ב"ק הנ"ל דהיכא דקיבל המוכר עליו כל האחריות שיולד לאחר זה דבכה"ג לא הוי שינוי רשות דהא זה שפיר מוכח מן התוס' דכה"ג לא הוי ש"ר ואין להעיר בזה דהא כל גזלן המוכר הוי עליו שם בע"ד לתבוע מן הנוטלו משום חיוב אחריות שיש עליו להשיב להנגזל

וכמש"כ התוס' כעין זה בב"ק ד' ס"ט ע"א ד"ה כל שלקטו כו' דכל אדם אסור להחזיק בה מפני שהיא צריכה ליפטר מן הנגזל כו' ע"ש דזה אינו דדוקא במי שנוטלו בע"כ של הגזלן בזה כתבו דיש שם בע"ד להגזלן לתבוע החפץ משא"כ אם הגזלן מכר לאחר דבזה אם בא אחר ונטלו בע"כ של הלוקח וודאי אין עליו שם בע"ד לתבוע ממנו כיון דמכר ברצונו ואסתלק לי' מהחפץ ע"כ אין זה דומה לחיוב אחריות דמקדיש וכיוצא בו כן י"ל בזה:

וגם בזה יש לדון הרבה דהא לקמן ד' קי"ד מוקי הש"ס להך ברייתא דהגנב וגזלן שתרמו והקדישו כו' באוקימתא קמייתא דאתי כר"ש דס"ל סתם גניבה יאוש בעלים ועי' בתוס' ב"ק ד' ס"ז ד"ה הגנב והגזלן כו' א"כ להך אוקימתא דאתי כר"ש יש להסביר על נכון למש"כ התוס' שם דהיכא דחייב באחריות לא הוי ש"ר משום דהא ר"ש ס"ל גורם לממון כממון דמי ומה"ט ס"ל בקדשים שחייב באחריותן חייב כמבואר בב"ק ד' ע"א וד' צ"ח ופסחים ד' ו' ועי' בצ"צ סי' ה' והובא בקצה"ח סי' שפ"ו ס"ק ז' מה שכתבו לדון בהא דפסחים שם אי אמר ר"ש אף היכא דאי' בעיני' או לא והוכיח שם די"ל דאף באיתנהו בעיני' קאמר ר"ש דכממון דמי ואמרו בב"ק ד' ע"ו דגנב והקדיש אינו חייב ד' וה' לר"ש דכיון דס"ל דקדשים שחייב באחריותן ברשותי' דמרי' קיימי ע"כ לא נפק מרשות בעליו בהמכירה. ע"כ י"ל מה"ט דלהך אוקימתא דאתי הברייתא כר"ש שפיר הוכרח הש"ס לומר דלכן הקדישן הקדש משום דה"ל שינוי השם מעיקרא חולין כו' דאלו מצד שינוי רשות י"ל בזה כמש"כ התוס' דכיון דחייב באחריות לא ה"ל ש"ר דהא כיון דאתי כר"ש דגורם לממון כממון דמי ע"כ לא נפק לי' מרשות הבעלים עדיין לגמרי ולא ה"ל ש"ר אמנם לדינא דקיי"ל כרבנן דגורם לממון לאו כממון דמי כמבואר בח"מ סי' שפ"ו ש"ך ס"ק י' שפיר י"ל דאף היכא דחייב באחריות ג"כ הוי ש"ר שיקנהו הגנב ע"י יאוש וש"ר וע"כ אין ראי' מהתוס' ב"ק הנ"ל לדינא:

ויש לבאר זה ביתר ביאור דהא יש להקשות בהא דב"ק ד' ס"ז הנ"ל דאמרו שם דלכן תרומתן תרומה משום דאיכא שינוי השם מעיקרא טיבלא והשתא תרומה כו' דקשה דאמאי לא אמרו בזה דה"ל שינוי רשות דהא מעידנא דתרמו שייך לכהנים וכעין מש"כ התוס' שם על קדשים שאינו חייב באחריות דה"ל ש"ר דמשמע אף בלא מטא ליד הגיזבר ועי' בתוס' שם ד"ה מעיקרא טיבלא כו' ובנדרים ד' נ"ט ובהרא"ש שם וקצרתי ומצאתי בשיטה מקובצת בב"ק שם ובחי' הרשב"א שם דהעירו בזה ומה דתירצו אין זה ברור לפמש"כ התוס' כנ"ל:

וכש"כ לפמש"כ התוס' ביבמות ד' צ"ג ע"א ד"ה קנוי' לך מעכשיו כו' דבתרומה אמרינן ג"כ אמירה לגבוה כמסירתו להדיוט דמי וע"כ השמ"ק שם בתי' הב' לא ניחא לי' בתי' קמא דילי' כן י"ל וקצרתי:

והנראה לי בעיקר קושיא של השמ"ק והרשב"א הנ"ל דהא אי' בב"ק ד' קי"ד דהך ברייתא דגנב וגזלן שתרמו והקדישו כו' דאתי כרבי לאוקימתא בתרייתא ע"ש:. ומצינו בפסחים ד' מ"ח דס"ל רבי הלכה כר"א דס"ל הואיל אי בעי מיתשל והוי ממונו לעבור על בל יראה וה"ה בשארי מילי אמרינן הואיל אי בעי מיתשל כמו דהקשו התוס' ורש"י שם ד' מ"ו בד"ה הואיל אי בעי מיתשל כו' דא"כ יקרא שם ואח"כ יאפה מטעם הואיל כו' וכן הקשו התוס' שם לקמן ד"ה הואיל אי בעי מיתשל כו' דאמאי אין יוצאין במצה מע"ש נימא הואיל אי בעי מיתשל ונחשב מצתכם כו' ואף דרש"י שם בפסחים ד' מ"ח מסיק דלא פליגי בהואיל אי בעי מיתשל עכ"ז הא הרא"ש והאלפס כתבו שם דפליגי ר"א ור' יהושע אי אמרינן הואיל אי בעי מיתשל וזהו דלא כהשאגת ארי' דהעלה בסי' ע"ז דלא אמרינן הואיל אי בעי מיתשל רק לענין שיעבור על בל יראה אבל בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' ענף א' הוכחתי דלא כהשאגת ארי' בזה ולכן להך אוקימתא דהך ברייתא דגנב וגזלן שתרמו אתי כרבי ורבי הא ס"ל דאמרינן הואיל אי בעי מיתשל וכיון דאמרינן הואיל כו' והוי ממונו לכל מילי כנ"ל. ע"כ שפיר הוכרח הש"ס לומר דלכן תרומתן תרומה משום דהוי שינוי השם דאל"כ אינו חל התרומה דהא לא הוי שינוי רשות כיון דאתי כרבי דאמר הואיל אי בעי מיתשל והוי ממונו א"כ לא נפק מרשות הבעלים והוי עדיין ממונו ולא מקרי ש"ר כלל ואף שכתבו התוס' שם בד"ה מעיקרא טיבלא כו' דלא מקרי שינוי החוזר לברייתו ע"י שאלה כיון דלא שכיחא זהו דוקא לענין דלא יהי' מקרי שינוי החוזר לברייתו אבל לענין מה דאמרינן הואיל אי בעי מיתשל והוי ממונו וודאי דאמרינן אף דזהו לא שכיחא דאל"כ איך אמרו כן לענין לעבור על בל יראה דהא אסור לו להיות נשאל ויעבור על בל יראה וה"ה בשארי מילי כנ"ל וכ"ז בתרומה אבל בהקדש שפיר כתבו התוס' דבקרבנות שאין חייב באחריותן הוי ש"ר דאין לומר באותן דלא מטו ליד גיזבר להואיל אי בעי מיתשל כמו בתרומה דז"א לפמש"כ התוס' בפסחים ד' מ"ו ע"ב ד"ה הואיל אי בעי מיתשל כו' בחי' קמא בשם הר"י דלכן אמרו אתה רואה של גבוה ולא אמרינן הואיל אי בעי מיתשל דשאני הקדש דכתיב בהו לד' וע"כ לא אמרינן בי' הואיל ע"ש. ע"כ בהקדש שאין חייב באחריות ה"ל שפיר ש"ר אבל בתרומה דאמרינן הואיל גבייהו כמו בחלה דאמרו בפסחים שם דאמרינן הואיל לר"א ולרבי ומחמת הואיל חשוב לכם ומצתכם כמש"כ התוס' שם כנ"ל. א"כ א"ש דלא אמרו בתרומה דה"ל ש"ר

אלא מחמת דהוי שינוי השם וא"ש קושיות השמ"ק והרשב"א הנ"ל ועוד יש לדון בזה דלכן לא הוי בתרומה ש"ר דהא הוי טובת הנאה לבעלים וע"פ דברי הריטב"א בקידושין ד' נ"ט ושאני טובת הנאה דקדשים המבואר בערכין ד' כ"ח וקצרתי בכ"ז: ולפ"ז אתי שפיר דברי הש"ס בב"ק הנ"ל דאמרו תרומה הוי שינוי השם מעיקרא טיבלא והשתא תרומה הקדש מעיקרא חולין והשתא הקדש דהגמ' מהדר לתרוצי דיהי' א"ש הברייתא לשני אוקימתות דלקמן ד' קי"ד דלחד אוקימתא דהברייתא אתי כרבי א"כ לפ"ז לא מקרי תרומה ש"ר דהא רבי ס"ל דאמרינן הואיל אי בעי מיתשל והוי עדיין ממונו ולא נפק לי' מרשות הבעלים לגמרי ע"כ אמרו דלכן הוי תרומה משום דה"ל שינוי השם ולחד אוקימתא דמוקי להברייתא כר"ש א"כ לר"ש דס"ל גורם לממון כממון דמי ה"ל קדשים שחייב באחריות ברשות המקדיש עדיין דה"ל כממונו כנ"ל ולא מקרי ש"ר וכמש"כ התוס' ע"כ אמרו בזה דה"ל שינוי השם מעיקרא חולין והשתא הקדש א"כ נתבאר על נכון בעז"ה דאין ראי' מן התוס' הנ"ל לדינא לפי מה דקיי"ל כרבנן דר"ש דגורם לממון לאו כממון דמי וע"כ שפיר י"ל דאף אם המוכר קיבל אחריות שיוולד לאח"ז על חפץ הנמכר דמ"מ י"ל דה"ל שינוי רשות וכן הדעת נוטה דאף דקיבל אחריות מ"מ הוי ש"ר ועי' ביו"ד סי' קס"ט סעי' כ"א ואין זה ענין לנ"ד ולכן שפיר כתב הש"ך דאף דקיבל אחריות מ"מ ה"ל ש"ר:

ענף ג:

ומש"כ התוס' כן בב"ק ד' ס"ו ע"ב ד"ה ש"מ דיאוש לא קני כו' דיש יאוש וש"ר באותן קרבנות דאין חייב באחריותן עכ"ל התוס' בזה ג"כ י"ל כעין מש"כ לעיל והוא דהא התוס' שם קאי על מה דמקשה אביי לרבה מהא דקרבנו ולא הגזול וכיון דלרבה דס"ל לקמן בב"ק ד' קי"ד דאף בידוע נמי מחלוקת דלרבנן לא מהני יאוש כלל בגזלן אלא לר"ש א"כ לרבה וודאי דהך ברייתא דקרבנו ולא הגזול אתי כר"ש דמהני יאוש אם יש ש"ר רק לקרבן מיפסל משום מצוה הבאה בעבירה כמש"כ התוס' שם וכיון דר"ש ס"ל דגורם לממון כממון דמי א"כ הא לא הוי ש"ר אם חייב באחריותו כנ"ל וע"כ הוכרחו התוס' לומר דמיירי בקרבנות דאין חייב באחריות וכן מש"כ לעיל דהסוגיא בב"ק ד' ס"ז דקאמרי עלה דגנב וגזלן שתרמו תרומתן תרומה דזהו משום שינוי השם ולא משום ש"ר דזהו כדי דיהי' א"ש להאוקמתא דלקמן ד' קי"ד אף דשם קאי לרבה דס"ל אף בידוע נמי מחלוקת הא במה דמקשה הכא מהא דהגנב והגזלן דתרומתן תרומה זה הקושיא הוא אף לרבה דהא מספקא לי' דשמא יאוש אינו קונה רק מדרבנן א"כ תקשה אמאי אמרו תרומתן תרומה דמשמע דמותר לסמוך על סמך תרומה האלו ולאכול הא אין תרומה

דרבנן מפקיע לטבל דאורייתא ע"כ שפיר כתבתי ועי' במהרש"ל שם דגרס לרבא אבל אין זה מוכרח ועי' בפ"י שם ובתוס' שם ד' ס"ז ע"ב: והנה לפמש"כ התוס' בפסחים ד' מ"ו ע"ב ד"ה הואיל אי בעי מיתשל כו' בשם הר"י בתי' הב' דאף בהקדש אמרינן הואיל אי בעי מיתשל כ"ז דלא מטא לרשות גיזבר ע"ש א"כ לפ"ז יש לתרץ למה שהקשו התוס' הכא בב"ק ד' ס"ז דאמאי לא אמרו דלכן הקדישן הקדש משום דה"ל ש"ר ומזה הוכיחו דבחיוב אחריות לא ה"ל ש"ר אבל לפי מה דנתבאר יש ליישב זה והוא דהא כבר נתבאר דלקמן ד' קי"ד מוקי לחד תי' דהברייתא אתי כרבי ורבי הא ס"ל דאמרינן הואיל אי בעי מיתשל כנ"ל ע"כ הקדש לא ה"ל ש"ר כנ"ל [ועפ"ז יש לדון הרבה בסוגיא דב"ק ד' ע"ו ע"א דקאמר אהקדש לחייב כו' ובתוס' שם ד"ה והשתא תורא דשמעון כו' וקצרתי בכ"ז]. וע"כ הוכרחו לומר דה"ל שינוי השם ולפ"ז אין שום הוכחה להוכיח להך מילתא חדתא דחידשו דבחיוב אחריות לא ה"ל ש"ר אך התוס' נחתו הכא לתי' קמא של הר"י בפסחים שם כנ"ל ועי' מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ח ענף ג':

ועוד נלע"ד לחלק דדוקא בהקדש דחייב באחריות בזה כתבו התוס' דלא הוי ש"ר משא"כ במכירה והוא דהא עיקר הטעם דיאוש וש"ר קנה הלוקח הוא משום דבהיתירא אתי לידו וזכה מהפקר כמש"כ התוס' בסוכה ד' ל' ע"ב ד"ה וקרקע א"נ כו' והרמב"ן במלחמות פ"ז ומה"ט ס"ל להרא"ש בב"ק פ"ז סי' ב' דאי נימא דיאוש לחוד אינו קונה ע"כ אם קידש אשה בגזילה אחר יאוש א"מ וטעמו דאף דהוי יאוש וש"ר מ"מ כיון דהא דקנהו ביאוש וש"ר זהו משום דזוכה מהפקר א"כ הא אינו זוכה הבעל להחפץ רק האשה זוכית בי' א"כ לאו מידי קא יהיב לה הבעל וע"כ א"מ וע"י בנתיבות סי' ס' שמ"ח ומה"ט ס"ל לכ"פ דש"ר ואח"כ יאוש לא מהני כמבואר בח"מ סי' שנ"ג משום דאתי לידו דהלוקח באיסורא אבל מצינו להרמב"ם והמחבר באה"ע סי' כ"ח סעי' א' דכתבו דאם קידש אשה בגזל לאחר יאוש מקודשת דאע"ג דיאוש לחוד לא קני מ"מ כיון דקנאתו משום יאוש וש"ר אף הוא קנה אותה כמש"כ המ"מ פ"ה ה"א והובא בח"מ שם ס"ק ב' וב"ש ס"ק ד' וקידושי האשה וקנייתו באין כאחד וכמש"כ הקצה"ח מזה בסי' שנ"ג ס"ק א' והאבני מלואים לאה"ע סי' כ"ח ס"ק ד' ומה"ט ס"ל להרמב"ם דאף ש"ר ואח"כ יאוש נמי קונה ועפ"ז יש לדון בנתנו בע"כ דסי' שס"א סעי' ה' ועי' שם בש"ך ס"ק ג' וי"ל דזה תלוי בהנך ב' טעמים וקצרתי:

והנה התוס' הכא בב"ק דכתבו דאם הקדיש דבר הגזול אחר יאוש קנהו הקדש ע"י יאוש וש"ר א"כ טעמם משום סברת הרב המ"מ דע"י יאוש וש"ר קנהו הבעלים ע"כ אף דלא שייך לומר דהקדש קנהו מן הפקר עכ"ז נקנה להקדש לפי דעי"ז קנהו הבעלים

וממילא חל הקדישם וקנין שלו וההקדש באין כאחד כנ"ל ולפ"ז י"ל דמה שכתבו התוס' דבקדשים שחייב באחריות לא ה"ל ש"ר זהו דוקא בהקדש דכיון דהטעם דזוכה מן הפקר לא שייך בהקדש אלא עיקר הטעם הוא דע"י ההקדש קנהו הבעלים ובאין כאחד הקנין וזכיות הקדש כנ"ל ע"כ שפיר י"ל דכיון דחייב באחריות לא ה"ל ש"ר לומר דקנהו הבעלים ע"י הקדישו דהא לא נפק לגמרי מרשות הבעלים וע"כ כיון דהבעלים לא קנהו לכן ממילא לא חל הקדישו וכ"ז לא שייך רק בהקדש אבל בלוקח דכיון דהוי יאוש וש"ר א"כ קנהו הלוקח משום דזכה מהפקר כנ"ל א"כ מה לו להלוקח דהמוכר חייב באחריות ולא נפק לי' עדיין מרשותו לגמרי דמ"מ הא הלוקח עשה קנין המועיל להיות זוכה מן יאוש והפקר ובהיתירא אתאי לידו וכיון דלא נתחייב בהשבה ע"כ ממילא זכהו מן יאוש ועי' בב"ק ד' ס"ו ע"א תוס' ד"ה הכא נמי כו' שכתבו דעיקר טעם דיאוש לחוד אינו קונה לפי דבאיסורא אתי לידו ונתחייב בהשבה ולכן הדין נותן דאף במכר דבר הגזול וקיבל אחריות שיוולד דמ"מ קנה הלוקח דזכה מהפקר ואין שום שייכות לבטל ע"י חיוב אחריות לזכיות הלוקח דזוכה מהפקר ואין שום ראי' מהתוס' לנ"ד וכעת מצאתי בספר פתח הבית בדין יאוש ענף כ' שהוכיח ג"כ מן תוס' ב"ק הנ"ל דבחיוב אחריות לא ה"ל ש"ר וכמש"כ המשכנות יעקב הנ"ל אבל העיקר הוא כמש"כ דאין ראי' כלל מן התוס' ועי' בתוס' ב"ק ד' ס"ט ד"ה כל שלקטו כו' אי יאוש הוי מתנה להגזלן ובנתיבות סי' שנ"ג ס"ק ג': היוצא לנו מכל זה דאף דהרמ"א בח"מ סי' שס"א סעי' ה' הביא שיטת הסוברים דבמכירה באחריות לא ה"ל ש"ר עכ"ז העיקר לדינא כמש"כ הש"ך הכא ובסי' שס"א ס"ק ב' ועי' בב"ש באה"ע סי' כ"ח ס"ק ג' דהא עיקר יסודם הוא על הרשב"ם דב"ב וכבר נתבאר די"ל כוונה אחרת בהרשב"ם הנ"ל ע"כ אין לנו לחדש כן מה שהוא נגד הסברא וגם אף אם קיבל אחריות לאח"ז ג"כ נתבאר דאין להוכיח זה מן תוס' דב"ק ד' ס"ז די"ל דלא כתבו כן רק אליבא דר"ש דס"ל דגורם לממון כממון דמי וכיון דלא נפק לי' לגמרי מרשותו ע"כ בזה י"ל דלא מקרי ש"ר ועוד נתבאר דיש לחלק בזה בין ש"ר דהקדש לש"ר דמכירה וע"כ לדידן דקיי"ל כרבנן דר"ש דגורם לממון לאו כממון דמי וודאי די"ל דגם אף דקיבל אחריות שיוולד דבמכירה הוי לי' ש"ר ואין לחלק בכזה ודלא כהמשכנות יעקב והפתח הבית בזה. (שם סעי' י"ח) בש"ך ס"ק ל"ב דהעלה בדין סילוק עדים דה"ל ספיקא דדינא ואין להוציא ממון והרדב"ז ח"ב סי' תר"ו מסיק דאין לחלק בזה בין אפוקי ממונא ולעולם מהני סילוק והוכיח שם ממה דאמרו בב"ב ד' מ"ג דליסלקי תרי כו' דהא קיי"ל כר' אבהו דשנים שדנו אין דיניהם דין וע"כ מוכח דהגמ' קאי על עדים:

ובני היקר מוהר"ר צבי נ"י אמר בזה דאין קשה דהא הש"ס שקיל וטרי שם על מימרא דשמואל דאמר מעידין זל"ז ושמואל ס"ל שנים שדנו דיניהם דין ואף דלכתחלה אין לדון בשנים מ"מ בכה"ג דלא אפשר להשיג דיינים בלא סילוק הוי זה כמו דיעבד וסגי בתרי דיסלקו אף לכתחלה לדון וכן הקשה זה המהר"ם לובלין שם אבל באמת אין זה קשה כלל וע"כ לדינא שפיר כתב הש"ך דיכול המוחזק לומר קים לי דלא מהני סילוק בעדים. (שם שעי' נ"ב) עכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל על תקנתם כו' כיון שקבלום עליהם וזהו מצד תקנת ציבור וכמש"כ התשובת הרא"ש והובא בתשובת דברי ריבות סי' קצ"ז ובבית יוסף כאן וכ"כ העיר שושן דמצד תקנת ציבור אתינן עלה וזה התקנה לא נתפשטה בכל המקומות כמבואר בתשובת מהרשד"ם סי' ט"ז דכתב לפסול שם עדים מבני העיר על טענותם להיחיד מפני שהם נוגעים כו' אך במדינתנו נתפשטה התקנה הלז וכמש"כ השו"ע ואפשר לומר דדינם ככל מידי דרבנן וכמו כל תקנת העיר שאינו נוגע בשביל איסור רק בשביל ממון דדינם ככל דרבנן ולא כדאורייתא וכמש"כ הט"ז ביו"ד סי' רכ"ח ס"ק מ"ב מזה וכ"כ הנתיבות בסי' ר"א דמנהג אינו רק ככל דרבנן וכמש"כ הב"י דהוי כמו שאמר נאמן עלי אבא הנה אין הכוונה דהוי כמו שאמר אותו היחיד כן דזה אינו דהא באומר נאמן עלי אבא יש כמה פרטים דדוקא לאחר שהעיד אין יכול לחזור אבל מקודם שהעיד חוזר בו כמבואר בסי' כ"ב וגם עיקר דבר זה אינו מועיל רק ביש להם תביעה זע"ז וכמש"כ התוס' בב"מ ד' ע"ד ע"א ד"ה הכא לאו בידו כו' והנתיבות סי' ע"א ס"ק ו' ביאר זה היטב ע"ש וגם לכמה פוסקים בעינן דיקבל כן בב"ד כמבואר בסי' כ"ב ש"ך ס"ק א' ולכן פשוט דכוונתם הוא דהוי כאלו הציבור קיבלום ואמרו נאמן עלינו אבא כו' והיחיד נגרר אחריהם כמו בכל תקנות העיר וכהנה:

ולפ"ז יש לדון דהיכא דיש על היחיד חובות שחייב לאחרים ע"פ דין תורה כד"ת והציבור תובעים ממנו חוב ע"פ עדים קרובים ונוגעים דאפשר לדון דיהי' משפט קדימה לחובות של התובעים שזכותם הוא מן התורה דקודמים לזכות הציבור דאינו רק מדרבנן וכמו שכתב כעין זה הנמוקי יוסף לב"מ סוף פ' המקבל גבי דין סידור בע"ח דאין נותנים לאשתו כו' משום דשעבוד של מלוה הוא מן התורה ומזונות האשה מדרבנן וכן יש לדון בכ"ז ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ט דחוב שהוא מה"ת קודם לחוב שהוא מדרבנן במטלטלי דעיקרו הוא משום מצוה וזה ידוע בכ"ד דמצוה מן התורה יש לה קדימה למצוה דרבנן והעירותי שם בדברי הרי"ף לכתובות ד' פ"ו דחוב קודם לכתובה דאמאי לא אמרו שם מה"ט דס"ל כתובה דרבנן ע"ש ועיין בירושלמי ריש פ"ה גיטין וקצרתי רק בחוב שידוע שהיו חייב כבר להם ונולד ספק כעת בהפרעון בזה י"ל דהוי

כאלו קיבל ע"ע כן אז בעת ההלואה או בהתחלת העסק והתחייב בכל דיניהם וזכותם ועיין בנתיבות סי' ס"ו ס"ק ל"ד שכתב כעין זה אבל היכא דהיחיד צועק שאינו חייב להם כלל מעולם ולא הי' לו שום עסק כלל מעולם עמהם אף דגם בזה דנין ע"פ עדים מבני העיר מ"מ אפשר לומר דעיקר זכות הציבור אינו רק כדרבנן ונפ"מ לכמה מילי ולכן היכא דהדין הוא דביש כמה בע"ח דיחלוקו כמבואר בסי' ק"ד היכא דאין לא' דין קדימה על חבירו דבכה"ג דנתבאר לעיל די"ל דחובות שחייב ע"פ דין תורה להם דין קדימה לחוב הציבור שאינו רק מתקנה בעלמא וכש"כ הוא מידי דתקנה מכל חוב דרבנן וכמש"כ כעין זה הבית מאיר בסי' ק"ב וכן בתשובת ר"ע איגר זצ"ל בפסקים סי' קל"ג דמה דמשתעבד מדינא קודם למה דמשתעבד מתקנה ע"ש אף דהתם מיירי בתקנת הגאונים וכש"כ בתקנת העיר והמדינה ועיין לקמן בחידושי לסי' מ"ה סעי' ה' ועיין ברדב"ז ח"ד סי' צ"ד:

וכן יש לדון לפ"ז בע"א מבני העיר לענין אי אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם היכא דע"א הוא קרוב ונוגע דכיון דעיקר מילתא הא דנאמנים בני העיר זהו רק מדרבנן א"כ הא בשבועה דרבנן לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכמבואר בסי' ע"ה סעי' י"ד וכעין זה בכתובות ד' י"ח בתוס' ד"ה ובכולי בעי כו' והובא בנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ל"ג שכתב להוכיח מזה דע"א בשטר כ"ז שהוא חי אף להרמב"ם נאמנים מה"ת ע"ש אכן באמת זה אינו לפי מש"כ לעיל בחידושי לסי' א' להוכיח דהיכא דגם שני עדים המעידים בזה אינם נאמנים רק מדרבנן דאז אף בעד א' דיינינן לומר מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ושייך בזה הכלל דכ"מ ששניים מחייבין ממון א' מחייבו שבועה כיון דאין הריעותא מה"ת בעצם נאמנות דע"א. וה"ה במה דכשרים מן תקנת העיר להעיד דבזה אף בע"א דיינינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם ועפ"ז נסתר הוכחות הנו"ב הנ"ל וקצרתי והנו"ב במ"ק ח' ח"מ סי' כ' כתב במה דמבואר לעיל בסי' ב' פלוגתת הפוסקים אם יש כח ביד טובי העיר במה דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי דאף דבררו דמנהגם מכבר דיש להם כח זה מ"מ בדבר שהם עצמם נוגעים בדבר אינם נקראים טובי העיר בזה כו' עכ"ל ולכאורה יש להעיר בדבריו דהא קיי"ל דהאידנא דנין ומעידין מבני העיר אף שהם נוגעים בדבר כמבואר הכא בבית יוסף ובתשובות מזה אבל באמת אין זה קשה כלל דדוקא לדון ע"פ דין תורה וכפי חוקי הד"ת בזה נהגו דבני העיר יכולין לדון אף דהם נוגעים בדבר משא"כ במה דנתנו כח לטובי העיר לתקן איזה חדשות כמבואר לעיל סי' ב' הטעם דטובי העיר כב"ד הגדול וכמש"כ המרדכי והובא בסמ"ע ס"ק יו"ד דכל שנתמנה על הציבור הוא כאביר באבירים ויפתח כו' ולכן אין כח

לטובי העיר ג"כ היכא שהם נוגעים בדבר לתקן חדשות וזה שכתב הנו"ב שם בלשונו דהיכא דהם נוגעים אינם נקראים טובי העיר בזה ואטו טובי העיר כשרים לדון לעצמן עכ"ל אלמא דדייק בלשונו דטובי העיר אינו נקראין אבל לדון בתורת ב"ד כפי חוקי כל בתי דינן שפיר היו נוהגין בבבל דאף כשהם נוגעים מ"מ כשרים לדון בני עירן מצד התקנה וכ"ז פשוט:

סימן לח

(סעי' ח') אפי' היו הראשונים מאה נאמנים שנים עליהים בהזמה כו' והוא במכות ד' ה' ע"ב דיליף מהקישא דמקיש שנים לשלשה כו' אפי' מאה כו' וכתב הריטב"א שם דהא דאמרינן בעלמא תרי כמאה מהכא הוא דנפקא לן וכ"כ הרמב"ם ה' עדות פ' י"ח ה"ג דגם גבי הכחשה אין הולכין אחר הרוב וכן אי' ביומא ד' פ"ג ושבועות ד' מ"ב ותמורה ד' כ"ז דגבי עדות תרי כמאה ונ"ל לבאר זה היטב ועפ"ז יש לדון בזה דין מחודש:

ענף א:

בב"ק ד' ע"ג גבי עד זומם חידוש כו' איכא בינייהו דאסהידו בי' תרי לחד ותרי לחד וכפי' רש"י. ובתוס' שם ד"ה דאסהידו תרי בחד כו' משמע לפי שיש ב' מזימים על כאו"א לא הוי חידוש ותימא מה בכך הרי תרי כמאה הוי כו'. וכ"כ התוס' בסנהדרין ד' כ"ז ע"א ד"ה דאסהידו תרי בחד ותרי בחד כו' דהא תרי כמאה כו' ומשום זה גרס ר"ת גירסא אחריני ע"ש וכ"כ הרשב"א והשמ"ק בב"ק שם ונראה לי לתרץ קושיות התוס' הנ"ל והוא דנסביר הענין דבדיינים אזלינן בתר רובא הן בדיני ממונות והן בדיני נפשות ובד"נ בעינן שיהיו המחייבים יתר על המזכים שנים ואלו גבי עדות אמרו תרי כמאה. ואף די"ל דכ"ז הוא גזה"כ אך מ"מ ראיתי לבאר זה בסברא נכונה והוא דהפר"ח ליו"ד סי' ק"י ס"ק י"ג כתב בשם המרדכי בפ"ק דחולין והמהרי"ק שורש קע"ג שהקשו דאמאי אזלינן בדיינים בתר רובא והא סנהדרין קבועין הן וכל קבוע כמעמ"ד ותירצו דכיון דהדיבור נפק מפומייהו ה"ל ככולהו ניידי ואין כאן קבוע ומשום הכי אזלינן בתר רובא עכ"ל ולדעתי יש לדון ע"ז התירוץ דהא היכא דנעקרו כולם ה"ל כמו קבוע כמש"כ המג"א באו"ח סי' שכ"ט ס"ק ג' והפר"ח ליו"ד סי' ק"י ס"ק כ"ח והכא הא ניידי כולהו דהדיבור פריש מכולהו ואפשר לחלק דזה הוי כמו נעקרו זה אח"ז דמבואר שם במג"א ולא בבת אחת. אך בלא"ה אין הבנה כ"כ לכ"ז:

ולכן נ"ל לבאר דאין זה קשה כלל ע"פ מש"כ התוס' בב"ק ד' כ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב דחילקו דלכן בדיינים אזלינן בתר רובא אף בממונא משום

דהא דאין הולכין בממון אחר רוב זהו משום דאמרינן סמוך מיעוט לחזקת ממונא אבל בדייניו חשוב המיעוט כמי שאינו כו' והובא התוס' הנ"ל באו"ת ובקצה"ח והסבר הענין כן הוא משום דבדיינים כיון דגזרה התורה למיזל בתר רוב אם מחולקין בדין א"כ אף המיעוט החולקים על הרוב מחוייב לקבל את הדין כפי שיגידו הרוב וגם מחוייבים לחתום על הפסק דין ולהסכים לדעת הרוב וכמבואר בירושלמי סנהדרין פ"ג ה' יו"ד דאמר ר' יוחנן כופין את המחייב שיכתוב זכאי וכמש"כ הפ"מ שם. ע"כ נתבטל המיעוט לגמרי והוי כמאן דליתנהו להמיעוט כלל ומזה גמרינן בכל איסור שנתערב ברוב היתר דנהפך האיסור להיתר כמש"כ הרא"ש פ"ז דחולין סי' ל"ז וביו"ד סי' ק"ט גבי איסור שאינו ניכר דמה"ט לא שייך קבוע ואיקבע איסורא בתערובות ברוב היתר ולכן אזלינן בתר רוב בדיינים אף בממון משום דכיון דאזלינן בתר רובא הוי כמו דאין כאן מיעוט כלל לפנינו ולכן לא שייך בזה לומר סמוך מיעוטא לחזקת ממונא וע"כ לא שייך לדון בדיינים דקבוע כמעמ"ד משום דשאני בתשעה חנויות דהחנות דבשר טריפה הוא ניכר ולא נתבטל ברוב ע"כ כיון דאיקבע איסורא לנו הוי כמו קבוע וכמע"מ משא"כ בדיינים דהוי כמו שאין המיעוט לפנינו ולא הוי שום קבוע כלל כיון דאזלינן בתר רוב ע"כ לא שייך בהו לדון קבוע כלל ואפשר דזהו כוונת תירוץ השני שהובא בפר"ח ליו"ד סי' ק"י ס"ק י"ג בשם המרדכי בעל ס' כריתות ע"ש:

ונקדים מה שהקשה הפרמ"ג ביו"ד סי' ק"י ס"ק י"ד על הרמב"ם דפסק נתכווין לזה והרג זה פטור א"כ האי וארב לו אתי לדרש זה א"כ מנלן אליבי' לומר דקבוע כמעמ"ד וכעין קושיות התוס' בכתובות ד' ט"ו ד"ה פרט לזורק אבן כו' וב"ק ד' מ"ד ובנדה ד' י"ח ונלע"ד לומר דהא חזינן דגבי עדות אמרה תורה תרי כמאה ובאמת ע"פ סברא יש לומר בזה ג"כ דניזל בתר רוב וכן מצאתי בנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' נ"ז שכתב בשם הרמב"ם דהא דתרי כמאה זהו מצד גזה"כ משום דמצד הסברא יש לדון דהשקר הוא במיעוט ולא בהרוב ע"ש אבל לענ"ד יש לדון ולחלק דשאני בדיינים דאזלינן בתר רובא משום דלא שייך בהו לדון קבוע כמש"כ לתרץ קושיות הפר"ח הנ"ל דהא אין כאן מיעוט כלל לפנינו משום דהא המיעוט מחוייבים לקיים אחרי רבים להטות משא"כ בעדות כיון דהכחשתם הוא במציאות איך הי' המעשה והענין ע"כ לא שייך לומר דהמיעוט יהי' בטל לגמרי גבי הרוב דהא כיון דאומרים דיודעים על עצם המעשה איך הי' ע"כ לא שייך בהם דיהיו מחוייבים להסכים להרוב כיון דאומרים שיודעים דהיו המעשה בהיפך והוי המיעוט לפנינו ע"כ הוי זה בגדר קבוע כפי שיבואר והוא דהנה הרמב"ם פ"ח משגגות ה"ג כתב האוכל חתיכה וע"א אומר אכלת חלב וע"א אומר לא אכלת חלב הואיל ונקבע האיסור

כו' ה"ז מביא אשם תלוי וכתב בהשגות וז"ל לא ידעתי האיך נקבע האיסור בכאן אא"כ מעיד העד חתיכות חלב שהיתה עם השומן אכלת והאחד א' לא אכלת אלא שומן עכ"ל והכ"מ כתב שם דיותר נראה לומר דשפיר מקרי איקבע האיסור ע"פ ע"א אע"פ שאין שם אלא חתיכה א' עכ"ל ועפ"ז יש להעיר בדברי התוס' כתובות ד' כ"ב ד"ה באשם תלוי כו' דאף דבעי בחיוב א"ת איקבע איסורא עכ"ז בתרי אמרי מת ותרי אמרי לא מת חייב א"ת משום דאיקבע איסורא שהיתה בחזקת א"א אי נימא לאו דוקא בא"ת אלא באיסור א"ת עכ"ל התוס' אבל לדברי הכ"מ י"ל דלכן חייב א"ת בתרי אמרי מת או נתגרשה וב' אחרים מכחישים משום דכיון דיש לפנינו עדים המעידים דהיא קיימא באיסור א"א מקרי זה איקבע איסורא לפי דברי העדים המעידים כן וזהו כש"כ מן ע"א אומר אכל כו' וי"ל דגם הראב"ד מודה בשני עדים ולפי דברי הכ"מ הנ"ל דמה דעדים מעידים דהיא אסורה אף דהוי בהכחשה דמ"מ מקרי איקבע איסורא כמו בע"א אומר אכלת כו' ע"כ אתי שפיר בסברא במה דאמרה תורה בתרי כמאה משום דעיקר הענין דקבוע כמעמ"ד דגזרה תורה זהו משום דאיקבע איסורא כיון דניכר האיסור ואינו בטל ודוקא בלא ניכר האיסור דנתבטל האיסור ברוב ונהפך האיסור להיתר ע"כ לא שייך בזה לומר קבוע דהא אין כאן מיעוט כלל לפנינו [ובמק"א דנתי בזה הרבה לשיטת הסוברים ביו"ד סי' ק"ט דביטול ברוב לא נהפך איסור להיתר רק מצד רוב המברר ואכמ"ל אבל היכא דיש כת עדים האומרים דיודעים איך הי' עצם הענין וניכר להם עצם הענין ע"כ הוי המיעוט כמו דאיתי לפנינו ממילא הוי כמו איקבע איסורא והוי קבוע כמע"מ וא"ש הסבר הענין מה דחלקה התורה דגבי דיינין הולכין אחר הרוב ולא בעדים וזהו כוונת הגמ' בתמורה ד' כ"ז דדוקא גבי עדות תרי כמאה אבל לענין אומדנא בתר דיעות אזלינן וכן אמרו ביומא ד' פ"ג אלא גבי פיקוח נפשות שאני כמש"כ התוס' ביומא ד' פ"ה ד"ה ולפקח הגל כו' וקצרתי: ולפ"ז י"ל דזהו שיטת הרמב"ם דאף דהך דרשא וארב לו אתי לנתכוין לזה והרג זה דפטור עכ"ז פסק לדינא דקבוע כמעמ"ד משום דהוכיח זה מהא דגזרה תורה ע"פ היקישא דשנים לשלשה עדים דתרי כמאה דהטעם הוא משום קבוע דאי נימא דזהו גזה"כ בלא טעמא דא"כ איך מפקינן לדרוש קבוע מן וארב לו דלמא זה גזה"כ התם ומנלן להוכיח לקבוע בכל התורה וע"כ מוכח דלא אמרינן כן וכיון דבאמת הוי קבוע ע"כ ממילא מוכח מהתם על כל קבוע ועיין בשמ"ק לכתובות ד' ט"ו והא דהש"ס בכתובות וב"ק נקטו הדרש על קבוע מן וארב לו ולא מהא דמקשינן שנים כו' יש לי כמה אופנים לדון בזה ובקצרה הוא כן דבסנהדרין ד' ט"ו ע"ב בתוס' ד"ה אימא לקטלא כו' כתבו התוס' שם בזה"ל וי"ל דהתם בהמה כתיב בתרי' לאקשויי בהמה לאיש אבל הכא כתיב שור ברישא

והדר בעלים כו' א"כ ס"ל להתוס' בדרכי ההיקש דמקשינן שני לראשון אבל לא הראשון להשני ועיין בפסחים ד' מ"ג תוס' ד"ה סד"א כו' והחוות יאיר בסי' ר"ג העיר על כלל של התוס' הנ"ל מהא דמכות ד' ה' דמקיש שנים לשלשה כו' וכן מהא דקידושין ד' י"ד ע"ש וכן יש לדון בזה מקידושין ד' ה' ע"א דפריך נקיש נמי יציאה להוויי' וכן יש להעיר בזה משא"ד. וכעין סברת התוס' בסנהדרין הנ"ל ראיתי להצל"ח בפסחים דף כ"ח ע"ב ד"ה אמר מר כו' שכתב ג"כ בההיקש דשם לא תאכל עליו חמץ שבעת ימים תאכל עליו מצות דדרשינן רק להקיש מצה לחמץ אבל לא להקיש חמץ דלפניו למצה דבתרי' וכתב כן בכוונת רש"י שם:

וי"ל דזה תליא בשקלא וטריא דזבחים ד' מ"ח וכריתות ד' כ"ב אם למדין עליון מן תחתון או לא ושיטת רש"י שם בכריתות דהא דאמרו אין היקש למחצה לא שייך זה לדון כן בללמוד זה מזה והקרבן אהרן בי"ג מדות כתב לקיים הגירסא דכריתות שם משום דגם ללמוד זה מזה תלוי בהכלל אי אין היקש למחצה והיד מלאכי כלל א' אות ל' האריך בזה ועיין בירושלמי ב"מ פ"ה ה"א בפ"מ מזה וספר הכריתות כתב דיש מ"ד דס"ל יש גז"ש והיקש למחצה ואף דאמרו דכ"ע אין היקש למחצה היינו תנאי דהתם אבל איכא תנאי אחריני דס"ל יש היקש למחצה והובא בבאר יעקב כלל ל"ה והוכיח כן מקושיות התוס' בקידושין ד' ל"ו והובא בנו"ב מ"ת ח' יו"ד סי' קצ"ה וכתבו דאביי ס"ל יש גז"ש למחצה וי"ל דה"ה דס"ל יש היקש למחצה וכיון דלשיטת הקרבן אהרן דללמוד זה מזה תלוי בהך אי אין היקש למחצה ע"כ י"ל דמאן דס"ל יש היקש למחצה י"ל דס"ל דאין ללמוד שור מבעלים וכמש"כ התוס' בסנהדרין ד' ט"ו ושם קאי אליבא דאביי וא"ש דברי התוס' בסנהדרין וכן האריך בזה ספר נר תמיד על כריתות ד' כ"ב והביא שם דברי הקרבן אהרן הנ"ל ודברי הכריתות הנ"ל והוכיח דכמה תנאי ס"ל יש היקש וגז"ש למחצה וכן ר' יוסי ס"ל יש היקש למחצה ע"ש ויש לדון הרבה בכל זה ואכמ"ל:

וכיון דנתבאר דכמה תנאי ס"ל יש היקש למחצה וכן ס"ל ר יוסי וכנ"ל ע"כ ממילא אין ללמוד הראשון מן השני וכמש"כ הקרבן אהרן והיד מלאכי דזה תלוי בהך כללא הנ"ל. ולכן לפמש"כ התוס' בסנהדרין דאין להקיש ראשון לשני א"כ לפ"ז לא ס"ל הדרש דמכות ד' ה' דמקיש שנים לשלשה משום דזהו למ"ד דס"ל אין היקש למחצה ולמדין זה מזה אבל למאן דס"ל יש היקש למחצה אין לנו להקיש שנים דכתיב ברישא לשלשה דכתיב אחריו כמש"כ התוס' בסנהדרין והצל"ח הנ"ל. ולכן יש לדון דאף דנקטו בגמ' למדרש קבוע כמע"מ מן וארב לו. עכ"ז י"ל דס"ל להש"ס למילף זה מן הא דתרי כמאה משום דמקשינן שנים לשלשה וע"כ הטעם משום קבוע אך כיון דזה הדרש דדרשו במשנה דמכות לא

אתי זה לכ"ע כנ"ל ובפרט לפי מש"כ הנר תמיד דר' יוסי ס"ל דיש היקש למחצה כנ"ל ובכתובות ד' ט"ו בשקלא וטריא דקבוע קאי שם על משנה דא"ר יוסי מעשה בתינוקות כו' ובקרונות של ציפורי כו' ולר' יוסי דלא ס"ל הדרש דמה שלשה כו' ע"כ נקטו ביותר הדרש לקבוע מן וארב לו ובאמת כיון דהא דמכות הוא משנה מפורשת והי' ידוע לכולם ע"כ לא נקטו רק להדרש וארב לו דזה לא הי' ידוע לכולם וממילא אמרינן קבוע כמע"מ לכ"ע דאף למ"ד דלא ס"ל היקש דמקשינן שנים לשלשה דמ"מ ס"ל קבוע מן וארב לו ולהנך תנאי דס"ל וארב לו אתי לנתכוין לזה כו' וכמו דס"ל להרמב"ם לדינא דמ"מ ס"ל דקבוע כמעמ"ד מן הקישא דמקשינן שנים לג' ותרי כמאה כדקיי"ל לדינא ומתורץ שיטת הרמב"ם במה דפסק קבוע כמעמ"ד וכן במה דפסק כר"ש בפ"ד ה' רוצח והראב"ד השיג עליו שם ועיין בשמ"ק כתובות ד' ט"ו. ויש לדון בזבחים ד' ס"ט ע"ב וברמב"ם פ"ז ה' פסולי המוקדשין ה' ג' ואכמ"ל ויש לי עוד כמה דרכים בזה:

ענף ב:

ונתבאר דהא דתרי כמאה זהו משום קבוע כמע"מ ולכן כיון דמבואר ביו"ד סי' ק"י בש"ך ס"ק כ"ג דקבוע חידוש הוא וכן מבואר בכמה דוכתי בסי' הנ"ל ע"כ ה"ה במה דאמרו תרי כמאה הוי זה גופא חידוש כמו כל קבוע דכיון דנתבאר דהא דתרי כמאה זהו משום קבוע ולכן כיון דקבוע גופא הוי חידוש ה"ה הא דתרי כמאה הוי זה ג"כ חידוש ולפ"ז מתורץ קושיות התוס' בב"ק וסנהדרין שהקשו על מה דקאמרי דאסהידו תרי בחד ותרי בחד דלפי הטעם דמכאן ולהבא נפסל משום דחדוש הוא בכה"ג נפסל למפרע והא תרי כמאה ומחמת זה גרס הר"ת גירסא אחריני אבל לפמש"כ מתורץ שפיר זה משום דהא מה דאמרו תרי כמאה זהו גופא חידוש כמו כל קבוע דהוי חידוש במה דכמעמ"ד. ע"כ בהזמה אם אסהידו תרי בחד מצד הסברא נאמנים הרוב על המעט לפסלן וע"כ כיון דבמה דנאמנים מן הדין על הראשונים זה לא הוי חידוש ולכן אמרו שפיר להך איכא בינייהו דאסהידו תרי בחד ותרי בחד גבי הזמה:

וגם הא נתבאר לעיל בשם הנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' נ"ז דהביא בשם הרמב"ם דכתב דהא דתרי כמאה זהו גזה"כ ולולי הגזה"כ הי' אומרים בעדים המכחישים זל"ז דניזל בתר רובא דיותר שכיח דהמיעוט משקרים ולא לדון דהרוב דיעות הם משקרים ע"ש בנו"ב וקיצר בזה הנו"ב אבל לפמש"כ יבואר זה ביתר ביאור דמן דין קבוע אתינן עלה וע"כ הוי שפיר לחידוש הא דתרי כמאה ולכן היכא דאסהידו תרי בחד כו' לא הוי חידוש מה דבתראי נאמנים כיון דהוי רובא ויש שני עדים להזים על כל אחד ומתורץ שפיר קושיות

התוס' בסנהדרין וב"ק. ומטעם זה א"ש הא דסי' ל"ז סעי' כ"ב דדבר התלוי במנהג אין אומרים בו תרי כמאה דכיון דזהו חידוש אין אומרים זה במה דלא בעינן בלי עדות כ"כ: ועפ"ז יש לדון מילתא חדתא בהא דאמרו תרי כמאה גבי הכחשה ונקדים להא דיו"ד סי' ק"י סעי' ט' דספק טריפה שנתערב לא הוי ס"ס משום דהוי ספק בגוף ספק בתערובות או משום דהספק הראשון נאסר מה"ת והב"ש באה"ע סי' ב' ס"ק י"ד הקשה בהא דכתובות ד' י"ד גבי אלמנת עיסה דמבואר שם דזה הוי ספק ספיקא מעליא אלולי משום מעלת יוחסין דגזרו בזה וקשה הא הוי ספק בגוף ספק בתערובות. וכן הקשה הפני יהושע שם ובקונטרס אחרון בפני יהושע שם הביא קושיא זו בשם הרשב"א שהקשה זה:

ונלע"ד לתרץ קושיא זו דהא ספק ראשון הוא שמא נתגרשה ושמא לא נתגרשה דהי' ספק קרוב לו ספק קרוב לה ואם לא נתגרשה א"כ לא הוי חלל כשמת בעלה אח"ז כמבואר שם ברש"י והנה התוס' בגיטין ד' ע"ח ע"ב ד"ה והא א"א לצמצם כתבו דבספק קרוב לו קרוב לה דהוי בשני כתי עדים המכחישים זא"ז די"ל בזה אוקי תרי להדי תרי ואוקי אחזקת א"א ולא תהא מגורשת כלל רק כיון דספיקא דרבנן ע"כ הוי מגורשת וא"מ ולפ"ז א"ש שיטת הרשב"א והשו"ע דכתבו דספק בגוף וספק בתערובות לא מהני משום דהא דוקא באיסור תורה אמרו כן כמש"כ הש"ך ביו"ד סוף סי' ק"י ס"ק ס"ב: אבל באיסור מדרבנן בזה מהני אף ספק בגוף וספק בתערובת וכ"כ הב"ש בסי' ב' ס"ק י"ד דבאיסור דרבנן מהני אף ספק בגוף ספק בתערובות ואף דלא נולדו שני הספיקות ביחד הוי ס"ס מעליא ע"כ הוי ס"ש מעליא גבי אלמנת עיסה כיון דספק ראשון לא נאסרה רק מדרבנן ומתורץ שפיר קושייתם:

ולפ"ז יש לדון באשה שיש עלי' שני כתי עדים המכחישים זא"ז דכת אחת אומרת דנתגרשה וכת אחרת מכחשת ואומרת דלא נתגרשה והיא באיסור א"א לכן הויא ספק א"א. ואחר זה נולד עליו עוד ספק שני כמו בתערובות דשייך בה קבוע כמע"מ וכמו הא דנזיר ד' י"ב באומר לשלוחו צא וקדש לי אשה דאשה הדרא לניחותא והוי קבוע כו' או דנולד בה אח"ז עוד ספק אחר דאין לדון בזה ספק ספיקא משום דהא כיון דספק ראשון נולד מקודם וספק שני הוא לאח"ז וגם הוי ספק בגוף וספק בתערובת וע"כ לא הוי זה ס"ס וכמו הא דיו"ד סי' ק"י וכן אם יש לפנינו עדים הרבה המעידים דנתגרשה ועדים מועטים מעידים דלא נתגרשה וכיון דתרי כמאה א"כ כיון דהוי אז בספק א"א וע"כ אם יחול אח"ז עוד ספק בתערובות לא הוי זה ס"ס וכמו בתרי ותרי המכחישים כנ"ל כן י"ל לכאורה בזה:

אבל לפי מה שנתבאר דהא דתרי כמאה זהו מן דין קבוע כמעמ"ד. וגם הא אין זה רק גזה"כ היפוך הסברא וכמש"כ הנו"ב כנ"ל ע"כ יש לדון דכה"ג הוי ס"ס מעליא לפי שיטת המחבר ביו"ד סי' ק"י סעי' ד' דפסק ברוב חנויות מוכרות בשר שחוטה ומיעוט מוכרות בשר נבלה לקח מאחת מהן וא"י מאיזה מהן לקח ונתערבה באחרות בטלה ברוב משום ספק ספיקא וכתב הש"ך שם ס"ק כ"ז דס"ל להמחבר כיון דקבוע חידוש הוא ע"כ מצרפינן זה לס"ס להקל אף דלא נולדו ב' הספיקות ביחד ע"ש. א"כ לפ"ז ה"ה בהך דעדים מרובים מעידים דנתגרשה ומועטים מעידים דלא נתגרשה א"כ לולא הכלל דקבוע כמע"מ הסברא נותנת דאין עליו ספק א"א כלל דניזל בתר רוב המעידים דמותרת להנשא רק לפי הכלל דקבוע ע"כ תרי כמאה והוי ספק א"א א"כ עיקר מה דהוי ספק א"א אין זה רק מצד חידוש וע"כ שפיר יש לדון בכה"ג ס"ס אם נתערבה אח"ז בתערובות דכיון דלא נאסרה מתחלה רק מפאת קבוע וחידוש הוא ע"כ אין לך בו אלא חידושו ומצרפינן זה לס"ס כמו ברוב חנויות הנ"ל לשיטת המחבר הנ"ל ובאמת לפי דעת הרמ"א דחולק שם על המחבר גם בכה"ג וס"ל דלא הוי זה ס"ס א"כ ה"ה בנ"ד יש להחמיר כיון דספק הראשון נאסר מה"ת כמבואר שם אכן לשיטת המחבר יש לדון להיתירא בנ"ד וע"כ אם יהי' איזה היתר לפי דעת הרמ"א לשיטתו וכמו דהיו לי איזה עובדא בגט אחת דהי' לי היתר לפי דברי הרמ"א ממקום אחר: אך לפי דברי המחבר בפלוגתתם בענין אחר לא הי' לי היתר כי אם הך ס"ס כה"ג והעליתי דכיון דלדברי המחבר יש לדון היתירא בכה"ג ע"כ צרפתי זה לסניף להיתירא ואף דמן התוס' בב"ק ובסנהדרין הנ"ל לא נראה כן מ"מ יש לצרף כ"ז שהעליתי לסניף במקום שיש צדדין להיתירא ולצרפו לעוד ספק שני והארכתי בכ"ז במק"א וכאן לא באתי רק בקצרה להעיר להמעיין בזה והמוסיף יוסיף בכ"ז ועפ"ז יש לדון בדברי התוס' יבמות ד' פ"ח והובא בש"ך ח"מ סי' מ"ו ס"ק ס"ו ובדברי הנו"ב מ"ק ח' אה"ע סי' ס"ה וקצרתי: ג והיכא דיש שני כתי עדים המכחישים זא"ז דכת אחת אומרת דהיא ספק א"א ובאופן דלא מהני חזקת היתר בה כמו שכתבו הפוסקים דאם הוי ספיקא דדינא בהקידושין דלא שייך חזקה בזה דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין ואכמ"ל וע"כ אם אומרים דנתקדשה ע"י ספק קידושין בכה"ג הוי ספק א"א ולכן אם יש עדים אחרים המכחישים דלא הוי אף ספק א"א הוי זה ספק ספיקא מעליא וכן אם שני עדים מעידים דהחתיכה היא ודאי שומן וכת אחרת מכחישם דהיא ספק חלב ספק שומן וכה"ג י"ל דזה הוי ס"ס ולהיתר. אך לכאורה י"ל דזה הוי ס"ס משם אחד דלא מהני לשיטת כמה פוסקים והא זה הוי הכל משם אחד:

אך באמת י"ל דזה הוי ס"ס מעליא והוא דהרשב"א והריטב"א בקידושין ד' ע"ג בהא דאמר רבא ד"ת שתוקי כשר כו' דלמא אזלא איהי לגבי' וה"ל קבוע וממזר ודאי ולא ממזר ספק והקשו ל"ל למילף מקראי הא בלא"ה מותרת משום ס"ס ספק דלמא אזלי אינהו לגבה ואת"ל דאזלא איהי גבייהו אכתי ספק שמא לכשר נבעלה ותירצו דעיקר קרא אתי היכא דה"ל מחצה על מחצה עפ"ל וקשה הא זה הוי ס"ס משם א' וכן העיר הפני יהושע שם ולפמש"כ הפרמ"ג בכללי ס"ס ס"ק י"א להעיר דאפשר מה"ת הוי ס"ס מעליא אף מן שם אחד רק מדרבנן לא מהני א"כ לפ"ז אתי שפיר דברי הרשב"א והריטב"א הנ"ל דהקשו ל"ל למילף מקראי על הא דאמרו ד"ת שתוקי כשר. וכן לפי מש"כ המנחת יעקב והכרו"פ דס"ס מש"א מהני וודאי א"ש:

והעיקר מה שנ"ל בזה ע"פ מש"כ החוו"ד בכללי ס"ס בש"ך ס"ק יו"ד בספק על ארי כו' וכן שארי אחרונים דכתבו בספק שמא התבואה ישנה משנה העברה ואת"ל משנה זו אכתי ספק דלמא נשרשה קודם לעומר וכן בספק איש וספק אשה וממי רגלים דר"פ האשה וכהנה רבות דדיינינן ס"ס משם א' ואינו מתהפך. משום דספק ראשון הוא דלמא אין כאן ספק מיחוש כלל וקרוב להתיר יותר מספק ב' ואת"ל דיש כאן מקום ספק אכתי ספק דלמא אין כאן איסור כלל כמבואר כ"ז בכמה אחרונים ע"כ ה"ה בנידון הריטב"א הנ"ל דהא אין לדון בזה מקום ספק אלא אם נימא דאזלא איהי גבייהו משום דאם אזלי לגבה הא אז הוי רוב המברר דלכשר נבעלה וכ"ז דליכא מידי דמכחיש להרוב הוי רוב כמו עדים באיסורין ע"כ שפיר י"ל דלמא אין כאן מקום ספק כלל משום דאזלי אינהו לגבה וה"ל רוב המברר ואת"ל דיש מקום לידת הספק להסתפק משום דאזלא איהי גבייהו אכתי ספק דלמא לכשר נבעלה. ועפ"ז יש לתרץ קושיות הש"ך ביו"ד סי' קפ"ז ס"ק כ"ד וא"ש דברי הרשב"א והריטב"א הנ"ל וכעין זה מצינו בעירובין ד' ו' שכתבו בשם ה"ר שמעי' דפרוץ כעומד מותר משום דה"ל ס"ס ספק שמא עומד מרובה ואת"ל דלא נפיש אכתי ספק דלמא שוו כי הדדי משום דספק מחצה ספק רוב ה"ל ס"ס מעליא:

וכעין זה מצינו בב"ש סי' ע"ז ס"ק י"ז גבי מורדת מאיס עלי דחייב הבעל בקבורה מן דין ס"ס ספק שמא הלכה כהרמב"ם דזכתה בוודאי בנצ"ב ואת"ל כהחולקים דהסוגיא קאי במאיס עלי אכתי ספק דלמה זכתה מדינא דש"ס ואע"ג דה"ל ס"ס משם א' ע"כ מוכח דס"ל להב"ש ג"כ דהיכא דיש לדון שמא הוא באופן שאין שם לידת הספק לפנינו כלל ועוד ספק ב' דלמא הוי אכתי ספק השקול לנו ע"כ הוי זה ס"ס מעליא וכעין זה כתבו בקונטרס עגונות לאה"ע ס"ק ל"א בסי' י"ז בשם הרב בן לב דבעד מפי עד תלינן להקל שזה שהגיד נתברר לו שהי' תוך ג' ימים והוי ספק ספיקא שמא העד הראשון נתברר לו

כן ואף את"ל דלא נתברר לו אכתי ספק שמא האמת הוא דמת תוך ג' ימים והובא זה במל"מ פ' י"ג הלכות גירושין ה' כ"א ע"ש ואף דזה הוי כמו ס"ס משם א' וגרע מיני' עכ"ז לפי מש"כ בשם הרשב"א והריטב"א א"ש כ"ז משום דגם בזה יש לדון שמא אין לפנינו שום לידת ספק כלל ואת"ל דהוא באופן דיש בו לידת ספק אכתי ספק הוא שמא הוא באופן דמותרת להנשא וכל כה"ג כן הוא והוי רוב צדדין להתיר וכמו שכתב הרשב"א בקידושין שם בלשון דהוי רובא ועיין בט"ז יו"ד סי' ט"ו ס"ק ב' ואכמ"ל יותר וזהו כלל חדש בענין ס"ס מש"א:

ולפי זה הוי ס"ס מעליא בנ"ד דהא ספק ראשון הוא שמא האמת כדברי העדים המעידים דאין בו שום חשש איסור כלל והוי ודאי היתר ואת"ל כדברי העדים דיש בו חשש ולידת ספק מ"מ שמא הוא כשר וזה עדיף ממש"כ הרשב"א והריטב"א לדון ס"ס בספק רוב ספק פלגא וכעין דברי ר"י בן לב הנ"ל וכדברי הב"ש בסי' ע"ז הנ"ל דכתבו לדון ס"ס ספק שמא הוא ודאי וספק שני דאף דהוא ספק מ"מ דלמא כשר:

ענף ד:

אך יש לסתור לכל מש"כ מהא דקידושין ד' ס"ו גבי עובדא דינאי דאמרו ה"ד אילימא תרי אמרי אשתבאי ותרי אמרי לא אשתבאי מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני וכפי' רש"י ותוס' שם וקשה דהא יש לדון בזה ספק ספיקא דהא אף להעדים המעידים דנשבית אינה אסורה רק מספיקא והא מה"ת מותרת בודאי א"כ הוי ספק דלמא לא נשבית כלל ולא הוי בה שום חלות ולידת ספק כלל ואת"ל דנשבית מ"מ שמא כשירה וס"ס הא מהני ואף לפי מה דגזר ר"ג בשם ר' יוחנן ב"ז בכתובות ד' י"ד דאלמנת עיסה פסולה לכהונה דמשום מעלת יוחסין החמירו אף דאיכא ס"ס ע"ש מ"מ הא הך עובדא דינאי דמקודם הגזירה היה דהיה מהני ס"ס וקשה איך מקשו בפשיטות כ"כ דמאי חזית כו' והא י"ל כן ומצאתי בפני יהושע בקידושין בסוגיא זו שהקשה כן אכן באמת מוכח מסוגיא זו דס"ל דכה"ג לא הוי ס"ס משום דזהו כמו ס"ס מש"א דלא מהני ודלא כמו שכתבתי אך עדיין תקשה להסוברים דאף ס"ס מש"א מהני: ולכן נלע"ד לומר בזה דשאני שבוי' דאסרו חז"ל מחמת רוב פרוצים בעריות כמבואר בכתובות דף י"ג ע"ב ע"כ הוי זה כמו ודאי איסור וע"כ לא מצרפינן זה לס"ס וראיה לזה מהא דכתובות ד' כ"ז דאמר ר' זכריה בן הקצב לא זזה ידי כו' וא"ל אין אדם מעיד ע"י עצמו והקשה ר"ע איגר זצ"ל בדרוש וחדוש לכתובות שם דמ"ש משנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת דאם ניסת לא' מעדי' דלא תצא ונשאר בצ"ע. אבל באמת מוכח מזה דשאני איסור שבויה לאחר דאסרו חז"ל דינו כמו

ודאי איסור מפאת הרוב פרוצים כו' ולכן אינם נאמנים הבע"ד בעצמם נגד הרוב ואף לשיטת הרשב"א דהובא בפני יהושע לכתובות ד' כ"ב דאף במקום חזקה נאמן הבע"ד: מ"מ במקום רובא אינו נאמן וכמש"כ בספרי ח' יו"ד סי' ט"ז:

ורק היכא דלא הוי בשם בע"ד הימנוהו חז"ל לע"א ואשה וקרוב בשבויה ולכן א"ש מה דאמרו אין מעיד ע"י עצמו בשבויה דעשאוהו חז"ל כמו איסור ודאי מפאת הרוב:

ואף דמה"ת לא נאסרת שבויה כלל רק מדרבנן מ"מ מצינו כעין זה בהא דגיטין ד' ג' ע"ב גבי הא דאי' התם אבל הכא דאיתחזק איסורא כו' ואף לר"מ דחייש למיעוטא כו' וקשה לפי שיטת הסוברים דאף דבר שבערוה היכא דלא איתחזק איסורא מהימן ע"א על הספק כיון דלא הוי רק ספק השקול א"כ מאי מקשה הגמרא לר"מ דחייש למיעוטא והוכרח לתרץ סתם ספרי גמירי והא בלא"ה אף דחייש למיעוטי מ"מ אינו אלא ספק איסור מדרבנן דמה"ת רוב עדיף מחזקה רק מדרבנן הוי כמו מחצה על מחצה א"כ הא במקום ספק השקול הא מהימן ע"א אף בערוה לשי' כמה פוסקים ועיין במהרי"ק סי' ע"ב ובש"ש שמעתא ו' פ"ג ובתשובת רע"א סי' קכ"ד ובספר שער המשפט סי' ל"ג ס"ק א' מזה אבל לא העירו למה שהקשיתי:

אבל באמת אין זה קשה כלל דאחר דתקנו חז"ל לחוש למיעוטי הוי כמו דלא היה לנו מעולם רוב רק דהוי כמו פלגא ופלגא וממילא נשארת בחזקת א"א דהא ליכא לפנינו שום דבר המנגדה משום דהא נתבטל הרוב מחמת גזירת חז"ל דחשו למיעוטא ומקשה הש"ס שפיר דהא אין ע"א נאמן באתחזק איסורא כו' א"כ מצינו כעין זה דאף דמה"ת מותרת מ"מ אחר דתקנו חז"ל לחוש למיעוטא דינו כמו איסור ודאי מפאת חזקת איסור א"כ ה"ה באיסור שבויה דאסרו חז"ל דאף דמה"ת היא בחזקת היתר מ"מ לאחר דאסרוה חז"ל מפאת רוב פרוצים דינו כמו ודאי איסור משום הרוב וע"כ שפיר אמרו אין אדם מעיד ע"י עצמו ועיין מזה באה"ע סי' ז' ב"ש ס"ק ד' ובפני יהושע בכתובות ד' כ"ז במשנה עיר שכבשוה ואין אדם נאמן ע"י עצמו כו':

וכיון דמוכח דשבויה לאחר דאסרוה חז"ל היא כמו איסור ודאי מן דין רוב ע"כ אתי שפיר מה דאסרו בשבויה אם תרי אמרי אשתבאית ותרי אמרי לא אשתבאית כמו הא דקידושין משום דלא שייך התם לדון ספק ספיקא משום דאם תאמין להם דנשבית א"כ ממילא אסורה בתורת ודאי ע"כ לא שייך התם לדון ס"ס ומתורץ קושיתי הנ"ל וכעין זה מצינו בכתובות ד' כ"ז גבי לא נחבאתי ולא נטמאתי דרצו לומר דלא מהימנא במיגו משום דהוי מיגו במקום עדים אך דמסקי לחלק דאין זה כמו עדים רק חששא ע"ש ויש

להעיר משם על מיגו במקום רוב רק דשא"ה דהוי רק רובא מדרבנן עכ"פ מצינו דזהו חמירא מן ספק השקול וכנ"ל:

ענף ה:

ועוד י"ל ע"פ הא דמבואר ביו"ד בש"ך בכללי הס"ס ס"ק י"ח בשם האו"ה בגבינות דאסרו חז"ל בלא חותם מחשש חליפין דהוחלפו בגבינות האסורים דזה לא הוי ס"ס דכיון דחז"ל אסרו גבינות משום חשש איסור תורה ה"ל כמו ודאי איסור ולא אמרינן בי' ספיקא דרבנן לקולא וכן אינו מצטרף זה לספק ספיקא וכן העלה הפר"ח שם והובא כ"ז בשער המלך ה' יו"ט פ"א ה' כ' שהאריך בדבריהם ע"כ י"ל לפ"ז דה"ה במה דאסרו חז"ל לאשה שנשבית מפני חשש דנבעלה ע"כ ה"ל כגופו של איסור וודאי [וכש"כ שבויה דאסרו חז"ל מפני רוב פרוצים כו' ע"כ הוי זה כמו וודאי איסור מה"ת ומה"ט אינה נאמנת לומר טהורה אני אף לפמש"כ רבינו יונה והובא ברא"ש פ"א כתובות סי' י"ח דבאומרת נאנסתי נאמנת מ"מ נגד רוב פרוצים בעריות אינה נאמנת וכמש"כ ההפלאה בק"א סי' ס"ח והש"ש שמעתא ב' פ' ט"ז לחלק ביניהם ע"ש וכעין מש"כ לעיל ועפ"ז יש לדון בראיות הנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' ח' גבי חר"ג דאין הבעל מעיד לעצמו מהא דאין מעיד לעצמו בשבויה ע"ש אבל לפמש"כ יש לחלק ביניהם וקצרתי] ולכן אינו מצטרף הך ספק דאיסור שבויה לספק שני להיות ס"ס. וזהו מוכרח דאל"כ תקשה דאמאי אמרו בתרי אמרי אשתבאי ותרי אמרי לא אשתבאי דאסורה הא י"ל בזה ספק דרבנן לקולא כיון דעיקר איסור שבויה אינו רק דרבנן א"כ לקולא מבעי לן למיזל אבל לפמש"כ ניחא משום דחז"ל עשו זה כגופו של איסור ודאי וכמו בגבינות הנ"ל ודברי האו"ה והש"ך ופר"ח הנ"ל הם מוכרחים מן הא דשבויה הנ"ל והא דיש להעיר בדברי התוס' דקידושין ד' ס"ו ובדברי התוס' דב"ב ד' ל"ב דכתבו שם דלכן בתרומה דרבנן בתרי ותרי אי כהן כשר או פסול מותר משום דבדרבנן אוקי אחזקת היתר ולא אמרו בפשיטות דבתרומה דרבנן ספיקו לקולא י"ל דטעמם כיון דנולד הספק עליו לגבי מילי דאורייתא ובזה הא ספיקו לחומרא ע"כ ה"ה במילי דרבנן ג"כ ספיקו לחומרא ועיין בד"מ יו"ד סי' נ"ז ובש"ך סי' ק"י דיני ס"ס אות י"ט ובט"ז סי' ס"ו ובתשובת רע"א זצ"ל סי' מ"ט ובש"ש שמעתא ג' פ' י"ח ושמעתא ד' פ"ג. והא דציר דגים דיו"ד סי' פ"ג וביו"ד סי' פ"ו ש"ך ס"ק י"א בספק בשחיטה דהתרנגולת אסורה והביצה מותרת משום ספק דרבנן לקולא שא"ה דהוי שני גופים ושני ענינים נפרדים ואכמ"ל. ואף דנתבאר דשבויה עשאוהו כגופו של איסור תורה מ"מ ז"א רק אם לא נולד ביה ענין אחר להקל אבל אם נתהווה ביה ענין אחר להקל בזה הקילו בשבויה וכמו דמצינו בכתובות ד' כ"ז גבי מחבואה דכתבו להקל כמש"כ

הר"נ שם וכן בהא דאשה וקרוב נאמנים בזה וכהנה רבות דאמרו דהקילו בשבויה. משום דאם נולד ביה איזה ענין המסייע להקל בזה ראו חז"ל להקל אבל אם לא נתהווה ענין אחר אין זה מצטרף לס"ס וכן להיות ספק דרבנן להקל ועיין באה"ע סי' ז' בב"ש ס"ק י"ח שכתב להקל בספיקא דדינא גבי שבויה והביא בשם המהרי"ק דכתב להחמיר בזה ולפמש"כ מסתברים דברי המהרי"ק. וזהו כשיטת יש שפסקו דהובא ברא"ש בכתובות פ"ב סי' למ"ד גבי מחבואה ע"ש:

ועוד יש לדון דלכן לא כתבו להקל גבי תרי אמרי אשתבאי כו' משום ספק דרבנן לקולא דהא כתבתי לעיל בשם הכ"מ פ"ח ה' שגגות דמה דע"א אומר אכלת חלב והב' מכחישו דזה מקרי איקבע איסורא והארכתי בזה לעיל וכש"כ בשני עדים המכחישים וידוע מש"כ הש"ך ביו"ד בכללי הס"ס ס"ק כ"א גבי חד בחד באיסור דרבנן שנתערב ונאבד א' מהם דאין לדון בזה ספק דרבנן לקולא משום דהיכא דאיקבע איסורא שאני א"כ לפ"ז יש לדון דה"ה באיסור דרבנן בתרי ותרי המכחישים זא"ז כיון דע"י הכחשת העדים לפנינו מקרי בשם איקבע איסורא להיות חייב א"ת כמו בשני חתיכות וה"ה דאין להקל בכה"ג משום ספק דרבנן לקולא משום דכה"ג ספיקו להחמיר וע"כ הוצרכו התוס' לדון בזה להקל משום אוקי אחזקת היתר בדרבנן ואכמ"ל יותר: ענף ו:

והנה הפני יהושע בקידושין ד' ס"ו דהקשה על הא דתרי אמרי אשתבאי כו' דנידון בזה ס"ס להקל ותירץ דשא"ה דדנין על בתה ואין אמה לפנינו לטעון ברי לי דטהורה אני לכן אין דנין ס"ס בזה משא"כ היכא דהאם לפנינו ואומרת ברי לי דטהורה אני שפיר יש לדון ס"ס להקל. ואף שכתבתי לעיל דלא כהפני יהושע מ"מ יש להוכיח מן הרא"ש כתובות פ"ב סי' למ"ד דס"ל ג"כ כהפ"י והא כתב שם בזה"ל גבי מחבואה מצלת כו' דהכא מי יימר דאטמי כו' דרב אלפס פסק לקולא כו' שמא נחבית ואת"ל לא נחבית שמא לא נטמאת אלמא דאף דהתם בעיר שכבשוה כרקום דדינה כשבויה וכמבואר באה"ע סי' ז' סעי' יו"ד דעיר שבאה במצור כל הנשים שבתוכה פסולות כשבויות כו' ואדרבה י"ל דזה חמירא משבויה דאלו התם בשבויה שייך לומר מנוולה באפי שבאי ואלו בעיר שכבשוה לא שייך כן וכמש"כ הפ"י בכתובות ד' כ"ז ע"ב בגמרא ד"ה ומ"ש מההיא מעשה כו' ע"ש ואפ"ה כתב הרא"ש שם דלא נאסרת אלא מספיקא א"כ מדברי הרא"ש הנ"ל סייעתא לדברי הפ"י הנ"ל: והא די"ל דלפי דבריהם תשאר קושיות רע"א זצ"ל דאמאי לא יהיה נאמן הבעל להעיד שלא נטמאת כמו בשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת דאם ניסת לא' מעדיה לא תצא וכמו שכתבתי לעיל לתרץ אם לא כדברי הפ"י הנ"ל נלע"ד לתרץ קושייתו והוא די"ל דכיון דבתרי ותרי דהוי ספק השקול אך מה דאין מוציאין זהו

משום דאדם נאמן ע"ע א"כ ז"א שייך רק גבי הבעל והאשה עצמם דאומרים ברי אבל מה נעשה בהבנים שיוולדו להם הא הבנים אינם אומרים ברי לי וגם למי שישא להם אינו יודע האמת ולא שייך בזה ברי א"כ יהיה דינם כספק ממזר כיון דהוי ספק השקול ואין סברא להרבות ממזרים וכעין מש"כ התוס' בב"ב ד' י"ג ד"ה כופין כו'. ואף למ"ד בכתובות ד' י"ג דלדברי המכשיר בה מכשיר בבתה דשא"ה דיש חזקת כשרות דאמה וגוררת אחריו לבתה להכשירה משא"כ היכא דהוי ספק השקול רק דאין אנו יכולים להזדקק להוציאה ממנו מחמת אמירתם ברי לי א"כ ממילא על בניהם יש עליהם דין ספק ממזר:

וע"כ הטעם הוא דלכן באומרת ברי לי וניסת לא' מעדי' דלא תצא וגם בניהם כשרים בקהל דזהו מטעם דכיון דספק ממזר מותר רק מפאת מעלת יוחסין גזרו בזה כמבואר בקידושין ד' ע"ג ע"כ בכה"ג דעומדת בהיתר תחת בעלה לא גזרו בהוולדות דלא שייך בזה מעלת יוחסין וז"א שייך אלא בספק א"א אבל גבי איסור כהונה דיש לחוש על בניהם משום ספק חלל וספק חלל אסור מה"ת ודוקא בממזר אמרו דספק ממזר מותר מה"ת וכמש"כ הב"ש בסי' ו' ס"ק ב' ע"כ בשבויה דגזרו חז"ל משום רוב פרוצים אף דנימא כדברי הרא"ש והפ"י דלא הוי רק איסור מספק מ"מ כיון דדינם כמו ספק חלל וכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון לכן החמירו ואמרו אין אדם מעיד ע"י עצמו ונשארת באיסורה כדי שלא להרבות חללים בכהונה. וזהו סברת החילוק מה שחלקו חז"ל בזה בשבויה ועיר שכבשוה והחמירו ביותר מן א"א בתרי ותרי כן יש לדון בזה ומתורץ קושיות רע"א זצ"ל:

ענף ו:

ונראה לענ"ד להוכיח מן ירושלמי דכתובות פ"ב ה"ב דלא כהפ"י בזה וזה לשון הירושלמי שם שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת אמר ר' יוחנן דאם ניסת לא תצא ובשנים אומרים נתגרשה כו' אם ניסת תצא כו' מה בין מיתה לגירושין הדעת מכרעת לעדי מיתה שאלו יבוא הוא מכחיש כו' (וזהו כעין מה דאמרו בש"ס דילן כתובות דף כ"ב דאמר רבא ראה ר' יוחנן דבריו של ר' מנחם במיתה ולא בגירושין) מתניתא פליגא על ר' יוחנן שנים אומרים נשבית והיא טהורה ושנים אומרים נשבית והיא טמאה אם ניסת לא תצא א"ר יוסי מאחר שאלו אומרים טהורה ואלו אומרים טמאה כמו שאלו אומרים נשבית ואלו אומרים לא נשבית ואנן חיין מפי' עכ"ל הירושלמי וכוונת ר' יוסי לחלק דשאני בהא דמתניתא דשנים אומרים נשבית וטמאה כו' דלא תצא וסמכינן על ברי שלהם משום דיש שם חזקת היתר המסייעם וכמו בשנים אומרים נשבית ושנים אומרים לא נשבית

דסמכינן על ברי שלהם וכמש"כ הפ"מ דגם הירושלמי מיירי בהכי כמו בש"ס דילן ואף דבש"ס דילן בקידושין ד' ס"ו בתרי אמרי אשתבאי ותרי אמרי לא אשתבאי אמרו דאסורה עכ"ז י"ל דשא"ה בירושלמי דמיירי באומרים שניהם ברי וגם ניסת דבכה"ג אין מוציאין: ולדברי הפני יהושע דס"ל דמה דאסרו חז"ל שבויה אינו נאסר רק מספיקא ומצטרף לס"ס והש"ס דהחמיר מיירי בולד של שבויה כמש"כ הפ"י אבל בהאשה עצמה האומרת ברי דטהורה אני יש לדון בה ס"ס להקל א"כ תקשה איך מדמה הירושלמי להא דשנים אומרים טמאה ושנים אומרים טהורה דמותרת ולא תצא משום דהני עדים המכחישין הוי כמו דליתנהו כלל וסמכינן על חזקת היתר שלהם וכמו בשנים אומרים נשבית ושנים אומרים לא נשבית דמותרת משום חזקת היתר וברי שלה. הא יש לחלק בפשיטות ביניהם דשאני בשנים אומרים נשבית ושנים אומרים לא נשבית דיש התם ס"ס דלמא טהורה ואף למאן דפוסל באלמנת עיסה ולא מהני ס"ס דמעלה עשו ביוחסין כמבואר בכתובות דף י"ד עכ"ז הא אם ניסת לא תצא כמבואר באה"ע סי' ב' סעיף ה' והא הירושלמי מיירי בהאשה עצמה האומרת ברי לי דטהורה אני וניסת א"כ שייך התם ס"ס של הפ"י והרא"ש הנ"ל אבל בעדים אומרים טמאה וכת שנייה מכחישתם ואומרת טהורה דלא שייך התם ס"ס מנלן להקל בזה אף בניסת ומוכח מן הירושלמי דס"ל כמו שכתבתי דשבויה ודאית אין לדון בזה שום ספק כלל משום דעשאוהו כגופו של איסור כ"ז דלא הוי ביה קולא אחריתי וכמו בגבינות דאו"ה דיו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס כנ"ל וע"כ הא דשנים אומרים נשבית ושנים אומרים לא נשבית דלא תצא הטעם הוא משום דסמכינן על ברי וחזקת היתר בזה א"כ שפיר מדמה ר' יוסי הך דשנים אומרים טמאה כו' להך דב' אומרים נשבית כו' ואתי שפיר דברי הירושלמי ומוכח מזה כמש"כ לעיל:

נחזור לענייננו דנתבאר הן מטעמא דידי והן לפי מש"כ הפ"י ליישב סוגיא דקידושין ד' ס"ו הנ"ל דאין סתירה מהתם למה שכתבתי לדון ס"ס בשנים אומרים ודאי ושנים אומרים ספק דהוי ס"ש כנ"ל וכן מן דברי הפ"י מוכח דכה"ג ה"ל ס"ס מעליא משום דכ"ז הוי כמו ספק על כו' דאין אתה תוכל לדון ספק ב' אלא אם תדון אם הי' הריעותא כנ"ל וכן הוא סברת הרא"ש בכתובות פ"ב גבי מחבואה דכתב לדון ס"ס ספק דלמא נחבית ואת"ל דלא נחבית אכתי ספק דלמא לא נטמאת אף דזה הוי ס"ס מש"א. וע"כ הטעם הוא ג"כ כמו הך דספק על כו' כנ"ל:

ולפ"ז יש לדון בהא דיו"ד סי' ל"ט סעיף ט"ז דע"א אמר שלא כסדרן ואחר מכחישו מעמידין בחזקת היתר דלפי טעם זה אינו שייך כן רק בשני עדים המכחישין אבל בשני כתי עדים המכחישין זא"ז דלא שייך להעמיד בחזקת היתר כמש"כ התוס' בקידושין ד'

ס"ו וב"ב דף ל"ב דבדאורייתא לא מוקמינן בזה בחזקת היתר והוי ספיקא דרבנן ובמק"א כתבתי לדון הרבה בתרי ותרי במקום רוב [ועפ"ז יש לדון במש"כ הש"ך ביו"ד סי' ל"ז ס"ק כ"ד בשם ר"י בן הרא"ש גבי שנים המכחישים זא"ז אם היה חוט בשר מקיף גבי בועה בשיפולי וכתב שם להקל מטעם דבועה בשפולי הוא חומרת הגאון והבו דלא לוסיף עלה ועוד דאוקי תרי להדי תרי ואוקי אחזקת היתר כו' ויש להקשות ע"ז דהא אף דמוקי אחזקת היתר מה"ת עכ"ז הא הוי ספיקא דרבנן בדאורייתא כמש"כ התוס' והא אי נימא דדינו כמו דאורייתא לפי טעם שני דכתב ועוד כו' הא בכה"ג לא מהני חזקת היתר ואפשר לומר לפי מש"כ במק"א לדון דרוב מהני בתרי ותרי וכמש"כ רע"א וצ"ל סי' קל"ז לדון בזה ע"ש. ועיין בש"ש שמעתא ו' פ' כ"ב מזה ע"כ אפשר לדון כיון דרוב עדיף מחזקה ע"כ י"ל בתרי ותרי במקום רוב דאף מדרבנן לא החמירו בזה ולכן כיון דרוב בהמות כשרות הן ע"כ סמכו שם על חזקת היתר וכוונתם להרוב אך ז"א ברור וגם הא באמת מוכח מהתוס' דב"ב דף ל"ב גבי בן גרושה דהתם דאף רוב לא מהני עכ"פ מדרבנן במקום איסור דאורייתא וקצרתי]:

ולפמש"כ לדון ס"ס בתרי אמרי ודאי כשר ותרי אמרי ספק כשר א"כ לפמש"כ הלבושי שרד בסי' ל"ט ס"ק ר"ו דכל סירכא אינו אלא ספק טריפה א"כ בלא הטעם דמוקמינן אחזקת היתר יש לדון בזה ס"ס כנ"ל. אך דברי הלבושי שרד אינם מוכרחין כמש"כ שם בעצמו בשם כמה פוסקים דס"ל דסרכא ה"ל טריפה ודאית ע"ש ובלא"ה י"ל בזה הרבה וקצרתי:

ולכאורה יש להעיר בירושלמי שהובא לעיל בשנים אומרים נשבית וטמאה ושנים אומרים נשבית וטהורה דמותרת ואי נימא דתרי ותרי מוקמינן במקום רוב א"כ י"ל בזה דמוקמינן על רוב פרוצים כו' ושא"ה בשנים אומרים נשבית ושנים אומרים לא נשבית ואיך מדמה הירושלמי אותן להדדי. ומוכח מזה דרוב לא מהני בתרי ותרי ויש לדחות דשאני הך רוב פרוצים דאינו רק מדרבנן ואכמ"ל:

ולפמש"כ יש לדון בהא דב"ק דף י"ז דלרבה פשיטא ליה דבתר מעיקרא אזלינן ולרבא מבעיא ליה ועיין בבעה"מ ובנ"י שם והובא בש"ך ח"מ סימן שפ"ו ס"ק כ"ז דהממע"ה ולפי מש"כ לדון ס"ס בכה"ג וכמש"כ הב"ש בסי' ע"ז ס"ק י"ז דהובא לעיל. א"כ יש לדון שם ס"ס כנ"ל אך באמת הא קיי"ל דאין מוציאין ממון בס"ס וכמש"כ הפ"י בכתובות ד' ט' בתוס' ד"ה אי למיתב כו' ושא"ה דהבע"ד טוען ברי והמוחזק טוען שמא ועיין בק"א שם ובש"ש ש' א' פ' כ"ג רק הב"ש ס' דבס"ס מוציאין ממון וגם לדידיה יש לחלק ועיין בש"ך סי' רס"ז ס"ק ב' ולפ"ז יש לדון בשנים אומרים דהוא חייב בודאי לחבירו ושנים

אחרים מכחישים אותן ואומרים דהיה ספק חוב דלפמש"כ י"ל בזה דין ס"ס ולכן אם התובע טוען ברי והנתבע טוען שמא כיון דברי ושמא בצירוף לס"ס מוציאין ממון ע"כ יש לדון בכה"ג דמוציאין מן המוחזק ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ט':

סימן לט

בשעבודא דאורייתא (שם סעי' א') הש"ך בס"ק ב' האריך בענין שיעבודא דאורייתא וכן יש לי הרבה חידושים בענין שעבודא דאורייתא אך מפני רוב אריכות שיש לי בכ"ז בע"ה. ע"כ לא באתי רק בקצרה כפי שיבואר בקונטרס הלז ויבואר שיטת רש"י פסחים ד' ל' השייך לענין שיעבודא דאורייתא וגם יבואר בעז"ה אם גובין לבע"ח מן הפקר או מן יאוש:

הנה בפסחים ד' למ"ד ע"ב ברש"י ד"ה כ"ע לא פליגי אפ' לרבא דאמר מכאן ולהבא גובה ועד עכשיו הי' ברשות לוה מודה הוא דאין מכירתו לאחרים מכירה ואין הקדישו הקדש שהרי ממושכנין הם למלוה ואע"ג שהן שלו אינן ברשותו ורחמנא אמר כי יקדיש את ביתו מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו עכ"ל רש"י וחידש לנו רש"י בדבריו המאירים דהא דמלוה בשטר טורף מלקוחות משום שיעבודא דאורייתא לשטת רבא וכמש"כ התוס' בגיטין ד' נ' ד"ה כיון דדינו מדאורייתא כו' והובא בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב'. אף דס"ל מכאן ולהבא גובה משום דהשיעבוד עושהו לדבר שאינו ברשותו דאלו למאן דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא בלא"ה א"ש די"ל דהא זהו מצד תקנת חז"ל משום שלא תנעול דלת כו' ויש לדון בזה הרבה אבל למאן דס"ל ש"ד ומה"ת טורף ס"ל לרש"י דאף דש"ד מ"מ לא מצי טריף מלקוחות וכעין הא דמצינו בתוס' גיטין ד' מ' ע"ב בד"ה הקדש כו' דכתבו גבי קדושת הגוף דמפקיע משיעבוד דכיון דחל שעה א' תו לא פקע ע"ש וס"ל לרש"י דה"ה במכירה ללקוחות דכיון דזכה בהו אחר ונכנסו לרשות אחר תו לא מצי המלוה אף שיש לו שיעבוד להיות טורף מלקוחות אלא משום סברת רש"י דהא דטורף אם ש"ד דזהו משום דהשיעבוד שיש להמלוה על קרקעות של הלוה משווי להמכירה של הלוה למכירת דבר שאינו ברשותו דהא כ"ז דהיה אצל המלוה ולא זכה בהו אחר הם משועבדים להמלוה וי"ל דרש"י הוכיח כן מן קושיות התוס' דגיטין ד' מ"ם ד"ה הקדש כו' דהקשו דאם שיעבוד עושיהו לדבר דאינו ברשותו א"כ אף קדושת הגוף לא יחול דהא על דבר דאינו ברשותו אינו חל קדושת הגוף ואם השיעבוד אינו עושיהו לדבר דאינו ברשותו א"כ אף קדושת דמים יחול כו' ותי' התוס' הי' נראה לרש"י לדוחק ע"כ הוכיח מזה דהא דש"ד וטריף ממשעבדי מה"ת זהו משום דע"י שיעבוד נעשה כמו מכר לדבר

דאינו ברשותו דאינו חל וע"כ טורף מלקוחות ומן הקדש דהא אף קדושת דמים לא חל על אינו ברשותו אבל הקדש הגוף דחל על דשלב"ל ואינו ברשותו וכמש"כ מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ד יע"ש ע"כ א"ש להא דקדושת הגוף מפקיע משיעבוד. וכמש"כ הקצה"ח כן בשיטת רש"י הנ"ל בסי' קי"ז ס"ק ב' והסביר שם היטב דאף דאם פודה הלוה ומסלק להמלוה דחל המכירה זהו משום דהוי כמו שדה שמשכנת לכשאפדנה דקדשה משום דבידו לפדותה וגם תי' שם בטוב טעם למה שיש להקשות עלה מהא דב"ק ד' ס"ח וכמש"כ מזה בספרי שם:

ועפ"י שיטת רש"י הנ"ל כתב הנתיבות בסי' ל"ז ס"ק י"ג לחלוק על האו"ת שכתב דבע"ח טורף מן דבר המיואש כמו שטורף מן הפקר וע"ז כתב הנתיבות דזה ליתא לפמש"כ רש"י הנ"ל בפסחים א"כ ביאוש דחל על דבר דאינו ברשותו דוקא ע"כ לא מצי טורף מדבר המיואש ושאני יאוש מהפקר ואדרבה יאוש אינו חל על דבר ברשותו עכ"ל בקצרה:

ענף א:

ולפענ"ד יש לדון בזה הרבה ומתחלה נבאר מה דיש להקשות לשיטת רש"י דס"ל דאף דש"ד מ"מ לא מצי טריף מאותו דלא לווה בעצמו ואין עליו המצוה דפריעת בע"ח רק מצד דנעשה ע"י השיעבוד לדבר דאינו ברשותו ואינו חל המכירה א"כ ז"א שייך אלא במכירה ומתנה אבל ביורשים בירושה הבא מאליו דיורשים אף לדבר דאינו ברשותו. א"כ קשה איך גבינן מיורשים אם ש"ד הא אין בכח שיעבוד לטרוף כי אם מצד דהוי דבר דאינו ברשותו א"כ בירושה דלא שייך זה איך גובין מיורשים כיון דמצד פריעת בע"ח מצוה לא שייך בהו כיון דלא לוו בעצמם כמו דחזינן דלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא אינו גובה מיורשים:

והנלע"ד בכוונת דברי רש"י הנ"ל ע"פ מש"כ הסמ"ע בסי' ס"ו ס"ק נ"ה גבי מוכר שט"ח ומחלו דמחול:

ושיטת ר"ת הוא לפי דשיעבוד הגוף אינו במכירה ונכסי דאינשי ערבין לי' לכן אם פקע שיעבוד הגוף פקע שיעבוד נכסי והקשה דא"כ אמאי במת הלוה גבי מיורשיו ע"ש והאו"ת סי' ס"ו ס"ק מ"ג כתב ג"כ להקשות כן דהיכא דמת הלוה ונפלו נכסיו קמי יורשיו א"כ פקע שיעבוד הגוף וממילא פקע שיעבוד נכסי ותירץ דגם במת הלוה גוף היורש משתעבד כמו הלוה עצמו ועליו מוטל לפרוע כמו על המוריש הלוה עכ"ל האו"ת והובא בנתיבות סי' ס"ו ס"ק כ"ד וכעין זה מבואר בראש"ש ב"ק פ"א סי' ו' דכתב דלכן בטלה מחלוקת משום דיתמי כרעא דאבוהון נינהו לפרוע חוב אביהן בשוה כו' והט"ז סי' קע"ה סעי' ד' הביאו בביאור יותר ע"ש ומצינו עוד כעין זה בב"מ ד' ט"ו ע"א דכתבו התוס'

לחלק דשאני יורשים דאף דאין להם על מי לחזור מ"מ יורשים כרעי' דאבוהון וגובה מהם שבח כו' והובא בש"ך סי' קט"ו ס"ק ל"ב בארוכה אלמא דמצינו לחלק בין יורשים ללקוחות משום ה"ט וכעין סברת התומים הנ"ל וזהו סברת הגמ' ב"ק ד' קי"א דרשות יורש לאו כרשות לוקח ועיין בח"מ סי' קי"א סמ"ע ס"ק ל"א וכעין זה כתב המ"מ פ' כ"ב ה' מלוה ה' ט"ו ובח"מ סי' ק"ג סעי' ד' בסמ"ע ס"ק ו' לחלק בין לוקח ובין יורש ע"ש:

א"כ לשיטת התומים דלא ס"ל כעין חילוק הסמ"ע שם דמחלק דשאני היכא דפקע שיעבוד הגוף מצד פטור של המלוה כמו במחלו דאז פקע שיעבוד נכסי משא"כ היכא דפקע שיעבוד הגוף של הלוה מצד אחר כמו במת הלוה דמשום זה לא פקע שיעבוד נכסי יע"ש בסמ"ע אבל התומים לא ניחא לי' בסברא זו וכן נוטה הסברא כיון דאין לו שיעבוד הגוף עכ"פ יהיה מאיזה טעם שיהיה א"כ ממילא פקע שיעבוד נכסי ע"כ י"ל דמשום ה"ט הכריח רש"י לחדש לנו דהא דטורף ממשעבדי זהו משום דהוי כמוכר דבר שאינו ברשותו משום דלכאורה קשה איך מצי טריף מלקוחות הא על הלוקח אין לו שיעבוד הגוף ולא אתי עליו כי אם מצד שיעבוד נכסי' א"כ הא קיי"ל דהיכא דאין לו שיעבוד הגוף ממילא פקע שיעבוד נכסי ודווקא כ"ז שישנו הנכסים אצל הלוה ונפ"מ לענין בע"ח מוקדמים אז שפיר אי ש"ד יש להמוקדם דין קדימה משום ש"ד דהא כיון דעל הבעלים של הנכסים יש לו שיעבוד הגוף. ע"כ אלים שיעבוד נכסי שלו אבל היכא דמכרו לאחר דאין לו על הלוקח שיעבוד הגוף ע"כ כיון דאין לו על הבעלים של הקרקע שיעבוד גופו א"כ פקע שיעבוד נכסי וקשה דמפני מה טריף ממשעבדי:

ואף דנימא דגם זה לא מקרי פקע שיעבוד הגוף כיון דיש לו שיעבוד הגוף על הלוה שלו עכ"פ ואף דאינן ברשות אחת דהא שיעבוד הגוף שלו הוא על הלוה ושיעבוד נכסי שלו הוא על קרקע שה"י לוקח מ"מ מצרפינן להו אהדדי אפ"ה תקשה היכא דמת הלוה ויש לו משעבדי דטורף מלקוחות הא כיון דמת הלוה ופקע שיעבוד גוף שלו כמש"כ התומים וכש"כ היכא דאין לו יורשים א"כ תפקע שיעבוד נכסי שלו ומשום זה הוכרח רש"י לפרש דלכן טורף ממשעבדי דהשיעבוד עושהו לדבר דאינו ברשותו דהא כ"ז דהיו הנכסים אצל הלוה אז לא פקע שיעבוד גופו דיש לו על הלוה ממילא אלים שיעבוד נכסי שלו ונעשה בשעת המכירה דבר דאינו ברשותו וכפי שכתב רש"י שהרי ממושכנים הם אצל המלוה והיינו למאן דס"ל ש"ד:

ולמאן דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא אין זה רק מדרבנן י"ל דחז"ל עשו משום שיעבודא דרבנן דיהיה זה כמוכר דבר דאינו ברשותו ולכן טורף ממשעבדי:

ואין צריכים לטעם זה כ"א לגבות ממשעבדי דאז פקע שיעבוד נכסי היכא דמת הלוה כנ"ל אבל בגביות חוב מיורשים דלא פקע שיעבוד הגוף וכמש"כ האו"ת דכיון דיורשו ממילא מוטל עליהם שיעבוד הגוף כמו על אביהם ע"כ אין אנו צריכים בזה להטעם שכתב רש"י דנעשה לדבר דאינו ברשותו רק בפשוטו טורף מיורשים דכיון דיש לו עליהם שיעבוד הגוף ממילא אלים שיעבוד נכסי שלו וטורף מהם. א"כ נתבאר בעז"ה בהסבר נכון ליישב דברי רש"י הנ"ל:

וכ"ז הוא לשיטת האו"ת אבל לשיטת הסמ"ע הנ"ל אין מקום להסבר הנ"ל וכשיטת הסמ"ע הנ"ל כ"כ הר"ן פ' הכותב על דברי הר"ת הנ"ל וז"ל ומיהו כשמת הלוה אע"פ דפקע שיעבוד גופו לא פקע שעבוד נכסי לפי דעיקר ערבותן של הנכסים זהו שכ"ז שלא יצא הלוה ידי חובו שירד לנכסיו ויפרע מהם אבל כ"ז שנפקע מחמת המלוה אף שיעבודו של נכסים נפקע עכ"ל הר"ן ולדברי הר"נ הנ"ל כיון הסמ"ע במש"כ בקצרה דשאני במת הלוה דגובה מנכסיו דשם לא נפטר הלוה מחמת המלוה עכ"ל שוב ראיתי בקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו שהביא לדברי הר"ן הנ"ל וביארו היטב דזה דומה למת הלוה דגבינן מן ערב וה"ה בנכסי דאינש ערבין לי' יע"ש ועפ"ז ברור הוא כמש"כ לעיל דמצרפין להדדי שיעבוד הגוף דיש לו על הלוה להשעבוד נכסי דיש לו על קרקעות של הלוקחים כמו בערב דיש לו שיעבוד הגוף על הלוה ממילא גובה מן הערב אף דאינן ברשות אחת:

ובכתובות ד' צ"א ע"ב איתא ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ואתא שמעון ומכרה לראובן באחריות ואתא בע"ח דראובן וטרף מיניה דינא הוא דאזיל שמעון ומפצי ליה א"ל רבא נהי דאחריות דעלמא קביל עליו אחריות דנפשיה מי קביל עליו ומודה רבא בראובן שירש שדה מיעקב ומכרה לשמעון כו' דינא הוא דאזיל שמעון ומפצי ליה מ"ט בע"ח דיעקב כבע"ח דעלמא דמי עכ"ל והובא בסי' רכ"ו בח"מ א"כ מבואר דחוב שעל היורש לא מקרי חוב דנפשיה כי אם כבע"ח דעלמא ולשיטת התומים דכתב דיש לו שיעבוד הגוף על היורש כמו על הלוה עצמו. ומה"ט לא פקע שיעבוד נכסי מן קרקע של היורש כנ"ל א"כ קשה דמפני מה אמרו בסוגיא דכתובות הנ"ל דבע"ק דיעקב כבע"ח דעלמא דמי וגם קרו ליה בשם בע"ח דיעקב. הא לסברת התומים א"כ מקרי החוב של אביו יעקב בע"ח דראובן דהוי בע"ח דנפשיה משום שיעבוד הגוף שיש לו על היורש א"כ מוכח מן סוגיא זו כשיטת הסמ"ע והר"ן דלא ס"ל כסברת התומים אלא כתבו דבמת הלוה מקרי פקע שיעבוד הגוף והקשו דא"כ תפקע שיעבוד נכסי ומחלקי כנ"ל ואפשר לומר אף לשיטת התומים דכיון דהשיעבוד הגוף דיש לו על היורש אינו מצד חוב שלו כ"א מצד דירש נכסי אביו ע"כ מקרי בע"ח דעלמא:

וביותר נ"ל דאינו ראיה מהא דכתובות לדחות דברי האו"ת משום דשא"ה דמכר היורש השדה לאחר ואף דאתי השדה לאח"ז לרשותו מ"מ הא אפסקיה אחר ולכן אינו חייב היורש במכר רק משום מזיק שיעבודו כמבואר בסי' ק"ז ועדיין יש לומר דכשהנכסים אצלו אז נשתעבד גופו משא"כ כשיצאה מרשות היורש כבר וקנה אותה מאחר כנ"ל וע"כ אינו קשה על האו"ת מהסוגיא דכתובות הנ"ל:

אכן אף לשיטת הר"ן והסמ"ע מ"מ י"ל ולפרש לדברי רש"י בקצרה דס"ל לרש"י דדוקא בזכה בהו איש אחר שאינו הלוה ממש או יורשיו אז לא מהני אף אי ש"ד להיות טורף מלקוחות דכיון דזכה בהו אחר אין ממש בזכות שיעבודו להיות גובה מהם ודוקא אם הם אצל הלוה או אצל היורש דלא זכה בהו אחר אז אלים שיעבודו להוציא מן היורש דכיון דיורש כרעי' דאבוה הוא כמש"כ לעיל בשם הרא"ש בב"ק פ"א סי' ו' והתוס' ב"מ ד' ט"ו א"כ לא יצא עדיין לרשות אחר כשהם אצל היורש ומה"ט קיי"ל דרשות יורש לאו כרשות לוקח ב"ק ד' קי"א אבל בזכה בהו אחר דכיון דיצאו לרשות אחר אין כח בזכות שיעבודו לטרוף מן הלוקח כ"א מצד דנעשה המכירה למוכר דבר דאינו ברשותו וכמש"כ רש"י אמנם לפי שיטת האו"ת הנ"ל יתיישב דברי רש"י ביותר ביאור כנ"ל:

ענף ב:

ובעיקר דברי רש"י הנ"ל נלפענ"ד להקשות דעדיין תקשה לפי הא דסוף ב"ב ובקידושין ד' י"ג דריש לקיש ס"ל שיעבודא דאורייתא ואף מלוה בע"פ טורף מן לקוחות מה"ת אך מדרבנן לא טריף משום פסידא דלקוחות א"כ קשה לפי המבואר בב"ק ד' ס"ח ע"ב דס"ל לר"ל דאדם מקדיש דבר דאינו ברשותו וכצנועין דאמרי כל הנלקט מזה יהא מחולל כו' א"כ תקשה לשיטת ריש לקיש דמצי מקנה דבר דאינו ברשותו. א"כ איך מצי טריף מלקוחות אף דס"ל ש"ד דהא לשיטת רש"י אין כח וזכות בהשיעבוד נכסי להיות טורף ממשעבדי לאחר שזכו בהם אחרים אלא משום דבר דאינו ברשותו אבל לר"ל דחל קנין על דבר דאינו ברשותו א"כ תקשה לשיטת ר"ל דאמאי טריף מלקוחות:

ונלענ"ד לתרץ עפ"י האמור בב"מ ד' ז' דאף בקרקע דאמרו דאדם מקנה אף דהוי אינו ברשותו מ"מ אם אינו יכול להוציא בדיינין אינו חל הקדישו ומכירתו א"כ ה"ה לר"ל דס"ל דעל אינו ברשותו חל ההקדש ומכירתו מ"מ מודה דהיכא דאינו יכול להוציאו בדיינין אינו חל הקדישו. ושא"ה בההוא דגנב והקדיש או בכל הנלקט דאם היה יודע מי הוא הלוקט או מי הוא הגנב הא היה יכול להוציאו בדיינין דהא על עיקר החפץ והפירות אין לנו ספק דשל מי המה ואם היה ידוע לנו מקומן היכן הם היה מבורר לנו הבעלים שלהן. ע"כ מקרי ממון שיכול להוציאו בדיינין ולכן ס"ל לר"ל דיכול להקדישו אבל

היכא דאין יכול להוציאו בדיינין מודה ר"ל דאין יכול להקדישו לכן בשדה המשועבדת להמלוה דאינו יכול הלוה להפקיע מהמלוה את השיעבוד שמשועבד למלוה ע"כ מקרי מחמת זה ממון שאינו יכול להוציאו בדיינין דהא אינו יכול הלוה לבטל ע"פ הדין את זכות השיעבוד שמשועבד להמלוה ע"כ גם ר"ל וצנועין מודו דטרף מלקוחות אי ש"ד וזה מוכרח בכוונת רש"י דאל"כ תקשה הא מיירינן בקרקעות דטורפן ממשעבדי ובקרקע אף דהוי אינו ברשותו מ"מ חל המכירה כמבואר בב"מ גבי מסותא וע"כ מוכרח דכוונת רש"י הוא דהוי אינו ברשותו ואינו יכול להוציאו בדיינין ובכה"ג לא מהני אף בקרקע וה"ה לר"ל וע"פ כ"ז יש להעיר במש"כ לעיל בסוף סי' א' בתפיסה בדררא דממונא אליבא דר"ל וקצרתי׃

ולכאורה יש לדון לפי המבואר בכתובות ד' נ"ט ע"ב בתוס' ד"ה קונמות קא אמרת כו' דהלוה יכול להפקיע א"ע בקונם את שיעבודו מהמלוה רק חז"ל אלמוה לשעבודו דהבע"ח אבל מה"ת יכול הלוה להפקיע שיעבודו דהמלוה ע"י קונם ולחד שיטה המובא בח"מ סי' קי"ז בסופו דאף מדרבנן חל הקונם להפקיע השיעבוד של המלוה א"כ אפשר לכאורה לדון דמקרי אצל הלוה ממון שיכול להפקיע א"ע מן השעבוד של המלוה ע"פ קונם על המלוה ואף דאסור להלוה לעשות כן מ"מ הא מצינו אף בדבר האסור לעשות דמקרי בידו לעשות כיון דאם עבר ועשה מהני כדמוכח ביבמות ד' צ"ב דמוכיח הש"ס דאין קידושין תופסין ביבמה מהא דתני האומר לאשה התקדשי לי לאחר שיחלוץ לך יבמך אינה מקודשת והא י"ל דלכן אינה מקודשת משום דהא זה תלוי במה דהוי דבר שבידו כמבואר בקידושין ד' ס"ב וכיון דיבמה לשוק הוי באיסור לאו גם בקידושין לחודה כמבואר ביבמות ד' מ"ט בתוס' ד"ה אי כרב אי כשמואל כו' ומוכח מזה דאף דאסור מה"ת מ"מ מקרי דבר שבידו כיון דאם עבר ועשה מהני וכמש"כ בארוכה מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ט"ו ענף ה' ע"ש ולפ"ז י"ל דמה דמשועבד להמלוה לא מקרי ממון שיכול להוציא המלוה בדין ואדרבה הא ביד הלוה לאסור עליו בקונם א"כ הוי לגבי הלוה ממון שיכול להחזיק לעצמו בדין אם ירצה לאסור בקונם אכן באמת זה אינו דזה לא מקרי בידו דהא אם עבר ועשה הקונם על המלוה היה כופין ומשמתין ליה בבבל עד שישאל על נדרו כמש"כ הר"ן והובא בסוף סי' קי"ז ע"כ קרינן ביה ממון שאינו יכול להפקיע בדיינים כיון דהיו כופין לו לבטל מעשיו ועיין בקידושין ד' י"ח בתוס' ד"ה אמר אביי בע"כ דאב כו' שכתבו התוס' דמה תועלת במכירתו מאחר דנכוף אותו לפדותו כו' ע"ש ועיין בתומים סי' ל"ט סוף ס"ק ב' שכתב דלכן בעבדים לא שייך ש"ד דקלוש שעבודו לפי דביד הלוה לשחרר העבד ושחרור מפקיע משעבוד ע"ש. ולפ"ז יש לדון

לכאורה בכל שעבוד קרקעות נימא כן דהא ביד הלוה לאסור בקונם על המלוה ומפקיע מן שעבוד בשלמא בקדושת הגוף דנאסר לכל העולם כיון דיפסיד לעצמו לא שייך כן אבל בקונם על המלוה דלא יאסר הלוה ושום אדם כי אם המלוה לבד שפיר שייך לומר כיון דהוי זה בידו נימא דלא יחול מה"ט שום ש"ד ואי דילוה המלוה מאחר על אותו שיעבוד אכתי יכול לאסור בקונם על אותו האיש אכן לפמש"כ ניחא משום דאין זה מקרי בידו דשא"ה בשחרור דאחר דשחררו להעבד אין בידו שוב לבטל שחרורו משא"כ בקונם אכתי יכולין לכופו למשאל על נדרו ולכן אין זה מקרי בידו:

ענף ג:

ולעיל הבאתי דברי הנתיבות סי' ל"ז ס"ק י"ג שהביא בשם התומים שם ס"ק י"ח שכתב דבע"ח יכול לגבות ממי שזכה מן יאוש והנתיבות השיג עליו ע"פ רש"י פסחים הנ"ל שכתב דהא דטורף הוי משום דנעשה דבר דאינו ברשותו א"כ ביאוש דעיקרו הוא אם הוי אינו ברשותו ע"כ אינו גובה מן יאוש עכ"ל הנתיבות ולפמש"כ לעיל להסביר דברי רש"י הנ"ל דזהו ע"פ שיטת התומים דהיכא דנתבטל שיעבוד הגוף מאיזה טעם שיהיה נתבטל שיעבוד נכסי א"כ היכא דמת הלוה ובא המלוה לטרוף מלוקח בזה לא מהני ש"ד להוציא מהלוקח וע"כ הוכרח רש"י לומר דמצד דנעשה אינו ברשותו טריף ליה. א"כ היכא דהלוה קיים דיש לו שיעבוד הגוף על הלוה שלו אז לא פקע שעבוד נכסי ומצרפינן להו להדדי וכמו בערב כנ"ל ע"כ אף בלא הטעם דאינו ברשותו ג"כ טריף מלקוחות מצד ש"ד ומה"ט טריף אף ממי שזכה מיאוש מצד שעבוד נכסי דאלים מה"ת ושפיר כתב האו"ת בהך דינא דמצי טריף מיאוש והיינו אם הלוה קיים אמנם לפמש"כ לעיל בשיטת רש"י ע"פ דברי הר"נ והסמ"ע דכוונת רש"י הוא דכיון דזכה בהו אחר לא מהני ש"ד להיות טורף ממנו רק מצד דנעשה לאינו ברשותו ע"כ ביאוש דלא שייך טעם זה לכן לא מצי טריף ממי שזכה מיאוש לעולם וכמש"כ הנתיבות: ולכאורה אפשר לדון דכמו דאמרינן דאינו מוכר לאינו ברשותו ה"ה דאין הזוכה זוכה בדבר דאינו ברשותו א"כ בנ"ד דמחמת שעבוד נכסי של המלוה נעשה לאינו ברשותו א"כ מה"ט לא מהני זכייה בדבר שיש עליו שעבוד נכסי ולפ"ז ה"ה במה דנתייאשו הבעלים יהיה טורף מן הזוכה מה"ט ודלא כהנתיבות אכן ז"א דהא שיטת ריטב"א והובא בקצה"ח סי' ת"ה דאיסורי הנאה שלו הוא רק דלאו ברשותו קאי ע"ש ומה שהובא בקצה"ח שם כן בשם הרשב"א לסוכה הוא ט"ס וצ"ל הריטב"א בחי' לסוכה ד' ל"ה מה שהביא בשם הראב"ד והריטב"א השיג עליו וס"ל דאיסורי הנאה הוי שלו] והא דאין יכול למכור איסורי הנאה זהו משום דכיון דנאסר בהנאה מקרי אינו ברשותו וכמש"כ רש"י בב"ק ד' מ"ה בשור שנגמר דינו

דלא מצי להקדישו משום דלאו ברשותו קאי וכמו בחמץ דאמרו דאינו ברשותו ועשאו הכתוב כו' ולא אמרו דהוי אינו שלו רק דאינו ברשותו משום דמחמת איסור הנאה נעשה לדבר דאינו ברשותו ומבואר בראשונים דכמה פוסקים ס"ל דיכול לזכות באיסורי הנאה וכמו בעו"ג ד' מ"ב דלמא מגבה לה והדר מבטל לה כו' וכמבואר בתשובת ריב"ש והובא בקצה"ח סי' ר' ס"ק ה' ובאבני מלואים סי' קמ"א ס"ק י"ג ועיין במג"א סי' תקפ"ו ובסי' תרמ"ט ס"ק כ' ובמחנה אפרים הל' זכיה מהפקר סי' ד' ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ד ואכמ"ל ובסנהדרין ד' פ' כתבו התוס' בד"ה בשור שלא נגמר דינו כו' באה"ד שם דהא דאמרו בב"ק ד' מ"ה בשור שנגמר דינו מכרו אינו מכור כו' דאין לו מכר והלוקח אינו יכול לזכות בו יותר משארי אדם כו' עכ"ל. וכ"כ התוס' זבחים ד' ע"א ע"א ע"ש הרי שכתבו דאין הלוקח יכול לזכות יותר משארי אדם דמשמע הא כשארי אדם יש בו זכיה משום דיש זכיה באיסור הנאה אלמא דמצינו שיטת פוסקים הנ"ל דס"ל דאף דאין יכול למכור דבר הנאסר בהנאה דהוי כאינו ברשותו עכ"ז מהני זכייה בהו דלא אמרינן דמה"ט לא יהיה מועיל זכייה ומוכח דאף במה דהוי אינו ברשותו ג"כ מועיל זכייה אלא דליתיה במכירה משום דהוי כאינו ברשותו' ולכן שפיר כתב הנתיבות דאין טורף ממי שזכה מיאוש:

ענף ד:

ולפי שיטת רש"י דהא דטורף ממשעבדי זהו משום דהוי כמוכר דבר דאינו ברשותו א"כ יש לדון דדוקא בהפקר מדעת הבעלים טורף בשטר מן הזוכה בהפקר משום דכמו דאינו מוכר לדבר דאינו ברשותו ה"ה דאינו מפקיר לדבר דאינו ברשותו כמבואר בב"ק ד' ס"ט אבל בנכסי הגר לאחר מיתה (היינו בימים הקדמונים ובמדינות שניתן להם רשות מן הממשלה הרוממה לגייר אבל במדינתנו שאין אנו רשאים לגייר עפ"י חוקי אדונינו הקיר"ה ומצווים אנו לקיים כן וכדכתיב אני פי מלך שמור ע"כ לא משכחת כ"ז כלל בזה"ז) דנעשה הפקר ממילא משום דאין לו בעלים נראה לפ"ז דאינו יכול לגבות אף מלוה בשטר ממנו כיון דהעיקר דבע"ח טורף ממשעבדי הוא לשיטת רש"י משום דהשעבוד מבטל לקניות הלוקח או למה שהפקיר מדעת א"כ ז"א שייך בהפקר דנכסי הגר דכיון דהוי הפקר ממילא ע"כ שפיר מועיל זכיית הזוכה אף דנעשה ע"י השעבוד לדבר דאינו ברשותו וכיון דזכה בו כבר שוב לא מצי טריף לי' הבע"ח וכמש"כ כעין זה הנתיבות גבי יאוש כנ"ל:

ולפ"ז יש לתרץ בפשיטות למה דהקשיתי במק"א על מה שכתב הט"ז לח"מ סי' רמ"ה סעיף יו"ד לחלוק על הסמ"ע דכתב דדוקא מלוה בשטר טורף מהפקר והט"ז ס"ל דאף

מלוה בע"פ גובה מהפקר והקשיתי עליו מהא דמנחות ד' נ"א ע"ב דהובא שם משנה דשקלים דתנן אמר ר"ש שבעה דברים התקינו ב"ד כו' גר שמת והניח זבחים יש לו נסכים קרב משלו ואם לאו משל ציבור ופי' רש"י להכי נקט גר שאין לו יורשים דאי ישראל הוו מקרבי יורשיו נסכיו ותוס' שם ד"ה יש לו נסכים כו' כתבו שהפרישם בחייו דלאחר מיתה הוי הכל הפקר עכ"ל והתוי"ט שקלים פ' י"א כתב דיורשים לא מחייבי רק בהניח אביהם נכסים כו' ועיין גיטין ד' ל' דאמרו ומי איכא יורשין דלא ירתי כו' והא דבישראל מחוייבים יורשיו להביא נסכים משום דהוי מלוה הכתובה בתורה כמבואר בתמורה דף י"ד דמחוייב באחריות הנסכים אע"פ שקרב הזבח ויליף זה מקראי וכן הוא במנחות ד' פ"א וגובין מן היורשין כמבואר בקידושין דף י"ג למ"ד ש"ד. והארכתי במק"א לפרש זה אליבא דמ"ד שעבודא לאו דאורייתא עכ"פ מבואר הכא דאף מלוה הכתובה בתורה אינו גובה מהפקר. וע"כ הוצרכו לתקוני בגר שמת דאף דיש לו נכסים מ"מ הוי הפקר ויביאו הנסכים מן ציבור והוי מזה הסוגיא סייעתא לשיטת הסמ"ע דמלוה בע"פ אינו גובה מהפקר אכן תקשה מזה על הט"ז:

אמנם לשיטת רש"י יש לחלק בפשיטות דשאני בהפקירו הבעלים מדעת כיון דע"י השעבוד נעשה זה לאינו ברשותו ולכן אין חל הפקירו וממילא קים ליה ברשות בעלים הראשונים הלווים ושפיר מצי טריף והא דאינו גובה למלוה בע"פ ממשעבדי זהו משום פסידא דלקוחות אבל בזוכה מהפקר דלא שייך פסידא ע"כ מוקמינן על ד"ת למ"ד ש"ד ושאני מקבלי מתנה דאי לאו דה"ל הנאה מיניה כו' הלכך דינם כלקוחות כמבואר בגיטין דף נ' ע"ב וח"מ ריש סי' קי"א אבל בזוכה בנכסי הגר לאח"מ דהוי הפקר דממילא וכיון דזכה בו הזוכה כבר ע"כ אין בכח השעבוד לבטל שוב הזכייה שלו ע"כ לא מצי טריף מהזוכה ולכן במנחות דמיירי שם בגר שפיר כתבו התוס' ורש"י דנכסיו הם הפקר ולא גבינן מינייהו להחוב נסכים אבל בהפקר מדעת הבעלים דכיון דלא חל הפקירו מחמת השעבוד דנעשה לאינו ברשותו שפיר כתב הט"ז דאף מלוה בע"פ גובה מיניה:

אבל אכתי תקשה ע"ז דהא מבואר בתוספתא כתובות סוף פ' יו"ד בזה"ל גר שמת ויצא עליו כתובת אשה ובע"ח גובין מהאחרון אין להן גובין משלפניו אין להם גובין משלפני פניו והובא תוספתא הלז בח"מ סי' רה"ע וכן פסקו בטור ושו"ע שם ולשיטת רש"י דעיקר טריפא הוא מצד דנעשה לאינו ברשותו. א"כ קשה אמאי גובין מהפקר דממילא דהא בזה לא שייך סברת רש"י הנ"ל ואפשר לומר דרש"י סמך על מה דהוכחתי מהא דמנחות דף נ"א דמוכח מהתם דאינו גובה מהפקר דממילא. א"כ לא נקטינן כהתוספתא אבל זה דוחק לומר כן:

וכן אפשר לומר דהתוספתא ס"ל כמ"ד שעבודא לאו דאורייתא כי יש בזה פלוגתא דתנאי בערכין דף ז' וכמש"כ במק"א:

ועיין בכורות דף מ"ט א"כ למ"ד שעבודא לאו דאורייתא הא דמלוה בשטר גובה הטעם משום נעילת דלת מדרבנן א"כ לפ"ז אף בהפקר דממילא ג"כ גובין אף דלא שייך טעמא דרש"י הנ"ל אך למ"ד דש"ד וכשיטת רבא בגיטין דף נ' הוכרח רש"י לפרש כן דהוי אינו ברשותו ע"י השעבוד וכן י"ל דר"ש דמנחות דף נ' הנ"ל דאמר דלא גובין לחוב מהפקר דממילא ג"כ טעמו דס"ל ש"ד ולהך מ"ד לא היה מעולם תקחז"ל על טריפת משעבדי ע"כ היכא דלא שייך טעמו דרש"י הנ"ל דהא בהפקר דממילא אף דנעשה דבר דאינו ברשותו ע"י השעבוד מ"מ זכה הזוכה בו ולא מצי גבי מיניה כן י"ל לכאורה בכ"ז: אבל באמת ג"ז אינו מספיק לתרץ קושייתי מעל רש"י דאיך יעלה על הדעת דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא יהיה עדיף לגבות מהפקר דממילא משא"כ למ"ד ש"ד לא יהיה טורף מהפקר דממילא והא כל דתקון רבנן כדאורייתא תקון ולא יותר מדאורייתא כי אם היכא דמצינו בפירוש דעשו חיזוק יותר משל תורה ועוד דנ"ל ברור דאף למ"ד שעבוד לאו דאורייתא מ"מ הא דטורף מצד תקחז"ל אין זה רק מצד שעבודא דרבנן דכן הוא משמעות הלשון שעבודא לאו דאורייתא אבל מדרבנן משועבדים נכסיו [וכן הוא בשיטת אביי אף דס"ל שעבודא לאו דאורייתא כבגיטין דף נ' בתוס' שם מ"מ ס"ל למפרע גובה וג"כ טעמו משום שעבודא דרבנן וע"כ למפרע גובה ובמק"א הארכתי בכ"ז ע"כ ג"כ י"ל אליביה דמצד שעבוד דרבנן עושהו כדבר דאינו ברשותו וכשיטת רש"י ועיין בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' בשם הרשב"א דבשעבוד מפורש כ"ע מודו דש"ד. ע"כ י"ל דחז"ל עשו זה כמו דשעבדו בפי' א"כ תשאר קושייתי מהתוספתא הנ"ל על שיטת רש"י:

ענף ה:

ומחומר הקושיא הנ"ל נלענ"ד לומר דבר מחודש בעז"ה ע"פ מש"כ לעיל שני אופנים בכוונת רש"י הנ"ל א' ע"פ שיטת התומים דכל היכא דאין לו שעבוד הגוף אף במת הלוה פקע שעבוד נכסי רק יורש שאני. ועוד כתבתי לפרש כוונת רש"י אף לשיטת הסמ"ע והר"ן דמ"מ הוכרח רש"י לפרש טעמו דטריפת לקוחות כן לפי דס"ל לרש"י דהיכא דזכה בו אחר אין כח בזכות השעבוד לטרוף ע"כ פי' רש"י דטורף מצד דנעשה לדבר דאינו ברשותו כו' ונפ"מ בין שני אופנים הנ"ל דלפי' הא' הנ"ל א"כ במת הגר מיד פקע שעבוד הגוף וממילא פקע שעבוד נכסי שלו אף מקודם דזכה בו אחר אבל לשיטת הר"ן והסמ"ע דבמת הלוה לא מקרי פקע שעבוד הגוף כנ"ל וכן הוא העיקר א"כ לפ"ז מוכרח לומר בכוונת רש"י דכיון דזכה בו אחר אין כח להמלוה לטרוף כנ"ל א"כ ז"א שייך רק אחר

דזכה בו אחר בנכסי הגר אבל מקודם דזכה בו אחר עדיין לא פקע שעבודו של המלוה מעל הנכסים ועוד דלפמש"כ במק"א לפרש לדברי הרשב"א דהובא בבית יוסף סי' ער"ה דאף מטלטלי דהפקר גובה הבע"ח וכתבתי טעמו ע"פ המשנה כתובות ד' פ"ד בהניח פירות תלושין דינתנו ליורשין לפי דבע"ח מחוסר גובייגא ויורש אינו מחוסר גובייגא והארכתי בכ"ז במק"א ע"כ כיון דבעת מיתת הגר לא זכה בו אחר בנכסיו א"כ משתעבדי מיד נכסיו להבע"ח אף במטלטלי כמש"כ במק"א. ע"כ אלים שעבודו דהבע"ח על נכסיו מקודם דזכה בו האחר ועכ"ז אין כח בזכות שעבודו לטרוף מן מי שקדם וזכה בנכסי הגר כיון דעיקר טריפת משעבדי הוא לשיטת רש"י מצד דנעשה דבר דאינו ברשותו א"כ בהפקר דממילא דלא שייך ה"ט ע"כ אין לו כח לטרוף מהם אך מקודם דזכה בו היה שעבוד להמלוה על הנכסים כנ"ל ועי"ז יבואר בעז"ה תירוץ נכון לשיטת רש"י כבר כתבתי לעיל דבזמן הזה לא שייך כ"ז דאין לנו רשות לגייר כלל והוא דהנה יש להעיר בגיטין דף נ' ע"ב דאיבעיא להו עלה דאין נפרעין ממשועבדים במקום בע"ח אם עבדו רבנן לתקנתא זו במתנה ופשטו מברייתא שכ"מ שאמר תנו ר' זוז לפלוני ואחריו לפלוני גובין מאחרון דאף במתנה עבדו לתקנתא משום אי לאו דה"ל הנאה מיניה ומדחה הב"ע בבע"ח ואבע"א דשוו כולהו להדדי אלמא דס"ל לסוגיות הש"ס להסתפק די"ל כן במתנה משום דאי לאו דה"ל הנאה כו' דה"ל כי פסידא דלקוחות ולפ"ז בזוכה מהפקר דלא שייך ה"ט דאי לאו דה"ל הנאה כו' אין בזה שום ספק כלל לומר דיגבה רק מהאחרון א"כ קשה על סוגיא זו מתוספתא דכתובות הנ"ל דתני בזוכה מן הפקר דבע"ח גובה מאחרון אלמא דאף היכא דלא שייך לומר דאי לאו דה"ל הנאה כו' ג"כ תקנו חז"ל דיגבה מאחרון ועוד יש להקשות דתפשוט מהך תוספתא דאף בהפקר אמרו דגובה מהאחרון א"כ כש"כ במתנה דשייך לומר אי לאו דה"ל הנאה כו' דודאי גובה מהאחרון:

אך לפי האוקימתא דגיטין שם דהב"ע בדשוו כולהו להדדי י"ל דה"ה הך תוספתא דכתובות פ' י' הנ"ל מיירי ג"כ בשוו כולהו והיכא דשוו כולהו ודאי גובין מהאחרון אף היכא דלא שייך אי לאו דה"ל הנאה ועיקר הבעיא הוא באם לא הניח להאחרון אלא זיבורית אבל לאוקימתא קמייתא דהש"ס שם דמדחה הב"ע בבע"ח א"כ זה הדחייה לא שייך על התוספתא דכתובות כמבואר שם ותקשה דאמאי לא פשטו זה מהתוספתא הנ"ל ועיין ברא"ש גיטין שם דכתב דדוחק הוא להעמיד בשוו כולהו להדדי וכן שארי דחויים דהש"ס ע"ש א"כ ה"ה התוספתא דתני סתמא גובין מן האחרון משמע ג"כ אף דאין לאחרון רק זיבורית ג"כ אינו גובה מראשון אף דיש לו בינונית א"כ תקשה דה"ל להש"ס למפשט מהך תוספתא דבזה לא היה יכול למדחי בדחייה קמייתא וגם הא חזינן

דס"ל להש"ס שם דדוקא במתנה דשייך אי לאו דה"ל הנאה כו' דינו כמכירה לגבי זה א"כ בהפקר דלא שייך כן לא תקנו כן א"כ תקשה ע"ז מהתוספתא ומוכח לפ"ז דהך תוספתא כתובות הנ"ל לאו דסמכה הוא וכעין מש"כ הרא"ש בחולין פ"ב סי' ו' ע"ש וצ"ע רב בכ"ז:

ענף ו:

והנלפענ"ד לתרץ כ"ז ע"פ מה די"ל דאף דמצד טריפת משעבדי אין כח וזכות להבע"ח לטרוף מן הזוכה בנכסי הגר לאח"מ כיון דכבר זכה בו אחר. עכ"ז י"ל נהי דמצד שעבוד נכסי אין לו כח לטרוף דמיד דזכה בהו פקע שעבודו עכ"ז מחוייב הזוכה לשלם לו מצד מזיק שעבודו דחייב כמבואר בח"מ סי' שפ"ו ש"ך ס"ק י"ב במשחרר עבדו דפסק הרמב"ם דחייב לשלם שהרי הפקיע שעבודו וגרם לו לאבד ממונו והראב"ד השיג עליו וס"ל דמזיק שעבודו פטור הואיל בדידיה קעביד אבל היכא דבחבריה קעביד מודה דחייב לשלם כמו דהאריך הש"ך שם בזה וכ"כ התומים בסי' ק"ז ס"ק ח' לחלק כן ולתרץ סתירת הרמב"ן והרשב"א והטור דשאני יורש שמכר מטלטלי דבדידיה קעביד. ע"כ ס"ל דפטור משא"כ בע"ח מאוחר דלאו בדידיה קעביד ס"ל דחייב ועיין בח"מ סי' ק"ז ובאה"ע סי' צ"ג ובסי' קי"ב ובח"מ סי' כ"ה בקצה"ח שם דהקשה על הא דאיתא שם בדיין דזיכה לזה ונטל משכונו מזה והחזירו להלוה דחייב והא ה"ל מזיק שעבודו דפטור ולפמש"כ הש"ך בשם הראב"ד דהיכא דבחבריה קעביד מודה דחייב א"כ הא הדיין עבד בדחבריה ולא היה שלו כלל מעולם ע"כ שפיר חייב ועיין בבית מאיר סי' צ"ג במה שהקשה שם מב"ק ד' י"ג דנגח והפקיר דפטור והא ה"ל מזיק שעבודו ובאמת אין זה קשה כלל וליראת אריכות קצרתי:

ולפי זה יש לדון בכל זוכה בנכסי הגר לאח"מ דאף דאין זכות להבע"ח לטרוף מהזוכה משום דפקע זכות השעבוד כשזכה בהו אחר כנ"ל לשיטת רש"י עכ"ז י"ל דחייב הזוכה לשלם משום מזיק שעבודו של חבירו דהא מקודם דזכה בהו הזוכה היה להמלוה שעבוד על הנכסים וכמש"כ לעיל עפ"י שיטת הר"ן והסמ"ע דלא פקע שעבוד נכסי אף דמת הלוה רק בעת דזכה בהו הזוכה אז פקע שעבודו א"כ מקרי הזוכה כדין מזיק שעבודו של חבירו דחייב: ועיין בתשובת הרמב"ן סי' נ"ו והובא בקצרה במל"מ פ' י"ח ה' מלוה דין ה' שכתב בלוה דשעבד להמלוה מטלטלי אג"ק ומכר הלוה המטלטלי ואכלן הלוקח אין הלוקח חייב משום מזיק שעבודו דהא הוא לא הזיק רק המוכר שמכרן ללוקח ומוכח כן מהא דעשה שורו אפותיקי ומכרן דאין הבע"ח גובה ממנו דיגבה מדין מזיק שעבודו כו' עכ"ל וכוונתו של הרמב"ן בראייתו דאף דמצד שעבודו שאצל חבירו לא מצי טרוף

משום תקחז"ל. דמ"מ יתחייב בדין מזיק שעבודו דלא גרע מן אלו בא אחר והזיק לשור אפותיקי דחייב משום מזיק שעבודו אף היכא דלא שייך שעבודא דר' נתן כגון דהזיק ברצון הלוה וכמש"כ הש"ך בסי' שפ"ו ס"ק י"ב ע"ש א"כ הלוקח להשור יתחייב משום מזיק שעבודו ע"כ הוכיח מזה הרמב"ן דהלוקח לא מקרי מזיק שעבודו משום דהלוה דמכר הוא קעבד המעשה ולא הלוקח ובפרט להסוברין דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעי כוונת קנייה וכמש"כ הנימוקי יוסף בב"ב דף מ"א בשם הראב"ד וכ"כ הרשב"א בחי' לגיטין ד' כ' א"כ אין הלוקח קעבד כלל כיון דאף בלא כוונתו חל הקנין של המוכר והוי כעין ירושה הבא מאליו ויהיה איך שיהיה:

עכ"פ חזינן בדברי הרמב"ן דס"ל דעל הלוקח אין שם מזיק שעבודו משום דזכייתו בא ע"י המוכר א"כ ז"א שייך רק בלוקח ומקבל מתנה משא"כ בזוכה בנכסי הגר דאין כאן דעת אחרת מקנה כלל רק עיקר הזכייה עושה הכל בעצמו. לכן הוי הזוכה מזיק שעבודו דחייב וכמש"כ הרמב"ן הנ"ל. דכל לוקח חייב בדין מזיק שעבודו אלא דמחלק דשאני לוקח דזכייתו בא ע"י המוכר א"כ בזוכה מהפקר דנכסי הגר דאיהו קעבד כולו ע"כ הזוכה הוי מזיק שעבודו דחייב א"כ בין זוכה. בנכסי הגר ובין לוקח כולהו חייבים לשלם להבע"ח אך הם מטעמים חלוקים דאלו לוקח אף דאין בו משום מזיק שעבודו כמש"כ הרמב"ן עכ"ז חייב משום דמחמת השעבוד נעשה לאינו ברשותו ולא חל המכירה ובזוכה מנכסי הגר אף דלא שייך טעמו דרש"י הנ"ל בזה עכ"ז חייב לשלם מצד מזיק שעבודו. ולפי זה גם בעשה שורו אפותיקי אף דלא גבי מהלוקח עכ"ז גבי בזה מן הזוכה בנכסי הגר משום דה"ל מזיק שעבודו:

ענף ז:

ולפי זה מתורץ מה שהקשיתי על שיטת רש"י מהתוספתא דמבואר שם דהזוכה בנכסי הגר חייב לשלם להבע"ח דאף דלא שייך בזה סברת רש"י הנ"ל עכ"ז הא חייב משום מזיק שעבודו וכן מתורץ עפ"ז מה דהקשיתי לשאול בסוגיות הש"ס דגיטין ד' נ' במה דאיבעיא להו במתנה אם אחרון נפסד או מצי לגבות מהראשון והא מצי למפשט מהתוספתא דהפקר דאף דלא שייך התם אי לאו דה"ל הנאה כו' מ"מ אמרינן ביה אין נפרעין ממשועבדים במקום שיש ב"ח אבל לפמש"כ לשיטת רש"י יש לחלק דדוקא בלוקח ומקבל מתנה דהא דטרוף בע"ח מינייהו זהו משום דנתבטל המכירה והמתנה דהשעבוד עושהו לדבר דאינו ברשותו כשיטת רש"י. ע"כ שפיר מצי טורף אף מלוקח ראשון דהא שעבודו הוא ביד הלוקח הראשון ג"כ דכל שדותיו של הלוה משועבדין להמלוה. אלא דחסו חז"ל משום פסידא דלקוחות דלא ליטרוף ממשעבדי במקום דיש

ב"ח ע"כ איבעיא להש"ס אם גבי מתנה דלא שייך פסידא לא תקנו כן וע"כ מצי טריף ממקבל מתנה אף בהניח ב"ח דהא הקרקע של המקבל מתנה נשתעבד להמלוה ושייך טעם הלז או דלמא כיון דאי לאו דה"ל הנאה מיניה כו' ה"ל כלוקח:

אבל בזוכה בנכסי הגר דאחר דזכה הזוכה פקע שעבודו של המלוה אליביה דשיטת רש"י כנ"ל ובזה לא שייך לומר כסברת רש"י לבטל הזכייה של הזוכה דהא הוי הפקר דממילא: א"כ לא נתבטל זכייתו והא דבע"ח גובה מהזוכה בנכסי הגר נתבאר דהוי משום מזיק שעבודו ע"כ היכא דהניח עוד נכסים ב"ח בעת שזכה הראשון ע"כ לא הוי בזה מזיק שעבודו דהא עדיין הניח לו מקום לגבות חובו ועל המותר נכסים שלא זכה בהו שום אדם יש להמלוה שעבוד נכסי ע"כ לא מקרי מזיק שעבודו ולכן לא גבו מהראשון אם הניח נכסים ב"ח דהא לא הזיק לשעבודו רק אחרון אחרון נפסד דהאחרון הוא המזיק שעבודו דלא הניח כלל מקום שעבוד להמלוה ע"כ מתורץ מה דהקשיתי בסוגיא דגיטין הנ"ל מן התוספתא הנ"ל דהא אין דומים כלל להדדי ובזוכה מנכסי הגר אף מן דין תורה אינו נפרע מהזוכה במקום שהניח בע"ח משא"כ בלוקח ומקבל מתנה דמן דין תורה נפרע ממשעבדי במקום ב"ח אלא מצד תקון העולם תקנו דאין נפרעין כו' ע"כ איבעיא להו שפיר במקבלי מתנה אם תקנו כן ומתורץ היטב קושיא אחת ע"י קושיא השניה מעל שיטת רש"י הנ"ל ובאמת הוי מסוגיות הש"ס דגיטין הנ"ל סייעתא רבתי לשיטת רש"י פסחים הנ"ל דע"פ שיטת רש"י הנ"ל א"ש מה דלא הזכירו בסוגיא הנ"ל להתוספתא כתובות הנ"ל: ענף ח:

ועפ"ז יש לדון דהנכון עם הפוסקים דס"ל דאף מלוה בע"פ גבי מן הפקר משום די"ל דכיון דעד העת דזכה בהו הזוכה היה משועבד נכסי הלוה לפי הסוברים ש"ד ע"כ מקרי הזוכה מזיק שעבודו וחייב לשלם וכעין קושית הרמב"ן הנ"ל על עשה שורו אפותיקי דהקשה דאף דלא גבו מהלוקח משום זכות שעבורו מ"מ יתחייב בתורת מזיק שעבודו ותירץ דהלוקח לא קעבד כלום רק המוכר דמכר לו א"כ זה לא שייך בזוכה מהפקר לא מבעיא בהפקר דנכסי הגר ודאי דהזוכה עבד כולו מילתא ואף בהפקר מדעת. מ"מ כיון דקודם זכייתו היה להמלוה שעבוד נכסי על הקרקע אך לפי דזכה הזוכה אז פקע שעבודו א"כ הזוכה הוא המזיק שעבודו וחייב לשלם ואף לשיטת רש"י בב"מ דף י"ב דהפקר ה"ל דעת אחרת מקנה וכמש"כ הש"ך בסי' רס"ח ס"ק ט' עכ"ז לא שייך בזה לדון כמש"כ לעיל לדון בלוקח ומקבל מתנה אליביה דשיטת הראב"ד והרשב"א גיטין דף כ' דבדעת אחרת מקנה לא בעי כוונת הקונה דהא בהפקר לא שייך כן וכמש"כ הנתיבות בסי' רע"ג ס"ק א' ואכמ"ל וע"כ הזוכה עבד לכולי מלתא והוי מזיק שעבודו כנ"ל ולכן

לא תקנו חז"ל דלא לטרוף מהזוכה אבל שארי לוקח ומקבל אינו חייב לשלם מצד מזיק שעבודו משום דהמוכר עבד לכולו היזיקא וכסברת הרמב"ן הנ"ל בעשה שורו אפותיקי ע"כ תקנו חז"ל כן:

ואפשר דזהו כוונת הרשב"א דהובא בקצה"ח סי' רמ"ה ס"ק ב' דאף מטלטלי דהפקר משתעבד וטרף מיניה הבע"ח ואף דמצד טריפת משעבדי לא שייך במטלטלי דהא לא תקנו חז"ל לטרוף מטלטלי המשועבדים עכ"ז י"ל דשאני זוכה מן הפקר דכיון דקודם שזכה בהו הזוכה תקנו חז"ל דאף מטלטלי משתעבדי וכמש"כ במק"א ע"פ דברי הרשב"א להוכיח מהך משנה כתובות ד' פ"ד דהיכא דאין שום רשות אחרים על המטלטלי אז חל שעבוד של הבע"ח על מטלטלי ג"כ כמש"כ שם בארוכה ע"כ מקרי הזוכה מזיק שעבודו וחייב לשלם. משא"כ בכל לוקח ומקבל מתנה וכסברת הרמב"ן הנ"ל וקצרתי:

ועפ"י זה אפשר לתרץ מה דהקשיתי לעיל על הסוברים דאף מלוה בע"פ גבי מהפקר דא"כ למה הוצרכו לתקוני בגר שמת דיביאו נסכים משל ציבור כמבואר במנחות ד' נ"א ובשקלים הא ה"ל מלוה הכתובה בתורה וכמש"כ לעיל אכן לפמש"כ דעיקר החיוב בזוכה בנכסי הגר הוא משום מזיק שעבודו ולא משום טריפת משעבדי ע"כ יש לתרץ זה ע"פ מש"כ התוס' בב"מ ד' צ"ט ע"ב ד"ה פרט למזיק כו' דאף הקרן פטור לשלם במזיק הקדש רק מדרבנן חייב לשלם ועיין בתוס' מעילה ד' י"ט וב"ק ד' ז' א"כ י"ל כיון דמה"ת מיפטר מזיק הקדש ע"כ התם בחוב נסכים דהוא של הקדש לא שייך לחייב את הזוכה משום מזיק שעבודו דהא ה"ל מזיק הקדש דמיפטר ואף דמדרבנן חייב מזיק הקדש י"ל דז"א אלא במזיק ממש אבל במזיק שעבודו דאף דחייב י"ל דאין זה אלא מדרבנן ועיין בהרמב"ם ה' חובל ומזיק פ"ז ה' י"א בהמ"מ שכתב בשם הרמב"ן וש"פ דכתבו דלכן חייב מזיק שעבודו דכיון דקיי"ל דדיינינן דינא דגרמי ה"ה דמזיק שעבודו חייב ע"ש וכ"כ הבית יוסף לח"מ סי' ק"ד בשם הראשונים דכ"כ וכ"כ הב"ש באה"ע סי' צ"ג ס"ק ל"ט והפוסקים בח"מ סי' ק"ד תלו חיוב מזיק שעבודו בדינא דגרמי ע"כ י"ל דכמו דד"ג הוא מדרבנן לשיטת כ"פ דה"ה מזיק שעבודו ואף דהתוס' בגיטין ד' מ"א ע"א כתבו דאף למאן דפטר דד"ג מ"מ מחייב מזיק שעבודו עכ"ז י"ל דאינו רק מדרבנן ולכן בכה"ג אפשר דמיפטר בהקדש כיון דאף מזיק גמור בהקדש אינו חייב אלא מדרבנן ע"כ בכה"ג לא תקנו לחייב בהקדש דה"ל כעין תקנתא לתקנתא ע"כ הוצרכו לתקוני בגר שמת דיביאו נסכיו משל ציבור ואף דר"ש ס"ל גורם לממון כממון דמי ור"ש אמר, התם בשקלים ומנחות להך דגר שמת כו' עכ"ז י"ל דד"ג שאני כמבואר בתוס' ב"ק ד' ע"א ע"ב ובש"ך

ח"מ סי' שפ"ו וברמב"ן בדד"ג שלו ועיין באבני מלואים סי' כ"ח ס"ק ס"ט דהביא שם להפוסקים דס"ל דר"ש לא דאין דד"ג:

אכן מצינו בגיטין ד' נ"ג דהכהנים שפיגלו במקדש מזידין חייבין אף דהיזק שאינו ניכר רק מדרבנן חייב אפ"ה תקנו לשלם אף בהקדש אף דמזיק הקדש פטור מה"ת ועיין בפני יהושע גיטין ד' נ"ג ע"א אך אפשר לומר בזה דאין לדמות תקנתא לתקנתא ואין לדמות גזירות חז"ל להדדי כידוע ל ועוד אפשר לומר דזה דומה להא דמנחות ד' נ"א גבי כה"ג שמת ולא מינו אחר תחתיו דמנחתו דאורייתא מדציבור והדר תקנו דליגבי מיורשין כיון דחזו דקא פשעו בה אוקמוה אדאורייתא וי"ל דלכן פשעו בה דכיון דמה"ת הוא מדציבור ע"כ פשעו בה וסמכו על מה דמדאורייתא פטירי. ולכן במי שלא הביא הנסכים ויש לו יורשים לא חשו דפשעי ולתקן להביא משל ציבור משום דכיון דמחוייבים מה"ת למ"ד ש"ד או דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי ע"כ לא חשו לזה וכיון דמצינו ביורשים היכא דפטירי מה"ת דחשו בזה דפשעי. כש"כ באחרים היכא דפטירי מה"ת משום מזיק בהקדש פטור דחשו דלמא פשעי ויסמכו על מה דמה"ת פטירי ע"כ תקנו בגר שאין לו יורשים להביא משל ציבור ודוקא ביורש די"ל דס"ל מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא כמבואר בערכין ד' ז' ובבכורות ד' מ"ט דיש בזה פלוגתא דתנאי ע"כ במי שיש לו יורשים לא חשו לזה [ויש לעיין עפ"י זה בסוגיא דש"ד בסוף ב"ב ואכמ"ל] וגם למ"ד שעבודא לאו דאורייתא יש לחלק בפשיטות וקצרתי:

וכ"ז במזיק הקדש דפטור מה"ת אבל בחוב הדיוט שפיר י"ל דאף דתקנו דחוב בע"פ אינו גובה מן לוקח ומקבל מתנה אף למאן דס"ל ש"ד דהפקיעו שעבודו כשזכה אחר בהקרקע וכמש"כ לעיל מ"מ בזוכה מהפקר דיש מקום לחייבו משום מזיק שעבודו של חבירו דהא קודם שזכה בו היה להמלוה שעבוד ע"ז ע"כ י"ל דלא פטרוהו משום חיוב מזיק דיש עליו רק בלוקח ומקבל מתנה דלא הוי עליו חיוב מזיק שעבודו כמש"כ הרמב"ן כנ"ל בזה תקנו דאין גובין למלוה ע"פ ממנו אבל לא בזוכה מהפקר וגם למ"ד שעבודא לאו דאורייתא יש לדון כן דהא הוי עכ"פ שעבודא דרבנן וכמש"כ לעיל ועיין בקצה"ח סי' ק"ח ס"ק א' ואף שיש לי עוד מה להאריך בכ"ז רק לפי דכתבתי במק"א תירוץ מורווח ביותר על קושייתי מהא דמנחות הנ"ל ע"כ קצרתי בכ"ז: ענף ט:

ובמה שכתבתי לעיל לחלק דשאני יורש מן הזוכה בנכסי הגר משום דיורש הוי כרעא דאבוה משא"כ בזוכה בנכסי הגר אין להעיר בכ"ז מן הא דעירובין ד' ע' ע"ב תוס' ד"ה ת"ש כו' דאין זה דמיון לנ"ד כלל וכמש"כ הריטב"א שם דעיקר הטעם הוא דהזוכה יש לו זכות בעלים ראשונים בכל מה דהיה שייך להם. ע"כ שפיר כתבתי לעיל. וכן מכרע

מהא דקי"ל רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי כמבואר בב"ק ד' קי"א ובח"מ סי' שנ"ג וסי' שס"א וסי' שס"ב ואלו הזוכה בנכסי הגר וודאי דהוי שינוי רשות גבי גזילה לקנות ע"י יאוש ושינוי רשות ויש לי ראיות לזה אך קצרתי וכן לא שייך לדון בכל מש"כ לעיל עפ"י מש"כ התוס' בב"ק ד' ס"ט ע"א ד"ה כל שלקטו עניים כו' דיאוש הוי כמו מתנה להגזלן כו' ועיין בזה בנתיבות סי' שנ"ג ס"ק ג' דהא ביאוש דאבידה לא שייך זה וגם ביאוש דגזילה היכא דמהני מ"מ מצי טריף לי' הב"ח משום דהך מילתא דיאוש הוי מתנה להגזלן אין זה ענין לנ"ד כמבואר למבין:

היוצא לנו מכ"ז דלשיטת רש"י דפסחים ד' ל"א דנתבאר:

דמצד שעבוד לא מצי טריף אף חוב בשטר מן נכסי הגר לאח"מ כי אם מצד מזיק שעבודו מצי טריף ולשיטת התוס' בגיטין ד' מ' ע"ב ד"ה הקדש חמץ כו' שכתבו בשם הר"י דלרבא דבע"ח מכאן ולהבא גובה הוי כל מכירת שדה המשועבדת דבר ברשותו כו' והא דטריף לי' בע"ח בחובו זהו משום עצם השעבוד דאלים שעבודו לטרוף מלקוחות אי ש"ד או שעבודא דרבנן במלוה בשטר א"כ זה בוודאי שייך כן אף בנכסי הגר לאח"מ דטריף לי' הבע"ח אך סוגיא דגיטין ד' נו"ן דאיבעי' להו אם עבדו רבנן לתקנתא דאין נפרעין ממשועבדים במקום ב"ח במתנה דאי לאו דה"ל הנאה כו' ולא הזכירו להך תוספתא דכתובות הנ"ל הוי מזה הוכחה נכונה לשיטת רש"י הנ"ל ואפשר דמזה הסוגיא הוכיח רש"י לסברתו דחידש לנו:

וע"פ כ"ז יש לסתור מש"כ הנתיבות דחידש דביאוש דאבידה לא מצי בע"ח טריף כנ"ל דהא ז"א רק לשיטת רש"י פסחים הנ"ל אבל לשיטת התוס' גיטין ד' מ' הנ"ל דכתבו דכל שעבוד אינו מבטל קניות לוקח דאכתי הוי דבר ברשותו והא דטרף בע"ח בחובו הוי זה משום עצם השעבוד כנ"ל א"כ מה"ט מבעי לטרוף אף מן הזוכה מן יאוש דאף דלא נתבטל זכיות הזוכה מ"מ אלים זכות הבע"ח ואף לשיטת רש"י הנ"ל ג"כ מוכח דאף בזכיות הזוכה מיאוש ג"כ טריף לי' הבע"ח כמו דמצינו דבע"ח גובה מנכסי הגר לאח"מ אף בזכה בו אחר כמבואר בתוספתא ובטור שו"ע סוף סי' ער"ה וע"כ הטעם הוא משום מזיק שעבודו כנ"ל דאל"כ מה יענה רש"י בהך תוספתא הנ"ל א"כ מה"ט אף הזוכה ביאוש חייב משום מזיק שעבודו דהא איהו עבד לי' כולו מילתא וכמו בזוכה מן נכסי הגר וכש"כ הוא ביאוש דלפמש"כ לעיל בשם התומים דכיון דבטל שעבוד הגוף אף מאיזה טעם שיהיה בטל שעבוד נכסי והסברתי עפ"ז ביותר לשיטת רש"י הנ"ל ע"כ ביאוש דלא נפק מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה וכמש"כ הנתיבות בסי' רס"ב. א"כ עד דזכה בו הזוכה עדיין הם קיימי ברשות הלוה וכיון דיש לו שעבוד הגוף על

הלוה ע"כ ממילא יש לו שעבוד נכסי על קרקעות הלוה והכל ברשות אחד ואף לפמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג דביאוש נפק מרשות בעלים מיד כמו בהפקר ודלא כהנתיבות הנ"ל מ"מ הא כיון דיש לו שעבוד הגוף על הלוה ממילא יש לו שעבוד נכסי על מה דנתייאש דמצטרפים ביחד שעבוד הגוף שלו להשעבוד נכסי אף דאינם ברשות אחת והא דחידש רש"י דמצד אינו ברשותו אתו עלי' היינו היכא דמת הלוה ואפ"ה טריף מהלוקח בזה הוצרך רש"י לחדש דמן דין מוכר אינו ברשותו אתו עלי':

אך באמת כבר נתבאר דאף עפ"י שיטת הר"ן והסמ"ע בסי' ס"ו כנ"ל ג"כ מוכח דאף היכא דמת הלוה ג"כ יהי' מצי טריף מן הזוכה מיאוש כמו דחזינן בנכסי הגר דהזוכה מחוייב לשלם להבע"ח משום מזיק שעבודו וכמש"כ לעיל בארוכה אף דלא שייך לומר דנעשה לדבר דאינו ברשותו ע"י השעבוד א"כ ה"ה ביאוש א"כ מוכח מכל הנ"ל דלא כהנתיבות אלא העיקר כהתומים דבע"ח טריף מן הזוכה מיאוש:

כבר כתבתי לעיל דבמדינתינו לא משכחת הך דין דזוכה בנכסי הגר כלל לפי דאנו מצווים לשמור כפי חוקי אדונינו הקיר"ה וכדכתיב אני פי מלך שמור וכמש"כ במק"א לבאר זה ודינא דמלכותא דינא:

סימן ב:

הנה עיקר פלוגתא אי שעבודא דאוריתא או לא זה אינו שייך רק אי לגבות מלקוחות או מיורשים אבל מיניה דידי' ודאי גובין ונחתינן לנכסיו מה"ת לכ"ע כמש"כ הרמב"ן בחי' סוף ב"ב דכיון דכופין לו בגופו לקיים מ"ע דפריעת בע"ח ע"כ נחתינן לנכסיו דעד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו כו' וכ"כ הר"נ בכתובות פ' יו"ד וכ"כ הריטב"א בקידושין ד' י"ג ובכתובות ד' פ"ו בריטב"א וזהו כוונת התוס' בב"ב ד' קע"ה ע"ב ד"ה ד"ת כו' דכתבו דמיני' פשיטא דגבי כו' וכ"כ בשיטה מקובצת לכתובות ד' פ"ו והביאו למה שכתב רש"י בכתובות ד' פ"ו דמצות עשה דפריעת בע"ח הוא מן הן שלך צדק והשיגו עליו אלא דעיקר מ"ע הוא מן מה דכתיב יוציא אליך העבוט החוצה וזהו המקור למ"ע דפריעת בע"ח:

ובתשובת הרדב"ז ח"ב סי' תר"י כתב דמ"ע דפריעת בע"ח הוא מן והשיב את הגזילה כו' והביא כן בשם הרמב"ם פ"ז ה' גניבה יע"ש ולא הביא לדברי הרמב"ן וש"פ הנ"ל דלא כתבו כן:

ענף א:

והנה ביו"ד סי' קס"א סעי' ה' גבי ריבית קצוצה דקיי"ל דיוצאה בדיינים משום מ"ע וחי אחיך עמך דכופין ומכין אותו שיקיים מ"ע זו אבל אין יורדין לנכסיו וזהו מן מה שהובא בבית יוסף שם בשם הרשב"א והר"נ ובנ"י רפ"ה דב"מ לפי דבריבית ליכא שעבוד

ניכסי דהא לדידי' אזהר רחמנא לברי' לא אזהר רחמנא ואם הי' שעבוד נכסי היו בניו משועבדים ג"כ אלמא דס"ל להר"נ והרשב"א והמחבר דהיכא דליכא שעבוד נכסי דלא נחתינן לנכסיו אלא דכופין לו שיקיים מ"ע זו אבל אין יורדין לנכסיו ולומר דעד שנכפהו בגופו תהא כופהו בממונו משום דאין כח לב"ד לירד לנכסיו ולהחליטו בע"כ להתובע. א"כ ממילא ה"ה למ"ד דס"ל שעבודא לאו דאורייתא אין יורדין לנכסיו בכל חוב ותקשה מכל הפוסקים הנ"ל דכתבו דגם למ"ד שעבוד לאו דאורייתא דנחתינן לנכסיו וגם הא אמרו בכמה דוכתי מיניה אף מגלימא דעל כתפי' דשמעות הפשט הוא דיורדין לנכסיו לכ"ע וסתרי דברי הר"נ להדדי דהא הר"נ פ' יו"ד דכתובות כתב דלכ"ע נחתינן לנכסיו במ"ע דפריעת בע"ח כנ"ל ואלו הכא בריבית כתב הר"נ בחי' לב"מ רפ"ה דאין יורדין לנכסיו כנ"ל וזהו קושיא חמורה ואחר שנתקשיתי בזה ראיתי להקצה"ח בשי' ל"ט סוף ס"ק א' שנשאר בצ"ע כן וגם העיר בזה מהא דקיי"ל בחוב צדקה דיורדין לנכסיו והוכיח מזה דבצדקה איכא שעבוד נכסי יע"ש וכבר הקדימו המחנה אפרים ה' ריבית סי' א' שהעלה להוכיח מכל זה דגם גבי ריבית יורדין לנכסיו דזהו בתורת כפיי' לגופו יע"ש: ולענ"ד נראה לתרץ דברי הראשונים והמחבר ביו"ד דכתבו דבריבית אין יורדין לנכסיו ולא סתרי לדבריהם כלל והוא כי הסברה נותנת דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אין כח לב"ד לירד להנכסים דמי נתן להם כח וזכות ליקח ממון אחרים ולהחליטו בע"כ להתובע והא חפץ בלא שומא והחלטה הוא בגזל ביד התופסו דמאן שם לך כמבואר בכתובות ד' צ"ח ובתוס' שם ד"ה דאמרי לי' מאן שם לך כו' שאין אדם יכול לזכות בקרקע חבירו אם לא יחזיקוהו בה ב"ד כו' ועיין בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' מזה ומסברא בלא ראי' מוכרחת מאיזה דרשא אין לנו לומר כן אלא מבעי לן לומר דהב"ד יכפוהו עד שיתרצה לשלם לבע"ח מרצונו וכעין הא דב"ב ד' מ"ח דאמרו שם כופין אותו עד שיאמר רוצה אני ואף די"ל דשא"ה דכתיב לרצונו מ"מ מצד הסברא אין לנו לומר בלא הוכחה מקראי דיהיה כח לב"ד לירד להנכסים בע"כ ולדון בזה להא דאי' בגיטין ד' ל"ו דאמר ר' יצחק מניין שהפקר כו' שנאמר כל אשר לא יבא כו' וכמבואר ברמב"ם ה' סנהדרין פ' כ"ד ה' ו'. זה אינו שייך רק במקום איזה מיגדר מילתא ולחזק הבדק כו' כמבואר שם והא ע"י הפקר כו' לא יהי' יוצא הבע"ח להמצוה דפריעת בע"ח דהא הבע"ח זוכה מהפקרא ודוחק לומר די"ל דאחר דיזכה מהפקר ימחול החוב להנתבע ומחילה הא מהני ג"כ לצאת ידי השבה אף בגזילה כמבואר בב"ק ד' ק"ג דז"א מכמה טעמים:

ויש לי כמה דרכים בזה אך העיקר מה שנלע"ד והוא כי זה לשון הרמב"ן בחי' סוף ב"ב בד"ה הא דאמר רבה אינו גובה אלא מב"ח הכי פירושו שכופין אותו לקיים מ"ע דפריעת

בע"ח כו' אלמא לרבה אפי' מב"ח שעבודא לאו דאורייתא אלא מצוה איכא ואיכא דקשיא לי' ומי איכא למימר דמדאורייתא לא נחתינן לנכסיו והא כתיבו תשלומין בתורה מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם חיים שנים ישלם שלם המבעיר את הבעירה ונתן בפלילים בכולהו אבות נזקין ובארבעה שומרין תשלומין כתיבי ושעבודא לאו דאורייתא בנזקין נמי איתמר בשמעתין דהוינא יורשי בעל הבור חייבין לשלם ולדידי לא קשיא דאנן הכי קאמרינן כיון דפריעת בע"ח מצוה מה"ת וכופין על מצות עשה אף אנו יורדין לנכסיו ומקיימין לו מ"ע שלו בעל כרחו כו' ב"ד יורדין למיטב שלו ומקיימין לו מצותו כו' עכ"ל הרמב"ן וחזינן דכתב הרמב"ן להוכיח מפשטי' דקראי להך מילתא דנחתינן לנכסיו אף אי שעבודא לאו דאורייתא ועפ"ז סתר הרמב"ן למה שרצה מתחלה לדון דלמ"ד של"ד לא ניחות לנכסיו דהא כתיבי תשלומין בתורה כו' ודברי הרמב"ן הנ"ל צריך ביאור דמאיזה משמעות מוכיח מקראי הנ"ל דנחתינן לנכסיו ואפשר דכוונתו הוא ע"פ הא דב"ק ד' ז' ע"א רמי לי' אביי לרבא כתיב מיטב שדהו ישלם כו' לא קשיא כאן מדעתו כאן בע"כ כו' דיקא נמי דכתיב ישלם בע"כ א"ל אביי מי כתיב ישולם ישלם כתיב מדעתו משמע ורש"י כתב שם דבע"כ דאטרחי' לב"ד והשמ"ק שם הקשה ע"ז ופירש דבע"כ היינו מה דב"ד גובין מנכסיו ע"ש. והתוס' שם בד"ה ישלם מדעתו כו' הקשו מהא דחולין ד' ק"ל דישלם בע"כ משמע כו' ולכאורה י"ל בזה דדוקא אביי ס"ל דישלם מדעתו אבל רבא לא ס"ל כן ורבא הוא דמחלק דכאן בע"כ ושם בחולין ד' ק"ל רבא הוא דקאמר תנא תני ישלם כו' אבל באמת שפיר הקשו התוס' דהא בב"ק שם ע"ב דאמרו מ"מ קשיא ואמר רבא כל דיהיב לי' ממיטב כו' אלמא דרבא עצמו לא ניחא לי' בחילוק הנ"ל לאחר דהקשה אביי כן אך י"ל דרש"י בב"ק שם בד"ה ישולם כו' נתכוין לתרץ לקושיות התוס' הנ"ל והוא כי ז"ל רש"י ישולם משמע ע"י אחרים דב"ד יורדין לנכסיו דמזיק אבל ישלם משמע נמי מדעתו עכ"ל הרי דכתב רש"י דישלם משמע נמי מדעתו משום דעי"ז מתורץ קושיות התוס' הנ"ל ובחולין ד' ק"ל בתוס' שם די"ל דס"ל להש"ס דישלם משמע בע"כ ומשמע נמי מדעתו דישלם משמע דקאי על ב"ד דיראו להשתדל שישולם לפי דהוא לשון נסתר. ומדלא כתיב ישולם ע"כ משמע נמי מדעתו ולכן שפיר הקשו בחולין תנא תני ישלם כו' משום דיש בו משמעות על בע"כ ג"כ ודוקא משלם אין הכרח משמעות על בע"כ וכמש"כ התוס' בב"מ ד' צ"א לתי' קמא ע"ש:

וי"ל דס"ל להרמב"ן ג"כ כשיטת רש"י הנ"ל דפשטות הלשון דישלם משמע על בע"כ כמבואר בחולין ד' ק"ל וע"כ שפיר כתב הרמב"ן להוכיח מן מה דכתיב ישלם כמה זימני דנחתינן לנכסיו וכן מן מה שהביא הרמב"ן שם ונתן בפלילים להוכיח מזה דנחתינן

לנכסיו הכוונה הוא דהא פלילים הוא לשון דיינים כמבואר במגילה ד' ט"ו ובסנהדרין ד' קי"א וכוונת הפסוק ונתן בפלילים הוא לאשמועינן דהנתינה הוא ע"י ב"ד היינו דיהי' יורדין לנכסיו דאל"כ מאי אשמעינן בזה דאלו לכופו שיכפוהו לקיים מ"ע זו אין אנו צריכים לזה דהא הדין כן הוא בכל מ"ע דמכין אותו והך ונקרב אל האלהים הוא לאשמועינן דבעי ב"ד סמוכין אבל בהך פלילים מהו ולכן שפיר הוכיח מזה הרמב"ן דזהו פשטות הלשון דב"ד יורדין לנכסיו ובמכילתא פ' משפטים פרשה ח' דרשו לדרשא אחרת להך ונתן בפלילים ע"ש עכ"פ מצינו להרמב"ן דס"ל להוכיח מן פשטיה דקראי דב"ד יורדין לנכסיו לכ"ע אף למ"ד של"ד משום דגם זהו בכלל כפיי':

ענף ב:

ולכן לפי מה דנתבאר בשם הרמב"ן שכתב למילף מן פשטי' דקראי דב"ד יורדין לנכסיו ע"כ אתי שפיר לתרץ מה שהקשיתי על מש"כ הר"נ והרשב"א והמחבר ביו"ד גבי ריבית דאין יורדין לנכסיו אף דכופין ומכין לו שיקיים מ"ע וחי אחיך עמך כיון דליכא שעבוד נכסי דמ"ש זה מכל בע"ח למ"ד של"ד דמ"מ ס"ל דיורדין לנכסיו משום דיש לומר דבאמת מצד הסברא הוא דכ"ז דליכא ילפותא דיורדין לנכסיו דאין כח לב"ד רק לכופו שיראה בעצמו לקיים העשה ע"י מעשיו אבל מי נתן כח לב"ד שיהי' יכולת בידם להחליט ממון של הנתבע ולמוסרו ליד התובע שיהיה יכול להשתמש בו בלא רשות הנתבע רק כיון דמצינו באמת מן ילפותא דקראי הנ"ל שכתב הרמב"ן הנ"ל דמוכח מזה דהתורה מסר דבר זה לב"ד דיש להם כח למיחת לנכסיו ע"כ ודאי דיורדין לנכסיו וי"ל דבאמת למ"ד ש"ד דהוכיח זה מהך ילפותא דנקט הרמב"ן דמצינו דיורדין לנכסיו דמזה מוכיח הך מ"ד דש"ד דאל"כ מאיזה כח יורדין ב"ד לנכסיו ומה דהוכיח הרשב"ם סוף ב"ב מן יוציא אליך העבוט כבר הקשו ע"ז התוס' והראשונים ועיין מזה בחי' פני יהושע לח"מ סי' ל"ט ומאן דס"ל ש"ד אינו מחלק בין מלוה הכתובה בתורה או לא וכמש"כ הרמב"ן כנ"ל אבל מאן דס"ל של"ד טעמו דהא דגזרה התורה דב"ד יורדין לנכסיו דאין זה מצד שעבוד נכסי רק מצד כפיי' דעד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו כמש"כ הר"נ והרמב"ן והריטב"א א"כ לדינא למאי דס"ל להרמב"ן דש"ד וכן ס"ל להריטב"א כמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' בשמם וכן ס"ל להר"נ בכתובות בסוגיא דבע"ח מאוחר שגבה כו' שם ד' צ"ד דכתב שם ג"כ דקיי"ל לדינא דש"ד וכיון דס"ל דש"ד ע"כ שפיר י"ל דהיכא דלא הוי שעבוד נכסי כמו בחוב ריבית דבזה מוקמינן אסברא דאין כח לב"ד לירד להנכסים רק יכולת בידם לכפותו בהכאות שיקיים מ"ע וחי אחיך עמך אבל לא נחתינן לנכסיו דהא להך שיטה דס"ל ש"ד אין לנו הוכחה דאמרינן עד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו אלא

י"ל מסברא דכ"ז שאינו מקיים בעצמו מ"ע זו דלא נתקיים מ"ע זו ע"י מה דב"ד ירדו לנכסיו וגם אין כח להם בזה והא דמצינו להנך קראי דב"ד יורדין לנכסים י"ל דזהו משום שעבוד נכסי למאן דס"ל ש"ד וע"כ בחוב ריבית דליכא שעבוד נכסי לא מצינו דיהיו כח לב"ד לירד לנכסיו אך למ"ד דס"ל של"ד שפיר יש להוכיח לדידי' דאף היכא דליכא שעבוד נכסי יורדין לנכסיו מן הנך ילפותא מקראי דכתב הרמב"ן כנ"ל ומשום דין כפיי' דעד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו:

אבל לדינא דס"ל ש"ד שפיר כתבו דבחוב ריבית אין יורדין לנכסיו דלא מצינו זה מן איזה הוכחה מקראי ומסברא בעלמא אין לנו לומר כן והוי כמו כל מ"ע דב"ד מכין לו שיקיים במעשה עצמו להעשה וה"ה במצות עשה דממונא דמ"ש:

ואף די"ל דשאני בזה לפי מה דקיי"ל דמהני מחילה בריבית ג"כ עכ"ז מנלן דיש כח להם לירד לנכסיו ולכן שפיר כתבו הפוסקים הנ"ל דאין יורדין לנכסיו בריבית:

ועוד נלע"ד לחלק בין חוב ממון לחוב ריבית דהא י"ל דוקא בחוב נזקין דכתיב לשון ישלם וכן חוב הלואה דכתיב יוציא אליך העבוט דזהו בלשון נסתר ע"כ הרשות ביד ב"ד למיחת לנכסיו דהתורה מסרה דבר זה להדיינים שיראו שישלם הלוה והניזק את חובו ויהי' משולם החוב עכ"פ אבל במצות עשה דריבית דכתיב וחי אחיך עמך דזהו לשון נוכח ע"כ הוי זה כמו כל מ"ע דמצה וסוכה ולולב וכה"ג דאין כח להב"ד להיות יורד לנכסיו בע"כ אף היכא דעי"ז יקיים להמצות עשה כדמשכחת לי' זה בכמה גווני ולהסוברין אנסוהו לקנות קני וקצרתי רק דהיכולת ביד ב"ד על כל מ"ע לכופו שיאמר רוצה אני וה"ה במ"ע וחי אחיך עמך דהוי לשון נוכח הוי מצוה מוטלת על כאו"א בעצמו שיקיים זה דוקא ולכן שפיר כתב הריטב"א בקידושין ד' י"ג ע"ב בזה"ל דעד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו כיון דמצוה דממון הוא עכ"ל הכוונה הוא דהמצוה דממון מוטלת על הב"ד שיפקחו בזה להיות יורד לנכסיו ג"כ וכמש"כ וזהו כוונת הרמב"ן בחי' סוף ב"ב דכתב דמן לשון ישלם מוכח דנחתינן לנכסיו דעיקר כוונת התורה בממון הוא שיראו שיהי' הממון ביד התובע ויהיה מסולק ממנו עכ"פ הן מפאת מעשה עצמו והן מפאת מעשה אחרים משא"כ בכל מ"ע בעינן דיקיים בעצמו מרצונו להמצות עשה וה"ה בריבית דכתיב בלשון נוכח כנ"ל [וכש"כ לשיטת הגאונים ז"ל דס"ל דלא מהני מחילה בריבית כמבואר שיטתם בטור יו"ד סי' ק"ס וודאי יש לדון לכל מש"כ משום דאין לחלק ביניהם אך אף לפי שיטת החולקים בזה מ"מ י"ל בקצרה דכיון דנכתב בלשון נוכח אין כח לב"ד על הממון רק לכפותו שיקיים בעצמו] אך העיקר כמש"כ מתחלה לתרץ זה הקושיא של המח"א והקצה"ח הנ"ל:

ולכאורה יש מקום לומר בחוב ריבית דלכן לא יהיה כח לירד לנכסיו משום דהא מבואר בב"ק ד' פ"ד דבזה"ז דליכא סמוכין אין דנין מילתא דלית בי' חסרון כיס כמו בושת וכה"ג וכמבואר בסי' א' וכן חוב ריבית כיון דאם לא אסרה התורה ליקח ריבית היה יכול המלוה להוציא הריבית שקצץ אף ע"י דיינין וכמבואר כה"ג במכות ד' ג' דמעידני באיש פ' שחייב כו' ע"מ ליתן לו מכאן עד שלשים יום דאומדין כמה אדם רוצה ליתן ויהי' אלף זוז בידו כו' ועיין מזה במל"מ פ"ז ה' מלוה ה' י"א שהביא בשם תשובת מיימוני במעשה בראובן שהשכיר מלמד לבנו כו' דדן ה"ר ר' אלעזר דחייב ליתן לו הריוח שהי' יכול להרוויח במעותיו מאותו זמן כו' ע"ש ועיין בב"מ ד' ס"ב דאמרו כל שבדיניהם מוציאין מלוה למלוה כו' אלמא בתביעת רבית של המלוה להלוה היה בחוב גמור על הלוה ליתן להמלוה רק מחמת האיסור שאסרה התורה מחוייב המלוה להחזיר להלוה הריבית שלקח מהלוה ע"כ י"ל דזה החוב ריבית לכה"פ לא מקרי חסרון כיס וכמו חוב בושת דאף דעכשיו חייבה התורה ליתן בושת לחבירו מ"מ לא מקרי חסרון כיס וע"כ י"ל דע"ז אין כח לדיינים בזה"ז לדון חוב כזה והא דאמרו בחוב ריבית דב"ד היו מכין לו שיקיים מ"ע זו יש לי כמה דרכים ליישב זה אך באמת אין זה במשמע מכל הראשונים כי באמת אף חוב ריבית הוי כמו חסרון כיס וכמו כל גזילה כדאמרו בריש פ"ה ל"ל לאו בגזל לאו בריבית כיון דלקח הריבית באיסור הוי אז כמו גזילה כיון דהי' בעיני' אצל הלוה ואינו דומה לחוב בושת דלא הי' בעיני' מעולם אצל התובע וע"כ שפיר י"ל דדינם כמו כל חוב גזילה דדנין אף בזה"ז וכמבואר בסי' א' סעי' ג' ובש"ך שם ס"ק ט' ולכן התוס' בסנהדרין ד' ג' ד"ה שלא תנעול כו' דהקשו איך דנין דיני רבית והא הגזלנין ומלוי בריבית שהחזירו אין מקבלין מהם כו' אבל זה לא הקשו דאיך דנין דיני ריבית והא הוי מילתא דלית בי' חסרון כיס כנ"ל:

וע"כ מוכח דס"ל ג"כ כיון דלקחן בעיניו באיסור הוי זה ג"כ בגדר חסרון כיס ולכן נדחה כל זה אך העיקר כמש"כ לעיל:

ובעיקר דברי הראשונים הנ"ל שכתבו דאף למ"ד של"ד דנחתינן לנכסיו בתורת כפיי' הנה מן הרא"ש כתובות פ"ט סי' י"ג משמע דלא ס"ל כן דז"ל שם א"ל לר"פ לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה אמר לא ניחא לי' כו' היכא דאית לי' ללוה לא קא מיבעיא לי' דפשיטא דיורדין לנכסיו כו' ור"פ גופי' הוא דאמר מלוה בע"פ גובה מיורשין דש"ד וכיון דמשעבדי נכסיו נחתינן לנכסיו כו' עכ"ל הרא"ש הרי דס"ל להרא"ש דדוקא אי ש"ד ומשעבדי נכסיו נחתינן לנכסיו אבל אם לא משעבדי נכסיו לא נחתינן לנכסיו ולא ס"ל לשיטת הרמב"ן והריטב"א והר"נ הנ"ל וכן ראיתי בספר רביד הזהב פ' תצא על

פסוק יוציא אליך העבוט דכתב הבעה"ת דהיו מכין לו ולא נחתינן לנכסיו אי של"ד ע"ש ובאמת גם הר"נ בכתובות פ"י כתב בדרך אפשר דמתורת כפיי' יורדין לנכסיו דעד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו כו' אלמא דלא ברירא לי' הך סברא כ"כ וכן כתב בטור ח"מ סי' רע"ח בשם הרשב"א סעי' י"א דלמאן דס"ל של"ד לא נחתינן לנכסיו רק כופין לו בשוטים וכ"כ השמ"ק לב"ב ד' קכ"ד ע"א בשם הרשב"א ע"ש שכתב כן בשיטת ה"ר יוסף הלוי:

ענף ג:

ויש להעיר בהא דמבואר בסי' ק"א שהובא בבית יוסף שיטת הר"נ והרמב"ן דס"ל דאין בשטרות דין גובייגא דמילי לא משתעבדי רק דכופף ראשו לגדולי המורים כו' והר"נ פי"ג דכתובות הוכיח כן מהא דב"ק דפ"ט וכ"כ בחי' הרשב"א לב"ק ד' פ"ט דאין ב"ד יכולין להגבות שטרות בע"כ משום דהוי מילי ולא משתעבדי דאל"כ אמאי הוי פגיעתה רעה הא יכולין ב"ד להגבות ולא תהיה יכולה למחול כו' והובא שיטתם בש"ך סי' ק"א ס"ק ג' ע"ש והא חזינן דלכ"ע יכולין ב"ד לכוף להלוה עצמו שימכור השטרות שיש לו לאחרים ולהגבות להמלוה כדפריך הש"ס בב"ק שם דתזבין כתובתה בטובת הנאה כו' ט"ה מילי נינהו ומילי לא משתעבדי אלמא לא מילי דמזדבני בדינרי נינהו כו' אלמא דאף דדין שעבוד ליכא על הטובת הנאה משום דהוי מילי מ"מ יכולים לכוף להלוה שימכור בט"ה משום פריעת בע"ח מצוה וכופין לו כמו על כל מ"ע ולפ"ז תקשה על מש"כ הרמב"ן והר"נ בפשיטות דב"ד אין יכולין למכור ולהגבות השטרות לפי דהוי אין גופו ממון ומילי לא משתעבדי ולכן אין בשטרות דין גובייגא והא כתב הרמב"ן והר"נ דאף למ"ד של"ד מ"מ נחתינן לנכסיה בתורת כפייה א"כ ה"ה בשטרות אף דהוי מילי ולא משתעבדי מ"מ יכולים להגבותם בתורת כפייה ועד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו ותקשה על הרמב"ן והר"נ איך כתבו בפשיטות דהסברא נוטה דאין בשטרות דין גובייגא ומזה נראה להכריח כשיטת הסוברים דיכולים לגבות שטרות אף בע"כ של הלוה משום דיש בשטרות דין גובייגא וי"ל דמן דין כפייה נגעו ביה:

נראה לי לתרץ ע"פ מש"כ לעיל והוא דהא באמת קיי"ל דאף במטלטלי יורדין להם ומחליטין אותם להמלוה או למוכרן עבור הבע"ח וקשה הא מטלטלי לא משתעבדי ואין עליהם דין שעבוד כלל ומ"מ יורדין ב"ד להם א"כ לפמש"כ לעיל דהך מילתא דכתבו הראשונים הנ"ל לדון תורת כפייה במה שיורדין ב"ד לנכסיו אף אם לא משתעבדי דזה אינו רק למ"ד של"ד אבל למ"ד ש"ד אינו מוכרח כ"ז די"ל באמת דהיכא דלא משתעבדי אין כח לב"ד לירד לנכסיו והא דנחתינן לנכסיו כדמוכח מפשטות דקראי שכתב הרמב"ן

כנ"ל זהו משום תורת שעבוד נכסי א"כ לפ"ז היכא דלא משתעבדי אין ב"ד יכולים לירד להם בע"כ ותקשה דאיך יורדין ב"ד למטלטלין של הלוה הא אף למ"ד ש"ד אינו חל השעבוד רק על קרקעות ואפשר לומר בזה לפמש"כ הרשב"א והובא בקצה"ח סי' ל"ט וסי' צ"ה דמה"ת אף מטלטלי משתעבדי והא דמטלטלי לא משתעבדי אין זה רק מדרבנן וכן מצינו בסי' ק"ד סעי' א' דס"ל להמחבר דאף במטלטלין יש דין קדימה לבע"ח מוקדם נגד בע"ח מאוחר וכמש"כ הרמב"ן בתשובה והובא בסמ"ע שם ס"ק א' ע"ש:

וי"ל דטעמם דאף דמטלטלי לא משתעבדי עכ"ז בכזה מוקמינן אדאורייתא ודוקא במקום טורפא ממשעבדי ומיתמי תקנו חז"ל דמטלטלי לא משתעבדי וכן מוכח מן שיטת הרשב"ם בב"ב ד' קע"ה ד"ה שעבודא דאורייתא דכתב דמן יוציא אליך העבוט נפקא. וכ"כ רש"י בב"מ ד' ס"ז ע"ב ד"ה אין בע"ח גובה כו' והפני יהושע בחי' על סי' ל"ט ביאר דברי הרשב"ם בטוב טעם ע"ש וכ"כ הלבוש בסי' ל"ט סעי' א' דמה"ת אף מטלטלי משתעבדי דמן יוציא אליך העבוט נפקא וזהו כשיטת הרשב"ם הנ"ל. ובמק"א הארכתי בזה וע"כ י"ל דמה"ט נחתינן לנכס אף במטלטלי אף דמטלטלי לא משתעבדי דבכזה מוקמינן אדאורייתא אבל בשטרות כיון דמילי לא משתעבדי לכן שפיר ס"ל להנך ראשונים דאין בשטרות דין גוביינא דב"ד כן י"ל לכאורה בזה: אבל העיקר מה שנלע"ד ברור בזה דלכן במטלטלי יורדין ב"ד לנכסיו אף דנימא דאין תורת שעבוד על מטלטלי אף מה"ת כמש"כ במק"א משום דהא אמרינן בב"מ ד' קי"ג דשליח ב"ד ממשכנו והטעם הוא דהא קיי"ל דבע"ח קונה משכון וע"י שליח ב"ד ודאי דקני משכון ביותר כמש"כ הנימוקי יוסף בפ"ק דב"מ והובא בקצה"ח סי' ע"ב ס"ק ב' ועיקר הטעם מה די"ל דלא נחתינן לנכסים היינו בשביל דליכא שעבוד נכסי למ"ד דס"ל של"ד ע"כ אין כח לב"ד להחליט החפץ להמלוה וכמש"כ לעיל אבל במטלטלי דקני משכון א"כ לאחר דהשליח ב"ד נוטל המשכון נקנה החפץ להמלוה בתורת בע"ח קני משכון ולאחר דקונה המשכון שפיר יכולים הב"ד להחליט ולהקנות לו המשכון דהא היכא דאיכא שעבוד נכסי יכולים הב"ד לירד לנכסיו לכ"ע וכש"כ היכא דקני לי' בתורת בע"ח קונה משכון דודאי יכולים הב"ד להחליטו להבע"ח וי"ל דזהו כוונת רש"י ב"מ ד' ס"ז ע"ב ד"ה אין בע"ח גובה כו' והא דשקלי וטרו הראשונים אי נחתינן לנכסיו למ"ד של"ד זה אינו רק בקרקעות דהא בקרקע לא שייך בע"ח קונה משכון כמש"כ התוס' בב"מ ד' ס"ז ע"ב ד"ה ושביעית משמטתה כו' וע"כ אין יכולת ביד ב"ד למיחת לקרקעות כיון דלא הוי שעבוד נכסי א"כ אין יכולת ביד ב"ד להחליט ולהקנות הקרקע להבע"ח וע"כ אין שום תועלת במה שיקחו הקרקעות מן הלוה אבל במטלטלי דקני משכון שפיר יכולים למשכנו ולהחליטו להמלוה וכן הוא

כוונת הרא"ש בכתובות פ"ט ה' י"ג דכתב היכא דאית ליה נכסי כו' יורדין לנכסיו דכתיב לא תבא כו' אבל שליח ב"ד נכנס ור"פ גופיה דאמר ש"ד וכיון דמשעבדי נכסיו נחתינן לנכסיו עכ"ל וי"ל דכוונתו דמתחלת דבריו דמיירי במטלטלין דהביא הא דב"מ דשליח ב"ד נכנס א"כ בזה לכ"ע יורדין להגבותן להבע"ח כיון דקני משכון כבר ואח"ז קאי על קרקעות דיורדין להם ע"ז כתב דזה תליא אי ש"ד:

ועכ"ז אתי שפיר מש"כ לעיל דהנכון עם הראשונים דס"ל דאין יורדין להנכסים בחוב ריבית כיון דלא הוי שעבוד נכסי ומטעם זה אף במטלטלין אין יורדין בחוב ריבית ולא שייך לומר ביה קונה משכון דלא מבעיא לפי מה שכתבתי בקונטרס בתפיסה בדררא דממונא דיש מקום לומר דלא אמרינן בע"ח קני משכון רק בחוב הלואה ודאי א"ש כל מש"כ ואף לדעת הראשונים דס"ל דאף בחוב שאינו הלואה ג"כ קני משכון ומה"ט אף בחוב נזקין ושכירות וכהנה ג"כ קני משכון. מ"מ י"ל דהא הך מילתא דבע"ח קונה משכון זהו רק משום זכות שעבוד דיש להמלוה על המשכון וכמש"כ התוס' בב"ק ד' מ"ט ע"ב ד"ה משכונו כו' דאין לו קנין בגוף המשכון רק שעבוד אלים כו' וכ"כ הנימוקי יוסף ובחי' הרשב"א לב"ק שם וכ"כ המ"מ והובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ט:

ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' ובש"ך סי' פ"ז ס"ק ד' ואכמ"ל וכיון דעיקר זכות דבע"ח קונה משכון אין זה רק בתורת שעבוד אך דהוי שעבוד אלימא מקרקעות ולכן כיון דבחוב ריבית לא משתעבדי נכסיו ע"כ לא שייך לדון בזה בע"ח קונה משכון וע"כ שפיר כתבו דבחוב ריבית אין יורדין לנכסיו ולא חילקו בין קרקע למטלטלי אבל היכא דשייך לדון בע"ח קני משכון שפיר יש לחלק בין קרקעי למטלטלי למ"ד של"ד רק משום תורת כפייה י"ל דנחתינן כנ"ל וכן יש לומר דמש"כ הר"ן בפ"י דכתובות בסוגיא דההוא גברא דשביק קטינא דארעא דלמ"ד דס"ל של"ד כל היכא דליתיה קמן אין יורדין לנכסיו אלא בדאיתא כופין לו בין בגופו ובין בממונו דמצוה דאורייתא היא כו' עכ"ל דז"א רק בקרקעי אבל במטלטלי י"ל דאף אם אינו לפנינו ממשכין אותו כיון דקני משכון ע"כ שפיר יכולין להחליטו ולמוכרו בתורת שעבוד אך עיקר דברי הר"ן הנ"ל תלוי בהא דמבואר בכתובות ד' פ"ח דאמר רב אחא דל"ש אלא כתובה אבל בע"ח לא וכמש"כ התוס' והרא"ש שם בשם ר"ח והובא בטור סי' ק"ו אבל לפי מה שפסק הרי"ף והרמב"ם והמחבר בסי' ק"ו כרבא אמר ר"נ דאף בבע"ח נפרעין שלא בפניו א"כ ליתיה לדינא למש"כ הר"נ וגם הא מבואר בתוס' גיטין ד' נ' ד"ה כיון דדיניה כו' דר"נ ס"ל של"ד והובא בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' ועכ"ז ס"ל לר"נ דנפרעין שלא בפניו בבע"ח אך י"ל דשא"ה כמו דאמרו שם הטעם דשלא יהא כ"א נוטל כו' ומשמע דמן הדין אין גובין שלא בפניו אף דהוי שעבודא דרבנן

לכ"ע כמש"כ במק"א ואכמ"ל וי"ל דכוונת הר"ן הוא דמה"ת אין יורדין שלא בפניו כיון דלא שייך כפייה בשלא בפניו אבל מדרבנן שפיר יורדין אף שלא בפניו אף למ"ד של"ד. וכן י"ל במש"כ לעיל בשם רביד הזהב שהביא בשם בעה"ת דס"ל דלא נחתינן לנכסיו כיון דשל"ד דז"א אלא מה"ת אבל מדרבנן שפיר יורדין לנכסיו אף היכא דלא כפינן על המ"ע וכמש"כ הב"י בסי' ק"ו בשם בעה"ת דמסיק אבל הרי"ף כתב דנפרעין שלא בפניו וכ"כ הרמב"ם עכ"ל וכ"כ הטור שם בשם בעה"ת וספר בעה"ת אינו ת"י (והא דאמרו הטעם דנפרעין שלא בפניו משום שלא יהא כ"א נוטל כו' דמשמע דמן הדין אין יורדין שלא בפניו דאין לומר דזהו משום דר"נ ס"ל של"ד כנ"ל דז"א דהא רבא אמר זה שם בשם ר"נ והא מבואר בגיטין דף נ' בתוס' שם דרבא ס"ל ש"ד וכמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' מזה וע"כ מוכח דלכן לולא התקנה אין נפרעין שלא בפניו דזהו מטעם דאמר רבא בערכין דף כ"ב דחיישינן לשובר ע"ש] ועיין בח"מ סי' קס"ד ובבית יוסף שם גבי הבית והעלייה ובירושלמי פ' י' דב"מ ובירושלמי פ"ז דשבועות ואכמ"ל: ענף ד:

נחזור לענייננו דנתבאר דלכן יורדין למטלטלין אף. דמטלטלי לא משתעבדי וכן אף לאחר דתקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי מ"מ הא באמת אין דין שעבוד עליהם כמבואר בסי' ק"ד דאין דין קדימה במטלטלין כדקיי"ל לדינא רק תקנת הגאונים היה דכיון דבחייו היו נפרעין ממטלטלין דממילא מחמת נעילת דלת יהיו נפרעין אף מן יורשים ועיין בסי' ק"ז בסמ"ע ס"ק ג' ובש"ך שם ס"ק ב' ומש"כ שם בשם הרא"ש לכתובות ובאו"ת שם ס"ק ד' וקצרתי אך דעיקר הטעם הוא משום בע"ח קונה משכון כנ"ל וכן מבואר בסי' צ"ז סעיף ט"ז דהממשכן בב"ד או מדעת הלוה קונה המשכון דאם מת לא נעשה מטלטלי אצל בניו והא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי זהו משום דלא שייך בע"ח קונה משכון כי אם בחיי הלוה אבל לא במת הלוה כי ביורשין לא שייך בע"ח קונה משכון וזה פשוט:

ולפ"ז מתורץ מה שהקשיתי על שיטת הרמב"ן והר"ן והרשב"א דס"ל דמן הדין שטרות אינן בני גוביינא ואין יכולת ביד ב"ד להגבות שטרות בע"כ של הלוה משום דהוי מילי ואין גופן ממון ולא משתעבדי והקשיתי דלשיטות הר"ן והרמב"ן דס"ל דאף למ"ד של"ד נחתינן לנכסיו בתורת כפייה א"כ ה"ה בשטרות כיון דכפינן להמזיק שימכור השטרות כמבואר בב"ק דף פ"ט גבי כתובה א"כ ה"ה מה"ט יהיה יכולת ביד ב"ד להגבות השטרות בע"כ בתורת דין כפייה אבל לפי מה שנתבאר א"ש והוא דהא חזינן דבחוב ריבית אין יורדין לנכסיו כיון דלא משתעבדי נכסיו וע"כ הטעם כמש"כ דלדינא דס"ל ש"ד אין לנו הכרח דנחתינן לנכסיה בתורת כפייה דמנלן דיש כח לנו בזה והא דנחתינן למטלטלין

אף דלא משתעבדי זהו משום דלאחר דממשכנו נקנה לו בדין בע"ח קונה משכון כנ"ל אבל בשטרות דהוי מילי ואין גופן ממון דלא שייך בהו לדון בע"ח קונה משכון וכמבואר בח"מ סי' ק"ד סעיף ג' דתפס שטרות לא הוי כתפס ממון ויחלוקו וזהו מטעם דלא אמרינן בשטרות קונה משכון דעיקר הטעם דתפיסת בע"ח למטלטלין מהני זהו משום דקני משכון כמש"כ הקצה"ח שם. וכ"כ בביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק כ"א ע"ש וכבר כתבתי לעיל בשם התוס' והרשב"א והנ"י והמ"מ דס"ל דהא דבע"ח קונה משכון זהו בתורת שעבוד כנ"ל וע"כ שפיר כתבו הנך ראשונים דכיון דמילי לא משתעבדי ואין גופן ממון ע"כ לא הוי שטרות בני גוביינא והכוונה הוא דכיון דהוי מילי א"כ לא משתעבדי בתורת משכון ע"כ אין יכולת ביד ב"ד להגבותן ובאמת גם לשיטת הש"ך דכתב דבע"ח קני משכון בגוף החפץ ג"כ לא שייך הך קנייה בשטרות והוי כש"כ בזה והכל חדא טעמא הוא דכיון דהוי מילי ולא משתעבדי וגם הא מבואר בתוס' ב"מ דף ס"ז ע"ב ד"ה ושביעית משמטתה דדוקא משכון מטלטלי דתפיס ביה אמרו ביה דקונה משכון אבל קרקע לא ומה"ט אף שטרות כיון דלא הוי תפוס דהא קיי"ל דשט"ח לא הוי כגבוי ע"כ לא קני משכון בשטרות והא דכתובות דף פ"ה גבי ההיא איתתא דהוי מפקדי גבה מלוגא דשטרי דאם תפסה מחיים גובין אף מן יורשין וכן מבואר בסי' ס"ד הא מירי התם לענין שיהיה יכול להחזיק גוף הנייר וכמש"כ הש"ך בסי' ס"ד ס"ק א' אבל לא לגבותם משום דהוי אין גופן ממון ולא משתעבדי ועיין בסי' נ"ד ש"ך ס"ק ד' מש"כ שם בשם המ"מ וקצרתי: והאו"ת בסי' ק"א ס"ק ד' הביא ראיה דשטרות אית בהו דין גוביינא מהא דכתובות ד' ק' ע"ב דלשטרות מזבנינן בלא אכרזתא וכתבו התוס' שם בד"ה אלו דברים שאין מכריזין עליהם העבדים והשטרות ומטלטלין כו' א"נ דתפסן מחיים כו' אלמא דאית בשטרות דין גוביינא עכ"ל ובאמת אין זה ראיה די"ל ג"כ שם דמירי לענין שומא מה ששוה להחזיק הנייר וכמו הא דכתובות ד' פ"ה וח"מ סי' ס"ד כנ"ל וכמבואר שם להדיא וזה מקרי גופו ממון ומשתעבדי שפיר לענין להחזיק שיווי גוף הנייר דלא יהיה הלוה מחוייב לפרוע להמלוה שלו עד שיוחזר לו גוף הנייר וכמבואר בסי' ס"ו ש"ך ס"ק סמ"ך בשם הב"י בשם בעה"ת:

גם י"ל דהא דכתובות הנ"ל מירי בשעבד בפי' שטרות וכמש"כ שם הריטב"א וידוע מש"כ הרשב"א לחלק דאף למ"ד של"ד מ"מ בשעבוד מפורש שאני וכמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' וה"ה י"ל למאן דס"ל דשטרות לאו בני גוביינא משום דמילי לא משתעבדי היינו דלא משתעבדי ממילא אבל בשעבוד מפורש משתעבדי אך ז"א ברור לפי שיטת הרשב"א והובא בסי' ס"ו ש"ך ס"ק כ"ו דאף שעבדם לשטרות בפי' לא מהני וי"ל דאזיל

לטעמי' דס"ל דלא הוי בני גוביינא וזהו הכל משום חד טעמא משום דמילי לא משתעבדי ובאמת הש"ך דהכריע שם כשיטות הראשונים דס"ל דשטרות משתעבדי באגב י"ל דאזיל לטעמי' דס"ל בסימן ק"א כשיטות גדולי המורים דשטרות בני גוביינא והטעם הוא משום דמשתעבדי והעיקר כמש"כ מתחלה לחלק דלענין לקנות גוף הנייר שאני ובאמת לפ"ז י"ל דהא דמבואר בסי' ק"ד סעי' ג' דתפס שטרות לא הוי כתפס ממון דז"א רק לענין לגבותם אבל לענין החזקת גוף הנייר דינו כמו תפס ממון ואכמ"ל:

ומה שהקשה האו"ת בסי' ק"א ס"ק ד' מהא דב"ק ד' י"ד דת"ר שוה כסף כו' ופריך הגמ' עבדים ושטרות נמי אין להם אונאה כו' דמוכח מהתם דשטרות הוי בני גוביינא וסיים דהוא ראי' מכרעת הנה בזה אין לומר כמש"כ לעיל דמיירי לענין לקנות גוף הנייר דא"כ לא שייך בזה לומר דנקנין בכסף ואין להם אונאה די"ל דדינם כמטלטלי בזה ועיין בש"ך סי' נ"ד ס"ק ד' וקצרתי אך העיקר מה דנ"ל לתרץ קושיות האו"ת הנ"ל והוא דהא נתבאר לעיל דלמ"ד של"ד דמוכח דהא דנחתינן לנכסיו זהו בתורת כפיי' אך לדינא לפי מה דס"ל ש"ד שפיר כתבו דשטרות לאו בני גוביינא ואין ב"ד יורדין להגבות שטרות בע"כ משום דלמ"ד ש"ד אין לנו הוכחה דנחתינן לנכסיו בתורת דין כפיי' ולכן בשטרות כיון דלא משתעבדי ע"כ הדעת נותנת דלא הוי בני גוביינא אבל למ"ד של"ד דהא דנחתינן לנכסיו אף בקרקעות זהו בתורת דין כפיי' א"כ מה"ט אף שטרות הוי בני גוביינא בתורת כפיי' ולכן שפיר פריך הש"ס בב"ק שם עבדים ושטרות כו' דתקשה מן הך ת"ר על המ"ד דס"ל של"ד ודרך הש"ס להקשות גם על המ"ד דלא הוי הלכתא כוותי' וכמש"כ הש"ך בסי' מ"ב ס"ק א' כה"ג ע"ש וכש"כ לפמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' דהך מ"ד דס"ל אין גובין מן העבדים זהו משום דס"ל של"ד ע"ש בקצה"ח ויש"ש א"כ הך סוגיא דב"ק דפריך עבדים נמי וס"ל דאין גובין מן עבדים ס"ל של"ד. ע"כ שפיר ס"ל דשטרות הוי בני גוביינא אצל המזיק בחייו משום דיש למיחת להו בתורת כפיי' כנ"ל ומתורץ קושיות האו"ת: ענף ה:

ועדיין תקשה דלפי מש"כ בשיטות הרמב"ן והרשב"א והר"נ דס"ל דשטרות לאו בני גוביינא נינהו דזהו למ"ד דס"ל ש"ד אבל למ"ד דס"ל של"ד נחתינן לשטרות ג"כ בתורת כפיי' כיון דאמרינן בב"ק ד' פ"ט דכופין להאשה למכור כתובתה משום דהוי מילי דמזדבני בדינרי א"כ מצוה עליו לפרוע החוב א"כ ה"ה דהב"ד יורדין להשטרות בתורת גוביינא א"כ תקשה לפמש"כ הרשב"א והר"נ דאם הי' דין גוביינא בשטרות לא הי' מהני מחילה שלה דדוקא במכירה דהוי דרבנן בזה מצי למחול כמש"כ הרי"ף פ' הכותב והובא בש"ך סי' ס"ו ס"ק א' א"כ לפ"ז תקשה על מ"ד דס"ל של"ד דאמאי אמרו באשה

שחבלה דפגיעתה רעה הא מצינו להגבות בב"ד את הכתובה ואז לא תהי' יכולה למחול וכעין קושיות הש"ס והראשונים הנ"ל בסוגיא דב"ק ד' פ"ט ועיקר תירוץ הראשונים הנ"ל דשטרות לאו בני גוביינא לא שייך כן למ"ד דס"ל של"ד דהא ב"ד מצינין למיחת להו בתורת כפיי' כנ"ל:

ונלע"ד לומר דדוקא אם הא דב"ד יורדין לשטרות הי' זה בתורת שעבוד בזה שפיר ס"ל להנך ראשונים דלא מצית למחול אבל לאחר דמסקי לדון דשטרות לא משתעבדי ע"כ אף דנימא דשייך תורת כפיי' על מ"ע דפריעת חוב בזה משום דעד שכופהו בגופו כופהו בממונו א"כ בזה שפיר מצית למחול משום סברת הש"ך דגובייא דב"ד לא עדיף ממכירה דהא אתינן עליו בתורת כפיי' וכמו דכופין לו למכור בעצמו וגובייא דב"ד הוי כמו דאם היו כופין לו לומר רוצה אני על המכירה א"כ זה לא עדיף מן מכירתו בעצמו ושפיר מצית למחול אך אם הי' שעבוד על שטרות אז לא היתה יכולה למחול לאחר גובייא דב"ד דהא אינן באין ע"ז מצד המתחייב רק שזהו יכולת בידם מצד השעבוד ע"כ שפיר כתבו דלא היתה יכולה למחול:

ונלע"ד להסביר היטב שיטת הרשב"א והר"נ דכתבו דלאחר גוביינא דב"ד לא מצית למחול והוא דהש"ך בסי' ק"א ס"ק ג' השיג עליהם משום דגוביינא דב"ד לא עדיף מן מכירה אבל לענ"ד נראה בזה לדון ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף א' דהבאתי שם בשם הגט פשוט סי' ק"כ ס"ק ה' והמקור חיים ה' פסח סי' תמ"ח ובתשובת הגאון רע"א זצ"ל סי' רכ"ב ובמח"א דהיה להם כח להפקיר אבל אין להם כח להקנות ולהעמידו ברשות אחר אם לא שיזכה בו בתורת קנין והבאתי שם למש"כ הישׁ"ש ביבמות פ"י סי' י"ט דזה תלוי בפלוגתת ר' יצחק ור' אלעזר בגיטין ד' ל"ו דר' יצחק יליף זה מן כל אשר לא יבא לשלשת ימים כו' דלפ"ז אין להם כח להקנות לאחר כ"ז דלא זכה בו בתורת קנין אבל לר' אלעזר דיליף לי' זה מן אלה הנחלות אשר נחלו כו' מה אבות מנחילין אף ראשים מנחילין לכל מי שירצו דכיון דיליף מן נחלה דינו כמו יורש דזוכה בלא קנין עכ"ל ע"ש בספרי וכעין זה כתב המראה הפנים בירושלמי פאה פ"ה ה"א ד"ה א"ל ר' יוסא שמענו שיהא פטור ממעשרות כו' דלמאן דיליף לי' מן נחלות אינו פטור ממעשר אבל למאן דיליף מקרא דעזרא דהובא בירושלמי שם דינו כהפקר ופוטר ממעשר כו' עכ"ל וכעת ראיתי בשמ"ק בב"ב ד' ק' ע"א ד"ה ור"א רבים במאי קנו כו' דכתב דהא דאמרינן הפקר ב"ד כו' שיש רשות לחבירו להחזיק בו ברשות ב"ד אבל אינו זוכה בדיבורם עד שיחזיק עכ"ל ובאמת זה תלוי במש"כ:

ולפ"ז י"ל דזה טעם סברת הר"נ והרשב"א שכתבו דאם הי' דין גובייגא בשטרות דליתי' במחילה משום דהא מצינו במתנת שכ"מ דאינו יכול למחול כמבואר בב"ב קמ"ז כיון דיליף לי' מן והעברתם את נחלתו דינו כמו יורש דזוכה מן דין ירושה דליתי' במחילה וכמש"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק א"י אף דאינו רק אסמכתא למתנת שכ"מ מה"ת כמבואר שם בב"ב ע"א בתוס' ד"ה מניין למתנת שכ"מ כו' וכש"כ הכא דנפק לי' מדרשא גמורה מן אלה הנחלות אשר נחלו כו' מה אבות מנחילין כו' ע"כ דינם כמו נחלה ויש להם להנחיל בתורת ירושה היכא דיש להם זכות לירד לנכסיו דמה שזיכה התורה נלב"ד דרשות ויכולת בידם לירד להנכסים יש יכולת בידם להקנות ולהנחיל אף אם לא יזכה בדרכי הקנין ודין הזוכה כמו יורש ולכן אף בשטרות ליתי' במחילה דהוי כמו יורש דאין יורש יכול למחול חלקו של יורש חבירו כנ"ל במתנת שכ"מ ולא מבעיא לשיטת הסוברים דלכן מוכר שט"ח מצי למחול משום דהוי מכירה מדרבנן א"כ ודאי גובייגא דב"ד דהוי הקנאה מה"ת כנ"ל ודאי לא מצי למחול ואף לפמש"כ בשם ר"ת דלכן מצי למחול משום דשעבוד הגוף ליתי' במכירה וכמבואר כ"ז בריש סי' ס"ו אבל מה שמגבין ב"ד הוי כמו זוכה בירושה ודאי דזכי שפיר אף בשעבוד הגוף כמו כל יורש [ועיין בסי' רע"ו סעי' ו' בהג"ה ואכמ"ל וע"כ ליתי' במחילה לכל השיטות ובוודאי מה דכתוב בתורה בפי' עדיפא מתקנה כלליות להיות קרינן בהו נחלות מה אבות:

אך למאן דיליף לכח ביד ב"ד מקרא דעזרא שפיר י"ל כמש"כ הש"ך דלא עדיף ממכירת הבע"ד ואיתי' במחילה משום דהא אין להם כח להקנות וגם כתבתי לעיל די"ל דמצד הפקר לא שייך היכא דמצוה המתחייב על מ"ע דפריעת חוב וכוותי' דהא כיון דהפקירו א"כ לא יקיים המצוה והרמב"ם ה' סנהדרין פ' כ"ד ה' ו' הביא הדרשא דילפי מקרא דעזרא ע"ש וכן אי' במ"ק ד' ט"ז ובשקלים פ"א ה"ד דהובא שם הך דרשא לחוד אבל הרשב"א והר"נ דכתבו דגובייגא דב"ד עדיף מן מכירה י"ל דזה קאי בשיטת המ"ד דס"ל למילף מאלה הנחלות כו' ע"כ ה"ה היכא דיש כח לב"ד למיחת לנכסים מחמת תורת שעבוד דיש יכולת בידם להקנות לו שיהי' זוכה כמו דין יורש שזוכה בנכסי המוריש בלא שום קנין:

ואפשר לומר דכוונת הר"נ והרשב"א שהוכיחו מהא דב"ק דשטרות לאו בני גובייגא דאל"כ ה"מ ב"ד להגבות הכתובה ואז לא היתה יכולה למחול דכוונתם דתקשה להך מ"ד דיליף מן אלה הנחלות כו' דתקשה אליבי' קושיא הנ"ל על המשנה דב"ק דאמאי אשה שחבלה פגיעתן רעה כו' וממילא מוכח מזה דשטרות לאו בני גובייגא לכ"ע ולדינא י"ל דס"ל ג"כ כשיטת הרמב"ם דהביא הך דרשא דקרא דעזרא וכעת ראיתי בספר קהלת

יעקב של מהרי"ט אלגזו בתוספות דרבנן אות מ' שהביא בשם הריטב"א ובשם רש"י דגיטין ד' ל"ו דס"ל לדינא כמ"ד דיליף זה מן אלה הנחלות כו' ולא הביא לדברי הישׁ"ש הנ"ל ע"ש ולפמש"כ יש לדון בדבריו הרבה ובאמת נראה מדברי הר"נ והרשב"א דס"ל לדינא דאם היו שטרות בני גובייגא דליתי' במחילה ובאמת מוכח מהם דס"ל לעיקר כדרשא דר"א דיליף מאלה הנחלות וכן מצאתי ברשב"א לגיטין ד' ל"ו ובתשובת ריב"ש סי' שצ"ט דס"ל דקיי"ל לדינא למילף מן נחלות כו'., וע"כ ליתי' במחילה ומתורץ מה שהקשה הש"ך דגובייגא דב"ד לא עדיף מן מכירה דבאמת עדיפא זה אך זה תלוי אם יש רשות להם בתורת שעבוד אז י"ל כן אבל אם הוא רק בתורת כפיי' דמה לו אם כופהו בגופו שיאמר רוצה אני או כופהו בממונו א"כ אז וודאי לא עדיפא זה ממכירת הבע"ד בעצמו ולכן מתורץ על נכון מה שהקשיתי על שיטת הר"נ והרשב"א הנ"ל דא"ש לכ"ע מה שאין ב"ד מגבין שטרות בהא דב"ק ד' פ"ט משום דלמאן דס"ל ש"ד א"כ לא הוי שטרות בני גובייגא משום דמילי לא משתעבדי ולמאן דס"ל של"ד הא איתי' במחילה נתבאר על נכון שיטת הסוברים דשטרות לאו בני גובייגא:

ענף ו:

והנה הש"ך בסי' ק"א ס"ק ג' העלה דשטרות בני גובייגא נינהו וא"צ כתיבה ומסירה והלוה יכול למוחלן והנתיבות שם ס"ק ב' כתב דה"ה מלוה בע"פ הוי בני גובייגא ובר הקנאה בב"ד והקצה"ח סי' ק"א ס"ק ב' כתב לתמוה על הש"ך בזה דהא קרקע ודאי דהוי בני גובייגא ואפ"ה צריך אחלטהא מן ב"ד וכמש"כ הקצה"ח בסי' צ"ח ס"ק ג' בשם השמ"ק דב"מ ד' ל"ה עלה דאמרו שם מכי מטי אדרכתא לידי' א"כ בשטרות כ"ז שלא קנהו ע"פ דרכי הקנין לא קנה אותם עכ"ל הקצה"ח ודברי השמ"ק הנ"ל הובא ג"כ בדברי האו"ת סי' ק"ג ס"ק ט"ו ועיין בסי' ק"ג במחבר סעי' ו' אבל לפמש"כ יש לדון בזה דהא למאן דיליף מקרא דיהושע מאלה הנחלות י"ל דהיכא דב"ד יש להם יכולת לירד לנכסים דינם כמו מי שמנחיל נחלה וזוכה בלא קנין ע"כ שפיר י"ל דשטרות א"צ כו"מ אם הם נגבין בתורת גובייגא בב"ד רק הש"ך ארכבי' אתרי ריכשי דלענין מחילה כתב דגובייגא לא עדיף ממכירה ויכול למחול ולענין קנין ס"ל דנקנין ע"י גובייגא בלא כו"מ וזהו מילתא דסתרי אהדדי לפמש"כ משום דלמאן דיליף מאלה הנחלות הדין נותן דא"י למחול כנ"ל רק למאן דיליף מקרא דעזרא שפיר י"ל דצריך הזוכה ע"י גובייגא לעשות קנין המועיל ולא מבעיא בשטרות דלא מהני הפקר בי' כמבואר בסי' ס"ו סעי' ט' ובש"ך שם ס"ק כ"ח אלא אף בקרקע ג"כ צריך הזוכה לעשות בו קנין כמו כל הזוכה מהפקר וכן הא

כתבתי לעיל דלא שייך תורת הפקר במה שמגבין לבע"ח דא"כ לא יהי' מקיים מצות פריעת בע"ח:
ובעיקר מילתא דכתבתי דלמאן דיליף מאלה הנחלות דלפ"ז א"צ הזוכה לעשות קנין דה"ה במה שמגבין לבע"ח:
י"ל בזה דזהו דוקא למ"ד ש"ד דנחתינן לנכסיו בתורת שעבוד אבל למאן דס"ל של"ד דלא נחתינן לנכסיו רק בתורת דין כפיי' שיקיים המצוה א"כ לפ"ז י"ל דאף מה שמגבין לבע"ח צריך לעשות קנין המועיל דלא עדיף מן אלו נתן בעצמו להבע"ח דהא הב"ד באין מצידו ולפ"ז י"ל דהא דכתב השמ"ק לב"מ ד' ל"ה על מה דאמר רבה דאכיל פירי מכי מטי אדרכתא לידי' דאינו זוכה המלוה בלא החלטה וכנ"ל דזהו משום דהא רבה ס"ל של"ד כמבואר בב"ב ד' קע"ה אבל למאן דס"ל ש"ד שפיר י"ל דלמאן דפסק כר' אלעזר דיליף מאלה הנחלות וכמש"כ הקהלת יעקב אות מ"ס בשם הרשב"א בחי' לגיטין ד' ל"ו דיש להם כח לזכותו אף קודם שבא לידו וכן הוא שיטת רש"י והריטב"א כמש"כ שם ע"ש שפיר י"ל דזוכה הבע"ח אף בלא קנין ולפ"ז הוי נפ"מ רבתא בין מ"ד ש"ד ובין מ"ד של"ד אף בגביי' מיני' דהבע"ח עצמו לענין אי צריך לעשות בו קנין לאחר גובייא אך י"ל כיון דשעבודא דרבנן לכ"ע ע"כ י"ל דזוכה בלא קנין עכ"פ מדרבנן:
ולפ"ז הדין נותן דבמטלטלין דלא משתעבדי י"ל דלכ"ע צריך הבע"ח לזכות בו בתורת קנין כיון דאינו רק בתורת כפיי' כנ"ל אך לפמש"כ לעיל דיש לדון במטלטלין דין בע"ח קונה משכון לאחר דממשכנין ע"כ שפיר י"ל גם במטלטלין דא"צ הזוכה הבע"ח לעשות בו קנין משום דאתינן עלה בתורת גובייא כנ"ל ולפ"ז בשטרות אף להנך דס"ל דהוי בני גובייא הא כיון דלא שייך בהו לומר דין בע"ח קני משכון רק משום כפיי' וכנ"ל בארוכה ע"כ שפיר י"ל דאף לר"א דיליף מאלה הנחלות ג"כ יהיה צריך הזוכה לעשות קנין הנוהג בשטרות כו"מ וגם יהיה מהני מחילתו כנ"ל ובאמת צ"ע על מה שכתב הש"ך בסי' ק"א ס"ק ג' דגם אם אין הלוה בכאן שהלך למדינת הים דהוי שטרות בני גובייא הא בזה לא שייך דין כפיי' וכמש"כ הר"נ פ"י דכתובות ואפשר דטעמו דכיון דתקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי א"כ ה"ה שטרות אף בחייו דהא לחד טעמא הא דמטלטלי דיתמי משתעבדי זהו משום דנהגו לכתוב מטלטלי וקרקעי וכמבואר בסי' ק"ז ובאה"ע סי' ק' ובב"ש ס"ק ב' ועיין באו"ת סי' ק"ז ס"ק ד' ולפ"ז ה"ה שטרות דאם שעבדן בפי' משתעבדי וכמש"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק כ"ו וכיון דהוי בני שעבוד שפיר יש לדון דלא יהי' צריך הבע"ח לעשות בו קנין כנ"ל ואפשר דזהו טעמא דהרשב"א והרמב"ן דהכריעו להלכה כגדולי המורים דשטרות משתעבדי ומגבינן מהם דזהו לאחר דתקנו הגאונים

דמטלטלי משתעבדי כנ"ל משום טעם דהוי ככתב בפי' כנ"ל. ועיין בש"ך סי' ס"ו ס"ק כ"ו מש"כ שם בשם הרשב"א ומה דיש לחלק בין שעבד בפי' ובין לא שעבדן בפי' אבל לדינא דגמ' דמטלטלי לא משתעבדי שפיר יש לדון דשטרות לאו בני גובייא נינהו וכמש"כ לעיל בארוכה ואין בידי תשובת הרמב"ן והרשב"א דהובא בש"ך סי' ק"א ובאמת יש לדון במה דקיי"ל בסי' ק"ד דאין במטלטלין דין קדימה כלל הא האידנא לאחר תקנת הגאונים משתעבדי ואפשר דבמה שנוגע לאחרים לא תקנו זה והוי כאלו לא כתב שעבוד מטלטלי כלל ואכמ"ל ועיין בסי' ק"ד סמ"ע ס"ק א' מש"כ שם בשם תשובה להרמב"ן ובבית מאיר סי' צ"א סעי' י"א מש"כ שם בשם הריב"ש ובשיטת הרשב"א:

ועדיין יש לדון בשטרות לפי הטעם שכתב הרא"ש בב"ק פ"א סי' י"ט ובכתובות פ"ו סי' ה' ובאה"ע סי' ק' וב"ש ס"ק ב' ובח"מ סי' ק"ז בסמ"ע וש"ך שם ובסי' תי"ט דהא דגובין ממטלטלי דיתמי זהו משום דהאידנא עיקר משא ומתן שלנו הוא במטלטלין ע"ש א"כ לפ"ז יש לדון בשטרות דהא מבואר בסי' סמ"ך סעי' א' גבי תקנת השוק דמכירת שטרות לא שכיח ע"כ י"ל דבשטרות דלא שכיח משא ומתן בהו ע"כ לא שייך ה"ט זולת ממרמי שאני כמש"כ הש"ך בסי' נו"ן ס"ק ז' וכיון דלהך טעמא לא גובין משטרות ביתמי בתורת שומת שטרות ועיין בסי' ק"ז סעי' א' ש"ך ס"ק ג'] אלא משום הטעם דנהגו לכתוב מטלטלי ומקרקעי כנ"ל א"כ יש לדון בחוב נזקין וחבלות דלא שייך בזה הטעם דהוי כאלו כתב מטלטלין וקרקע ועיקר הטעם בזה כמש"כ הרא"ש פ"ק דב"ק סי' י"ט לחלוק על ר' אפרים משום דבזה"ז הוי עיקר משא ומתן במטלטלי וע"כ סמך דעתו עליהם וכמש"כ בטור סי' תי"ט. ע"כ בשטרות דלא שכיח המשא ומתן בהו י"ל דלא סמכה דעתו עליהם כ"כ דכמו דלא שכיחא מכירה בהו כנ"ל כן מה"ט לא סמכה דעתו עליהם השעבוד ואפשר לחלק ביניהם וקצרתי ועיין לקמן בענף חי"ת מזה:

ענף ז:

ולפי מה שנתבאר לעיל דלמ"ד דס"ל ש"ד א"כ לא נחתינן לנכסיו רק היכא דהוי תורת שעבוד והיינו בקרקעות ובמטלטלין הטעם דיורדין להגבותן לפי דאחר דממשכנין הם ניקנין להמלוה בדין בע"ח קונה משכון א"כ לפ"ז יש לדון בעבדים דקיי"ל אין גובין מן העבדים וכמבואר בסי' ק"ד סעי' ג' ובסי' קי"ז סעי' ה' דדוקא בעשהו אפותיקי גובין וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק י"ט דדוקא במילי דאורייתא דיני כקרקע ועיין בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' ובסי' שס"ג ס"ק ב' א"כ לפ"ז יש לדון דאף בבע"ח עצמו אין יורדין להגבות עבדיו כיון דאין עליהם דין שעבוד ודינם בזה כמו מטלטלי והא דמטלטלין נחתינן להו להגבותן זהו משום דקני משכון א"כ הא בעבדים הדין נותן דלא שייך ביה לדון דנקנה בתורת

משכון להמלוה וכמו בקרקע דכתבו התוס' בב"מ ד' ס"ז ע"ב ד"ה ושביעית משמטתה כו' דלא קני ליה בתורת בע"ח קונה משכון וא"כ ה"ה עבדים דהוקשו לקרקעות וגם שייך בעבדים הטעם שכתבו התוס' שם לומר דהא לא תפיס ליה והא דכתב המרדכי בפ"ק דסנהדרין בשם הר"מ גבי מחילה ונקט משכון בידו דלא בעי קנין כדאמרו בע"ע לימא ליה באפי תרי זיל אף דהע"ע הוי כמו משכון בידו ע"ש אלמא דס"ל לדמות ע"ע למשכון י"ל דשא"ה דהוי ב"ח ולא איתקש לקרקע כמבואר בקידושין ד' ז' בתוס' שם ועיין בסי' צ"ה בש"ך שם ובאמת הקצה"ח בסי' רמ"א ס"ק ב' והנתיבות שם ס"ק א' כתבו לחלק בין משכון מטלטלין ובין ע"ע ע"ש ועפ"ז יש לדון בהא דקידושין ד' י"ט בתוס' ד"ה במלוה שיש עליו משכון מקודשת כו' ובדברי הרשב"א והריטב"א בחי' שם וקצרתי וכן ראיתי בשער המשפט סי' רמ"א ס"ק א' שכתב ע"פ הר"נ בגיטין דע"ע דמי לקרקע דלא קני משכון ביה ע"ש:

ולפ"ז י"ל דבעבדים אין יורדין להגבותן לבע"ח רק דכופין את הבע"ח שישלם ויקיים מ"ע דפריעת בע"ח אכן י"ל לפמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' דהא דאין גובין מן עבדים זהו של"ד דהוי מילי דרבנן ולכן עבדי כמטלטלי גבי זה א"כ לפ"ז י"ל דלכל השיטות נחתינן להגבות העבדים דהא למ"ד ש"ד הוי דין העבדים כקרקעות ומשתעבדי כיון דהוי מילי דאורייתא ולמ"ד של"ד דהוי מילי דרבנן ועבדי כמטלטלין הא להך מ"ד יורדין לנכסים בתורת כפייה אך כ"ז לשיטת הש"ך בסי' ל"ט אבל לפמש"כ הש"ך בסי' שס"ג ס"ק ב' דאף אי ש"ד ג"כ אין גובין מעבדים משום דלא סמכה דעתו עליהן וכן לפמש"כ הקצה"ח בסי' ל"ט ס"ק א' הטעם דהא דמטלטלי לא משתעבדי הוי זה דרבנן ע"כ לכ"ע אין גובין מעבדים בדין שעבוד וכ"כ הפ"י בכתובות ד' פ"א בק"א ובב"ק ד' י"ב ע"ש. א"כ לפ"ז עדיין יש לדון דלמ"ד ש"ד דאף מן הלוה עצמו אין כח ביד ב"ד להגבות עבדים כיון דאין עליהם תורת שעבוד עכ"פ רק מצד מ"ע דפריעת בע"ח והא משום הך מצוה אין יכולת ביד ב"ד למיחת לנכסים וכמש"כ לעיל בטעם שיטת הסוברים דשטרות לאו בני גוביינא משום דלא שייך בהו בע"ח קונה משכון וה"ה בעבדים כיון דלא קני משכון בעבדים ועיין בכתובות ד' פ"ד ע"ב בהא דבי נשיאה תפוס אמתא דיתמי כו' ולא שייך למידן בזה ממנ"פ וקצרתי אכן מהא דב"ק ד' י"א ע"ב מוכח דגם בעבדים נחתינן להו להגבותם מן הלוה בחייו דהא אמרו שם אמר עולא א"ר אלעזר גובין מעבדים א"ל ר"נ לעולא א"ר אלעזר אפי' מיתמי לא מיניה מיניה אפי' מגלימא כו' לבתר דנפק א"ל עולא הכי אר"א אפי' מיתמי דחזינן דמיניה גובין ומשמע דיורדין להם להגבותן אף דס"ל דאין שעבוד על העבדים לגבות מיתמי. ודוחק לומר דהך מיניה דאמרו הכוונה הוא בתורת כפייה

לדידיה שיקיים המ"ע דהא לשון גובין משמע דנחתינן להו בדין גוביינא וגם משמע דמיניה לא הוי שום נפ"מ אי עבדים משתעבדי רק דעיקר הנפ"מ הוא גבי יתמי ואפשר לומר דהא עיקר הטעם דאם ליכא דין שעבוד דאין יורדין לנכסים בתורת כפייה זהו משום דמי נתן להם כח זה וכנ"ל א"כ לר' אלעזר דיליף בגיטין דף ל"ו מן אלה הנחלות כו' אף ראשים מנחילין כו' דכתבתי לעיל דלפ"ז מוכח דיש כח להם להקנות אף בלא דרכי הקנין ואף דכתיב שם ראשי האבות הא אנן דשליחותייהו דקמאי עבדינן יש לנו ג"כ כח זה רק למאן דיליף מקרא דעזרא י"ל דאין לנו כח בזה ולדון דין הפקר הא כתבתי לעיל דעי"ז לא יתקיים מ"ע דפריעת בע"ח ושם בב"ק הא מיירינן לר' אלעזר דאמר גובין מעבדים: אבל זה אינו דהא י"ל דוקא היכא דיש רשות לנו לירד להנכסים הן מחמת איזה חיזוק וגדר כמו הא דגיטין ד' ל"ו או היכא דהתורה נתנה רשות להם לירד להנכסים בתורת גוביינא עבור בע"ח אז י"ל דהזכות הזה הוא להם בתורת דין ירושה ונחלה אבל כיון דאנו דנין דמנלן דיש להם זכות לירד להנכסים דמי השליטן בזה ע"כ אף למאן דיליף מאלה הנחלות כו' ג"כ אין להם כח בזה אך העיקר מה די"ל בזה דהא שם אמר זה רב נחמן לעולא ומבואר בגיטין ד' נו"ן דרב נחמן ס"ל של"ד והובא בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' ואף דעולא ס"ל ש"ד כמבואר בב"ב ד' קע"ה עכ"ז י"ל דכיון דאמר עולא בב"ק שם כן לר"נ ע"כ מיירי בשיטת ר"נ דשל"ד. ע"כ שפיר אמרו שם דמיניה גובין העבדים בתורת גוביינא וכמש"כ לעיל דלמאן דס"ל של"ד מוכח דנחתינן לנכסיו בתורת כפייה וידעתי מש"כ האו"ת בסי' ל"ט ס"ק ב' להוכיח דרב נחמן ס"ל ש"ד מהא דב"ב ד' קכ"ה אבל העיקר כמש"כ התוספות בגיטין הנ"ל ובש"ך כנ"ל ואכמ"ל ולפ"ז אין מזה סתירה לדברינו ועדיין י"ל דלמאן דס"ל ש"ד דבעבדים אין יורדין להם להגבותן אלא דיכולת בידינו לכוף להלוה למוכרן ולתתן להבע"ח ולקיים מ"ע דפריעת בע"ח: ומ"מ לדינא האידנא דגובין ממטלטלי דיתמי ומשתעבדי ונחתינן להו להגבותן להבע"ח אף דלא שייך כפייה בהו אלמא דנחתינן למטלטלי אף היכא דליכא תורת שעבוד וכן הך דבע"ח קונה משכון לא שייך ביורשין ומ"מ נחתינן להו מצד תקנת הגאונים א"כ ה"ה אף בחיי הלוה נחתינן להו מה"ט ולא יוגרע בחיי הלוה יותר מן אלו מת הלוה והא דסי' ק"ד דאין במטלטלי דין קדימה כבר כתבתי לעיל מזה וע"כ ה"ה בעבדים יורדין ומגבינן להו בתורת גוביינא האידנא לאחר תקנת הגאונים וכמש"כ לעיל בשיטת הסוברים דאין גוביינא בשטרות אך מה"ד מקודם תקנת הגאונים שפיר י"ל כנ"ל ונפ"מ לכמה ענינים ועיין בב"ק ד' י"ד ע"ב ובכתובות ד' ק' ע"ב בתוס' ד"ה אלו דברים כו'. ובב"ב ד' קנ"ו גבי הא דבעי שמואל דאקני מהו כו' אמר רב יוסף ת"ש וחכ"א זה היה פיקח מפני שיכול למשכנו א"ל רבא

מיניה קאמר מיניה אפי' מגלימא כו' דמשמע דאף אי דאקני לא משתעבד מ"מ נחתינן להו בבע"ח עצמו י"ל דהא שם שקלינן וטרינן אליבא דשמואל ושמואל הא ס"ל של"ד כמבואר בב"ב דף קע"ה ועיין בגיטין דף נ' בתוס' שם ובש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' מש"כ שם בשיטת רבא ועוד י"ל לפמש"כ התוס' בבכורות דף מ"ט ע"ב ד"ה ודידיה אזיל כו' בסה"ד גבי נכסים שקנה אח"כ דכל שעתא ושעתא רכיב עליו חיוב פדיון כו' ע"כ י"ל דמה"ת משתעבדי אף דאקני רק דהאיבעיא הוא לענין טריפת לקוחות ועיין בסי' קי"א סעיף כ' וש"ך שם ס"ק י"ד ע"כ לכ"ע נחתינן לנכסים דאקני בתורת שעבוד אם הם אצל הלוה בעצמו ואכמ"ל:

ענף ח:

והנה לקמן סי' ע"ג סעיף ה' ראובן נשבע שלא למכור משלו לפרוע שום חוב כו' אם השבועה קדמה לחוב שמעון כו' וכתב הש"ך שם ס"ק ט"ו כתב הב"ח מיהו נראה שב"ד יש להם רשות לירד לנכסיו ולהגבות מהם לבע"ח כו' וי"ל דזה תלוי אי ש"ד או לא דאי ש"ד דנחתינן לנכסיו בתורת שעבוד ע"כ אף דלא מצינן למכפייה שיקיים מ"ע דפריעת בע"ח כיון דקדמה השבועה עכ"ז הא שעבוד נכסי לא פקע ואף דידוע באם פקע שעבוד הגוף דפקע שעבוד נכסי כמש"כ הראשונים גבי מוכר שט"ח ומחלו ועיין בסי' ס"ו סמ"ע ס"ק נ"ה ובקצה"ח שם עכ"ז הא בשבועה אף דחלה מ"מ לא מקרי פקע שעבוד הגוף דהא יש חיוב על הלוה להשתדל ולשאול על שבועתו כדי שיהא יכול לקיים מ"ע דפריעת בע"ח אבל למ"ד של"ד דהא דנחתינן לנכסיו זהו בתורת דין כפייה כמש"כ הר"ן והריטב"א והרמב"ן א"כ היכא דחלה השבועה לבטל מ"ע דפריעת בע"ח ואין אנו יכולים לכופו לקיים מ"ע דפריעת בע"ח ע"כ ה"ה דאין אנו יכולים למיחת להנכסים בתורת כפייה. ולכן כיון דהש"ך הכריע בסי' ל"ט ס"ק ב' דהוי ספיקא דדינא אי ש"ד או לא א"כ תקשה דאיך כתב הש"ך הכא בפשיטות דיורדין לנכסיו ומוציאין מהמוחזק. וי"ל דבאמת אף למ"ד של"ד יורדין לנכסיו הכא בתורת שעבוד אף דלא שייך דין כפייה על המ"ע בנ"ד. דהא חזינן דמן יורשים גובין אף למ"ד דשל"ד משום דהוי שעבודא דרבנן לכ"ע מצד נעילת דלת כדקיי"ל לדינא דהלכתא דמלוה בע"פ גובה מיורשין והא ביורשים דגובין מהם אין זה בתורת כפייה דהא הך מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהן אין אנו כופין להם משום דהוי מ"ע שמתן שכרה בצידה כדקיי"ל וכן אף מיתומים קטנים קיי"ל דנפרעין מהם היכא דלא הוי חשש פרעון שהוא בא' מג' דרכים שגובין מהם כמבואר בסי' ק"ח ובערכין דף כ"ב:. ואף ממטלטלי גובין מהם לאחר תקנת הגאונים] אף דלאו בני מיעבד מצוה נינהו כמבואר שם. וע"כ אין זה רק בתורת שעבוד נכסי מדרבנן ומה"ט

איכא דין קדימה לבע"ח מוקדם נגד בע"ח מאוחר בקרקעות כמבואר בסי' ק"ד ע"כ ה"ה בשבועה שלא לפרוע החוב אם קדמה השבועה להחוב דאף דלא שייך לגבות הנכסים בתורת דין כפייה לקיים המצוה דמ"מ נחתינן להנכסים בתורת שעבוד אף אי נימא של"ד. רק דמלקוחות אין גובין משום פסידא דלקוחות לכן שפיר כתב הש"ך לדינא כהב"ח הכא דיורדין להנכסים וא"ש דברי הש"ך:

וראיתי להאו"ת בסי' ע"ג ס"ק ז' שכתב על דברי הב"ח והש"ך הנ"ל דזהו דוקא בקרקעי אבל במטלטלי אין יורדין להגבותן כיון דמטלטלי לא משתעבדי רק דאנו מגבינן למטלטלי כיון דכופין על מ"ע דפריעת בע"ח ע"כ בשבועה היכא דחלה ואין בזה דין כפייה ע"כ אין יורדין לגבות ממטלטלי בזה כו' עכ"ל האו"ת בשינוי לשון אבל לפמש"כ לעיל דבמטלטלין דגובין זהו משום דלאחר דממשכנין ונקנה בתורת קניות משכון להבע"ח ע"כ שפיר גובין ממטלטלי א"כ ה"ה אף אם נשבע וחלה השבועה דלא שייך בזה דין כפייה מ"מ יכולים למשכן מטלטלין כיון דלאחר זה יהא נקנה להבע"ח בדין בע"ח קונה משכון ע"כ ממילא מצינן להגבות להבע"ח כי זהו שעבוד אלימא מקרקעות וכש"כ להסוברים דיש לו קנין בגוף המשכון וכבר כתבתי לעיל דשעבוד הגוף לא פקע אף בנשבע וע"כ ודאי שייך בזה לומר דין בע"ח קונה משכון ולכן שפיר סתם הש"ך והב"ח וכתבו דיורדין להנכסים אף בנשבע ולא חילקו בין קרקע למטלטלי והא דכתבו בסי' ע"ג דחל השבועה מיירי היכא דאין אנו יכולים לירד להנכסים מחמת דאינן לפנינו רק אנו דנין אם לכופו שיראה מקומן איה הוא וכן לפמש"כ לעיל דבשטרות ועבדים לא שייך קונה משכון א"כ י"ל דמיירי בכה"ג:

אכן לפמש"כ לעיל דלכן הוי שטרות בני גובייא וכן עבדים דאף דלא שייך בהו לדון בע"ח קונה משכון מ"מ האידנא לאחר דתקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי ונחתינן להגבותן אף דלא שייך דין כפייה בזה דה"ה אף בחיי הלוה הדין נותן דאף היכא דלא שייך לגבותן בתורת כפייה דמ"מ יכולין להגבותן בתורת שעבוד דאין סברא לומר דבחיי הלוה יוגרע זכות המלוה ביותר מן אלו מת הלוה וגם ניזל בתר טעמא דהא כתב הרמב"ם סוף פ' י"א ה' מלוה ופי"ו ה' אישות דהא דגובין ממטלטלי דיתמי זהו לפי שכותבין מטלטלי ומקרקעי דאל"כ אין בכח תקנת אחרונים לחייב בה יתומים והובא בטור ח"מ סי' ק"ז ובטור אה"ע סי' ק' או מהטעם שכתב הרא"ש והרשב"א והר"ן דבזה"ז דעיקר עסקינו הוא במטלטלין ע"כ משתעבדי א"כ הא הנך טעמים שייכים אף בחיי הלוה לומר דמשתעבדי מטלטלי ג"כ ולכן כיון דשטרות הוי בני גובייא ובני שעבוד ביורשים כמבואר בבכורות דף נ"ב בתוס' והרא"ש שם ובח"מ סי' ק"ז ובסמ"ע ס"ק ה'

מה"ט ה"ה משתעבדי אף בחיי הלוה ולכן אף היכא דחלה השבועה ולא שייך דין כפייה בזה דמ"מ נחתינן אף לשטרות ועבדים בתורת שעבוד. והנה לעיל כתבתי דיש לדון דהא דשטרות הוי בני גוביינא כפי הכרעת הש"ך בסי' ק"א דז"א רק בחוב שנעשה מדעת ורצון הלוה דשייך בזה לומר דהוי כאלו שעבד בפי' אבל בחוב נזקין וחבלות דנעשה החוב בע"כ של המזיק ולא שייך בזה לומר דהוי כאלו שעבד בפירוש למטלטלי וע"כ עיקר הטעם בזה דכיון דעיקר מסחר שלנו הוא במטלטלי ע"כ דינם כמקרקעי ולכן בשטרות כיון דמבואר בסי' ס' גבי תקנת השוק דלא שייך בהו משום דלא שכיח המסחור והמכירה בהו והטעם משום דלא ירצו לקנות ולגבות דהא כל שטרות הוי מחוסר גוביינא ושמא יעני ויהיה אלם וכן שמא ימחול ועיין בש"ך ח"מ סי' נ' מה שמחלק בממרמי ואכמ"ל א"כ מה"ט י"ל דלא סמכה דעתו על שעבוד השטרות אבל כעת ראיתי דזה אינו דהא כתב הבית יוסף בטור אה"ע סי' ק' בשם תשובת הרא"ש דכתב בזה"ל דהא דנא שרוב עסקינו ופרנסתינו בחובות והלואות הוויין כאשלי דקמחוניא ועיקר אסמכתיה עליהן כו' עכ"ל תשובת הרא"ש הרי דס"ל להרא"ש דגם להטעם דעיקר מסחר שלנו במטלטלי דשייך טעם זה אף בחובות ושטרות אף דכתב הרא"ש בתשובה והובא בטור ח"מ סי' ס' דלא שייך בשטרות תקנת השוק דלא שכיח אלמא דאין זה ענין לדון מזה לומר דלא סמכה דעתו על שטרות משום דאף דלא שכיח לקנותן עכ"ז סמכה דעת המלוה על החובות ולכן העיקר דאף בחוב נזקין וחבלות שייך לדון דין שעבוד גם על שטרות:

ובעיקר דברינו מש"כ לדון דכיון דתקנו הגאונים כן במטלטלי דיתמי שיהיה תורת שעבוד עליהן כ"כ בחייו:

כה"ג מבואר באה"ע סי' ק' דכתובה אינו נגבה רק ממקרקעי אף בחייו דקיי"ל דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה אף בחייו אך לאחר דתקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי דה"ה אף בחיי הבעל ובאמת אין סברא לחלק ביניהם והא דסי' ק"ד דאין קדימה במטלטלין באמת יש לדון שם ע"פ מש"כ דכיון דכתב הרמב"ם דאין כח בתקנת הגאונים לחייב היתומים רק עיקר תקנתם היה לפי דכותבין מטלטלין ועיין בכ"מ ה' מלוה פ' י"א ה' י"א בשם הריב"ש או משום סברת הרא"ש והר"ן והרשב"א והתוס' בכתובות דף ס"ז דעיקר מסחרינו הוא במטלטלין א"כ מה"ט יהיה דין קדימה במטלטלין ג"כ כיון דאיכא תורת שעבוד עליהן ועיין בסי' ק"ד בסמ"ע ס"ק א' שהביא בשם תשובה להרמב"ן דס"ל דיש דין קדימה לכתחילה במטלטלין וכ"כ הע"ש ואין ת"י ספר הנ"ל ואפשר דטעמם ג"כ הוא דקאי האידנא לאחר דתקנו הגאונים כן ויש לדון בזה טובא ואכמ"ל ועיין ברא"ש כתובות פ"ד סי' כ"ד ובאה"ע סי' קי"א גבי כתובת בנין דיכרין במטלטלי דיתמי וקצרתי

וכעת ראיתי בבית יוסף בטור ח"מ סי' ק"ד סעיף ו' שהביא בשם תשובת הרמב"ן סי' ס"א שכתב דיש דין קדימה לכתחלה לבע"ח מוקדם נגד בע"ח מאוחר אף במטלטלין משום דקיי"ל ש"ד כו' עכ"ל ונראה דטעמו דס"ל דמה"ת אף מטלטלי משתעבדי וכמש"כ הקצה"ח בסי' ל"ט בשם הרשב"א בחי' לב"ק דף י"ד ובחי' לקדושין בסופו דמה"ת גם מטלטלי משתעבדי והא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי זהו משום דלא סמכה דעתו כו' עכ"ל ולכן כיון דהאידנא דמטלטלי כמקרקעי משום דהוי כאשלי דקמחוניא דעיקר מסחרינו הוא במטלטלי א"כ דינם כמקרקעי וכמש"כ התוס' בבכורות ד' נ"ב בסד"ה ולא בראוי כו' בשם הר"ת דתקנת הגאונים הוי דאורייתא והובא בחי' פני יהושע לטור ח"מ סי' ל"ט ע"ש וכן מצאתי שכ"כ הפני יהושע לכתובות דף פ"א ע"ב בתוס' ד"ה ר"מ כו' ע"ש:. וכן כתב העיר שושן בסי' ק"ד סעיף א' בזה"ל כבר אמרנו דש"ד בין במקרקעי ובין במטלטלין לפיכך מדינא מי שיש עליו בע"ח הרבה כל מי שקדם הוא קודם לגבות בין ממקרקעי ובין ממטלטלי כו' וי"ל דטעמו ג"כ כנ"ל והנה הע"ש בסי' ק"ז סעיף א' כתב דלכן מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח משום דכתיב והאיש אשר אתה נושה יוציא אליך את העבוט. דמשמע דוקא האיש בעצמו אשר אתה נושה בו הוא יוציא כו' כי מטלטלין משועבדים בחייו ולא ביורשיו כו' ודבריו מוקשין הם דהא כיון דהע"ש כתב בסי' ל"ט סעיף א' דהא דש"ד נפקא לן מהא דכתיב יוציא אליך העבוט וזהו כמש"כ הרשב"ם בב"ב דף קע"ה והנימוקי יוסף סוף ב"ב א"כ אי נימא לחלק בין חיי הלוה ובין יורשיו מה"ט דדוקא האיש עצמו כנ"ל א"כ מה"ט אף מקרקעי דיתמי לא יהיה יכול לגבות מהם אף למ"ד ש"ד. ובאמת הא מבואר בכמה דוכתי דלמ"ד ש"ד גובין מיורשים ג"כ מה"ת ע"כ דבריו צ"ע ובמק"א כתבתי להוכיח מן הירושלמי כתובות פ"ט דהובא בראש כתובות פ"ט סי' ב' דלכן ינתנו ליורשין ולא לבע"ח דזו תורה וזו אינה תורה אלמא דלגבות ממטלטלי הוא מה"ת שלא לגבות מהן וכ"כ הרמב"ם ה' מלוה פ' י"א ה"ז דהבא ליפרע מן היורש לא יפרע ממטלטלין כו' שהמטלטלין אינן תחת שעבוד בע"ח מה"ת עכ"ל ומזה הוא סייעתא למש"כ הע"ש לחלק בין חיי הלוה ובין יורשיו אך כבר נתבאר דדוחק לחלק ביניהם בזה ועיקר סברת הירושלמי והרמב"ם נראה דס"ל דאף בחייו אין משועבד מטלטלין מה"ת בתורת שעבוד: ט והנה בב"מ דף ס"ז ע"ב ברש"י ד"ה אין בע"ח גובה הימנה כו' אם מת המלוה ונפלה לפני בניו אין בע"ח גובה הימנה כו' ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח דבשלמא בעודו קיים גבי אף מגלימא דעל כתפיה שהרי לו הלוה מעותיו ונשתעבד והתורה אמרה יבא שליח ב"ד ויכנס לביתו ויטול משכונו דכתיב והאיש אשר אתה נושה בו כו' ואמרינן לקמן זה שליח ב"ד אבל היכא דמית בהדי

יתמי מאי עבידתיה הרי לא לוו ממנו ואי ירתי קרקעות משתעבדי נכסיה מחיים ומחייב מדין ערב כו' וכי אוזפיה עלייהו סמך אבל מטלטלי אפי' דין ערב ליכא דלאו עלייהו סמך מלוה הואיל בידו להצניען עכ"ל רש"י וכ"כ הנימוקי יוסף שם וחזינן דאף דכתבו דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לפי דלא סמכה דעתו עליהן וכמש"כ כן בכ"ד מ"מ בחיי הלוה גובה ממטלטלין בתורת שעבוד כמש"כ רש"י והנ"י שהרי לו הלוה ונשתעבד כו' א"כ מזה ראיה למה שכתב הע"ש לחלק כן ע"פ דרשא דקרא דוהאיש כו' בעצמו ואף דכתבו ג"כ הטעם דלא סמכה דעתו על שעבוד מטלטלין מ"מ גזה"כ דבחייו יהיה חל שעבוד על מטלטלין אבל באמת הא נתבאר לעיל דעיקר דברי הע"ש הנ"ל אינם ברורים כ"כ וכן יש לדון בדברי רש"י והנ"י מהא דכתב הנ"י והרשב"ם בסוף ב"ב דמאן דס"ל ש"ד טעמו דיליף מן יוציא אליך העבוט כו' והא מאן דס"ל ש"ד גובה מה"ת מיורשין ג"כ כמבואר שם כנ"ל ולא אמרינן שאני ביורש ע"פ גזה"כ הנ"ל. וע"כ י"ל דכוונת רש"י והנ"י הכא בב"מ דלכן בחייו גובין ממטלטלין לפי דנשתעבד גופו ואיכא מצוה עליו לקיים פריעת בע"ח וע"כ נחתינן לנכסיו בתורת כפייה וכמש"כ הרמב"ן והריטב"א והר"ן דעד שכופהו בגופו כופהו בממונו אבל גם זה אינו דהא שיטת רש"י בכתובות דף פ"ו ע"א דהא דפריעת בע"ח מצוה זהו מן הן צדק כו' וכ"כ הר"ן שם. א"כ אמאי כתב הכא להפסוק יוציא אליך העבוט כו' והרמב"ן בסוף ב"ב כתב דמ"ע דפריעת בע"ח הוא מן יוציא את העבוט והשיג על שיטת רש"י ואפשר דעיקר כוונת רש"י הכא הוא למילף מן קרא דיוציא אליך העבוט דמזה נפקא ליה דנחתינן לנכסיו בתורת כפייה על המ"ע וכמש"כ לעיל כעין זה בכוונת הרמב"ן סוף ב"ב דיליף זה מקראי אחרינא:

אבל גם זה אינו דהא רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע אמרו שם בב"מ דף ס"ז הך דינא דמשכנתא באתרא דמסלקי אין בע"ח גובה הימנה וע"ז פי' רש"י והנ"י כנ"ל. והא שיטת הנמוקי יוסף והרשב"ם בסוף ב"ב דמאן דס"ל ש"ד יליף זה מן הא דיוציא אליך העבוט כנ"ל והא שיטת הרי"ף בסוף ב"ב דר"פ ס"ל ש"ד וכ"כ הנמוקי יוסף שם ומסתמא ה"ה דס"ל כן רב הונא בריה דרב יהושע בכש"כ וכמבואר בערכין דף כ"ב וכמש"כ הראשונים והובא בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' בשיטת רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דערכין דף כ"ב ע"ש וכיון דס"ל לר"פ ורב הונא הנ"ל דש"ד וזה נפיק להו מן קרא דיוציא אליך העבוט א"כ מנלן למילף מזה הדרש דאף במטלטלין דלא סמכה דעתו על שעבודן דיהיה מצי הב"ד למיחת לנכסים בתורת כפייה והא י"ל דהאידנא דלא סמכה דעתו על מטלטלין דלא נחתינן למטלטלי ואין זה ראיה מהפסוק הנ"ל:

והא דיוציא העבוט י"ל דזהו משום דש"ד מה"ת אף מטלטלין כדמוכרח לומר בשיטת הרשב"ם והנמוקי יוסף סוף ב"ב כנ"ל וכמש"כ הרשב"א כנ"ל: וע"כ העיקר בכוונת רש"י והנ"י בב"מ הנ"ל דכוונתם דלכן מיניה דידיה גובין אף מגלימא דעל כתפיה משום דכיון דגופו נשתעבד והתורה אמרה דשליח ב"ד נוטל משכונו דכתיב יוציא אליך העבוט כו' אלמא דבשליח ב"ד דממשכנו אמרינן ודאי דבע"ח קונה משכון וכמבואר בח"מ סי' צ"ז סעיף ט"ז. ובהך פרשה דיוציא העבוט דכתיב שם ולך תהיה צדקה ועיין רש"י ב"מ דף פ"ב ע"א ד"ה אימור דא"ר יצחק במשכונו שלא בשעה הלואתו כו' ובשבועות דף מ"ד ע"א ברש"י שם ובנימוקי יוסף פ"ק דב"מ והובא בקצה"ח סי' ע"ב ס"ק ב' ובש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' מזה ולכן כיון דמה דשליח ב"ד ממשכנו קונה משכון הבע"ח בודאי ע"כ שפיר גובין מן הבע"ח מגלימא דעל כתפיה משום דכיון דקונה משכון ע"כ שפיר יכולין ב"ד למיחת לנכסיו וזהו דוקא בחיי הלוה אבל ביורשין כיון דלית ליה שעבוד הגוף על היורשין ע"כ לא שייך בהו לומר בע"ח קני משכון ולכן כיון דלא סמכה דעתו על מטלטלין ואין לו עליהם שעבוד כלל וגם הא לא קני משכון בהו ע"כ אין גובין ממטלטלי דיתמי. והא דכתב הרשב"ם והנ"י דמאן דס"ל ש"ד יליף ליה מן הא דיוציא אליך העבוט. י"ל דכוונתם ממה דכתיב העבוט בה"א וכמש"כ הפני יהושע בחי' על טור ח"מ סי' ל"ט [ובאמת מאן דס"ל של"ד לא דריש להאי ה"א וכמש"כ הפ"י שם בכוונת הרשב"ם בסוף ב"ב ד"ה לאו דאורייתא וקרא במשכנו שלא בשעת הלואתו כו] ובודאי אין לומר דלכן קני משכון משום דהיה לו שעבוד מעיקרא דהא חזינן דאף לדידן דלא משתעבדי מטלטלין האידנא דמ"מ קני משכון וגם הא שיטת רש"י דבע"ח קני משכון קנין גמור כמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ט' ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ט ולפ"ז מוכח מן דברי רש"י והנ"י הנ"ל כמש"כ דלכן גובין ממטלטלין משום דאחר דממשכנו קני ליה בע"ח בתורת משכון וכל דברי הם נכללין בדברי רש"י והנ"י הנ"ל:

ולכן העיקר כמש"כ דאף בנשבע וחלה השבועה דלא שייך כפיי' דמ"מ נחתינן לנכסיו אף במטלטלי כנ"ל ומכש"כ לאחר תקנת הגאונים הנ"ל ואף בשטרות דלא שייך בהו בע"ח קני משכון וכן בעבדים משום די"ל דתקנת הגאונים הוי כעין דאורייתא וכמש"כ התוס' בבכורות כנ"ל ולכאורה יש להעיר על מש"כ דיש לדון דבעבדים לא שייך בע"ח קונה משכון דהא בכתובות ד' פ"ד ע"ב אי' דבי נשיאה תפוס אמתא דיתמי מסימטא כו' אלמא דשייך תפיסה גם בעבדים אבל באמת אין זה ראי' דשאני התם דלאו מן דין משכון אתינן עלי' דהא התם מיירי בתפיסה לאחר מיתה דלא שייך בזה לומר בע"ח קני משכון אבל בנ"ד דמיירינן לענין בע"ח קני משכון שפיר י"ל דכמו דבקרקע לא קני לי'

בע"ח בתורת משכון ה"ה בעבדים וכמו דמבואר בח"מ סי' צ"ז סעי' ו' דבבתי רחיים של מים הם כקרקע ולא שייך בי' משכון כו' והא מצינו גבי עבדים דאינן נגזלין כמו קרקעות דאינה נגזלת וכדקיי"ל בסי' שס"ג וה"ה גבי משכון דכתיב גבי עבוט דקני משכון די"ל דמקשינן עבדים לקרקעות גם בזה ועיין בקונטרס הספיקות של אחי הקצה"ח כלל ח' ס"ק א' מה שהביא הא דב"מ ד' ק' דאמרו ולחזי ברשותא דמאן קיימא ושפחה דקיימא בסימטא ומש"כ שם בזה וגם יש לעיין מזה במש"כ הקצה"ח סי' פ"ח ס"ק ט' לדון במש"כ הראב"ד והרמב"ן להוכיח מטבי עבדו כו' ועיין בח"מ סי' ק"ד סעי' ג' וסעי' ד' ובש"ך ס"ק יו"ד:

ענף י:

והנה בהא דקיי"ל דמטלטלי לא משתעבדי לכתובה אף מיני' כמבואר באה"ע ריש סי' ק' וכפי הכרעת המ"מ ברמב"ם ה' אישות פ' ט"ו ה' ה' אף דשעבוד הגוף איכא עליו לשלם ממטלטלין ג"כ כמש"כ ההפלאה בק"א ה' כתובות סי' ק' ס"ק א' ובסי' צ"ו ס"ק כ"ד ע"ש מ"מ לא נחתינן להמטלטלין ע"פ הטעמים שכתבתי לעיל משום די"ל דשאני כתובה דתקנו שלא לגבות רק מהקרקע כמש"כ הרמב"ם ה"א פ' ט"ו ה"ה והטעם הוא כמש"כ התוס' בכתובות ד' יו"ד ד"ה הואיל ותק"ח הוא כו' דתקנו כן כדי שלא יפרשו מהן בני אדם ובאמת אף להנך פוסקים דפסקו כתובה דאורייתא מ"מ ס"ל לדינא דמטלטלין לא משתעבדי לכתובה ומש"כ הפני יהושע בכתובות ד' פ"א ע"ב ד"ה דילמא ר"מ היא כו' דלמאן דס"ל כתובה מה"ת ס"ל דמטלטלי משתעבדי לכתובה ע"ש אין זה נכון לדינא ועיין בספר בני אהובה על הרמב"ן ה"א פ' ט"ו ה' ה' מזה ומנדרים ד' ס"ה מוכח דגם אין כופין לגופו לשלם ממטלטלין בכתובה דאל"כ מאי פריך הש"ס התם ומהא דחבילה בקידושין ד' ס"ה אינו ראי' די"ל דשא"ה דאמרו הלשון לגבות כתובה מהחבילה דמשמע דיורדין לגובינא במטלטלין אבל מהא דנדרים דלא אמרו שם לשון גובינא שפיר מוכח דלא מבעיא דאין יורדין למטלטלין להגבותן אלא אף דאין כופין לגופו לקיים מצות פריעת חוב כתובה ממטלטלין וזהו מקולי כתובה והטעם הוא כעין סברת התוס' כתובות ד' יו"ד הנ"ל וי"ל דיש על הבעל חיוב הגוף לשלם ממטלטלין כמש"כ ההפלאה כנ"ל אבל אינו בכפייה: וראיתי להמח"א ה' ריבית סי' א' שכתב דמן הרא"ש בב"מ פ"ט סי' מ"ו שהביא בשם הר"ת דמשום כופין לקיים מ"ע דפריעת בע"ח ממשכנין להלוה וכ"כ הטור בסי' צ"ז סעי' כ"ח וסעי' כ"ט בשם הר"ת דשליח ב"ד נכנס לביתו למשכנו ויפרע לזה חובו אלמא דמשום דכפיי' נחתינן לנכסיו וזהו דלא כהסוברים דברבית אין יורדין לנכסיו ע"ש אכן לפמש"כ אינו ראי' מהרא"ש בשם ר"ת די"ל דכוונתו הוא דמחמת כופין

לקיים מ"ע ממשכנין לו ולכן אחר דנוטלו למשכון ממילא נקנה להמלוה בדין בע"ח קונה משכון וע"כ יכולת בידם להגבותו להמלוה כנ"ל וקרינן זה דממשכנו כדי ליפרע חובו משום דתיכף אחר דממשכנו הוא מוסרו לבע"ח ועיין בקצה"ח סי' צ"ז ס"ק ב' מש"כ בשם הנ"י ע"ש אבל ברבית דאין קונה בו משכון ולא יהיה יכולת ביד ב"ד לגבות ממטלטלין ולהחליטו ע"כ אף למשכן בלבד אין ממשכנין ולמוסרו להתובע משום דכבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' דהיכא דאינן יכולין להחליטו אז אינו רשאי לעכבו בידו משום דחפץ בלא שומא והחלטה הוי גזל בידו ע"ש:

ומש"כ המח"א שם להוכיח מהא דבצדקה יורדין לנכסיו. והמגיה שם כתב לדחות דשאני בצדקה דהוי שיעבוד נכסי הנה כן כתב הקצה"ח בסי' ר"צ ס"ק ג' ובסי' ל"ט ס"ק א' בסופו והנתיבות בסי' ר"נ ס"ק ד' כתב ג"כ לדון כעין זה וכ"כ בסי' ר"צ ס"ק ח' והחוות דעת ליו"ד סי' קס"א ס"ק ו' כתב לחלק בחילוק אחר בין חוב צדקה לחוב רבית ע"ש. אבל יש לדון בדבריו ולכן העיקר כמש"כ המגי' במח"א והקצה"ח הנ"ל ולכן א"ש מה דבשבועה אין יורדין לנכסיו כמש"כ הריב"ש סי' של"ה והסמ"ע סי' ר"ז ס"ק נ"ג משום דשבועה ליכא שעבוד נכסי משא"כ בצדקה איכא שעבוד נכסי:

היוצא לנו דנתבאר דהנכון עם המחבר שפסק כהר"נ והרשב"א דחוב רבית אין יורדין לנכסיו' וגם נתבאר היטב שיטת הראשונים דס"ל דמן הדין אין דין גובייגא בשטרות ומ"מ לדינא העיקר כמש"כ הש"ך דיש דין גובייגא בשטרות ואף בחוב נזקין וחבלות ג"כ הדין כן כמו שכתבתי לעיל בארוכה וגם נתבאר דיש יסוד נכון למש"כ הש"ך דגובייגא בשטרות א"צ כתיבה ומסירה אך לפ"ז יש לומר דלא מצי הלוה למוחלו כנ"ל וזהו האידנא לאחר תקנת הגאונים וע"כ א"ש סוגיא דב"ק ד' פ"ט וגם י"ל בזה כמש"כ האו"ת בסי' ק"א סוף ס"ק ד' ע"ש ונתבאר ג"כ במש"כ הש"ך בשם הב"ח בסי' ע"ג ס"ק ט"ו וגבי שבועה אף דחלה מ"מ יורדין גם למטלטלין בתורת בע"ק קני משכון דיהיה לאח"כ כשימשכנו והלוה לא יעבור על שבועתו דהא בעת דממשכנין לו לא קעבר על השבועה ואיהו לא נשבע אלא שלא יפרע בעצמו ולא ימכור לפרוע שום חוב ועוד טעם אחר נתבאר בזה והב"ד יעשו כן כדי שעל ידי זה יקיים ממילא הלוה מ"ע דפריעת בע"ח ועוד כמה ענינים מחודשים נתבארו ב"ה בקונטרס הלז:

ובהא דמטלטלי לא משתעבדי נתבאר לעיל בשם כמה פוסקים דמה"ת משתעבדי רק משום דלא סמכה דעתו הוי כאלו סילק א"ע משעבודם ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ט כתבתי דזה אינו אלא בגדר סילוק משום דהא מחילה בפי' לא הוי וכן לקמן סי' צ"ה יבואר זה בארוכה בחידושיי ב"ה ועפ"ז יש ליישב מה שהקשו התוס' ביבמות ד' צ"ט

ובכתובות ד' פ"א ובכורות ד' נ"א ע"ב בהא דס"ל לר"מ מטלטלי משתעבדי לכתובה דאי נימא דגם ביתמי ס"ל דמשהעבדי א"כ הוי סברא הפוכה כו' ומזה הוכיחו התוס' דהא דס"ל לר"מ מטלטלי משתעבדי היינו מיני' דוקא וההסבר הוא לחלק ע"פ מש"כ לעיל דשאני מיני' דבתורת כפיי' אתו עלה בתורת פריעת בע"ח מצוה אבל שיטת הר"נ בנדרים ד' ס"ה והרשב"א בקידושין ד' ס"ה דלא כהתוס' בזה אלא דלר"מ מטלטלי דיתמי ג"כ משתעבדי בכתובה משא"כ בבע"ח ובאמת צריך ביאור דמפני מה ישתנה כ"כ להיפך דין הכתובה מן דין בע"ח לר"מ והפני יהושע בכתובות ד' פ"א כתב דזהו משום דס"ל לר"מ כתובה דאורייתא ומשום חינא ע"ש:

ולענ"ד נראה ביאור נכון במה דס"ל לר"מ מטלטלי דיתמי בכתובה משתעבדי משא"כ בבע"ח דהטעם הוא משום דלפמש"כ דהא דליכא דין שעבוד במטלטלי זהו בגדר סילוק כמו דהי' כותב לה דין ודברים אין לי על המטלטלין דכיון דאינו טורח למטלטלי ממשעבדי משום דלית לי' קלא ע"כ הוי הסילוק כמו דכותב לה בעודה ארוסה דמהני כמש"כ התוס' בכתובות ד' צ"ה ע"א ד"ה וכי כתבה לי' כו' והנה שיטת התוס' דלא מהני סילוק אלא בדרבנן אבל בדבר תורה לא מהני סילוק והובא בקצה"ח סי' ר"ט ס"ק י"א וביאר שם דטעמם לפי דזה ה"ל כעין מתנה על מש"כ בתורה דתנאו בטל ע"ש והתוס' בכתובות ד' נ"ו ד"ה ה"ז מקודשת כו' כתבו דחוב מלוה לא הוי כתובה בתורה ומהני תנאי בזה לכ"ע אבל חוב נזקין וכה"ג דה"ל מלוה הכתובה בתורה לא מהני תנאי בזה למאן דס"ל דאף בדבר שבממון לא מהני תנאי לבטל למש"כ בתורה. אלא מחילה מהני לכ"ע בכל מילי ע"ש בתוס' ולפ"ז י"ל דלר"מ דס"ל כתובה דאורייתא וס"ל דמתנה על מש"כ בתורה תנאו בטל כמבואר בכתובות ד' נ"ו ובשא"ד א"כ י"ל דזהו טעמא דר"מ דס"ל דמטלטלי דיתמי משתעבדי בכתובה משום דכיון דלדידי' דס"ל מתנה על מש"כ בתורה תנאו בטל ולא מהני סילוק מגוף החוב ה"ה דלא מהני סילוק מן שעבוד מטלטלי בחוב כתובה מה"ט ואין לחלק בין גוף החוב לזכות שעבוד מטלטלי בזה והא דכתובות ד' צ"ה דכותבת ללוקח דו"ד אין לי עמך אף לר"מ כמבואר שם הא מיירי שם בקנו מידו וזה הוי כמו דאמרו בכתובות ד' פ"ג דמגופה של קרקע קנו מידו ע"כ מהני זה אף במלוה הכתובה בתורה. אבל סילוק בלא קנין לא מהני לר"מ בחוב כתובה משא"כ בחוב מלוה דכמו דמהני סילוק בגוף החוב היכא דהוי באופן המועיל דין סילוק כמבואר בסי' ר"ט ה"ה דמהני סילוק מן שעבוד מטלטלי דמ"ש. ע"כ גם ר"מ מודה דמטלטלי דיתמי בבע"ח לא משתעבדי ושאני חוב כתובה אבל לדידן דקיי"ל דמתנה על מש"כ בתורה בדבר של ממון מהני מה"ת לכן ס"ל דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי בכתובה משום דגם בזה

שייך דין סילוק וה"ה מיני' ס"ל דלא משתעבדי כמו שנתבאר לעיל טעמם בזה. ומתורץ שפיר קושיות התוס' הנ"ל ויש לי רוב אריכות דברים בכ"ז ובשיטות הר"נ גבי סילוק בדאורייתא דהובא בקצה"ח סי' ר"ט ואכמ"ל ובעיקר הדין דהא דמטלטלי לא משתעבדי דכתבתי דזהו מן דין סילוק יבואר במק"א באריכות והחדושי דינים היוצאים מזה ועיין בהפלאה לכתובות ד' נ"ו ע"ב ובק"א:

סימן ג:

א הקצה"ח בסי' פ"ט ס"ק א' הביא בשם הש"ך בתקפו כהן שכתב דכל הנשבעין ונוטלין כו' אם הנתבע אינו רוצה לשלם אין יורדין לנכסיו משום דה"ל כמו גזל מדבריהם וגזל מציאת חש"ו כו' אלא מותר לקרותו עבריין והשיג עליו הקצה"ח דהתם גבי מציאת חש"ו גוף הגזילה אינו אלא מדרבנן אבל הכא גוף הגזילה מדאורייתא כו' וכיון דחז"ל ראו להאמין הנוטל בשבועה כעין דאורייתא תקון ויורדין לנכסיו וכמה תקנות מדבריהם ויורדין לנכסיו כגון משיכה והגבהה כו' שהוא מדבריהם ויורדין לנכסיו כו' עכ"ל הנה כן כתבו התוס' בשבועות ד' מ"א ע"א ד"ה ולר' יוסי כו' דרבנן דס"ל דלא נחתינן לנכסיו דז"א אלא בההיא גזילה דלא הוי אלא מפני דרכי שלום אבל היכא דהוי גזל גמור אף דהוי מדבריהם יורדין לנכסיו א"כ לפ"ז ודאי הנכון עם הקצה"ח דבכל הנשבעין ונוטלין יורדין לנכסיו ולא היה צריך הקצה"ח להאריך בזה:

אמנם לפי מה דכתב הרמב"ם פ"ו ה' גזילה ה' ט"ז ובשו"ע ח"מ סי' ש"ע סעי' ז' דכל מי שיש בידו גזל מדבריהם אינו יוצא מידו בדיינין עכ"ל ונקטו לכללא דבכל גזל מדבריהם אינו יוצא בדיינים ומשמע דאף הנך דלא אמרו שם דהוי רק מפני דרכי שלום בעלמא ומזה סייעתא לדברי התקפו כהן הנ"ל. אך דיש לחלק דשאני התם דגוף הגזילה הוא מה"ת וכמש"כ הקצה"ח בתחלת דבריו ולפ"ז יש לדון באמת דמפני מה יורדין לנכסיו בכל קנינים שהם מדרבנן וכן בכתובות אשה למ"ד שהוא מדרבנן וכהנה רבות ות"ל מצאתי בתשובת הרדב"ז ח"א סימן תקי"ז שהביא דברי הרמב"ם הנ"ל ומוכיח ממנו דס"ל להרמב"ם דבכל גזל דרבנן לא נחתינן לנכסיו וכן הביא שם עוד לפוסקים ראשונים דס"ל כן וכן כתב הרדב"ז שם סי' תק"ג לבאר זה בארוכה אם נוהג זה בכל דבר שאינו אלא מדרבנן והעלה שם לחלק דבקנינים דרבנן כמו משיכה והגבהה וקנין סודר דאינו רק מדרבנן דהוא מדברי קבלה כו' וזהו מלתא חדתא דזהו סותר לכמה ראשונים ואכמ"ל] וכתובה אלא גדר הדברים הוא דכל הדברים אשר תקנו רבנן דלהוי קנין אית להו דינא דאורייתא דעל סמך זה נושאים ונותנים כו' הילכך כל הנו"ן או קונה או מוכר או נושא אשה אדעתייהו דרבנן עושה וגמר ומקנה ולפיכך מוציאין מידו ויורדין לנכסיו כאלו

היה מדין תורה ממש אבל גבי גזל וגניבה ורבית כו' לא שייך ה"ט דמי שגוזל כו' לאו אדעתייהו דרבנן קא עביד אלא אדרבה עובר הוא על דבריהם כו' עכ"ל הנחמד וכעין דבריו בכתובה כן ראיתי להפני יהושע שכ"כ גבי כתובה ובמק"א כתבתי להעיר בזה מהא דטוען פ"פ בכתובות ד' יו"ד ובאה"ע סי' ס"ח:

הרי למדנו מן הרדב"ז דס"ל כן לכלל דבכל גזל דרבנן אין מוציאין בדיינים רק משא ומתן ומכירה ומעמד שלשתן וכתובה וכהנה שאני ומתחלה הזכיר שם הרדב"ז לדינא דגרמי ומכירת שטרות דהוא מדרבנן אך על דד"ג לא כתב טעם נכון בסוף לחלק דמ"ש זה מכל גזל דרבנן דהא גם בדד"ג יש לומר כמש"כ שם דמי שגוזל לאו אדעתייהו דרבנן קעביד דאדרבה עובר על דבריהם וה"ה בדד"ג דמ"ש ובאמת לפ"ז יהיה מוכח כשיטת הסוברים דד"ג דאורייתא והנך דס"ל דד"ג דרבנן יהיה מוכח דס"ל כשיטת התוס' בשבועות דדוקא היכא דאמרו מפני ד"ש בלבד בזה אין מוציאין בדיינין והדברים ארוכין והקצה"ח לא ראה את דברי הרדב"ז הנ"ל ועיין בסי' ע"ר ש"ך ס"ק א'. וע"פ מש"כ יש לדון בכ"ז:

ענף ב:

ועוד נלפ"ד לדון בכל חוב מדרבנן דהנה הכ"מ פ"ט ה' שמיטה ה' ט"ז כתב לדון דהך מילתא דאמרו בגיטין ד' ל"ו דפריך הגמ' מי איכא מידי דמדאורייתא לא משמטא כו' ותי' רבא הפקר כו' דז"א שייך רק להחזיק ממונא אבל לעיל שם דפריך ומי איכא מידי דמדאורייתא משמטא שביעית והתקין הלל דלא משמטא על זה לא תי' רבא כלל משום דלהוציא לא אמרינן הפקר כו' והנה לעיל בחידושיי בביאור ספק תקנה:

ג' כתבתי לפרש על נכון להכלל שכתב הכ"מ הנ"ל דדוקא במה שתקנו חז"ל איזה חיוב וחוב דבזה לא שייך הפקר ב"ד כו' דהא חזינן דצריך עדיין גובייא והחלטה דב"ד. אבל במה שתקנו חז"ל בגוף החפץ דשייך לו שפיר י"ל בזה הפקר ב"ד אף היכא דהוי להוציא כמו שהארכתי שם ואף אי נימא דלא נתכוין הכ"מ לזה מ"מ זהו ענין נכון בפ"ע כמו שהוכחתי שם. ולפ"ז יש לדון בכל חוב דתקנו חז"ל דאף דנימא דיכולים ב"ד לכופו שיקיים כפי תקחז"ל ולא סגי ליה במה דאמרו בשבועות ד' מ"א על גזל דרבנן מפני ד"ש עד דמטי זמן נגדיה כו' ושבקינן ליה דאל"כ הוי נקטיה בכובסיה דנישבקיה לגלימיה כמו שפי' רש"י דאין לך מיחת לניכסיה עדיף מהאי מ"מ יש לומר דלא יהיה שייך בחוב מדרבנן דב"ד ירדו לנכסיו אלא דענשינן ליה ולא שבקינן ליה עד דיקיים בעצמו לתקנת חז"ל:

והוא דהא לעיל כתבתי דמצינו בחוב ריבית דאין יכולים לירד לנכסיו רק כופין לו שיראה לקיים מצות עשה ביש משום דליכא שעבוד נכסי ביה ודוקא היכא דאיכא

שעבוד נכסי יכולים לירד לנכסיו או משום דין בע"ח קונה משכון או משום תורת דין כפייה כמש"כ הרמב"ן והר"נ והריטב"א כנ"ל בקונטרסי הקודם ולפ"ז יש לדון בכל חוב מדרבנן כיון דמה"ת פטור מליתן לחבירו א"כ תקשה קושיות הגמרא דגיטין ד' ל"ו וקושיות הגמרא דיבמות ד' פ"ט דמי איכא מידי דמדאורייתא כו' ומדרבנן כו'. וה"ה הכא כיון דמה"ת פטור א"כ היכי מותר להבע"ד התובעו ליטול את חפץ בעיני' של חבירו ולהשתמש בו לאוכלו ולמוכרו והא ה"ל איסור גזילה מה"ת ואין יכולים חז"ל לעקור דבר מה"ת ע"י קום ועשה והא דאמרו בגיטין ויבמות שם דמשום הפקר ב"ד נגעו בה הא ז"א שייך היכא דהוי להוציא ומחוסר גוביינא והחלטה דב"ד וע"כ י"ל דבכל חיוב מדרבנן דינו כמו חוב ריבית דמבואר דינו ביו"ד סי' קס"א סעי' ה' דב"ד היו כופין כו' שיקיים מצות השבה אבל לא היו יורדין לנכסיו אלמא דמצינו דהיה כפייה באופן שלא ירדו לנכסיו ה"ה י"ל בכל חוב דרבנן דכופין לו שיקיים להשיב החוב שהטילו עליו חז"ל אבל אין יורדין לנכסיו ובכה"ג לא שייך לומר דאיך יעביר חבירו התובעו על איסור גזילה להשתמש בחפץ של חבירו משום די"ל דכיון דאומר רוצה אני אף דהוי ע"י כפייה מ"מ כיון דאמר רוצה אני שייך בזה מצוה לשמוע דברי חכמים ותלויה וזבין דב"ב ד' מ"ח אבל כ"ז דלא אמר רוצה אני הוי איסור גזילה מה"ת:

ואף דהעובר על תקנת חז"ל יכולים לכופו וליסרו על להבא שיקיים זה וכמש"כ הר"נ בכתובות פ"ד בסוגיא דמוציא ש"ר וברמב"ם ה' חמץ פ"ו ה' י"ב ועיין בירושלמי נזיר פ"ד ה"ג מכת מרדות כו' עכ"ז אין להם יכולת לירד לנכסיו מחמת הא דלא תסור אם לא היכא דשייך הפקר כו' וכמו דאמרו בגיטין ד' ל"ו ומי איכא מידי דמדאורייתא לא משמטת שביעית ותקנו רבנן דתשמט ופי' רש"י ונמצא הלוה גזלן על פיהם אלמא דאף דלכאורה היה מקום לומר דכמו דיש להם יכולת לכופו לגופו שיקיים מצות שמיטה מדרבנן מחמת לא תסור כן יהא יכולת בידם לירד לנכסיו בתורת כפייה דמה לי שכופהו בגופו ומה לי שכופהו בממונו כנ"ל ואפ"ה לא אמרו כן בלאו דלא תסור ולכן מקשו בפשיטות ונמצא הלוה גזלן ע"פ ואף דהתם אינו בעיני' דהא מיירי בהלואה כש"כ בחפץ בעיני' ולכן הוכרח הש"ס לתרץ דמשום הפקר כו' נגעו בה א"כ ז"א שייך רק להחזיק אבל לאפוקי ממונא בתורת חוב כיון דלא שייך ביה לדון דין הפקר כו' ע"כ שפיר י"ל דכ"ז דלא אמר רוצה אני אין יכולת לירד לנכסיו ולכן פריך מי איכא כו' והתקין הלל דלא משמטא ויגבו בתורת כמו כל חוב דהא לא הוציא כו' ודוקא היכא דגוף החפץ שייך לחבירו בזה שפיר י"ל הפקר כו' אף לאפוקי ממונא וכמש"כ שם בחידושיי הנ"ל וכן בחוב כתובה ומעמד שלשתן ומכירת שטרות וכן עיקר דין שטר דזהו מדרבנן להרמב"ם מ"מ יש להם

יכולת לירד לנכסיו משום דהא יש לומר בכ"ז סברת הרדב"ז הנ"ל דמה דנעשה מדעתו אמרינן דגמר והקנה להתחייב באופן המועיל ודייניגן בו כמו דין תורה ממש:

וז"א שייך רק בחוב מדעתו אבל במה שהטילו עליו חז"ל איזה התחייבות שלא מדעתו ורצונו כמו תקנת נגזל ונחבל וכה"ג דבזה יש לדון דכ"ז דלא אמר רוצה אני אינם יכולים הב"ד לירד לנכסיו בע"כ אך במש"כ הש"ך בתקפו כהן דבנגזל ונחבל אינם יכולים לכפותו כ"כ אלא מותר לקרותו עבריין וכמו מציאת חש"ו בזה שפיר הוכיח הקצה"ח דזה אינו אבל לענין לירד לנכסיו כ"ז דלא אמר רוצה אני שפיר יש לדון לפי דברי הכ"מ הנ"ל בשי' הרמב"ם דאינן יכולין למיחת לנכסיו ולמוכרן וכן בדד"ג לשיטת הסוברים דאינו אלא מדרבנן יש לדון כן והא דב"ק ד' צ"ח דכפייה רפרם לרב אשי ואגבי ביה כי כשורא לצלמא י"ל דהוי כעין כפייה לגופו שיגבהו מנכסיו וכמו שמצינו כעין זה גבי חוב ריבית כנ"ל וכן במטמא ומדמע דהיזק שאינו ניכר אינו אלא מדרבנן ע"כ ג"כ י"ל דכ"ז דלא אמר רוצה אני אינם יכולין לירד לנכסיו [אך שם בלאו הכי יש לומר לכ"ע כן כיון דקיי"ל דטומאת טהרות ומת לא קנסו בנו אחריו כמבואר בגיטין ד' מ"ד ובח"מ סי' שפ"ה ע"כ הוי כמו חוב ריבית דכתב הר"נ והנ"י בשם הרשב"א בריש פ"ה דב"מ דכיון דאין הבנים חייבין להחזיר חוב ריבית ע"כ מוכח דליכא בחוב ריבית שעבוד נכסי ע"ש וה"ה י"ל כן במטמא ומדמע כו' דמטעם זה מוכח דליכא שעבוד נכסי למיחת לנכסים והדברים ארוכין] וכ"ז לשי' הכ"מ דס"ל להטעם דלכן לא שייך תי' רבא דגיטין על לעיל מיניה משום דלא שייך הפקר כו' להוציא ממון אבל לשי' רש"י והראב"ד וכן אף התוס' שם הא לא אתו עלה משום סברת הכ"מ ע"כ לדידהו שפיר י"ל דאף אי נימא דד"ג וכה"ג דאינו אלא מדרבנן דיכולין למיחת ולגבות מנכסיו בתורת דין הפקר כו' וידעתי מה דיש מקום לפרש לדברי הכ"מ כעין מש"כ התוס' אבל זהו דוחק וכמש"כ בחידושיי לעיל כנ"ל:

וכן יש לדון בהא דנגזל נשבע ונוטל לפמש"כ הש"ך לקמן ריש סי' צ' דזה אינו אלא קנסא ואם מת הגזלן לא קנסו בנו אחריו כמו במטמא ומדמע משא"כ בשכיר כו' וכמבואר בירושלמי שבועות פ"ז ה"א ולעיל סי' פ"ט סעי' ב' ושיטת הסמ"ע לקמן סי' שפ"ה ס"ק ב' דטימא טהרות אף בעמד בדין אין קונסין בנו אחריו ועיין בש"ך שם ס"ק ג' דחולק עליו והאו"ת בסי' ק"ח ס"ק א' כתב ג"כ כהסמ"ע ובחידושי לסי' ק"ח הארכתי בזה ולפ"ז יש לדון ולחלק בין שכיר לנגזל בזה ג"כ דבנגזל יש לומר דאף בחיי הגזלן אין לו שעבוד נכסי למיחת לנכסיו אף דנשבע הנגזל וכמש"כ הר"נ והנ"י בשם הרשב"א בריש פ"ה דב"מ דחוב ריבית כיון דאם מת אין גובין מיורשיו ע"כ ליכא דין שעבוד נכסי ביה רק

דהיו כופין אותו שיקיים מצות פריעת חובו וכן פסקו ביו"ד סימן קס"א סעי' ה' כמו כן יש לדון בהא דנגזל נשבע ונוטל כיון דאף לאחר שבועתו אם מת הגזלן אין גובין מבניו לפי שיטת הסמ"ע דאף עמד בדין לא מהני בזה ע"כ ה"ה מה"ט אף בחייו אין יורדין לנכסיו אלא דכופין לו שיקיים פריעת חוב זה אבל בשכיר נשבע ונוטל דגובין מיורשיו ע"כ ה"ה דיש לו שעבוד נכסי אף למיחת לנכסיו כן יש לדון ולחלק בין נגזל ונחבל ובין שכיר ועיין ברמב"ם ה' חובל פ"ה ה' ד' שכתב קנס קנסו חכמים כו' שיהא הנחבל נאמן ונשבע בנק"ח ונוטל כו' ובראב"ד ובמ"מ שם ואכמ"ל:

סימן ד:

(שם סעי' א') בש"ך שם סוף ס"ק ב' העלה שם דאם ש"ד או לא זה הוי ספיקא דדינא:

ענף א:

הנה האו"ת בסי' ל"ט ס"ק ב' הוכיח דהעיקר לדינא דשעבודא דאורייתא דאל"כ תקשה דהאיך גובין מלוה ע"פ מן יורשים לאחר שחלקו העזבון שירשו מאביהם לפי מה דקיי"ל דאחין שחלקו לקוחות הן ומה יענו כל בתי דינין בישראל וכן תקשה בהא דבכורות ד' מ"ח גבי שני זכרים כו' בחלקו עד שלא נתנו החמשה סלעים דאמרינן דאם מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי וכן אחים שחלקו לקוחות הן דאינו גובה מהן משום דמלוה בע"פ אינו גובה מלקוחות וכיון דקיי"ל דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי וכן אחים שחלקו לקוחות הן א"כ תקשה על מש"כ הרמב"ם והטור והמחבר ביו"ד סי' ש"ה סעי' כ"ו דאם מת האב קודם שפדאן גובין מהם ה' סלעים אף אם חלקו כבר הנכסים וקשה הא דינו כמלוה בע"פ ואין גובין מלקוחות והוכיח מזה דהעיקר הוא דש"ד ולכן כיון דהא דאין גובין למלוה בע"פ מלקוחות הוי משום פסידא ובכה"ג הא לא שייך פסידא ע"ש. ועיקר קושיא זו כבר הקשה זה התוי"ט בכורות פ"ח משנה ג' והמע"מ בכורות שם והיש"ש בדיני ברירה והובא זה הקושיא בקצה"ח סי' ק"ח ס"ק א' והקצה"ח שם תירץ דלכן גובין מן יורשים שחלקו אף במלוה בע"פ משום דהא יש להקשות במה דמבואר בבכורות שם דאי אחין שחלקו לקוחות הם פטורים היורשים הא ה"ל מזיק שעבודו דחייב ולכן יורש שמכר נכסי אביו חייב לשלם כמבואר בסי ק"ז סעי' ד' וע"כ מוכח דשאני במתנות כהונה דמזיק פטור אבל בכל עזבונות שפיר י"ל דגובין למלוה בע"פ מהם אף אחר שחלקו משום דחייבין מן דין מזיק שעבודו עכ"ל הקצה"ח:

ובאמת עדיין תירוץ הקצה"ח הנ"ל אינו ברור לפמש"כ התוס' חולין ד' קל"א ע"א ד"ה שאני התם דקא משתרשי ליה דדוקא באכלו למתנות כהונה פטור די"ל הייתי משנה א"כ במכר למתנות כהונה וקיבל הדמיסודאי דלשיטת התוס' מקרי זה משתרשי ליה

דחייב במתנות כהונה ג"כ א"כ עדיין תקשה קושיית הקצה"ח הנ"ל בהא דבכורות ד' מ"ח דאמרו דאי אחין שחלקו לקוחות הם אין גובין מהם למלוה בע"פ דהא קשה דיהיו חייבין משום מזיק שעבודו והיכא דנטל דמים העלה הש"ך בסי' ק"ז ס"ק ח' דוודאי חייב במזיק שעבודו משום דמשתרשיה ליה והא התם סוגיא דבכורות קאי אליבא דר"מ ור"מ הא ס"ל דינא דגרמי א"כ כש"כ דס"ל לר"מ לחייב מזיק שעבודו וכמש"כ התוספות גיטין ד' מ"א ע"א ד"ה במזיק שעבודו כו' דמזיק שעבודו חמור ביותר מן דד"ג ע"ש וכן תקשה קושיות הקצה"ח עדיין עלה דפסקו הטור ושו"ע ביו"ד סי' ש"ה דאף אחר שחלקו נתחייבו נכסים וגובין ה' סלעים מהם דתקשה דהא לפמש"כ הקצה"ח דלכן פטורים משום דה"ל מזיק מתנות כהונה א"כ תקשה עדיין על פסק הטור ושו"ע הנ"ל ועיין מזה בנתיבות בסי' ק"ז ובברית אברהם סי' ח' מזה:

ולכן נלפענ"ד ליישב כל זה באופן אחר ומתחלה נראה ליישב מה שהקשו בהא דבכורות הנ"ל דאם כלקוחות הם אין גובין מהם למלוה בע"פ דאמאי לא יהיו חייבים לאחר שחלקו מצד מזיק שעבודו והוא דהא מבואר בטור ושו"ע סוף סי' מ"ט דשני יוב"ש שלוה א' מהם מאחר ונמצא לא' מהם שדה שקנה מן יוב"ש השני או שהיו שותפים בו אין המלוה טורף מצד ממנ"פ כו' לפי שאין נכסי בע"ח משועבדים אלא מטעם ערב כו' וכיון שא"י לתבוע מהלוה עצמו ע"כ א"י לגבות מנכסיו וכן בערב לשני יוב"ש בין לשני מלוים בין למלוה א' כשם שא"י לתבוע מהן כך א"י לתבוע מהערב ועיין בש"ך שם ס"ק י"ט וס"ק כ' ובאו"ת וקצה"ח ונתיבות שם [וכה"ג כתב הר"ת לפרש הטעם דלכן מוכר שט"ח ומחלו דמחול לפי דפקע שעבוד גופו ממילא פקע שעבוד נכסי והובא בש"ך סי' ס"ו ס"ק א'] אלמא דחזינן התם בסי' מ"ט דאף דבאמת הא יש לו שעבוד הגוף על הלוה על א' מהם ועכ"ז כיון דלא מצינן לגבות ע"י ב"ד מצד שעבוד הגוף ממילא פקע ליה שעבוד נכסי ולא דיינינן בזה דין ערבות ולהא דנכסי דבר אינש ערבין ליה אף דאיכא בזה ממנ"פ כמבואר שם אפ"ה אין גובין מן הנכסים:

והנה במה דגובין מן יורשין אף דמת אביהם ופקע שעבוד הגוף. כבר הרגיש בזה הסמ"ע בסי' ס"ו ס"ק נ"ה. והקצה"ח שם ס"ק כ"ו כתב בשם הר"נ בפ' הכותב דלכן במת הלוה גובין מיורשיו דשאני התם דנתערבו הנכסים בעת שהיה הלוה קיים ע"כ לא פקע שעבוד נכסי ע"ש ובמק"א הארכתי בכ"ז והנה בכל חוב אף במלוה הכתובה בתורה כמו פדיון הבן וה"ה בחוב נזקין בעינן דיהיה שעבוד הגוף על הלוה ולכן אם אין אנו יכולין לכפות לגוף החייב משום תורת מזיק שעבודו לשלם מנכסים אחרים כדין כל חוב אז אין אנו גובין מנכסיו אף דאיכא למימר ממנ"פ וכמו הא דשני יוב"ש דבכורות ד' מ"ח גבי פדיון

הבן ובהא דסי' מ"ט הנ"ל ולכן במוכר שט"ח ומחלו כיון דפקע שעבוד הגוף פקע שעבוד נכסי והקצה"ח שם מחלק בין הא דמוכר שט"ח ובין יורשין ע"ש ולפי זה הדין נותן היכא דחייבין היורשים משום מזיק שעבודו דאין גובין מהם אלא היכא דיכולים הב"ד לכוף לגופן מצד שעבוד הגוף ובזה לא שייך סברת הקצה"ח בשם הר"ן הנ"ל דכתב דכבר נתערבו הנכסים בעת שהיה הלוה קיים דהא עיקר החוב דמזיק שעבודו הוא משום חיוב חדש דעל היורשים דהזיקו שעבודו ולא משום חוב המוריש דהא לאחר שחלקו אי נימא דלקוחות הם אין גובין מהם אף בחוב שהיה על המוריש. והא דגובין מן יורשים שחלקו אי נימא דהוי יורשים שא"ה דעיקרו הוא מצד חיוב המוריש דהיה להמלוה שעבוד הגוף על המוריש בעת שהיה חי ונתברר אז בשעתו השעבוד הגוף וכמש"כ הסמ"ע והקצה"ח כנ"ל אבל זה אינו שייך בחיוב יורשים משום מזיק שעבודו ולא מצינן לגבות מיורשים לפי שהזיקו שעבודו רק היכא דידוע בוודאי דהזיקו שעבודו: ולכן היכא דנולד לנו ספק אם הזיקו שעבודו כמו בהא דאמרו מחצה יורשים ומחצה לקוחות דהא זה הוי משום ספק כמבואר שם ומספיקא תקנו חז"ל התם דיהיה כמו מחצה יורשים ומחצה לקוחות כמש"כ התוס' שם בבכורות וב"ב ד' ס"ב אבל עיקר הענין אם הוו מזיק שעבודו הוי ספק שמא הוו יורשים. א"כ אז לא הזיקו שעבודו כלל ויכולים לומר הרי שלך לפניך רק אי נימא דהוו לקוחות אז חייבים משום מזיק שעבודו ע"כ אין אנו יכולין לכוף לגופן לשלם מן נכסים אחרים של היורשים כדין מזיק שעבודו דהא מספיקא אין אנו יכולים לחייבם בזה. דדלמא הוו יורשים ולא הזיקו מעולם לשעבודו ובזה לא שייך לומר דהא תקנו חז"ל מספיקא דיהיה מחצה לקוחות דהא במה דאמרו מחצה לקוחות זהו משום ספיקא דהממע"ה רק במה דגבו מן מחצה יורשים זהו מצד התקנה דראו חז"ל בזה הספק לעשות אותם כמחצה יורשים ולהוציא מהמוחזק וגם י"ל דזהו לפי שיש חזקת שעבוד וחיוב על הנכסים ואף דגם בזה קיי"ל הממע"ה עכ"ז ראו חז"ל התם לדון כן אבל במחצה לקוחות אכתי מידי ספיקא לא נפק דלמא הוי יורשים בכולו דשמא הלכה דיש ברירה ואז לא הזיקו מעולם לשעבודו וכיון דמספיקא ליכא שעבוד הגוף עליהם ע"כ פקע שעבוד נכסי ואין יכולים לגבות מהם מצד מזיק שעבודו כ"א ממחצה יורשים דבזה לא בעינן שעבוד הגוף עליהם דהא כבר היה לו שעבוד הגוף על המוריש אבל במחצה לקוחות מצד חוב מזיק שעבודו דהוא חיוב חדש על היורשים מצד מזיק כיון דליכא שעבוד הגוף עליהם ולשלם מנכסים אחרים שלהם ע"כ פקע שעבוד נכסי ממילא ולכן אין גובין מן המחצה לקוחות וזהו כש"כ מהך דב' יוב"ש דהא לא נתברר מעולם השעבוד הגוף בזה אף בינו וב"ע ומתורץ קושיות האחרונים בסוגיא דבכורות הנ"ל: ענף ב:

ועפ"ז יש לתרץ קושיות התוי"ט והיש"ש והמע"מ הנ"ל שהקשו בהא דיו"ד סי' ש"ה דפסקו דנתחייבו נכסים לאחר שחלקו וכן איך גובין בכל בתי דינים מיורשים שחלקו אף למלוה ע"פ והא הוו לקוחות ולפמש"כ א"ש משום דאכתי יש לדון במש"כ דביורשים שחלקו ליכא שעבוד הגוף עליהם מצד מזיק שיעבודו כיון דמספקא לן דלמא הוו יורשים ולא הזיקו מעולם לשעבודו דהא כתב הש"ך בחו"מ סי' קכ"ו ס"ק ע"ח דהיכא דנעשה ערב ועל פיו פטרו להלוה והוי ספק אם יכול לחזור על הלוה דחייב הערב וליכא למימר כיון דהוי ספק אם יכול לחזור א"כ דלמא הלכה דיכול לחזור דלאו מידי חסרתיך דז"א כיון דמספיקא אינו יכול לחזור עליו א"כ הוי היזק בוודאי ולא דמי לשוחט דעשה ספק טריפה דפטור לשלם דלקמן סי' ש"ו סעי' ה' כו' ועוד י"ל דשא"ה דנתן לו רשות לשחוט כו' עכ"ל הש"ך א"כ לפ"ז ה"ה בהך דמחצה לקוחות מספיקא דכיון דאינו יכול לטרוף עכ"פ מספק מהם א"כ הא הוו מזיק שעבודו בוודאי דהא אינו יכול לגבות עכ"פ מהנכסים:

הגה"ה והש"ך ביו"ד סי' ד' ס"ק ה' כתב בזה"ל דאע"ג דלענין איסורא איכא פלוגתא מצי הניזק לומר דלמא קיי"ל כמאן דאוסר בהנאה מה תאמר דקיי"ל כהמכשיר א"כ קח לך היין כו' ועיין בנקה"כ שם ומוכח דס"ל להש"ך דבהזיקו בספק איסור דחייב לשלם כיון דעכ"פ מספיקא נאסר לו וע"כ מוכח דשאני בשוחט ברשות דעשה ספק טריפה דפטור כמש"כ הש"ך בח"מ סי' קכ"ו ס"ק ע"ח הנ"ל וי"ל עוד דשא"ה בספק אי לצעורי מכוין דיכול לומר להמזיק אתה יודע האמת איך היה מחשבתך אם לצעורי או לא וע"כ קח לך היין כו' ותמכרנו ומצד ממנ"פ אתי עלה דאם תאמר דפטור אתה משום דלצעורי כו' א"כ מטעם זה קח לך היין כו' וכמש"כ הש"ך שם משא"כ בשארי דוכתי דלא שייך כן אפשר דגם הש"ך ס"ל דפטור ואינו הכרח מהש"ך דיו"ד בזה ועפ"ז א"ש מה דיש להעיר דאמאי בטבח אומן שקלקל פטור כמבואר בב"ק ד' צ"ט והא מצינו בגיטין ד' נ"ג דלמ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק ופטור בשוגג כדי שיודיעו א"כ גם טבח אומן יהיה פטור מטעם הנ"ל אכן באמת א"ש דהא יכול להודיעו שאסור לו לאכול מזה משום ספק טריפה ועכ"ז יהיה פטור לשלם כיון דאינו רק ספק טריפה והארכתי בכ"ז במק"א ועיין בב"ק ד' ק' תוס' ד"ה טימא כו' ובסנהדרין ד' ל"ג ע"ב ע"כ הגה"ה: ולענ"ד נראה לדון בעיקר הך מלתא בהזיקו מצד ספיקא כנ"ל:

דמש"כ הש"ך בח"מ סי' קכ"ו ס"ק ע"ח לחלק בזה הוא דוחק וע"כ נראה לי לדון בזה מילתא חדתא והוא דעיקר המקור הוא מב"ק ד' צ"ט גבי מגרומתא דאתי לקמי' דרב אמר כיון דהוי ספק טריפה ע"כ פטור השוחט לשלם ולא מקרי מזיק והובא בט"ז יו"ד סי' י"ח

ס"ק ח' והעלה שם הט"ז להוכיח דהיכא דהוי ספק טריפה אינו משלם בעד ההיזק משום דהא לא הוי ברי היזיקא עכ"פ כיון דהוי ספיקא במלתא אי הוי טריפה ועיין בנקה"כ שם: וי"ל בזה ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף י"ב לבאר דספק באיזה דין בגמ' דבזה לאחר חתימת הש"ס הוי זה ספק חסרון ידיעה לכל העולם דהא ליכא להתברר זה הספק כלל האידנא משא"כ בספק הנולד לאותן שהיו בזמן קודם חתימת הש"ס מקרי זה ספק חסרון ידיעה דהא י"ל דלמא יבא אז איזה תנא או איזה אמורא ויכריע הדין איך הוא ע"ש ולפ"ז י"ל דשאני בההיא מגרומתא דב"ק דהא בזמן הגמ' הי' יכול אז להתברר הך ספק מגרומתא אם הוא כשר או טריפה ע"כ לא מקרי ברי היזיקא לפמש"כ הט"ז דלכן פטור בכזה משום דלא ברי היזיקא כנ"ל. ודלא כהנקה"כ שם. דהא אכתי י"ל דלמא יבא א' ויכריע ע"כ שפיר פטרו להשוחט משא"כ בספק הנשאר בש"ס לספק דלאחר חתימת הש"ס ליכא להסתפק כלל דלמא יבא א' ויכריע דהא כיון דנשאר בש"ס בספק אז לא מצי שום איש להכריע לאחר חתימת הש"ס. ע"כ י"ל דהאידנא מחוייב השוחט לשלם בעשה ספק טריפה כה"ג משום דזה מקרי ברי היזיקא דהא לעולם לא יהי' מצי שום איש להכשירו וע"כ שפיר כתבו בח"מ סי' ש"ו וע"ש בש"ך ס"ק יו"ד. דבמה דנהגו להטריף בספק בשחיטה כמו ספק שהי' במיעוט בתרא וכה"ג דכיון דהוי ספק חסרון ידיעה לכל העולם ע"כ הוי שם טריפה עליו דהא מספק אינו יכול לאוכלו כלל בשום אופן ע"כ מקרי מזיק בוודאי כן נראה לי לדון בזה אף דלא משמע כן מן האחרונים שם. ולפ"ז י"ל בהא דמספקא להש"ס אם יורשים שחלקו הוו יורשים או לקוחות כמו הא דבכורות דמחצה יורשים ומחצה לקוחות דבזמן התנאים ואמוראים דהי' יכול להתברר הך ספיקא דדינא. דהא באמת מצינו לכמה תנאי ואמוראי דס"ל יש ברירה ומה"ט ס"ל דיורשים הוו ועיין בר"ן ר"פ השותפים ע"כ שפיר כתבתי לעיל דליכא בזה שעבוד הגוף עליו משום מזיק שעבודו דהא אפשר לומר דלמא יבורר הדין אז דהוו יורשים א"כ לא הזיקו מעולם לשעבודי כלל דהא השעבוד עדיין קיים ומוטל על השדות ודומה למש"כ הגדולי תרומה והתומים בסי' ק"ז ס"ק ח' והקצה"ח שם ס"ק ו' דבמכרו השדה לאלם דבחוב בשטר י"ל דאינם חייבים משום מזיק שעבודו ועיין בטור ח"מ סי' ק"ד סעי' ב' רק במכר השדה והי' חוב בע"פ דבזה ע"פ דין פקע שעבודו ובזה חייב משום מזיק שעבודו כמש"כ האורים בסי' ק"ז ס"ק י"ח דבזה לכ"ע חייב לשלם ע"ש ובקצה"ח ס"ק ו' ויש לדון בזה הרבה ע"כ היכא דהוי ספק אם יורשים או הוי לקוחות דיש להסתפק דלמא לא פקע שעבודו ע"פ דין א"כ לא הוי ברי היזיקא דעדיין אפשר לומר דלמא יבא א' ויכריע הדין דהוו יורשים ולא פקע שעבוד נכסי ע"כ שפיר כתבתי לעיל לדון דכיון דלא מצי נחית

לגופו לחייבו משום מזיק שעבודו לשלם מנכסים אחרים משום דהא יכול לומר דלמא הוו יורשים ולא פקע שעבוד נכסי ע"כ שפיר י"ל דכיון דליכא שעבוד הגוף בתורת וודאי ממילא ליכא שעבוד נכסי אף דאיכא תורת ממנ"פ כנ"ל בשני יוב"ש הנ"ל:

וכ"ז הוא בזמן מקודם חתימת הש"ס אמנם האידנא אחר חתימת הש"ס דכיון דכבר נקבע לנו בספק דבאורייתא אין ברירה ואינו יכול לגבות מספיקא בשום אופן בעולם מן יורשים שחלקו דהא האידנא אין שום חכם יכול להכריע זה הספק וע"כ הוי ברי היזיקא ולכן חייבין יורשים שחלקו משום מזיק שעבודו אף במתנת כהונה דהא הוי משתרשי לי' לפי התוס' בחולין ד' קל"א דחייב וכמש"כ הש"ך בסי' ק"ז ס"ק ח' דבנטל דמים חייבים היורשים במכרו משום מזיק שעבודו דהא ה"ל משתרשי לי' וכ"כ הנתיבות שם ולפ"ז הוי שעבוד הגוף על היורשים בוודאי משום מזיק שעבודו דכיון דא"י לגבות מספיקא בשום אופן בעולם וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק ע"ח כעין זה כנ"ל [ונעשה השעבוד של הבע"ח ע"י החלוקה לממון שאינו יכול להוציא בדיינין בשום אופן בעולם דכה"ג אף בקרקע מקרי אינו ברשותו כמבואר בב"מ ד' ז"ן וגובין מן היורשים על פי דין משום דהוי זה חוב עצמם מצד מזיק דנתחייבו אז באותו שעה שחלקו וכיון דיש לו שעבוד הגוף עליהם ע"כ גובין שפיר אף למלוה בע"פ מיורשים שחלקו וה"ה בהא דיו"ד סי' ש"ה גבי מתנות כהונה דפסקו דנתחייבו נכסים אף אחר דחלקו משום דהוי משתרשי לי' דגם במתנות כהונה שייך כן כנ"ל ומתורץ קושיות האחרונים הנ"ל וא"ש כל זה אף אי נימא שעבודא לאו דאורייתא וע"כ אין הכרח מזה הקושיא להוכיח דש"ד וי"ל כהש"ך דהוי ספיקא דדינא אי ש"ד או לא ובמק"א הארכתי בכ"ז ועיין לקמן בסי' מ"ט סעי' יו"ד מה שכתבתי שם עוד בענין השייך לשעבודא דאורייתא וע"פ דבריהם יש ליישב דברי הרי"ף סוף ב"ב דמשום נעילת דלת אוקמה על דאורייתא דאל"כ לא הי' גובה מן יורשים שחלקו דהוי כלקוחות וכן י"ל בכ"ז ע"פ מש"כ הט"ז בח"מ סי' ק"ג סעי' י' בהג"ה וקצרתי הלכות הלואה סימן לט (סעי' א) אם יש עדי' שקנו מידו כו' י"ל דהך מילתא דאמרו סתם קנין לכתיבה עומד זהו אם קנה לגוף החיוב בלא הקנין ע"כ אמרינן דיפ"כ של הקנין הוא שיכתבו לו אבל היכא דלא קנה לגוף החיוב בלא הקנין אז לא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד ואפשר דזהו טעם שיטת הסוברין לקמן סי' קכ"ט סעי' ו' דערב הנעשה בקנין אם לא כתב לי' שטר אינו גובה ממשעבדי והבית יוסף כתב שם טעם אחר אך יש לכלול להסברא שכתבתי בדברי הבית יוסף וי"ל דמיירי שם בערב לאחר מתן מעות אכן מן התוס' ב"מ ד' ט"ו ע"א ד"ה כגון שקנו מידו דהקשו דא"כ אמאי קאמר אמליך הלא סתם קנין לכתיבה עומד וי"ל כו' ועיין לקמן סי' סמ"ך ש"ך סוף ס"ק י"ב ואי נימא דהיכא דלא

הי' יכול לחול החיוב עליו רק ע"י הקנין אז לא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד א"כ אין מקום לפ"ז לקושיות התוס' דהתם דהא התם אין לו שבח כ"ז דלא קנו מידו משום איסור ריבית לשיטת שמואל וא"כ הוי תועלת גדול מן הקנין ואפ"ה הקשו התוס' דנימא סתם קנין כו' א"כ מוכח שלא לחלק בזה ואחר כתבי כ"ז נזכרתי כי האו"ת בסי' קט"ז ס"ק ה' העיר בזה בשם הכה"ג בשם חכם א'. (שם סעי' ב') ואע"פ שאמר להם כתבו וחתומו ותנו צריכים להמלך בו וכן הוא בכתובות ד' ג"ה והרא"ש שם הקשה מ"ש מן האומר תן חפץ זה לפלוני דלא צריך לאימלוכי בי' ותי' דשאני הכא דאיכא רגלים לדבר שרוצה שימלכו בו מדלא הקנה מיד בקנין חליפין ש"מ דאין דעתו להקנות לו מיד ירושלמי א"ל רב לחיי' ברי' כד אמרי לך הב מידי לפלניא אי אינש עשיר הוא אימלך בי' תניינות ואי אינש מסכן הוא הב לי' מיד עכ"ל הרא"ש והובא בנתיבות סי' ל"ט ס"ק ה' פירושו של הרא"ש הנ"ל: ודברי הרא"ש הנ"ל צריך ביאור דסותר דבריו דמתחלה כתב בפשיטות דאומר תן חפץ לפלוני א"צ לאמלוכי בי'. ומיד אח"ז כתב בשם הירושלמי דרב אמר דימליכו בי' אלמא דצריך לאמלוכי בי' וסתרי דבריו אהדדי וכן ראיתי להפלאה שם שהקשה כן על הרא"ש ומתוך זה כתב לחלק דדוקא במתנה מועטת דה"ל מחוסר אמנה כדקיי"ל בזה כתב הרא"ש דתן חפץ א"צ לאמלוכי בי' משא"כ רב לטעמי' דס"ל דברים אין בהם משום מחוסר אמנה כו' וע"כ במתנה מרובה גם לדידן צריך אמלוכי בי' עכ"ל אבל באמת זה דוחק דכה"ג ה"ל להרא"ש לפרושי וכן בפסקי הרא"ש שם כתב להלכה דאם אמר לשלוחו תן חפץ לפלוני יכול לתנו לו מיד דמשמע אף במתנה מרובה:

והנלע"ד בזה דבאמת הדין הוא דאף במתנה מרובה אם אמר לשלוחו תן לפלוני א"צ לאמלוכי בי' משום דהא דכתב הרא"ש בפשיטות דתן חפץ לפלוני א"צ לאמלוכי בו אינו הטעם משום דה"ל מחוסר אמנה ומוקמינן לו על חזקת כשרות משום דיש להוכיח דלאו משום איסור חזרה דמחוסר אמנה אמר זה אלא אף היכא דמותר לחזור בו כגון במתנה מרובה ג"כ לא חיישינן לחזרה וא"צ אמלוכי בי' וראי' לזה מהא דגיטין ד' ס"ה האומר כתבו ותנו כו' הרי אלו יכתבו ויתנו. וכמבואר זה בכמה סוגיות ובשו"ע אה"ע סי' קמ"א אלמא דבכתבו ותנו גט לאשתו א"צ אמלוכי בי' ובוודאי לא הוי שם הטעם משום מחוסר אמנה דאסור לחזור בו ומוקמינן לו על חזקת כשרותו דזה אינו דהא כתיבת גט לאשתו וודאי דזהו כמו מתנה מרובה כדמצינו באה"ע סי' קל"ד שכתבו כולם דבאנסוהו לגרש לא הוי כמו תליוה וזבין דאף קיבל מעות עבור הגט לא מהני משום דכל הון יבוזו לו בעד אשתו החביבה עליו כגופו ואין דמים לאשה כו' ובוודאי הוי זה כמתנה מרובה ואף בהבטיח לגרש אשתו מותר לו לחזור בו ולא ה"ל מחוסר אמנה כלל [ועיין בקצה"ח

סי' רכ"א ס"ק א' מש"כ שם על הב"ש באה"ע סי' כ"ט ס"ק כ"א] ואפ"ה אמרו דא"צ לאמלוכי בו בגט אם אמר כתבו ותנו גט לאשתי כמבואר בכמה סוגיות לכ"ע ועוד דאי נימא הטעם בכתבו ותנו גט לאשתי לכן א"צ אמלוכי בו משום דה"ל מחוסר אמנה א"כ תקשה מכל המשניות דמבואר דא"צ אמלוכי בו על רב דס"ל בב"מ ד' מ"ט דברים אין בו משום מחוסר אמנה אך אין אנו צריכים לזה דוודאי כתיבת גט לאשתו ה"ל כמו מתנה מרובה וגם אמרו בזה בגיטין ד' י"ח לא מקדים אינש פורענותא לנפשי' ובתוס' שם ד' י"ז ע"ב סד"ה עד שעת נתינה כו' והא דאמרו דכתבו ותנו בגט א"צ אמלוכי בו הטעם הוא משום דחזרה הוי חשש רחוק דאף היכא דמותר לחזור בו מ"מ הוי חזרה חשש רחוק וע"כ א"צ אמלוכי והא דכתובות דכתבו וחתמו צריך אמלוכי בי' יש לחלק עפ"י סברת הרא"ש דשא"ה דמדלא הקנה בקנין חליפין ע"כ רגלים לדבר שרוצה שימליכו בו משא"כ בגט אשה דלא שייך כן ע"כ א"צ אמלוכי בי':

ולפ"ז יש להסביר דברי הרא"ש הנ"ל על נכון דמה שפסק הרא"ש בפשיטות דהאומר תן חפץ אין צריך אמלוכי דהוכיח כן מהא דכתבו ותנו גט לאשתי הנ"ל וע"כ הטעם דהיכא דלא שייך קנין חליפין אמרינן דא"צ אמלוכי בו א"כ ה"ה באומר תן חפץ לפלוני דלא שייך התם לומר דה"ל להקנות בקנין חליפין וכמש"כ הנתיבות כאן דדוקא באומר כתבו ותנו דה"ל שני שליחות ע"כ אמרינן דה"ל להקנות בחליפין משא"כ בהן חפץ כו' דה"ל רק שליחות על ענין א' לא אמרינן כן יעו"ש בנתיבות והא דקאמר הרא"ש דאם אמר תן חפץ כו' מסברא א"צ אמלוכי בו ואלו לפמש"כ הא אין זה מסברא אלא כן מוכח מכמה משניות עכ"ז י"ל דלכן קאמר בלשון מסברא משום דאכתי יש לחלק דשאני גט אשה דלא שייך בי' חליפין כלל משא"כ בתן חפץ דשייך בו חליפין אך כיון די"ל דכיון דלא הוי השליחות על שני ענינים וכמש"כ הנתיבות כנ"ל ע"כ לא מחלקינן בינייהו ומה דהקשיתי על הרא"ש דאיך הביא אח"ז הך דירושלמי והוא בירושלמי ב"מ פ"ד ה"ב דרב מפקיד לשמשי' אימת דנימר לך תתן מתנה לברנש אין הוה מסכן הב לי' מיד ואין עתיר אימליך בי תניינות ומפורש להדיא דאף באומר תן חפץ לפלוני אם המקבל הוא עשיר צריך אמלוכי בי' וכמש"כ ההפלאה וכן הובא דברי ירושלמי הנ"ל ברי"ף לכתובות כאן והמר"ם שברי"ף מוחק זה וע"כ יש לתמוה איך פסק הרא"ש שם ובפסקי הרא"ש להיפך מן המבואר בירושלמי והא במה דלא מפורש בש"ס דילן פסקינן כירושלמי ונלע"ד בזה די"ל דמה דא"ל רב למשרתו דאם עשיר הוא דימליך בו שנית אין זה מן הדין. רק זהו כמו הא דמבואר בח"מ סי' ל"ט סעי' י"ג דבאם אמר בפירוש דלא יתנו השטר עד שישאלו אותו אם ליתן דלא יתנו השטר בלא דעתו אף שהי' בקנין אלא בסתמא בלא התנה כן אז

א"ש אמלוכי בו אם הי' בקנין ע"כ רב ציוה למשרתו דאם יאמר לו ליתן מתנה דלא יתן אם לא ישאול אותו שנית על זה וחשש רב לטובתו ע"כ הזהירו להשליח בזה ואז וודאי אין נותנין בלא אמלוכי בו ועצה טובה היה ממנו שלא יצטרך בכל פעם להתנות כן בפי' כדמצינו כן בכמה דוכתי בש"ס כמו בהא דנדרים ד' כ"ג וד' ע"ב ע"ב אבל אם לא התנה בפירוש אז הדין הוא שיתנו לו מיד וא"צ אימלוכי בו' וע"כ לא סתרי דברי הירושלמי לדברי הרא"ש כי הירושלמי לאו דינא קאמר רק עצה טובה הוי ואשמועינן דאם הוא עשיר ימלוך בו ואם הוא עני נעשה נדר ולא יצטרך לשאול לו שנית ודברי הירושלמי הנ"ל הביא הרי"ף והרא"ש בב"מ פ"ד סי' י"ב ע"ש וזהו מוכח בכוונת הירושלמי דאל"כ תקשה על רב מהא דכתבו ותנו דגיטין הנ"ל ועיין בביאור הגר"א זצ"ל סי' רמ"ג ס"ק ב': ולכן לדינא שפיר כתב בפסקי הרא"ש בכתובות ריש פ"ה דאם אמר לשלוחו תן חפץ לפלוני יכול לתנו לו מיד ואין זה סותר להירושלמי אמנם בהגהות מיימוני פ' י"א ה' מלוה שכתב על מש"כ הרמב"ם שם ה"א דהאומר כתבו וחתמו צריכים להמלך בו וכתב ההג"מ שם הטעם דמדלא הקנהו בקנין ש"מ דאין דעתו להקנותו עד שימליכו בו ואח"ז הביא בשם ר"ת דכל מתנה צריך לימלך שנית והביא ראי' מירושלמי הנ"ל דרב א"ל לחייא ברי' דאמליך בי' תניינות. והא דתקשה על הגמ' הנ"ל מהא דכתבו ותנו דגט י"ל דס"ל דשאני מתנת ממון די"ל גם בזה דהי' לו להקנות בחליפין ולא ס"ל להחילוק של הנתיבות בזה. ולפ"ז י"ל דהיכא דשולח מתנה לא' מיני מטבעות דבזה אף ההג"מ מודה דא"צ לאמלוכי בו דהא לא שייך בזה לומר דה"ל להקנותו בחליפין דהא מטבע אינו נקנה בחליפין וע"כ בזה י"ל דג"כ ההג"מ מודה דא"צ אמלוכי בו דזה דומה ממש להא דכתבו ותנו דגט אשה כנ"ל ועדיין אפשר לומר דסברת ההגהות מיימוני הוא משום דמוכח דדעתו הי' שימליך בו דאל"כ הי' לו לומר בפי' שיזכה בלשון המועיל על זכיי' כמו זכי וכה"ג משום דלשון תן לא הוי כזכי כמבואר בגיטין ד' י"ב וד' י"ג בתוס' שם בשם ר"ת וברא"ש ספ"ק דגיטין ובח"מ סי' קכ"ה מזה ועיין מזה גיטין ד' ס"ג ע"ב בשיטת רב ולכן מדלא אמר לשלוחו בלשון זכיי' גמורה מסתמא דעתו שימליך בו שנית כן י"ל בסברת הג"מ הנ"ל ע"כ א"ש הא דכתבו ותנו דגט אשה דלא צריך אימלוכי בי' משום דהתם לא שייך לומר כסברא זו ולפ"ז ה"ה בנתן מתנה מטבע לפלוני ג"כ י"ל כעין זה ע"כ לפ"ז אף במטבע צריך אמלוכי בי' והוי הך דין דאם אמר לשלוחו תן מתנה לפ' לספיקא דדינא אם צריך אמלוכי בו או לא דזהו פלוגתת הרא"ש והגהות מיימוני: ובעיקר דברי הרא"ש הנ"ל הי' מקום לחלק דשאני היכא דהחפץ הא כבר בעולם בעת שא"ל תן חפץ זה לפלוני בזה א"צ לאמלוכי בי' משא"כ בכתבו ותנו אך מדלא חילק הרא"ש בזה מוכח

דאינו סברא לחלק בזה ומזה הוכחתי בקונטרס א' בנידון הא דמבואר באה"ע סוף סי' ק"מ ובסי' קמ"א סעי' נ"ט דחשו שמא יבטל השליחות להולכה אך בדיעבד כתבו שם בשם תשובת גאוני בתראי ובתשובת הב"ח סי' ק"ב דבדיעבד במקום עיגון אף דלא נעשה רק שליח הולכה לא חשו לביטול הגט אכן באמר כתבו ותנו בזה ראיתי להשבות יעקב סי' קי"ד דהחמיר בזה וכתב לחלק דשאני במסר גט כתוב וחתום שמסר ליד שלוחו בזה לא חיישי לחזרה משא"כ באמר כתבו ותנו דהגט עדיין לא נגמר ע"כ יש לחוש טפי לביטלו יעו"ש. אמנם מן הרא"ש דכתובות הנ"ל מוכח דס"ל שלא לחלק ביניהם דאל"כ איך מדמה הרא"ש הך דכתבו ותנו דשט"ח להא דתן חפץ זה כו' והוכרח לחלק דשאני הא דכתבו ותנו דה"ל להקנותו בחליפין א"כ מוכח דלא כהחילוק של השבות יעקב הנ"ל וע"כ יש מקום להקל בזה במקום עיגון גדול ובתשובה א' הארכתי בכ"ז והוכחתי דחזרה הוי חשש רחוק אף היכא דלא שייך חזקת כשרות וכמו קודם תקנת ר"ג הזקן דגיטין ד' ל"ב ועיין בשו"ע אה"ע סי' קמ"א סעי' ס"ח והארכתי הרבה בהא שכתב הרא"ש ב"ק פ"ט סי' כ"א ובטור חו"מ סי' קכ"ב סעי' ב'. ובאו"ת שם ס"ק א' ובהא דח"מ סי' קי"ב ש"ך ס"ק ב' ובסי' קע"ו סעי' ג' בהגה"ה ובסוגיא דקידושין ד' מ"ה מזה ואכמ"ל:

(סעי' ד' בש"ך ס"ק י"ד) כתב ר' ירוחם הודאה בפני שנים כו' אף זה אחר זה כו' והיינו כשאמר לכ"א כתובו כו' ויש לדון בזה דאמאי נאמנים בזה דהא יש לחוש שמא ע"א מהן משקר ואז ממילא לא מהני עדות הב' דאף אם היה אמת שאמר לא' מהן כתובו אינו טורף ממשעבדי ואין לו דין שטר כמבואר בסי' נ"א בשטר בע"א כ"ז שלא אמר לשנים כתובו א"כ יוצא הממון ע"פ ע"א ודוקא היכא די"ל דאם לא ישלם הממון אז שניהם משקרים בזה מצרפין עדות מיוחדת וכמש"כ סברא זו הקצה"ק בסי' פ"א ס"ק י"א גבי הודאה בע"א שתמה על הש"ך בסברא זו והנתיבות כתב שם להוכיח כהש"ך ממש"כ הר"נ גבי קידושין וא"כ מוכח דגזה"כ הוא כו' ע"ש ובראייתי מהר"נ השיג עליו במשובב נתיבות שם ובעיקר סברת הנתיבות שכתב דגזה"כ הוא כו' י"ל דזה תלו בהא בסנהדרין ד' למ"ד ע"א דלישנא קמא ס"ל דלכן מצרפין עדות משום סברא דאמנה תרווייהו מסהדי ואבע"א קרא והוא עד או ראה כו' א"כ לל"ק דמסברא הוא הא דמצרפינן עדות ע"כ י"ל דדוקא אם נימא דיפטור לשלם דאז שניהם משקרים בזה הימיני' התורה לשני עדים אבל היכא דאף אם א' מהן משקר יהי' פטור דאז י"ל דדינו כע"א וכסברת הקצה"ח הנ"ל אבל לאוקימתא דיליף מקרא שפיר י"ל גזה"כ בזה וכמש"כ הנתיבות ולכן כיון דלא הכריעו בין הני תרי לישני ע"כ מספיקא י"ל דלמא הלכה כל"ק דילפינן זה מסברא וכיון דאיכא

לחלק כן ע"כ אין להוציא ממון ותליא במה דפליגי הפוסקים אם הלכתא כל"ב או לא ועיין בגט פשוט בכללים סי' ז' מזה:

ויש להוכיח כהנתיבות דאף בכה"ג מצרפין עדות מהא דגיטין ד' ל"ג ע"ב גבי גט דאם אמר לכל א' בפ"ע כתובו דאם אמרינן כר' יהושע כו' דמצרפין עדות אף שלא ראו כ"א דגם בגט ובכה"ג מצרפין והא התם ג"כ יש לחוש דלמא רק ע"א מהן משקר ואז אף אם אמר לעד הב' כתובו הגט אין בו ממש כלל דהא גט בע"א לא מהני כלל וע"כ מוכח כסברת הנתיבות דגם כה"ג מצרפין משום דגזה"כ הוא ועיין באה"ע סי' קל"ג ב"ש ס"ק א' ובב"מ שם ומ"מ י"ל דהעיקר כמש"כ הקצה"ח דהא כל בכה"ג זהו דומה להא דב"ב ד' נ"ו דאמרו דע"א אומר בגבה וע"א אומר בכריסה דחצי עדות היא וכמש"כ הרמב"ם ה"ע, פ"ד ה"ז דכיון דהעד עצמו אינו יודע עצם הענין רק ע"י מה ששומע מן עד הב' דכה"ג לא מהני עדותן א"כ ה"ה בכל הני הא העד עצמו אינו יודע ואינו מועיל עדותו רק ע"י מה שמצרפין עדות ה"ב ע"כ אין ממש בעדותן ולכן נראה לי דהעיקר כהקצה"ח והא דגיטין בע"כ מוכרח לומר דמיירי דאמר לכל עד בפ"ע בעת שא"ל כתובו הגט דכן אמר לעד השני שיכתוב הגט וכעין הא דסנהדרין ד' למ"ד ע"ב דאי' שם דהדר אזיל א"ל לקמא האי מנה דאודיי קמך כו' וע"כ הוי בזה שני עדים על כל חתימת העדים ובכה"ג ודאי מהני וכן י"ל במה שמבואר הכא בשטר שאמר לכ"א כתובו בפ"ע דהוי שטר גמור דמיירי ג"כ כה"ג דאמר לכ"א דכן אמר להשני אבל אם לא אמר כן לא מהני עדותן משום חשש משקר בע"א וי"ל דמה דקיצר הש"ך בזה זהו משום דאזיל לטעמי' דסי' פ"א ס"ק כ"ב וע"כ מוכח לומר דס"ל כסברת הנתיבות הנ"ל אבל באמת העיקר כהקצה"ח ועיין בנתיבות סי' נ"א ס"ק א' ובקצה"ח סי' למ"ד ס"ק ט' והדברים ארוכים:

(שם סעי' ז') כל שלא קנו מידו כו' אם לא היו קבועים ולא שלחו לו כו' אין כותבין כו' וכתב הסמ"ע ס"ק י"ט מפני שאינו מעלה ע"ד כו' והובא בש"ך ס"ק כ' וכתב דהיינו לדעת הרמב"ם והמחבר כו' אבל לרוב הפוסקים כו' בלא שלחו אחריו אין יכולים לכתוב אם לא כשמצוה הלוה לכתוב כיון דלא הוי מעב"ד עכ"ל ולשיטת הסמ"ע הוא דכל ב"ד אף בבא מעצמו ולא שלחו אחריו ג"כ יכולים לכתוב אף בלא צוואת הבע"ד ודוקא בעדים שייך מפיהם ולא מפי כתבם אבל לא בדיינים דלעולם שם ב"ד עליהם ולשיטת רוב פוסקים שהובא בש"ך שם אין שם ב"ד עליהם כ"ז דלא שלחו אחריו. ודין עדים עליהם וע"כ אין יכולים לכתוב בלא צוואת בע"ד ושייך ביה ג"כ מפיהם ולא מפי כתבם ולכאורה יש להעיר בזה מהא דלקמן סי' ע' ש"ך ס"ק כ"א שכתב על הא דמבואר שם

בטור ומחבר דאם א"ל אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני ואומר לא אפרעך אלא עד שיבא פלוני ופלוני אין שומעין לו אלא פורעו בב"ד וכותבין לו שפורע בפניהם:
וכתב הש"ך שם דלהכי נקט ב"ד לפי דכותבין בע"כ ומשמע דכ"ע מודו בזה. וכן לקמן סי' פ"א סעיף ג' גבי נאמנות דהובא שם שיטת כמה ראשונים דס"ל דלהודאה נמי פסולים אלא אם הודה בב"ד מהני משום דעל ב"ד לא התנה כמבואר בטור שם סעיף ח' ובש"ך ס"ק ח' ונראה לדון דלפי שיטת רוב פוסקים שהביא הש"ך דס"ל דאין שם ב"ד עליהם כ"ז שלא שלחו אחריו רק שם עדים עליהם כ"ז שלא נתחייב ע"י מעשה ב"ד כמש"כ הש"ך הכא ועיין בש"ך סי' ל"ט ס"ק י"ח וס"ק כ"ה. א"כ י"ל דלפ"ז לא יהיה מועיל הודאה בב"ד ג"כ במקום נאמנות כבי תרי ודינם כמו עדים וכן הדין נותן דאף בפורעו בפני ב"ד לא יהיו יכולים לכתוב בע"כ כיון דלא היה ע"י שלחו אחריו אלא בא מעצמו לב"ד כיון דלא הוי מעב"ד. ואפשר לומר כיון דטוען שאינו רוצה לפרוע עד שיבואו פלוני ופלוני והב"ד אומרים לו שיפרע בפניהם הוי זה כמו מעב"ד וכעין מש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק י"ח וס"ק כ"ה וע"כ כותבים בע"כ משום דשם ב"ד עליהם. וכן י"ל בהא דהודאה בב"ד במקום נאמנות שכתבו שם דזהו תקנתו ע"ש בטור בשם ה"ר ישעיה:
ויש להסביר זה ביתר ביאור דזה דומה להא דב"ב ד' קע"א דאמרו דמי שפרע מקצת חובו דב"ד מקרעין השטר וכותבין שטר אחר מזמן ראשון כו' בשלמא בי דינא אלימי לאפקועי ממונא אלא עדים כו' חוזרין ועושין שליחותן וכה"ג איתא שם לעיל ד' קס"ח גבי מי שנמחק כו' בא לב"ד כו' ומשמע שם דבכל גווני הוי שם ב"ד עליהם אלמא דמצינו דתקנו דיהא כח ב"ד יפה בכל גווני משום דאל"כ יש חשש פסידא כמו בנמחק ומי שפרע מקצת חובו דה"ה בכל מקום דאין לו עצה אחרת כמו בנאמנות כבי תרי או בא"ל אל תפרעני אלא בפני פו"פ וכה"ג דבזה מהני ב"ד בכל גווני והוי שם ב"ד עליהם תמיד ועיין בש"ך סי' ל"ט ס"ק י"ד מש"כ בשם בעה"ת גבי מקבלי עדות. ובנתיבות שם ס"ק ט' גבי מקבלי עדות שלא בפני הלוה שכותבין שהיה שלא בפני הלוה וי"ל דזהו ג"כ מה"ט:
והנה שם בב"ב דף קע"א דאמרו דב"ד אלימי לאפקועי ממונא ופירש הרשב"ם דזהו משום הפקר כו' כדנפקא מאלה הנחלות וכ"כ הסמ"ע בסי' מ"א ס"ק ו' גבי נמחק שט"ח דבא לב"ד ועושים לו קיום דזהו משום הפקר כו' וכעין מש"כ התוס' בב"ב ד' קס"ח ע"א ד"ה ובא לפני ב"ד כו' ויש להעיר בזה לפמש"כ הכ"מ בפ"ט ה' שמיטה ה' ט"ז דשיטת הרמב"ם שם הוא דלהוציא לא אמרינן הפקר כו' ולכן אלו היה שמיטה מה"ת לא היו מתקני להוציא מידו ע"י הפקר. א"כ קשה הא הכא משמע דאף להוציא אמרינן דמשום

הפקר כו' תקנו לתקנתם וזהו כשיטת רש"י בגיטין דף ל"ו והראב"ד שם ועיין מזה לעיל בחידושי בכלל ביאור ספק תקנה:

ג' מזה ואפשר לומר דכוונת הכ"מ דכתב דלהוציא לא אמרינן הפקר כו' דזה תלוי בהנך דרשות דגיטין דף ל"ו דחד יליף ליה מן יחרם כו' וחד יליף ליה מאלה הנחלות וכבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף א' בשם הישש"ש לחלק ביניהם ע"ש. ע"כ י"ל דבדיוק נקט הרשב"ם בב"ב דזהו משום הפקר כדנפקא לן מאלה הנחלות דלפ"ז אף להוציא שייך הפקר כו' אבל הרמב"ם דפסק בהלכות סנהדרין פ' כ"ד כר' יצחק דיליף מן יחרם כו' כמבואר בסתמא דגמ' במ"ק דף ט"ז ובשקלים פ"א ה"ד ע"ש ע"כ שפיר י"ל דלהוציא לא שייך כן וקצרתי:

ומ"מ לדינא הא חזינן דגם הרמב"ם ה' מלוה פ' כ"ג ה' ט"ו פסק דב"ד כותבין שטר אחר מזמן ראשון אלמא דע"כ מוכח לחלק בינייהו דדוקא בדרך כלל על חוב שביעית בזה לא הוי מתקני להוציא משום הפקר כו' אבל במקום מקרה שפיר י"ל דמשום הפקר כו' תקנו כן וקצרתי וזהו דוקא במקום פסידא אבל בהודאה בפני ב"ד כמו הא דסי' ל"ט הנ"ל שפיר י"ל דאין דינם כמו ב"ד דהא איהו מתחלה נתרצה שלא יהיה לו דין מלוה בשטר ועיין בנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' נ"ח ובנתיב"ת סי' ל"ו בס"ק ט' במש"כ שם במה דנדרש בדבר הגט ע"ש. ועיין לעיל בחידושיי בכללי תפיסה ביאור ספק תקנה ענף א' בהגה"ה מזה וקצרתי וזה ברור דבמה דמבואר לקמן סי' פ"א סעיף כ"ב דבהודאה בב"ד אינו יכול לומר משטה אני בך הן בהודה מעצמו לשיטת כמה פוסקים ולכ"ע בתבעו והודה דבזה אף דלא שלחו אחריו דינם כמו ב"ד דהוי הודאה אם הן קבועין במקומן וכמו הא דב"ק ד' ע"ה דאמרו שאני ר' יהושע דשלא בב"ד הוי קאי ולא נחשב שם להודאה וכ"ז פשוט:

(סעי' י' ש"ו ס"ק ל') דהדיינים נאמנים לומר שלא אמרו לו ויש להקשות מהא דלקמן סי' מ"ו סעיף כ"ה דאין הדיינים נאמנים לומר שלא היו ביחד ועשו שלא כדין משום דאין משים א"ע רשע א"כ הכא דבלא אמרו לו לא היו רשאים ליתן הפס"ד להמלוה ומה"ט בשכחו אם אמרו לו אמרינן חזקה שכדין עשו א"כ משווי נפשייהו רשעים ואף דיינים אינן נאמנים ויש ליישב ע"פ מש"כ הש"ך לקמן בסי' מ"ג ס"ק ט"ו בשם הר"ן והנ"י דאם כתבו השטר ללוה בלא מלוה לא מפסלי משום דמאן דלא גמיר דינא דרב אסי לא מפסלי. וכעין זה כתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף א'. וכן מצינו אף גבי ב"ד דבמה דאית ביה פלוגתא מצוי בהו הטעות כמבואר בסי' ל"ט סעיף י"ב דחיישינן שמא טעו דהודאה בפני ב' הוי הודאה משום דהא שמואל ס"ל כן ואף גבי הודאה מצינו דס"ל לאיזה פוסק דאין לחלק ביניהם כמש"כ הש"ך בסי' ג' ס"ק ה' ואף די"ל דשא"ה דחתומים

בו רק ב' כמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ל"ו אבל היכא דאיכא ודאי ב"ד קיי"ל דלב"ד טועין לא חיישינן עכ"ז י"ל דז"א אלא כ"ז דלא אמרו בפירוש כן אבל היכא דאומרים הדיינים דטעו במה דאית פלוגתא ודאי נאמנים אף דנימא דזה מקרי טעות שאינו מצוי דכיון דבדיינים לא אמרינן כיון שהגיד כו' ולכן כיון דאין משים א"ע רשע משום דאומר דטעה ע"כ נאמן והנה הכא אם לכתוב וליתן פס"ד אם לא אמרו להלוה יש בזה פלוגתא דלשיטת הרמב"ם והמחבר דס"ל דמעב"ד כמאן דנכתב דמי אף בלא כתבו פס"ד ודאי דיכולים לכתוב וליתן פס"ד אף בלא אמרו לו וכמש"כ האו"ת בס"ק י"ט והך דינא אינו רק להחולקים ע"ז ע"כ שפיר נאמנים לומר דלא אמרו לו וטעו משום דהיה ס"ל כשיטת הרמב"ם ולא ס"ל כהחולקים וכיון דלא משווי נפשייהו רשעים ע"כ נאמנים הדיינים.
אבל לקמן בסי' מ"ו סעיף כ"ה אף דגם שם יש מי שמכשיר אף דלא היו במעמד א' מ"מ הא מיירי שם דאין אומרים דטעו בזה רק אומרים פשוט דעשו שלא כדין שלא ע"י טעות וכן מורה לשון הרמ"א שם שכתב ואין הדיינים נאמנין לומר שלא היו ביחד ועשו שלא כדין דהאריך בלשונו דמשמע דקאי על אמירתן שאומרים שעשו שלא כדין ואינן נותנין אמתלא משום שטעו בזה ע"כ שפיר אמרו דא"נ משום דמשווי נפשייהו רשעים דאל"כ ה"ל לישנא יתירתא בהרמ"א ולא סתרו דברי הרמ"א דהתם לדברי הש"ך דהכא וכן מוכח ממש"כ הרשב"א בספר ת"א סי' שס"א דהא דשום הדיינים שפחתו שתות לא משכחת רק אם הדיינים עצמן חוזרין ואומרים שטעו בהשומא אלמא דבדיינים לא אמרינן כיון שהגיד כו' דאל"כ קשה איך נאמנים לחזור הא אין זה טעות המצוי כמבואר בסי' כ"ט:
(סעי' י"ג ש"ו ס"ק ל"ש) בד"ה ואע"ג דהרי"ף והרמב"ם ושאר פוסקים פסקו דלא כאביי כו' א"כ פשיטא דהמוחזק יכול לומר קים לי כהני רבוותא כגון בשובר אם האשה מודה פשיטא דמצי הבעל לומר קים לי כר"י וסייעתו ואע"ג דזבינתיה לכתובתה קודם שמסרה השובר לידו זכה הבעל כו' וכ"כ הש"ך לקמן דהבעל שהוא מוחזק מצי לומר קים לי כרבוותא דפסקו כאביי אבל אם לא הגיע השובר לידו כו' עכ"ל הש"ך:
ולכאורה יש להקשות ע"ז דהא בב"מ דף כ' אמרו דאמר רבא ש"מ איתא לדשמואל דהמוכר שט"ח ומחלו מחול ואביי אמר אפילו תימא ליתא לדשמואל כו' ועוד שובר בזמנו טורף אביי לטעמיה דאמר עדיו בחתומיו זכין לו עכ"ל הגמ' א"כ למאי דקיי"ל לדינא כשמואל דהמוכר שט"ח ומחלו מחול א"כ אם האשה מודה ומצוית למסור השובר להבעל ודאי דזוכה הבעל וא"צ ליתן כלל להקונה אף דנימא דלא כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו דהא אף דלא זכה הבעל בהשובר בעת דחתמו העדים מ"מ יכול ליתן גם מעכשיו דמהני מצד מחילה כמו דאמר רבא בפירוש כן ותקשה על הש"ך דכתב דאם האשה

מודה עכשיו דמצי הבעל לומר קים לי כאביי כו' דהא אין אנו צריכים לזה כלל והא שכתב הרא"ש והטור דבדבר שהוא ת"י כמו בשובר דזכה משעת חתימה אף דלא בא לידו אתי שפיר לפי דכיון דמיירי דאינה מצווה עכשיו למסור להבעל ולא מטה לידו א"כ לא זכה הבעל עכשיו מצד הא דשמואל דמוכר שט"ח ומחלו כו' וע"כ אתו עלה דמ"מ זכה הבעל משום הא דאביי דעדיו בחתומיו זכין לו אבל על הש"ך תקשה כנ"ל:

ויש לתרץ דברי הש"ך הנ"ל דנפקא מינה מהא דכתב דיכול הבעל לומר קים לי כאביי להיכא דמכרה האשה להכתובה במעמד שלשתן להסוברים דגם בכתיבה שייך מעמד ג' והא שיטת כמה פוסקים דבמעמ"ג אינו יכול המוכר למחול כמבואר בסי' ס"ו סעיף כ"ט ובש"ך שם ובסי' קכ"ו ש"ך ס"ק יו"ד שכתב שם דהעיקר הוא דלא מצי לומר קים לי כהנך הסוברין דבמעמ"ג יכול למחול א"כ בכה"ג צריכים אנו לומר דעיקר זכות הבעל הוא מצד דיכול לומר קים לי כאביי כו' משום דמצד מחילה לא מהני בזה ואף דלפמש"כ הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק א' דלא מהני מעמ"ג בכתובה א"כ לא שייך לומר כן עכ"ז הא הוי נפ"מ מזה לכמה אופנים דמצינו דלא מהני מחילה במוכר שט"ח כגון בהא שכתבו התוס' בב"ב דף קמ"ז ע"ב ד"ה המוכר שט"ח כו' בסה"ד דניחוש דשמא הכניסה הכתובה לבעל דאינה יכולה למחול דידו כידה ומוקמי דמיירי שידוע דלית לה בעל ע"ש וכה"ג איכא כמה גווני דמבואר בסי' ס"ו דלא מהני מחילה ולכן אתו עלה מצד דיאמר קים לי כאביי כו' ואתי שפיר דברי הש"ך:

ומה שהקשה הש"ך על הרי"ף כפי מש"כ הטור בשם הרא"ש בכוונתו מהא דב"מ דף י"ג דאמרו בהא דתנן מצא שוברים כו' ומתרצי ה"מ במטא לידו הרי דאף בשוברין בעינא מטא לידו כבר תרצתי זה לעיל בחידושי לסי' ל"ז סעי' י"א ע"ש:

ולכאורה יש להעיר במה שהעלה הש"ך דמצי לומר קים לי כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו הא לפמש"כ התוס' בב"מ דף כ' ד"ה שובר בזמנו טורף כו' דהא דאמר אביי עדיו בחתומיו זכין לו אין זה רק מצד תקנת חז"ל א"כ לפי מה דקיי"ל דספק בתקנה לא מהני תפיסה כמבואר בסי' צ' סעיף ד' גבי שכירו ולקיטו וכמש"כ המ"מ שם ובבאר הגולה שם א"כ הכא דהוי ספק בעיקר התקנה דעדיו בחתומיו זכין לו הדין נותן דלא יהא מהני קים לי בזה ואף דהכא מיירי הש"ך במה שמכרה הכתובה מ"מ הא העלה הש"ך לדינא דמכירת שטרות מה"ת כמש"כ בסי' ס"ו ס"ק א' א"כ בא הבעל להוציא מן זכות דאורייתא ע"י תקנת חז"ל ע"כ י"ל בזה דה"ל ספק תקנה דלא מהני אך י"ל דלשיטת הסוברים כתובה דרבנן יש לחלק בזה דהא ע"י הספק תקנה אינו בא להוציא מן דאורייתא ועיין באה"ע סי' ס"ו ובסי' ס"ח ובש"ך ח"מ סי' פ"ב ס"ק י"ט ואפשר דלכן נקט הש"ך הכא הך

דינא דמצי המוחזק לומר קים לי כאביי באשה שמכרה הכתובה כו' ולא במוכר שט"ח דעלמא משום דנתכוין למש"כ לחלק דדוקא בכתובה דרבנן מצי לומר קים לי כן אף דהוי ספק בתקנה כנ"ל:

אבל באמת אין זה קשה כלל דלא מבעיא לפי מה שהעליתי לעיל בחידושיי בקונטרס הספיקות שלי דהיכא דהוי תפס ברשות מהני התפיסה אף דהוי ספק בעיקר התקנה א"כ הכא דהוי הבעל תפס ברשות ודאי א"ש מה דמהני תפיסתו וכן לפמש"כ שם דהיכא דהוי ספק בפלוגתא דרבוותא דאחר חתימת הש"ס בזה מהני תפיסה אף דהוי ספק בתקנה יע"ש א"כ ה"ה הכא דהוי פלוגתא דרבוותא אם הלכה כאביי או לא דודאי מהני בזה תפיסה אף דהוי ספק בתקנה ועוד דהא המהרש"א בב"מ דף כ' בתוס' ד"ה שובר בזמנו כו' כתב דלר"מ דס"ל ע"ח כרתי ודאי עדיו בחתומיו זכין לו מדינא והתוס' דכתבו דתק"ח הוא זהו לאביי דס"ל עדי מסירה כרתי ע"כ לדידן דס"ל ע"ח כרתי וכמש"כ הש"ך בסי' נ"א ס"ק ט' דיש להסתפק דהלכה כר"מ בשטרות ע"ש. ע"כ ודאי דמהני תפיסתו לומר קים לי דעדיו בחתומיו זכין לו וזהו מה"ת לפי טענתו קים לי דע"ח כרתי ע"כ לא מקרי זה ספק בתקנה כלל אך בעיקר דברי המהרש"א הנ"ל יש לעיין וכמש"כ הפני יהושע לב"מ שם דאין דברי המהרש"א מוכרחין כ"כ ע"ש והמהר"ם שי"ף לב"מ שם הביא ג"כ דברי המהרש"א הנ"ל: ונתבאר דזה לא מקרי ספק בתקנה ושפיר כתב הש"ך דמהני תפיסת הבעל בזה ומה"ט ה"ה במוכר שט"ח דאם השובר הוא עכשיו ת"י הלוה דג"כ מצי למימר קים לי כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו אף במכר השט"ח באופן המועיל דליתיה במחילה דמ"מ מהני תפיסתו משום קים לי כאביי והא דנקט הש"ך זה הדין בכתובה היינו משום דבגמ' נקטו הך דינא בשובר על כתובה ואפשר דזהו בכלל מש"כ הש"ך בלשונו דה"ה בכל כי האי גוונא וזה ברור: וכל מש"כ לעיל לדון בזה דהא המוכר שט"ח ומחלו מחול ולכן בלא"ה נאמנת לומר דנפרעת הכתובה במיגו דאי בעי מחול זהו רק לפמש"כ הש"ך בלשונו כגון שהאשה מודה כו'. וכ"כ רש"י בב"מ ד' י"ג ד"ה ושוברין פרעון השטר וכ"כ רש"י בב"מ ד' י"ט ד"ה מצא שובר שכתבה לבעלה התקבלתי כו' וכ"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק ל"ה בשם הנ"י וש"פ דלאו מן דין מיגו אתינן אלא כיון דקא מודה דפרוע הוא כו' וכ"כ הש"ך שם ס"ק נ"ו בארוכה אבל באמת משכחת הך דינא היכא דאינם אומרים הבעל והאשה שנפרעת הכתובה רק דמיירי בכתבה שובר שהחוב נתון לו במתנה בשטר זה וכמש"כ השיטה מקובצת בב"מ ד' כ' והובא בקצה"ח סי' ל"ט ס"ק ז' שכתב כן ולא באומרת בלשון מחילה והשטר אינו אלא לראיה דא"כ כ"ע מודו דמשעה שמחלה זכה אף דלא הגיע לידו השובר ומדברי השיטה מקובצת

הנ"ל יש ללמוד דאם מוכר או נותן המלוה את השטר להלוה ע"י כתיבת שטר דאף דלא היה מסירה להשטר חוב מ"מ קנהו הלוה ע"י כתיבה לחוד אף דבעינן בשטרות כו"מ זה אינו רק במכרו לאחר ולא במכרו ונתנו להלוה עצמו וכמו דמצינו בדבר הגזול דאף דאין מוכר דבר דאין ברשותו לאחר מ"מ להנגזל עצמו מהני מכירתו ועיין באה"ע סי' כ"ח בב"ש ס"ק ט"ז ובח"מ סי' רמ"ח בסוף בהג"ה ובמק"א הארכתי בזה] ועיין בח"מ סי' ס"ח סמ"ע ס"ק י"ד מש"כ על שטרי מחילות עכ"פ מצינו בשמ"ק דס"ל דבכתב המלוה שטר מתנה להלוה על השט"ח שלו דבהגיע השטר מתנה לידו זוכה הלוה להשטר חוב א"כ משכחת ליה שפיר הך פלוגתת הראשונים אם הלכה כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו וכן אם בעינן מטא לידו בשטרי מחילה כיון דהמקבל הוי מוחזק ולכן היכא דכתבה שובר כזה ולא נתנה לו עד עכשיו שמכרה הכתובה לאחר בזה שפיר י"ל דכיון אי נימא כהסוברים כאביי דעדיו כו' וכן דהיכא דהוי מוחזק לא בעינן מטא לידו ע"כ זכה הבעל בגוף החוב (וזה א"ש ביותר לפמש"כ לעיל בחידושיי לסי' ל"ז סעי' י"א להסביר החילוק דמפני מה במה דהוי מוחזק לא בעי מטא לידו משום דזה הוי מצד ספק ומוקמינן ביד המוחזק ע"ש] אבל להסוברים דכ"ז דלא מטא לידו לא זכה לגוף השטר ע"כ חייב הבעל לשלם חובו להלוקח הכתובה או השט"ח ולא שייך לדון בזה המוכר שט"ח ומחלו דהא אינם אומרים כלל שנפרעו השט"ח והכתובה ע"כ לא שייך לדון בזה מיגו דאי בעיא מחלה ולכן שפיר משכחת הך דינא שכתב הש"ך דהבעל שהוא מוחזק יכול לומר קים לי כו' ואף דהש"ך לא מיירי בכה"ג כדמשמע לשונו כנ"ל מ"מ זהו ענין בפ"ע לדון כן וזה פשוט:

(שם סעי' י"ז) לוה שבא כו' אפי' נתברר שמדעתו נכתב יכול המלוה לחזור בו והרמב"ן וסייעתו חולקין והובא בש"ך ס"ק מ"ט וקוטב פלוגתת הרשב"א והרמב"ן הוא דאם נימא דמה דזוכה המלוה בשעבוד נכסי של הלוה אם זה חשוב כחליפין לקנות ע"י זה החיוב על המלוה להלוותו או דחליפי שעבוד אין דינו לקנותו בחליפין והאריכו בזה האו"ת והנתיבות:

ולכאורה יש להוכיח כשיטת הרמב"ן והוא דהא מצינו בהלכות שכירות פועלים דהתחלת המלאכה חשוב לקנין בפועלים כמש"כ הריב"ש והובא בש"ך סי' של"ג ס"ק י"ד אלא שפועל יכול לחזור בו משום לי עבדים ובקבלן אינו חוזר ע"ש וקשה היכן רמיזא מקור הקנין של התחלת המלאכה דמאיזה טעם יהיה נחשב לקנין אכן לשיטת הרמב"ן דס"ל דכיון דזכה המלוה בשעבוד נכסי של הלוה ע"כ נתחייב להלוות ע"י דין חליפין אתי שפיר דלכן התחלת המלאכה חשוב לקנין דהא מיד כשהתחיל הפועל לעשות נתחייב

הבעה"ב בשכירות דהא שכירות נקנה בדבור וכיון דזכה הפועל את השעבוד והחיוב על הבעה"ב מיד נתחייב הפועל לעשות ע"פ דין תורת חליפין:

אכן לפי הכרעת הש"ך כהרשב"א דס"ל דשעבוד לא חשוב כחליפין ע"כ באמת יש לדון הטעם דמפני מה יהיה התחלת פועלים חשוב לקנין ואפשר לומר בזה ע"פ המבואר בב"מ ד' צ"ט דהשואל קורדם בקע בו קנאו ופי' רש"י בקדושין ד' מ"ז דקנאו ע"י חזקה וזה צריך ביאור דהא מטלטלי לא נקנה בחזקה וע"כ הכוונה הוא כמש"כ השמ"ק בב"מ שם דהקשה כיון דמשיכה אינו קונה לר"ה אמאי קני בהתחלת המלאכה ותי' דהא תקנתא דרבנן מפני תיקון העולם שלא יהא אדם משאיל ומשכיר ואחר שיתחיל במלאכתו יחזור בו ויניח מלאכתו כו' עכ"ל השמ"ק וכן י"ל דהתחלת המלאכה בפועלים ג"כ הוא מתקנת חכמים מה"ט:

והעיקר הוא דהתחלת המלאכה חשוב קנין מטעם אחר והוא דהא מצינו בב"מ ד' ע"ו ובח"מ סי' של"ג סעי' ד' דפועל חוזר בו ושמין לו מה שעשה כו' ובקבלן שמין לו מה שעתיד לעשות כו' וכתב הש"ך שם ס"ק כ"א בשם הטור דאם נתייקרה הרבה שצריך ליתן להפועלים יותר ממה שפסק עמו א"ל הפועל לשלם לו מכיסו כלום כו' עכ"ל וזהו משום דהתחלת המלאכה לא חשוב לקנין בקבלן דאי הוי חשוב לקנין לא היה מהני חזרתו אף בנתייקר הרבה וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ד' וס"ק י"ד דבקבלן היכא דהוי קנין אינו יכול לחזור כלל וע"כ מוכח דהתחלת המלאכה לא חשוב קנין וקשה דמ"ש דין קבלן מן דין פועל דהא בפועל קיי"ל דהתחלת מלאכה חשוב קנין ונפ"מ היכא דחוזר משום יוקר דאינו חוזר כמש"כ הטור והרמ"א שם סעי' ד' וכן קיי"ל בח"מ סי' ר"צ סעי' כ"ג דאפטרופוס שהתחיל לעסוק בצרכי יתומים אינו חוזר כמבואר בתוספתא והטעם הוא משום דלא שייך בזה לי עבדים כו' דהא מצוה קא עביד וה"ל עבד ד' וכמש"כ הקצה"ח שם אלמא דהיכא דלא שייך דין חזרה נקנה ע"י התחלת מלאכה א"כ ממילא קבלן דאינו בדין חזרה מפני מה לא יהיה מועיל ביה התחלת המלאכה וראיתי במחנה אפרים ה' שכירות פועלים סי' ה' שהביא פלוגתת ראשונים אי התחלת מלאכה חשוב קנין בקבלן או לא ולשיטת הסוברים דהתחלת מלאכה חשוב קנין בקבלן האריך לפרש למה דאמרו בב"מ ד' ע"ו דבקבלן שמין מה שעתיד לעשות כו' ולא יותר ושיטת התוס' והגהות אשר"י דלא חשיב זה לקנין ונדחק לחלק בזה בין קבלן לפועל ובאמת פשטות הטור שו"ע משמע דבקבלן לא הוי התחלת מלאכה קנין וצריך ביאור מאיזה טעם ישתנה דין פועל מקבלן בזה ואי נימא דעיקר הדבר דהתחלת המלאכה הוי קנין משום דין חליפי שעבוד כנ"ל א"כ מפני מה ישתנה קבלן מן פועל בזה:

והנ"ל בזה די"ל דהתחלת המלאכה חשוב לקנין בפועלים דזהו משום קנין חזקה דידוע שיטת הרמב"ם פ"א ה' מכירה ופ"ח ה' מכירה דקרקע נקנה באכילת פירות בתורת קנין חזקה והראב"ד וש"פ חולקים וס"ל דדוקא הציע מצעות דגופו נהנה מקרקע זהו חזקה אבל לא כשנהנה מאכילת פירות והובא פלוגתא זו בסי' קצ"ב וסי' קצ"ו גבי עבד שעשה לרבו מלאכה שאינו בשימוש גופו כגון שתפר לו בגד וכיוצא דלשיטת הרמב"ם קנה להעבד בתורת קנין חזקה ולהחולקים עליו לא קנהו א"כ לדעת הרמב"ם בוודאי ניחא הא דהתחלת המלאכה חשוב קנין בפועל דהא פועל הנשכר לזמן דינו כמו עבד וקרקע שנקנה בחזקה כמבואר בסי' רכ"ז סעי' ל"ג בשם הרמב"ם דהשוכר הפועל לעשות עמו אין לו אונאה מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם אונאה וזה אינו אלא בפועל אבל קבלן דבידו לעשות ולגמור המלאכה אימת שירצה אין לו דין עבד כמש"כ המחבר שם סעי' ל"ו דיש לו דין אונאה וע"כ פועל שפיר נקנה בהתחלת מלאכה בתורת קנין חזקה כמו עבד דנקנה בחזקה. ונפ"מ אם חוזר בו משום יוקר דאינו חוזר כנ"ל וכה"ג ואף להסוברים דעבד וקרקע אינן נקנין באכילת פירות מ"מ הא זה אינו רק בקניות קרקע אבל בשכירות קרקע כיון דעיקרו אינו רק זכייה בפירות ולשימוש בזה קנהו וכדרך תשמישו כן הוא דרך זכייתו כמו הא דב"ב ד' ק' בשביל כרמים דנקנה בהילוך וכמבואר בסי' קצ"ב וכמש"כ המחנה אפרים ה' שכירות סי' א' והקצה"ח סי' קנ"ג ס"ק ג' והנתיבות סי' קצ"ב ס"ק ו' וע"כ בהעמדת סולמות ונעיצת קורות ובמי גשמים דאם נשתמש בפניו ושתק קנהו לשי' כמה פוסקים בלא טענה וכמבואר בסי' קנ"ג:

משום דדוקא בקניות גוף הקרקע ע"כ בעי שיהיה נהנה מן גוף הקרקע ובאכילת פירות אין מעשיו מוכיחין רק לענין הפירות. ובקנין חזקה בעי שיהיה מעשיו מוכיחין לקנייה כמבואר בסי' ער"ה אבל אם אינו קונה רק הפירות קני באכילת פירות דהרי מעשיו מוכיחין לשם כך והארכתי בכ"ז במק"א:

א"כ ה"ה בפועל דאין רצונו רק לקנותו בתורת שכירות וכמו כל זכות פירות בלבד ועיין בש"ך סי' של"ג ס"ק כ"ה דכתב דפועל אין גופו קנוי ואכמ"ל ע"כ לכ"ע קנהו ע"י התחלת מלאכה דהוי כמו אכילת פירות בהשימוש של הפועל דהא הוי כמו קרקע אבל קבלן דדינו כמו מטלטלין כנ"ל לענין אונאה וה"ה לענין קנין חזקה דלא נקנה בחזקה כמו מטלטלין וע"כ א"ש שיטת הסוברים ופשטות לשון המחבר בסי' של"ג דס"ל דקבלן שהתחיל לקצור ונתייקרו הפועלים וחזר בו דאין שוכר עליו פועלים אחרים רק מן מה שתפוס ביד הבעה"ב משום אומדנא דהקנהו למה שבידו כמש"כ הסמ"ע שם ס"ק כ"ה. אבל לא נחתינן לנכסי הפועל ממה שאינו תפוס בידו משום דלא קנהו להקבלן ע"י

התחלת המלאכה דדינו כמטלטלי לקנין חזקה ואתי שפיר בלא שום דוחק דשפיר יש לחלק בין פועל לקבלן בזה. ושיטת הריב"ש שהובא בש"ך סי' של"ג ס"ק י"ד דס"ל דקבלן נמי נקנה בהתחלת מלאכה וכן שיטת ש"פ דהובא במח"א שם דס"ל כן י"ל דטעמם דס"ל כשיטת הראשונים דהובא בבית יוסף סי' רכ"ז דפליגי על הרמב"ם וס"ל דקבלן נמי אין לו אונאה דדינו ג"כ כמו קרקע וטעמם י"ל דס"ל כשיטת רש"י דבן חורין איתקש ג"כ לקרקע והובא בח"מ סי' צ"ה בש"ך ס"ק י"ח ושיטת התוס' במגילה ד' כ"ג ובקידושין ד' ז' דב"ח לא איתקש לקרקע ועיין מזה בתה"ד סי' שי"ח דמשמע במה דפועל דמי לעבד לפי דגופו קנוי כמו ע"ע משא"כ קבלן ע"כ יש לו אונאה ולכן לדינא להכרעת המחבר בסי' רכ"ז דקבלן יש לו אונאה דדינו כמטלטלי ע"כ הדין דקבלן אף בהתחיל במלאכתו חוזר בו רק שידו על התחתונה אבל מכיסו אינו משלם וכמש"כ הש"ך בסי' של"ג ס"ק כ"א בשם הטור והארכתי בכ"ז בקונטרס אחר ואכמ"ל:

גם י"ל דשיטת הסוברים דגם בקבלן הוי התחלת המלאכה חשוב לקנין דטעמם דס"ל כעין שיטת הרמב"ן דהכא דשעבוד נכסי יש לו דין חליפין לקנות ע"י למה שהתחייב במחירו חבירו לו וכעין מש"כ לעיל הטעם דכיון דזכי לשעבוד נכסי של הבעה"ב בחיוב שכירות שמחוייב הבעה"ב להפועל ע"כ ממילא זכה הבעה"ב בחיוב על הפועל אמנם לדינא לפי מה דהכריע הש"ך כהרשב"א דזכות שעבוד אין לו דין חליפין ע"כ העיקר כמש"כ לבאר הטעם דהתחלת המלאכה חשוב קנין בפועלים משום דין קנין חזקה וא"ש שיטת הרשב"א:

סימן מ

ביאור דין מה דמצינו בכמה דוכתי בש"ס בהתחייבות או בקנין ע"י בהאי הנאה גמר ומשעבד נפשי' גמר ומקני' ונפ"מ לכמה דינים:

ענף א:

איתא בקידושין ד' ז' הילך מנה ואקדש אני לך מקודשת באדם חשוב דבההיא הנאה דקא מקבל מתנה מינה גמרה ומיקניא לי' נפשה וכן לענין ממונא וכתב שם הר"ן בשם הר"ח שכתב הילך מנה ויקנה לך נכסי דבההיא הנאה דמקבל מיני' מחשבא ככלי דיהיב הקונה להמקנה וקונה בי' בתורת חליפין אותן נכסים ולפ"ז אף מטלטלין קנה בה משום דהך הנאה דאדם חשוב חשיבא לי' כנותן דמים ובחליפין ולפיכך אשה ניקנית בה מדין דמים ומטלטלין מן דין חליפין קרקעות שהם ניקנין בשניהם מדין שניהם עכ"ל הר"נ. ובחידושי הרמב"ן לקדושין שם הביא ג"כ דברי הר"ח הנ"ל שכתב דבהאי הנאה דאדם

חשוב קונה בי' בתורת חליפין להנכסים ואף מטלטלים קונה בה וכתב הרמב"ן ע"ז ואיני רואה בזה השמועה זכר לכלי וחליפין אלא למעות וכסף שקונין באשה ובקרקע כו' עכ"ל וכ"כ הריטב"א בקידושין שם דבהאי הנאה דאדם חשוב אין כאן קנין בתורת חליפין כלל אלא בתורת כסף הוא כו' ואינו קונה במטלטלין כו' עכ"ל אלמא דהרמב"ן והריטב"א פליגי על הר"נ והר"ח וס"ל דהך הנאה דאמרו אינו קונה במטלטלין רק בקרקע וקדושי אשה דבתורת כסף הוא ולא בדין חליפין כיון דלא הוי כלי וגם הא קיי"ל דפרי לא עבדי חליפין אף דאיכא הנאה וע"כ אין זה בתורת חליפין רק בתורת כסף ובחידושי הרשב"א לקידושין שם כתב בשם הר"ח ז"ל דהך הנאה דאדם חשוב דיהב הקונה להמקנה קנה בו בתורת חליפין וע"כ אף במטלטלין קנה וכתב עליו הרמב"ן איני רואה בשמועה זו זכר לכלי וחליפין אלא לכסף דקונין באשה וקרקע ולא ירדתי לדעת רבינו נר"ו בקושיא זו דאטו באשה וקרקע הנאה זו כסף ממש היא הנאה יש כאן כסף אין כאן אלא כדי לקיים כוונת המקנה ודעתו אינו רואין הנאתו כאלו יש לה ממש שיתקיים דעתו עליו והלכך לגבי אשה שהכסף קונה בה אנו רואין אותה כאלו הוא כסף ומתקדשת בו ובמטלטלין שאין הכסף קונה בו כאלו הנאתו כלי וקבלו בחליפין והלכך בין קרקע בין מטלטלין נקנין בכך כדברי ר"ח עכ"ל והרשב"א הכריע כהר"ח ותירץ קושיות הרמב"ן שהקשה דהא בחליפין בעי כלי משום דהך הנאה חשובה דאמדו חז"ל דמתחשב בכך לעולם חשיבא כמו כלי ומהני אף במטלטלין:

והנה הקצה"ח בסי' ק"צ סעי' ו' הביא מש"כ הר"ן בקדושין דכתב דהא דאדם חשוב מהני באומר לו הילך מנה ויהי' שדה שלי מכורה לך דה"ה במטלטלין קנה ג"כ מן דין חליפין ותמה הקצה"ח שם דהא בחליפין בעי דוקא קבלת כלי ולא מהני פירות אלמא דבעי דוקא שיקבל המקנה להכלי והא בהאי הנאה דאדם חשוב אין זה מקריא כלי א"כ לא עדיף מן כסף דאינו קונה רק בקרקעי ובקדושי אשה ולא במטלטלין והעלה דהר"נ דכתב כן בשם ר"ח אזיל לטעמי' דס"ל דלא ממעט מנעל אלא פירות שמרקיבים והולכים לאיבוד אבל שארי דברים שאין הולכין לאיבוד בכלל נעל הוא ומש"ה בע"ח עבדי חליפין וכמש"כ הר"ן ר"פ הזהב בשם ר"ח וכ"כ הב"י בסי' קצ"ה בשם ר"ח ומש"ה ס"ל לר"ח דה"ה הנאת אדם חשוב עבדי חליפין משום דבהנאת אדם חשוב מתחשב בכך לעולם. וה"ל דומיא דנעל אבל לדדין דס"ל דהא דבע"ח עבדי חליפין זהו משום דמקרי כלי דעושין בהם מלאכה כמבואר בסי' קצ"ה ובתוס' קדושין ד' כ"ח א"כ י"ל דאף מה שאין הולך לאיבוד נמי לאו בכלל נעל הוא א"כ ה"ה הך הנאה דאדם חשוב לאו כלי הוי ולא שייך בזה דין חליפין עכ"ל הקצה"ח והנתיבות כתב שם דהסוברים דשוה בשוה

אף בפרי בחליפין א"כ היכא דאינו מקבל שום מעות רק הנאה זו א"כ שוה בעיניו כל המעות ומהני לקנות בזה אף מטלטלין בתורת חליפין דהא לא מצינו שום חולק על הר"ן כו' עכ"ל:

ודברי הנתיבות תמוהים במש"כ דלא מצינו שום חולק על הר"ן דהא כבר נתבאר דהרמב"ן לקידושין וכן הריטב"א שם השיגו על הר"ח והעלו דלא כהר"ח אלא הדין הוא דבמטלטלין אינו קונה הך הנאה דאדם חשוב משום דלא שייך בזה דין חליפין כלל כו' וא"כ מצינו חולקים על שיטת הר"ן והר"ח ויש ליישב דברי הנתיבות ועל הקצה"ח יש לתמוה דכבר הרגישו הראשונים בקושייתו דהא בחליפין בעינין כלי והרשב"א תירץ זה משום דהי' פסיקא לחז"ל דהך הנאה חשוב בעיניו כמו כלי ותמהני עליהם דלא הביאו דברי הרמב"ן והרשב"א והריטב"א הנ"ל:

והנה בב"ב ד' ק"ו איתא תניא האחין שחלקו כיון שעלה הגורל לא' מהם קנו כולם כו' אי מה להלן בקלפי ואו"ת כו' אמר רב אשי בההיא הנאה דצייתי אהדדי גמרי ומקני' אהדדי ועיין בח"מ סי' קע"ג סעי' ב' דאם חלקו בגורל נתקיימה החלוקה לכולן בלא קנין אחרים ובתשובת הרא"ש חולק שם ועיין בפסקי הרא"ש פ' ז' בב"ב סי' ב' ופלפולא חריפתא שם ס"ק כ' שכתב דמשמע שם דקנה לגמרי וא"צ לדרכי הקניות ע"ש ואף שמבואר בב"ב ד' ג' גבי חלוקת השותפות דבעי קנין דהא מקשו שם וכי רצו מה הוי ליהדר בי' עכ"ז משום ההוא הנאה דצייתי להדדי גמרי ומקנו וז"ל הרמב"ם שם ד"ה אמר רב אשי כו' היינו טעמא משום דגמרי בלב שלם ומקנו למי שיעלה הגורל כו' דבההיא הנאה דצייתי להדדי ונשמעין זל"ז לחלוק בגורל כו' גמרי ומקני אהדדי עכ"ל ועיקר הקנין הוי משום הך הנאה דצייתי להדדי לחלוק בגורל גמרי ומקני להדדי והרשב"ם כתב שם עוד דבין במקרקעי ובין במטלטלי כיון שעלה הגורל לא' נתקיימה החלוקה דהא לא מפליג בגמ' בין קרקעי למטלטלי עכ"ל וכ"כ המ"מ פ"ב ה' שכנים ה' י"א דרש"י ז"ל פירש דל"ש במקרקעי ובין במטלטלי דסתמא אמרו קנו ולא חילקו ביניהם עכ"ל המ"מ:

ולפי שיטת הרמב"ן והריטב"א דס"ל דהך הנאה דאדם חשוב דאף דאמרו בגמ' קידושין דכן לענין ממונא וסתמא אמרו עכ"ז כתבו דזה לא מהני רק בקרקעי וקדושי אשה ולא במטלטלי משום דהא תורת חליפין לא שייך בזה דהא בעינן כלי בחליפין אלא בתורת כסף מהני זה א"כ ה"ה הכא גבי חלוקת השותפין דעיקר הקנין הוי משום האי הנאה דצייתי אהדדי משום דמחמת הגורל הא מקשו בגמ' אי מה להלן קלפי ואו"ת כו'. וכיון דהאי הנאה לא הוי כלי א"כ לא שייך בזה דין חליפין אלא דינו כמו כסף דזה לא מהני רק בקרקע ולא במטלטלין ובוודאי אינו סברא לומר דשאני הך אגב דצייתי אהדדי בצירוף

הגורל דזה עדיף מן שארי הנאות דמצינו בש"ס דהא כיון דמוכרח לומר דגורל לחוד אינו קונה בזה לולא הסברא דבהאי הנאה דצייתי אהדדי וכיון דעיקר האי הנאה לא שייך במטלטלין לקנותם א"כ ה"ה לא תועיל לקנות הכא בחלוקת השותפים במטלטלין והא דבעינן גורל היינו משום דס"ל להש"ס דהאי הנאה דצייתי אהדדי לא שייך רק בחלקו בגורל כפי' רשב"ם שם דכיון דנתרצו לחלק בגורל דהוי כתחלת א"י ע"כ חשוב החלוקה בעיניהם כפי' רשב"ם והרמב"ם שם ועיין בלח"מ שם כן הדעת נוטה בזה לשיטת הרמב"ן והריטב"א הנ"ל ודוחק לחלק ביניהם ומדחזינן להרשב"ם והמ"מ בשם רש"י דכתבו להוכיח דמדלא מפליג הש"ס בין מטלטלין למקרקעי בזה דמוכח מזה דגם במטלטלין הדין כן א"כ ה"ה בכל מקום היכא דמצינו בש"ס דאמרו דמשום ההוא הנאה כו' דזהו מן דין חליפין ומהני אף במטלטלין ולא מן דין כסף לבד א"כ מוכח מדבריהם כשיטת הר"ן והר"ח והרשב"א דקדושין דהאי הנאה דאדם חשוב מקרי חליפין וקונה אף מטלטלין והא גם התם שייך לומר דמדלא מפליג הש"ס בין קרקע למטלטלין כנ"ל. ולכאורה י"ל לפי מה דכתבו התוס' בפ' השוכר את הפועל ד' ע"א בד"ה רב אשי אמר כו' דרב אשי ס"ל כר"ל דמשיכה מפורש מה"ת כמבואר בבכורות רפ"ב רק להלכה קיי"ל כאמימר דפליג על רב אשי כו' וכן כתבו התוס' בב"מ ד' מ"ח ד"ה נתנה לסיטון כו' ובקידושין ד' כ"ח ובב"מ ד' מ"ו על מתניתין דכל הנעשה דמים באחר כו' החליף שור בפרה כיון שזכה כו' הניחא לרב ששת דא' פירי עבדי חליפין אלא לר"נ דא' פירי לא עבדי חליפין כו' ס"ל כ"ר יוחנן דד"ת מעות קונה כו' ולר"ל דאמר משיכה מפורשת הניחא אי ס"ל כר"ש אלא אי ס"ל כר"נ דא' פירי לא עבדי חליפין ומטבע לא קנה במאי מוקי לה ע"כ כר"ש ס"ל עכ"ל אלמא דר"ל מוכרח נסבור דפירי עבדי חליפין דאל"כ תקשה עליו ממשנה דכל הנעשה דמים כו' וכפירוש רש"י בקידושין שם ועיין בתוס' שם ד"ה הכי קאמר כל הנישם כו' וכיון דרב אשי ס"ל כר"ל א"כ מוכח אליבי' דס"ל כרב ששת דפירי עבדי חליפין ע"כ לפ"ז י"ל כיון דרב אשי הוא בעל המימרא דב"ב שם להא דאגב הנאה דצייתי מקני אהדדי א"כ אין להוכיח כלל משיטת רב אשי הנ"ל די"ל דדוקא לרב אשי דס"ל דפירי עבדי חליפין שפיר י"ל דהאי אגב הנאה נקנין בזה אף מטלטלין משום דהא לא גרע מן פירי כמש"כ הקצה"ח משא"כ לדידן דקיי"ל פירי לא עבדי חליפין עדיין יש לדון דהאי הנאה דצייתי אהדדי לא מהני לקנות מטלטלין משום דהא לא הוי כלי וכמש"כ רמב"ן והריטב"א: אבל זה ליתא דהא תלינא בברייתא להך דשותפין שחלקו בגורל קנו כולם ומדלא מחלק בין קרקע למטלטלין מוכח דאף במטלטלין שייך הך דינא וכמש"כ הרשב"ם ומ"מ א"כ תקשה מזה על מ"ד דס"ל דפירי לא עבדי חליפין ושפיר מוכח מזה

כשיטת הר"ן דאף במטלטלי שייך הקנין דאגב הנאה כו' ואפשר לומר בזה לפי מה דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה משום ספיקא דרבנן ואחין שחלקו לקוחות הן משום דמספקא לן אי יש ברירה ע"כ באחין שחלקו היכא דהוי החלוקה ע"י קנין כסף אז נקנין אף מטלטלין משום דמה"ת מעות קונה אלא מדרבנן אינן נקנין וכיון דבדרבנן קיי"ל יש ברירה א"כ אחר שחלקו בקנין המועיל מה"ת שפיר י"ל בזה דבדרבנן יש ברירה ואמרינן הוברר מתחלה דכפי שחלקו עכשיו הוברר כן מתחלה דזהו כל אחד של אותן הבעלים דהשתא לדון כן על מעיקרא ושפיר מועיל החלוקה אף למטלטלין א"כ לכל השיטות ניחא הך דאחין שחלקו בגורל דלמ"ד מעות קונה מה"ת מהני במטלטלין משום יש ברירה בדרבנן ועיין בנדרים ר"פ השותפין וב"ק ד' נ"א ע"ב ובקדושין ד' י"ז תוס' ד"ה חליפין כו' ולמאן דס"ל משיכה מפורש מה"ת הא לדיד' מהני חליפין בפירי והך הנאה לא גרע מפירי ע"כ אין להוכיח מזה דהאי הנאה הוי כמו חליפין בכלי אבל באמת זה ליתא דוודאי כ"ז דלא עשו קנין המועיל עפ"י דרכי הקנין בעת החלוקה אף דנתרצו לחלוק לא מהני החלוקה ויכולין לחזור בהן אף למ"ד יש ברירה וכדמוכח בב"ב ד' ג' דמקשי הש"ס כי רצו מאי הוי להדרו בהו דמקשי בפשיטות לכ"ע אף למ"ד יש ברירה ועוד דהא כתב הר"ן ר"פ השותפין נדרים ד' מ"ה דדבר השותפות יש לכל אחד חלקו בזה וחלק חבירו מושכר לו בשכירות ומבואר בסי' שט"ו בסמ"ע בשם הריב"ש דדבר המושכר לאחד לא מהני הקנין להמשכיר בלא דרכי הקנאה ועיין במחנה אפרים ה' שכירות סי' ט'. ע"כ לא שייך בזה דאחין שחלקו לומר דיש ברירה וע"כ נתקיימה החלוקה. דהא אף דנימא יש ברירה עכ"ז על חלק חבירו המושכר לו בזה לא שייך ברירה וזה לא נקנה בתורת קנין כסף דהא מטלטלין אף בשכירות לא נקנה בכסף והא דסי' קצ"ח סעי' ו' דשכירות מטלטלין נקנה בכסף הא מבואר במחנה אפרים הלכות מכירה קנין משיכה סי' יו"ד דהביא כמה פוסקים דס"ל דשכירות מטלטלי לא נקנה בכסף ג"כ ועוד דהא עיקר טעם הסובר דשכירות מטלטלי נקנה בכסף זהו משום דהגוף של המקנה וטרח ומציל כו' משא"כ היכא דהגוף אינו של המקנה אז גם שכירות מטלטלי לא נקנה בכסף ואכמ"ל:

וע"כ מוכח דס"ל להש"ס מדלא מפליג בין מטלטלי למקרקעי דהאי אגב הנאה דאמרו חז"ל זה נחשב כחליפין וקונה למטלטלי ג"כ וכ"כ הנימוקי יוסף בב"ב שם וז"ל האחין שחלקו בגורל דדעת התוס' ורש"י ז"ל דלאו דוקא במקרקעי אלא ה"ה במטלטלין דהאי הנאה חשוב כאלו משך עכ"ל הנ"י הרי דס"ל להנ"י דאי לא היה חשוב כמשיכה רק ככסף לא היה מהני במטלטלי ודלא כמש"כ לעיל דאף קנין כסף היה סגי בחלוקת מטלטלין

דז"א כנ"ל ומוכח מהנ"י דס"ל ג"כ דהאי הנאה דמצינו בש"ס מהני זה ג"כ במטלטלי דחשוב כקנין משיכה דהוי כחליפין כמש"כ הר"נ והר"ח והרשב"א כנ"ל וכבר נתבאר דאין סברא לומר דשאני בגורל דהוי כתחלת א"י ג"כ דהא האלפס והרא"ש לא הביאו שם הך טעמא דהוי כתחילת א"י וכן משמע בהרמב"ם פ"ב מהלכות שכנים ה' י"א וגם כיון דמשום ה"ט דתחלת א"י לא היה מהני כמבואר שם בגמרא א"כ עיקרו משום האי הנאה או משום צירוף ביחד ואי נימא דזה לא מהני במטלטלי א"כ ה"ה הכא ודוחק לחלק ביניהם וביותר דבתשובת מהרי"ק סי' קפ"א כתב בשם המרדכי וש"פ שכתבו להוכיח מהא דב"ב ד' ק"ו הנ"ל דשיתוף השותפין א"צ קנין משום דשייך בזה אגב דצייתי אהדדי גמרי ומקני והובא דיעה זו בסי' קע"ו סעי' ג' ועיין בש"ך שם ס"ק ו' ולא מחלקי דשא"ה דהוי ע"י גורל ביחד:

אלא וודאי ס"ל כמש"כ דאין לחלק ביניהם בסברא דחוקה. ומוכח דס"ל דאף במטלטלי שייך לדון האי אגב הנאה דצייתי אהדדי דהא התם מיירי במטלטלי ומוכח מזה דהאי הנאה דאמרו חז"ל דינו כחליפין ועיין בנתיבות סי' קע"ו ס"ק ג' והחולקים דפליגי בסי' קע"ו וס"ל דשותפין שנשתתפו בעי קנין טעמם משום דס"ל לחלק דהאי אגב הנאה דצייתי אהדדי לא שייך רק בחלוקת השותפין בגורל דזהו דבר חשוב וכמש"כ לעיל:

אבל היכא דלא שייך כן לא מקרי האי הנאה לחשיבות בדין חליפין אבל היכא דהוי הנאה גמורה לא מצינו לפוסקים הנ"ל דיפלגו על זה: ענף ב:

ובב"מ ד' צ"ד מתנה ש"ש להיות כשואל כו' בההיא הנאה דקא נפק עליו קלא דאינש מהימנא הוא גמר ומשתעבד נפשיה וי"ל דהתם אתי שפיר אף להסוברים דהאי הנאה דמצינו בש"ס לא נחשב כחליפין רק ככסף מ"מ הא התם דמיירי בהתחייבות ע"ע בזה מהני ע"י כסף. כמש"כ הר"ן כתובות ר"פ הנושא וז"ל דבדברים דעלמא א"א שיתחייב אלא בקבלת כסף או בקנין כו' דהא בערב בעי קנין או מתן מעות ובההיא הנאה דקא מהימן ליה כו' ובהשוכר ד' צ"ד גבי מתנה ש"ח להיות כשואל כו' בהאי הנאה דקא מהימן ליה עכ"ל ועי' בש"ך סי' מ' ס"ק ב':

אך לפמש"כ התוס' ב"מ ד' נ"ח ד"ה אמר ר' יוחנן כו' בתירוץ הראשון שם וכן לפמש"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק קכ"ט יש לחלק לפ"ד דשא"ה בשומרים אך מהא דב"ב ד' קע"ג בערב דבההיא הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה שפיר מוכח מהתם דהתחייבות על ידי כסף מועיל:

וזה ברור דאף דמצינו לכמה פוסקים הנ"ל דס"ל דהאי הנאה דמצינו בש"ס דדינו כמו חליפין עכ"ז ז"א רק היכא דמצינו להדיא דאמרו חז"ל כן דהא איתא בהשוכר את הפועל

ד' ס"ג דקאמר הגמרא שם על מה דתני בא עליה ואח"כ נתן לה אתננה אסור דאמר ר"ח דמיירי באמר לה הבעלי לי בטלה זה ומקשו שם וכי א"ל מאי הוי והא מחסרא משיכה כו' ועיין בתוס' שם ד"ה בזונה כו' דכרשב"ל משני לה כו' ואי נימא דכל הנאה דינו כמו חליפין לקנות מטלטלין א"כ קשה דהא התם באתנן דנותן לה עבור הנאת הביאה וא"כ י"ל דכיון דהוי כמו חליפין א"כ יהיה קונה אף למטלטלי ובפרט לפמש"כ הנתיבות דהיכא דלא מקבל שום תמורה עבור החפץ אז נחשב ההנאה כמו פירות שוה בשוה דשייך בזה דין חליפין להרבה פוסקים כנ"ל ועיין ברמב"ם פ"א ה' ברכות שכתב דכל האוכל דבר איסור בין בזדון בין בשגגה אינו מברך והראב"ד השיג עליו דלמה לא יברך כיון שנהנה והובא באו"ח סי' קצ"ו ובט"ז שם ובמג"א סי' ר"ד ס"ק כ' דהאוכל חלבים ועריות חייב שכן נהנה וכבר הארכתי במק"א דדוקא אכילת איסור בשוגג לא מחשב הנאה משום דאילו הוי ידע לא היה ניחא לו בזה אבל במזיד הא אחשביה ועיין בסימן רל"ד וביו"ד סי' קי"ט וטעמא של הרמב"ם שכתב דאף באוכל במזיד אינו מברך י"ל דטעמיה משום דהוי מצוה הבאה בעבירה ועיין במחנה אפרים ה' נזקי ממון סי' ט' מזה א"כ ה"ה הך הנאת ביאה דבמזיד בא עליו אף דהוי הנאת איסור עכ"ז כמו דמבואר בש"ס התם דזה נחשב במקום כסף ה"ה דיהיה חשוב הך הנאה דיהיה במקום חליפין ויהיה קונה אף למטלטלי כמש"כ הראשונים הנ"ל גבי הנאת אדם חשוב ודוקא באכילת איסור בשוגג מצינו בסי' רל"ד וביו"ד סי' קי"ט דלא מיחשב הנאה והטעם הוא כמש"כ התוס' בכתובות ד' למ"ד בסד"ה ואי דלא מצי כו' דאנן סהדי דלא ניחא ליה באכילת איסור עכ"ל התוס' ולפ"ז תקשה דמאי מקשה הגמרא שם דהא מחסרה משיכה הא י"ל דקנתה האתנן בתורת חליפין כדין פירות שוה בשוה בעד הנאת הביאה שיש לו ועיין בכתובות ד' ק"א דתוספות כתובה יש לה משום דמתנה יהיב לה בחובת ביאה כפי' רש"י שם] ואף לפמש"כ הקצה"ח דהנאת אדם חשוב דינו כמו פירות דאינו נעשה חליפין עכ"ז תקשה לפמש"כ התוס' שם דהאי קושיות הש"ס דמקשה הא מחסרה משיכה כו' דהך סוגיא אתי כרשב"ל כו' והנה בקידושין ד' כ"ח וב"מ ד' מ"ו על משנה דכל הנעשה דמים באחר כו' הניחא לר"ש דפירי עבדי חליפין אלא לר"נ דפירי לא עבדי חליפין כו' ע"כ כר"ש ס"ל ופי' רש"י שם דר"ל מוכרח לסבור דפירי עבדי חליפין ועיין בתוס' שם א"כ בהך סוגיא דהשוכר את הפועל דאתי כר"ל. א"כ הא לר"ל דס"ל פירי עבדי חליפין אין כאן קושיא כלל משום דהאי הנאת ביאה דיש לו לא גרע מן פירי דדינו כמו חליפין דהא חליפי פירי מהני לרשב"ל א"כ אף לשיטת הקצה"ח קשה הך סוגיא וע"כ מוכח לומר דדוקא הנאת אדם חשוב דמתחשב בכך לעולם וכמש"כ הקצה"ח ע"כ דומה לכלי לכמה

פוסקים ולכה"פ כמו פירות משא"כ הנאת ביאה דאינו אלא לשעתו ע"כ לא שייך בזה דין חליפין כלל אף למ"ד פירי עבדי חליפין וזה דומה למטבע דאמרו בו דדעתיה אצורתא וצורתא עבידא דבטלה ע"כ לא נעשה חליפין ולא נקנה בחליפין כש"כ הך הנאת ביאה ע"כ גרע מן פירי וזה מוכרח דהא בכל כסף או הנאת מחילת מלוה איכא בזה הנאה ואפ"ה אין דינו כחליפין משום דאין זה הנאה נמשכת כנ"ל ודוקא היכא דמצינו דאמרו חז"ל בפי' בהאי הנאה גמר ומקני שאני אבל היכא דלא אמרו חז"ל בפי' אין דינו רק ככסף כמו בהשוכר את הפועל וכל זה פשוט:

ענף א:

ובקירושין ד' ט' אמר רב גידל אמר רב כמה אתה נותן לבנך כו' קנו הן הן דברים הניקנים באמירה משום האי הנאה דמתחתני אהדדי גמרי ומקני ומשמע דאף מטלטלין ניקנין עי"ז בתורת קנין ואי נימא דהאי הנאה דאמרו חז"ל לא הוי רק ככסף כשיטת הרמב"ן והריטב"א בקידושין ד' ז' א"כ אמאי נקנין מטלטלין בהאי הנאה דמתחתני אהדדי דהא דינו ככסף ומטלטלין אינן נקנין בכסף. ומוכח מזה דהיכא דמצינו בש"ס דאמרו בפירוש בהאי הנאה. דהוי הנאה חשובה דזה נחשב כחליפין וכשיטת הר"ן הנ"ל. ודוחק לומר דכוונת הגמרא דניקנין באמירה בתורת התחייבות ולא בתורת קנין דזה דוחק בלשון דאמרו קנו וניקנים ועיין בב"מ ד' מ"ח ע"ב הזהב קונה הכסף מחייב מבעי ליה אך לפי מאי דקאמר רבא שם בכתובות ד' ק"ב על הא דרב גידל דמסתברא מלתא דרב בבתו נערה דקא מטי הנאה לידיה כו' ופירש רש"י דכסף קדושין לאביה אלמא דעיקרו אינו רק משום תורת כסף ואפ"ה אמר בלשון קנו וע"כ ז"א רק בתורת התחייבות א"כ ה"ה לסוף דמסיק בהאי הנאה דמתחתני אהדדי ג"כ י"ל דאינו רק ככסף וקאי על התחייבות ולא חשוב בתורת קנין:

אך מלשון הרמב"ם ואה"ע סי' נ"א שכתבו האב שפסק כמה אתה נותן לבנך כו' קנו אותן הדברים וכן לשון הגמ' בהאי הנאה דמתחתני גמרי ומקני משמע דזהו בתורת קנין ולא בתורת התחייבות לבד דאל"כ ה"ל למימר בלשון בהאי הנאה כו' גמרי ומשעבדי נפשיה כמו דאמרו בב"מ דף צ"ד וב"ב דף קע"ג בהאי הנאה דקא מהימן ליה גמר ומשעביד נפשיה והכא אמרו בלשון גמר ומקני מוכח דזהו בתורת קנין ג"כ ועיין בכתובות דף ק"ט תוס' ד"ה תשב עד שתלבין כו' והנה הא דשטרי פסיקתא דפוסק מעות לחתנו דכתובות דף ק"ט ודף ק"ב בפוסק לזון בת אשתו בעת הנשואין דמהני מדרב גידל ועיין בכתובות ד' נ"ג תוס' ד"ה השתא נמי כו' י"ל דאף ע"י כסף הא מועיל התחייבות כמבואר בר"ן ר"פ הנושא ע"כ אף דנימא דהאי הנאה דמתחתני אהדדי אינו רק כמו קנין כסף ג"כ יכול

להתחייב ע"ז אבל בתורת קנין לקנות גוף החפץ כמבואר בלשונם כנ"ל דמשמע דחל הקנין על גוף החפץ בזה שפיר יש לדון דאם דינו ככסף א"כ מטלטלי דאינם נקנין בכסף לא יהיה נקנה עי"ז ובאמת בלשון השו"ע הנ"ל משמע דכל דברים אף מטלטלין ניקנין ע"י אמירה זו ובתורת קנין:

ובירושלמי כתובות פ"ה ה"א ר' בא בר חייא בשם ר' יוחנן כמה אתה נותן לבנך כמה אתה נותן לבתך כיון שקידשה זכה כו' ובלבד מן הנישואין הראשונים ואתיא כי הא דאמר ר' חנינא המשיא את בנו בבית זכה בבית ובלבד מן הנישואין הראשונים תני ר' אושעיא זכה במטלטלין ולא זכה בבית כו' וכ"כ בירושלמי ר"פ הנושא סוף ה"ב עלה דהפקחין היה כותבין כ"ז שאת עמי ותני עלה ובלבד מן נישואין הראשונים ואתיא כי הא דר"ח המשיא בנו בבית זכה בבית ובלבד מן נישואין ראשונים עכ"ל אלמא דהירושלמי ס"ל דהא המשיא בנו בבית זכה בבית זהו הכל משום דברים הנקנים באמירה משום דמחמת אכילת פירות הא שיטת כמה פוסקים החולקים על הרמב"ם וס"ל דלא קנה ודוקא הציע מצעות ועי' בסי' קצ"ב וסי' רה"ע סעיף ט"ו ומש"כ שם בלשון י"א עלה דערך שולחן ואכמ"ל ואף דכתבו התוס' בגיטין דף י"ד ובגמ' שם דהא דהמשיא בנו בבית אין זה אלא תקנת חכמינו ז"ל עכ"ז עיקר הטעם הוא דאמדו חז"ל דעתו דרוצה להקנות לו הבית. ועיקר האומדנא הוי זה רק מצד תקחז"ל ושוינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא אבל אי נימא דאף בהקנה לו בפירוש לא קנה ע"י דברים הנקנים באמירה א"כ אין סברא לקנות הכא כלל אלא עכשיו דאמרינן דנקנין באמירה אמדינן מדרבנן לדעתו דהוי כהקנה לו בפירוש אבל עיקר הקנין הוי משום דברים הניקנין באמירה וכה"ג כתבו התוס' בב"ב דף קמ"ד בד"ה כהלכתא בלא טעמא כו' דהטעם הוא כיון דהשיאו בביתו סברא הוא שנתנו לו ומצינו בירושלמי הנ"ל דר' אושעיא ס"ל דזכה במטלטלין ולא זכה בבית אלמא דע"י דברים הנקנין באמירה זוכה בגוף המטלטלי אך אנן ס"ל דזוכה גם בבית. אלמא דמחמת דברים הנקנין באמירה קונה למטלטלי א"כ מוכח מכל זה דהאי הנאה דמצינו בש"ס בפירוש דינן כחליפין לקנות אף מטלטלי ולכן אף דנימא דקניות הבית דמי להציע מצעות מ"מ הא במטלטלי לא שייך כן:

ויש לדון בעיקר מלתא דנא דהא בעל המימרא בש"ס דילן מזה הוא ר"ג אמר רב כמה אתה נותן כו' והתוס' בפ' השוכר את הפועל דף ע"א ע"ב ד"ה מידי הוא טעמא כו'. כתבו מתחלה להוכיח מב"מ דף מ"ח דרב ס"ל כריש לקיש דמשיכה מפורש מה"ת ולפ"ז ס"ל לרב כר"ש דפירי עבדי חליפין כמבואר בקידושין דף כ"ח בפי' רש"י שם א"כ י"ל דרב לטעמיה דפירי עבדי חליפין ע"כ ס"ל דאגב הנאה דמתחתני קנו דהאי הנאה דינו

כמו פירי עכ"פ אבל לדידן דקיי"ל פירי לא עבדי חליפין ע"כ האי הנאה דמתחתני כיון דלא הוי כלי וכמש"כ הרמב"ן כנ"ל ע"כ לא נקנו מטלטלי ע"י האי אמירה ואין הוכחה מרב לדידן אכן לפמש"כ התוס' שם במסקנא דרב ס"ל כר' יוחנן דד"ת מעות קונה ועיין בב"מ ד' מ"ח תוס' ד"ה נתנה לסיטון נסתר כל זה ושפיר הוכיחו הפוסקים לדינא מהא דאמר רב דקונה אף למטלטלין כדמשמע כנ"ל ענף ד הנה התוס' בכתובות דף ק"ב ע"א ד"ה אליבא דבן ננס כו' כתבו שם באה"ד ואין לתמוה היכי משתעבד בשטרא הא אין מטלטלין נקנין בשטר די"ל הואיל וטרח למכתב בשטרא גמר ומשעבד נפשיה שהרי אף באמירה בעלמא יש דברים שנקנים כדאמר בסמוך ועוד דשמעינן לר' יוחנן בהזהב דף מ"ט הנותן מתנה מועטת לחבירו קנה אע"ג שלא הגיע לידו דגמר ומקני ה"נ מתוך שטרח לכתוב בשטרא בכה"ג גמר ומקנה עכ"ל התוס' הרי דהתוספות יש להם שיטה אחרת במה דמצינו דברים הנקנים באמירה דאמרו חז"ל דזהו משום דגמר ומשעבד נפשיה אף דלא הוי מן דרכי הקנין דהא ילפי מזה על התחייבות בשטר דאף דאין מטלטלין נקנין בשטר מ"מ כיון דאמדו חז"ל דגמר ומשעבד נפשיה עי"ז ע"כ מהני זה בחיוב ע"ע א"כ ה"ה בהנאת חיתון דכיון דאמדו חז"ל דעתו בכ"ז דגמר ומקני בל"ש ע"כ חל הקנין עי"ז ונקנין להמקבל ומוכח מדבריהם דס"ל דלאו בכל דוכתי אמרו כן דהא מצינו דהתחייבות ע"י שטר מהני משום כיון דטרח אמרו דגמר ומשעבד נפשיה כמש"כ התוס' ואפ"ה בקנין מטלטלי ע"י שטר לא אמרו כן משום דדוקא היכא דמצינו דאמרו חז"ל כן בפירוש אז דנין כן:

ומה דמוכח מדברי התוס' כתובות הנ"ל דהיכא דמצינו כעין דברים הנקנים באמירה דכיון דגמר ומקני מועיל אף דאין זה מדרכי הקנאה כה"ג מצינו בבכורות דף י"ח תוס' ד"ה אקנויי אקני ליה מקום בחצירו כו' דאפילו בלא קנין קא קני דגמר ומשתעבד נפשיה אי נמי כמה פעמים הרועה פותח ונועל כדאמר תיזול איהי ותיחוד ותפתח וברשות בע"ב קא מחזיק עכ"ל התוס' שם ועיין בתוס' ב"ב דף נ"ג ד"ה נעל כו' ובסי' קצ"ב סעיף ג' אלמא דהתוס' בתירוץ קמא ס"ל דאף בלא דרכי הקנין מהני להקנות היכא דגמר ומקני דאמדו חז"ל א"כ ה"ה בהך דברים הניקנים באמירה ג"כ דאמדו חז"ל דאגב דמתחתני גמרי ומקני כו' י"ל כיון דרוצה להקנות בלב שלם ע"כ דינו כקנין גמור ובאמת דברי התוס' דבכורות הנ"ל צ"ע קצת דהיכא מצינו כן אבל לפמש"כ התוס' בכתובות כנ"ל גבי דברים הניקנים באמירה א"ש דברי התוס' דבכורות ולפ"ז ה"ה בהך הנאה דצייתי אהדדי דב"ב דף ק"ו ג"כ הוא מטעם זה אבל לפי תי' הב' של התוס' דבכורות דס"ל דהיכא דלא הוי דרכי הקנין לא מהני אף דגמר ומקני א"כ בהך דברים הניקנים באמירה לא מהני רק

מצד דנחשב לקנין כמו חליפין ובאמת י"ל דהתוס' דילפי מן הך דברים הניקנים באמירה דה"ה בהתחייבות ע"י שטר ולא מחלקי דשאני הך דברים הניקנים באמירה דזה הוי כעין קנין חליפי כלי וכמו בהנאת אדם חשוב כנ"ל משום דס"ל להתוס' כסברת הרמב"ן והריטב"א דאגב הנאה כו' לא עדיף מן חליפי פירי ואפ"ה מצינו דנקנים אף מטלטלי בהך דברים הניקנים באמירה כמבואר בסתימת הש"ס דכמה אתה נותן כו' וע"כ מוכח מזה דשאני היכא דאמרו חז"ל דגמר ומקנה בלב שלם ע"כ מהני זה להקנות:

ועיין באו"ח סי' תל"ד ט"ז ס"ק ו' שכתב שם גבי הא דשלוחו יכול לבטל החמץ דכיון דרוצה להפקיע א"ע מאיסור חמץ מסתמא נתן במתנה החמץ להשליח כדי שיוכל לבטל עכ"ל הט"ז והמקור חיים הקשה שם דבמה קנה השליח את החמץ ע"ש אכן לפי תי' א' דבתוס' בכורות הנ"ל יש לדון דה"ה בזה כיון דרוצה להפקיע מאיסור חמץ מסתמא גמר להקנות כעין מש"כ התוס' בשבת דף י"ח ד"ה דמפקרא כו' ובהשוכר את הפועל דף ע"א תוס' ד"ה רב אשי אמר כו' דאנן סהדי דגמר ומקנה כדי להפטר מבכורות כו' אך באמת ז"א דא"כ לא היה צריך לדרכי הקנייה בבכור ובחמץ ובאמת אינו כן כמבואר שם:

וע"כ הטעם דלא אמרינן כן רק היכא דאמרו חז"ל דגמר ומקנה אבל היכא דלא אמרו כן בפירוש אין לנו כח לומר כן ועיין בב"ב דף קע"ד דאבא לגבי בריה שעבד נפשיה ומבואר באה"ע סי' ק"ב סעיף ו' דאף בלא קנין ס"ל להראב"ד דמשעבד נפשיה. ויש לחלק והדברים ארוכין ואפשר לומר דכוונת התוס' דבכורות בתי' קמא שכתבו דאף בלא קנין קני דכוונתם דכיון דאמרו שם אומדנא דאקנויי מקני ליה בחצירו משום דניחא ליה דליתעביד מצוה בממוניה א"כ הוי זה כמו בהאי הנאה דאדם חשוב או כמו הנאת חיתון דגמר ומקניה משום דהך הנאה חשוב לכה"פ כמו כסף לד"ה א"כ הכא בבכורות דמיירי בקרקע דנקנה בכסף שפיר מועיל האי הנאה דאמדו חז"ל בזה משום דניחא ליה דליתעביד מצוה בממונו דגמר ומשעבד נפשיה (ולא שייך בזה לומר מצות לאו ליהנות ניתנו) וע"כ אף דלא עשה הרועה שום קנין אחר בעצמו מ"מ קני בהאי הנאה. א"כ אין ראיה מהתוס' הנ"ל. ועוד דגם התוס' דכתובות דכתבו דהא דדברים הניקנים באמירה הוי זה משום דגמר להקנות ומועיל אף דאינו מדרכי הקנייה משום דהתוס' ס"ל דאף מטבעות ניקנין ע"י דברים הניקנים באמירה אגב הנאה דמתחתני כו' כדמשמע הלשון דכמה אתה נותן לבנך כך וכך כו' דמשמע הלשון דזה קאי על נידוניא. וכמש"כ בהגהות מיימוני פ' כ"ג ה' אישות בשם בעל העיטור דאף מטבע ניקנה ע"י אמירה דמתחתני ע"ש ואי נימא דהאי הנאה דאיתחתני דינו כחליפין א"כ הא מטבע אינו ניקנה בחליפין וע"כ הכריחו מזה התוס' דזהו משום דגמר ומקנה בלב שלם:

והיכא דאמרו חז"ל כן אז יכול לחול ההקנאה אף דלא הוי מדרכי הקנאה משום דגמר ומקנה ובאמת י"ל דהתוס' ס"ל כסברת הר"ן והרשב"א דהנאת אדם חשוב הוי כחליפין משום דהוכיחו כן משום נידוניא דמטבע ואפשר לומר דהא דס"ל לבעל העיטור הנ"ל דגם מטבע ניקנה ע"י אמירה דאתחתני אזל לטעמיה דס"ל כפי דהובא בשמו שם בהגהות מיימוני הנ"ל דגם על דבר שלא בא לעולם חל מה דפוסקים המחותנים להחתן והכלה ע"ש אלמא דאלמוה חז"ל להא דדברים הנקנים באמירה דגם על דבר שלא בא לעולם דאינו יכול להקנות ע"י דרכי הקנאה מ"מ אלמוה חז"ל דיכול להקנות בפסיקתא אף בזה א"כ ה"ה גם על מטבע חל מה"ט וכן ראיתי בריטב"א כתובות דף ק"ב ע"ב ד"ה גופא אמר רב גידל כו' כמה אתה נותן לבנך כו' דדעת הגאונים ז"ל דמהני הא דר"ג אף בפוסק ע"ע מטבע ודבר שאינו ברשותו שאינו נקנה בחליפין והא דר"ג כחיוב דקנין וכל דמהני התם מהני הכא בדברים עכ"ל וכ"כ הריטב"א בקידושין דף ט' ע"ב ד"ה מיתיביה אין כותבין שטר אירוסין כו' וסברא דרבוותא ז"ל דדברים הניקנין באמירה אינם נידונין כמתנה בקנין לחוד אלא כחיוב בקנין דמהני אף לפוסק דשלב"ל ואינו ברשותו וחשבינן לו קנין חיוב בהאי הנאה וניראין דבריהם עכ"ל. ובאמת צ"ע על פסק המחבר באה"ע סי' נ"א דדברים הניקנים באמירה לא מהני אלא לדברים המצוי ברשותו וכמש"כ הרמב"ם פ"ו ה' זכיה ומתנה אבל לאינו ברשותו לא מהני אלא באמר בלשון חיוב בפירוש כמש"כ הב"ש שם ס"ק ד' דאיך לא הביאו שיטת העיטור והריטב"א הנ"ל דפליגי בזה ונפ"מ לענין תפיסה וכעת ראיתי בביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ד' שהביא בקצרה שיטת העיטור הנ"ל ע"ש וכוינת העיטור והריטב"א דס"ל דמהני אף לדשלב"ל ומטבע אף דלא אמר בפירוש בלשון חיוב משום דשאני היכא דאמרו רבנן דגמר ומקני משום האי הנאה הוי זה כאלו אמר בפירוש בלשון חיוב ע"ע משום דאנן סהדי דגמר ומשעבד נפשיה וכמש"כ הריטב"א בפירוש דהוי זה כמו קנין בחיוב ע"ע גם אפשר לומר דשיטת העיטור והריטב"א דס"ל דמשום תקחז"ל חל אף על מטבע ודשלב"ל. ועיקר הקנין בהך דברים הנקנין באמירה הוי מדרבנן כמש"כ הריטב"א בקידושין דף ט' ע"ב באה"ד וז"ל דבשטרי פסיקתא לא אלמוהו רבנן אלא לגבי בע"ח כו' ע"ש וכן כתב הנו"ב במ"ק ח' ח"מ סי' כ"ח שכתב לדון דדברים הנקנין באמירה הוא מן תקנת חכמים ועיין במ"ת סי' מ"ב שכתב לחזק דדברים הנקנים באמירה הוא מתקחז"ל ע"ש ולפ"ז ליכא להוכיח כלל לנ"ד דשאני התם דתקנו חז"ל כן אף דלא הוי מדרכי הקניה:

ובעיקר דברי התוס' בכתובות דף ק"ב דהקשו דאיך מועיל שטר על חיוב מחדש ומזה הוציאו דכיון דטרח לכתוב בשטרא גמר ומשעבד נפשיה וכמו בדברים הנקנים באמירה

וכן הוכיחו מהא דב"מ דף מ"ט דהא במתנה מועטת גמר ומקני אף דלא הוי קנין באמת יש לעיין בראייתם מהא דב"מ הנ"ל דהא במתנה מועטת אמרו דאסור לחזור בו ואין רוח חכמים נוחה הימנו אבל מצד קנין לא מצינו בפירוש כמבואר שם בב"מ בכולא סוגיא גבי דברים דיש בהם משום מחוסר אמנה דלא הוי רק איסור לחזור בו אבל קנין לא אמרו חז"ל ועיין ברש"י שם וגם לא מצינו שם דיהיו יכולים הב"ד לכוף ע"ז. ובאמת מהא דב"מ דף מ"ט שם דקאמר הגמ' ומודה ר' יוחנן במתנה מועטת כו' ה"נ מסתברא דאמר ר"א אמר ר' יוחנן ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מק"א אא"ב לא מצי מיהדר מש"ה רשאי כו' משמע מזה דיש קנין במתנה מועטת דאל"כ איך מצי לעשותו תרומת מעשר הא עדיין אינו שלו ולא זכה בו ואפשר דמזה הוכיחו התוס' בכתובות לדון דהאי מתנה מועטת ה"ל קנין בגוף הדבר אבל באמת כבר הקשה זה השמ"ק בב"מ שם ומתרץ דמיירי במכירי לוי ועוד תירוצים ע"ש ועיין בקצה"ח סי' ר"ד ס"ק ג' ובפתח הבית דיני ברירה סוף סי' ו' הקשה כן על הש"ס הנ"ל ותירץ דשאני מעשר דיש לכל הלוים חלק בהם ע"ש ולא ראה דכבר הקדימו השמ"ק בזה והדברים ארוכים ועיקר קושית התוס' דהקשו איך מטלטלין ניקנים בשטר בחיוב ע"ע נ"ל לדון לפי שיטת רש"י בקידושין דף ז' דאף בן חורין הוקש לקרקעות ואף דשיטת התוס' שם דלא כרש"י אכן הש"ך בסי' צ"ה ס"ק י"ח הכריע ג"כ דאף בע"ח דינו כקרקע ועיין במגילה דף כ"ג: א"כ לפ"ז יש לדון דכמו דקרקע נקנה בשטר וה"ה שעבוד קרקע נקנה בשטר א"כ ה"ה חיוב על גופו בשטר מהני דהוי כמו שעבוד קרקע ואפשר לומר דהתוס' לשיטתם דס"ל דב"ח לא הוקש לקרקע ע"כ הקשו דהא מטלטלי לאו בני שטרא נינהו אבל לשיטת הש"ך ורש"י הנ"ל יש לישב קושייתם כן נחזור לענייננו דלשיטת הר"ן והרשב"א דהאי הנאה דמצינו בש"ס טעמו משום דחשוב כחליפין א"כ א"ש בדברים הנקנים באמירה דמהני משום דהנאת איחתוני הוי כמו חליפין וקונה אף מטלטלי ולשיטת התוס' בכתובות דף ק"ב הנ"ל מוכח דס"ל דאף דלא הוי התם מן דרכי הקנייה מ"מ מהני משום דגמר ומשעבד נפשיה ושיטת הריטב"א הוא דמהני התם בתורת חיוב ע"ע וע"כ אף בדשלב"ל ומטבע ג"כ מהני דברים הניקנים באמירה כנ"ל ולפ"ז א"ש אף לשיטת הרמב"ן והריטב"א דס"ל בקדושין דהנאת אדם חשיב הוי בתורת כסף. מ"מ מהני בדברים הנקנים באמירה משום תורת חיוב דיכול לחייב א"ע בכסף כמש"כ הר"ן ר"פ הנושא כנ"ל או כפי שכתבתי לעיל בשם הריטב"א דס"ל דעיקר מלתא דדברים הנקנה באמירה הוי רק מדרבנן. ולכך אינו קשה על הרמב"ן והריטב"א די"ל דהריטב"א לטעמיה כנ"ל אך מן תוס' כתובות הנ"ל מוכח שם דס"ל דזהו מה"ת.

אך בטעמם קשה לומר דזהו משום תורת חיוב דא"כ מה ראיה מייתי לחיוב ע"י שטר וע"כ מוכח כמש"כ לעיל בכוונתם גם יש מקום לפרש כוונתם באופן אחר בהאי דברים הנקנים באמירה וקצרתי בכ"ז:

ענף ה:

ולפי מה דנתבאר בשם הרמב"ן והריטב"א דס"ל דהאי הנאה דאדם חשוב לא הוי קנין לקנות מטלטלין יש ליישב עפ"ז קושיות הט"ז סי' ל"ז סעי' ט"ז על הסמ"ע שכתב שם דניחא ליה דלא נקרייה גזלנא לא שייך גבי מטלטלי דלפ"ז בהא דב"מ ד' ט"ו ע"ב במכר שדה גזולה ולקחה מבעלים ראשונים דמה מכר ראשון לב' כו' וחד מ"ד ס"ל משום דניחא ליה דליקו בהימנותא וחד ס"ל משום כי היכי דלא ניקרייה גזלנא מאי בינייהו כו' ולהסמ"ע הנ"ל ה"מ הש"ס לומר דנפ"מ במטלטלי דמשום דניחא דליקו בהימנותיה שייך אף במטלטלי ומשום דלא ניקרייה גזלנא לא שייך כן במטלטלין והקצה"ח סי' ל"ז ס"ק ח' פלפל בישוב קושיות הט"ז הנ"ל:

אבל באמת יש לדון בזה דהא הגמרא מקשה שם מכדי האי לוקח במאי קני להאי ארעא בהאי שטרא הא חספא בעלמא הוא ומתרץ רבא תהא במאמינו בהאי הנאה דקא סמך עליו טרח ומייתיה ליה גמר ומקני ליה אלמא דעיקר המכירה נגמר משום האי הנאה כו' ולשיטת הרמב"ן והריטב"א דקידושין דכתבו בהאי הנאה דאדם חשוב דזה לא מהני אלא בקניית קרקעות וקידושי אשה משום דיש בזה קנין כסף אבל לא מהני במטלטלין משום דזה לא מקרי כלי א"כ ה"ה האי הנאה דקא סמך עליה דגמר ומקניה ליה עבור זה הא לא מהני האי הנאה כי אם בקרקע דניקנה בכסף ולא במטלטלי דאינו נקנה בכסף. ע"כ לא אמרו האי א"ב במטלטלי משום דבמטלטלין לא משכחת האי דינא ומתורץ קושיות הט"ז ועדיין י"ל בזה דאם המה מונחים ברשות הלוקח א"כ קנתה לו חצרו בלא שום מעשה כלל ועיין בתוס' שם ד"ה האי שטרא כו' שכתבו דמשמע משעה שקנה הגזלן הוא של לוקח אע"פ שלא עשה שום מעשה. אבל בחצירו דקונה אף שלא מדעתו לא שייך כן א"כ שפיר הקשה הט"ז:

הגה"ה גם יש לדון במוכר מטלטלי גזולים וטרח וקנה דאף דהוי האי הנאה כמו כסף מ"מ הא מצינו במידי דלא שכיח דהעמידו על דין תורה דמעות קונה כמבואר בב"מ ד' מ"ו וה"ה גזילה הוי לא שכיח אבל במוכר דשלב"ל לא שייך זה. ועיין בע"ג ד' ע"א ע"ב תוס' ד"ה מידי הוא טעמא כו' וקצרתי ע"כ הגה"ה:

אמנם לדינא מצינו בסי' ר"ט סעי' ה' גבי מוכר דשלב"ל דאם טרח המוכר וקנה צריך לקיים מקחו כי אדעתא דהכי טרח וקנה כדי דליקו בהימנותו וזהו נובע מן תה"ד סי'

ש"ך והובא בט"ז שם שכתב כן ומיירי שם בקניות מרגליות. אלמא דגם במטלטלין אמרינן דטרח וקנה כי היכי דליקי בהימנותא ולכן שפיר הקשה הט"ז בפשיטות בסי' ל"ז כן אכן בעיקר פסק התה"ד והט"ז והרמ"א דס"ל דאף במטלטלי שייך להאי דינא ואף היכא דלא שייך דקני ליה חצירו להלוקח וכמו במוכר דבר שלא ברשותו וכה"ג דמ"מ קני הלוקח דזה צ"ע כיון דעיקר הקנייה בהא דטרח וקני הוי משום האי הנאה דסמך עליו כמבואר שם והא שיטת הרמב"ן והריטב"א גבי הא דאדם חשוב דהאי הנאה לא עדיף מן כסף דאינו קונה במטלטלי א"כ במאי קני האי לוקח למטלטלי דהא לא עדיף האי הנאה דליקו בהימנותיה מן הנאה דאדם חשוב ומאיזה טעם נחלק ביניהם אדרבה יש מקום לומר דהאי הנאה דאדם חשוב דמתחשב בכך לעולם כמש"כ הקצה"ח וודאי עדיפא וגם להכרעת הנתיבות בסי' ק"צ דכתב דדוקא היכא דלא קיבל זוזי בעד המכירה אז נחשב זה ההנאה כמו פירות שוה בשוה ומהני מן דין חליפין אבל היכא דקיבל מעות בעד מכירתו אז אינו קונה בהאי הנאה דאדם חשוב ועיין בנתיבות שם דסיים בלשונו דמה"ט לא כתב המחבר בסי' ק"צ הדין דאדם חשוב רק בקרקע ולא במטלטלין ע"ש והא חזינן הכא בסי' ר"ט דאף גבי מטלטלין ס"ל דמהני האי הנאה דקא סמך עליה וכמבואר בתה"ד שם וע"כ צ"ע בזה. ובאמת יש מקום לומר דיהיה יכול המוכר לומר קים לי כשיטת הרמב"ן והריטב"א דכה"ג לא קני במטלטלין אם המוכר מוחזק וכמו כל ספיקא דדינא ואפשר לומר דהא דהכריע התה"ד והרמ"א כן משום דמן ב"ב ד' ק"ו גבי האי הנאה דצייתי אהדדי בחלוקת השותפות מוכח דאף במטלטלין שייך כן כמו דכתבו שם הרשב"ם והנ"י והמ"מ וכנ"ל דמזה מוכח דהעיקר כהסוברים דהיכא דמצינו בש"ס להאי הנאה דדינו כמו חליפין דקונה אף מטלטלי ואפ"ה אינו קשה קושיות הט"ז בסי' ל"ז על הסמ"ע משום דבלא"ה תקשה דהא ה"מ הגמרא לומר נפ"מ בין מ"ד משום ניחא ליה דלא ליקריה גזלנא ובין ניחא ליה דליקו בהימנותיה במוכר דשלב"ל וכמו הא דתה"ד והרמ"א דסי' ר"ט הנ"ל דמשום דליקו בהימנותיה שייך ג"כ בזה ומשום ניחא דלא ליקרייה גזלנא לא שייך בזה וע"כ מוכח דבאמת ה"מ הש"ס לומר א"ב אחריני רק דכן דרך הש"ס בכ"ד ואין הכרח לקושיות הט"ז הנ"ל. ולכאורה יש להוכיח מן התוס' דב"מ ד' ט"ז ד"ה האי שטרא כו' דס"ל דהאי הנאה דסמך עליו דהתם זה נחשב כחליפין דהא התוס' הקשו שם וא"ת והא מעותיו דמתחלה נעשו עתה מכר א"כ מאי מקשה הגמרא במאי קני להאי ארעא כו' וי"ל באתרא דלא קני בכספא א"נ כו' עכ"ל התוס' ושם ברש"י ד"ה גמר ומקני כתב דמקני ליה כשלקחה מבעלים הראשונים ולפ"ז עיקר הקנייה נגמרת בעת שקנאה שנית מהנגזל ולפ"ז מוכח דמשום תורת חליפין נגעו בה

דאי נימא דהוי רק כקבלת כסף א"כ תקשה עדיין דבמאי קני לארעא. ומה דתירצו בהאי הנאה כו' הא מיירי באתרא דלא קני בכספא כתי' א' של התוס' היינו במקום שכותבין השטר א"כ גם מצד האי הנאה דסמך עליו לא תועיל כיון דהשטר הוא חספא בעלמא. וע"כ מוכח דהתוס' ס"ל דהאי הנאה דינו כחליפין ובחליפין קונין אף במקום שכותבין השטר כמבואר בסי' קצ"ה א"כ מוכח מן התוס' כשיטת הר"ן דהאי הנאה דאמרו בגמרא יש לה דין חליפין ולפ"ז ה"ה מטלטלין ניקנין בהאי הנאה ג"כ:

אך אפשר לומר דאינו ראיה משיטת התוס' דהא התוס' שם בד"ה בההיא הנאה כו' כתבו דהוי כאלו א"ל שדה זו קנוי לך לכשאקחנה ופי' המרש"א והמר"מ ומהרמ"ש דכוונת התוס' דלא כפי' רש"י דהקנין חל בעת שקנה מן הנגזל אלא ס"ל להתוס' דבעת שמכרה להלוקח הוי אז כאלו התנה עמו שדה זו קנויה כשאקחנה ואף דהוי דבר שאינו ברשותו אז עכ"ז שא"ה משום דסמכה דעתו כיון דהשדה הוא ביד הלוקח כבר וכ"כ הפ"י שם וע"כ אינו ראיה מן התוס' דאף דנימא דהאי הנאה אין דינו כחליפין מ"מ קני שפיר בהאי שטר דנותן לו בעת המכירה דהוי כהתנה עמו אז שדה זו קנויי כשאקחנה ועיקר הקנייה הוא ע"י השטר דנתן לו מתחלה ונדחה ראיה זו:

ואי נימא כשיטת התוס' הנ"ל דהוי כהתנה שדה זו קנוי לך כו' וזהו הטעם דחזר ולקחה דשייך להלוקח א"כ עפ"ז יש לדון בהך דין דתה"ד והרמ"א הנ"ל במוכר דבר שאינו ברשותו במטלטלין דכתבו דאם טרח המוכר וקנה צריך לקיים מקחו די"ל דלא אמרינן כן רק לשיטת רש"י הנ"ל דבעת דלקחה מבעלים הראשונים גמר ומקני אז להלוקח א"כ זה הטעם שייך אף בזה אבל לשיטת התוס' דעיקר הקנייה הוא בשביל בהאי הנאה דסמך עליו הוי כהתנה שדה זו קנוייה כשאקחנה ואף דהוי דבר שלב"ל. עכ"ז כיון דסמכה דעתיה יכול להקנות בהאי גוונא כמש"כ המהרש"א ומהרמ"ש הנ"ל א"כ ז"א שייך רק בקנין שטר כיון דעיקר הקנייה נגמר בעת שקנה מן הנגזל ואז השטר הוא בעולם ע"כ מהני בזה קנין שטר וכמש"כ התוס' יבמות ד' צ"ג וקדושין ד' ס"ג אבל במטלטלין אף דהוי קנין חליפין בעת שקנה מ"מ הא חליפין לאח"ז לא מהני כמבואר שם וכמבואר בנדרים ד' מ"ח וקניין משיכה וודאי לא שייך בזה כיון דבעת המכירה היה דבר דאינו ברשותו ע"כ אף דסמכה דעתיה ג"כ בזה משום ניחא דליקו בהימנותיה עכ"ז הא כיון דעיקר הקנין נגמר בעת שקנה המוכר ואז פסקה הקנין כיון דלשיטת התוס' עיקר הקנין בזה משום דהוי כהתנה כשאקחנה קנויה לך אם כן לשיטת התוספות יש לעיין הרבה בהך דהתה"ד והרמ"א הנ"ל:

ואפשר לומר דגם התוס' מודו לסברת רש"י הנ"ל דמשום האי הנאה דסמך עליו גמר ומקני בעת שלקחה שנית מהבעלים רק שאני התם כמש"כ המהרש"א ומהרמ"ש שם דליכא למימר דבשעת קנייתו מגזלן גמר ומקני להלוקח בהאי הנאה דלא קאמר ולא מידי דהא כבר תבעו לדין למאן דאית ליה עד דמטא אדרכתיה לידיה כו' אלא דצ"ל כאלו אמר ליה מעיקרא שדה זו קנויה לך לכשאקחנה כו' ע"ש א"כ היכא דלא תבעו כלל לדין שייך שפיר האי הנאה דלא קאמר לי' ולא מידי דהאי הנאה חשוב כחליפין וקני שפיר בעת קנייתו דאז הוי כהקנה ללוקח בעד הנאה זו וא"ש פסק התה"ד אף לשיטת התוס' דדוקא היכא דתבעו לדין דליכא למימר אז בהאי הנאה דלא קאמר ליה מידי ואז מוכרח לומר הטעם דבעת המכירה הראשונה הוי אז כהתנה עמו כשאקחנה כו' דהא אז סמך עליו אבל היכא דשתק ולא תבעו כלל לדין שייך האי הנאה בעת שקנה המוכר מן הבעלים ואז גמר ומקני ועדיין יש לדון בזה הרבה דהא ז"א מוכרח עדיין לשיטת התוס' כיון די"ל דכוונת הגמרא הוא משום דהוי כהתנה כנ"ל ומנלן לחדש לומר דבעת הקנייה גמר אז ומקני ואפשר דזהו מצד הסברא כיון דמצינו האי הנאה בגמרא וכבר נתבאר דהאי הנאה חשוב כחליפין ע"ר ממילא שייך בזה לומר דגמר ומקני אז למטלטלין ג"כ ויש להאריך בזה הרבה:

ענף ו:

וראיתי בחידושי הר"ן על ב"מ ד' ט"ז ד"ה מכדי לוקח במאי קני כו' שכתב דבההיא הנאה כו' דהנאה זו שהוא מחזיקו בנאמן וסומך עליו חשובה היא בעיניו ומקנה אותה לו בה כאלו נותן דמים כמו בקידושין דנתינה באדם חשוב מקודשת דבההיא הנאה דמקבל מיניה גמרה ומקנה נפשה כו' עכ"ל וכ"כ הנימוקי יוסף בהאי סוגיא שם בההיא הנאה כו' כלומר דהנאה זו שהוא מחזיקו בנאמן וסומך עלי' חשובה היא בעיניו כאלו נותן דמים כדאמרינן בקידושין ד' ז' דנתינה באדם חשוב מקודשת דבההיא הנאה גמרה ומקניה נפשה כו' עכ"ל הנ"י וב"ה שכוונתי לדעת הראשונים שכתבו ג"כ לדמות ההיא הנאה דקסמך עליו ומאמינו דב"מ הנ"ל להאי הנאה דאדם חשוב דקדושין וכתבו ג"כ דהוי כאלו נותן דמים אלמא דס"ל דזה הוי כמו קבלת כסף ולפ"ז שפיר כתבתי לעיל לדון דבמטלטלי דלא ניקנה בכסף לא שייך לומר דיהא ניקנה ללוקח בהאי הנאה אך באמת לדינא מוכרח לומר דלאו דוקא אמרו הראשונים ז"ל דה"ל כמו קבלת דמים דהא להדיא מבואר בר"נ לקידושין דהאי הנאה דאדם חשוב מהני כחליפין ומהני אף במטלטלין א"כ סתרי דברי הר"נ אהדדי וע"כ מוכח דלאו דוקא כתב הר"נ הכא כן אלא כיון דהכא מיירי בשדה דניקנה בכסף ע"כ כתב דה"ל כקבלת דמים דהא אף לשיטת הר"ן דס"ל דהנאה

דאדם חשוב ה"ל כחליפין מ"מ מודה דה"ל ככסף ג"כ דאל"כ האיך מועיל בקידושי אשה שם דהא אין אשה ניקנית בחליפין וע"כ מוכח דלכו"ע יש בזה קנין כסף ג"כ וכמש"כ הרשב"א בקידושין ד' ז' כנ"ל. וה"ה מה"ט במטלטלי דצריך לקנין חליפין מהני זה ג"כ כמו קנין חליפין:

ואפשר לומר לשיטת הנתיבות בסי' ק"צ דכתב לחלק דשאני היכא דלא קיבל דמים כלל דאז ה"ל האי הנאה כמו פירי שוה בשוה דמועיל אף בקנין מטלטלי משא"כ היכא דקיבל זוזי ג"כ אז לא מהני לקנות מטלטלי עי"ז ע"ש א"כ לפ"ז שפיר יש לחלק דשאני בקדושין ד' ז' גבי אדם חשוב דלא קיבל זוזי כלל דעיקר הקנייה הוא רק בעד הנאה דקבלת אדם חשוב. אז י"ל דה"ל כמו חליפי פירי שוה בשוה דמהני משא"כ הכא בב"מ דמיירי דהמוכר הגזלן קיבל מעות מהלוקח א"כ אז לא ה"ל האי הנאה דמאמינו כי אם כקבלת כסף דלא שייך בזה לקנות ע"י המטלטלי וע"כ י"ל דבדקדוק כתב הר"ן כן ואין כאן סתירה לדברי הר"ן דקדושין הנ"ל ועיין בנתיבות שם שכתב דהר"נ ס"ל כר"ת דשוה בשוה קונה אף בפירות ויש לעיין מזה בחידושי הר"נ: אמנם לפמש"כ לעיל בשם הנ"י דב"ב ד' ק"ו בחלוקת האחין בגורל דמהני משום אגב דצייתי אהדדי ומהני אף במטלטלי דיש לו דין דקנין משיכה דהא התם לא הקנה לו העיקר בעד הנאה זו רק עיקר החלוקה הוא במה שחולקין וכ"א נוטל את חלקו רק ההיא הנאה מועיל שיהיה זה נחשב לקנין לקנות ע"י מה דצייתי אהדדי ואפ"ה כתב הנימוקי יוסף שם דזה מועיל בחלוקת מטלטלי ג"כ וע"כ מוכח דס"ל דהאי הנאה דאמרו חז"ל נחשב כחליפין א"כ לפ"ז מוכח לומר דבאמת גם הנ"י דב"מ ס"ל דזה נחשב כחליפין רק לפי דמיירי בב"מ שם בקנין שדה דסגי בזה קנין כסף ע"כ כתב דזה הוי כקנין כסף ובאמת הוי כחליפין ג"כ כיון דמדמינן זה להא דקדושין דהנאה דאדם חשוב א"כ ממילא ידעינן זה:

וכן ראיתי בשיטה מקובצת לב"מ שם שכתב בהאי סוגיא דב"מ שם בשם כמה ראשונים דהנאה דקסמיך עליה דומה להנאה דאדם חשוב ע"ש ובריטב"א דב"מ בהאי סוגיא ראיתי שכתב בזה"ל דבהאי הנאה דקסמיך עליו גמר ומקני ליה פי' בהאי דקסמיך עליו ה"ל שלוחו וכי קנאה מן הבעלים בשביל הלוקח קנאה דשלוחו הוא דאי נימא דלאו שלוחו הוא א"כ במאי קני ליה כו' מיהו לישנא דהש"ס לא קיימא שפיר דהיכי אמר גמר ומקני ליה וי"ל בההוא הנאה דלא אמר ליה ולא מידי הוי ליה כחליפין וכסודר דאגב סודר מקני ליה כו' עכ"ל הריטב"א הרי להדיא ת"ל דהריטב"א ס"ל דהך הנאה דמאמינו חשוב כסודר וע"כ מהני בוודאי זה אף במטלטלין ולעיל הבאתי דברי הריטב"א בקדושין ד' ז' שכתב דהנאה דאדם חשוב לא הוי רק ככסף ולא כחליפין אבל הכא בב"מ

חזינן דהריטב"א חזר ביה וס"ל להדיא דהך הנאה נחשב כסודר א"כ מזה הוי סייעתא לדינא לשיטת הר"ן דס"ל בקדושין דהאי הנאה דאדם חשוב כחליפין ע"כ שפיר כתבו התה"ד והרמ"א בסי' ר"ט גבי מטלטלין דמכר דבר דאינו ברשותו דטרח המוכר וקנה דשייך להלוקח משום דמוכח דרוב פוסקים ס"ל דהאי הנאה דמצינו בגמ' הוי כחליפין ובירושלמי תרומת פ' ו' משנה ג' המאכיל את פועליו תרומה כו' איתא שם ר' אבהו בשם ר"ש בן לקיש הא למה זה דומה למוכר חפץ לחבירו ונמצא שאינו שלו שהוא חייב להעמיד ליה מקחו כו' עכ"ל והר"ש שם כתב על הירושלמי הנ"ל ובפ"ק דב"מ ד' ט"ז לא משמע כן שיהא חייב להעמיד ליה מקחו כו' ושמא יש לחלק בין מטלטלי לקרקעות כו' ע"ש ומדברי הר"ש הנ"ל משמע דהא דחזר ולקחה בב"מ שם אף דהכיר בה מיירי דלא ס"ל כהתוס' והנ"י שם והרמ"א בסי' שע"ד א"כ מוכח מהירושלמי דאף במטלטלין חייב להעמיד מקחו ואדרבה דקרקע אינו מחוייב והטעם אפשר הוא ע"פ סברת התוס' דב"מ ד' ס"ו דקניות קרקע חשוב כמו גזים לפי שאין אדם רגיל למכור קרקעותיו כלל וע"כ בקרקע לא סמכה דעתו שיקנה לו משא"כ במטלטלין דמצי לקנות שפיר סמכה דעתו בזה וס"ל לירושלמי דמוכר חפץ שאינו שלו ע"י קנין משיכה דאומדנא הוא דמתחייב א"ע לקנות המטלטלין עבור הלוקח אבל באמת אינו זה שייכות לנ"ד דשא"ה דמיירי בהתחייבות ולא בתורת קניה והתחייבות בוודאי מועיל ע"י כסף ג"כ כמש"כ הר"ן ר"פ הנושא כנ"ל א"כ אפי' נימא דהירושלמי מיירי דלא היה קנין חליפין ג"כ מחוייב להעמיד לו מקחו אם קיבל כסף מהלוקח או אף דלא קיבל כסף רק משום האי הנאה דסמיך עליו הוי זה ככסף וס"ל דראי הנאה הוי אף בהכיר בה וכמו דמוכח מהר"ש הנ"ל אך באמת מבואר בסי' ר"ט ובסי' רי"א דלא קיי"ל כן לדינא ועיין מזה בתשובת רע"א סי' קל"ד וקצרתי בכ"ז:

ובדעתי היה לחלק בין האי הנאה דסמך עליו דב"מ ובין הנאה דאדם חשוב דקדושין בסברא נכונה לחלק ביניהם אך כיון דמצינו בראשונים הנ"ל שכתבו לדמותם להדדי ע"כ מנעתי א"ע מזה וקצרתי:

ענף ז:

ועוד י"ל בכ"ז דהנה השיטה מקובצת לב"מ ד' ט"ז כתב בשם הרשב"א דס"ל דהא דאמרו בגמ' במאמינו והקשה דאכתי במאי קני ותירץ דמשום דמאמינו עשו שאינו זוכה כזוכה כמו בר"פ השוכר את הפועל בחנוני הרגיל אצלו דמקני לי' דינר בכיסי' עכ"ל הרשב"א ולשיטת הר"ן הכי מתרצינין בההיא הנאה דלא קאמר לי' ולא מידי קא מקני לי' דהנאה זו חשובה בעיניו כמו דנותן דמים כדאמרינן בקידושין דנתינה באדם חשוב מקודשת

דבההיא הנאה גמרה ומקני לי' נפשה עכ"ל הש"מ ולכאורה יש לתמוה דהא הרשב"א גופא הכריע בקדושין כשיטת ר"ח דהך הנאה דאדם חשוב ה"ל כחליפין ג"כ ומהני אף במטלטלין א"כ למה לי' להרשב"א לומר בזה דעשו שאינו זוכה כזוכה ואפשר לומר דהרשב"א כתב כן לפמש"כ הרשב"א בשיטת רש"י בקדושין ד' ז' להסתפק דהנאה דאדם חשוב לא מהני בממונא רק בקדושין א"כ להך שיטה תקשה סוגיא דהכא ע"כ הרשב"א דדרכו לפרש הסוגיות בש"ס לכל השיטות ע"כ הוכרח הכא לפרש דנגעו בו משום דעשו שאינו זוכה כזוכה ועיין בגיטין ד' ל' ע"א ברש"י ד"ה עשו את שאינו זוכה כו' דבמקומות הרבה מפני תקנה עשו כן כו' או י"ל דס"ל להרשב"א דשאני הך הנאה דב"מ דגרע מן הנאת אדם חשוב דקדושין:

ועוד כתב השיטה מקובצת לב"מ שם בשם הרא"ש וז"ל תהא במאמינו פי' מחמת שהאמינו טרח וקנה שדה מהנגזל בשליחות הלוקח וזוכה לו וגם זה יודע הנגזל ונתכוין לזכות להלוקח וניחא אף למ"ד בב"ק וכי מי הודיעו לבעל חיטים שיקנה לבעל המעות כו' וכן כתב הש"מ בשם התוס' דהאי במאמינו הכוונה הוא דהנגזל עצמו לדעת כן מוכרה דגומר ומקנה ללוקח ואפילו למ"ד בהגוזל מי הודיעו כו' הכא מודה שהוא יודע שזה מכרה והאמינו הלוקח וכמו שהודיעו גזלן שלצורך הלוקח לוקחה וכן כתב הריצב"ש בתי' השני דההיא הנאה דמאמינו גמר ומקני לי' המעות שלוקח בהם עתה מן הנגזל וכיון דהמעות שלו לכו"ע קנה ואף למ"ד מי הודיעו כו' התם הוא שהמוכר אינו יודע אבל כאן שהוא יודע שמכרה לאחר ה"ה מקני למי שהמעות שלו עכ"ל הש"מ בקצרה וכ"כ שם הש"מ בשם הרא"ש הרי להדיא שיטות רבות בהסוגיא הנ"ל בשם כמה ראשונים דס"ל דהך הנאה דמאמינו הוי כמו דקנה בשליחותו או משום דעשו שאינו זוכה כזוכה ולהריצב"ש מוכח דס"ל דאף על המעות חל ההקנאה כמש"כ דהמעות שנותן להנגזל נעשה מעות של הלוקח ואפשר דזהו מטעם דהוי כמצוה להמוכר שיזכה המעות בשביל הלוקח ועיין בח"מ סי' קפ"ג ובאה"ע סי' ק"כ ב"ש ס"ק ב' והדברים ארוכים וכ"כ המרדכי בב"מ שם בהאי סוגיא שכתב בזה"ל דמחמת ניחא לי' דליקו בהימנותי' נעשה הגזלן שלוחו של הלוקח וגם הש"מ הביא שם בשם הרמב"ן שכתב תהא במאמינו כלומר שלוקחה לצורכו של הלוקח וכ"כ הר"ח כו' ע"ש הרי להדיא דאף להרמב"ן דס"ל בקדושין ד' ז' דהנאה דאדם חשוב ה"ל לכה"פ ככסף אך לא כחליפין משום דלא ה"ל כלי עכ"ז כתב דהא דב"מ ד' ט"ז דאמרו בהאי הנאה דמאמינו דמחוייב ליתן השדה להלוקח והטעם הוא משום דקנה בשליחות הלוקח ולצורכו לוקחה מתחלה כמש"כ הש"מ בשם הרמב"ן ואף דבסוגיא דב"מ דמיירי בקרקע הי' מהני לקנות הקרקע בהאי הנאה אף דלא

הוי כחליפין רק ככסף דהא קרקע נקנה בכסף ואפשר לומר דהא לפמש"כ התוס' בב"מ שם ד"ה האי שטרא בתי' א' דמיירי במקום דכותבין שטר א"ש שיטת הרמב"ן. אך גם זה אינו ברור דהא לפי מה דקיי"ל מלוה אינו קונה א"כ העיקר כתי' הב' של התוס' שם וכן להר"ח שם דכתב ג"כ דהאי הנאה ה"ל בתורת שליחות כנ"ל אף דהר"ח דהובא ברשב"א ובר"נ לקדושין ד' ז' ס"ל דהנאה דאדם חשוב הוי ככלי ואפ"ה הוכרח לכתוב הכא הטעם דה"ל כשלוחו מוכח מזה דס"ל לחלק בין הנאה דאדם חשוב ובין האי הנאה דקא סמיך עליו דב"מ:

ולפי זה לשיטתם הדין נותן בפשיטות דאף במטלטלין יהי' שייך להלוקח דאף דנימא דהאי הנאה דסמיך עליו אינו רק ככסף מ"מ שייך ללוקח מהטעם דהא קנה לצורכו של הלוקח ובשליחותו קנה וזה הטעם שייך אף במטלטלין א"כ לכו"ע נתבאר דאף במטלטלין הדין כן ואף דלכל אחד יש טעם אחר וזה חולק על טעמו של זה עכ"ז הא כתבתי בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ז' כעין זה דהיכא דלכל השיטות בעיקר הדין מסכימים בהסכם א' אף דלכ"א יש לו טעם אחר עכ"ז סומכין ע"ז ועיין מזה שם ח' יו"ד סי' כ"ג א"כ ה"ה בנ"ד ושפיר כתב התה"ד והרמ"א בסי' ר"ט גבי דבר דאינו ברשותו דאם טרח וקנה צריך לקיים מקחו משום דהא נתבאר דאף להרמב"ן דקידושין והריטב"א שם בקידושין דכתבו דהנאה דאדם חשוב לא ה"ל רק ככסף משום דלא הוי כלי עכ"ז מודו הכא דאף במטלטלין שייך להלוקח משום ניחא דליקו בהימנותי' אמרינן דמתחלה קנאה בשליחות הלוקח וכש"כ להריטב"א דב"מ דהובא לעיל דס"ל הכא דהאי הנאה דסמיך עליו חשוב כחליפין וכמו דס"ל להרבה ראשונים בסוגיא דב"מ כנ"ל וכן לפי מש"כ עשו שאינו זוכה כזוכה א"כ בוודאי אין שום ספק דשייך קנין זה אף במטלטלין בפשיטות. ולרווחא דמלתא נראה להביא ראי' לזה מהא דמקשה הש"ס בב"מ ד' ט"ז על מה דאמר שם דחזר ולקחה מבעלים הראשונים מה מכר ראשון לשני כו' משום דניחא לי' דליקו בהימנותי' ומאמינו בהאי הנאה דסמיך עליו גמר ומקני לי' דמתיב רב ששת מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום ומתרץ הכא סמכה דעתי' הכא לא סמכה דעתי' עכ"ל ועיין בשמ"ק שם דעיקר הקושיא של הגמ' הוא ממה שתעלה מצודתי משום דמן מה שאירש מאבא הא לא טרח בה ודלא כפי' רש"י ע"ש ואי נימא דמטלטלין אינו נקנה משום האי הנאה דסמיך עליו משום דמטלטלין אינו נקנה בכסף הא מה שתעלה מצודתי ה"ל מטלטלי א"כ מאי מקשה הש"ס הא יש לחלק דשאני מה שתעלה מצודתי דה"ל מטלטלין א"כ הא אינו נקנה מטלטלין עי"ז אבל בקרקע דמיירי שם שפיר נקנה ע"י האי הנאה וה"ל ככסף. ע"כ מוכח דס"ל להש"ס דהאי דינא שייך ג"כ במטלטלין הנגזלין

משום דה"ל כמו חליפי סודר או משום דקנאה בשליחות הלוקח א"כ הנך טעמים שייכי ג"כ גבי מה שתעלה מצודתי משום דהא יכול לזכות לאחר ע"י חצירו ורשותו כמבואר בב"ב ד' פ"ה גבי ארבע מדות במוכרין דיכול לומר יזכה חצירי לפלוני וכן מבואר בגיטין ד' י"ג בתוס' ורא"ש שם גבי מעמד ג' ובסי' קכ"ה ע"כ במה שתעלה מצודתי שייך לומר דזכה ע"י רשותו עבור חבירו מהפקר או משום דה"ל כמו חליפי סודר דכ"ז שייך אף במטלטלין ושפיר מקשה הש"ס והוצרכו לחלק דשאני היכא דסמכה דעתי' כו':

ובני היקר כמהו' צבי שיחי' אמר לדחות ראי' זו דהא עיקר קושיות הקצה"ח על מש"כ הר"ן דהנאה דאדם חשוב ה"ל דין חליפין משום דהא בעינן כלי ואף פירי לא מהני בחליפין והך הנאה לא עדיף מן פירי כמש"כ הקצה"ח בארוכה בסי' ק"צ ולפ"ז י"ל דלרב ששת דאמר פירי עבדי חליפין כמבואר בב"מ ד' מ"ו ובקידושין ד' כ"ח א"כ לר"ש שפיר י"ל דמהני הך הנאה דאמרו חז"ל כמו פירי דקונה בתוס' חליפין אף במטלטלין ולפ"ז שפיר מתיב ר"ש בב"מ ד' ט"ז שם מן מה שתעלה מצודתי דאף דנימא דהך הנאה לא הוי כחליפי כלי מ"מ לא גרע מן פירי וכמש"כ הקצה"ח א"כ אליבי' דר"ש הא מועיל זה אף לקנות מטלטלין והא דמקשה ר"ש על רב דאמר הך דינא דחזר ולקחה מבעלים הראשונים י"ל לפמש"כ התוס' בפ' השוכר את הפועל ד' ע"א ע"ב ד"ה מידי הוא טעמא כו' דרב סבר כרשב"ל ע"ש וכבר מבואר בב"מ ד' מ"ו ובקידושין ד' כ"ח דמאן דסבר כרשב"ל מוכרח לסבור כר"ש דפירי עבדי חליפין א"כ שפיר מקשה ר"ש על רב ואף לפי מאי דמסקי התוס' שם דרב ס"ל כר' יוחנן עכ"ז י"ל בקצרה דר"ש דס"ל פירי עבדי חליפין מסתמא ס"ל דרב ג"כ ס"ל כוותי' וע"כ שפיר מתיב ר"ש על רב ועיין ב"מ ד' מ"ה בפלוגתת אם מטבע נעשה חליפין דפליגי בי' רב ולוי ולא קאמר הגמ' תסתיים כו' עכ"ל בני שיחי' ובעיקר הענין יפה העיר בע"ה:

אך לדינא אין זה פירכא דאף דבתחלה הקשה זה ר"ש בסוגיא שם אבל אח"ז שקלו וטרו בקושיא זו רב"ח ורבא ורב יוסף ואביי ובוודאי אין זה סברא לומר דכולהו אמוראי הנ"ל ס"ל דפירי עבדי חליפין וגם הא הרא"ש בב"מ פ"ד סי' ה' כתב דרבא ס"ל מסתמא כרב נחמן דפירי לא עבדי חליפין ע"ש וגם אין לומר דעיקר קושייתם על רב דאמר כן ולרב כיון דלא קאמר הגמ' בב"מ ד' מ"ה תסתיים בפלוגתתו עם לוי במטבע אי נעשה חליפין ג"כ אין זה הכרע לומר דרב ס"ל פירי נעשה חליפין דהא התוס' בב"מ ד' מ"ה ע"ב ד"ה אין מטבע כו' דמטבע מקרי כלי לפי שראוי לשקול בו כו' וע"כ אין זה הכרע כלל וכיון דשקלו וטרו בקושיא זו מן מה שתעלה מצודתי מוכח שפיר דאף במטלטלי איתא להאי דינא דחזר ולקחה מבעלים ראשונים דשייך ללוקח ושפיר הוכחתי וגם הא נתבאר דלכל

השיטות בטעם של כל אחד שייך כן אף במטלטלי ע"כ שפיר פסקו התה"ד והרמ"א כן בסי' ר"ט ולא חילקו בין קרקע למטלטלי משום דבאמת אין לחלק ביניהם והא דסי' שע"ד דכתבו זה הדין במוכר שדה היינו משום דבגמ' הוזכר זה הדין בקרקע ע"כ כתבו כלשון הש"ס וזה ברור:

ענף ח:

אמנם עדיין יש לעיין מטעם אחר בהך דינא דמכר דבר דאינו ברשותו וטרח המוכר וקנה דכתבו דשייך להלוקח והט"ז בסי' ר"ט כתב דזה מיירי היכא דלא הכיר בה הלוקח ע"ש והוא דהא השמ"ק בב"מ שם בהאי סוגיא כתב בשם כמה ראשונים דפי' למאי דקאמר הש"ס שם לתרץ הקושיא מן מה שאירש מאבא כו' דהכא סמכה דעתי' והכא לא סמכה דעתי' דסברת הש"ס הוא דכיון דהשדה נגזנת כבר ממנו ואינו אצלו ע"כ סמכה דעתו של הלוקח דהא השדה הוי ברשותו של הלוקח וזהו כפי' רש"י שם דמה שאירש מאבא לא סמכה דעתו שמא ימכור אביו נכסיו בחייו:

וכן במה שתעלה מצודתי וכ"כ המהרש"א והמהר"ם שיף בסוגיא זו על תוס' ד"ה בההיא הנאה כו' דהכא סמכה דעתו טפי לפי דהשדה הוא ביד הלוקח כו' ע"ש ובאמת כבר הקדימו בזה הש"מ בשם הריטב"א וגליון תוס' ומהר"י כהן דכתבו דהכא סמכה דעתו טפי דבטוח דהנגזל יתרצה למוכרו כיון דהקרקע כבר נגזלה ואינו בידו או משום דהקרקע כבר הוא ברשות הלוקח ע"ש א"כ לפ"ז יש לעיין במוכר דבר דאינו ברשותו דסי' ר"ט הנ"ל אף דטרח המוכר וקנה מ"מ כיון דלא שיך בזה הסברא הנ"ל דהא התם לא הי' עדיין כלל החפץ ברשות הלוקח א"כ י"ל בזה דלא סמכה דעתו של הלוקח וע"כ אף דטרח וקנה מ"מ אין להלוקח זכות בזה דהא זה דומה למה שאירש מאבא ומה שתעלה מצודתי וכפירש רש"י הנ"ל דלא בטוח הלוקח דלמא לא יתרצה הבעלים למוכרו וע"כ יש לדון דהיכא דהלוקח אינו תפוס דקשה להוציא מן המוכר דיכול לטעון המוכר קים לי כשיטת הפוסקים הנ"ל דבזה לא שייך סמכה דעתו לפי דהחפץ הוא עדיין אינו ברשות הלוקח א"כ שייך בזה מי יימר דמזבין לי' ניהלי' והוי כמו מה שאירש מאבא כו' ועיין בבאר הגולה סי' שע"ד סעי' ב' ס"ק ז' ע"ש ואפשר לומר דהתה"ד והרמ"א דכתבו כן בפשיטות דאף במוכר דבר דאינו ברשותו שייך כן משום דהרמ"א בסי' שע"ד סעי' ב' כתב דהך דינא דב"מ ד' ט"ז הנ"ל אינו שייך רק בלא הכיר בה אבל בהכיר בה וקנאה לא קנה הלוקח וזהו מן המ"מ והנ"י והר"נ והבאר הגולה ציון שם דכ"כ התוס' בב"מ שם ובאמת יש לתמוה לפ"ז דא"כ מה מקשה הגמ' שם מן מה שתעלה מצודתי ומה שאירש מאבא והא התם הוי הכיר בה שאינו ברשותו א"כ לא שייך בזה הך דין כלל ומצאתי

בשמ"ק שם דכתב בשם הרשב"א שכתב לפרש באמת דזהו כוונת הגמ' בתירוצו הכא סמכה דעתו כו' דלכן סמכה דעתו משום דהוי לא הכיר בה ושייך ניחא לי' כו' משא"כ מה שתעלה כו' ומה שאירש כו' דהכיר בה א"כ לא שייך ניחא לי' וע"כ לא סמכה דעתו ע"ש וכ"כ הר"נ בחידושיו לב"מ שם ולפ"ז ה"ה במוכר דבר דאינו ברשותו דכיון דשייך בי' ניחא דליקו בהימנותי'. ע"כ שפיר אמרינן בזה ג"כ דטרח וקנה כדי להעמידו ביד הלוקח ושפיר פסקו התה"ד וברמ"א בסי' ר"ט אבל לפי פירוש רש"י שם דלא סמכה דעתו דאמרו בגמ' הכוונה משום מי יימר כו' וכמש"כ השמ"ק בשם הריטב"א וגליון תוס' ומהר"י כהן דשא"ה במכר שדה גזולה דהשדה הוא ת"י הלוקח כבר ונגזלת כבר ממנו ולא מחלקי בין הכיר בה ללא הכיר בה א"כ מוכח באמת מדבריהם דאף בהכיר בה שייך לדון דטרח וקנה כדי להעמידו ביד הלוקח וכמש"כ הר"ש בפ"ו תרומות משנה ג' דהך סוגיא מיירי אף בהכיר בה וכ"כ בביאור הגר"א זצ"ל בסי' שע"ג להוכיח כן מהרמב"ם דאף בהכיר בה שייך האי דינא דחזר ולקחה ע"ש ובמק"א כתבתי לדון הרבה בראיות הגר"א זצ"ל הנ"ל: ובאמת יש לתמוה על הרמ"א דסתם בסי' שע"ד דבהכיר בה וקנאה לא קנה לוקח דהא יש כל הנך פוסקים החולקים וס"ל דאף בהכיר בה שייך לדון כן לפי מה דקיי"ל הטעם דלכן בחזר ולקחה שייך להלוקח משום דניחא לי' דליקו בהימנותי'. א"כ זה הטעם שייך אף בהכיר בה וכמש"כ התוס' בשם ר"ת בב"מ ד' ס"ז גבי מוכר דשלב"ל דאי תפיס לא מפקינא מיני' דזהו משום אומדנא דניחא לי' דליקו בהימנותי' ואנן סהדי דאף אם היו יודע שיכול לחזור לא היה חוזר וכ"כ התוס' בב"ב ד' מ"א בשם הר"ת אלמא דאף בהכיר בה כדהתם מ"מ שייך בי' ניחא לי' דליקו בהימנותי' וכן ראיתי בשמ"ק ב"מ שם בריש הסוגיא דחזר ולקחה דכתב בזה"ל נראין דברי רבינו כיון דמייתי לה הכא בתר הא דהכיר בה שאינו שלו:

דסוגיא כולה אף בהכיר בה ולקחה י"ל בזה ניחא דליקו בהימנותי' ולא לקרוי' גזלנא כיון שזה נתן מעותיו על קרן הצבי לאמונתו כו' וכן נראה דעת רש"י ז"ל לקמן כו' עכ"ל: ובאמת י"ל דאף דכתבו התוס' בב"מ ד' ט"ו ע"ב ד"ה חזר ולקחה כו' דבלא הכיר בה מיירי כו' וכן כתב הנ"י דכולה הך סוגיא מיירי בלא הכיר בה כו' י"ל דכונתם להך מ"ד דמשום ניחא לי' דלא ניקריי' גזלנא אתו עלה דבהכיר בה לא שייך לומר דלא ניקריי' גזלנא דהא ידע מזה אבל למ"ד משום ניחא דליקו בהימנותי' אפשר דזה שייך אף בהכיר בה והא דלא קאמרי שם נפ"מ בזה. כבר נתבאר דאין זה הכרח כלל ויש להאריך בזה אך דקצרתי לפי דהר"נ בחידושיו לב"מ והשמ"ק שם כתבו בשם כמה גאונים דס"ל דבהכיר בה לא שייך ניחא דלא ליקרייה גזלנא או דליקו בהימנותי' רק הביא שם כמה חולקים וס"ל דאף

דהכיר בה שייך ניחא דליקו בהימנותי' ולא לקרייה גזלנא כנ"ל ע"כ לא רציתי להאריך בזה ועכ"פ בעיקר הדין דאם הך דחזר ולקחה שייך רק בלא הכיר בה או אף בהכיר בה זהו ספיקא דרבוותא וע"כ יש לדון דמהני תפיסה בזה כמו כל ספיקא דפלוגתא ועי' בסי' שע"ג בביאור הגר"א וצ"ל ס"ק ו' שכתב ג"כ בדעת הרמב"ם ושו"ע דמשמע מהם דלא מחלקי בין הכיר בה ללא הכיר בה ע"ש ובמק"א הארכתי בזה:

ולפ"ז כיון דמצינו כמה פוסקים דס"ל דאף בהכיר בה שייך הך דינא דחזר ולקחה א"כ לפ"ז ליכא לפרושי בכוונת הגמ' בתירוצם דהכא סמכה דעתי' כו' ככוונת הרשב"א והר"ן דעיקר החילוק הוא בין הכיר בה ללא הכיר בה דז"א לשיטת החולקים הנ"ל וע"כ עיקר כוונת הגמ' משום דהכא לא סמכה דעתו משום מי יימר דישיג המוכר לדבר הנמכר משא"כ בשדה הנגזלת דיצאה כבר מרשות המוכר ואינה ת"י ע"כ סמכה דעתו דישתדל לקנותו בוודאי כנ"ל א"כ כ"ז אינו שייך רק בחפץ הנגזל ואינו כבר ת"י הבעלים משא"כ במכר דבר דאינו ברשותו והחפץ הוא ת"י הבעלים א"כ שייך בזה הך מי יימר ולא סמכה דעתו ע"כ לא קנה הלוקח וכמו מה שאירש כו' ומה שתעלה מצודתי דב"מ דלא קנה כנ"ל וע"כ הך דין דהתה"ד והרמ"א צ"ע וקשה להוציא מן המוחזק והט"ז בסי' ר"ט סעי' ה' האריך להעיר בדברי התה"ד הנ"ל בקצרה אבל לא הביא לכל הנך פוסקים שכתבתי וע"כ צ"ע בזה גם יש לדון בזה ולחלק בין יין סתם ליין זה ועיין בב"מ ד' ע"ג ובב"מ ד' ט"ז ע"ב מזה: ועיין בנתיבות סי' ר"ט ס"ק ח' וס"ק ט' וקצרתי:

ועיקר מלתא דנתבאר לעיל בארוכה דאף במטלטלין שייך הך דחזר ולקחה משום הך הנאה דסמך עליו דחשוב כחליפין יש לדון כן במכר מטלטלין הנגזלין דאינו ת"י המוכר ושפיר סמכה דעתו של הלוקח כנ"ל אך היכא דשייך בזה קנין חצירו של הלוקח וודאי דקני הלוקח משום קנין חצר אלא אף היכא דלא שייך קנין חצר כגון בחצר שאינו משתמר וכה"ג בזה שייך לדון כל מש"כ דשייך בזה קנין חליפין משום דהאי הנאה חשוב כחליפין כנ"ל:

ועדיין יש לדון בזה למש"כ הקצה"ח בסי' ל"ז ס"ק ח' דבמטלטלין הנגזלין לא שייך הך דין דחזר ולקחה משום דאין הגזלן יכול לקנותו מהנגזל לפי דבגזילה אין הבעלים יכולים להקנותו לפי דאינו ברשותו וה"ה היכא דלא הכיר בה כיון דצריך העמדה בדין לא מהני קנין של הנגזל להגזלן ולא שייך זה הדין רק בקרקע עב"ל הקצה"ח שם ע"כ במטלטלין הנגזלין י"ל דלא שייך בזה הך דחזר ולקחה אף אי נימא דהאי הנאה חשוב כחליפין משום דהא כיון דאין הנגזל יכול להקנותו להגזלן ולא קנאה הגזלן מעולם ע"כ לא מהני הקנאת הגזלן להלוקח ע"י האי הנחה דכיון דלא הוי של הגזלן דהא לא

זכה בה מעולם ממילא אינו יכול להקנות להלוקח דה"ל כאחר לגבי זה אכן לשיטת הרמב"ן והר"ח והמרדכי והרא"ש ושארי ראשונים דהובא בשמ"ק שם כנ"ל דכתבו דלכן קנה לוקח בחזר המוכר ולקחה מבעלים הראשונים משום דאמרינן דקנאה בשליחותו וכוונת הגמ' דמה דאמרו גמר ומקני לי' היינו בשביל אומדנא זו נעשה כאומר בפירוש דקונה השדה בשליחות הלוקח א"כ מה"ט מועיל זה אף במטלטלין גזולין דהא כתב הב"ש בשם שארית יוסף באה"ע סי' כ"ח ס"ק ט"ז דבריצוי שניהם היינו הגזלן והנגזל יכול להקנות החפץ [למי שהוא ח"י] וכן הוכחתי במק"א דלהגזלן עצמו יכול להקנות אם החפץ הוא ת"י וה"ה למי שתופס בידו דבר הגזול כדמוכח בקדושין ד' י"ג דקדשה בגזל מקודשת בשדיך משום דאחילתי' אלמא דלהגזלן עצמו יכול להקנותו א"כ לפ"ז שפיר חל ההקנאה של הנגזל להלוקח דהא זהו בריצוי שניהם והלוקח מוחזק בידו ולמי שתופס דבר הגזול יכול להקנות לו אך היכא דאין החפץ ת"י הלוקח וכה"ג אפשר דלא שייך בזה הדין של הב"ש הנ"ל וי"ל דבזה הנכון עם הקצה"ח וקצרתי בכ"ז:

ובעיקר שיטת הפוסקים הנ"ל דס"ל דלכן שייך השדה להלוקח משום דאמרינן מחמת אומדנא דקנאה עבור הלוקח משום דידע הנגזל דמכר לאחר כמש"כ הש"מ בשם הראשונים א"כ אפשר דלא שייך האי דינא בסי' שע"ד וסי' ר"ט רק בידע הנגזל דמכר הגזלן השדה לאחר דאל"כ י"ל בזה מי הודיע לבעל חטין שיקנה חטים לבעל מעות כמו בב"ק ד' ק"ב ובאמת סתמו בזה הפוסקים בסי' הנ"ל ואפשר לפי מה דקיי"ל בסי' קפ"ג דלא קיי"ל כהך דמחכי עלה במערבא דב"ק הנ"ל אלא כר' יוחנן שם ועיין בהקצה"ח סי' קפ"ג ס"ק ג' דמדברי הפוסקים מבואר דלא קיי"ל כבני מערבא אלא כר"י דפליג וס"ל דלא בעי הודעה כלל ע"ש ע"כ שפיר סתמו הפוסקים שם לדינא בזה:

ענף ט:

ועפ"י שיטת הרמב"ן והריטב"א דקדושין ד' ז' דס"ל דהאי הנאה דאדם חשוב לא ה"ל רק כמו כסף משום דלא הוי כלי והא דמבואר בתוספתא דהחליף קרקע בקרקע קונה אם החזיק אחד בחלקו בתורת חליפין אף להסוברין דאף פירי שוה בשוה אין בו דין חליפין עיין מזה בהקצה"ח סי' ר"ג ס"ק וא"ו ולשיטתם יש להוכיח דהתחייבות בחיוב מחדש ע"י קבלת כסף מועיל לכו"ע אף להסוברים דשטר לא מהני בחיוב מחדש כמבואר בסי' מ' פלוגתת ראשונים בזה דהא בכתובות ד' ק"ב אמרו בגמ' עלה דהפוסק לזון בת אשתו דחייב לזונה דמאי לאו כה"ג לא בשטרי פסיקתא כו' והא עיקר שטרי פסיקתא דמהני הוי משום האי הנאה דמתחתני אהדדי כו' כמבואר שם. והא האי הנאה לא עדיף מן קבלת כסף כמו באדם חשוב ואפ"ה מועיל על ההתחייבות וע"כ מוכח דע"י קבלת כסף

יכול להתחייב בחיוב מחדש וגם מוכח דאף למאן דס"ל מעות אינו קונה כי אם משיכה מה"ת. מ"מ זהו רק בקנין אבל התחייבות מועיל לכ"ע ע"י קבלת כסף דהא הגמ' מוקי שם להא דשטרי פסיקתא אליבא דר"ל ואפ"ה מועיל שטרי פסיקתא אף דר"ל גופא ס"ל משיכה מפורשת מה"ת רק זה יש לדחות די"ל דלמאן דס"ל משיכה מפורשת מה"ת מוכח לפרש המשנה דכל הנעשה דמים באחר כו' דחליפי פירי מהני כמבואר בקדושין ד' כ"ח וב"מ ד' מ"ו לפירוש רש"י שם וכנ"ל ע"ב לר"ל י"ל דמהני האי הנאה מצד חליפין דזה לא גרע מן פירי וכמש"כ הקצה"ח סי' ק"צ אבל לעולם לא מהני כסף על התחייבות להך מ"ד דס"ל מעות אינו קונה ולדידן דקיי"ל דפירי לא עבדי חליפין ובעינן כלי שפיר מועיל התחייבות ע"י כסף משום דהא קיי"ל ד"ת מעות קונה ומן התוס' כתובות שם ד"ה אליבא דבן ננס כו' דהקשו דאמאי מועיל התחייבות בשטר והא אין מטלטלין ניקנין בשטר כו' משמע מדבריהם דדין חיוב וקנין הכל שוה ואין לחלק ביניהם אמנם לפמש"כ התוס' שם לתרץ זה וכמו שהארכתי לעיל ענף ד' יש לדון הרבה בראיה זו אך באמת אין אנו צריכים לראיות בזה דהא כבר מבואר בר"נ ריש הנישא להדיא דהתחייבות ע"י כסף מועיל ובגיטין ד' י"ד איתא דבהאי הנאה דקא משתניא בין מלוה ישינה למלוה חדשה גמר ומשעבד נפשיה י"ל דגם זה מן דין כסף דמועיל על התחייבות:

אכן מה דיש לדון דלמא לא מועיל קבלת כסף רק בחיוב בלא שום תנאי אבל בהתחייבות בתנאי דמבואר בש"ך סי' מ' ס"ק ד' דשטר ע"ת אינו מועיל כמו בשומרים ובערב ומה"ט תי' התומים בסי' סמ"ך ס"ין י"ד קושיות הש"ך שם ס"ק כ"ו משום דהתחייבות על דשלב"ל הוי כתנאי אם יבוא לעולם ע"כ לא מהני שטר בזה וכ"כ התומים סי' י"ב ס"ק ז' גבי פשרה דלא מהני שטר בזה משום דהוי חיוב בתנאי ע"ש א"כ ה"ה אפשר לומר דבכה"ג אף כסף לא מהני היכא דהיה החיוב בתנאי:

אמנם מב"ב ד' קע"ג בערבות דמסיק הש"ס שם דמהני משום האי הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה וכן בב"מ ד' צ"ד בשומרין דמשום האי הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד ולשיטת הסוברין דהאי הנאה לא הוי כחליפין משום דלא הוי כלי כנ"ל ועכ"ז מהני האי הנאה להתחייב אף דהוי בתנאי כנ"ל א"כ מוכח דכסף מועיל להתחייב אף ע"י תנאי וכן בהא דסוף ב"ב דערב דב"ד לא בעי קנין משום האי הנאה כו' מוכח כנ"ל ואף לדידן דקיי"ל פירי לא עבדי חליפין מ"מ קיי"ל לדינא כן ומהא דשומרין נתבאר לעיל דיש לדון בזה ולחלק לפ"ד התוס' דב"מ ד' נ"ח והש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ט:

וכן מוכח מהא דירושלמי כתובות פ"ה ה' א' דאמרו שם דהתוספת שמוסיף הבעל לאשתו בפסק מן הנשואין רוצה הוא ליתן כמה בתשמישה שהוא ערב עד כדין כשבעל

ליה בעל כו' ע"ש ולעיל נתבאר בהא דהשוכר את הפועל ד' ס"ג בהבעלי לי בטלה זה דדינו כמו מעות משום דהנאת ביאה אינו דומה לחליפין משום דזה דומה למטבע דצורתא עביד דבטלה ובזה כ"ע מודו ואפ"ה מועיל התחייבות על תוספת כתובה משום הנאת ביאה כדס"ד דהירושלמי א"כ מוכח מזה דאף התחייבות על תנאי ג"כ מהני ע"י כסף דהא מבואר ברא"ש ר"פ אע"פ דכה"ג בעי קנין משום דאינו מתחייב מיד רק כשתתאלמן או תתגרש והובא בתומים סי' סמ"ך ס"ק י"ד ואפ"ה מועיל ע"י כסף דהאי הנאת ביאה לא עדיף מן כסף ועיין בקצה"ח סי' רמ"ג ס"ק ו' שכתב דכותב בשעת נישואין ה"ל כמו שוכר שפחה לשמשו ויש לעיין בזה:

ובסימן ע"א סעי' ט"ו בנאמנות בשטר לא מהני כ"א דאמר כן בשעת הלואה והתומים כתב שם דבכתיבה משתעבד כמו בחיוב בשטר אבל באמת לפמש"כ התומים בסי' סמ"ך והובא לעיל דבתנאי לא מהני שטר רק בקנו מידו א"כ ה"ה נאמנות דהא הוי כמו תנאי אם יאמר המלוה יהיה מהימן ע"כ שפיר כתבו דלא מהני שטר רק בקנו מידו או בשעת הלוואה וכמש"כ הש"ך בסי' ע"א ס"ק ז' באה"ד דנאמנות הוי כמו מחייב ליתן לו ואפ"ה בשעת הלואה מהני משום דבשעת מתן מעות גמר ומשעבד נפשיה אף בלא קנין וכמש"כ הנימוקי פ' זה בורר והובא בש"ך שם משום ע"י קבלת כסף יכול להתחייב אף בתנאי. ועיין במחנה אפרים ה' מכירה קנין משיכה ומעות סי' י"ד. שכתב בשם הרמב"ן דאם קבל המוכר כסף ונתחייב על דשלב"ל דנתחייב בנטילת הדמים ועיין עוד במח"א ה' מוכר דשלב"ל סי' ג' וכבר כתבתי בשם התומים סי' ס"ק י"ד דכתב בהתחייבות דשלב"ל בעי קנה מידו ושטר לא מהני משום דדשלב"ל ה"ל כמו ע"ת ואפ"ה ס"ל להרמב"ן הנ"ל דנתחייב ע"י קבלת כסף. אך י"ל דהרמב"ן לטעמיה דהובא בש"ך סי' מ' ס"ק ד' דהרמב"ן הוכיח מהא דמתנה ש"ח כו' ובעי קנה מידו ומדלא מהני אתם עדי מוכח מזה דלא מהני רק קנו כו' אלמא דהרמב"ן אינו מחלק בין חיוב ע"ת או לא אלא הש"ך מחלק שם בין חיוב ע"י תנאי או לא א"כ י"ל עדיין דלדידן דמחלקין בשטר כן אפשר ע"י כסף גם כן אבל מן הראיות דלעיל שפיר מוכח כן:

ובעיקר מלתא דכתב הש"ך והתומים דחיוב בשטר על תנאי אינו מועיל לדעתי זה ברור דתליא בפלוגתת הראשונים בסי' קכ"ט סעי' ד' בערב בשטר בלא קנין דס"ל להראב"ד וש"פ דמועיל אף בלא קנין והרמב"ם ס"ל דאינו מועיל בלא קנין וכבר האריכו הפוסקים בהא דכתובות ד' ק"ב דמקשה מן ערב על פלוגתת ריו"ח ור"ל שם ואכמ"ל ולפ"ז שפיר הקשה הש"ך בסי' ס' ס"ק כ"ו על המחבר דכתב בפשיטות והוא שקנו מידו הא אף דהוי כמו ע"ת וכמש"כ הש"ך בסי' מ' מ"מ הא מבואר בזה פלוגתת ראשונים בסי' קכ"ט א"כ

אמאי סתם הכא בסי' סמ"ך דבעי קנו מידו ונפ"מ לענין תפיסה ומסולק השגת התומים על הש"ך:

ועיין בטור סי' רמ"ג סעי' יו"ד שכתב בשם ר' יונה דמחייב באחריות ע"י שטר וה"ה ע"י קנין חזקה והובא בסי' רמ"ג בסמ"ע ס"ק ט"ז ואף דחיוב אחריות הוא על תנאי אם יטרפו ממנו מ"מ מהני ע"י שטר משום דס"ל דגם בתנאי מהני שטר כמו דנתבאר דזהו פלוגתא דרבוותא וע"פ מש"כ א"ש בהא דב"מ ד' ס"ו בכולי סוגיא שם דמוכח דמהני חיוב אחריות ע"ת אף להסוברים דבשטר ע"ת לא מהני ודוחק לומר דמיירי בקנין סודר וע"כ מוכח דבכסף מהני לכ"ע וכן יש להעיר בהא דאיזהו נשך בפוסק על הפירות ושא"ד וקצרתי והארכתי קצת בכ"ז לפי דראיתי במח"א ה' מלוה ולוה דיני ריבית סי' כ"ו שכתב בדרך כלל דכסף אינו יכול לחייב א"ע משום הא דר"פ הזהב דמשיכת הכסף דהוי טיבעא אינו מחייב לתת מה שהתנה עמו ותמה בזה שם ע"ש אכן לפי מה דנתבאר ליתא לדינו ומה שהביא המח"א ראיה מהא דב"מ ד' מ"ה הנ"ל דאמרו שם הזהב קונה את הכסף והכסף אינו קונה הזהב ופירשו בגמרא דהאי קונה ר"ל מתחייב אלמא דבמשיכת הכסף אינו מתחייב לתת לו מה שהתנה עמו באמת אין זה ראיה כלל דשא"ה בב"מ דהא לא אמר בפירוש בלשון התחייבות ע"ע רק דע"י משיכת הפירי נתחייב גברא ממילא כמו דאמרו בגמ' שם דנתחייב גברא מיבעיא ליה וכן הוא בנ"י שם אבל היכא דאמר בפירוש בלשון התחייבות וודאי מהני ע"י כסף כנ"ל ועיין בנתיבות סי' ל"ט ס"ק י"ז ובסי' ר"ג ס"ק ז' ואין להאריך יותר:

היוצא לנו מכל מה שנתבאר דהיכא דאמרו בש"ס להאי הנאה דגמר ומקנה דוודאי דינו ככסף לכה"פ אך אם דינו כחלפין פליגי בזה רבוותא בקדושין ד' ז' גבי הנאת אדם חשוב ואף דמצינו להריטב"א דס"ל בב"מ ד' ט"ז גבי הנאה דסמיך עליו דזה נחשב כחליפין כנ"ל וסותר שיטתו למש"כ בריטב"א לקדושין שם כנ"ל עכ"ז הא מצינו להרבה ראשונים דהובא בשמ"ק בב"מ שם היינו הרמב"ן והרשב"א והר"ח והרא"ש והמרדכי והריצב"ש שהקשו כולם דאיך קני לארעא בהאי הנאה וכתבו כולם דכוונת הגמרא דמחמת דגמר ומקני הוי כקונה בשליחות הלוקח וכאומר זיל זבין לי דסי' קפ"ג משמע דאלו ע"י האי הנאה לבד לא היה קונה וגם הר"ח סותר שיטתו בזה מן מש"כ בקדושין שם כנ"ל ובוודאי לחלק בין הנושאים דוחק לחלק. כדחזינן שם להרבה ראשונים דמדמין אותן להדדי כנ"ל וגם כיון דאמדו חז"ל להאי הנאה ומוציאין ממון עי"ז מסתמא הוי הנאה גמורה א"כ אי נימא דהאי הנאה דאדם חשוב מחשב כחליפין א"כ מנלן להו לחלק ביניהם וע"כ מוכח דס"ל להראשונים הנ"ל דהאי הנאה לא חשוב כחליפין ואף דלכו"ע חשוב

האי הנאה במקום כסף עכ"ז שפיר הקשו התם דהא כתב שם השמ"ק על מה דמקשה גמרא שם האי לוקח במאי קני להאי ארעא כו' שבימי חכמי התלמוד לא היו קונים בכסף כמבואר בב"ב ד' נ"ד דקאמר ישראל לא קנה עד דמטי שטרא לידו וזהו כמש"כ התוס' בד"ה האי שטרא בתירוץ קמא וא"כ ה"ה ע"י האי הנאה לא ניקנה הקרקע משום דהא בעי שטר וכיון דלא הוי כחליפין ע"כ שפיר הקשו וכתבו דטעם הקנין הוא משום דקנה בשליחותו כנ"ל ואף דמצינו להרשב"א והר"ח בקדושין ד' ז' דכתבו דהנאת אדם חשוב חשוב כחליפין ואפ"ה הכא בב"מ לא ס"ל כן כנ"ל בע"כ מוכח דס"ל לדינא דהאי הנאה לא חשוב כחליפין מדהקשו בפשיטות ולא כתבו דהיה פסיקא להש"ס דהך הנאה חשובה כמו הנאת אדם חשוב דקדושין וע"כ מוכח דס"ל לדינא דכיון דלא הוי כלי ע"כ אינו כחליפין וע"כ בהנאת אדם חשוב הוי ג"כ ספיקא דדינא אי קונה במטלטלין וכמש"כ הקצה"ח בסי' ק"צ:

והא דב"ב ד' ק"ו בע"כ מוכח דשא"ה כיון דהוי בצירוף גורל. ודלא כמש"כ לעיל ואפ"ה שפיר פסקו התה"ד והרמ"א בסי' ר"ט במוכר דבר שאינו ברשותו אף במרגליות דאף דבמטלטלי אינו קונה כסף מ"מ התם כ"ע מודו כיון דמחמת האי הנאה קונה בשליחותו דהוי כאמר זיל זבין לי כנ"ל אך מטעם אחר יש לעיין בהך דתה"ד והרמ"א הנ"ל היכא דהוי כמו יין זה וחפץ ידוע דהא לא סמכה דעתיה כנ"ל והוי ספיקא דפלוגתא עדיין בזה וקשה להוציא מהמוחזק כנ"ל בארוכה וגם נתבאר דהתחייבות ע"י האי הנאה או ע"י כסף אף בתנאי מהני ובהתחייבות ע"י שטר על תנאי יש בזה פלוגתא דרבוותא בסי' קכ"ט:

סימן מא

(שם סעי' ד' בש"ך ס"ק י"ט) הקשה על הרמב"ם והראב"ד מב"מ דף ז' דפריך הש"ס על ר' יוסי ומשמע דלרבנן ניחא במה דס"ל דגם בכתובה דהוי תו"ז אמרינן נפל איתרע א"כ כש"כ בחוב תו"ז:

ולדעתי אינו קשה דהא בסוגיא שם קאמרי מתחלה אמר רבא ה"ק כו' דחיישינן לפרעון ור' יוסי ס"ל כו' ולא חיישינן לפרעון וע"ז מקשה הש"ס ולא חייש ר"י לפרעון והתניא כו' ומצינו בב"ב ד' ה' דרבא ס"ל דעביד דפרע תו"ז. ואף לפמש"כ התוס' שם ד"ה כי היכי דלא ליטרדן כו' דמפרש ר"י טעם אחר כו' דלפ"ז מוכח דהיכא דלא הוי חוב ברור דמודה רבא דא"א פורע בתו"ז עכ"ז לפמש"כ התוס' שם מעיקרא בשם הר"י אין הכרח לזה ע"ש ובב"מ ד' ק"ב בתוס' שם וכן משמע קצת בתוס' גיטין ד' ל"ד ע"ב ד"ה אין אלמנה

נפרעת כו' דהקשו והא לא ניתנה כתובה לגבות מחיים ואמר ר"ל בב"ב כו' ואמרינן התם הלכתא כוותיה אף מיתמי כו'. א"כ משמע דלהנך דפליגי על ר"ל א"ש ואף דכתובה הוי חוב שאינו ברור מחיים אפ"ה יש מקום לומר דלדידהו ה"ה בחוב כתובה עביד דפרע תו"ז ע"כ י"ל בהא דמוכח בש"ס בב"מ דלרבנן היה ניחא זהו דהא קאי התם אליבא דרבא דמיירי שם לעיל מינה ורבא כיון דס"ל דעביד דפרע בתו"ז ע"כ שפיר ס"ל לרבנן גם בעודה תחת בעלה דלא יחזיר אבל לדינא דקיי"ל כר"ל דא"א פורע תו"ז שפיר י"ל דלא אמרינן בזה נפל איתרע:

ולאוקימתא קמייתי דשם דכולה ר' יוסי ואיפוך קמייתא. דר' יוסי ס"ל עודה תחת בעלה יחזיר וכן לאוקימתא דרבינא דרבנן ס"ל דלא חיישינן לפרעון אלא לשתי כתובות ור' יוסי ס"ל חיישינן לפרעון והא דקיי"ל כר' יוסי דחיישינן לפרעון אף דהוי יחידאה זהו משום דכן מוכח בסוגיא דלקמן וכמש"כ הריטב"א והנ"י והובא בש"ך סי' ס"ה ס"ק ל"ב ע"ש ולכן כיון דר' יוסי ס"ל עודה תחת בעלה יחזיר א"כ ה"ה בכל חוב תו"ז וי"ל דמזה הוכיח הראב"ד לומר דה"ה בחוב תו"ז לא אמרינן נפל איתרע משום דס"ל שלא לחלק בין חוב תו"ז לחוב כתובה דלא ניתנה לגבות מחיים וכדמשמע בתוס' גיטין הנ"ל ולאוקימתא דר"פ דב"מ שם דס"ל דלרבנן אף עודה תחת בעלה לא יחזיר י"ל ג"כ דר"פ אזיל לטעמיה דס"ל בב"ב ד' ה' כאביי ורבא דעביד אינש דפרע תו"ז. ע"כ אמרו בזה נפל איתרע אבל לדינא למאי דקיי"ל דא"א פורע בתו"ז שפיר י"ל דכמו דס"ל לר' יוסי בעודה תחת בעלה יחזיר דה"ה בכל חוב תו"ז ורבנן הא ס"ל בכל חוב דלא חיישי לפרעון אליבא דאוקימתא קמייתא ואוקימתא דרבינא כנ"ל ואנן קיי"ל כר' יוסי בזה כמש"כ הנ"י והריטב"א כנ"ל ועיין ברא"ש בב"ב ד' ה' סי' ט' ולכן א"ש מה דהוצרך הרמב"ם לכתוב דין זה בשם הוראת רבותיו משום דמן הש"ס דב"מ אינו הכרח לזה כ"כ וברור:

וכעין זה קשה לי דברי הנמוקי יוסף ב"ב פ"ג בעובדא דרבא בר שרשום שם ד' ל"ג דא"ל אביי כי גדלי יתמי כו' וכתב הנ"י דאין לומר דהיה תו"ז דא"כ לא היה צריך שבועה וקשה הא אביי לא ס"ל כלל החזקה דתו"ז כמבואר ב"ב ד' ה' כנ"ל אכן לפמש"כ לעיל בשם התוס' ב"ב שם ד"ה כי היכי כו' דמחלקי לחד תי' דבחוב שאינו ברור כגון על תנאי וכה"ג דבזה גם אביי מודה דאינו נאמן בתו"ז ע"כ יש לפרש כ"כ לכוונת הנ"י ואינו קשה כ"כ וכן יש לתרץ עפ"ז למה שהקשה רע"א זצ"ל בדרוש וחדוש כתובות ד' כ"א על הריטב"א דהא יכול לכתוב על אמגילתא חוב באיזה תנאי וקצרתי:

סימן מב

(שם סעי' ה') היה כתוב בו למעלה דבר אחד ולמטה דבר אחר ואפשר לקיימם מקיימים אותם וכתב הסמ"ע בס"ק יו"ד דאף בפי' דוחק מקיימין משום דאין דרך הבריות לחזור כו' והש"ך ס"ק ט' חולק ע"ז ולכאורה יש להוכיח כהש"ך מהא דקדושין ד' נ"ט גבי מעכשיו ולאחר ל' דמספקא אי הוי תנאי או חזרה הא מבעי לן ליישב דבריו ולומר דנתכוין לתנאי כדי דלא נאמר דחזר דהא אין דרך ב"א לסתור דבריהם תכ"ד. וכדמצינו בגיטין ד' פ"ח ע"א ברש"י ד"ה הרי את מלמטה ומותרת למעלה כו' דבתכ"ד ליכא למימר דנמלך וחזר בו ואי נימא כמש"כ הש"ך דפי' דוחק לא אמרינן א"כ י"ל דזה הוי פי' דוחק דא"ש ודוחק לחלק בין שטר לבע"פ בזה:

דמ"ש זיל בתר טעמא:

אמנם י"ל בזה לפמש"כ רע"א זצ"ל בסי' ר"א די"ל במה דאמרו שם בקדושין ספק תנאה הא לא כפלי' לתנאו ותי' דלרב הוי ספק שמא תנאה ואז הדין דמקודשת לראשון מיד בלא שום תנאי דהא נתבטל תנאו משום דלא כפלי' לתנאו כד"ת ע"ש. ע"כ כיון דבין כך ובין כך יבוטל דיבור א' מדבריו דהא אף דנימא תנאה ג"כ יתבטל דיבור הב' משום דלא כפלי' לתנאו לכן אין מתרצין דבריו דהא עיקר מה דמתרצין הוי משום כדי שיקויימו דבריו ע"כ היכא שדיבור א' מן דבריו יתבטל לא שייך בזה הכלל הנ"ל אך האמת יורה דרכו דמוכח מסוגיא דקדושין הנ"ל דגם תנאי הוי עקירת דבריו הראשונים דהא כמה פוסקים ס"ל דאינן נאמנים העדים לומר תנאי היה דברינו כשכת"י יוצא ממק"א כמבואר בסי' מ"ו וסי' פ"ב וגם למאן דס"ל דנאמנים העדים עכ"ז י"ל דמקרי קצת סתירה לדבריו הראשונים ועדים שאני ועיין בח"מ סי' כ"ט וסי' פ"ב אבל לשארי מילי מקרי זה עקירת דבריו הראשונים דעכ"פ הא נעקר מקצת מדבורו הראשון וע"כ טענת תנאי הוי טענה גרועה דאין נאמן לומר תנאי רק במיגו כידוע ע"כ לא מיישבין דבריו בתנאה דג"ז הוי עקירה ועל כן אין להוכיח מזה כשי' הש"ך ומש"כ מתחלה ע"פ סברת רע"א זצ"ל יש לפקפק עדיין דהא לא נתכוין להיות חוזר מדבריו ראשונים ונתכוין לתנאי ואף דנתבטל משום דלא כפלי' לתנאו מ"מ איהו נתכוין עכ"פ לתנאי ולא לחזרה וע"כ העיקר כמש"כ להוכיח מזה דתנאי הוי חזרה וכמש"כ מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף ה' יע"ש ועיין ב"ק ד' ע"ג ה"ז תמורת עולה כו' אם לכך נתכוין מתחלה כו' וקצרתי והנתיבות ס"ק ב' הקשה דאמאי אם נכתב למטה מנה הולכין אחר התחתון הא אפשר לקיים שניהם שהלוהו מאתים ולא קיבל אחריות רק על מנה והוכיח מזה כשיטת הש"ך ע"ש ולענ"ד נראה דאינו קשה דהא עיקר הטעם דאם אפשר לקיים שניהם מקיימין משום

דאין דרך הבריות לחזור כמש"כ הסמ"ע והש"ך ואם נימא דהלוהו מאתים ולא קיבל אחריות רק על מנה זהו ג"כ נגד האומדנא דהא קיי"ל אחריות ט"ס וטעות מוכר כמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק י"ד משום אומדנא דלא שדי זוזי בכדי ומוציאין ממון מהמוחזק ע"י אומדנא זו וע"כ אף אם נפרש דהלוהו מאתים ולא קיבל אחריות רק על מנה הא זה ג"כ אין דרך הבריות לעשות כן מדסמכינן ע"ז להוציא ממון ועדיפא מן רובא דהא אין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ לא מפרשינן כן ואף דנימא דהוי ספק השקול מ"מ אין להוציא מן המוחזק וע"כ נדחה ראיות הנתיבות. (שס סעי' ט') בש"ך (ס"ק כ' וס"ק כ"א) שכתב דהיכא דליכא פלוגתא לא אמרינן דטעה בזה והיכא דאיכא פלוגתא י"ל דטעי בזה והאו"ת ס"ק ל' הקשה ע"ז מהא דסי' ל"ט ע"ש והנה לעיל סי' י"ז סעיף י"ב בחידושיי כתבתי לתרץ זה והבאתי שם דכן מצינו בתוס' ב"מ דף ט"ו ובערכין דף ל' ובתוס' סנהדרין דף נ"ג ובכ"ד דמצינו כה"ג:

ועיין בסי' מ"ג סמ"ע ס"ק י"ב וש"ך ס"ק ט"ז ובסי' ע"ה ש"ך ס"ק מ"ג אך באמת מצינו בב"ב דף ה' ע"ב דאמרו שא"ה דמי יימר דמחייבו לי רבנן אף דהתם הוי דין ברור במשנה דסמך לו כותל אחר כו' בלא פלוגתא כלל ואפ"ה אמרו זה לכלל דאינו נאמן לומר דידע הדין ופרעו אלא אמרינן דודאי טעו בזה ומוציאין מהמוחזק ע"י סברא זו ומה"ט ילפינן בשא"ד דאמרינן להסברא דמי יימר דמחייבי לי רבנן כמש"כ הקצה"ח בסי' שע"ה ס"ק א'. והנתיבות סי' ע"ב ס"ק ל"ג אלמא דמצינו דאף היכא דליכא פלוגתא כלל אמרינן דטעי ומזה נראה דעיקר החילוק הוא דאף במה דליכא פלוגתא מ"מ אם אין הדין פשוט כ"כ בסברא י"ל דטעי אך אם הוא דין פשוט אז אין לומר דטעי בזה כמש"כ הרמ"א בסי' קנ"ז סעיף י"א דאם קבע לו בנין קבוע נאמן וכן הוא הטעם דהיכא דאיכא פלוגתא א"כ ממילא אין זה דין פשוט כ"כ וע"כ י"ל דטעה בזה ובקדושין דף י"ג אמרו אטו נשי דינא גמירי ובגיטין דף כ"א דילמא גברא שאני וקצרתי:

סימן מג

(סעי' ז' ש"ך ס"ק י"א) גבי שט"ח מוקדם דאם כתב על השט"ח מקודם שנראה פסולו בב"ד דשט"ח זה לא ניתן לטרוף כ"א מזמן שני אז כשר עכ"ל והקשה התומים בס"ק ד' דלפ"ז מאי מקשה הש"ס בב"מ דף י"ז על הא דא"ר אסי א"ר יוחנן שט"ח שלוה ופרעו אינו חוזר ולוה בו שנמחל שיעבודו תיפוק ליה דה"ל מוקדם הא י"ל דנפ"מ אם כתב על השט"ח כנ"ל ומזה הקושיא הוכיח האו"ת דין מחודש יע"ש. ולענ"ד יש ליישב משום דבסי' מ"ד סעיף ו' בשטר שיש בו מחק וגרר מאחוריו או ביני שיטי דכשר ויש פוסלים

והש"ך בס"ק ט"ו שם כתב דפסול דכיון דנולד ריעותא בשטר אין להוציא ממון יעו"ש ובסמ"ע שם ס"ק יו"ד בשם הרמב"ן והתומים שם ס"ק ח' בשם הרשב"א דלא מפקינן שטר מחזקתו ולא מרעינן לשטרא עבורו יע"ש אך באמת העיקר כמש"כ הש"ך שם דהא קיי"ל כל היכא דנולד ספק בהשטר אין להוציא ממון כדקיי"ל שט"ח העומד לגבות לאו כגבוי דמי וכמו שהוכיחו הראשונים והובא בביאור הגר"א שם ס"ק י"ט מהא דב"מ דף ק"ג איבעי למכתב אגביה דשטרא אלמא דלא חיישינן לשמא ימחקנו משום דאם ימחוק יפסול השטר וכן יש להעיר בהא דכתובות דף נ"ו דמוקי בשוברתה מתוכה:

אך כ"ז לדידן דקיי"ל שט"ח העומד לגבות לאו כגבוי דמי. אבל לפי מה דס"ל לריו"ח בגיטין דף ל"ז דהא דשטר משמט זהו באין בו אחריות נכסים אבל בשט"ח שיש בו אחריות אינו משמט משום דשט"ח העומד לגבות כגבוי דמי וכן ס"ל לרב אסי שם דפסק דאינו משמט רק לבסוף חזר בו ר' יוחנן ואמר דלמא ההיא ב"ש היא כו' ובע"כ מוכח דמעיקרא דהיה ס"ל דכגבוי דמי היה מחלק דשאני כתובה דס"ל לב"ה בסוטה דף כ"ה דלאו כגבוי דמי משום דשאני כתובה דלא ניתנה לגבות מחיים וע"כ לאו כגבוי דמי משום דלא עמד מעולם בוודאי לגבות משא"כ שט"ח דהיה כבר חיובו ברור לגבות ע"כ מספק הוי כגבוי ולא יצא מחזקתי. ושאני הא דב"ב דף קנ"ז דהוי ספק אם עמד השטר לגבות מאותן נכסים כלל וכעין מש"כ התוס' בסוטה דף כ"ה ד"ה ב"ש אומרים כו' וכה"ג כתב התומים בסי' ע"ה ס"ק כ"ב לחלק בין כתובה לבע"ח מה"ט יע"ש]. וכן מבואר בירושלמי פ' יו"ד דשביעית דריו"ח מפרש דהא דתנן שביעית משמטת מלוה בשטר דאתי כר"מ דס"ל אחריות לאו ט"ס יעו"ש ובתוס' גיטין שם ד"ה שטר כו' א"כ לפי מה דהיה ס"ל לריו"ח ור' אסי דשט"ח הוי כגבוי א"כ לפ"ז שפיר י"ל דמחק אינו פוסל להשטר משום דלפ"ז שייך סברת הרשב"א ורמב"ן הנ"ל דלא מפקינא שטרא מחזקתו כיון דבכל ספק הנולד בשטר הוי כגבוי לשיטתם:

ולפ"ז שפיר פריך הש"ס בב"מ על ר' אסי ור' יוחנן והא את הוא דאמרת משמיה דריו"ח אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו הא תיפוק ליה דה"ל מוקדם דאין לומר דנפ"מ אם יכתוב ע"ג השטר או ביני שיטי דהא ז"א לריו"ח ור' אסי דס"ל כגבוי דמי א"כ עדיין לא יצאנו מידי חשש טריפת לקוחות שלא כדין דהא יכול למוחקו וכדמצינו כה"ג בב"ב דף קס"ד או מעילאי מחיק ליה ולא יפסל השטר לשיטת רב אסי דס"ל דכגבוי דמי וכן ס"ל לריו"ח מעיקרא מקודם דחזר בו ואמר וכי בשביל שאנו מדמין נעשה מעשה וגם הא אמר בסוף בלשון דלמא ההוא ב"ש הוא כו' וכן הוא בירושלמי שביעית שם ע"ש:

וי"ל דקים להו דזה היה מקודם דחזר בו ר' יוחנן [ויש להאריך בזה ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ריש ענף ד' מזה דבשט"ח ברור הוי כגבוי ע"כ י"ל דזהו טעמו של ר' יוחנן דס"ל בשמיטה דהוי כגבוי וזהו דלא כמש"כ לעיל אך ז"א ברור כ"כ וע"כ העיקר כמש"כ לעיל לחלק בין כתובה לשט"ח כפי הנצרך לענינינו ואכמ"ל ועיין בש"ך ח"מ סי' קכ"ו ס"ק מ"ג מש"כ בשם מהר"א בן ששון בזה אבל לדינא לפי מה דמסיק הש"ך בסי' מ"ד דשטר שיש בו מחק פסול השטר משום דקיי"ל דלאו כגבוי דמי דאז אין לחוש דלמא ימחקנו דהא יופסל השטר ע"כ שפיר כתב הש"ך דאם כתב על השטר מקודם שנראה פסולו בב"ד דשט"ח זה לא ניתן לגבות רק מזמן ב' דכשר ומתורץ תמיהת התומים וע"כ לדינא העיקר כהש"ך ועיין מזה לעיל סי' י"ב במש"כ שם:

(שם סעי' י"ב ש"ך ס"ק י"ב) הקשה על הבית יוסף שכתב בשם בעה"ת דבמאוחר עד דמטא זמנו לא טריף דהא זהו גמ' מפורשת כו' ונ"ל ליישב משום דלכאורה י"ל כיון דאנו דנין זה המחילה משום אומדנא דמסתמא מחלו להשעבוד או דמחלו בפירוש והא יש להסתפק דלמא לא היה בלשון מחילה רק בלשון סילוק דו"ד אין לי על שדות המשועבדים עד זמ"פ וסילוק הא לא מהני כמבואר בכתובות דף צ"ה ע"ב דבלא קנו מידו לא מהני וכמש"כ התוס' שם ד"ה וכי כתבה כו' וכיון דנסתפקנו אם היה כוונתו או דיבורו בפירוש על לשון סילוק דלא מהני א"כ הא ידוע מה דאמרו בח"מ סי' ס"ה סעיף כ"ג דשטר א' מחול לך הקטן מחול משום דמי שבא לזכות בלשון מחילה הוא המוציא מיד הנותן אף דהוי מוחזק כמש"כ הסמ"ע וביאור הגר"א שם ונתיבות בכללי תפיסה ובסי' מ"ב ס"ק ח' א"כ ה"ה מספיקא לא יועיל ספק לשון מחילה אך י"ל דשא"ה בגמ' דס"ל כמ"ד שעבוד לאו דאורייתא כידוע שיטת ר"ן וכן בשיטת רבא אין הכרח כ"כ כמש"כ הש"ך בסי' ל"ט סוף ס"ק ב' וכיון דס"ל של"ד ע"כ בדרבנן שפיר אמרינן דמהני אף ספק מחילה ויש לו הרבה ראיות לזה אכן לדינא לפי מה דס"ל להבעה"ת והב"י דש"ד ה"א דזה דומה להא דסי' ס"ה הנ"ל ע"כ אשמועינן דגם לדינא קיי"ל כן והטעם הוא ע"פ הא דסי' מ"ב סעיף ט' ועפי"ז י"ל בדברי הנו"ב סי' י"א וקצרתי:

(שם סעי' י"ד) שטר שזמנו כתוב בשבת או ביו"ד בתשרי כשר ואין חוששין שמא מוקדם הוא כו' ודוקא בשטר מקויים אבל אם אינו מקויים על בעהש"ט להביא ראיה וזהו מן הטור בשם העיטור והאו"ת ס"ק י"ח כתב לפרש דנפ"מ דאף דעדים מצויין לקיימו מ"מ הב"ד אינם מזדקקין לשטר כזה לקיימו הואיל ויש בו ריעותא כו' עכ"ל:

ענף א:

ונראה לפענ"ד להביא ראיה לדין זה דבשטר כזה יש בו חשש זיוף יותר משארי שטרות מירושלמי שביעית פ' יו"ד על משנה פרוזבול המוקדם כו' וז"ל שטר שזמנו כתוב בשבת כו' ר' יהודה מכשיר ור' יוסי פוסל כו' ומסיק שם דטעמו דפוסל משום זיוף עכ"ל אלמא דבשטר כזה יש בו חשש זיוף וע"כ מיירי באופן שכתב התומים דאל"כ הא בכל שטרות בעינן עדי קיום וע"כ מיירי ביש עדי קיום א"כ קשה מאי חשש זיוף יש בו וע"כ מוכח כמש"כ התומים דבשטר כזה חיישינן ביותר לזיוף ואינם נזקקין לקיימו וזהו מקורו של העיטור הנ"ל:

דהא במה דלא מפורש בש"ס דילן קיי"ל כירושלמי וכן יש לפרש לירושלמי ע"פ מש"כ הש"ך בסי' ס"ט ס"ק י"ב בכוונת רב שרירא גאון דאין מקיימין שטר משני שטרות או משני כתובות היכא דצריך קיום מה"ת והקצה"ח סי' מ"ו ס"ק ח' כתב ביאורו משום דקיום ע"י דימוי הוי כמו גדר סימנים וזהו אי סד"א אבל אי סד"ר לא מהני קיום. רק היכא דא"צ קיום רק מדרבנן ולכן בכת"י דבעי קיום מה"ת לא מהני קיום ע"י דימוי ע"ש או כמו דמצינו בכתובות דף ל"ו דהאי שטרא ריעא לא מגבינן ביה וכמבואר בסי' ס"ג דאע"פ שנתקיים השטר בחותמיו אין גובין בו וע"כ י"ל דכוונת הירושלמי דכיון דיש בו חשש זיוף משום חשש ריעותא ע"כ אף בנתקיים ע"י דימוי לא מהני כמש"כ הקצה"ח משום דבעי קיום מה"ת או אף ע"י הכרת החתימות כמבואר בסי' ס"ג לחד דיעה ע"ש ג"כ לא מהני משום הריעותא ועכ"פ מצינו בירושלמי דבשטר כזה יש בו חשש זיוף ביותר מכל שטרות וזהו סיוע להעיטור כיון דפליגי בזה לשיטת הירושלמי ר' יהודה ור' יוסי א"כ הא הלכה כר' יוסי כדקיי"ל. וע"פ הירושלמי הנ"ל יש לתרץ למה שהקשה האו"ת בסי' קי"ב ס"ק א' עלה דב"ב דף קנ"ז דשמואל מספקא ליה אי דאקני משתעבד והקשו מהא דשט"ח מאוחרין כשרין ואי ס"ד דאקני לא משתעבד מאוחרין אמאי כשרין דאקני הוא הא מני ר"מ דאדם מקנה דשלב"ל והקשה התומים דהא בב"ב דף קע"א איתא ת"ר שטר שזמנו כתוב בשבת כו' כשר דברי ר' יהודה ומסיק שם לפרש להברייתא בשט"ח מאוחר וס"ל לר"י דכל שט"ח מאוחר כשר א"כ תקשה ניחוש שמא יטרוף מדאקני ועל ר"י ליכא למימר דס"ל כר"מ דמקנה דשלב"ל דהא ר' יהודה הוא רבנן דפליגי על ר"מ ותקשה כנ"ל ונדחק ליישב ע"ש אבל לפי הירושלמי הנ"ל אינו קשה כלל והוא דהא בירושלמי שביעית שם איתא בזה"ל דהובא שם התוספתא דב"ב דף קע"א דבש"ס דילן וזהו שטר שזמנו כתוב בשבת או בעשרה בתשרי ר' יודא מכשיר ור' יוסי פוסל א"ל ר' יהודה מעשה בא לפניך בציפורי והכשרת א"ל אני לא הכשרתי ואם הכשרתי הכשרתי הכונה דהיום אני חוזר בי הוון בעין מימר מאן דאמר פסול משום

מוקדם ומאן דאמר כשר משום מאוחר כן הוא גירסת המפרש שם ואח"ז קאמרי שם אלא מ"ד פסול משום זיוף עכ"ל אלמא דלא גרס בירושלמי בהך תוספתא כמו גירסת ש"ס דילן בב"ב דגרס דא"ל רבי יוסי כשהכשרתי כזה הכשרתי ומזה הוכיח הש"ס דילן לומר דבאמת שטר שזמנו כתוב בשבת לכו"ע הוא כשר משום דניכר מתוכו שהוא מאוחר רק דפליגי בשטר מאוחר דעלמא אם כשר משום כיון דכותבין שובר א"כ נפיק מיניה חורבא אבל הירושלמי גרס דא"ל ר' יוסי ואם הכשרתי הכשרתי הכוונה והיום אני חוזר בי ולפ"ז עיקר פלוגתתם בשטר שזמנו כתוב בשבת דלר' יהודה הוא כשר משום דתלינן בשטר מאוחר ור' יוסי פוסל דס"ל דכיון דאיתרע האי שטרא אמרינן דהוי מוקדם ואח"ז מסיק הירושלמי דלכן פסל ר' יוסי משום חשש זיוף דכיון דאיתרע וכמש"כ לעיל בשם העיטור והתומים:

וראיתי בתוספתא פ"א דמכות דגרסי שם ג"כ כגירסת הירושלמי בהאי ת"ר שטר שזמנו כתוב בשבת כו' וגרסי אם הכשרתי הכשרתי וזהו דלא כגירסת ש"ס דילן ולפ"ז אינו מוכרח כלל דר' יהודה ס"ל להכשיר שטר מאוחר די"ל דדוקא התם דזמנו כתוב בשבת א"כ מוכח מתוכו האיחור ע"כ לא חשו שמא יטרוף מן נכסים שקנה אחר זמן ההלואה אבל עדיין י"ל דשטר מאוחר דלא ניכר מתוכו האיחור דפסול משום חשש דיטרוף מן לקוחות דאקני וע"כ אין מקום לקושית האו"ת הנ"ל:

די"ל דלכן לא הקשו על שמואל מהא דר' יהודה בב"ב דף קע"א משום די"ל דשמואל ס"ל לפרש להך תוספתא כגירסת הירושלמי והתוספתא שלפנינו א"כ אין מקום לפ"ז ההוכחה הנ"ל משום דשאני התם דמוכח מתוכו האיחור והא דגרסי בש"ס דילן לקמן דף קע"א דפליגי במאוחר דעלמא היינו לפי המסקנא דב"ב דף קנ"ז דאקני משתעבד לכ"ע ומתורץ קושיות האו"ת:

ענף ב:

והנה התומים כתב כמה פעמים לדון בכמה דוכתי דיש לחוש בשט"ח הבא לפנינו שמא הוא שטר מאוחר והוי נפ"מ לכמה ענינים וכמש"כ בסי' מ"ח ס"ק ב'. ובסי' פ"ה ס"ק ח' ובסי' ס"ה ס"ק י' שכתב לפלפל שם היכא דטען הלוה שהוא מאוחר אפשר דנאמן ולענ"ד מוכח דלא חיישינן בשום שטר שמא הוא שטר מאוחר דאל"כ תקשה בהא דב"ב דף קע"א הנ"ל דאמרו שם דמאן דס"ל כותבין שובר ס"ל דשטר מאוחר פסול משום דנפיק מיניה חורבא דאף דיהיה להלוה השובר עכ"ז כשיוציא המלוה השטר יהיה מהימן להוציא מהלוה וכמבואר בסי' נ"ד אלמא דלא מספקינן בשום שטר כלל שמא הוא שטר מאוחר ומוציאין מן הלוה ע"כ העיקר כמש"כ התומים בסי' מ"ט ס"ק

י"ג שכתב שם דמסתמא דמלתא לא חיישינן לשטר מאוחר הואיל ואנן לאחר לכתחלה אוקי לשטר בחזקתו דנכתב בזמנו עכ"ל והעיקר כדבריו דשם ואף דמצינו בסנהדרין דף ל"ב דשטר שזמנו כתוב בא' בשבת ובאו עדים ואמרו עמנו הייתם ביום פלוני שטר כשר ועדיו כשרין דחיישינן שמא אחרוהו וכתבוהו וכן מבואר בסי' ל"ד סעיף ט' דשא"ה כדי שלא להוציא העדים מחזקת כשרותם אבל בכ"מ לא חיישינן שמא הוא מאוחר אבל הדבר צריך טעם דאמאי לא מסתפקינן שמא הוא שטר מאוחר והממע"ה ולא שייך בזה לומר חזקה על עדים דעשו כהוגן כמו בשטר אמנה או שאומר קטן היה דסי' פ"ב. דהא כיון דכשר לכתוב שטר מאוחר אם כתוב בו דאקני ע"כ גם אם היה מאוחר עבדי כהוגן ואין זה דומה למש"כ התוס' בגיטין דף י"ז דבכל גיטין אמרינן חזקה ביום שנכתב נמסר. ובודאי אין לומר כסברת התומים דכיון דאין לאחר שום שטר לכתחלה ע"כ לא חיישינן למאוחר דהא במקום צורך מותר לאחר לכתחלה כמש"כ הש"ך בסי' מ"ג ס"ק ל"א וכמו הא דמבואר שם סעיף י"ט א"כ ניחוש דלמא אתרמי כן והיה מותר לעשות כן לכתחלה ואי דנימא דלמיעוטא לא חיישינן הא קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב א"כ ניחוש שמא הוי שטר מאוחר דהוא מן המיעוט ודוחק לומר דזה הוי מיעוט דאינו מצוי כלל: ואפשר לומר דלכן לא חיישינן התם בב"ב דף קע"א שמא הוי מאוחר וא"כ יהיה מועיל השובר משום דהא מבואר ברפ"ב כתובות שיטת הבעה"מ על מה דקאמרי שם כיון דרוב נשים בתולות ניסת כי לא אתו עדים מאי הוי. דהך קושיא קאי גם לשמואל דס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב דהא היכא דהוי רוב בצירוף חזקת הגוף גם שמואל מודה דהולכין בממון אחר הרוב ולפ"ז י"ל דיש חזקת חיוב לפנינו בשטר שאנו דנין עליו ע"כ בהספק אם הוא שטר מאוחר דיש בזה עוד רוב דסתם שטרות לא הוו מאוחרין ובצירוף חזקת חיוב א"כ מוציאין מהמוחזק ע"כ התם גבי חשש דלמא נכתב השובר אחר זמן השטר שאנו דנין עליו ע"כ מוציאין מהלוה דסמכינן על רוב וחזקת חיוב ואף דע"כ חוב אחד איתרע חזקת חיובו ע"י השובר מ"מ הא ידוע בחזקות דאנו דנין על כ"א בפ"ע וה"ה בנ"ד בשטר דאנו דנין בו לפנינו כעת וכמו שכתבו התוס' בנדה דף י"ח ד"ה אחר הרוב כו' גבי ט' חנויות מוכרות בשר שחוטה וא' מוכרת בשר נבלה דעל החתיכה דפריש אנו דנין עליו דיש בו חזקת איסור ולא אמרינן דהא יש כמה חתיכות כשרות שיצאו מחזקת איסור שלהן וכמו ב' שבילין וב' כתי עדים והטעם משום דאנו דנין על כ"א שלפנינו בפ"ע ועיין בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' כ"ד מזה ואכמ"ל. והרמב"ן במלחמות שם והתוס' ריש פ"ב דכתובות ד"ה כיון דרוב נשים כו' כתבו דלרב פריך ולא סבירא להו כשיטת הבעה"מ הנ"ל עכ"ז י"ל דבנ"ד אף הרמב"ן והתוס' מודים לזה משום דהא חזינן דחזקת חיוב עדיף

מחזקת הגוף גבי זה דהא בכתובות דף י"ב במה דמקשה הגמ' שם על מה דאמרו דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי דזהו דלא כמ"ד דס"ל דחזקת ממונא עדיף מן ברי ותירץ הגמ' דשא"ה משום דאיכא מיגו' א"נ משום דאיכא למימר אוקי אחזקה וקשה הא מצינו בב"ק דף קי"ח דמנה לי בידך והלה אומר א"י אם החזרתי דחייב לשלם לד"ה משום דברי בצירוף חזקת חיוב עדיף מן מוחזק א"כ ה"ה הכא דאיכא ברי דידה בצירוף חזקת הגוף ודאי מוציאין ממון א"כ לסברת המקשה וגם להתירוץ דמשום מיגו קשה דמ"ש מהא דב"ק הנ"ל וע"כ מוכח מזה דס"ל להש"ס דחזקת חיוב עדיף מן אוקי אחזקת הגוף דהתם משום דהא אחזקת הגוף איתרע ליה עכשיו דלא נמצא לה בתולים משא"כ בחזקת חיוב אם מעמידים על חזקתו א"כ לא איתרע ליה כלל כעת. ע"כ עדיף חזקת חיוב מחזקת הגוף ולפ"ז י"ל דה"ה לשיטת הרמב"ן והתוס' דס"ל התם דרוב בצירוף חזקת הגוף אינו מוציא מהמוחזק היינו דוקא התם דאתרע ליה החזקת הגוף לפנינו דהא נבעלה מכבר ואתרע החזקה עכשיו ע"כ לא מהני זה ע"י צירוף להרוב משא"כ חזקת חיוב של הנידון דכ"ז דלא ידעינן בודאי דאתרע ליה הוי חזקה זו חזקה מעליא וכיון דמצינו דברי ושמא בצירוף חזקת חיוב מוציאין ממון כמו בא"י אם פרעתיך אף היכא דלא ה"ל למידע וכמו שהוכחתי במק"א מהא דח"מ סי' ע"ב סעיף י"ד א"כ ה"ה על ידי רוב וחזקת חיוב דהא רובא עדיף מן ברי וכמש"כ הפני יהושע רפ"ב דכתובות והא דמצינו בפ"ק דכתובות ד' י"ב לתירוץ הב' דשם דע"י ברי ואוקי אחזקת הגוף מוציאין ממון י"ל כמש"כ הרמב"ן שם לחלק דשא"ה דהוי חשש זנות בזה שפיר יש חזקת הגוף אף דאתרע לו עכשיו לפנינו משא"כ בחזקת הגוף דמברר לנו דלא ניסת מעולם בזה ליכא חזקת הגוף משום דסתם נשים עומדות להנשא וכמש"כ הרמב"ן שם אבל בחזקת חיוב דמצינו דע"י ברי מוציאין לד"ה א"כ ה"ה דע"י רוב וחזקת חיוב מוציאין ממון לד"ה ואף שכתבתי במק"א לדון ע"פ סברת הט"ז ביו"ד סי' שצ"ז בשם הטור דגם חשש פרעון הוי דבר העשוי להשתנות משום דהא מצווה על פריעת בע"ח עכ"ז כ"ז דלא אתרע ליה החזקת חיוב הוי חזקה מעליא משא"כ בחזקת הגוף דרפ"ב דכתובות דאתרע כעת לפנינו:

ולפ"ז שפיר אמרינן בב"ב דף קע"א דיהיה יכול להוציא מהלוה ע"י השטר אף דיש ת"י הלוה שובר ולא מספקינן דלמא השטר מאוחר משום דאיכא רוב דרוב שטרות לאו מאוחרים נינהו דהעדים לא יחתומו עפ"י רוב לשטר מאוחר וגם צירוף חזקת חיוב של השטר הבא לפנינו כיון דהוי ספק בפרעון וע"י רוב וחזקת חיוב מוציאין ממון לכ"ע ואפשר דזהו כוונת הגמ' דב"מ דף י"ז במה דאמרו שם המוציא שט"ח וכתוב זמנו בו ביום יחזירו לבעלים משום דלפריעה בת יומא לא חיישינן דלא שכיחי אינשי דפרעי ביומיה

ואף דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ מוכח דשא"ה דהוי רוב בצירוף חזקת חיוב אך זה יש לדחות דמוכח בע"כ דשא"ה דהוי מיעוט שאינו מצוי כלל דאל"כ תקשה דהא קיי"ל דאף בחזקה תו"ז כיון דנפל אתרע כמבואר שם דף ז' ובח"מ סי' מ"א וע"כ מוכח דהך דאמרו דלפריעה ב"י לא חיישינן זה עדיף ביותר. וכן מה דמצינו בב"ב דף קנ"ז גבי חשש דיטרוף בשטר מאוחר מנכסים דאקני מלקוחות ולא יתלו דשמא השטר הוא מאוחר משום דהא שיטת כמה פוסקים דמלתא דלא שכיחי לא טענינן ללקוחות א"כ הוי טענת הלקוחות כמו טענת שמא א"כ ברי של המלוה בצירוף רוב מוציאין עפ"ז מהמוחזק כנ"ל דברי בצירוף חזקה מוציאין כש"כ ברי בצירוף רוב דהא רובא עדיף מחזקה אך אכתי יש לדון לשיטת הסוברים דאף מלתא דלא שכיחא טענינן ליתמי כמבואר בסי' ק"ח אך לפמש"כ הנתיבות סי' ס"ט ס"ק י"א דהיכא דבעינן טענת ברי לכו"ע לא טענינן בתורת טענת ברי ליתמי ולקוחות א"ש כ"ז גם אפשר לומר בפשיטות בכ"ז דכיון דעדים חותמין מפני תיקון העולם ע"כ אין סברא לומר דיצטרך בירור אחר אימת נכתב השטר זולת השטר וכש"כ להסוברים דבעי מוכח מתוכו. וע"כ סמכינן מדרבנן על זמן השטר כפי שנכתב בו ולא חיישינן כלל למאוחר:

והעיקר בכ"ז דפשוט דלכן לא חיישינן שמא הוא שטר מאוחר לגבי איזה נפ"מ כנ"ל או לגבי הנפ"מ שכתב התומים בכמה דוכתי משום דהא מצינו בפרק לפני אידיהן ד' י' דההוא שטרא דהוי כתיב ביה שית שנין יתירתא דאמר רב נחמן האי ספרא דוקנא כתביה ופי' רש"י שם בד"ה אין מונין כו' דכיון דאיכא למתלי להנך שית שנין בספרא דוקנא תלינן ביה ולא תלינן במחילת השעבוד שאין כל אדם עושה כן עכ"ל וכ"כ רש"י לעיל שם בד"ה ממאי כו' דלא ניחא לך למימר מאוחר הוא לפי שאין דרך למחול שעבודו שמא ימכור זה כל נכסיו בתוך זמן האיחור ויפסיד חובו עכ"ל וכ"כ הרא"ש שם פ"ק סי' ז' ועיין בריטב"א שם אלמא דמוכח דלכן לא מספקינן בשטר שמא הוא מאוחר משום דזה הוי בגדר מחילה דהא מוחל שעבודו כמש"כ רש"י ויפסיד חובו ובכל מחילה הא קיי"ל דאינו נאמן לומר מחלת לי בלא מיגו משום דהוי טענה גרוע כמבואר בסי' ע"ה וסי' ע"ח וה"ה בחשש שטר מאוחר ג"כ הוי טענה גרוע ולא מספקינן שמא מאוחר כמו דלא מספקינן בכל חוב דשמא מחלו. א"כ נתבאר דהעיקר דלא חיישינן כלל בשום מקום לשמא הוא שטר מאוחר ולא כמש"כ התומים בכמה דוכתי לדון דיש לחוש שמא הוא שטר מאוחר לענין הנפ"מ שכתב שם וכן גבי הא דב"מ ד' י"ז דכתוב זמנו בו ביום דהעיקר הוא כמש"כ התומים בסי' מ"ט ס"ק י"ג אך לא מטעמיה כנ"ל ועיין בנו"ב במ"ק ח' ח"מ סי' יו"ד מזה ולפמש"כ הנו"ב בסי' י"א א"ש ביותר מש"כ ענף ג ודע דבמה שכתבתי לעיל

עפ"י שיטת הבעל המאור דרוב וחזקה מוציאין ממון דלכאורה יש לדון בזה לפמש"כ התוס' בכתובות ד' ע"ה ד"ה אבל הכא דליכא כו' בסוף הדיבור דחזקת הגוף חשיבא טפי מכל חזקות א"כ י"ל דדוקא בריש פ"ב דכתובות דאיכא התם חזקת הגוף בצירוף רוב בזה מצינו דמוציאין ממון מהמוחזק אבל בחזקה דעלמא אפשר דגם בצירוף הרוב לא מהני להוציא ממון אכן באמת מוכח בתוס' כתובות ד' כ"ט ד"ה ועל הכותית כו' דאף ברוב וחזקה דעלמא שאינו חזקת הגוף מוציאין ממון דהא כתבו שם להקשות וא"ת למ"ד פ"י יוחסין דפסול משום דעבד ושפחה נטמעו בהן אמאי יש לה קנס נימא לה אייתי ראי' דלאו שפחה את ושקול לשמואל דאמר אין הולכין בממון אחר הרוב ואפילו לרב אי אזיל איהו גבה ה"ל קבוע וכמע"מ דמי וי"ל דכל אחת מוקמינן לה אחזקת אבהתא שהי' כו' וכ"כ התוס' בב"ק ד' ל"ח ד"ה ועל כו' והקשו כן ותי' דכל חדא מוקמינן לה בחזקת אבהתא שהשפחות נתערבו ונשאו כו' אע"ג דפסלו ולא מוקי בחזקת אבהתא מ"מ לענין קנס לא חשבינן להו כשפחה שלא יהא חוטא נשכר עכ"ל ואף דאוקי אחזקה לבד אינו מוציא ממון עכ"ז ע"י צירוף להרוב מוציאין ממון ובוודאי כן הוא כוונתם אלמא דאף חזקה דלא הוי חזקת הגוף ג' חשוב להצטרף לרוב להוציא ממון ואין לומר דשא"ה דמשום דלא יהיה חוטא נשכר אמרו כן דז"א דא"כ אין מקום לעיקר קושיות התוס' הנ"ל וע"כ כמש"כ התוס' כתובות ד' י"א ד"ה אבייי לא אמר כרבא כו' ובב"ק ד' ל"ט ד"ה שלא יהי' חוטא נשכר כו' דהיכא דמן הדין לית לה קנס לא אמרו כן א"כ מוכח מזה דאף שיטת התוס' דרוב וחזקה ג"כ מוציא ממון והא שכתבו התוס' רפ"ב כתובות דלרב פריך זהו משום דס"ל כסברת הרמב"ן שם דכיון דסתם נשים עומדות להנשא לא אלימא שם האוקי החזקה הנ"ל אבל היכא דלא שייך כן גם אינהו מודו לשיטת הבעה"מ:

אך לכאורה דברי התוס' דכתובות הנ"ל צריך עדיין ביאור במש"כ שם להקשות דאף לרב דהולכין בממון אחר הרוב אי דאזל לגבה הוי קבוע דכמעמ"ד וע"ז מתרצי דאוקי אחזקת אבהתא והא אוקי אחזקה לבד אינו מוציא ממון לד"ה אף לרב דשאני רוב דעדיף מן חזקה וכמו ברפ"ב כתובות דבברי וברי לא אמר ר"ג אף דאיכא התם חזקת הגוף וע"כ כוונתם ע"י צירוף הרוב א"כ עדיין לא מתורץ קושייתם דהא אי אזל איהו גבה ה"ל קבוע ובאמת התוס' בב"ק לא הזכירו כלל להאי קבוע וי"ל דס"ל להתוס' שם בב"ק כמש"כ התוס' בגיטין ד' ס"ד ונזיר ד' י"ב גבי אומר לשלוחו צא וקדש לי אשה כו' דזה אינו קבוע גמור משום דדוקא היכא דניכר האיסור הוי קבוע אבל התם דלא ניכר האיסור לא הוי קבוע ואף הרמב"ן וש"פ דס"ל התם דהוי קבוע דאורייתא שא"ה דהוי ניכר האיסור לגבי השליח ואכמ"ל א"כ ה"ה בהא דעבד ושפחה נטמעו בהן ג"כ הא אינו ניכר האיסור וע"כ

לא מקרי קבוע ולפ"ז י"ל דגם כוונת התוס' דכתובות במש"כ דהוי קבוע דג"כ כוונתם דהוי קבוע מדרבנן דלא גרע מכל בע"ח דהוי קבוע דרבנן וכיון דהוי רק קבוע דרבנן ע"כ שפיר סמכינן בזה על אוקי אחזקת אבהתא בצירוף הרוב דהוי רובא מעליא מה"ת דמן דין תורה מוציאין ממון עפ"ז א"כ שייך בזה ג"כ שלא יהיו חוטא לשכר כיון דמה"ת אית לה קנס כמש"כ התוס' בכתובות בתירוצם שם דלענין קנס מוקמינן אחזקת אבהתא כדי שלא יהיה חוטא נשכר כו' עכ"ל הרי דבקושייתם לא אסיקו אדעתייהו לסברא שלא יהיה חוטא נשכר וע"כ הקשו שפיר דהוי עכ"פ קבוע מדרבנן גם אליבא דרב ובאמת לפי תירוצם דתירצו דמשום שלא יהיו חוטא נשכר אתי שפיר לרב משום דכיון דאינו רק קבוע דרבנן ע"כ מוקי על ד"ת ויש לה קנס. רק לשמואל דס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב הוכרחו לחדש סברא דאוקי אחזקת אבהתא ועכ"פ מוכח משיטת התוס' דרוב בצירוף חזקה מוציא ממון וכן נוטה הסברא לפמש"כ התוס' דסנהדרין ד' ג' דברוב גמור אף בממון אזלינן בתר רוב וכן לפמש"כ התוס' בר"פ המניח דמשום סמוך מיעוטא לחזקה אתו עלה דאין הולכין בממון אחר הרוב א"כ כשיש רוב וחזקה דבכה"ג מקרי מעוטי דמיעוטא ואף ר"מ מודה דלא חייש למעוטא ע"כ כיון דהוי רוב גמור לכן מהני אף בממון:

והנה הרמ"א בסי' של"ה פסק במלמד דספק אם ידע ללמוד מקודם דסמכינן על חזקה דהשתא דמאחר שיודע עכשיו מוקמינן אחזקה שידע כבר וזהו מן המרדכי פ' מי שמת שכתב שם דסמכינן על חזקה דהשתא בצירוף הרוב: דרוב המשכירים עצמם בחזקת שיודעים כו' ע"ש והובא בביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ט' ובש"ש שמעתא ג' פ' י"א אלמא דלדינא קיי"ל דרוב וחזקה מוציא מהמוחזק וכנ"ל אך עדיין הדבר צ"ע דהא בסי' רנ"א מבואר דקיי"ל כר' יעקב דב"ב ד' קנ"ג וקדושין ד' ע"ט דאמר דהן אין מוציאין מידו בלא ראי' והמרדכי דפסק שם כן כתב משום דהלכתא כר"נ דאמר אם בריא הוא עליו להביא ראי' שהי' שכ"מ א"כ בע"כ מוכח לומר דשא"ה גבי מלמד דטוען ברי וצירוף רוב וחזקה דהשתא דמוציאין ממון עי"ז כמו בכתובות ד' י"ב דברי וחזקת הגוף מוציא ממון וזהו כש"כ מהתם. א"נ דשאני במלמד משום דסיים המרדכי שם בזה"ל דכש"כ זה שהתנה מעיקרא ע"מ שידע ללמדו ומלתא דעבידא לגלוי לא משקרי אינשי כו' אבל בהא דסי' רנ"א לא שייך כן ואכתי יש להקשות לפי מאי דקיי"ל בסי' רנ"א כר' יעקב דאף אם בריא הוא עכשיו עכ"ז אינן מוציאין מידו בלא ראי' אלמא דרוב בצירוף חזקה דהשתא לא מהני להוציא ממון ותקשה על מש"כ דרוב וחזקה מהני להוציא ממון ויש לחלק דהא כתב המהרי"ט והובא בש"ש שמעתא ג' פ"ט דהעלה דחזקה דמעיקרא עדיפא מחזקה

דהשתא א"כ שא"ה בסי' רנ"א דהוי חזקה דהשתא אבל חזקה דמעיקרא דעדיפא שפיר מוכח כנ"ל דבצירוף רוב מוציאין ממון והמקנה בקידושין ד' ע"ט והש"ש שמעתא ג' פי"ב הקשו ג"כ כן וכתבו לתרץ בתירוץ אחר ע"ש ע"כ אין סתירה להכלל הנ"ל:

ועדיין יש להעיר בזה מהא דבכורות ד' מ"ט במשנה שם מת האב בתוך ל' בחזקת שלא נפדה אחר ל' בחזקת שנפדה עד שיאמרו לו שלא נפדה ופי' רש"י שם ד"ה עד שיאמרו לו דאמירה סגיא בלא עדות גמורה כו' דרובא דאינשי לא עבדי למפרע חובו מיד כו' אלמא דאף דיש רוב דאינם פורעין מיד לאחר ל' וגם יש התם חזקת חיוב דלאחר ל' הא נתחייב האב א"כ הא לפמש"כ דרוב וחזקת חיוב מוציא מחזקת ממון א"כ אמאי אמרו בחזקת שנפדה אך בלא"ה תקשה על דברי רש"י הנ"ל דתקשה מהך משנה על רב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב דהא ממשנה זו מוכח דלא אזלינן בתר רוב בממון וגם אמאי לא הביאו הך משנה בב"ב ד' צ"ג גבי פלוגתא דרב ושמואל שם. ע"כ מוכח דשא"ה בבכורות דכיון דטענינן ליורשים והוי כמו טענת ברי וכמש"כ הרא"ש ברפ"ב דכתובות ע"כ ה"ה התם גבי מת האב לאחר ל' דכיון דטוענין ליורש ה"ל כמו טענת ברי וברי בצירוף מוחזק עדיף מרוב לכו"ע ולפי"ז י"ל דמש"כ דרוב וחזקה מוציא מהמוחזק זהו בטוענים שניהם ברי או שניהם שמא אבל אם המוחזק טוען ברי והמוציא טוען שמא דהא להוציא לא טענינן ליורש כמבואר בסי' ע"ב ש"ך ס"ק קמ"ב א"כ מעלת מוחזק בצירוף טענת ברי עדיף מן רוב ואוקי אחזקה דטוען שמא ואין מזה סתירה למש"כ ועיין בתוס' בכורות ד' כ' ד"ה ור' יהושע סבר כו' שכתבו לחלק שם אליבא דרב דשאני בין ממון שיש לו תובעין לממון שאין לו תובעין א"כ א"ש בפשיטות דאין מקום לקושיא הנ"ל ועיין לעיל בחידושיי לסימן ל"ה סעיף ה' ריש ענף ב':

ועוד י"ל בזה לפמש"כ בסי' ס"ט בארוכה לבאר דביורשים הנולד ספק אם נפטר אביהם מהחוב או לא דיש מקום לומר דלא מקרי חזקת חיוב על היורשים דהא אם פרע אביהם א"כ לא חל מעולם חזקת חיוב על היורשים וכמש"כ הבית מאיר סי' קע"ח א"כ הכא במת האב אחר ל' לא מקרי כלל חזקת חיוב על היורשים דהא אם פדהו אביו א"כ לא הי' חל מעולם חזקת חיוב על היורשים א"כ אין מקום למה שהקשיתי כלל וע"כ שפיר כתבתי לזה הכלל משום דאין מהרש"י הנ"ל שום סתירה ע"פ שני טעמים שכתבתי ובאמת מוכרח לומר דאף רב מודה דהיכא דמוחזק טוען ברי דאז לא מהני רוב להוציא מהמוחזק אם התובע טוען שמא אף לרב דאל"כ תקשה איך נאמן כל שומר לטעון נאנסו בשד"א הא לרב דהולכין בממון אחר הרוב א"כ לא יהי' נאמן נגד הרוב וע"כ מוכח דשא"ה דטוען ברי והתובע טוען שמא ועיין בהפלאה ד' פ"ה ע"ב וה"ה בהך דבכורות

דטוענין ליתמי אך להסוברים דלא טענינן להו מלתא דלא שכיח יש עדיין לעיין בזה וי"ל כתי' הב' שכתבתי עכ"פ אין מזה סתירה כלל לכל מש"כ:

(שם סעי' כ"ג) ראובן ושמעון כו' נותנים אותה לראובן כו' בגש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל כתב בשם הרא"ה דכן הדין במלוה שזמנו ה' בניסן טורף מלוקח שזמנו בשטר שלו ניסן סתמא וכתב דזה צ"ע דכיון דאנו דנין על עיקר השעבוד א"י להוציא מספיקא מהלוקח דהוי מוחזק וכן כתב הנתיבות לקמן בסי' קי"ט ס"ק ד' דאם הלוקח מוחזק אין הבע"ח יכול להוציא ממנו והביא ראי' לזה מתוס' גיטין ד' י"ז אכן כשאין הלוקח מוחזק בהקרקע שלא החזיק עדיין בקרקע רק שקנאה בק"ס או בשטר ונולד ספק אם ליתנו לבע"ח או ללוקח דנותנין למי שיש בו זמן בשטר שעבודו ע"ש וי"ל דהרא"ה מיירי ג"כ בכה"ג דלא החזיק הלוקח עדיין בהקרקע וכמש"כ הנתיבות לחלק כן בטוב טעם א"כ מתורץ תמיהת רע"א הנ"ל ובעיקר הדברים הנ"ל הארכתי לקמן בסי' קי"ז סעי' ג' והבאתי שם מה דיש להוכיח בזה מן בכורות ד' מ"ט ע"ב רש"י ד"ה ובהנך חמש ב"ח פריק כו' דסיים רש"י דשמא שעבוד הלקוחות קודם ללידת בנו אלמא דמספיקא אין מוציאין מן הלוקח וכתבתי לבאר שם למה הוכרח רש"י לפרש כן ואח"ז דחיתי ראי' זו שם וקצרתי כעת בכ"ז שוב ראיתי דיש להביא ראי' לשיטת הרא"ה דס"ל דאף מן הלוקח דהוי מוחזק ג"כ מוציאין והוא דבכתובות ד' מ"ד בשני שטרות היוצאים זא"ז ביטל שני את הראשון ופליגי רפרם ורב אחא ונפ"מ לשלומי פרי כו' דאי נימא אודויי אודי לי' ששטר הראשון הוא שקר מחוייב הלוקח לשלם הפירות שאכל להמוכר ואי נימא כרב אחא דאחולי אחלי' אין חייב הלוקח לשלם הפירות שאכל להמוכר ופסק הרמב"ם ה' זכיי' פ"ה ה' ט' דחייב הלוקח להחזיר הפירות שאכל כו' וכתב המ"מ שם משום דקרקע בחזקת בעלים ראשונים עומדת כוונתו דבכל ספיקא דדינא בקרקע קיי"ל דמוקמינן להספק בזכות חזקת בעלים הראשונים אף להוציא מן המוחזק כמו בב"מ ד' ק"ב גבי שנים עשר זהובים דינר זהב לחודש וה"ה הכא דמסופקים אנחנו אם יצא השדה כבר מרשות נותן או דלא יצא עד עכשיו ע"כ מוקמינן הקרקע בחזקת בעלים הראשונים ואומרים ששטר הראשון שקר הי' ומוציאין הפירות שאכל הלוקח אף דעכשיו בוודאי יצאה השדה מרשות המוכר מ"מ בזמן הקודם שאנו מסופקים דיינינן בזה קרקע בחזקת בעלים עומדת אף להוציא מן המוחזק ועיין בח"מ סי' ר"מ סעי' ב' ובבאר הגולה שם שכתבו ג"כ כמש"כ הרמב"ם והמ"מ הנ"ל א"כ ה"ה הכא בנ"ד שנסתפקנו אם מכר הלוה השדה כבר מקודם שלוה ביום ה' ניסן או דמכר השדה לאחר זמן הנ"ל דיש לדון גם בכעין זה חזקת בעלים הראשונים על אותו הזמן שאנו מסופקים אם יצא השדה מרשות

בעלים הראשונים מקודם ה' ניסן וע"כ דיינינן גם בזה קרקע בחזקת בעלים עומדת באותו שעה אף להוציא מן הלוקח המוחזק ולכן אינו קשה כלל על דברי הרא"ה. וכן ראיתי בשטה מקובצת לכתובות ד' צ"ד שהביא כן בשם הרא"ה וסיים דלכן מוקמינן לנכסים ביד הבע"ח דכתוב ה' בניסן משום שהקרקע בחזקת בעלים עומדת עד שיביא ראי' עכ"ל ונתכווין הרא"ה לכל מש"כ ועיין ברא"ש פ"ד כתובות סי' ה' וקצרתי. ועיין ב"ב ד' ס"א ע"ב תוס' ד"ה ארעתא תרתי כו' וב"מ ד' ק"ג ע"א תוס' ד"ה פרדיסי כו': (שם) לפיכך אם יכתבו הרשאה כו' הנה התוס' בכורות ד' מ"ט סד"ה ה"מ היכא דכפרי' כו' כתבו בלשון דילמא היכא דשניהם לפנינו ומצוים לתת לאחד חייב להחזיר אף בלא הרשאה והש"ך ביו"ד סי' ש"ה ס"ק ל"ה כ"כ לדינא בשם המע"מ ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשה אחי הקצה"ח בקונטרס הספיקות בכלל א' סוף ס"ק ג' על הרי"ף במש"כ דחולקין הכפל דהא מצי הגנב להדחות לכ"א דהרשאה לא מהני בקנס וכש"כ לשיטת הרי"ף כו' ע"ש אכן לפמש"כ בשם התוס' והש"ך י"ל דמיירי היכא דשניהם לפנינו דכה"ג מהני מן הדין אף בקנס ומתורץ קושייתו ובמק"א הארכתי בזה:

(שם סעי' כ"ט) אם כתוב בשטר עד אחר פסח כו' ובאה"ע סי' קמ"ד סעי' ו' אמר כתבו ותנו גט אחר שנה כותבין עד לאחר חודש משנה שנייה כו' הרי שאחרו אחר הזמן שאמר ואח"כ כתבו ונתנו לה ה"ז ספק מגורשת:. והב"ש הביא שם שיטת הרמב"ם דמה"ת הגט כשר אף באחרו הזמן אלא דמדרבנן פסול והובא בר"נ לגיטין ספ"ז והך פלוגתא שייך בדיני ממונות ונפ"מ רבתא לדינא דלשיטת הר"נ והמחבר באה"ע דה"ל ספק מגורשת ה"ה הכא בכתוב בשטר איזה תנאי שיעשה אחר שנה או אחר חודש או אחר פסח דאם איחר הדבר לאחר הזמן ה"ל ספק ותלוי במי הוא המוחזק אבל לשיטת הרמב"ם דיכול לאחר אף אחר הזמן ואינו אלא פסול דרבנן ע"כ בממון מהני קיום התנאי אף באחרו אחר הזמן. והב"ש בסי' קמ"ד ס"ק י"א כתב דה"ה באומר תנהו לה ביום פ' דאם הקדים אינו גט משום דאקדומי פורענות הוא אבל אם איחר הוי ספק להמחבר ודלא כהב"ח שכר. דיכול לאחר. והתורת גיטין שם הכריע דהעיקר להב"ח:

סימן מד

(שם סעי' א') בש"ך (ס"ק ד') כתב ב"י בשם הרשב"א דאפילו אמרו העדים דאנו כתבנו שיטה אחרונה אין לו דין שטר דכל שאינו מוכח מתוך השטר אין לו דין שטר עכ"ל וכעין זה כתב המחבר לקמן סי' מ"ט סעי' ו' גבי ב' יוב"ש דאין אחר יכול להוציא עליהם שטר אא"כ באו עדי השטר עצמם כו' ואם עדים אחרים העידו יש לו דין מע"פ וכמש"כ

המ"מ והובא בסמ"ע שם ס"ק ט"ז דכל שאינו מוכח מתוך השטר אין לו דין שטר ומה דיש להעיר הכא דעדי השטר עצמם מעידין שלא הרחיקו שיטה אחרונה כבר העיר בזה האו"ת וזהו כשיטת התוס' דגיטין ד' כ"ד ע"ב ד"ה בע"מ ור"א היא כו' דכתבו דבעינן דיהי' מוכח מתוכו ושיטת הר"נ רפ"ג דגיטין דלא בעינן מוכח מתוכו אף לר"מ והובא פלוגתא זו בב"ש סי' קל"ו ס"ק ד' ואף דהמחבר לקמן סי' נ"א סעי' ז' פסק דע"מ כרתי וכר"א בשטרות וכ"כ הרמב"ן עכ"ז כתבו בהא דסי' מ"ט דבעינן דיהא מוכח מתוכו ומוכח מזה כמש"כ הב"ש בסי' קל"א ס"ק ג' דאף לר"א דע"מ כרתי מ"מ אם לא היו ע"מ רק ע"ח בזה בעינן אף לר"א דיהיה מוכח מתוכו ועיין בב"ש סי' קכ"ד ס"ק ג' וכ"כ הג"פ בסי' קכ"ד ס"ק ה' דבע"ח לחוד אם אינו מוכח מתוכו דהגט בטל אף לר"א כמו לר"מ וכתב זה מסברא דנפשי' לפרש כן בשיטת הרמב"ם ולפי מש"כ מוכח כן מן הרמב"ם והמחבר דסי' מ"ט:

ועיין באו"ת סי' מ"ט ס"ק ח' בסופו:

והב"ש בסי' קכ"ו ס"ק כ"ט כתב דהך דתשובת הרשב"א דכתב דאף באמרו העדים אנו חתמנו אין לו דין שטר דזהו בע"ח מעידים כן אבל ע"מ מהני ויש לדון בזה ע"פ מש"כ הש"ך בסי' נ"א ס"ק ט' בשם הרשב"א דאין הלכה כר"א בשטרות:

ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ח' ענף ב' העלתי לבאר הטעם מש"כ דבעינן דיהיה מוכח מתוכו דזהו בגדר מאי דקיי"ל דבר ולא חצי דבר דאם שני עדים מעידים לפנינו ומחוסר עוד עדות זולתם כיון דבלא בירור זולתם אין ממש בדבריהם לכן אינם מצטרפין אהדדי וה"ה בשטר דסמכינן על ע"ח דחתימתם היא הגדתם וכמו שנחקרה עדותן בב"ד ולא עדיפי מאלו הגידו עדותן בפיהם לפני ב"ד דאם לא הגידו על דבר שלם רק מחוסר עוד עדות זולתם דהתורה פסלם ולכן גם בשטר דמעידין דיוב"ש גירש וצריך עוד בירור זולתם איזהו יוב"ש גירש ולא נגמר מהם דבר שלם לכן פסולים כיון דמהגדתן לבד אינה מועלת עדותן ע"כ לא מהימני כו' ומה"ט א"ש דאמאי לא בעינן לר"א דיהא מוכח הכתובה מתוכו כמו דהקשה הנו"ב במ"ת סי' קי"ג דכיון דעיקר הסברא הוא משום דהוי חצי דבר א"כ ז"א רק בע"ח דזהו הגדתן בעת שחתמו על השטר לכן בעינן שיעידו על דבר שלם אבל בע"מ לר"א לא שייך זה דהא בעת שרואין רואין ענין שלם ובעת שמגידים מעידים ג"כ על דבר שלם לכן בכתיבה לא שייך כלל חצי דבר אבל בע"ח הא בעת שבא השטר לב"ד לא נגמר ענין שלם ע"פ והארכתי בספרי שם ע"פ שיטת הרשב"ם בב"ב ד' נ"ו בפירוש דבר ולא חצי דבר והובא בב"ק ד' ע' ע"ב בתוס' ד"ה למעוטי כו'. ולפ"ז הדעת נותנת דאף לר"א דע"מ כרתי דמ"מ אם לא היו ע"מ רק ע"ח דבזה בעינן מוכח מתוכו אף

לר"א כיון דמן עדותן שחתמו אינו יוצא ענין שלם בלתי עדות זולתם וע"ש בספרי מזה ושיטת הר"נ דלא בעי מוכח מתוכו דס"ל כיון דבעת ראייתן ראו דבר שלם ע"כ מקרי זה דבר שלם וכמש"כ בספרי שם:

אכן עדיין יש לדון בזה די"ל דדוקא בגט שנולד הספק איזהו יוב"ש גירש ע"כ כשבאין עדים להעיד דזהו יוב"ש שגירש לכן שפיר כתבתי דזהו כעין חצי דבר לפי דאין שום תועלת כלל מעדותם שמעידים בע"פ לפנינו דזהו יוב"ש שגירש בלתי הגט עצמו אבל במה דנולד ספק לנו בהלואה מי מהן לוה וכשבאו עדים ומעידין בע"פ דזהו יוב"ש דלוה א"כ הא הוי תועלת מעדותן שבע"פ כעת לענין אם יהי' הוחזק כפרן על טענת להד"ם. וכיון דעדים שבע"פ א"צ לעדי השטר ע"כ לא מקרי כה"ג חצי דבר כמבואר בב"ק ד' ע' ע"ב דאמרו כיון דעדי קידושין לא צריכי לעדי ביאה דבר קרינא בי' ועיין מזה בספרי סי' ט' ולפ"ז יש לחלק ולדון דאף לשיטת התו' בגיטין ד' כ"ד דכתבו דלר"מ בעינן מוכח מתוכו די"ל דז"א רק בגט בשני יוב"ש דאין שום תועלת מעדותן בע"פ שמעידין כעת לפנינו אם לא יוכשר הגט ע"כ מקרי זה חצי דבר כנ"ל אבל בשטר דנולד לנו ספק מי מהם לוה דעכשיו דבאו העדים להעיד בע"פ הוי ג"כ תועלת מעדותם לענין אם טוען להד"ם דנעשה הוחזק כפרן ע"פ עדותם לכן י"ל דבכה"ג גם התוס' מודו לשיטת הר"נ וסייעתו דלא בעינן כלל להך דמוכח מתוכו רק אם העדים מעידים עכשיו לפנינו דלא זזה ידם מתוך ידו של יוב"ש השני באותו יום שנכתב השטר ובאופן דמוכח מזה דע"כ יוב"ש השני לוה המעות באותו יום כפי השטר בזה שפיר י"ל דאין ממש בעדותן משום דהוי חצי דבר כיון דאינו מוכח מתוך השטר א"כ אין שום ממש מהשטר זולת עדים אחרים וכן מן העדים אחרים אינו שום תועלת לנו וע"כ בכה"ג שפיר י"ל דפסלו השטר לפי דבעי מוכח מתוכו אבל אם עדים אחרים מעידים דראו דזה יוב"ש לוה מעות ממנו א"כ הוי תועלת מעדותן ע"כ י"ל דבכה"ג לא בעינן מוכח מתוכו אף לשיטת התוס' וראיתי באו"ת סי' מ"ט ס"ק ז' שכתב לחלק בין גיטין לשטרות והנתיבות שם ס"ק ח' בסופו השיג על האו"ת בזה וכתב דאין לחלק בין גט לשטר ע"ש אבל לפי מה שכתבתי שפיר יש לחלק בין גט לשטר בזה והא דמשמע מהרמב"ם והמחבר בסי' מ"ט דאף בבאו עדים אחרים להעיד דזהו יוב"ש דלוה באותו יום אין לו דין שטר י"ל דטעמם הוא כיון דמלוה בע"פ אינו טורף ממשעבדי משום פסידא דלקוחות וכן הא דאינו נאמן לומר פרעתי במלוה בשטר זהו משום שטרא בידי מאי בעי ע"כ י"ל דכיון דאינו מוכח מתוכו ואין לו דין שטר בלא בירור זולתו ע"כ אפשר דבכה"ג לית לי' קלא כ"כ ולא חששו הלקוחות להשטר וכן הלוה לא חשש והניח השטר בידו. רק אם עדי השטר עצמם מעידים ע"ז אז

יש לו דין שטר גמור כיון דבידם לכתוב כמש"כ התם ולכן אין לסתור מהא דסי' מ"ט למה שכתבתי בספרי בשיטת הרמב"ם דעיקר פסול דאינו מוכח מתוכו זהו משום דהוי חצי דבר אך מהתוס' דגיטין ד' כ"ד אינו מוכח כלל דיסברו להא דסי' מ"ט דיש לחלק בין גט לשטר בזה ועיין בר"נ פ' מי שהיו נשוי גבי ב' שטרות דכתב דאין הקול יוצא אלא מזמן דמוכח מתוכו וקצרתי:

ובהך מילתא דשני יוב"ש דאין מוציאין שט"ח עליהם דיכול כ"א לדחותו ועכ"ז נראה לומר דמהני תפיסה בזה דהא מבואר בסי' מ"ב דבכל ספק בשטר מועיל תפיסה וה"ה בזה דנולד ספק לנו ע"פ השטר דאחד מהם לוה ע"כ לא גרע זה מכל ספק בשטר דמהני תפיסה וכן מצאתי להשער המשפט בסי' מ"ט ס"ק ב' שכתב ג"כ בקצרה כן ע"ש ולכאורה יש לדון בזה דלא יהא מועיל תפיסה בזה דא"כ יש לחוש לקנוניא דא' מהם יבקש עדים דיכתבו שטר דיוב"ש לוה מעות מחבירו כדי שיהא תועלת מעדותן על תפיסה מן יוב"ש השני וכעין מש"כ הש"ך בסי' מ"ב ס"ק כ"ז גבי נכתב בשטר דאינון ונמחק דלא מהני תפיסה דאל"כ כ"א ימחוק הסכום כו' אך באמת זה אינו דהא מצינו כה"ג בסי' מ"ט סעי' זיי"ן דאם יש בידו שובר אין אחד מהם יכול לתובעו כו' ולא חיישינן לרמאות וקנוניא דיבקש מן יוב"ש א' דיתן לו שובר כדי להפקיע חובו מן יוב"ש דהשטר ת"י וע"כ מוכח דכיון דהעדים אסורים לחתום לכתחלה על שובר כזה אם לא פירשו איזה יוב"ש הוא משום חששא זו ע"כ לא חיישינן בזה לערמה כיון דאין זה בידו כ"כ ודוקא התם בסי' מ"ב גבי דאינון ונמחק דבידו למחוק ע"כ חשו בזה כנ"ל:

ובאמת י"ל בהא דסי' מ"ט גבי שובר הנ"ל דמיירי בשובר בעדים אבל בשובר בחת"י הבע"ד שפיר יש לחוש לערמה ולא מהני להפקיע כלל ומה"ט לא חיישינן לערמה דיבקש לעדים דיחתמו על שטר דיוב"ש א' לוה מעות כדי דיועיל תפיסת המלוה מן יוב"ש השני די"ל בזה ג"כ כיון דהעדים אסורים לחתום על שטר כזה דיוב"ש לוה מעות אם לא פירשו איזה מהם לוה משום דיש להם לחוש שמא יבא תקלה מעדותם לענין תפיסה שלא כדין וכמש"כ התוס' בגיטין ד' ג' ע"ב ד"ה כתב בכת"י ואין עליו עדים כו' בסה"ד דחיישינן דתתפוס הפירות ותאמר שכבר נתגרשה מזמן הכתוב בו עכ"ל התוס' אלמא דמשום חשש תפיסה שלא כדין ג"כ יש לחוש ע"כ כיון דאסורים לחתום על שטר כזה משום האי חששא דתפיסה ע"כ לא חיישינן לזה כן יש לדון בזה:

אכן לפמש"כ בספרי דאם לא כתבו איזה יוב"ש מהם הוא דהוי כמו חצי דבר משום דהי' להם לפרש איזה מהם הוא כי זהו דבר קל דהא אף אשה וקרוב מהימני בזה והוי כמש"כ הרשב"ם בפי' חצי דבר דכיון דאפשר לראות דבר שלם כו' וכמש"כ בספרי שם

בארוכה וע"כ י"ל דלא תועיל תפיסה בזה כלל כיון דהשטר הוי אינו מוכח מתוכו והוא כעין חצי דבר דאין ממש בעדותן כלל ודומה למש"כ הנתיבות בכללי תפיסה ס"ק זיי"ן דאם נולד ספק ע"פ עדים שלא ראו הדבר בשלימות לא נקרא ספק שיועיל תפיסה משום דהוי חצי דבר וכמש"כ הב"ש באה"ע סי' למ"ד ס"ק ט' בשם הג"א דאם הי' ספק להעדים אם קרוב לו או לה אין בזה חשש קידושין כו' וכן כתב הנתיבות שם באם העדים אומרים שראו שאחד הלוה לחבירו מעות וא"י כמה דלא מהני תפיסה בזה כו' א"כ מה"ט בשטר שכתבו כי יוב"ש א' לוה מעות ולא פירשו איזהו מהם הוא די"ל דזה הוי חצי דבר ואף דבעת ראיות העדות ראו דבר שלם מ"מ הא בעת שבא השטר לב"ד דהוי אז הגדתם לא הוי אז רק חצי דבר כמש"כ בספרי שם בארוכה לבאר זה וע"כ י"ל דכיון דהיה להם לתקן ולכתוב בשטר מי מהם לוה ולא עשו כן הוי זה חצי דבר דאין ממש בעדותם כלל ולא מהני תפיסה בזה והא דמבואר בסי' מ"ט בשובר דאין שום א' מהן יכול לתובעו כנ"ל שא"ה כיון דהוי תפוס מעיקרא והוי כמו דבר שלם לענין זה או די"ל דנאמן במיגו דאי בעי אמר דפרעתי לשניכם וצויתם לכתוב שובר א' כמבואר התם סעי' ז' דזה מהני לדחות שניהם ואין זה בכלל מיגו מגברא לגברא וקצרתי ולכן יש לדון הרבה אם מועיל תפיסה בזה כיון דהוי אינו מוכח מתוכו עכ"פ ומ"מ י"ל דמהני תפיסה דיכול לומר קים לי כשיטת הר"נ וסייעתו דלא בעי מוכח מתוכו וזה לא מקרי חצי דבר:

והיכא דנולד לנו ספק אם נקרא הלוה בשם שנכתב בשטר כגון דהוא ממדינה אחרת וכה"ג וצריכים בירור ששמו כך הוא כפי שנכתב בהשטר בזה וודאי מהני השטר ולא אמרינן דמקרי אינו מוכח מתוכו משום דדוקא בנולד ספק מי מהם לוה המעות זה מקרי אינו מוכח מתוכו לפי דצריך בזה בירור ע"פ שני עדים וע"כ מחוסר מעשה ומקרי חצי דבר כמש"כ בספרי שם משא"כ היכא דצריכים להכיר שמו איך הוא נקרא במדה"י דבזה מהימן אף אשה וקרוב כמבואר בסי' מ"ט ובג"פ סי' ק"כ ס"ק י"ד וע"כ אף חוץ לב"ד מהימני ואין זה רק גילוי מילתא בעלמא ומקרי עדיין דבר שלם ומוכח מתוכו וכמו שהוכחתי בספרי שם ע"ש בענף ב':

ולפמש"כ ביאור סברתם במה דבעו דיהא מוכח מתוכו דזהו מפאת חצי דבר או בממון בשטר לענין דאינו טורף ממשעבדי דכיון דאינו מוכח מתוכו אין לו דין שטר משום דל"ל קלא כנ"ל א"כ זה אינו שייך רק בשטר בעדים. אבל אם הבע"ד בעצמו חתום עליו דאף דאינו מוכח מתוכו כגון בשני יוב"ש וחתם במס"ק ע"י אחר כמבואר בש"ך סי' מ"ה ס"ק ח' דזה מהני דהא לא שייך לפסול שם משום דהוי חצי דבר דז"א רק בעדים דכתיב בהו ע"פ שני עדים יקום דבר ובעינן דבר שלם ועיין בגיטין ד' ד' ובזה יש לעיין טובא

וקצרתי אבל בכת"י דאינו גובה ממשעבדי רק מב"ח לא בעינן דיהא מוכח מתוכו דהא בזה לא כתיב דבר וכש"כ לפמש"כ הנתיבות בסי' מ"ב ס"ק א' בשם הרמב"ן דבממון לא בעינן מוכח מתוכו ע"ש ועיקר דברי הרמב"ן הוא בר"נ פ"ט דגיטין והובא בדרוש וחדוש של רע"א זצ"ל במערכה י"ד ס"ק א' ע"ש. ועיין מזה לקמן בחידושי לסי' מ"ה סעי' ה' ענף א':

(שם סעי' ו') שטר שיש בו גרר מאחוריו או ביני שיטי כו' בשר ויש פוסלים והש"ך ס"ק ט"ו הכריע דפסול והקצה"ח ס"ק א' כתב דאם נמצא מחק מתוכו לאחר חתום שטרות דכשר משום מיגו דגייז ליה כמש"כ הסמ"ע בסי' ס"ה ס"ק ע' בשובר שכתוב למטה מהשטר ואף שהש"ך השיג שם עליו מ"מ במחק מודה וכ"כ הנתיבות דזה פשוט ולכאורה יש לדון בדברי הסמ"ע והקצה"ח הנ"ל דהא ה"ל מיגו להוציא דלא אמרינן וי"ל דס"ל דכיון דבשטרא מעליא מסייע ליה אמרינן מיגו להוציא א"כ ה"ה בשובר שתחת העדים מקרי השטר בשם שטרא מעליא דמסייע ליה דאמרינן מיגו להוציא. ולפ"ז יש לדון בשטר שאינו גובה ממשעבדי כמו שטר שאין בו אחריות כמבואר בסי' ס"ט ש"ך ס"ק י"ד י"ד או כגון דמבואר בסי' ס"ח סעי' א' דדעת המחבר שם דאינו גובה רק מבני חורין וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ד' או כעין מש"כ האו"ת בסי' ס"ט ס"ק ה' בסופו והנתיבות שם ס"ק ד' דאינו נאמן לומר פרעתי אף דאינו גובה ממשעבדי אם אין עדים חתומים רק לקיים החת"י של הלוה כמבואר בסי' ס"ט וכן כל כה"ג דמשכחת ליה דאינו יכול לומר פרעתי ואינו גובה ממשעבדי דבזה יש לדון דאם נמצא מחק למטה דפסול השטר ולא שייך לומר בזה דיהא נאמן במיגו דגייז ליה דהא מבואר בכנה"ג בכללי מיגו ס"ק ח' באו"ת דלכן אמרינן מיגו להוציא במקום שטר משום דהוי כגבוי דאף דקיי"ל כבית הלל דלאו כגבוי דמי מ"מ לגבי כמה דברים נקטינן דהוי כגבוי וכבר כתבתי לעיל בחידושיי לסי' י"ב ובסי' נ"ד דשט"ח שאין בו אחריות נכסים דאף ב"ש מודה דלא הוי כגבוי כמבואר בגיטין ד' ל"ז ע"כ אף היכא דנקטינן לדינא דהוי כגבוי דמ"מ אם אין בו אחריות נכסים לא הוי כגבוי כלל וע"כ היכא דאינו נאמן אלא מצד מיגו ומשום שטרא מסייע ליה אמרינן מיגו להוציא א"כ ז"א רק בשטר שגובין ממשעבדי אבל בשטר שאינו גובה רק מב"ח כיון דלא הוי כגבוי גם לב"ש ע"כ לא מהני מיגו בזה כלל להוציא וכן כתב הקצה"ח סי' פ"ג ס"ק ד' ומה דהקשה הקצה"ח שם ע"ז מהא דב"ב ד' קנ"ז ונשאר בקושיא הנה לעיל בסי' י"ב כתבתי לתרץ זה בטוב טעם ע"ש ואף דמן הש"ך סי' פ"ג ס"ק ט' בסופו נראה להיפך אבל באמת לפי הטעם של הכנה"ג הנ"ל העיקר כהקצה"ח הנ"ל בזה וכמש"כ הסמ"ע בסי' פ"ב ס"ק מ"ה:

ולפי זה י"ל דבשטר כזה שאינו טורף ממשעבדי אם נמצא מחק מתוכו לאחר חתום שטרות די"ל דכיון דהוי ריעותא בעצם השטר ועיקר נאמנות המלוה הוא במיגו דאי בעי גייז ליה וכיון דנתבאר דבשטר כזה לא מהני מיגו משום דהוי מיגו להוציא ולא שייך בכזה לומר דבשטרא מסייע ליה כיון דזה לא הוי כגבוי וע"כ לא מהני מיגו בזה ואין מוציאין מהלוה ואף דהאו"ת בכללי מיגו ס"ק ח' כתב טעם אחר על הא דאמרינן דבשטרא מסייע ליה אמרינן מיגו להוציא עכ"ז הא לכל הפחות הוי זה ספיקא דדינא שמא הטעם הוא ע"פ סברת הכנה"ג דמשום דהוי כגבוי אתו עלה וע"כ בשטר כזה אין להוציא מן המוחזק וכמש"כ הקצה"ח עצמו בסי' פ"ג ס"ק ה' דבשטר דאין בו אחריות לא מהני ביה מיגו להוציא וע"כ כ"ז דלא תפס המלוה אין מוציאין מהלוה רק אם המלוה תפס יכול לומר קים לי כשיטת הש"ך בסוף סי' פ"ג דגם שטר דאינו גובה ממשעבדי מהני ביה מיגו להוציא והוי זה ספיקא דדינא והקצה"ח והנתיבות דכתבו בפשיטות הכא דנאמן במיגו דאי בעי גייז ליה קיצרו בזה והיה להקצה"ח לבאר דז"א רק בשט"ח דגבי ממשעבדי:

ולכאורה יש לדון גם בשט"ח בעדים דנמצא מחק מתוכו לאחר חת"י העדים דיש לדון לכאורה דלא יהא מהני ביה מיגו דאי בעי גייז ליה לפמש"כ הגט פשוט לאה"ע סי' קכ"ד ס"ק ה' גבי דבר המזדייף דיש לחוש שמא אף אחר חתימת העדים כתב איזה תנאי מקודם דמסר לה הגט ע"ש. וכעין הא דאמרינן בגיטין ד' כ"ב ע"ב גבי כתב ע"ג דבר המזדייף דחיישינן דילמא הוה ביה תנאה וזייפתיה ובח"מ סי' מ"ב סעי' א' וש"ך ס"ק א' וס"ק ב' ובח"מ סי' מ"ד ש"ך ס"ק י"ד דחיישי' במחק דשמא היה כתוב תנאי ומחקו ובאמת שם מיירי דחיישי שמא כתב תנאי מקודם חתימות העדים אבל הג"פ העלה דחיישי' גם דשמא היה כתוב תנאו אחר חתימת העדים ומחקו ובמה דחשש הג"פ שם אם נמצא חתך אחר חתימת העדים באמת זה אינו כמו דהשיג עליו התורת גיטין באה"ע שם ס"ק ב' מהא דב"ב ד' קס"ד דאמרו אי מתתאי גייז ליה ע"ש אבל בנמצא מחוק מתוכו לאחר חתימות העדים בזה שפיר י"ל כמש"כ הג"פ דחיישי' שמא היה כתוב תנאי אחר חתימת העדים ומחקו:

ולקמן סי' פ"ב סעי' י"ב כתב המחבר דאם הודה דהשטר נעשה על תנאי אינו נאמן המלוה במיגו משום דהוי מיגו להוציא וכמש"כ הבעה"ת והובא בש"ך שם והטעם הוא דזה לא הוי בכלל מה דאמרו דבשטרא מעליא מסייעו אמרינן מיגו להוציא משום דכיון דנעשה על תנאי א"כ אם קיים הלוה להתנאי אז לא חייל שעבודו כלל מעולם וכמש"כ הבעה"ת והובא בש"ך שם ס"ק כ"ט ובסמ"ע ס"ק מ"ה וכמש"כ הש"ך כעין זה בכללי

מיגו ס"ק ט"ו ומה דכתב הש"ך שם ס"ק כ"ח דלא כהבעה"ת עיין שם בקצה"ח סי' פ"ב ס"ק ח' וכן בחידושיי לסי' פ"ב סעי' י"ב בארתי בטוב טעם דהעיקר כסברת הבעה"ת בזה ע"ש:

א"כ לפ"ז יש לחוש אף בשט"ח בעדים אם נמצא מחק מתוכו לאחר חתימת העדים דשמא היה כתוב בו איזה תנאי מקודם דמסרו להמלוה וחתכו וע"כ לא שייך לומר בזה דהמלוה נאמן במיגו דאי בעי גייז לזה. דהא זה הוי מיגו להוציא ולא שייך לומר בזה שטרא מסייע ליה דהא נתבאר בשם הבעה"ת והמחבר דס"ל דדוקא היכא דחיישינן לפרעון וכה"ג לאחר דאתחזק השטר כבר בחזקת חיוב בזה אמרו דהוי כגבוי לגבי הא דאמרי' מיגו להוציא אבל אם נולד ספק שמא לא היה לו חזקת שטר מעולם דכה"ג לא הוי כגבוי אף לבית שמאי ע"כ גם לגבי מיגו להוציא לא מהני זה וכמש"כ בחידושיי לקמן סימן פ"ב סעיף י"ב:

ולכן לפמש"כ הר"מ בן חביב בספרו גט פשוט דחיישינן שמא כתב איזה תנאי מקודם דמסר השטר כנ"ל ע"כ אם נמצא מחק מתוכו לאחר חתום שטרות שפיר יש לחוש לאיזה תנאי כיון דנמצא ריעותא דמחק וזהו כש"כ מנידון דבר המזדייף של הג"פ שם א"כ בכה"ג לא מהני מיגו דהוי מיגו להוציא כיון דלא שייך בזה לומר שטרא מסייע ליה כנ"ל ולכן עדיין יש לדון לדינא במש"כ הקצה"ח דמהימן במיגו דאי בעי גייז ליה והנתיבות כתב דזה פשוט וא"צ לפנים ובאמת אין זה ברור כ"כ לפי דברי הג"פ הנ"ל אכן לפי מה דמשמע הכא במחבר דכתבו במקום שנהגו לכתוב פרעון מאחוריו כו' יש פוסלים וכמש"כ הטור סוף סי' מ"ה בשם תשובת הרא"ש דאם נהגו לכתוב פרעון ביני שיטי דחיישינן שמא היה כתוב פרעון ונמחק אלמא דדוקא לפרעון חיישינן אם נהגו לכתוב שם אבל לתנאי משמע דלא חיישינן לכ"ע רק אם נמצא מחק בתוך השטר בזה חשו לתנאי כמבואר בסי' מ"ד סעי' ה' ש"ך ס"ק י"ד ע"ש וגם הא לפרעון אם נמצא מחק מאחוריו וביני שיטי רבו המכשירים כמבואר שם שיטת הרמב"ן והרשב"א דכתבו דלא מפקינן שטרא מחזקתיה כיון דלא נמצא ריעותא בגוף השטר ע"ש וכמש"כ הסמ"ע ס"ק יו"ד בשם הרמב"ן דכתב לפי שהשטר מוחזק ביד המלוה וכאלו הממון שכתוב בו מוחזק בידו עכ"ל ואף דקיי"ל דשט"ח לא הוי כגבוי ע"כ טעמו הוא ע"פ מש"כ בחידושיי לעיל סי' י"ב די"ל דבשטר דלא נמצא בו ריעותא הוי כגבוי לכ"ע ע"ש:

וכן ראיתי בתורת גיטין לאה"ע סי' קכ"ד ס"ק ב' שהשיג על הג"פ שם וכתב דהא בח"מ סי' מ"ד מבואר דשטר שנמצא בו מחק וגרר כשר ואף מאן דפסל הוא משום דהמנהג לכתוב פרעון שם אבל במחק וחתך שנמצא למטה נראה דלכ"ע כשר דאין שום אדם

כותב זכותו למטה במקום שיכול בעהש"ט לחותכו עכ"ל התו"ג ע"כ מה"ט לא חיישינן שמא היה כתוב למטה איזה תנאי ואין זה מטענת מיגו שיש לו דאי בעי גייז ליה דהא זה הוי כמו מיגו להוציא כנ"ל רק מטעם דאין דרך לכתוב שם תנאי וע"כ לדינא הנני מסכים לדברי הקצה"ח והנתיבות דבשטר בעדים לא חיישינן אף אם נמצא מחק למטה ובאמת לפי דברי התו"ג הנ"ל יש לומר דה"ה מה"ט אין לנו לחוש אף היכא דלא גבי ממשעבדי אם נמצא מחק למטה משום דאין אנו צריכים בזה להאמינו במיגו דאי בעי גייז ליה כמש"כ הקצה"ח והנתיבות רק דמצד דלא נהגו לכתוב פרעון למטה במקום שיכול בעהש"ט לחותכו וכמש"כ התו"ג הנ"ל אך מ"מ כיון דהקצה"ח והנתיבות כתבו בזה הטעם דנאמן במיגו דאי בעי גייז ליה ע"כ לפ"ז בשט"ח דלא גבי ממשעבדי לא שייך להאמינו במיגו דהוי מיגו להוציא כמש"כ הקצה"ח עצמו בסי' פ"ג לכן אין להוציא ממון בזה מהמוחזק אבל בשט"ח דגבי ממשעבדי הדין נותן דנאמן במיגו משום דבחשש פרעון הא הוי שטרא מסייעו ומשום חשש תנאי הא לא נהגו לכתוב תנאי שם ודוקא לפרעון אמרו דחיישינן אם נהגו לכתוב פרעון שם כמבואר הכא ועיין באו"ת באורים ס"ק י"ד:

ואין לחלק דשאני הכא דהוי מיגו דבידו דהיה יכול לגייז מקודם דהוחזק בב"ד וכמש"כ הר"נ בקידושין פ' האומר בסוגיא דיש לי בנים נאמן לחלק דשאני היכא דהוי בידו דנאמן אף במקום חזקה משא"כ במיגו שהיה יכול לטעון כו' דזה אינו:

דדוקא היכא דבידו לעשות כן גם עכשיו לפנינו זה מקרי בידו אבל היכא דאינו בידו לעשות כן עכשיו אף דהיה יכול לחותכו מקודם שהוחזק בב"ד גם זה בשם מיגו מקרי דהא היה מוכרח לטעון ולהכחיש להלוה ולומר דלא היה מעולם כתוב כן תחת השטר ע"כ הוי זה בכלל כל מיגו להוציא דלא אמרינן היכא דלא שייך לדון סברא שטרא מסייע ליה כמו בנ"ד בשטר שאין בו אחריות כנ"ל ואף דהתוס' בב"מ ד' ב' ד"ה וזה נוטל כו' כתבו לחלק דהיכא דיש לו מיגו דאי בעי שתיק אמרינן מיגו להוציא רק מטעם אחר אמרו בב"ב ד' ל"ב דלא מהימן עכ"ז הא לשיטת הרמב"ם בפי' המשנה המובא בש"ך סוף סי' פ"ג וש"פ שם ועיין בתוספות ב"ב ד' ל"ב ובראש"ש שם מבואר דס"ל דאף בענין כזה אמרו שם הטעם דלא דיינינן מיגו להוציא ולכן שפיר כתבתי לדון דזה בכלל מיגו להוציא דלא אמרינן וזהו פשוט [ובעיקר הענין היכא דהוי בידו כן עכשיו לפנינו אם זה עדיף מן מיגו בכל דוכתי יבואר במק"א ואכמ"ל ועיין בשער המלך סוף ה' מכירה] וכעין זה כתב הש"ך בסי' ס"ט ס"ק י"ז גבי חתימה חלק דאינו נאמן במיגו דאי בעי הוי כתב עליו משום דהוי בכלל מיגו להוציא דלא אמרינן משום דזה פשוט כמש"כ:

סימן מה

(סעי' א) העדים חותמים למטה וכתב הקצה"ח ס"ק א' אם העדים חתמו תחלה על נייר חלק ואח"כ כתבו על חתימתן השטר פסול משום דבעינן הכתיבה קודם לחתימה וכן מבואר בתוס' גיטין ד' ד' ד"ה מודה ר"א במזוייף מתוכו כו' שכתבו זימנין דיחתמו תחילה ויכתבו גט ע"ג חתימתן והתם ליכא עדות כלל דא"כ גם בשטרות היה לנו להצריך חתימה לשמה עכ"ל התוס' א"כ מבואר דאם קדמו החתימה לכתיבה לאו כלום הוא כו' עכ"ל הקצה"ח והביא לדברי הב"ח בתשובה סי' ד' שכ"כ ובאמת מצאתי כן בתשובת הב"ח הישנות סי' מ"ה שכתב כן בנידון ע"א שחתם שמו על נייר חלק ואח"כ כתבו שטר למעלה מחת"י העד ואחר כך חתם עד השני והעלה דפסול השטר על פי דברי התוספות דגיטין הנ"ל ע"ש:

ענף א:

ולענ"ד יש לדון בזה הרבה והוא דהנה שיטת הרי"ף ביבמות פ"ג במה דאמרו שם ד' ל"א ע"ב דלא תקנו זמן בקידושין דאי דזכירי כו' ואי לא זימנין דחזו מכתבא ומסהדי ורחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם והקשו התוספות והרא"ש שם ובכתובות ד' ך' ע"ז מכמה סוגיות והעלו דאם מעידים שכך ראו בחתימתן מהני משום דעדים החתומים בשטר נעשה כמו שנחקרה עדותן בב"ד כו' והרי"ף הקשה ג"כ והעלה דדוקא במסרו השטר להבע"ד בזה אמרו דהוי כמו שנחקרה עדותן בב"ד אבל כ"ז דהשטר יוצא מת"י העדים לא הוי כמו שנחקרה עדותן בב"ד ועיין בנ"י שם ומה דכתב הרמב"ן בזה והבית יוסף בח"מ סי' כ"ח הביא לדברי הרי"ף הנ"ל וכתב דלא כהנ"י והרמב"ן אלא דבכל שטר לא הוי כנחקרה עדותן בב"ד כ"ז דלא מסרו השטר להבע"ד וכן הביא הבית יוסף לדברי הרי"ף הנ"ל בח"מ סוף סי' מ"ו ס"ק ל"ז ומה"ט בשטר יוצא מת"י העדים אם אינם זוכרים העדות אין ממש בהשטר אבל לאחר שמסרו השטר להבע"ד אע"פ שאינם זוכרים העדות כשר השטר ובסי' מ"ו סעי' ל"ה כתב המחבר חתם בשטר עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו דאחרים מעידים אפילו לא ראוהו עד שנעשה חתנו ויש מי שאומר דה"ד בהשטר יוצא מת"י אחר אבל אם יוצא מת"י העדים לא עכ"ל וזהו ע"פ שיטת הרי"ף הנ"ל דס"ל דלא הוי כנחקרה עדותן בב"ד אלא בשעה שמסרו להבע"ד וכמש"כ הבית יוסף שם. ועיין באו"ת ונתיבות שם. וחזינן דשיטת הרי"ף הוא דלא הוי כנחקרה עדותן בב"ד בשטר אלא מעת שבא השטר ליד הבע"ד אבל מקודם דמסרו השטר לא הוי אז כנחקרה עדותן בב"ד א"כ לפ"ז עיקר ההגדה של השטר לא הוי בעת שחתמו והשטר יוצא מת"י העדים ולכן י"ל דאף דחתמו על נייר חלק ואח"כ כתבו על חת"י את השטר דהוי שטר כשר

דהא בעת עיקר הגדתם דהוי בעת דמסרו השטר להבע"ד הא אז כתוב מכבר למעלה מן חת"י. וי"ל דהתוס' דכתבו בגיטין בשם הר"י דלא מהני שטר דנכתב לאח"כ דזהו משום דהתוס' בשם הר"י אזלו לשיטתם דס"ל דהוי כנחקרה עדותן מיד דחתמו והוי אז כמו דהגידו בב"ד וע"כ אם חתמו על נייר חלק כיון דלא נכתב אז למעלה מח"י לא נחשב זה כנחקרה עדותן ואין חתימתן חוזר וניעור אבל לשיטת הרי"ף דבכל שטר לא הוי כנחקרה עדותן בב"ד אלא לאחר דמסרו השטר להבע"ד הוי אז כנחקרה עדותן וה"ה למ"ד דס"ל עדיו בחתומיו זכין לו ומיד לאחר דנכתב השטר בחת"י זכו העדים עבור המלוה והוי אז כמו דנמסר להבע"ד והוי כנחקרה עדותן אז וכיון דלשיטת הרי"ף לא הוי אז כנחקרה עדותן מיד דחתמו אלא לאחר דמסרו להבע"ד או בזכו בשבילו דהוי אז כנמסר להבע"ד למ"ד דעדיו בחתומיו זכין לו ע"כ ה"ה אף דחתמו על נייר חלק כיון דעיקר הגדתן הוי לאחר דמסרו להבע"ד ואז הא הוי כתוב למעלה מחת"י ונחשב שפיר להגדה בב"ד ולכן לשיטת הרי"ף אין מוכרח הך דינא: ועוד יש לדון בזה דהא כיון דכותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו וה"ה דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו אע"ג דבעת דחתמו על הגט והשטר לא היה הגט וההלוואה אז כי אם לאחר דנמסר כ"ז ליד הבע"ד ומ"מ הוי שטר מעליא אלמא דאף דבעת דחתמו על השטר לא הוי הגדה מעליא כי אם לאחר דנמסר השטר ליד הבע"ד ומ"מ מהני ואז הא הוי כתוב למעלה מחת"י אך בזה י"ל דהא עיקר עדותן על הגט הוי דהבעל אמר כן לפניהם ונכתב לשמו ולשמה וכמש"כ הב"ש סי' ק"ל ס"ק י"ט והנתיבות סי' כ"ח ס"ק ז' א"כ חשוב אז זה להגדה בעת דחתמו וכן י"ל דזהו כוונת התוס' בב"מ ד' י"ב ע"ב ד"ה כותבין שטר ללוה כו' דכיון שהוא כותב חובתו לא שייך מחזי כשיקרא דזהו ג"כ כעין דברי הב"ש הנ"ל דה"ה בשטר עיקר עדותן הוי דהתחייב א"ע בשטר לפניהם ולכן מהני שטר בע"ח כשמוסר להמלוה אח"ז אבל לעולם י"ל דעיקר הגדתן הוי מיד בעת דחתמו ולכן שפיר י"ל דאם חתמו על נייר חלק אין ממש בהשטר וכמש"כ התוס' בגיטין והקצה"ח:

ועוד יש לדון בזה ע"פ פלוגתת הראשונים דשיטת הרי"ף בגיטין פ' המגרש דלר"א דע"מ כרתי דסגי ג"כ בע"ח וכ"כ הרמב"ם והרמב"ן והר"ן שם ושיטת התוס' בגיטין ד' ד' ה"ה דקיי"ל הלכה כר"א דגיטין דלר"א לא מהני ע"ח וכן הוא שיטת הרא"ש בפ"ט דגיטין סי' ז' והובא פלוגתא זו באה"ע סי' קל"ג. והר"ן בפ"ט דגיטין ביאר שם בטעמו של הרי"ף דלכן אף לר"א סגי בע"ח משום דע"ח ה"ל כע"מ שהרי הגט יוצא מת"י בעהש"ט בעדים הללו וידוע לנו שהבעל והלוה מסרו לו ונמצא כאלו הן עצמן מעידים על המסירה והובא דברי הר"ן הנ"ל בנתיבות סי' מ"ה ס"ק ג' וביאר לדברי הר"ן הנ"ל דהא ע"ח בשעת חתימה

לא מעידין כלל דהא כותבין גט לאיש ושט"ח ללוה ועדיין ליכא מסירה ובשעת מסירה הוי אז כמגידין על המסירה והא דאמרי' עדים החתומים על השטר כאלו נחקרה עדותן בב"ד ע"כ לא הוי כנחקרה עד שעת מסירה ובשעת מסירה הוי אז כמגידין על המסירה דאז נגמר הדבר דקודם מסירה עדיין לא נגמר הדבר ואין העדים מגידין מאומה שאין להם מה להגיד כלל וא"כ בשעת מסירה הוי כשעת ראייה והגדה כו' עכ"ל הנתיבות ומזה חידש הנתיבות שם דין מחודש גבי צירוף קרובים וכשרים בזה ע"ש. ולכאורה י"ל דהר"ן אתי עלה מטעם דהוי כמו אנן סהדי דנמסר לה וכמש"כ הנתיבות בסי' כ"ח ס"ק ז' שכתב בזה"ל בכוונת הר"ן הנ"ל דע"ח הוי ע"מ או אנן סהדי כו' ולפ"ז יש לעיין במה דחידש הנתיבות בצירוף קרובים כנ"ל אבל באמת פשט דברי הר"ן הם כמש"כ הנתיבות בסי' מ"ה דהוי כמו דמעידים בעצמם על המסירה וכמש"כ הר"ן להדיא ע"ש ועיין בקצה"ח סי' מ"ב ס"ק א' א"כ לשיטת הסוברים דע"ח מהני אף לר"א משום דהוי ע"מ וס"ל דהא דהוי כנחקרה עדותן בב"ד הוי זה בשעת מסירת השטר והגט להבע"ד אבל מקודם דנמסר השטר והגט לא הוי אז כנחקרה עדותן בב"ד משום דמה שמעידין שנכתב בצווי המתחייב ושטר זה ראוי לגרש או לקנות בזה א"צ הגדה בב"ד כמש"כ הנתיבות בארוכה בסי' כ"ח ס"ק ז' ובסימן רמ"ד ס"ק ד' ובספרו תורת גיטין בחי' לגיטין ד' ס"ז בתוס' ד"ה אמרו לסופר כו' וכיון דעיקר הגדתן בשטר הוי בעת דנמסר להבע"ד דהוי אז כע"מ ע"כ י"ל דמה"ט מהני אף בחתמו על נייר חלק דהא בעת עיקר הגדת עדותן שהוא בעת דנמסר להבע"ד הא אז כתוב למעלה מן חת"י ובמה שמעידין בעת החת"י דשטר זה נכתב בצווי המתחייב הא כיון דבזה לא בעינן הגדה בב"ד ע"כ לא בעינן בזה תורת עדות כ"כ ומהני בזה אף דחתמו על נייר חלק והא באיסורין כיון דא"צ הגדה בב"ד י"ל דאף בחתמו על נייר חלק וכתבו אח"כ למעלה דמהני ולא מצינו דחידשו התוס' הך דינא אלא בגיטין ובממון דבעינן תורת עדות והגדה בב"ד וכה"ג לא הוי עדות כלל וכיון שכתב הנתיבות שם דמה שמעידין בעת חת"י דשטר זה נכתב בצווי המתחייב א"צ הגדה בב"ד דהוי כמו איסורין ע"כ אפשר לומר דמטעם זה מהני עדותן ע"ז אף בחתמו על נייר חלק:

והתוס' דכתבו דאם חתמו על נייר חלק לא מהני משום דלא הוי עדות כלל י"ל דזהו משום דאזלו לטעמייהו דס"ל דלא מהני ע"ח להיות במקום ע"מ אליבא דר"א כמש"כ התוס' בגיטין שם ד' ד' בד"ה דקיי"ל הלכה כר"א כו' ואף בשטרות י"ל כן אך לבסוף כתבו ומיהו יש לחלק כו' וכמש"כ התוס' בגיטין דף יו"ד ע"ב ד"ה חספא בעלמא כו' להסתפק בזה ע"ש ולפ"ז ברור הוא דמה דאמרינן בכל שטר דהוי כנחקרה עדותן בב"ד

דזהו בעת דחתמו על השטר הוי אז עיקר הגדתן בב"ד ולכן כיון דבעת דחתמו על נייר חלק ולא היה כתוב אז מלמעלה ע"כ לא הוי עדות כלל כיון דבעת דחתמו לא היה חשוב זה להגדה כלל אבל לשיטת הרי"ף וסייעתו הנ"ל אין זה הכרח כלל ויש לומר דבאמת זהו כוונת הרי"ף במה שכתב ביבמות פ"ג דהובא לעיל דלא הוי כנחקרה עדותן בב"ד רק אם יוצא מת"י הבע"ד כו' דזהו משום דאזיל לטעמו דפסק דע"ח הוי כמו ע"מ וכמש"כ הר"נ בכוונתו כנ"ל וכיון דעיקר הגמר עדותן הוי בעת דנמסר להבע"ד והוי אז כמו ע"מ ע"כ לא הוי כנחקרה עדותן רק בעת דנמסר להבע"ד ודברי הרי"ף הנ"ל הם שייכות להדדי והם הכל בסיגנון אחד וקצרתי ולכן לדינא י"ל דאין הכרח מן התוס' להוכיח כן דלא יהיה שום חילק בזה כי י"ל דלשיטת הפוסקים דס"ל דע"ח הוי כמו ע"מ וכמו שהביא המחבר הך דעה בסתמא באה"ע סי' קל"ג ודעה החולקת ע"ז כתב בשם י"א ע"ש דלדבריהם אין הכרח להך דינא כיון דעיקר עדותן בב"ד הוי בעת דנמסר להבע"ד ואז הא כבר כתוב למעלה מן חת"י וחשוב זה שפיר לעדות גמורה אף בממונות ולכן י"ל דהך דינא הוי ספיקא דדינא: ענף ב:

ועוד יש לדון בזה ע"פ מה דכתב הרמב"ם והמחבר בסי' מ"ו סעי' יו"ד דאם עדי השטר אינם זוכרים דבטל השטר וכתב הש"ך שם ס"ק ל"ב דאף לפי מש"כ בסי' כ"ח דשטר מהני מה"ת עכ"ז מסתברים דברי הרמב"ם דאם אין זוכרים העדות דבטל השטר והוי כמו מפי כתבם והנתיבות שם ס"ק ט' ביאר דברי הרמב"ם והש"ך דס"ל דמה"ת לא הוי כנחקרה עדותן בב"ד רק בשעה שבא השטר לב"ד וכמש"כ הרמ"א בתשובה סי' י"ב כעין זה ולכן כיון שאינן זוכרים העדות בעת שבא השטר לב"ד לכן אין ממש בהשטר וכש"כ לשיטת הרמב"ם דס"ל דשטר אינו אלא מד"ס ושיטת התוס' דכתבו בכתובות דף כ' בד"ה ור' יוחנן אמר כו' דאע"פ שאין זוכרה כלל מהני השטר משום דהוי כנחקרה עדותן בב"ד כבר. ועיין ביבמות ד' ל"א ע"ב ד"ה דחזו בכתבא כו' שכתבו שם בשם הר"י ג"כ כנ"ל וזהו דעה שנייה דהובא בסי' מ"ו סעי' יו"ד בשם יש חולקים דס"ל דאף דאין זוכרים ענין השטר בעת דבא השטר לב"ד ג"כ כשר השטר משום דס"ל דהא דהוי כל שטר כנחקרה עדותן בב"ד דזהו משום דבעת דחתמו הוי אז כמו דהגידו עדותן בב"ד:

ולפ"ז יש לדון דהתוס' בגיטין שכתבו בפשיטות בלא שום ראיה דאם חתמו על נייר חלק בטל השטר דזהו משום דאזיל הר"י לטעמו דס"ל דהוי כמו דנחקרה עדותן בב"ד בעת שחתמו על השטר ואז עיקר הגדתן ולכן כיון דחתמו על נייר חלק אין ממש בעדותן אבל לפי שיטת הרמב"ם וסייעתו כמש"כ הש"ך דמסתברים דבריהם דאם אינן זוכרים עדותן דבטל השטר משום דמה דאמרו דהוי כנחקרה עדותן בב"ד הוי בעת דבא השטר לב"ד

ולכן י"ל דאף דחתמו על נייר חלק ג"כ מועיל עדותן כיון דבעת דבא השטר לב"ד הוי אז הגדה מעליא דהא אז כבר כתוב למעלה מן חת"י וכיון דעיקר שטר דמועיל לשיטתם זהו כיון דהוי שטר כנחקרה עדותן בעת שבא לב"ד וע"כ מהני שטר זה על חיוב וקנין ובגט וכה"ג ולכן לשיטה זו אין הכרח לדברי התוס' הנ"ל ויש לדון דהתוס' דכתבו כן בפשיטות הוא רק לשיטתם דס"ל דהוי כנחקרה עדותן מיד בעת דחתמו ולומר דיהיה כנחקרה עדותן בב"ד לאח"ז הא לשיטתם לא מצינו דיאמרו כן וע"כ שפיר כתבו כנ"ל אבל לשיטת הרמב"ם וסייעתו אינו הכרח לומר כן:

והנה הב"ח בתשובה סי' מ"ה כתב בנידון שלו דע"א חתם על נייר חלק ואח"ז כתבו השטר למעלה מחת"י הע"א ואח"כ חתם עד השני דפסול השטר כמש"כ התוס' בשם הר"י בגיטין דף ד' ולולא דברי הב"ח יש לדון בזה הרבה והוא דהרמ"א בסי' מ"ו סעיף יו"ד כתב דאף לשיטת הסוברים דא"צ שיזכרו העדות דז"א רק בשני עדים אבל בע"א דחתם בשטר בעינן שיזכור העדות והש"ך בסי' מ"ו ס"ק ל"ג חולק על הרמ"א והעלה דלהך שיטה לא הוי שום נפ"מ בין ב' עדים לע"א ע"ש והנתיבות בסי' מ"ו ס"ק י"א כתב לבאר על נכון לדברי הרמ"א במה שמחלק בין ע"א לב' עדים דהא כתב הגהת רמ"א בסי' מ"ו סעיף ל"ח דע"א בשטר יכול לחזור בו והטעם כתב הסמ"ע שם ס"ק ק"ח דאין ב"ד חוקרין על ע"א כ"ז דלא נראה השטר בב"ד כמש"כ הנתיבות שם ס"ק כ"ו ומש"ה בעינן שיהיה זוכר העדות בעת שבא השטר בב"ד ודוקא בשני עדים כשחתמו ס"ל להך שיטה דהוי כמו דנחקרה עדותן מיד כשחתמו שניהם ע"ש:

ולפ"ז יש לדון דאף לפמש"כ התוס' בגיטין דבחתמו על נייר חלק ואח"כ נכתב למעלה דאין ממש בעדותן דזהו משום דאזלי לטעמייהו דמה"ת הוי כל שטר כנחקרה עדותן מיד דחתמו שני העדים על השטר וע"כ כיון דבעת דחתמו היה אז נייר חלק א"כ כיון דלא הוי אז בעת שחתמו כמו דנחקרה עדותן בב"ד ע"כ אין חת"י חוזר וניעור דהא לא מצינו לשיטתם לומר דיהא לאח"ז כנחקרה עדותן בב"ד וכיון דלא היה ממש בעדותן מיד שחתמו וע"כ אין ממש בהשטר אבל בע"א דלא הוי כנחקרה עדותו מיד בעת שחתם אלא בעת שבא השטר לב"ד אז הוי כנחקרה עדותו בב"ד ע"כ שפיר י"ל דאף התוס' מודו דבע"א שחתם על נייר חלק ואח"ז נכתב השטר דיהיה דינו כמו שטר בע"א כיון דבעת דבא השטר לב"ד הוי אז הגדה מעליא ואין לומר דא"כ יהיה כח השטר בע"א לדינו עדיף מן שטר של ב' עדים בזה דז"א דהא אזלינן בתר טעמא דכיון דע"א גרע כחו ויכול לחזור בו מקודם דהעיד וכן אם אינו זוכר בעת דבא השטר לב"ד דפסול השטר ע"כ ממילא כיון דלא נחשב להגדה כלל בעת שחתם על השטר ע"כ מהני אף בחתם על נייר חלק אבל

בשטר של ב' עדים ביחד כיון דאלים כחם דהוי כמו דהגידו עדותן בב"ד בעת שחתמו ע"כ ממילא אם חתמו על נייר חלק אין ממש בעדותן ולכן בהנידון של הב"ח דע"א חתם על נייר חלק אפשר לומר דלשיטת הרמ"א דמחלק בין ע"א לשני עדים דמה"ט אף בע"א דחתם על נייר חלק כיון דלא הוי ביה כנחקרה עדותן בב"ד אלא לאחר דחתם עד השני ג"כ ע"כ שפיר חשוב זה כהגדה גמורה בעת דחתם העד השני דאז כבר הי' כתוב למעלה. ואף להתוס' כשר שטר כזה לפמש"כ הרמ"א כנ"ל לדינא כמו שכתבו התוס' בכתובית בתי' קמא והובא בש"ך שם:

ולכאורה אפשר לומר דאי נימא כמש"כ הרמ"א דבע"א לא הוי כנחקרה עדותו בב"ד עד שעה שבא לב"ד דאלמא דמצינו דיש מקום לומר דאף היכא דלא הוי כנחקרה עדותו מיד בעת שחתם דעכ"ז הוי כנחקרה עדותו לאח"ז בעת שבא לב"ד דה"ה יש לדון כן בשטר שחתמו על נייר חלק שני עדים ואח"כ כתבו למעלה מחת"י שני העדים את השטר דג"כ לפ"ז יש להכשיר דאף דבשני עדים הוי כנחקרה עדותן מיד בעת שחתמו דמ"מ היכא דלא הוי כנחקרה עדותן מיד מ"מ לא גרע מן ע"א דאף דלא הוי כנחקרה עדותן מיד דמ"מ הוי כנחקרה עדותן לאח"ז ומש"כ לעיל בזה דאזלינן בתר טעמא הוא דוחק:

ויש לומר דאף דנימא דגם בשטר בשני עדים היכא דלא הוי כנחקרה עדותן בב"ד מיד בעת שחתמו כמו בחתמו על נייר חלק דמ"מ לאחר דבא לב"ד הוי כנחקרה עדותן דלא גרע מן ע"א לפמש"כ הרמ"א לדון בע"א כן דמ"מ יש לפסול בחתמו שני עדים על נייר חלק משום חשש דהוי כמו מזויף מתוכו דכתבו התוס' דפסול היכא דיש חשש דלמא אתי למסמך עלייהו להשיאה או להוציא ממון ע"פ ואע"פ שהדבר אמת אין לעשות כן אלא בעדים כשרים כמש"כ התוס' בגיטין דף ד' ולכן כיון דבשטר בשני עדים אע"פ שאין זוכרים כשר השטר לשיטת התוס' משום דהוי כנחקרה עדותן מיד בעת שחתמו ולכן כל מי שיראה כך כתוב בשטר יכול לבא לב"ד להעיד דהוי כמו דנחקרה עדותן בב"ד כמש"כ התוס' בכתובות דף כ' וביבמות דף ל"א ובאמת אם חתמו על נייר חלק דאז לא הוי כנחקרה עדותן מיד בעת שחתמו אלא אז הוי כנחקרה עדותן לאחר שבא השטר לב"ד וכמו בע"א דכיון דלא הוי כנחקרה עדותן מיד בעת שחתם ע"כ לא הוי כנחקרה עדותו רק לאחר שבא לב"ד ולכן מי שיראה כך כתוב בשטר בעדים יבא ויעיד ויהיו סומכין על עדותן משום דלא ידעו מן מה שחתמו על נייר חלק ובאמת כיון שחתמו על נייר חלק דלא הוי כנחקרה עדותן בב"ד מיד אלא לאחר דבא השטר לב"ד א"כ הוי בעת ראייתן להשטר כ"ז דלא בא השטר לב"ד כמו מפי כתבם דלא מהני וע"כ שפיר כתבו התוס' לפסול בחתמו על נייר חלק וכעין הא דיבמות דף ל"א דאמרו זימנין דחזו בכתבא

ומסהדי והוי מפי כתבם וכן יש חשש שמא לא יזכרו העדות בעת דבא השטר לב"ד דבכל שטרות אף דאינם זוכרים העדות כשר השטר לשיטת התוס' משום דהוי כנחקרה עדותן מיד שחתמו וכיון דלא ידעו ממה שחתמו על נייר חלק מחמת ששכחו ענין השטר ע"כ יכול לבא לחשש תקלה לאח"ז. וכעין מש"כ הר"ן בגיטין פ"ד על משנה דהיה משנה שמו ושמה דחיישינן דשמא לאח"ז נשכח הדבר ע"ש והעיקר כמש"כ מתחלה להחשש דעדים אחרים שיראו כך כתוב בהשטר דיבואו ויעידו כנ"ל:

ולשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דלא הוי כנחקרה עדותן בב"ד בכל שטר אלא מעת שבא השטר לב"ד ומ"מ ס"ל דאם עדים אחרים מעידים שראו כך כתוב בשטר סומכין על עדותן כמבואר בב"ק דף צ"ח ואף דלא הוי כנחקרה עדותן עד שעה שבא לב"ד והטעם הוא דכיון דהוי כנחקרה עדותן בעת שבא לב"ד ע"כ תקנו חז"ל דיהא לו דין שטר אף מקודם דבא השטר לב"ד וכמש"כ הנתיבות כעין זה בסי' מ"ו ס"ק ט' במתו העדים מקודם שבא השטר לב"ד וה"ה מה"ט יש לדון כן בחתמו על נייר חלק דכיון דהוי כנחקרה עדותן בעת שיבא לב"ד ע"כ יש לו דין שטר אף מקודם אבל לשיטת התוס' דלדידהו אינו מוכרח לומר כן דהא כיון דס"ל דכל שטר הוי כנחקרה עדותן מיד בעת שחתמו א"כ אינו מוכח לומר כן ע"כ שפיר כתבו לפסול לשטר שחתמו על נייר חלק ולכן לדינא יש לומר דלשיטת הרמב"ם וסייעתו אף בחתמו על נייר חלק יש לו דין שטר וכש"כ בנידון של הב"ח בע"א חתום על החלק דיש להכשיר לפי שיטת הרמ"א בע"א בשטר דבעי שיזכור העדות אך לפמש"כ הש"ך בסי' מ"ו ס"ק ל"ג ובס"ק קי"ט דלא כהרמ"א והעלה דאין לחלק בין ע"א לב' עדים ע"כ שפיר כתב הב"ח בנידון שלו ואין מחלק בין ע"א לשני עדים גם י"ל דהב"ח אזיל לטעמו דהב"ח בטור ח"מ סוף סי' מ"ו כתב דדוקא הרמב"ם לשיטתו דס"ל דכל שטר אינו רק מדרבנן ע"כ ס"ל דבעינן שיזכרו העדות ולדינא דקיי"ל דשטר הוא מה"ת ע"כ אף באינם זוכרים העדות מהני ע"ש ולכן שפיר כתב הב"ח בתשובה כשיטת התוס' בגיטין דחתמו על נייר חלק לא מהני אבל לפמש"כ הש"ך בסי' מ"ו ס"ק ל"ב דאף לדידן דקיי"ל דשטר הוא מה"ת מ"מ י"ל דבאינם זוכרים פסול מה"ט דנתבאר ע"כ הוי זה ספיקא דדינא:

ענף ג:

ובעיקר הענין בחתמו על נייר חלק דכתבו בשם התוס' לפסול יש לעיין בעיקר ראייתם והוא דהא מבואר בגיטין דף כ"ו וכתובות דף כ"א בתוס' שם ובדף פ"ה דלא חיישינן למחזי כשיקרא וכן מבואר בח"מ סי' מ"ו סעיף כ"ד ובש"ך ס"ק סמ"ך ובסי' ל"ט סעיף י"ג וש"ך ס"ק ל"ח דאף בחתימה לא חיישינן למחזי כשיקרא וע"פ דין מותרין העדים

לכתוב שטר למלוה ויהיה בידם עד שיבא הלוה להקנות ממנו אך דאסרו מטעם דשמא יפול מידם כו' או משום דלכתחלה חיישינן למחזי כשיקרא ועיין באו"ת שם. והא בכתבו העדים השטר וחתמו מקודם שראו ההלואה הא אז בעת שחתמו בודאי אין עדותם חשוב לעדות כלל ועיקר חתימתם ועדותם הוא על מה שיראו להבא ומ"מ כשר מן הדין א"כ ה"ה בחתמו על נייר חלק דאף דקודם שכתבו השטר ע"ג לא היה ממש בעדותם וחת"י דמ"מ כשחתמו על הסמך שיכתבו לאח"ז למעלה על חת"י יש לומר דהשטר כשר וע"פ סברא נראה דיותר גרע היכא דלא ראו עצם עדותן כלל בעת שחתמו מן היכא דראו כבר עצם עדותן רק דלא כתבו למעלה עדיין א"כ כמו דמותרין לחתום על סמך דיראו לאח"ז עיקר הענין כש"כ דמותרין לחתום אם ראו כבר העדות על סמך דיכתבו לאח"ז למעלה מן חת"י וגם הא זהו דבר שבידם בעת חת"י לכתוב אח"ז למעלה משא"כ בחשש דמחזי כשיקרא דאין בידם מקודם שראו את ההלואה ע"כ הדעת נותנת דאף בחתמו על נייר חלק מלמטה יהיה השטר כשר בנכתב אח"ז למעלה:

והא דכתבו התוס' בגיטין דף ד' דבחתמו על נייר חלק פסול בגיטין ובשטרות יש לומר בכוונתם דס"ל דשייך בזה החשש דמחזי כשיקרא דהא כיון דבעת שחתמו לא היה כתוב למעלה א"כ הוי שקר ממה שחתמו בתורת עדות כיון דלא נכתב למעלה ולא מחלקי בין שאר מחזי כשיקרא ובין זה ולכן למאן דס"ל לפסול בכל מחזי כשיקרא שפיר יש לפסול בזה ג"כ ולדינא דקיי"ל דלא חיישינן למחזי כשיקרא יש לומר דבשטרות כשר בחתמו על נייר חלק על הסמך דיכתבו אח"ז ולא הוציאו מת"י עד לאחר שנכתב אבל בגיטין י"ל דפסול משום דהיכא דחתמו בשקר והוי מחזי כשיקרא בחת"י י"ל דהחמירו בגיטין כדמצינו כה"ג בתוס' גיטין דף פ' ד"ה כי יתביתו כו' שכתבו בשם הר"י לחלק דבגט פסלו היה במזרח כו' משא"כ בשטרות כו' והובא בש"ך סי' מ"ג ס"ק מ"א וכ"כ הגט פשוט בסי' קכ"ז ס"ק כ' דיש מקום לחלק בין גיטין לשטרות בזה ע"ש ועיין בגיטין דף כ"ו וכתובות דף פ"ה במה דאמרו וליתא מדר"נ דאר"נ אפילו מצאו באשפה כו' אך די"ל דגרע היכא דהיה החת"י בשקר והג"פ כתב שם בשם הריב"ש דאין כל השקרים דומין זה לזה עכ"פ מצינו דבגיטין יש להחמיר יותר מבשטרות:

ולכן י"ל דהא דכתבו התוס' בגיטין ד' ד' ד"ה מודה ר"א כו' לפסול בכתבו הגט על נייר חלק משום דליכא עדות כלל י"ל דכוונתם דזהו משום דמחזי כשיקרא כיון דבעת שחתמו לא הי' להם על מה להעיד וחתמו שקר דבגיטין יש לפסול יותר מבשטרות כנ"ל ומה שכתבו דא"כ מטעם זה גם בשאר שטרות היו לנו להצריך חת"י לשמה יש לומר דכוונתם למאן דאמר לפסול בשטרות משום מחזי כשיקרא דלדידי' תקשה דא"כ היה לנו להצריך

חתימה לשמה אליבי' וכה"ג מצינו בב"מ ד' י"ב ע"ב ד"ה כותבין שטר ללוה כו' שכתבו דליכא למיחש למחזי כשיקרא כמו באשרתא דדייני דפסולה דהכא כיון שהוא כותב חובתו כו' אלמא דמצינו דכתבו סתמא דבמחזי כשקרא פסולה אף שבאמת אין זה רק לחד מ"ד וכה"ג כתב הש"ך בסי' רס"ח ס"ק ב' ע"ש וכן מצינו בכ"ד ועי' בחולין דף ק"ד תוס' ד"ה ומנא תימרא כו' ובחתמו על נייר חלק לא שייך לומר לסברת התוס' שכתבו שם דכיון שכותב חובתו כו' דהא לא נכתב כלום אז בעת חת"י וע"כ לדינא י"ל דכיון דלא חיישינן בשטרות למחזי כשקרא לכן ה"ה בחתמו על נייר חלק על הסמך שיכתבו אח"ז למעלה ולא יוציאו מת"י הנייר החלק דאל"כ בלא"ה יש לחוש דלמא יכתוב איזה זיוף ושקר למעלה מחת"י כמבואר בכ"ד די"ל דאין זה פסול בדיעבד ולכן לדינא אין זה הכרח:

ולכאורה יש לומר דלכן יש לפסול בחתמו על נייר חלק משום דעיקר נאמנות עדות דהתורה האמינה אותם י"ל דזהו מטעם דכיון דאם העדים העידו בשקר קא עברו על לאו דלא תענה ועל עשה דמדבר שקר תרחק כמש"כ התוס' בב"ב ד' צ"ד ד"ה הכי השתא כו' ע"כ אפשר לומר דדוקא אם העידו על העבר בפיהם ויצא השקר מפיהם בעת שהעידו ע"כ בזה לא חשדינן אותם שיעידו בשקר וה"ה בעדות בשטר על מה שכתבו למעלה מחת"י אבל אם חתמו על נייר חלק דבעת דחתמו לא נכתב כלל שום שקר למעלה ולכן שפיר יש לחושדם שיתנו רשות לא' לכתוב שקר למעלה מחת"י כיון דלא קעבדי בדיבור דרחמנא קרי מעשה כמבואר בב"ק ד' ה' ובכה"ג אפשר למחשב אותם כיון דהוא איסור קל בגדר גרמא כמו בשליש שהחזיר שטר להמלוה כמש"כ הש"ך בסי' נ"ה ס"ק ד' ועיין בשבועות ד' מ"ו תוס' ד"ה אבל שבועת ביטוי כו' ובח"מ סי' צ"ב סעי' ב' שמחלקים בין שבועה דלהבא דלא יצא השקר מפיו בעת השבועה כן י"ל בזה:

אבל גם מטעם זה אין לפסול דא"כ תקשה דאמאי אמרו דלמחזי כשיקרא לא חיישינן וע"כ מן הדין היו מותרים עדים לכתוב ולחתום על הסמך דלהבא כמבואר בסי' ל"ט סעי' י"ג ובסי' מ"ו רק דפסלו שם מחשש שמא יפול מידם כמש"כ הש"ך שם והא בלא"ה יש לחוש דשמא יקילו באיסור עדות שקר בזה האופן כיון דבעת דחתמו הי' על סמך דלהבא ולא שייך אז לומר דהעידו בשקר ולכן יש לחוש דלמא אח"כ נתהפך מחשבתם ולא קעבדי כלום במה ששתקו אח"ז ולא קרעו להכתב שכתבו מתחלה ואפ"ה חזינן דלא פסלו מה"ט דכיון שנותנים אח"ז השטר חתום בחת"י בתורת עדות הוי זה עדות מעליא אף שלא שייך התם לומר הסברא דיצא השקר מפיהם בעת עדותם וה"ה די"ל כן בחתמו על נייר חלק כיון דהשטר הוא ת"י העדים וכתבו אח"ז למעלה דאח"כ כשמוסרים השטר

להבע"ד וכתוב אז למעלה דנאמנים בתורת עדות בזה וגם הא באשרתא דדייני דכתבו וחתמו על סמך דלהבא ואף מאן דפוסל אין זה רק משום דמחזי כשיקרא אלמא דאף דחתמו על סמך דלהבא יש להם תורת עדות בזה וה"ה בנ"ד ולכן הב"ח והקצה"ח לא כתבו טעם זה והקצה"ח כתב דה"ה בכת"י שנחתם על נייר חלק ונכתב אח"ז דאין בו ממש כמו בחת"י העדים ובאמת לפי מש"כ יש לחלק בין עדים לכת"י המתחייב וחזינן דגם הקצה"ח לא נחת לטעם זה וכן הב"ח כתב שם סברא אחרת בזה כפי שיבואר להלן:
ענף ד:
ובאה"ע סי' קכ"ה סעי' ו' כתבו בשם הרא"ש בתיקון פסול שאירע בגוף הגט דצריך לתקן קודם שיחתמו העדים אך במה שאינו פסול מן הדין רק מפני חומרא בעלמא יכולין לתקן אף אחר שחתמו כמש"כ הח"מ שם ומזה מוכח דלא מהני באם חתמו על נייר חלק דאל"כ מה בכך שחתמו תחלה דלא יהא אלא נייר חלק אך באמת אינו ראי' מגיטין לשטרות כמש"כ לעיל דבגיטין החמירו ביותר היכא דהוי חשש מחזי כשיקרא וכה"ג ובח"מ סי' מ"ה סעי' י"ד בהרחיקו העדים שני שיטין מהשטר דאם מלאוהו בקרובים כשר וחד דעה ס"ל דאם מלאוהו שלא מדעת הלוה פסול משום דשם פסול עליו כ"ז שלא מלאוהו ומה"ט באם מלאוהו למחר פסול כמבואר שם סעי' ט"ו ועיין בסמ"ע שם ובש"ך ס"ק כ"ו דכתב דכ"ע מודו בזה משום דהוי שם פסול עליו והא שיכול למלאות בלא דעת הלוה כו' ולכאורה קשה דאף דמלאוה בדעת הלוה דמ"מ כיון דיש עליו שם פסול בעת שחתמו והי' רחוק ב' שיטין א"כ קשה דאמאי מהני במה שמלאוהו לאחר שחתמו והא חזינן באה"ע סי' קכ"ה הנ"ל דלאחר שחתמו לא מהני תיקון לגוף הגט כיון שנפסל כבר:
ולפמש"כ לחלק בזה בין גיטין לשטרות אתי שפיר די"ל דדוקא בגט החמירו לתקן מקודם חת"י העדים משא"כ בשטרות שפיר יכול לתקן אף אחר שחתמו ומה"ט יכול למלאות בקרובים אבל זה אינו דהא אף בגט כשר למלאות בקרובים בהרחיק שני שיטין כמבואר בגיטין ד' פ"ז וד' פ"ב ובתוספתא דגיטין סוף פ"ז גט שכתבו עליו חמשה עדים ונמצאו הראשונים קרובים כו' ועיין בב"ב ד' קס"ב וגיטין ד' י"ח וקצרתי ובאמת יש להוכיח ממה דכשר למלאות אף אחר שהרחיקו ב' שיטין דמוכח מזה כמש"כ הסמ"ע בסי' מ"ה ס"ק ל"ו לחד שיטה דס"ל דאין שם פסול עליו בהרחיקו שני שיטין לפי מש"כ הש"ך שם דכו"ע סבירי להו דשם לפסול עליו כמבואר שם סעי' ט"ו י"ל דהא דכתבו באה"ע סי' קכ"ה דאחר שנחתם אין הבעל יכול לתקן מאחר שנחתם בפסול דקאי שם בנראה לפני ב"ד לשיטת הסוברים דצריך ב"ד בגט א"כ הא אף בהרחיק ב' שיטין אם נראה בב"ד אין לו תקנה כמבואר בסי' מ"ה סעי' י"ד אבל זה דוחק דמשמע שם דאף

בלא נראה בב"ד אין הבעל יכול לתקן הגט לאחר שנחתם ולכן בע"כ מוכח לחלק דשאני הרחיק ב' שיטין דאף דשם פסול עליו מ"מ כיון דאין זה תיקון בגוף כתב הגט ע"כ הכשירו משא"כ היכא דצריך תיקון בגוף כתב הגט לכן לא מהני דהוי כמו הא דכתבו התוס' דאם קדם החתי' להכתיבה בגט לא מהני וכמש"כ ועפ"ז יש לדון במש"כ הש"ך בסי' מ"ג ס"ק י"א:

והב"ח בתשובה סי' מ"ה כתב הטעם דלכן לא מהני בחתמו על נייר חלק כמש"כ התוס' משום דכתיב שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתום והעד עדים דמשמע דתחלה צריך לכתוב ואח"כ יחתמו עדים כו' עכ"ל ולפי טעמו יש לומר דה"ה בכת"י המתחייב צריך לכתוב תחלה ואח"ז יחתום דהא בירמי' ל"ב פסוק מ"ד פירשו המפרשים שם דכתוב בספר וחתום היינו דבעל השדה יחתום שמו ע"ש א"כ קאי זה על כת"י. אבל באמת זה אינו לפמש"כ התוס' בב"ב ד' ק"ס ד"ה שדות בכסף יקנו כו' דכתוב בספר זהו טופס וחתום זהו תורף אכן עיקר טעמו של הב"ח אין זה ברור למדרש פסוקי מנפשי' וגם לדבריו א"כ אם ביקש הלוקח שיכתבו השטר ויהי' ביד העדים עד שיבא המוכר למכור דמבואר בסי' רל"ח בסמ"ע ס"ק ה' דאסור רק משום דמחזי כשיקרא וכמש"כ המ"מ וכמו הא דסי' ל"ט סעי' י"ג כנ"ל הא לדברי הב"ח יש לדרוש כן מקראי דאין להעדים לחתום עד אחר שיקנה השדה בכסף אבל לא לכתוב השטר על סמך דלהבא דהא כתיב שדות בכסף יקנו ואח"ז וכתוב בספר וחתום והעד עדים ובאמת אין זה הוכחה מן הפסוק כמבואר בפשיטות וכ"ז פשוט:

ולפמש"ב הסמ"ע בסי' מ"ח ס"ק א' דשטר שנמחל שעבודו גבי מב"ח משום דשייך גם בזה לומר שטרא בידי מאי בעי א"כ לפ"ז יש לומר דה"ה בשטר שחתמו על נייר חלק דמ"מ גבי מב"ח דהא בשטר שנמחל שעבודו לא חתמו העדים על ההלואה הלז וכמו דמבואר בירושלמי בב"מ פ"א ה"ן טעם הלז דלכן אינו גובה בשטר שנמחל שעבודו משום שלא חתמו העדים על הלואה השנייי' ומ"מ גבי מב"ח לשיטת הסמ"ע א"כ ה"ה בחתמו העדים על נייר חלק על סמך כתיבה דלהבא ובהלואה שהלוה לפניהם כש"כ דמהני שיגבה מב"ח אבל לפי שיטת הש"ך דחולק וס"ל דשטר שנמחל שעבודו אינו גובה מב"ח י"ל דה"ה בנייר חלק ואח"ז נכתב על חת"י לפמש"כ הקצה"ח דפסול דמה"ט אף מב"ח אינו גובה ומ"מ אם מסר שטר כזה לפני ע"מ יש לומר דגובה בו כמש"כ הרמ"א בסי' מ"ח בשטר שנמחל שעבודו ולפמש"כ הש"ך שם ס"ק ה' דדוקא במסרו לפני עדי חתימה דאל"כ ה"ל מזוייף מתוכו י"ל דה"ה בחתמו על נייר חלק דאם מסרו לפני ע"ח מהני השטר ועיין בקצה"ח סי' מ"ח ס"ק ו' ובאו"ת ובנתיבות שם אך לפמש"כ הש"ך

שם ס"ק ו' דלקמן העלה בסי' נ"א דהרבה חולקין וס"ל דלא אמרינן ע"מ כרתי בשטרות ע"כ לא מהני בזה ע"מ אך אם תפס מהני [אף לפמש"כ הקצה"ח לפסול ג"כ בשטרות בחתמו על נייר חלק) אם נמסר לפני ע"מ מע"ח כמש"כ הש"ך שם כנ"ל:

והקצה"ח בריש סי' מ"ה כתב דלפמש"כ התוס' בריש גיטין דחת"י עדים על החלק לא מהני דה"ה בכת"י שחתם ואח"כ כתב עליו דלא מהני ובאמת לפמש"כ לעיל יש לחלק בזה בין עדים לחת"י הבע"ד ולקמן סי' ס"ט סעי א' כתב המחבר והטור בשם הרמב"ן שם דכשחתם שמו למעלה צריך שיהי' בכת"י דשמא מצאו אחר כו' דמשמע מזה דלולי הטעם בחשש זיוף הי' מהני הכת"י אף דנכתב למעלה רק חת"י ואח"ז נכתב בכת"י אחר דלא שייך בזה סברת הקצה"ח שכתב דאף דלא הי' חת"י רק לויתי ממך בכת"י מהני דהא זה לא שייך בכת"י אחר אך זה יש לדחות די"ל דלכן נקטו הטעם דשמא מצאו אחר כו' להורות לנו הדין דאף אם היה הכת"י מהאחר דלוה מנה ואח"ז חתם שמו למעלה דעכ"ז לא מהני ולא יעשה שטר כזה דשמא מצאו אחר כו' ולא יהא ממש בכת"י הלז אבל לעולם י"ל דאם חתם שמו כ"ז דלא נכתב למטה ולא למעלה מהחת"י דלא מהני וכמש"כ הקצה"ח וכן מוכרח לומר במש"כ הסמ"ע בסי' מ"ה ס"ק ב' דאין העדים חותמין למעלה משום חשש זיוף כו' דאף לפמש"כ הקצה"ח דע"פ דין לא מהני בחתמו על נייר חלק דמ"מ צריך להטעם הלז אף היכא דהעדים חתמו למעלה לאחר שנכתב למטה השטר כנ"ל וכן מוכרח לומר במה דמבואר בגיטין ד' פ"ז ע"ב דחתמו עדים בראש הדף או מן הצד כו' דפסול וכתבו התוס' בב"ב ד' ק"ס ד"ה פשוט שכתבו עדיו מאחוריו פסול דזהו משום שלא נעשה כתק"ח כו' והובא בש"ך סי' מ"ה ס"ק א' ג"כ י"ל דזהו אף אם העדים כתבו הגט מלמטה ואח"ז חתמו למעלה או מן הצד דמ"מ פסול לפי שלא נעשה כתק"ח:

ועכ"ז לדינא נראה לי דבכת"י אף שחתם על נייר חלק ואח"ז כתבו מלמעלה דמהני הכת"י וכמש"כ הש"ך בסי' מ"ח ס"ק ב' גבי כת"י שנמחל שעבודו דמהני וכמש"כ הע"ש והסמ"ע והטעם הוא דכיון שמודה שמסרו בינו לבינו מהני דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכמש"כ התוס' בגיטין ד' ד' כו' ואף דהקצה"ח בסי' מ"ח ס"ק ג' חולק על הש"ך שם והכריע כהב"ח דגם בכת"י דנמחל שעבודו אינו חוזר ולוה בו מ"מ העיקר הוא כמש"כ הש"ך וכן פסק הנתיבות בסי' מ"ח וכן כתב האו"ת לדינא שם א"כ הא התם בנמחל שעבודו לא חתם הלוה מעולם על הלואה השניי' ואפ"ה מהני הכת"י. א"כ ה"ה בכת"י שחתם על נייר חלק על סמך דלהבא שיכתוב אח"ז ג"כ מהני מה"ט שכתב הש"ך בכת"י דנמחל שעבודו ועיין בקצה"ח סי' מ"ח ס"ק ה' שכתב ג"כ כמש"כ בריש סי' מ"ה לפסול בכת"י שחתם על החלק אבל העיקר כמש"כ האו"ת בסי' ס"ט דמהני:

ומה שהקשה הקצה"ח מגט מקושר י"ל בזה דגם בגט מקושר חותמים העדים מאחוריו לאחר שנכתב כולו מפנים בקשריו ועיין ברע"ב בב"ב פ' יו"ד מ"א ובלא"ה י"ל דגם בגט אין פסולו רק מדרבנן לאחר דתקנו שיחתמו עדיו מתוכו ע"כ צריך שיהי' כתוב למעלה בעת חת"י ובמקושר דתקנו שיחתמו מאחוריו לא איכפת לנו בזה אך אין זה במשמע בדברי התוס' בגיטין שם והעיקר כמש"כ מתחלה העולה לנו מכל זה דבשטר שחתמו העדים על נייר חלק דיש מקום לדון דלכמה שיטות ראשונים אינו מוכח דפסול שטר כזה וכש"כ בשטר בע"א דחתם על החלק ואח"ז כתבו למעלה וחתם העד השני אח"ז דבזה יש להכשיר ביותר וע"כ אפשר לדון דמהני תפיסה בזה וכש"כ בנמסר לפני ע"מ בעדים החתומים בשטר דוודאי מהני בזה תפיסה ובכת"י שחתם על נייר חלק וכתב אח"ז למעלה דודאי מועיל כת"י כזה:

ב (סעי' ה') מקום שנהגו שהסופר חותם ע"פ העד כו'. ש"ך ס"ק ח' וה"ה לוה המחייב בכת"י כו' ובזה נראה דאפילו לא קבלו בני העיר מנהג זה מהני כו' משא"כ הכא שמתחייב הוא עצמו בכך עכ"ל והקצה"ח ס"ק ב' כתב לחלק דבשטר ראי' מהני חת"י הבע"ד במס"ק אבל בבא להתחייב בחיוב מחדש כשמצוה לאחר לחתום לא שייך בזה משום שליחות כו' עכ"ל והנתיבות ס"ק ב' כתב דגם בבא להתחייב א"ע שייך שליחות ע"ש:

ענף א:

ובאמת דברי הקצה"ח שכתב דלא שייך שליחות בזה צריך ביאור דהא מצינו גם בגט דכותב הסופר לשמה בשליחות הבעל כמבואר באה"ע סי' ק"כ: ואף היכא דהבעל אין יכול לכתוב ג"כ מהני שליחותו להסופר שיכתוב ולא אמרינן בזה להך כללא דאמרו דמי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד ושליח מצי משוי כמו דנזיר ד' י"ב וכבר העיר בזה הבית מאיר באה"ע סי' קי"ט דהקשה להסוברים דצריך שליחות לכתיבת הגט דהא מי שאינו יכול לאמן ידיו בשום אופן ובשום אות כגון גידם דמ"ש מכהן זקן דב"ק כו' עכ"ל הב"מ: וכבר כתבו כן התוס' ישנים בעירובין ד' י"ג ע"א בתוס' ד"ה אבל תורה כו' ועיין מזה בדורש לציון דרוש י"ג מזה עכ"פ מצינו דאף מי שאינו יכול לכתוב אפ"ה עושה שליח לכתוב הגט א"כ ה"ה אף מי שאינו יכול לכתוב יהא יכול לעשות שליח לחתום בשליחותו על שטר חיוב ובעיקר דברי התו"י והב"מ והדורש לציון הנ"ל יש להאריך ואכ"מ:

והנלע"ד בעיקר סברת הקצה"ח הנ"ל שכתב דלא שייך שליחות בזה די"ל דזהו משום סברת שיטת הסוברים דכל שטר שאינו מוכח מתוכו אין לו דין שטר כיון שצריך בירור

זולתו כגון בשני יוב"ש דגיטין ד' כ"ד בתוס' ד"ה בעדי מסירה כו' דכתבו דלר"מ בעינן מוכח מתוכו ובח"מ סי' מ"ט סעי' ז' בשני יוב"ש דכיון דמן השטר אינו מוכח ומבורר מי מהן לוה המעות וכיון דצריך בירור זולת השטר אין לו דין שטר וכן הוא בש"ך סי' מ"ד ס"ק ד' בשם תשובת רשב"א גבי שיטה אחרונה וכן הוא בכתבו ע"ד המזדייף דאם ליכא עדי מסירה אף אם יבואו עדי חתימה להעיד שלא זייף ג"כ לא מהני כמש"כ התוס' בגיטין ד' כ"ב ד"ה מאן חכמים ר"א כו' ומה"ט כתב הקצה"ח בסי' מ"ב ס"ק א' לחזק לדברי הב"ח שכתב דבשטר אקנייתא דנכתב ע"ד המזדייף אם ליכא ע"מ רק ע"ח דפסול. והש"ך והסמ"ע לא כתבו כן וכתב הקצה"ח דלכן פסול משום דכיון דלא הוי מוכח מתוכו והוי כמו דלא היה עדים חתומים בו ונתנו כת"י אחר אף דמודה שמסרו לא מהני כמו דהאריך שם הקצה"ח וה"ה באינו כת"י ממש רק חתם במס"ק ע"י שלוחו דכיון דבעינן עדים דיעידו דציוה לשלוחו לחתום במס"ק עבורו א"כ הא לא הוי מוכח מתוכו וזהו דומה ממש להא דשני יוב"ש דכיון דלא הוי מוכח מתוך השטר אם לא יבואו עדים להעיד דזהו יוב"ש דחתמו העדים עבורו דמקרי אינו מוכח מתוכו כנ"ל א"כ ה"ה בזה דכ"ז דלא יבואו עדים להעיד דציוה לשולחו לחתום לא הוי מוכח מתוך חת"י האחר דלוה מעות מהמלוה ע"כ אין לו דין שטר כלל ולא מהני הודאת בע"ד בזה ודוקא בחתום בעצמו אף דבעינן קיום חת"י מ"מ הא לזה סגי קיים חת"י ע"י דמוי ואף לשיטת רב שרירא גאון המובא בסי' ס"ט ש"ך ס"ק י"ב ובסי' מ"ו בש"ך ס"ק יו"ד ע"ש מ"מ ע"י הכרת חת"י בטב"ע מקיימין ע"כ זה נקרא שפיר מוכח מתוכו כיון דא"צ עכ"פ עדים שיעידו על גוף הענין אבל אם חתם במס"ק דבעינן שיעידו על גוף הענין שציוה לו לחתום זה ודאי לא מקרי מוכח מתוכו וע"כ אין לו דין שטר ולכן אינו מועיל רק מחמת המנהג:

דכ"ז הוא לפמש"כ הקצה"ח בסי' מ"ב אבל לפמש"כ הנתיבות בסי' מ"ב ס"ק א' דלא כהקצה"ח משום דהביא דברי הרמב"ן גבי ב' שטרות היוצאין ביום א' דכתב דבממון כיון דאיכא הודאת בע"ד מהני מסירתו כעדים ולא בעינן מוכח מתוכו ע"ש ע"כ שפיר כתב הנתיבות הכא דמהני חיוב מחדש ע"י אחר דחתם בשליחותו משום דהא בממון לא בעינא מוכח מתוכו ויש לו שפיר תורת שטר ודברי הרמב"ן הנ"ל הובא בדרוש וחדוש של הגאון ר"ע איגר זצ"ל במערכה י"ד ס"ק א' ע"ש ועיקר דברי הרמב"ן הובא בר"נ פ"ט דגיטין: ועוד יש לומר בזה לפמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ח' ענף ב' הסבר הענין למש"כ דבעינן מוכח מתוכו דאין זה גזה"כ אלא זהו משום דהוי דבר ולא חצי דבר וכיון דבעינן עדים להשטר מקרי השטר בגדר חצי דבר כמו דהארכתי שם. א"כ ז"א שייך רק בשטר בע"ח אבל בכת"י אף דלא הוי מוכח מתוכו ג"כ מהני דהא בהודאת

בע"ד לא בעינן דבר שלם וע"כ שפיר י"ל דמהני חת"י ע"י שלוחו ושפיר כתב הנתיבות ועפ"ז אתי שפיר מש"כ המחבר בסי' מ"ג סעי' א' והש"ך שם ס"ק ב' דבשטר שאין בו זמן וקנה אחר שראו העדים השטר טורף מהם ולא הזכיר שם להך שיטת הפוסקים דבעינן מוכח מתוכו בכל שטר וגט ועיין באה"ע סי' קל"ו ב"ש ס"ק ד' שהביא שם שיטת התוס' והר"נ דפליגי בזה אבל לפמש"כ א"ש דכיון דעיקר הטעם דמוכח מתוכו הוא משום דהוי חצי דבר וע"כ התם בשטר שאין בו זמן דהוי עכ"פ תועלת מן השטר לגבות מבני חורין עכ"פ ע"כ לא שייך לומר דהשטר הוי חצי דבר דהא שיטת האלפס שהובא בב"ק ד' ע' ושיטת הרשב"א בב"ב ד' נ"ו בתוס' ד"ה אלא למעוטי שנים כו' דעיקר מילתא דחצי דבר תלוי במה שאין שום תועלת מהם זולת עדים השניים וע"כ הכא בשטר דהוי תועלת עכ"פ כנ"ל ממנו ע"כ לא בעינן בזה מוכח מתוכו כלל לכ"ע ועיין באו"ת סי' מ"ג ס"ק א' וקצרתי בכ"ז ולעיל סי' מ"ד סעי' א' כתבתי ג"כ מזה:

והעיקר מה שנ"ל בזה לדון דלא מהני חיוב בחת"י ע"י שלוחו ע"פ סברת הנתיבות שכתב בקצרה בסוף ס"ק ב' די"ל דלא מהני דכיון דאין ראיה מן השטר ע"כ לאו שם שטר עליו וכמש"כ התומים בסי' ס"ח ס"ק ח' בביאור דברי התוס' גיטין ד' יו"ד ע"ב ד"ה חספא בעלמא הוא כו' ודברי האו"ת הנ"ל הובא ג"כ בנתיבות סי' ל"ו ס"ק יו"ד בתשובה ארוכה שלו שם וזה לשונו בד"ה לכן נראה דהגט דפסול בלא עדים כו' דהתוס' גיטין ד' יו"ד וכפי' האו"ת סי' ס"ח דאף בממון בשטר קנייה אם כתב שדי מכורה לך ואין שם ע"ח וע"מ וכת"י אף שהנותן מודה שמסרו לידו דלאו כלום הוא דאף דבממון מהני הודאת בע"ד לא קני בשטר זה שאין לו דין שטר כלל דלא חשוב שטר רק כשיש ראיה ממנו כו' עכ"ל וכן ראיתי בס' מקור חיים על ה' פסח סי' תמ"ח שכתב בסוף ס"ק ט' וזה לשונו והנה אם השליח מכר ביתו של המשלח בשטר מכירה ואג"ק מכר החמץ והשליח חתם עצמו בשטר מכר יש להסתפק כיון דהקרקע אין נקנה רק בשטר ושטר בלא ע"ח וע"מ ובלא חת"י של המוכר לאו שטר הוא כלל דלאו שטר ראיה הוא כלל וחת"י של השליח לא משוי שטרא כלל דהא לאו שטר ראיה הוא נגד המשלח וכל שטר שאין ראיה מתוך השטר לא מהני לקנות בו כמבואר בתוס' גיטין ד' יו"ד ד"ה חספא ועיין תומים סי' ס"ח ס"ק ח' או די"ל כיון דאם היה עדים שעשאו שליח למכור קרקעו כו' איברא נראה דלא מהני חת"י השליח דכל שאינו מוכח הראיה מתוך השטר ובעינן עדים דיעידו שזהו שלוחו הראיה שבשטר לא נקרא ראיה כלל וחספא בעלמא הוא תדע דהא בגט דכתב בכת"י דכשר מה"ת בלא ע"ח וע"מ ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב דאם

עשה שליח לגרש שיהיה הגט כשר בכת"י השליח בלא ע"ח וע"מ אלא ודאי כדכתיבנא עכ"ל המק"ח:

והם דברי טעם ואין זה שייך למה דכתבו בשם הרמב"ן דבממון לא בעינן מוכח מתוכו כיון דהודאת בע"ד כמאה עדים וכמש"כ התוס' גיטין ד' ד' כעין זה בד"ה דקיי"ל ה' כר"א כו' דז"א רק אם יש ע"ח או חת"י עכ"פ אבל אם עצם חתימת הבע"ד אינו רק ע"י צירוף עדים דיעידו דעשאו לשליח זה לא הי' שם שטר עליו כלל וה"ה בחת"י במס"ק כיון דלא הוי ברור לנו דזו היא חת"י רק ע"י עדים והודאתו ע"כ הוי כמו דאין עליו עדים וחת"י דודאי אין ממש בהשטר וכמש"כ הה"מ פי"א ה' מכירה ה' ט"ו דאם היה כת"י אחר ונתנו בינו לבינו ודאי לאו כלום הוא והובא בש"ך סי' מ' ס"ק ה' בד"ה וראיה ברורה לדברי המש"כ הרב המגיד כו' וכן הובא דברי המ"מ הנ"ל בקצה"ח סי' מ"ב ס"ק א' ע"ש ויש לומר דזהו כוונת הקצה"ח הכא שכתב דלא מהני חיובו ע"י מה דמצווה לשלוחו לחתום דאין שייך בזה דיני שליחות דנתכוין לדברי המקור חיים הנ"ל וכן בספרו משובב נתיבות סי' מ"ה כתב ג"כ להוכיח כן מן גט דלא מצינו דיהיה מועיל חת"י ע"י שלוחו ע"ש וזהו כעין דברי המק"ח הנ"ל:

וכיון דע"פ דין אינו מועיל שטר קנין אם אינו חת"י של הבע"ד רק ע"י שלוחו כנ"ל אלא מצד מנהג מהני לכן אין זה מועיל רק בענין ממון אבל במקום איסור כמו במכירת חמץ שפיר כתב המק"ח דלא מהני חת"י שלוחו וה"ה אם חתם במס"ק בשם המוכר דהא כתב הנתיבות בסי' ר"א דמנהג שנהגו הסוחרים לא חשבינן אותו רק כקנין דרבנן וידוע מש"כ הפוסקים והתוס' בסוכה ר"פ לולב הגזול דקנין דרבנן לא מהני בדבר שהוא מה"ת ועיין במקור חיים לסי' תמ"ח ובקצה"ח סי' קצ"ד ובאה"ע סי' כ"ח ובחתם סופר ח' יו"ד סי' שי"ד ובמחנה אפרים ה' מכירה קנין משיכה סי' ח' וסי' ט' ובכנסת יחזקאל סי' י"ד ואכמ"ל ע"כ שפיר י"ל דהיכא דנוגע הקנין לענין איסור מה"ת דבזה לא מועיל חת"י במס"ק ע"י שלוחו כיון דאינו מועיל ע"פ דין רק מחמת המנהג:

ענף ב:

ולפ"ז יש לדון בהנך שטרי עיסקא הנוהגות בינינו או הנך שטרי בהיתר זקוקים דהיתר זה הוא מחמת הודאת הלוה וכמש"כ הקצה"ח בסי' קצ"ד ומשום אודיתא דמהני אף באיסורין נגעו בה. וכש"כ היכא דנותן השטר עיסקא לאחר שהלוה כבר דזהו רק מפאת אודיתא שהודה בשטר על העיסקא א"כ יש לדון דאם אינו חתום הבע"ד בעצמו רק חתם ע"י מס"ק לאחר שחתם עבורו דבזה יש לדון כיון דמן הדין אינו מועיל שטר כזה כמו שנתבאר רק מפאת המנהג מהני זה דזה אינו רק כמו קנין דרבנן ע"כ במקום איסור

ריבית קצוצה קשה לסמוך על היתר זקוקים והיתר עיסקא בזה רק אם חתמו עדים לקיים הענין אז דינו כשטר גמור וכן אם נמסר לפני ע"מ ג"כ מהני כפי שפסק המחבר בסי' נ"א סעי' ז' לע"מ כרתי ובאמת לפי מה שפסק הש"ך שם ס"ק ט' ובסי' מ' ס"ק ט' ובסי' מ"ב ס"ק ב' וסי' מ"ח ס"ק ו' דזה הוי ספיקא דדינא אם ע"מ כרתי א"כ הוי ספיקא דאורייתא במקום איסור ריבית מה"ת ומבעי לן להחמיר וגם אם העדים לא נתייחדו שיהיה עדי מסירה ג"כ לא מהני זה לכ"ע כמש"כ הרשב"א והובא באו"ת סי' מ' ס"ק ג' ע"ש א"כ היכא דלא היה ע"ח רק לקיים החת"י שהיה במס"ק אבל אינם יודעים כלל מן עצם הענין של התחייבות דכה"ג אין דינו כשטר בעדים כמבואר בסי' ס"ט סעי' ג' ע"כ יש לדון דבזה יהיה אסור לקבל הרבית:

ומ"מ י"ל בזה דשפיר נהגו להתיר בזה ולסמוך על היתר עיסקא וזקוקים אף דאינו חתום בעצמו רק במס"ק דהא הקצה"ח הכא כתב לחלק דבשטר ראיה מהני חת"י הבע"ד אף ע"י מס"ק רק דלא ביאר זה ולדעתי נראה דודאי מהני הודאת בע"ד ע"י חתימתו במס"ק להיות נחשב לראיה דהא הודאת בע"ד ע"י שלוחו מהני כמבואר בסי' פ"א סעי' י"ד ובש"ך שם ס"ק מ' וכיון דהודאת בע"ד בכתב מהני ואינו יכול לומר בזה משטה ושלא להשביע כמבואר בסי' פ"א סעי' י"ז לפי דבדבורא עביד אינש דמקרי ואמר כמש"כ בתשובת הרא"ש שם:

וזהו ע"פ המבואר ביו"ד סי' קפ"ה ובסי' א' דכתבו לומר דלא מהני אמתלא רק במקום דיבור אבל במעשה לא מהני אמתלא ובוודאי אין לחלק בזה בין אם עשה המעשה בעצמו או דאם עשה המעשה ע"י שלוחו דלא חילקו בזה [ועיין כעין זה בקידושין ד' נ"ט גבי לא אתי דבור ומבטל מעשה ובגיטין ד' ל"ב בתוס' ד"ה התם דבור ודבור כו' דשקלו וטרו בכתיבת הגט וחתימתו דנחשב למעשה אף דלא כתב בעצמו רק ע"י הסופר והעדים דמ"ש ואף דיש לחלק קצת בנ"ד מ"מ ז"א סברא ג"כ] ולכן אף אם חתם במס"ק ע"י שלוחו דהודה דחייב לחבירו נחשב זה ג"כ לראיה ולהודאה גמורה דלא יהיה יכול לומר האמתלא דמשטה וכה"ג וכיון דלא אמרינן בזה משטה ע"כ ממילא נחשב זה לקנין אודיתא אף דלא היה בפני עדים וכמש"כ הנתיבות בסי' מ' סוף ס"ק א' דלא כהקצה"ח דשם:

ולכן שפיר כתב הקצה"ח לחלק דבשטר ראיה מהני חת"י ע"י שלוחו משום ה"ט ולפ"ז אתי שפיר מה שנהגו להתיר איסור ריבית בשטר בהיתר עיסקא או בהיתר זקוקים אף דלא חתם הבע"ד עצמו רק במס"ק משום דמהני הודאתו בזה אבל בשטר התחייבות בחת"י ע"י שלוחו לא מהני כמש"כ הקצה"ח וכמש"כ המק"ח ע"פ סברת התוס' בגיטין

ד' יו"ד ד"ה חספא כו' וכמש"כ האו"ת בסי' ס"ח ביאור כוונתם כנ"ל ומ"מ עדיין יש לחלק בין שטר קנין לשטר חיוב מחדש והוא דהא התוס' בכתובות ד' ק"ב ד"ה אליבא דבן ננס כו' כתבו בהטעם דמהני חיוב מחדש בשטר דזהו דאף דמטלטלין אינן נקנין בשטר מ"מ מהני משום דהואיל וטרח ליתן בשטר גמר ומשעבד נפשיה ע"ש א"כ חזינן דבאמת מצד הדין לא היה מועיל שים חיוב ע"י שטר רק דמהני משום דטרח ליתן בשטר כו' א"כ מטעם זה ה"ה אף אם לא חתם בעצמו רק ע"י שלוחו ג"כ י"ל ה"ט דהואיל וטרח לצוות לשלוחו לכתוב דגמר ומשעבד נפשי' וכמו דנתבאר לעיל בכל מקום דאמרו לחשיבות המעשה משום דטרח דאין סברא לחלק בין עשה המעשה בעצמו ובין עשה ע"י שלוחו דשלוחו טרח בזה והא דכתב המ"מ הנ"ל גבי התחייבות דאם מסר לו כת"י של אחר בינו לבינו לא מהני היינו בלא נכתב בשליחותו אבל בנכתב בשליחות מהני והתוס' דגיטין ד' יו"ד הנ"ל הא מיירי בשטר קנין אבל בחיוב שפיר י"ל דמהני ואפשר דזהו כוונת הש"ך דכתב דבמתחייב א"ע מהני אף ע"י שלוחו דטעמו כנ"ל אבל בשטר על קנין י"ל דמודה דלא מהני וכמו דנתבאר ע"פ סברת התוס' דגיטין וכמש"כ המק"ח בביאורם כנ"ל:

ובטעמו של הקצה"ח דכתב דלא מהני חיוב במס"ק י"ל דאף דכתבו התוס' דהא דמהני חיוב בשטר דזהו משום דטרח לכתוב בשטר כו' דמ"מ בעינן דין שטר המועיל ע"פ דין אבל אם אין בו דין שטר המועיל ע"פ דין לא מהני החיוב אף דנימא בזה דטרח כו' דאין בו חשיבות כ"כ כן י"ל בסברתו:

ולפי שיטת הקצה"ח הנ"ל דלא מהני חיוב במס"ק ע"פ דין רק מצד המנהג וכבר נתבאר דז"א רק כמו תקנת חז"ל כמש"כ הנתיבות בסי' ר"א ועיין באו"ח סי' תמ"ח במג"א ס"ק ד' במש"כ דכל דבר שנהגו הסוחרים לקנות בו דקונה גם במכירת חמץ והקשה על המ"ב מהא דבכורות רפ"ב דמשמע דעיקר מילתא תלוי בקנין המועיל ע"פ דין תורה והמק"ח סי' תמ"ח ס"ק ה' כתב לתרץ זה ע"ש ולענ"ד נראה לתרץ קושיות המג"א הנ"ל ע"פ מש"כ הישו"ש בב"ק פ"ה סי' ל"ו גבי מה דפריך הגמ' בב"ק דף נ"ב עלה דהמוכר עדר לחבירו כיון שמסר לו משכוכית קנה ה"ד אי במשיכה כו' דקשה דלמא כוונתם הוא דזהו קנין מצד מנהג כמו דאמרו בב"מ האי סמטותא קני ותי' דא"כ ה"ל לומר בקצרה דכל מה שנהגו הסוחרים לקנות בו דקנה ולא היה לו לפרש משכוכית ומפתח כו' עכ"ל הישו"ש. ולפ"ז מתורץ קושיות המג"א על המ"ב די"ל דלכן לא מוקי הש"ס בבכורות שם דכוונתם במה שאמרו שנתן מעות כו' דזהו מצד מנהג דנהגו לקנות בו דא"כ ה"ל לומר בקצרה דכל מה שנהגו לקנות בו דקני וכמש"כ הישו"ש ולכן שפיר מקשה הש"ס ותירצו דזהו קנין ע"פ דין תורה ולכן לדינא שפיר י"ל דכל מה שנהגו הסוחרים לקנות בו דהוי

קנין המועיל אף במה שהוא מה"ת וכמש"כ המ"ב ואין הכרח להוכיח מסוגיא דבכורות הנ"ל דבדאורייתא לא מהני קנין שהוא מצד מנהג כמש"כ המק"ח שם אלא י"ל דאף בדאורייתא מהני מה שנהגו הסוחרים:

וזהו יסוד גדול למה שכתב הכנסת יחזקאל סי' י"ד להתיר בכור ע"פ קנין סמטותא ובמק"א הארכתי בזה:

אכן לפי מש"כ המק"ח והנתיבות דקנין מצד מנהג אינו חשוב לקנין מה"ת וכמש"כ המח"א ה' מכירה קנין משיכה סי' ט' בשם הרמב"ן ע"ש. וכש"כ בחיוב דאינו רק מדרבנן וכמש"כ במק"א לחלק בזה בין קנין דרבנן לחיוב דרבנן א"כ אי נימא דחיוב בשטר ע"י מס"ק אינו מועיל מה"ת רק מצד מנהג כמש"כ הקצה"ח לפ"ז י"ל אם באו לב"ד לגבות מן הלוה בשני שטרות בשני בע"ד שבשטר אחד חתם בחת"י ע"י מס"ק ועדים לא העידו רק לקיים חת"י במס"ק ובגוף הענין אינם יודעים דשטר זה אינו מועיל רק מצד מנהג כנ"ל ובשטר הב' הוא בעדים חתומים בו המועיל ע"פ ד"ת ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ט כתבתי לדון דבשני בע"ח אם באין לגבות ממטלטלי דאין בזה שעבוד נכסי רק משום מצות פריעת בע"ח דהדין הוא דמקדמינן להחוב דמצווה ע"פ ד"ת נגד החוב דאינו רק מדרבנן משום דדאורייתא קודם לדרבנן בכ"ד וכמש"כ הצל"ח ברכות ד' נ"א משום דמה שהוא מה"ת מקרי מקודש נגד דרבנן ע"ש ועיין מזה בח"מ סי' צ"ז סעיף כ"ד ובסמ"ע ס"ק נ"ז ובחידושי לעיל סי' נ"ז סעיף כ"ב:

א"כ לפ"ז הדין נותן דלבעה"ח דשטר שלו הוא באופן המועיל ע"פ ד"ת דיש לו קדימה במטלטלין נגד בעה"ח דאין לו זכות רק מצד חת"י במס"ק דאינו רק מצד מנהג דאינו רק מדרבנן רק בשטר ראיה כבר נתבאר דאף ע"י מס"ק מועיל מה"ת אבל בשטר חיוב מחדש דאינו רק מצד מנהג שפיר הדין נותן דמקדמינן לבע"ח השני אכן לפמש"כ לבאר שיטת הש"ך דכתב דבחיוב בחת"י הבע"ד מהני ע"י שלוחו מה"ת לכן הדין נותן דשניהם שווין ויחלוקו כפי סידור בע"ח וקצרתי בכ"ז:

העולה לנו מכל מה דנתבאר דאף לפמש"כ הש"ך דמהני חיוב בחת"י בע"ד ע"י שלוחו ע"פ דין דזה אינו רק בשטר חיוב אבל בקנין ע"י שטר במס"ק י"ל דגם הש"ך מודה דלא מהני ע"פ דין רק מצד מנהג וכמש"כ המק"ח לדינא וגם נתבאר דשפיר נהגו היתר ע"פ שט"ח בחת"י במס"ק ליקח ריבית אם הוא בהיתר עיסקא וכה"ג משום דבין שטר ראיה ובין שטר חיוב מהני זה ע"פ דין וכמש"כ הש"ך ועוד כמה ענינים נתבארו בקונטרס הלז:

ג (שם סעיף ו') אם הרחיקו שני שיטין פסול ובאה"ע סי' ק"ל סעיף א' כתב הרמ"א בשם הרמב"ם וש"פ דמכשירין גט כזה ע"י ע"מ והב"ש ס"ק ג' כתב דלכן בח"מ סי'

מ"ה דכתבו דאם הרחיקו ב' שיטין פסול ולא חילקו בין אם ע"מ לפנינו משום דשאני שטרות דבעי למען יעמדו ימים רבים ולפ"ז יש לדון לפמש"כ הש"ך בסי' מ"ב ס"ק א' דהוי ספיקא דדינא דשמא הלכה כהר"ח דפסק כר' יוחנן דגם בשטרות כשר לאלתר בנכתב ע"ד המזדייף ע"י ע"מ א"כ להך דעה דס"ל דגם בהרחיקו שני שיטין כשר בע"מ וכמו בנכתב ע"ד המזדייף א"כ מהני תפיסה דיכול לומר קים לי ג"כ כהר"ח דמכשיר בשטרות ג"כ לאלתר ואף דהוי ספק ספיקא המנגדתו ספק שמא הלכה כשיטת הסוברים דגם בע"מ פסול בהרחיקו ב' שיטין אף בגט וא"ת דבגט כשר בזה אכתי ספק שמא הלכה כהחולקים על הר"ח וס"ל דבשטרות פסול אף לאלתר וכמש"כ המחבר בח"מ סי' מ"ב סעיף א' עכ"ז בס"ס דדינא אין להוציא מן המוחזק ע"י תפיסה כמש"כ הרא"ש בב"ק פ"ב סי' ב':

ולהך שיטה דס"ל להכשיר בשטר שהרחיקו ב' שיטין ע"י ע"מ לאלתר כנ"ל יש לומר דאם מלאוהו בקרובים אף שלא ביום שנכתב דמבואר לקמן סעיף ט"ו דפסול דמ"מ אם הוא קודם עשרה ימים דזהו שיעור דלאלתר כמבואר בגיטין דף כ"ב דאז מיכשר השטר אף לאחר עשרה ימים דלא שייך בזה לומר דה"ל מוקדם כיון שהיה עליו שם פסול בעת שנכתב דז"א דהא היה כשר לאלתר ולכן כיון דתיקנו את השטר שלא יחול עליו שם פסול לאחר עשרה ימים כיון דמלאוהו בקרובים קודם עשרה ימים ע"כ להך דיעה אף לאחר עשרה ימים כשר השטר וע"כ מהני גם בזה תפיסה וה"ה בשטר אקנייתא מהני תפיסה אם הרחיקו ב' שיטין דהא שטר אקנייתא כשר בנכתב ע"ד המזדייף א"כ ה"ה בהרחיקו ב' שיטין להך דיעה כשר בע"מ:

ד ושם סעי' ז') דהא דאמרינן הרחיקו ב' שיטין פסול היינו כו' אבל אינו יכול לטעון להד"ם ש"ך ס"ק י"ד אף דבמוקדם פסול לגמרי ויכול לומר להד"ם מ"מ שא"ה דניתנה עדות זו להכשיר במלאוהו בקרובים וקשה דהא אף במוקדם מהני אם כתב על השטר דלא ניתן לטרוף אלא מזמן זה כמש"כ הש"ך בסי' מ"ג ש"ך ס"ק י"א:. אפשר דס"ל לחלק דמוקדם גרע כיון שנחתם בשקר וע"כ אף דיכול לתקן במלאוהו בקרובים מ"מ פסלו חז"ל אבל בהרחיקו ב' שיטין לא היה עדיין שום שקר רק דפסולו משום שיכולים לזייפו לכן מהני בזה הטעם לפי דניתנה להכשיר במלאוהו כו' ובאמת ה"ר יונה ס"ל דאף במוקדמין אמרינן דאינו יכול לטעון להד"ם לפי דיכול למלאות בקרובים כמבואר בטור סי' מ"ה סעיף ז' והובא בש"ך סי' מ"ג ס"ק י"ב:

ועוד י"ל ולחלק דהא במש"כ הש"ך לעיל גבי מוקדם דאם כתב על השטר דלא ניתן לטרוף אלא מזמן זה כשר נראה לדון בזה דאינו מיכשר השטר אלא בכתבו עליו מדעת

הלוה כדס"ל ליש אומרים כן בשטר שהדחיקו ב' שיטין לקמן סי' מ"ה סעיף י"ד כמש"כ ה"ר יונה שם הטעם דלא נשתעבד הלוה באותו שטר ויש לדון דאף לפמש"כ המחבר בסי' מ"ה סעיף י"ד בדעה קמייתא דהובא בסתם דס"ל דאף שמלאוהו שלא מדעת הלוה כשר מ"מ י"ל דז"א רק בהרחיקו ב' שיטין די"ל דאף בסתמא כ"ז שלא שמענו מהלוה שמוחה בזה מסתמא מסכים שימלאוהו בקרובים ויהיה שטר כשר דאל"כ הא יהיה יכול לזייף ולכתוב חובה על הלוה לכן האומדנא הוא דזהו טובתו של הלוה ומסכים לזה ואפשר דזהו כוונת הש"ך בסי' מ"ה ס"ק כ"ו שכתב דלכן כשר אף בלא דעת הלוה דהוי כאלו הרשהו לעשות די"ל דכוונתו ג"כ למש"כ ולפ"ז י"ל דבשטר מוקדם דעיקר החשש הוא דיגיע פסידא ללקוחות ע"כ לא הוי זה טובתו של הלוה כ"כ דלא איכפת ליה במה שיגבה מלקוחות שלא כדין וכעין מש"כ הש"ך בסי' ע"ח ס"ק י"ד ע"ש ולכן הדין נותן דבשטר מוקדם דכתב עליו דלא ניתן לטרוף אלא מזמן ב' דאינו כשר אלא בנכתב מדעת הלוה לכ"ע והש"ך קיצר בזה:

ולפ"ז י"ל דלכן ס"ל להש"ך לפסול שטר מוקדם לגמרי אף לטענת להד"ם משום דס"ל לפוסקים הללו דדוקא בהרחיקו ב"ש דלדינא העיקר כדיעה קמייתא דהובא בסתמא בלא י"א דאף במלאוהו שלא מדעת הלוה כשר לכן הוי זה דבר שבידו כיון דא"צ דעת אחרת בזה ע"כ כשר השטר משא"כ במוקדם כיון דלא הוי דבר שבידו דהא צריך לדעת הלוה לכן לא אמרינן בזה הסברא דיכול לכתוב עליו דלא ניתן לטרוף כו' ובאמת ה"ר יונה עצמו דכתב ה"ט דראוי להיות כשר אם מלאוהו בקרובים ומה"ט אינו יכול לומר להד"ם ס"ל דאף היכא דלא הוי דבר בידו ג"כ אמרינן סברא זו דהא איהו ס"ל דגם בהרחיקו ב"ש צריך דעת הלוה אבל בשיטת החולקים עליו שפיר י"ל דס"ל לחלק דזהו תלוי אם הוי בידו בלבד בלא דעת הלוה או לא ולכן כתבו דבשטר מוקדם יכול לומר להד"ם וא"ש דלא יהיה מוקשה דברי הש"ך הנ"ל כ"כ:

ובמש"כ לקמן סעיף י"ד דאף במלאוהו שלא מדעת הלוה כשר הנה לפמש"כ הש"ך שם ס"ק כ"ו הטעם דכיון שמסר השטר בידו כאלו הרשהו לעשות א"כ זה אינו שייך רק כ"ז דאינו מוחה אבל אם הלוה מוחה אינו יכול למלאות בע"כ של הלוה דהא הלוה מבטל הרשאהו וכש"כ לפמש"כ דמצד אומדנא אתינן עלה דכיון דזהו טובתו של הלוה מסתמא מסכים לזה וע"כ ודאי אינו יכול למלאות השטר בע"כ של הלוה כן הוא נכון לדינא:

סימן מו

א (סעי' א) המוציא שט"ח על חבירו כ"ז שלא נתקיים כו' או כתבתי ללות ועדיין לא לויתי כו' ה"ז נאמן ופי' הב"י דזהו טענת ממני נפל ואתה מצאתיו והאו"ת תמה דהא באה"ע סי' קנ"ב סעיף י' גבי גט שלא נתקיים רק ע"פ הבעל וטוען ממני נפל ואתה מצאתיו דאינו נאמן אף דיש לו מיגו וכן פסק הרמב"ם פ' י"ב ה' גירושין ה"ג וגם דברי הרמב"ם סתרי למש"כ הרמב"ם פ' י"ד ה' מלוה ה' כמש"כ המחבר הכא ואף אם נימא איזה חילוק בין גט לשטר אכתי תקשה דמנלן להרמב"ם כ"ז:

והנתיבות ס"ק א' כתב דשאני גט דזהיר בי' מנפילה דשמא תמצאנו ותנשא שלא בפנינו משום דהא בגט אין טוענין מזויף ויכולה להנשא בלא קיום כו' עכ"ל וזה אינו מספיק לתרץ רק דברי הרמב"ם אבל דברי המחבר לא מספיק לתרץ עפ"ז דהא כתב המחבר באה"ע סי' קמ"ב סעי' א' דהאידנא אף בא"י צ"ל בפ"נ ובפ"נ וכמש"כ הר"נ בשם הרמב"ן בריש גיטין א"כ גם בא"י אינה יכולה להנשא בלא קיום בזה"ז ותקשה עדיין דברי המחבר וגם דברי הרמב"ם קשה לתרץ ע"פ חילוקו דהא דוקא בא"י יכולה להנשא בגט בלא קיום והא הרמב"ם סתם בזה בפ' י"ב ה"ג ומשמע דאף בח"ל הדין כן וידעתי מה דיש לדחוק בזה:

ונראה לענ"ד לתרץ כ"ז ע"פ מה דאמרינן בב"מ ד' ק"י דפליגי אמוראי דרב יהודה ס"ל דמלוה נאמן לומר אבד שטרו במיגו דלקוחה ורב זביד ורב עוירא פליגו וס"ל דאינו נאמן במיגו משום דכיון דלגובייא קאי מזהיר זהיר בי' וע"כ הוי נפילה טענה גרוע ואינו נאמן אף במיגו ובח"מ סי' ק"נ סעיף זיי"ן פסקו כרב יהודה דנאמן לומר אבד במיגו וכ"כ הרמב"ם ה' שכירות פ"ז ה"ו ועיין בסמ"ע ובש"ך סוף סי' ק"ל שהביאו שם פלוגתת הפוסקים בזה ע"ש ולא הביאו ראי' ברורה למש"כ הרמב"ם והרי"ף שם דהלכה כרב יהודה ולי נראה דטעמם דהוכיחו כן דנאמן לומר אבד שטרי במיגו אף דלנפילה לא חיישינן משום דמיזהר זהיר בי' מ"מ ע"י מיגו נאמן והוא דהא אי' בב"ב ד' ל"ב ע"ב ההוא דא"ל לחברי' הב לי מאה זוזי כו' מיהו שטרא מעליא ה"ל ואירכס אמר רבה מה לי לשקר כו' א"ל רב יוסף כו' אלמא דס"ל להך סוגיא דאף דנפל הוי טענה גרוע והתם הוי ג"כ שטר דבגובייא ואפ"ה מהימן במיגו ורב יוסף דפליג הא טעמו כמש"כ הרשב"ם והתוס' שם ומזה הוכיחו הראשונים דאף בנפילה דהוי מידי דלא שכיח משום דמיזהר זהיר בי' כמבואר ביבמות ד' קט"ז וב"ב ד' קע"ב: ואפ"ה אם יש לו מיגו מהימן לומר דנפל ממנו השטר:

וי"ל דמזה הוכיח הרמב"ם והמחבר הכא גבי טענת כתבתי ללות ולא לויתי דנפל ממני דנאמן במיגו דמזוייף משום דהא חזינן דנאמן לומר נפל ממני במיגו ואין לחלק דשאני נפילה דיחיד מן נפילה דרבים דהא רבה לא ס"ל לחלק בזה וכמש"כ הש"ך בסי' ס"ט ס"ק ט"ז להשיג שם על הסמ"ע ע"ש. וכן כתב הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' נ"א להקשות על החכ"צ דמחלק בין שאלה דיחיד לשאלה דרבים דהא חזינן דרבה אינו מחלק כלל ביניהם דאל"כ מנלן לרבה שם בב"ב להוכיח כן בהא דההוא שטרא דהוי כתוב בי' אני לויתי ממך מנה להא דהם יכולין להוציא על אחרים ע"ש בנו"ב וכיון דקיי"ל דהלכתא כרבה דאינו מחלק ביניהם ע"כ ממילא מוכח דאין לחלק בין הא דב"מ ד' ק"י וב"ב ד' ל"ב הנ"ל דשא"ה דלא נמצא עכשיו השטר כלל לפנינו משא"כ בהא דכתבתי ללות ולא לויתי דנמצא עכשיו השטר לפנינו דזה אינו דהא כיון דלא ס"ל לחלק בין נפילה דיחיד לנפילה דרבים ע"כ אין סברא לחלק בזה דהא מה שנמצא אין זהו ענין גרוע דהא מצוי הוא דהחפצים שנאבדו דהם נמצאים דמי שרואה אותן מגביהן ועיקר הטעם הוא דכיון דמיזהר זהיר בי' ע"כ הוי נפילה טענה גרוע ולכן ממילא אין לחלק בין היכא דנמצא עכשיו ובין היכא דהם אבודים ג"כ עכשיו וזה פשוט:

וכ"ז הוא בשטר דמוכח דאף דנפילה לא שכיח משום דמיזהר בי' אפ"ה אם יש לו מיגו מהימן וגם י"ל דאף הנך דפליגי בב"מ ד' ק"י בשטר דלגוביינא קאי דלא מהימן במיגו עכ"ז מודו הכא בטענת הלוה דנפל ממני דנאמן במיגו משום דלא שייך בי' לומר דקאי לגוביינא אבל בגט אשה דכתב הרמב"ם והמחבר דלא מהימן לומר נפל ממני במיגו דמזוייף דיש לומר דהוכיח כן מהא דגיטין ד' ס"ד דבעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין דס"ל לרב הונא בעל נאמן ור"ח ס"ל שליש נאמן וכתב הרשב"א בחי' שם דהא דנקט בעל אומר לפקדון דזהו להורות דדוקא באומר לפקדון ס"ל לרב הונא דבעל נאמן אבל באומר הבעל נפל ממני ומצאתו אף רב הונא מודה דאינו נאמן משום דלנפילה לא חיישינן כו' ע"ש ובאמת לפמש"כ הש"ך בסי' נ"ו ס"ק ה' דבאם הכחיש להשליש אז אינו נאמן אף לר"ח ומפרש דהא דבעל אומר לפקדון דמיירי באומר הבעל לפקדון על תנאי כך וכך כו' ולפ"ז אינו מוכרח דברי הרשב"א הנ"ל אבל לפי שיטת הראשונים דס"ל דאף אם הכחישו להשליש לגמרי מ"מ השליש נאמן וכמו שפסק המחבר בסי' נ"ו סעי' א' לפ"ז מוכרחים הם דברי הרשב"א דאל"כ למה נקטו בלשונם דבעל אומר לפקדון דוקא אלמא דחזינן להרשב"א דס"ל להוכיח ממה דנקטו בעל אומר לפקדון כו' דדוקא באומר לפקדון ס"ל לרב הונא דבעל נאמן אבל באומר הבעל נפל ממני ומצאתו גם לרב הונא אין הבעל נאמן משום דלנפילה לא חיישינן ולא אמרינן דיהי' מהימן לומר נפל ממני במיגו

דלפקדון דהבעל נאמן לרב הונא וע"כ מוכח מזה דבגט הוי נפילה טענה גרוע ביותר דאף היכא דיש לו מיגו לא מהימן וע"כ מוכח דשאני שט"ח מגט משום דהא בגיטין ד' י"ז ע"ב בתוס' ד"ה עד שעת נתינה כו' כתבו התוס' להקשות דאמאי כותבין גט לאיש ניחוש שמא יתן לה בצנעה לאח"ז כדי לחפות עלי' ותירצו דמסתמא אחר הכתיבה יתן לה הגט דלא מקדים פורענותא לנפשי' כו' וכ"כ הר"נ והרשב"א בחי' שם דמסתמא תיכף אחר כתיבת הגט יתן לה או לשלוחה כו' ולפ"ז יש לחלק בפשיטות דמה"ט הוי נפילה בגט דטוען הבעל ממני נפל לטענה גרוע משום דהא לא משהי גבי' הגט זמן רב ובזמן מועט לא חיישינן לנפילה דמזהר זהיר בי' ביותר משא"כ בשט"ח הן בנפל מהמלוה והן בנפל מהלוה דטוען כתבתי ללות ולא לויתי הוי חשש ביותר משום דכיון דרגיל להשהות אצלו זמן רב ע"כ יכול להיות דנפל ממנו ומוכח כן מן הש"ס כנ"ל וא"ש פסק הרמב"ם והמחבר. ועיין בבאר הגולה אה"ע סי' קנ"ב ס"ק ק' וצ"ב: ולפמש"כ א"ש:

ובעיקר קושיות האחרונים על סברת הח"צ דכתב להקל ולחלק בין שאלה דיחיד לשאלה דרבים דהא קיי"ל כרבה דב"ב ד' קע"ב דע"כ ס"ל דאין לחלק בזה דאל"כ מנלן לי' להוכיח מהא דשני יוב"ש כו' נלע"ד לומר דהנכון הוא כסברת החכ"צ דאיך יתרמי שישאיל חפצו למי שיש לו ס"א כמותו. ובאמת צריך להבין סברת רבה דמוכיח מהא דשני יוב"ש הא סברא טובא ומעלייתא איכא לחלק ביניהם כמו דמחלק שם אביי באמת דשאני נפילה דיחיד כו' והנ"ל דסברת רבה הוא כן דס"ל דגם בשני יוב"ש דהוחזקו י"ל דמקרי כמו נפילה דרבים דהא כיון דשכיח למצא לאבידות ומי שימצא את השטר ורואה שכתוב בשטר שחייב מנה ליוב"ש וכיון דהוחזקו ב' יוב"ש ויודע שהשטר יש בו שווי קצת ליוב"ש השני וע"כ חיישינן לקנוניא שהמוציא השטר ימסור השטר ליוב"ש השני ובשביל זה ישיג איזה הנאה ממנו משא"כ בנידון החכ"צ בשאלה דיחיד דכיון דלא שייך בי' לומר דיגיע לו איזה הנאה ממה שישאיל דוקא החפץ למי שיש לו ס"א כמותו והוי כמו מידי דממילא ואמרינן שפיר בזה דאיך יתרמי שישאיל החפץ למי שיש לו ס"א כמותו ואביי ס"ל דהך שני יוב"ש מקרי נפילה דיחיד דלא ס"ל חילוק הנ"ל:

ועפ"ז יש לומר דזהו סברת הסמ"ע בסי' ס"ט ס"ק י"ב דאינו נאמן לומר נפל ממני הכת"י במיגו דפרעתי משום דס"ל דשאני נפילה דיחיד וכמש"כ האו"ת שם ובסי' נו"ן ס"ק ד' ובאמת תקשה עליו ג"כ דהא חזינן דרבה לא ס"ל לחלק בין נפילה דיחיד כו' אכן לפמש"כ א"ש די"ל דכיון דיכול לטעון פרעתי על הכת"י משום דלא חשש להניח שטר כזה ביד המלוה ואין זה חשוב בעיניהם כ"כ. ע"כ י"ל דזה מקרי שפיר נפילה דיחיד דאיך יתרמו שימצאנו אותו המלוה שכתוב בשטר משום דלא שייך לומר בזה כמש"כ לעיל

דיכול להיות שמצאו איש אחר וראה שם המלוה הכתוב בשטר ומסר לו כדי שישיג איזה מחיר מעות ממנו עבור זה דז"א דהא הכת"י כיון דיכול לומר פרעתי ע"כ לא שוה כלום ולא הוי שום בר דמים וכדמצינו בכתובות ד' כ"א דכתבו כמה ראשונים שם דלשיטת הסוברים דיכול לומר פרעתי על הכת"י דיכול לחתום על מגילתא ולא הוי בי' שום חשש כלל ועיין בראש"ש ובק"נ ובחידושי רע"א זצ"ל שם בשם הריטב"א וקצרתי ועיין בסי' ל"ט בסמ"ע ס"ק כ"ז ובש"ך ס"ק כ"ז וכיון דזה לא הוי בר דמים כלל ע"כ לא שייך לומר שעשה זה בכוונה ולמסור הכת"י להמלוה הכתוב בו כדי שישיג איזה מחיר עבור זה כיון דלא שוי מידי ולא שדי אינש זוזי בכדי וע"כ לא חשדינן לי' שימסור זה הכת"י לו ואין אדם חוטא כו' משא"כ בהך דשני יוב"ש שפיר י"ל דישתדל בכוונה למסור זה השטר ליוב"ש השני וכן בהא דסי' מ"ו דהוי שטר שאינו יכול לומר פרעתי אף שלא נתקיים עדיין מ"מ י"ל דמקרי כמו נפילה דרבים ג"כ מטעם זה דשכיח להשיג מעות עבור זה משום דשוי מידי על ראי' אם ישיג קיום ולא סתרי דברי הסמ"ע להך דסי' מ"ו הנ"ל: (ב) (שם סעי' ג') כיצד הוא הקיום באים עדי השטר ומעידי' לפני ג' אפי' הדיוטות כו' וכתב האו"ת באורים ס"ק ו' דהנך ג' הם באופן שכשרים לדון דיני ממונות כדלעיל ה' דיינים דאין הבדל בזה בין קיום לשארי דינים עכ"ל ולפ"ז בעינן דיהי' בהו חד דגמיר כמבואר בסנהדרין ד' ג' ולעיל סי' ג' סעי' א' אכן מצאתי במהרי"ט ח' ח"מ סי' מ"ו שכתב מלתא חדתא וז"ל גבי הודאה בב"ד דמהני אף שלשתן הדיוטות דלית בהו חד דגמיר והא דריש סנהדרין דא"א דלית בהו חד דגמיר היינו לענין שיתקיימו דיניהם כו' אבל לענין הודאה כו' כל ג' מהשוק יש להם תורת ב"ד כו' דכל מילי דלא תלי בשקול הדעת אע"ג דלא גמירי מקרי ב"ד שהרי לענין קיום שטרות כל ג' מן השוק יש להם תורת ב"ד כיון דלההיא מילתא יודעים מילי דקיום או לדמות החתימה זה לזה וכן לקבולי סהדי כו' ותנן פ' מצות חליצה אפילו שלשתן הדיוטות כו' וכתבו התוס' שם אבל בשארי דברים א"צ שיהיו בקיאים בהם כו' ועוד ראי' מהא דיש נוחלין ג' שנכנסו לבקר החולה רצו עושין דין ובלילה אין עושין דין אלמא כל ג' דקבלינהו יש להם תורת ב"ד כו' עכ"ל המהרי"ט הרי דס"ל להמהרי"ט דבקיום שטרות לא בעינן דיהי' חד דגמיר אך מה דמשמע ממנו דס"ל כן גבי קבלת עדות הנה לעיל סי' כ"ח סעי' כ"א מבואר להיפך מדבריו וכן הוא בנימוקי יוסף לב"ק פ' הגוזל בתרא בשם תשובה להרי"ף שם אך בקיום שטרות י"ל דהקילו בזה כדמצינו שארי קולות בזה וכן גבי יחיד מומחה לקמן סעי' ד' ברמ"א ועיין שם בש"ך ס"ק ח' ואף דמצינו בב"ב ד' מ' תוס' ד"ה קיום שטרות כו' דבקיום שטרות בעי ג' אף לשמואל ור"נ כו', וכ"כ התוס' בכתובות ד' כ"ב ובשא"ד. עכ"ז י"ל דשאני קיום

שטרות בזה ועיין לעיל סי' ג' ש"ך ס"ק ה' וכעת מצאתי באו"ת סי' פ"א ס"ק ס"ה ונתיבות שם ס"ק ל"ג דהביאו בקצרה גבי הודאה לדברי המהרי"ט הנ"ל:

והאו"ת סתר שיטתו למש"כ הכא וכן מצאתי בקצה"ח סי' ע"ט ס"ק זיי"ן שהביאו לדברי מהרי"ט הנ"ל ולעיל בחידושיי לסי' ג' סעי' א' כתבתי הרבה מה דיש לדון בדברי המהרי"ט הנ"ל:

ולמדנו מדברי המהרי"ט בהא דמבואר בב"ב ד' קי"ג שלשה שנכנסו לבקר החולה רצו עושין דין דאף דלית בהו חד דגמיר ג"כ עושין דין וזהו מילתא חדתא:

ובאמת מדברי התוס' בב"ב ד' קי"ג ע"ב ד"ה אורעה כל הפרשה כולה כו' משמע דלא ס"ל כן וכן מדברי הרא"ש שם ע"ש וקצרתי משום דהדעת נוטה דיהא בעינן הכא ג"כ ב"ד גמירי דהא דנין להספיקות הנולד בהצוואה כמבואר שם ובטור ח"מ ריש סי' רנ"ג ולא שייך התם הטעם של המהרי"ט שכתב בקיום והודאה וכן יש לדון במה שכתב הש"ך לעיל סי' כ"ב ס"ק א' בשם הג"א דהא דקיבל עליו קרוב ופסול דמהני דזה אינו רק כשקיבל עליו בב"ד אבל חוץ לב"ד לא מהני ע"ש. דלדברי המהרי"ט הנ"ל יש לדון אף בזה כיון דהב"ד לא עבדי הכא כלום ע"כ סגי בזה אף שלשה הדיוטות דלא גמירי משום דדינם הוא כמו אודיתא כנ"ל וכן יש לדון בהא דסי' ע' סעי' ד' אם אמר לו אל תפרעני אלא בפני פו"פ כו' אלא פורעו בפני ב"ד וכותבין כו' ועיין ש"ך ס"ק כ"א וכן הוא שם סי' ע"א ש"ך ס"ק ח' דלדברי המהרי"ט הנ"ל מהני שם אף ב"ד שלשה דלא גמירי אף חד מיניהו וזיל בתר טעמא: ובמש"כ הש"ך לקמן ס"ק ח' דיחיד מומחה לא מהני לקיום שטר אלא מצד המנהג הנה ראיתי בהרדב"ז ח"א סי' שס"ח דהעלה דע"פ דין לא מהני קיום שלו אלא נהגו כן וזהו מנהג בטעות ולא הוקבע ע"פ ותיקין ולכן אם לא הי' הקיום בפני הבע"ד ומערער עכשיו לא מהני קיום של התופס ישיבה ורב העיר ע"ש ועיין לקמן בש"ך סוף סי' מ"ו:

ביאור דין אם טוען הלוה מזוייף אם צריך קיום מן התורה או לא: (ג) ענף א בסימן מ"ו סעי' ד' סמ"ע ס"ק ט' בשם הגמרא דקידושין דאם טען הלוה מזוייף צריך קיום מה"ת והש"ך שם חלק ע"ז והוכיח מריש גיטין ד' ג' דאף אי אתי בעל ומערער לא משגחינן בי' משום ד"ת כנחקרה בב"ד דמי אלמא דאף בטוען מזוייף א"צ קיום מה"ת ונפ"מ מזה בכמה קולות דמצינו דהקילו בקיום שטרות משום דהוי רק מדרבנן אבל אם הוי מה"ת לא מקלינן בזה ועיין בש"ך שם ס"ק יו"ד והב"ש סי' קמ"ב ס"ק ב' כתב לתרץ זה ע"פ מה דיש לחלק דהיכא דהעיד העד מקודם ערעור הבעל ואז הוי כאלו נתקיים ע"פ ב' עדות תו אף דאתי בעל ומערער לא משגחינן וכ"כ המח"א ה' גירושין פ"ז דין ב' על דברי

הרמב"ם שם לחלק כן יעו"ש ולענ"ד נראה להביא ראיה לזה החילוק מן מש"כ התוס' גיטין ד' ב' ע"ב סוף ד"ה ואם יש עליו עוררים כו'. דהיכא דאיתרע בנפילה והלוה טוען מזוייף אין לגבות אפילו ימצא עדי קיום דחיישינן שמא זיופי זייף כו' אבל אי ליכא לוה קמן והמלוה מצא עדי קיום מחזירים לו ואי הדר אתי לוה וטען מזוייף נראה דתו לא מהימן כיון דהוחזק בהיתר עכ"ל התוס' וכ"כ התוס' בב"מ ד' י"ג ע"ב ד"ה הא קאמר כו' באה"ד שם (וזהו כעין הא דיו"ד סי' י"ח סעי' י"ג הואיל ויצא בהיתר יע"ש. וכדברי הרמב"ם פ"ט ה' נזירות ופ"ט ה' סנהדרין והוא מירושלמי פ"ח בנזיר ועיין בכתובות ד' כ"ו ע"ב תוס' ד"ה אנן אחתינן כו' משכ"כ שם בשם ר' יצחק ב"ר ברוך לחלק וקצרתי] אלמא דמצינו כעין זה לחלק בין טען טענת מזוייף לאחר שהוחזק לנו השט"ח בחזקת כשר או מקודם דהוחזק בטוב וה"ה דיש לחלק בזה כמש"כ הב"ש והמח"א כנ"ל:

ומצינו בתוס' כתובות ד' כ"ח ד"ה קיום שטרות דרבנן שכתבו בשם הר"י דהיכא שהלוה מודה שכתבו וטוען פרוע בזה הקיום הוא מדרבנן ומשמע דבטוען מזוייף הקיום מדאורייתא וראיתי בהפלאה שם שכתב דיש כאן תמיה רבתי דסתרי דברי הר"י להדדי דאלו לעיל ד' י"ט ד"ה מודה בשטר כו' כתבו בשם הר"י דרבנן אצרכו קיום כי טען מזוייף הרי דס"ל להר"י שם דאף בטענת מזוייף לא בעי קיום רק מדרבנן יעו"ש ובאמת מצינו כן בתוס' כתובות ד' צ"ב ד"ה דינא הוא כו' שכתב שם באה"ד דתקנו רבנן קיום נגד טענת מזוייף דאומר הלוה קים לי בגוויי'. אך בזה י"ל דהא מצינו בכ"ד דסתרי דברי התוספות אהדדי אבל מה דתמה ההפלאה בסתירת דברי הר"י דסתרי אהדדי שפיר תמה:

והנלע"ד בזה משום דזה ברור דמה דאמרו בכולי ש"ס דשטר הוי כנחקרה עדותן בב"ד משום דמירתת לזיופי דזה הוי כמו רובא דרוב אינשי לא נחשדו לזה אלא היכא דטוען מזוייף אז לא מהני רובא משום דהא קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב וע"כ אם טוען מזוייף בזה הקיום הוא מה"ת אלא היכא דטוען פרוע לא מהימן מה"ת במיגו מזוייף משום דהוי מיגו דאי בעי טעין טענה דלא שכיח משום דהוי רובא לכה"פ כנ"ל וזה לא אמרינן וכמש"כ התוס' כתובות ד' י"ח ד"ה מחמת נפשות כו' דמיגו דאנוסים מחמת נפשות לא אמרי' משום דלא שכיח ועיין בש"ך בכללי מיגו ס"ק כ"ב ובאו"ת כללי מיגו ס"ק מ"ו מזה ואכמ"ל וע"כ בטענת פרוע א"צ קיום רק מדרבנן וכן בטורף מלקוחות ויתמי א"צ קיום רק מדרבנן דהא ס"ל לכ"פ דמידי דלא שכיח לא טענינן ליתמי ולקוחות כמבואר בב"ב ד' ע' וח"מ סי' ק"ח וכיון דע"פ הרוב הוי טענת מזוייף מידי דלא שכיח וע"כ לא טענינן להם מה"ת טענת מזוייף והוי טענתם טענת שמא ואף להפוסקים דס"ל דטענינן להו אף מידי דלא שכיח עכ"ז הא כתב הנתיבות בסי' ס"ט ס"ק י"א דאף לשיטת

הסוברים כן עכ"ז לא טענינן להו מידי דלא שכיח בתורת טענת ברי רק בתורת טענת שמא טענינן להו וז"א שייך רק היכא דמהני טענת שמא אבל היכא דבעי טענת ברי אזי לא טענינן להו מידי דל"ש יעו"ש בנתיבות ולכן בבא המלוה לגבות מיתמי ולקוחות ושלא בפניו לא בעי קיום רק מדרבנן משום דהא המלוה טוען ברי ובצירוף רובא דלא חציפי לזיופי מוציאין עי"ז מחזקת ממונא כעין הא דכתובות ד' י"ב דהיכא דאיכא טענת ברי בצירוף אוקי אחזקה מוציא מהמוחזק כש"כ רוב בצירוף טענת ברי דמוציא ממוחזק עי"ז וכעין זה כתב הפני יהושע כתובות ד' ט"ז בתוס' ד"ה כיון דרוב נשים כו' דהיכא דאיכא רוב וחזקה דמוציא מהמוחזק מכש"כ מן ברי ואוקי אחזקה יעו"ש ורוב עדיף מן חזקה ע"כ וודאי מוציאין ממון ע"י ברי ורובא:

וע"פ מש"כ בשם הנתיבות דלכ"ע לא טענינן ליתמי ולקוחות טענה דל"ש בתורת טענת ברי רק בתורת טענת שמא:

יש לפרש עפי"ז הסוגיא דכתובות רפ"ב דמקשה הגמרא כי לא אתו עדים מאי הוי והא רוב נשים בתולות נישאות ופי' התוספות דלרב פריך והבעה"מ פי' דלכו"ע פריך משום דרוב וחזקה מוציא ממונא ולולי דבריהם י"ל דכוונת הגמ' להקשות לכ"ע דהא לעיל שם בסוגיא זו אמרו דעד כאן לא קאמר ר"ג אלא בברי ושמא אבל בברי וברי לא אמר ר"ג ופי' הרא"ש שם דטענת יורשים מקרי טענת ברי משום דטענינן להו וע"ז מקשה הש"ס דהא כיון דרוב נשים בתולות ניסת א"כ כיון דמקרי טענתם מידי דלא שכיח ובכה"ג לא טענינן להו בתורת טענת ברי רק בתורת שמא א"כ בכה"ג הא לר"ג מוציאין מהיורשים אף בלא ראיה משום דהא ע"פ ברי בצירוף רוב מוציא מהמוחזק וזהו כוונת ריש סוגיא הנ"ל דאמרו ודקארי לה מאי קארי לה כיון דרוב נשים בתולת נישאת כברי ושמא וזהו ג"כ מה"ט כיון דלא טענינן להו מידי דל"ש ע"כ הוי טענת יורשים כטענת שמא וע"כ מוציא מהם ע"פ ברי ואוקי אחזקה או ברי ורובא. נחזור לענינינו דדוקא בטורף מיתמי וכהנה בזה א"צ השטר לקיום מה"ת משום דה"ל רובא בצירוף ברי ושמא. אבל בטוען מזוייף כיון דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ צריך קיום מה"ת ולכן התוס' בכתובות ד' כ"ח שפיר כתבו לדינא דאם טוען מזוייף צריך קיום מה"ת משום דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב אלא במודה בשטר שכתבו בזה א"צ קיום רק מדרבנן כנ"ל אבל לעיל ד' י"ט דמיירי התם הר"י אליבא דרב כמבואר שם דרב אמר שם להך מודה בשטר שכתבו דא"צ לקיימו ורב הא ס"ל הולכין בממון אחר הרוב וע"כ אליבא דרב שפיר כתבו דאף בטוען מזוייף א"צ קיום מה"ת ואתי שפיר דלא סתרי דברי הר"י הנ"ל אהדדי:

הגה"ה וראיתי באו"ת בכללי מיגו ס"ק מ"ו שהקשה במאי דאמרינן מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו והא ה"ל מיגו בטענה דל"ש דלא אמרינן אבל לפמש"כ י"ל דזהו באמת הטעם דס"ל להתוס' בכתובות ד' כ"ח דהא דמודה בשטר שכתבו דצריך לקיימו לא הוי רק מדרבנן דזהו ג"כ מפאת דטענת מזוייף הוי טענה דלא שכיחא ע"כ א"צ לקיימו רק מדרבנן והא שהקשו התוס' בכתובות ד' י"ט בד"ה מודה בשטר כו' דמ"ד דס"ל דא"צ לקיימו הא י"ל מיגו דמזוייף כו' י"ל דכוונתם כיון דחזינן דרבנן תקנו לקיים שטר אף בבא לטרוף מלקוחות ויתמי ואף דהתם אי אמרינן דהוי טענת מזוייף טענה דל"ש א"כ הא טענה דל"ש לא טענינן ליתמי בתורת טענת ברי כנ"ל וע"כ מוכח דאחר דתקנו חז"ל דצריך לקיים דינו כאלו הוי טענת מזוייף טענה דשכיחא ע"כ שפיר הקשו דהא הוי עכ"פ מיגו וע"ז תי' כיון דמה"ת א"צ קיום כו' ע"כ לא מהימן במיגו וקצרתי:. ע"כ הגה"ה.
אכן עדיין יש לעיין בדברי התוס' ב"ב ד' קכ"ח ע"ב ד"ה נשבע וגובה כו' שכתבו שם ג"כ בשם הר"י דכי טען מזוייף א"צ קיום מה"ת ושם לא שייך לתרץ כ"כ וע"כ העיקר בזה כמש"כ הש"ך בסי' מ"ו ס"ק ט' הנ"ל בכוונת התוס' כתובות ד' כ"ח הנ"ל שכתבו בסה"ד ומיהו בריש גיטין מוכח כו' דכתב הש"ך דהתוס' קאי גם על תי' קמא שכתבו שם בשם הר"י דמגיטין מוכח דאף בטוען מזוייף א"צ קיום מה"ת וי"ל דגם זהו מדברי הר"י שם וע"כ לא סתרי דברי הר"י להדדי די"ל דהר"י חזר בו לסוף:

ענף ב:

ומסקנת הש"ך דאף בטען מזוייף א"צ קיום רק מדרבנן וכמש"כ המהרי"ק בסי' ע"ד:
והטעם הוא דאף דאין הולכין בממון אחר הרוב אך הכא שאני דהוי מיעוט שאינו מצוי שיזייף שטרו דלא חציף אינש ע"ז ובמיעוט דמיעוטא ס"ל להפוסקים דמהני אף בממון משום דבזה לא שייך לומר סמוך מיעוטא לחזקת ממונא וע"פ סברת התוס' בר"פ ג' דב"ק וכעין מש"כ התוס' בסנהדרין ד' ג' ע"ב דברוב אלים אזלינן בתר רובא אף בממונא אכן הב"ש בסי' קמ"א ס"ק ע' הוכיח מהרמב"ם ושו"ע שם סעי' נ"ג דכתבו דאם בא הבעל וערער שהגט מזוייף תצא והולד ממזר ואינה מגורשת אלמא דבטען מזוייף צריך קיום מה"ת דאל"כ אמאי הוי ממזר וודאי וא"מ בוודאי והוכיח מזה דס"ל כשיטת הגמ' הנ"ל והנה הנתיבות בסי' מ"ו ס"ק ה' הביא דברי הב"ש הנ"ל וכתב לתרץ דשא"ה דמיירי שם בלא נודעו העדים החתומים על הגט מי הם ועיקר הטעם דא"צ קיום מה"ת משום דעביד לגלויי אבל היכא שלא נודעו עדיו א"כ לא הוי עביד לגלויי ובכה"ג בעי קיום מה"ת ובפי' כתבו שם הרמב"ם וטו' שלא נודעו העדים כלל וכ"כ הפני יהושע בכתובות ד' כ"ח ואף שיפה כתב הנתיבות בסברתו אבל עדיין קשה דא"כ אף בלא ערעור הבעל ג"כ תהיה

אסורה להנשא דהא עיקר מה דמקלינן בארץ ישראל דא"צ לומר בפ"נ משום דסמכינן על הא דד"ת א"צ קיום אבל כה"ג שלא נודעו העדים דאף מה"ת צריך קיום א"כ אף בלא ערעור הבעל תהיה אסורה להנשא מה"ת:

ואפשר לומר דאף בלא נודעו העדים שייך בזה רוב אנשים אינם חשודים לזייף כזה ג"כ אבל מיעוט יש דחשודים ע"ז ע"כ כ"ז דלא אתי בעל ומערער סמכינן על הך רובא אך בבעל מערער דיש ברי בצירוף חזקת א"א כמש"כ הרב המ"מ שם עדיפא מרובא וכמו דאמרו בכתובות ד' י"ג דמאן דמכשר מכשיר אף ברוב פסולים וכמש"כ הרא"ש בכתובות ד' ט' בשם רבינו יונה דבאומרת נאנסתי נאמנה מה"ט ואף דהשליח אומר דהבעל נתן לו גט זה עכ"ז הא קיי"ל דהברי של הבע"ד עדיף מהברי של האחר כמבואר בב"ב דף קל"ה ובתוס' כתובות ד' ע"ו ד"ה רישא מנה לאבא בידך כו' וכדמוכח בתוס' כתובות ד' י"ב ע"ב ד"ה רב הונא כו' דאף ברי של עד כשר מקרי כמו ברי של אחר שאינו בע"ד וגרע מיניה יעו"ש:

אבל בנודעו העדים מי המה אז א"צ קיום מה"ת אף בבעל מערער משום דאז הוי מיעוט דמיעוטא ובמיעוט שאינו מצוי לא שייך כ"ז כלל וא"ש תי' הנתיבות אבל אכתי תקשה דמה יענה הנתיבות במה שהקשה הב"ש בסי' קמ"ב סעי' א' ס"ק ה' והוכיח מדברי הטור והרא"ש שם דס"ל דאם הבעל מערער מזוייף הוא דבזה צריך קיום מה"ת ושם בדברי המחבר לא נזכר כלל דמיירי שם בלא נודעו העדים מי הם אך בסי' קמ"א סעי' נ"ג מבואר שם דלא נודעו עדיו כלל אבל הכא לא נזכר כלל מזה וכן תקשה מהרמב"ם פ' י"ב ה"ג ה' ג' הוציאה גט ואמרה גרשני בעלי בזה ובא הבעל וערער מזוייף הוא דאם לא נתקיים אינה מגורשת אבל פסלה נפשה מכהונה דשווייה חתיכה דאיסורא דמשמע מזה דא"מ בוודאי אלא מצד חד"א אסורה לכהונה וכמו דמקשה התומים מזה על הש"ך ושם ג"כ לא נזכר כלל דמיירי בלא נודעו העדים כמש"כ הנתיבות. ולתי' הנתיבות צריך לדחוק דשם ג"כ מיירי בלא נודעו העדים וסמך על מש"כ בפ"ז ה"ג ה"ב אבל עדיין תקשה דכיון דמוכח דאף בלא נודעו העדים יש בזה רוב דלא חשידי ע"ז כנ"ל דאל"כ אף בלא אתי ומערער ג"כ ניחוש לזה כנ"ל אלא לעיל כתבתי דשאני ברי של הבע"ד מן ברי של אחר ושם הא מיירי בברי של השליח ע"כ שפיר כתבתי לעיל אבל הכא הא מיירי דהאשה אומרת ברי גרשני בעלי בגט זה א"כ יש לפנינו ברי של בע"ד נגד ברי של הבעל א"כ הוי ברי וברי והוי לכה"פ ספק השקול ואיכא רוב נגד חזקת א"א ורוב עדיף מחזקה א"כ תקשה אמאי כתב הרמב"ם דאינה מגורשת בוודאי הא לכה"פ הוי ספק השקול אף אי

נימא סמוך מיעוטא לחזקה וג"כ הא סמוך מיעוט כו' אינו אלא מדרבנן ועיין באה"ע סי' קנ"ב סעיף יו"ד מזה:

ואפשר להעיר בזה מלתא חדתא לפי המבואר בכללי מיגו של הכנה"ג והובא באו"ת סעי' ה' דמיגו להוציא מחזקת א"א לא אמרינן רק הפה שאסר שאני אבל הוחזקה א"א לא מהני מיגו לבטל לחזקת א"א ויש להסביר זה ע"פ מש"כ הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל ו' סוף אות י"א דכמו דלא מהני רוב להוציא מחזקת ממונא ה"ה דלא מהני להוציא מחזקת מרא קמא דשקולים המה יעו"ש ובקצה"ח סי' פ"ב ס"ק י"ג ובש"ש שמעתא ד' פ' כ"ד מזה והדברים ארוכין ואכמ"ל בכ"ז א"כ ה"ה י"ל דכמו דלא מהני מיגו להוציא מהמוחזק ה"ה דלא מהני מיגו להוציא מן בעל חזקת מ"ק וה"ה בעל באשתו הנקנית לו דיש להבעל ע"ז בשם מ"ק ע"כ לא מהני מיגו להוציא מחזקתו וכן ראיתי בחידושי רשב"א לקדושין ד' ס"ד דאף דמה שבידו עדיף מן מיגו עכ"ז לא מהני זה נגד חזקת א"א והובא בתורת גיטין פ"ו גיטין בסוגיא דשליש ד' ס"ד וכתב שם התו"ג דמיגו וודאי דלא מהני להוציא מחזקת א"א והא דא' רב הונא בגיטין ד' ס"ד שא"ה כו' עכ"ל חו"ג ועוד כתב שם התו"ג דלכן מיגו לא מהני להוציא מחזקת א"א דהא דבר בערוה ילפינן דבר דבר מממון וכיון דלא מהני מיגו להוציא ממון וודאי דלא מהני בדבר שבערוה יעו"ש בתו"ג:

וכבר כתבתי במק"א לדון דמיגו ורובא דין א' להם ושניהם אינם יכולים להוציא ממון מהמוחזק והא שכתבו התוס' בב"ב ד' צ"ב ד"ה ואמאי לימא הלך אחר רוב נשים בתולות נישאות כו' דמיגו במקום רוב מהני שא"ה דהוי רוב ומוחזק ביחד ואכמ"ל ולפ"ז י"ל דה"ה רוב לא מהני להוציא מחזקת א"א היכא דהוחזקה א"א לפנינו דכמו דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מהמוחזק ה"ה דלא מהני רוב להוציא מחזקת א"א דגם בזה שייך סברת התורת גיטין הנ"ל דהא גמרינן דבר דבר מממון וילפינן ע"פ הך גז"ש גם על רובא דלא מהני בערוה להוציא מחזקת א"א והא דמשאל"ס שאני דהוי מיעוט שאינו מצוי לשיטת כמה פוסקים וגם במה דשקל וטרי הריב"ש בתשובה סי' שע"ט וסי' ש"פ וכן הפוסקים בסי' י"ז סעי' כ"ט גבי הנך דאין מעידין דאם ניסת דתצא דאם סמכינן על הך רובא דיש שם ולא אתו עלה מטעם דכתבתי דלא מהני רוב להוציא מחזקת א"א י"ל דגם אינהו מודו לכל מש"כ רק שא"ה בספק שמא מת הבעל א"כ לא הוי שום בע"ד לפנינו לומר דהיא עומדת בחזקתו דהא ע"ז גופא אנו דנין ובחזקת יורשיו לא שייך בזה ע"כ שפיר מהני שם רובא אלא מצד דהוי התם תרי חזקות כמש"כ הריב"ש שם החמירו שם יעו"ש אבל בספק בגירושין דהבעל בפנינו שפיר יש לדון דלא מהני רובא בזה להוציא מן חזקת א"א דילפינן דבר דבר מממון וע"כ שפיר י"ל דלכן במערער הבעל ואומר שמזוייף

הגט שאני דכיון דאיכא ברי וברי מוקמינן על חזקת א"א ורוב לא מהני להוציא מחזקת א"א וע"כ הוי אינה מגורשת בוודאי וכ"ז דלא אתי הבעל ומערער סמכינן על מה דהאשה אומרת גרשני בעלי בגט זה משום דהא ברי בצירוף רוב מהני אף להוציא ממון כנ"ל ה"ה דמהני זה להוציא מחזקת א"א אבל בבעל מערער דהוי ברי וברי אז לא מהני רוב כלל להוציא מחזקת א"א וע"כ א"מ בוודאי וא"ש כ"ז ועיין בש"ש ש"ד פ"ח דהעלה דגם בד"נ לא מהני רובא ומתרץ שם סוגיות הסותרות ועיין במ"מ פ' ט"ו ה' איסורי ביאה ה' כ"ז:

אך עיקר סברת הנתיבות קשה להעמיס זה בדברי הרמב"ם פ' י"ב ה"ג ובשו"ע סי' קמ"ב סעי' א' כנ"ל דהא שם לא נזכר כלל דמיירי בלא נודעו העדים כמש"כ בפ"ז ה"ג וע"כ עדיין תקשה משם על דברי הש"ך דהעלה דאף בטוען מזוייף א"צ קיום מה"ת משום דזה עדיף מרובא ולכן מוציאין ממון א"כ קשה אמאי אמרו אינה מגורשת:

ענף ג:

ולכן נראה לפענ"ד לתרץ זה בהקדם מש"כ התשב"ץ ח"א בסי' פ"א עד סי' פ"ה בדעת הרמב"ם דע"א נאמן במיתה מה"ת משום דעביד לגלויי ואין יכול להשמט משא"כ בעד מפי עד דאם יבא בעלה יכול להשמט ולהעיז דשמע מפי זה ע"כ אינו נאמן מה"ת וכ"כ הנו"ב בסי' ל"ג וע"פ דברי הרמב"ם ס"פ י"ג ה"ג דעיקר נאמנות העד משום דאפשר לעמוד על בוריה ואין העד יכול להשמט אם אין הדבר אמת כו' אבל בעמפ"ע דיכול להשמט לא מהימן וכדמצינו בבכורות דף ל"ו לחלק בין אית ליה לאשתמוטי יע"ש ולפ"ז י"ל כיון דעיקר הטעם הא דאמרינן דלא חצף אינש לזיופי שטרא משום דעביד לגלויי שקרו ולא יהיה יכול להשמט כשיבורר הדבר א"כ זה לא שייך רק בשט"ח משום דהא המלוה בפנינו ואומר דראה בעת שחתמו העדים על השט"ח דאם יאמר שלא ראה חתימת העדים רק הלוה מסר לו השט"ח חתום בחת"י העדים והאמין להלוה זהו טענה גרוע כדאמרינן בב"מ דף ל"ה דמלוה לא מהימן להלוה משום דמקיים בהלוה וסלף בוגדים ישדם. ע"כ אם יבורר שזהו אינו כתב העדים אז יותפס שקרן וזייפן והוי בע"ד בפנינו ובכה"ג שפיר אמרו דלא חציף לזייף שטרא מה"ט וביורש שהוציא שט"ח שמצא ברשות המוריש י"ל לכאורה דזה הוי כמו דאין בע"ד בפנינו כיון דיכול לתלות השקר והזיוף במורישו וכמש"כ הש"ך לחלק דבנמצא בשוק לא שייך הך כללא משום דאין בע"ד בפנינו ואפשר דגם בזה שייך לומר דהוי כמו בע"ד לפנינו דיחוס על כבוד אביו:

אבל בגט אשה דהאשה אומרת גרשני בעלי בגט זה דמיירי הרמב"ם בפ' י"ב ה' גירושין דלא ראתה בעת שחתמו על הגט רק אומרת גרשני בעלי בגט זה כמבואר שם ברמב"ם

להדיא וכן הא דאה"ע סי' קמ"ב סעיף א' דכתבו שם דהשליח לא ראה כתיבתו וחתימתו אלא אומר דהבעל מסר לו גט זה ובאמת ע"פ דין יכולה לסמוך על בעלה בזה דהא באתיוה בי תרי דריש גיטין כתבו שם התוס' והרא"ש דיכולים ליתן לה משום דמבואר בירושלמי דהבעל אינו חשוד לקלקלה [ובמק"א כתבתי מה דיש להעיר בזה במש"כ הרמב"ם בפ' י"ב ה"ג ה' ה' בבעל שאמר גרשתי אינו נאמן דחיישינן שמא בגט פסול גירשה ומכוין לקלקלה והובא באה"ע סי' קנ"ב בב"ש שם ס"ק ג' והארכתי בזה במק"א] א"כ מצינו דע"פ דין כמו היכא דשנים מעידין דעשאן הבעל לשלוחים דבזה יכולין למסור לה והוי גט כשר. וסמכינן על הא דהבעל אינו חשוד לקלקלה ואף אי אתי בעל ומערער לומר דמזוייף הוא אינו נאמן כמבואר שיטת הרמב"ם והובא באה"ע סי' קמ"ב סעיף י"ח יע"ש וה"ה היכא דהאשה יודעת בעצמה שהבעל מסר הגט זה לה לגירושין דודאי יכולה לסמוך ע"ז ולהנשא משום ה"ט דהבעל אינו חשוד לקלקלה וע"כ בזה י"ל דצריך מה"ת קיום היכא דהבעל מערער ואומר מזוייף הוא דבזה לא הוי הך חזקה דלא חציף אינש לזיופי כ"כ לסברא אלימתא כמו בכל דוכתי דהא בזה י"ל כיון דיכולה לאשתמוטי ולומר ולהעיזו דאף כשיבורר דמזוייף הוא עכ"ז יכולה לומר דהיא לא פשעה דסמכה על בעלה דמסר לה גט זה חתום והיא לא ידעה כלל מהזיוף וכיון דיכולה להעיזו ולהכחישו ע"כ יכולה לאשתמוטי ולא שייך בזה הכלל דלא חציף לזיופי דהא בזה לא יבורר שקרה לעולם והא דלא אמרינן בזה לחזקה דאין אשה מעיזה כבר כתב בזה הלח"מ סוף פ"ז ה"ג דכיון דגט יוצא מת"י לא שייך זה הכלל או מטעם דכתבו הפוסקים דכיון דהתחילה להעיז שלא בפניו לא שייך בזה להך חזקה דאינה מעיזה וכ"כ המח"א סוף פ"ז ה"ג כסברת הלח"מ הנ"ל ועיין בכתובות דף כ"ב ע"ב מזה ובב"מ דף י"ח ע"ב ד"ה אין הבעל כו':

וזה דומה להך דעד מפי עד דמיתה דלא שייך בזה מדעל"ג כיון דיכול להעיזו ולהכחישו ולומר דאתה אמרת לי זה השקר ואין עלי אשמה כלל וה"ה בהך זיוף שטר יכולה לומר דאתה הבעל עשית השקר והזיוף כדי לקלקלני ואני סמכתי עליך ומה אני יכול לעשות בזה כיון דהדין דיכולים לסמוך על הבעל כנ"ל וע"כ לא שייך בזה הכלל דלא חציף לזיופי ושם ברמב"ם פי"ב ה"ג מיירי הרמב"ם באמרה האשה גרשני בעלי בגט כמבואר שם וכן באה"ע סי' קמ"ב סעיף א' בשליח שהביא מבואר שם דהשליח לא עמד בעת כתיבתו וחתימתו וכן הרמב"ם בפ"ז ה"ג ה' א' מיירי שם להדיא דהשליח לא ראה כתיבתו וחתימתו אלא הבעל נתן לו גט זה וסמך על הבעל ע"כ בזה שפיר מהני ערעור הבעל דכה"ג לא שייך כ"כ הך חזקה דלא חציף לזיופי כמו בשט"ח דהתם כיון דאין

המלוה מאמין להלוה כנ"ל ע"כ ודאי ראה בעצמו חתימתם לכן הוי בזה מיעוט שאינו מצוי כלל לזייף בשקר משום דהתם אם יבורר הזיוף יוחזק בשקרן וזייפן ולא יהיה יכול לאשתמוטי כלל משא"כ בגט כיון דיכולה להכחישו וכן השליח יכול להכחישו ע"כ הוי בזה מיעוט המצוי [וכמש"כ לעיל לפי תי' הנתיבות בארוכה ולכן כ"ז דאינו מערער סמכינן על הברי של השליח או של האשה בצירוף רובא כנ"ל אבל בבעל מערער דהוי ברי וברי לא מהני רובא לחוד להוציא מחזקת א"א כנ"ל בארוכה כיון דלא שייך בזה כ"כ הך חזקה דלא חציף כו' דכיון דיכולים לאשתמוטי ע"כ בזה מהני ערעור הבעל וצריך קיום מה"ת ובשט"ח אף בטוען המלוה דסמך על הלוה והאמינו ג"כ שייך הך חזקה דלא חציף לזיופי משום דהוי טענה גרוע דהא אין דרך להאמין להלוה ע"כ יהיה הוחזק לכל לזייפן משא"כ בגט כנ"ל דהא יכול לסמוך עליו משום חזקה דלא חשוד לקלקלה ומתורץ שפיר קושיות הב"ש והאו"ת מעל הש"ך ולא היה בהעלם דבר דברי הרמב"ם והטושו"ע דאה"ע מהש"ך:

וע"פ דברי הגמ"ר והכרעת הב"ש דבטוען מזוייף צריך קיום מה"ת יש מקום לתרץ מה שמבואר בכתובות דף כ' דאמר ר' אסי אין מקיימים השטר אלא משטר שקרא עליו ערעור והוחזק בב"ד ופי' רש"י דאי לא קרא עליו ערעור חיישינן דלמא הוא גופו מזוייף הוא וכן פסק הרמב"ם והובא בח"מ סי' מ"ו סעיף ז' דמקיימים השטר משטר שקרא עליו ערעור והוחזק בב"ד וי"א דאף לא קרא ערער מקיימין כו' והש"ך ס"ק כ"ה כתב דודאי תימא הוא לומר דקיום לא מהני מטעם שמא לא דקדקו הב"ד בקיומו וע"כ העלה דכוונת רש"י והרמב"ם והרי"ף היכא דאין מכירים הקיום דחיישינן דלמא ההוא גופיה מזוייף ולפענ"ד נראה דכוונת רש"י והרמב"ם והשו"ע הוא דהא עיקר מה דמקיימין השטר ע"י דימוי החתימות זהו מצד מה שהקילו חז"ל בקיום שטרות דאינו רק מדרבנן וכמש"כ הקצה"ח סי' מ"ו ס"ק ח' דזה לא הוי רק בגדר סימנין דצורת אות פ' דומה לצורת אות פ' והא אין מוציאין ממון ע"י סימנין אלא מצד קולת חז"ל בקיום שטרות נגעו בה יעו"ש ע"כ י"ל דדוקא היכא דהכתב שמקיימין ע"י את השטר שאנו דנין עליו הוי מקויים בתורת קיום גמור דמהני אף מה"ת. בזה הקילו חז"ל לומר דמקיימין ע"י את השטר שדנין עליו אבל היכא דהשטר שאנו מקיימין ע"י איהו גופא אנו מסופקין עליו אם הוא מקויים מה"ת. או רק מצד מה שהקילו חז"ל בקיום ע"כ דיו במה שאיהו גופיה הוי מקויים אבל לא מהני למילף מיניה ולהוכיח ממנו להשטר שאנו דנין עליו כעת דהוי תרי קולי וכדמצינו כעין זה בנדה ד' ס"ז תוס' ד"ה משום סרך בתה כו' בסה"ד דכתבו שם דתרי קולי לא אשכחן דשרי הש"ס הרחקת חפיפה וסרך בתה עכ"ל וה"ה די"ל בנ"ד כיון

דעיקר השטר שאנו מקיימין ממנו אינו ברור לנו אם הוא מקויים באופן המועיל מה"ת או רק מדרבנן ע"כ אין אנו מקיימין ע"י לשטר אחר כ"א בקרא עליו ערעור והוחזק בב"ד ובקרא עליו וטען מזוייף אז צריך קיום מה"ת כשיטת הגמ"ר והב"ש וכיון דהוחזק בב"ד מסתמא היה הקיום באופן המועיל מה"ת דאל"כ לא היה הב"ד מקיימין וכותבין הקיום על השטר וכיון דאז צריך קיום מה"ת ע"כ הקילו חז"ל לקיים ממנו שטר אחר אבל לא קרא עליו ערעור חיישינן שמא הוא גופיה מזוייף כיון דלא היה הקיום באופן דמהני מה"ת רק אפשר דלא היה מועיל רק מדרבנן ולכן כיון דהצריכו חז"ל לקיום שטרות ע"פ דין ע"כ לא מקלינן לקיים ממנו לשטר אחר דזה גופא אינו רק מצד קולת חז"ל:

וגם יש בזה תרי מיעוטי לומר דסמכינן אהדדי תרי מיעוטי והוי פלגא ופלגא וכמש"כ הר"נ בחולין פ' א"ט ד' ס"ג לתרץ קושיות התוס' שם ד"ה ודילמא דעוף טמא נינהו כו', וכתב הר"ן שם לתרץ לקושיות התוס' דכיון דיש מיעוט טריפות ומיעוט טמאות א"כ מצרפינן הנך תרי מיעוטי והוי פלגא ופלגא יעו"ש בר"נ וכן מצינו בברכות דף נ"ג דה"ל מיעוטא לכשפים ומיעוט לגמר הכלים אשתכח רובא דלאו לריחא עביד כו' וב"ב דף צ"ג תוס' ד"ה איכא למימר מקמה כו' ויש להאריך בפרט זה ואכמ"ל ואף דיש לחלק דנ"ד שאני כיון דיצא אותו השטר שנתקיים כבר בתורת שטר כשר והוי כמו הא דלעיל דהוחזק בהיתר עכ"ז היכא דלא מצינו כן בפירוש אין לנו לומר כן ולהוציא ממון עי"ז ויש לומר דלזה נתכוין הש"ס הכא בפירוש לומר ולאשמועינן הך דינא דאין מקיימין השטר אלא משטר שקרא עליו ערעור היינו שטען מזוייף דאז הוי הקיום דמהני מה"ת. ע"כ אז הקילו חז"ל לקיים ע"י לשטר אחר ובאם לא ידוע שהיה הקיום מועיל מה"ת לא סמכו חז"ל לקיים ממנו לשטר אחר כנלע"ד לולי דברי הש"ך וא"ש סוגיות הש"ס בפי' רש"י והרמב"ם והרי"ף:

ולדינא כיון שנתברר לעיל תי' מורווח בעז"ה על קושיית הב"ש מעל הש"ך. ע"כ העיקר לדינא כמו שהעלה הש"ך והמהרי"ק להוכיח מכמה פוסקים דס"ל דאף בטוען מזוייף א"צ קיום רק מדרבנן וממילא מקלינן ביה בקולת חז"ל בקיום שטרות בכל דוכתא ואין לחלק ביניהם וכמו שהכריע האו"ת והנתיבות וכן הוא עיקר לדינא:

ענף ד:

(שם סעי' ד') בש"ך (ס"ק ט' בסופו) דשטר שמצאו בשוק צריך קיום מה"ת דמה דאין ביד שום אדם לא שייך לומר לא חשיד לזיופי כו' ויש להסביר זה היטב לפמש"כ הפני יהושע בגיטין דף ג' ד"ה בדין הוא דבקיום כו' דעיקר הטעם דמה"ת לא בעי קיום משום

דלא חציף אינש לזיופי כמש"כ רש"י דזהו משום דה"ל כמילתא דעבידא לגלויי כו', וכ"כ הפני יהושע בכתובות דף כ"ח ע"ש:

וכבר הקדימו התוס' בכתובות דף צ"ב ע"ב ד"ה דינא הוא דאזיל כו' וכתבו שם דאף גזלן מוחזק שהוציא שטר א"צ קיום כו' דאע"פ שהוא חשוד על הממון מ"מ מירתת לכתוב שטר מזוייף פן יכירו ב"ד זיופו עכ"ל התוס' וזהו כעין סברת הפ"י הנ"ל ועיין באו"ת סי' מ"ט ס"ק ד' באורים שכתב בשם הריב"ש לחלק בין הא דאמרינן דמילתא דעביד לגלויי לא מהני בממון דלפעמים מהני זה אף בממון דלאו כל העניינים שוין וכש"כ בזיוף דמירתת טפי וזה אינו שייך אך ביוצא מת"י אדם אבל בנמצא השטר בשוק דלא הוי שום בע"ד לפנינו ולא שייך לומר בזה מלתא דעביד לגלויי כו' וכן מירתת לא שייך בזה ע"כ צריך קיום מה"ת וזה פשוט:

וכן יש לדון בזה ע"פ מש"כ התוס' בב"ב דף נ"ב ע"ב ד"ה דברים העשויים כו' דהא דאמרינן אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן דז"א אלא היכא דדייניגן באדם מבורר אבל באדם שאינו מבורר לפנינו שפיר יש לנו לחוש שמא גנבו משום דכמה גנבים יש בעולם כו' וכ"כ התוס' בב"מ דף קט"ז ד"ה והא רבא כו' דכמה גנבי איכא בשוקא וכ"כ התוס' בשבועות ד' מ"ו ד"ה וספרא דאגדתא כו' ומה"ט יש לומר דה"ה הטעם שכתבו דלא חשיד לזיופי דהא זה לא שייך בנמצא בשוק משום דהא כמה חשודים וזייפנים איכא בעולם וע"כ בעינן בזה קיום מה"ת ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ה' ענף ז' הארכתי בזה הרבה ע"ש:

וע"פ דברי התוס' הנ"ל כתבתי בקונטרס עגונות שלי לדון במה שכתב החמדת שלמה סי' מ"ג להסתפק אם הא דאזלינן בתר קרוב דאף במקום דאיכא חזקה הסותרו ג"כ אזלינן בתר קרוב משום דקרוב עדיפא מן חזקה או דחזקה עדיפא מן קרוב ונשאר בצ"ע ע"ש ואנכי הוכחתי כבר דקרוב עדיפא מחזקה מהא דשקלים פ"ז מ"א מעות שנמצאו קרוב לחולין חולין קרוב למע"ש מע"ש מחצה למחצה מע"ש זה הכלל הולכין אחר הקרוב להקל מחצה למחצה להחמיר וחזינן דקרוב למע"ש הוי מע"ש ודאי ונפ"מ אי אכלו בטומאה ובאנינות דלוקה וקשה דהא יש להמעות חזקת חולין דמעיקרא דהמעות היה חולין מקודם שנתחללו על המע"ש ויש לנו חזקה המבררת לנו להיפוך נגד הקרוב ואף כה"ג י"ל אוקי אחזקה ראשונה וכמש"כ התוס' בנדה דף י"ח ע"א ד"ה אחר הרוב כו' דגבי ט' חנויות דכולן מוכרות בשר שחוטה ואחת מוכרות נבלה דהלך אחר הרוב דיש התם חזקת איסור על החתיכה דאנו דנין ואפ"ה הולכין אחר הרוב והתם הא יש ג"כ בשר כשר אפ"ה דייניגן על החתיכה שנולד הספק לומר אוקי אחזקה דמעיקרא וכמו

בשני שבילין דאף בבת אחת טהורין מה"ת כמש"כ התוס' בפסחים דף י' א"כ תקשה כיון דשייך כה"ג ג"כ אוקי אחזקה דא"כ אמאי הוי מע"ש ודאי וע"כ מוכח מזה דקרוב עדיפא מן חזקה דמעיקרא וכן מוכח מש"כ הפוסקים ביו"ד סי' ס"ג דבשר הנמצא קרוב לבית ישראל דמותר והא יש בזה חזקת אינה זבוחה על החתיכת בשר שאנו דנין אפ"ה סמכינן להקל על הקרוב אלמא דקרוב עדיפא מן חזקה דמעיקרא: ובאמת יש להוכיח כן מהא דמבואר בקרא דהעיר הקרובה מביאה ע"ע והטעם מבואר בב"ב דף כ"ג דלכן עיר הקרובה מביאה ע"ע משום דהקרוב מבררת לנו דהיה הרוצח מן עיר הקרובה והנה היכא דמכירין אנחנו לכל אנשי העיר הקרובה דיש להם חזקת כשרות קשה דאמאי מביאה ע"ע הא לפי מה דמבואר בתוס' ב"ב וב"מ ושבועות הנ"ל דהא דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן אין זה רק אם אנו דנין על אנשים הידועים לנו אבל באותן שאין מבוררין לפנינו אמרינן הרבה גנבים יש בעולם וכן כתבתי לעיל גבי הא דאמרינן דלא חשידי לזייף השטר דז"א רק בבע"ד לפנינו אבל בנמצא שטר בשוק אמרינן הרבה זייפנים איכא בעולם א"כ לפ"ז אם יש להעיר הקרובה חזקת כשרות כגון דאנו מכירים את כולם לא יביאו ע"ע משום דהא חזקת כשרות דיש על כאו"א עדיפא מן קרוב. והחזקה מבררת לנו דהרוצח אינו מהעיר הקרובה אלא איזה איש שאינו ידוע לנו דפריש מעלמא ולא שייך לומר בזה אוקי אחזקת כשרות דהא כמה רוצחים ישנו בעולם וכנ"ל וגם הא בשני שבילין מוקמינן על החזקה אף דממילא סותר לחזקה ב' הרי דמוכח דקרוב עדיפא מן אוקי אחזקה אף בחזקת כשרות דהוי חזקה אלימתא וכש"כ משארי חזקות כמש"כ במק"א ולכן א"ש הא דהעיר הקרובה מביאה ע"ע משום דקרוב מברר לנו דהרוצח הוא מעיר הקרובה אף דזהו מנגד לחזקת כשרות. ולכן הש"ס בחולין דף י' דשקלי וטרי מנלן דאזלינן בתר חזקה ולא ילפינן מן קרוב דכתיב בקראי משום דקרוב עדיפא והא דלא יליף לרוב מן קרוב העיר בזה החמדת שלמה בהקדמת ספרו ובחידושי במק"א תרצתי זה היטב ואכמ"ל ועפ"ז יש ליישב דברי הרמב"ם פ"ו ה' מע"ש ה' י"א והלכה י"ב וכבר העיר הצל"ח בפסחים דף ז' ע"א וקצרתי:

ומה"ט כתבתי בחידושי בב"ב דף כ"ד דיש מקום לומר דהא דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב דזהו רק מה"ת אבל מדרבנן י"ל דכמו דאמרינן מדרבנן סמוך מיעוט לחזקה וכמבואר ביבמות דף קי"ט ברי"ף וברמב"ם וברא"ש שם ובבכורות דף כ' ע"ב ד"ה חלב פוטר כו' וביו"ד סי' שט"ז כש"כ דאמרינן מדרבנן סמוך מיעוטא לקורבא להחמיר ותרצתי היטב כל המקומות דיש להוכיח להיפך וכן תרצתי עפ"ז להרמב"ם פ"ט ה' רוצח דלא הביא להא דב"ב דף כ"ג דמוקי ביושבת בין ההרים דתמהו בזה המפרשים וידעתי

מה די"ל בזה הא דאין דנין דברי סופרים מן ד"ס ועיין בב"ק דף פ' ע"ב תוס' ד"ה אומר כו' ועושה כו' וקצרתי:

וע"פ כ"ז העליתי תקנה גדולה בתקנת עגונות דהיכא דנמצא מת סמוך וקרוב למקום שנאבד משם והוא באופן דליכא ביה לדון כל דפריש מרובא דעלמא פריש כגון שנמצא בו סי' אמצעי שכתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' דבכה"ג ליכא בזה רובא דעלמא דאף אי סימנין דרבנן מ"מ לא הוי רק ספק השקול משום דרוב אין להם ס"א כמותו כמו שהארכתי שם ואף דאכתי איכא חזקת א"א עכ"ז הא לפי מה דנתבאר דקרוב עדיף מן חזקה ע"כ מהני זה להקל בנ"ד וכבר כתב הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' מ"ג דחזקת א"א וחזקת חי לא נחשב רק לחד חזקה ע"ש וכן היכא דהוי ספק רוב דעלמא ג"כ יש לדון דמהני קורבא כמש"כ התורת גיטין סי' קל"ב סעיף ד' להוכיח דרוב שאינו ידוע אינו מגרע הקורבא וגם הארכתי לבאר די"ל דאף דרבנן החמירו לחוש למיעוט ולא לסמוך על הרוב לבד מה די"ל דאין דנין תקנת חז"ל מהדדי י"ל עוד דהא במה דאמרו בב"מ דף כ"ז אי סימנין דאורייתא מהדרינן גט אשה בסימנין דכתב הפני יהושע להעיר דאמאי לא מחמרינן מדרבנן כמו במשאל"ס אך הטעם הוא דכיון דכתוב מפורש בתורה לא החמירו חז"ל בזה וכמש"כ הט"ז ביו"ד סי' קי"ז ושאני רוב דלא מפורש בתורה כ"כ משום דאחרי רבים כו' י"ל דזהו רק ברוב דאיתא קמן כמבואר בחולין דף י"א א"כ בקרוב דמפורש בתורה ומוכח משם דאף במקום חזקה סמכינן על קרוב ע"כ אין לנו להחמיר אף בערוה והארכתי בכ"ז במק"א וזהו תועלת גדול בתק"ע אך לפי שאין כאן מקומו ע"כ באתי כעת בקצרה:

והקצה"ח סי' רס"ב ס"ק ב' הקשה עלה דר"פ ר' ישמעאל דף נ' דבמקורבות אסורות והא רוב וקרוב אזלינן בתר רוב ונשאר בצ"ע אכן מזה יהיה סייעתא למש"כ לעיל דקרוב עדיפא מחזקה וע"כ באיסורין יש לנו להחמיר מדרבנן ולומר סמוך מיעוטא לקורבא וה"ל פלגא ופלגא כמש"כ לעיל ולכן א"ש מה דאמרו שם דבמקורבות אסורות משום דאסורות מדרבנן משום סמוך מיעוט כו' ואף דיש התם חזקת היתר ורוב עכ"ז אמרו סמוך כו' ובמק"א הארכתי בכ"ז הרבה וגם היכא דהוי רובא דאיתא קמן ואכמ"ל ומה שהקשה הקצה"ח שם על הא דב"מ דף כ"ה יבואר לקמן בחי' לסי' ס"ה סעי' יו"ד ענף ב':

ה (שם סעי' ה') מקיימין השטר אפילו שלא בפני בע"ד כו' והב"י בשם תשובת הרשב"א כתב הטעם דלא על מנה שבשטר הם מעידים כי אם על חת"י כו' והאו"ת ס"ק ה' כתב בשם בני שמואל דכתב דלפ"ז היכא דעדי השטר בעצמם מעידים על חת"י דאין מקיימין שלא בפני בע"ד משום דעל מנה בשטר הם מעידים והשיג עליו האו"ת דלא מצינו

חילוק זה בשום מחבר אבל באמת הנה מצאתי בשיטה מקובצת לב"ק ד' קי"ב ע"ב ד"ה אמר רבא הלכתא מקיימין כו' דהביא בשם הרמ"ה דכתב לפרש דהא דמקיימן שלא בפני בע"ד זהו רק במקיימין השטר שלא מפי עדים החתומים דעל כת"י הם מעידים אבל במקיימין השטר ע"פ עדים החתומין דכיון דעל מנה שבשטר הם מעידין לכן אין מקיימין ע"פ שלא בפני הבע"ד עכ"ל הרמ"ה לכן לדינא אין להוציא ממון ע"י קיום עדי השטר דהעידו שלא בפני הבע"ד דהא לפי טעם זה שפיר יש לדון ולחלק כן והי' בהעלם דבר דברי השמ"ק הנ"ל מן האו"ת ועפ"ז יש ליישב מה שהקשה המל"מ ה' מלוה פ' י"ז ה' ח' על מש"כ הה"מ שם בשם הרב אבן מג"ש ז"ל בהא דיורש קטן שהוציא שט"ח ויצא עליו שובר לאח"מ דאין קורעין השטר שמא מזוייף השובר ולפיכך לא הוציאו בחיי אביו דאף שאומרים העדים אנו חתמנוהו אין מקיימין השובר לפי שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד והקשה המל"מ דהא קיי"ל דמקיימין השטר אף שלא בפני בע"ד אכן לפמש"כ בשם הרמ"ה דס"ל דקיום ע"י עדי השטר אין מקיימין שלא בפני בע"ד משום דעל מנה שבשטר הם מעידין אתי שפיר דברי הרב אבן מג"ש הנ"ל משום די"ל דס"ל כשיטת הרמ"ה הנ"ל ולכן אין מקיימין השובר ע"י עדי החתומים עליו וכן י"ל במש"כ הנ"י בב"ב בסוגיא דשם ד' ז' בשם הרשב"א ג"כ דכתב דאין מקיימין השובר ע"י עדי חתימה משום דאזיל הרשב"א לשיטתו שכתב בחידושיו לב"ק ד' קי"ב בחד טעמא דמקיימין שלא בפני בע"ד משום דעל כת"י מעידין ולכן אם עדי השובר בעצמן מקיימין חת"י דלא שייך טעם זה ע"כ אין מקיימין השובר בכה"ג וגם י"ל דאף להטעם שכתבו הרשב"א וש"פ דלכן מקיימין השטר שלא בפני הבע"ד משום דד"ת כמו שנחקרה עדותן בב"ד דבכה"ג דאתיליד לנו ריעותא בהשובר דלא הוציאו בחיי אביו כמבואר בב"ב ד' ז' י"ל דבזה בעינן קיום מה"ת דהא עיקר הטעם דאמרו ד"ת כמו שנחקרה עדותן בב"ד משום דרוב אנשים לא חשודים לזייף ואף דאין הולכין בממון אחר הרוב אך זה הוי רוב אלים דמהני אף בממון כמבואר בכ"ד והא ידוע מה דכתבו הפוסקים ביו"ד סי' נו"ן דאף דרוב בהמות כשרות מ"מ היכא דאיתרע לא אזלינן בתר רובא משום דבמה דנולד ריעותא ליכא רובא בהו כמו מים בראש וכה"ג וכמו הא דכתובות ד' ט"ז דרוב בתולות ניסת יש לה קול וזו הואיל ואין לה קול איתרע רובא וכמש"כ התבואות שור ריש ה' טריפות מזה. וה"ה בהך דקיום שטרות יש לדון ג"כ דהיכא דהוי ריעותא לא דיינינן הך רובא וע"כ בכה"ג צריך קיום מה"ת ולכן אין מקיימין זה שלא בפני הבע"ד ומתורץ שפיר קושיות המל"מ:

(שם סעי' ז') בש"ך (ס"ק י"ז) חולק על הרמ"א וס"ל דלא מהני עדי קיום בכתב ועיין לעיל סי' כ"ח סעי' ט"ו בחידושיי ענף ב' מה שהוכחתי שם כשיטת הש"ך דלא מהני עדות בכתב אף בקיום שטרות:

1 (שם סעי' י"ג) בש"ך (ס"ק ל"ח) אבל אם העיד ראשונה ה חי עצמו הוי אידך יתר שהוא כנטול כו' ולענ"ד יש לדון לפמש"כ האו"ת בסי' למ"ד ס"ק י"א די"ל דהא דמצטרפין עדות מיוחדת הוי זה רק מדרבנן משום נעילת דלת א"כ הכא עדותן של העד החי שמעיד יחידי על כת"י הוי זה עדות מיוחדת ע"כ יכול המלוה לומר אי אפשי בתקנת חכמים דהכשירו עדות מיוחדת והוי כמו דלא העיד כלל מעולם ולכן שפיר מהני מה דלכתוב חת"י אחספא או מה דיעידו שני עדים ביחד על חתימת החי ואז שפיר יהי' יכול החי להעיד עם עוד אחר ביחד על חתימת המת וכבר כתבתי במק"א דיש כמה פוסקים דפליגי וס"ל דאף להוציא אמרינן א"א בתק"ח ולכן יש לדון דמהני תפיסת המלוה בזה ולטעון קים לי כן ואפשר לחלק קצת דשאני הכא דהא המלוה בעצמו הביא מתחלה העד החי לב"ד להעיד על חת"י והי' ניחא לי' בהך תקנתא ע"כ אפשר דלא שייך כן ושאני הא דאיני ניזונית ואיני עושה דעל הימים הבאים לאח"ז לא הי' גלוי דעת ממנה דניחא לה וגם לא קא עבדה מעשה וקצרתי ועיין במשאת בנימן סי' נ"א מש"כ שם בעדות מיוחדת הרבה. וכוונת האו"ת דכתב דהא דעדות מיוחדת הוי רק מדרבנן הוא רק לדידן דקיי"ל הלואה אחר הלואה והודאה אחר הודאה מצרפין אבל לר' יהושע ב"ק בעצמו ודאי דס"ל דגם מה"ת מועלת עדותן כמבואר בסנהדרין ד' ל' ע"א דאמרו בזה אבע"א קרא ואבע"א סברא ומה דהוכיח האו"ת שם כן מהא דגיטין ד' ל"ג" הנה הכסף משנה פ"ד ה' עדות ה"ב הקשה כן בשם הסמ"ג וכן הקשה הרשב"א בחידושיו לגיטין שם והובא בפני יהושע שם שהאריך בזה והא דמכות ד' ו' דאמר רב נחמן עדות מיוחדת כשירה בדיני ממונות דכתיב לא יומת כו' אבל בד"מ כשירה לכאורה משמע מזה דס"ל לר"נ דגם מה"ת כשירה עדות מיוחדת ודלא כהאו"ת אבל באמת אין זה סותר לדברי האו"ת משום די"ל דהא דמכות קאי בעדות מיוחדת שראו מעשה אחת רק לא ראו העדים זה את זה וכמש"כ הריטב"א בחידושיו למכות ד' ו' אבל אם לא ראו המעשה כאחת אכתי י"ל דאף דמהני עדותן לדידן מ"מ ז"א רק מדרבנן ולא מה"ת ובנ"ד דמעיד החי בעצמו על כת"י אף דעל מנה שבשטר הוא מעיד מ"מ הא עדותו ועדות השנים על חת"י עד השני הם שני מעשיות וענינים חלוקים זה מזה והוי כמו כל הודאה אחר הודאה דהוי מדרבנן להאו"ת. וגם מה דקיי"ל שומעין דבריו של זה היום כו' י"ל דלשיטת האו"ת הנ"ל אין זה ג"כ רק מדרבנן ועיין בכ"מ פ"ד ה"א וקצרתי] וע"כ שפיר כתבתי דגם זהו כמו

כל עדות מיוחדת לשיטת האו"ת הנ"ל דאין זה רק מדרבנן. ובעין זה מצאתי באו"ת סי' למ"ד באורים ס"ק י"ח שכתב דיכול המלוה לומר א"א בתק"ח שהכשירו עדות מיוחדת לטובת המלוה ע"ש וראיתי בספר בית יהודה סי' למ"ד סעי' ו' שהקשה על האו"ת דס"ל דזהו תק"ח משום נעילת דלת מהא דסעי' ח' דגם בפרעון דהוא לטובת הלוה הכשירו עדות מיוחדת. אבל באמת אין זה קשה כלל דהא כן מצינו בסנהדרין ד' ג' דאמרו דלא בעי דו"ח וכן דנין בבבל אף דליכא סמוכין משום נעילת דלת ואפ"ה הא גם היכא דהוי טובת הלוה דנין כן משום דלא חילקו חז"ל בתקנתם ועיין בתוס' שם ד"ה שלא תנעול כו' וכן מה דמצינו לרמב"ם שהכשיר עדות בשטר משום נעילת דלת ולא חילקו חז"ל בזה ומה"ט א"ש מה דמצינו דעדות מיוחדת מהני אף לפוסלו מעדות כמבואר בסי' ל"ד סעי' כ"ז וסעי' כ"ח. ועיין ב"ב ד' ל"ב וכתובות ד' כ"ו מזה וסנהדרין ד' כ"ז: ובעיקר דברי הרמ"א דכתב וכ"ש אם היו עדים לקיים חתימת החי דמשמע דבעינן שני עדים אחרים המקיימין חת"י החי אבל ע"א בצירוף החי עצמו על חת"י לא מהני אכן הנימוקי יוסף פ' חזקת הבתים בסוגיא דשם ד' נ"ז כתב בזה"ל אמר המחבר כו' מיהו אם בא אחד מן השוק והעיד על חתימת החי ואח"כ בא החי והעיד על עצמו מצטרף הוא אם אחר שבשוק על חתימת המת דהשתא ליכא כו' עכ"ל. אלמא דאף ע"א מן השוק כשהעיד מתחלה מצטרף החי עמו להעיד על חת"י ואח"ז מהני עדותו עם אחר להעיד על חת"י המת משום דלא מקרי זה ניכוי ריבעא דממונא משום דהא א"צ לעדות החי רק על ריבעא כיון דיש עוד עמו ע"א שמעיד על כת"י החי ואפשר דגם הרמ"א מודה לזה משום דהא כתב הרא"ש בפ"א דב"מ סי' ג' דלשון עדים הוא לאו דוקא ע"ש וכש"כ הכא די"ל דהך עד החי הוא בכלל היו עדים דנקט הרמ"א וכן הוא ברור לדינא ואח"ז ראיתי בדרכי משה ס"ק ד' שהביא בשם הנ"י דה"ה אם היו עדים לקיים חתימת החי אלמא דגריס בדברי הנ"י שלא כמו דכתוב בנ"י שלפנינו וכן ראיתי בעין משפט שם שהניח בצ"ע אכן העיקר כמש"כ: ועיין בתשובת הרמ"א דהובא לקמן בש"ך סוף סי' מ"ו:

ז (שם סעי' י"ג) שנים שחתומים על השטר כו' שא"כ יצאו שלשת רביעי הממון כו' בירושלמי ר"ה פ"ב ה"א ובירושלמי כתובות פ"ב ה"ד איתא בזה"ל הי' אחד מכיר כתב ידו וכת"י של חבירו ואחר אין אדם מכירו וחבירו מכירו חבירו מהו שיצטרף עם אחר מן השוק להעיד עליו כו' אין הוא ואחר מצטרפין על חתימת העד השני כו' אם אתה אומר כן נמצאת כל העדות מתקיימת בע"א א"ר יודן ויאות אלו שנים שיצאו מעיר שרובה עו"ג כגון הדא סוסיתא אחד הכל מכירים אותו ואחד אין אדם מכירו חבירו מכירו מהו שיעשה כאחד מן השוק להעיד עליו אם אומר את כן לא נמצאת כל העדות מתקיימת

בע"א וכא נמצאת כל העדות מתקיימת בע"א עכ"ל הירושלמי והשירי קרבן שם הקשה מן הא דכתובות ד' כ"א דאמר רב שלשה שישבו לקיים השטר וקרא ערער על א' מהן עד שלא חתמו מעידין עליו משמע דמצטרף לאחר שהעיד עליו וצ"ע עכ"ל הש"ק ולענ"ד נראה דאינו קשה משום דיש לחלק בין דיינים לעדים היכא דאינו פסול הגוף כמו דמצינו בהא דמפיהם ולא מפי כתבם וכה"ג דבדיינים כשר אף מפי הכתב וכה"ג ה"ה י"ל בהא דשלשה רביעי ממון יוצא ע"פ ע"א כיון דילפינן זה מהא דכתיב על פי שני עדים יקום דבר חצי דבר על פי זה וחצי דבר על פי זה וזה אינו רק בעדים אבל בדיינים לא איכפת לנו בזה וע"כ התם בכתובות גבי ג' שישבו לקיים השטר דשפיר יכולין להעיד עליו ולהצטרף לדיינים אבל לענין להעיד על השני שהוא כשר ולהצטרף עמו להעיד ביחד ס"ל להירושלמי דאף דהם שני ענינים נפרדים מ"מ כיון דעסוקים אז בענין קיום השטר וכהנה דגם זהו מיפסל משום נפק נכי רבעא דממונא אפומא דחד סהדא. ועיין בגיטין ד' יו"ד ע"ב תוס' ד"ה אי לאו כו' וזהו מילתא חדתא שלא העירו מזה הפוסקים כלל וע"כ ראיתי להביא לדברי הירושלמי הנ"ל כי למדנו מזה דין מחודש דהיכא דבאו שנים להעיד על איזה ענין ביחד וגם אנו צריכים לעדות על הכשר עד השני דכיון דאנו דנין אז על ענין עדותן שבאו להעיד לפנינו דאין ע"א מן שני עדים הנ"ל מצטרף עם אחר להעיד על הכשר עד השני ולהצטרף לאח"ז להעיד עמו על ענין שאנו דנין עליו דאף דהם שני ענינים נפרדים מ"מ גם זהו בכלל נפק נכי רבעא דממונא כנ"ל ומיפסל אף היכא דלא הוי בחשש נוגע כמבואר בירושלמי:

ח (שם סעי' י"ד) אם אין מכירים כו' או הדיין בעצמו ואחר עמו מעיד על כת"י אינו מועיל דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי העד מעיד על מנה שבשטר והדיין מעיד על חתימת העדים והוא מן כתובות ד' כ"א ולכאורה קשה דהא כיון דהדיין מעיד שבפנינו נתקיים השטר א"כ הוי כמעיד שראה עדות שנחקרה עדותן בב"ד וכמש"כ התוס' בכתובות ד' כ' ע"א ד"ה ור' יוחנן כו' גבי שורף שטר של חבירו ואם עדים מעידין שראוהו מקויים הוי כאלו מעידין שראו עדות שנחקרה עדותן בב"ד ומ"ש זה מן הודאה אחר הלואה דמצטרפין אע"ג דמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי:

ומצאתי בתשובת מהרי"ט ח' אה"ע סי' ט' שהקשה כן והעלה דהא דאמרו עד ודיין אינן מצטרפין זהו דוקא לקיים השטר משום שעבודא דאית בי' למטרף ממשעבדי אבל למגבי מבני חרי מצטרפין אבל באמת משמע מכל הפוסקים דאף לענין מלוה בע"פ לא מצרפינן להו וכמש"כ האו"ת בס"ק י"ח וע"כ מוכח דאינו דומה להודאה אחר הלואה דהתם תרווייהו אמנה קא מסהדי אבל הכא גבי קיום שטר הנה העד המעיד על כת"י

מעיד על מנה שבשטר והדיין מעיד על קיום העדים אף דממילא חייב המנה לפי דברי הדיין מ"מ עיקר עדותו אינו רק על חת"י העדים ולפ"ז אפשר לדון היכא דע"א מעיד על הלואת מנה והדיין מעיד שנתקבל עדות מפי שנים לפנינו ולפני עוד שני דיינים שנצטרפו עמו בקב"ע דהוא חייב מנה להתובע דכה"ג כיון דעדותו של הדיין הוא ג"כ על גוף המנה שנתקבל עדות לפניהם דבזה י"ל דמצרפינן העד והדיין ועיקר הך מימרא דעד ודיין אין מצטרפין נאמרה בכתובות רק גבי קיום שטרות כן י"ל לכאורה בזה:

אבל באמת זה אינו דהא לעיל סי' למ"ד סעי' י"ב בטור ושו"ע שם כתבו זה הדין דעד ודיין אינן מצטרפין גם גבי כל מילי דעדות ולאו דוקא גבי קיום שטרות לבד וכן מבואר ברמב"ם ה' עדות פ"ד ה' ו' כתב זה לכלל בכל עדות דעד עם הדיין אינן מצטרפין ועיין לעיל סי' למ"ד בסמ"ע ס"ק ל"ז ובבאר הגולה שם ס"ק ו' דאם ע"א מעיד על הלואה זו ודיין א' מעיד שבמושב ב"ד של ג' כו' העידו שני עדים על הלואה זו אינן מצטרפין כו' ע"ש אלמא דלאו דוקא גבי קיום שטרות אמרו כן דה"ה בכל עניני עדות ומוכח מדבריהם דלא כהמהרי"ט הנ"ל אך מ"מ טעמא בעי דמ"ש מן הודאה אחר הלואה ובעז"ה האיר ה' את עיני ומצאתי בשיטה מקובצת לכתובות ד' כ"א ע"א עלה דעד ודיין כו' שכתב בשם הרשב"א וז"ל ורבינו אלפסי ז"ל בב"ב פ' יו"ד פירש על הא דעד ודיין מצטרפין דהוא עד שהעיד שראה ההלואה ודיין העיד שנתחייב בב"ד ע"פ עדים אינן מצטרפין לפי דסהדא מסהיד על ההלואה ודיינא לא מסהיד אלא שנתחייב בב"ד אבל אינו יודע אם נתחייב באמת או בשקר ולא דמי להודאה אחר הלואה דהתם תרוייהו בקושטא קא מסהדי הא דחזא שהלוה לו מנה והאי דחזא דאודי לי' קמי' בההיא מנה אבל הכא דלמא הני דאסהידו עליו בב"ד שקרא קא מסהדי ודיינא מאי דשמע קא מסהיד ע"כ אין מצטרפין וכן קיי"ל עכ"ל השמ"ק א"כ מצינו ת"ל שהשמ"ק בשם הרשב"א הקשה כן על הרי"ף בב"ב משום דעל הסוגיא דכתובות ד' כ"א לא היה קשה כ"כ משום דיש לחלק דשאני קיום שטרות כמש"כ לעיל אבל הרי"ף דהביא כן אף על שארי מילי דעדות לכן הקשה כן ומחלק כנ"ל: והדבר צריך ביאור עדיין דמפני מה לא יצטרפו הא גם הדיין מעיד על דבר ברור דאין לנו דבר ברור יותר מן שני עדים דע"פ שנים עדים יקום דבר והנ"ל הסבר הענין כך הוא דהא אמרינן בכתובות ד' כ"א וב"ב ד' נ"ז דהיכא דקא נפיק נכי רבעא דממונא אפום דחד לא מהני עדותו משום דבעינן ע"פ שני עדים יקום דבר ויהי' חצי דבר ע"פ של זה וחצי דבר ע"פ של זה כמש"כ רש"י והרשב"ם שם וע"כ מה"ט פסלו עדות היכא דמאי דקא מסהיד סהדא לא מסהיד דיינא. משום דהא העד מעיד שראה בעצמו כל הענין ע"פ מה שלוה בפניו או מה שהודה הבע"ד עצמו בפניו אבל עדות הדיין אינו רק מה שיודע

ע"פ בירור מן העדים א"כ הא מצינו בב"מ ד' ג' ע"ב דאמרו דיש מעלה בהודאת פיו יותר מן עדים דפיו אינו בהכחשה והזמה אבל עדים שישנן בהכחשה והזמה אינן חשובים כ"כ כמו מעלת פיו לגבי מה דאמרו התם. ע"כ י"ל דה"ה לגבי צירוף העד ודיין כיון דהעד מעיד מה שיודע ע"פ הודאת פיו א"כ הוי זה בירור יותר מן עדותו של הדיין דהא הבירור שיודע להדיין הוא ע"פ עדות דישנן בהכחשה והזמה משא"כ בירור שמעיד העד ע"פ הודאת פיו דאינו בהכחשה והזמה הוא בירור ביותר וכש"כ אם מעיד שראה עצם ההלואה ואין זה מקרי חצי דבר ע"פ עדות של זה כו' רק עדותו של העד המעיד על כת"י דהוא על מנה בשטר הוי זה בשם יותר מחצי דבר לגבי עדותו של הדיין ובאמת בעינן דיהיו שווים בעדותן כל אחד לעדותו של חבירו בלא שום הוספה וגרעון כי כן גזרה התורה ע"פ שנים יקום דבר כו'. וע"כ פסלו היכא דמאי דמסהיד סהדא לא מסהיד דיינא ומה"ט אינן מצטרפין כן יש להסביר הענין הלז וכן הוא כוונת הרשב"א והשמ"ק הנ"ל: והנה ראיתי בספר בית יעקב על כתובות מהגאון מליסא שכתב להקשות כן על הא דכתובות ד' כ"א דמפני מה אמרו עד ודיין אינן מצטרפין דמ"ש מן הודאה אחר הלואה והביא למש"כ השמ"ק כנ"ל בכתובות שם וסיים ולפ"ז גם בהלואה עד ראיות ההלואה עם עד שראה חקירת העדים בב"ד אינן מצטרפין וצ"ע עכ"ל אבל באמת אין זה צ"ע כלל דהא כן מבואר להדיא בסי' למ"ד בטושו"ע וברמב"ם וברי"ף לב"ב פ' יו"ד על כל מילי דעדות א"כ ה"ה אחר המעיד על קבלת עדות בב"ד דמ"ש דיין המעיד על קב"ע בב"ד דלא מצטרף מה"ט וה"ה אחר ולכן אין בזה שום ספק כלל ובוודאי לא מצטרף העד שראה הקב"ע בב"ד להעד שראה ההלואה או להודאת פיו כנ"ל וכן יש לדון מה"ט היכא דע"א מעיד על איזה חוב שאחד חייב לחבירו ויודעים שלא פרע לו לפי שלא זזה ידו מתוך ידו כו' והעד השני מעיד על חוב הלוואה שלוה מחבירו לזמ"פ ועכשיו הוא בתוך זמנו ולפי עדותו א"כ ממילא חייב הנתבע לשלם להתובע משום חזקה אין אדם פורע בתו"ז. ועיין בסי' ע"ה סעי' י"ג אבל במכחיש להע"א על ההלואה ועל התו"ז בוודאי לא שייך בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ואם יצרפו הנך שני עדים להדדי יהא חייב לשלם אכן לפמש"כ טעם הדבר ע"פ סברת הרשב"א דכיון דאין הדיין יודע עצם הענין רק ע"פ עדותן של העדים ע"כ אין בכחו להצטרף לעוד ע"א לפי דאפשר דתרווייהו שקרא קא מסהדי וכתבתי לבאר דמטעם זה לא קרינן בהו ע"פ שני עדים יקום דבר דיהי' חצי דבר ע"פ של זה כו' כיון דאין הבירור של שניהם שקולין זה כמו זה וכיון דאמרו דמה דהדיין יודע ע"פ עדותן של שני עדים דאף דאין לנו בירור יותר מן שני עדים ואפ"ה כיון דלא ראו ושמעו מפי הבע"ד לא מצטרף להעד דראה בעצמו כנ"ל כש"כ

למה דאינו יודע העד השני רק ע"פ בירור החזקה דתו"ז וכה"ג דוודאי לא מצרפין אותו להעד שראה ושמע מן הבע"ד דהא כתבו התוס' בב"ב ד' ה' ע"ב ד"ה מי אמרינן במקום חזקה כו' דעדים עדיפי מן חזקה כו' וכן הוא פשוט בלא ראי'. א"כ וודאי דאמרינן בזה ג"כ מאי דמסהיד סהדא לא מסהיד יד דיינא והכל הוא מה"ט וכן י"ל לשיטת הרמב"ם דהובא בסי' נ"א סעי' ב' דע"א בשטר וטען פרעתי ה"ל טענה גרועה משום דגם בי' שייך חזקה דשטרא בידי כו'. א"כ אם מכחיש לעיקר עדותו של ע"א מה שחתם על השטר דאם לא הי' רק ע"א הי' נשבע להכחיש העד ולכן יש לדון אם עד אחד מעיד על חוב הלואה ויודע שלא פרע לו החוב מפאת ידיעתו שלא זזה ידו כו' ועד הב' הוא ע"פ עדות השטר כנ"ל די"ל דלא מצרפינן להו מה"ט לחייב את הלוה כשטוען פרעתי ועיין בב"ב ד' קס"ה גבי ע"א בכתב וע"א בע"פ כו' ובירושלמי פ"ב דכתובות וקצרתי. כללו ש"ד דעדות מיוחדת דאף דקיי"ל דמצרפינן מ"מ בעינן דלא יהי' עדות של ע"א אלימא ביותר מן עדות השני כלל:

ט (שם סעי' ל"ז) שנים החתומים כו' בש"ך ס"ק ק"א וה"ה בשטר ששנים אומרים פרוע ושנים אומרים אינו פרוע לא מגבינן בי' ולא קרעינן לי' עכ"ל והסמ"ע לקמן סי' ע"א ס"ק ד' ס"ל דבשנים אומרים פרוע כו' דמוקמינן עדים כמאן דליתנהו ומוקמינן השטר על חזקתו וגובין בו והש"ך שם ס"ק ב' כתב דאין סברא לומר כן כלל ומה דיש להעיר ע"ז מן הא דסי' ע"א סעיף ה' ובאו"ת שם ס"ק ו' ע' בקצה"ח ס"ק ה' ובנתיבות שם ס"ק ט':

ענף א:

והאו"ת בסי' נ"ח ס"ק ה' כתב בשם הפר"ח בשנים מכחישים בפרעון השטר דהשטר בחזקתו וגובין בו והשיג עליו האו"ת מן מש"כ התוס' בכתובות ד' כ' ד"ה ואוקי ממונא כו' בשם הרשב"א דכתב לפרש דקאי על שובר דחתומים בו שני עדים ושנים אומרים פסולים היו דה"ל תרי נגד תרי ופטור הלוה ולא אמרינן דהשטר בחזקתו אלא הממע"ה וה"ה בשני כתי עדים המכחישין בפרעון דהממע"ה עכ"ל האו"ת ולענ"ד יש לחלק והוא כי עיקר סברת הפר"ח הוא דכמו דקיי"ל בשני כתי עדים המכחישין זא"ז דמוקמינן על חזקתו הראשונה וה"ה בהך חזקה דשטרא בידי מאי בעי דישנו לפנינו וע"כ שפיר כתב הפר"ח דמוקמינן השטר בחזקתו וגובין בו אבל בשובר שת"י הלוה דהא אי נימא דעדי השובר הם כשרים א"כ ליתא כלל לחזקה דשטרא בידי מאי בעי דמה הי' יכול הלוה לעשות דהא קיי"ל כותבין שובר ומחוייב הלוה לפרוע חובו אם אומר המלוה אבד שטרי ויכתוב לו שובר כמבואר בסי' נ"ד ולדברי הלוה דהם עדים כשרים וסמך עליהם דהא לא הי' יודע דיבואו עדים להכחישם ע"כ לא שייך בזה החזקה דשטרא בידי מאי בעי ולכן

הממע"ה משא"כ בעדים בע"פ המכחישים זא"ז בפרעון דהא אף לדברי העדים דמעידים על פרעון השטר מ"מ לא נתבטלה החזקה דשטרא בידי מאי בעי דהא אף לדברי הלוה דפרעו לפני העדים מ"מ הא לא הי' לו להניח השטר ת"י המלוה וה"ל לחוש דלמא מייתי סהדי וילכו למדינת הים וכמש"כ במק"א דאף בטוען הלוה פרעתיך לפני עדים והלכו למדינת הים או מתו דפשוט דאינו נאמן הלוה אם יש שטר ת"י המלוה משום דה"ל ליקח שובר ולא לסמוך על עדי בע"פ דאל"כ אבטילא לי' החזקה דשטרא בידי מאי בעי דלעולם יהי' נאמן הלוה כן ועיין בסי' ע' ש"ך ס"ק י"ד גבי א"ל אל תפרעני אלא בפני פו"פ כו' וע"כ שפיר אמרו דבשני כתי עדים המכחישין בפרעון השטר אמרינן אוקי סהדי כמאן דליתנהו וסמכינן על החזקה דשטרא בידי מאי בעי ואינו ראי' מן הרשב"א שהובא בתוס' לכתובות ובהגהות אשרי שם דפליגי על שיטת הפר"ח והסמ"ע בזה:

ולשיטת הש"ך דס"ל דבשני כתי עדים המכחישין זא"ז בפרעון השטר דלא מגבינן ס"ל לחלק דשאני בכל אוקי אחזקה מן חזקה דשטרא בידי מאי בעי דהוי חזקה המבררת מצד הוכחה ואנן סהדי וע"כ לא עדיפא מן אלו באו עוד עדים לסייען דהא תרי כמאה וכמש"כ תוס' סברא זו בב"ב ד' ל"א ובב"ק ד' ע"ב גבי מיגו בשני עדים ע"ש:

ושאני בכל אוקי אחזקה ואינו מדרך בירור רק דכן גזרה התורה דכל ספק נניח הדבר כמקדם ע"כ גם בתרי ותרי אמרינן אוקמי על חזקה הראשונה וכן כתב ר"ע איגר בתשובה בפסקים סי' קל"ו וסי' קל"ז לבאר זה ומה"ט ה"ה בחזקה תו"ז דלא מהני בשני כתי עדים המכחישים ע"ש ולקמן בחידושיי לסי' פ"ז סעי' ו' ש"ך ס"ק ט"ו הארכתי בכל זה הרבה והנה לפמש"כ לעיל בחידושיי לסי' ל"ח לבאר דלכן תרי כמאה משום דהוי כמו קבוע כמחצה על מחצה כמש"כ שם בארוכה. ע"כ יש לחלק גבי כל הנך כמו חזקה תו"ז וחזקה דשטרא בידי כו' וכן להמיגו שכתבו התוס' בב"ב וב"ק כנ"ל דבזה לא שייך כ"כ לדון קבוע כמע"מ. די"ל דאמרינן אוקי סהדי להדי סהדי וסמכינן על כל הנך המבררות לנו ואפשר דמטעם זה כתבו התוס' שם תירוצים אחרים: ומש"כ הש"ך הכא דכן משמע ברשב"א שהביא ב"י סוף סי' כ"ט וס"ס מ"ו באמת אין זה משמעות כלל לנ"ד דשם מיירי בנולד הספק אם הי' תנאי בהמכירה או לא דלא שייך התם לדון לחזקה המבררת דיהי' מועיל להוציא ממון מהמוחזק אבל בספק פרעון השטר דיש חזקה דשטרא בידי כו' עדיין י"ל דאמרינן הנך סהדי כמו דליתנהו וסמכינן על החזקה המבררת דלא פרע משום שטרא בידי מאי בעי דמוציאין ע"י זה ממון מהמוחזק:

ולשיטת הסוברין בסי' פ"ב סעי' ח' גבי שבועת השבע לי על השטר דהוציא חשוד דכיון דאינו יכול לישבע דמעכבת הפרעון יש לדון מטעם אחר בנ"ד דיהיה פטור הלוה והוא

דלקמן סי' פ"ז בש"ך ס"ק ט"ו בשני כתי עדים המכחישין זא"ז אמרינן סלק עדותן כמו דליתנהו והיכא דהיה חייב שבועה בלא עדותן השתא נמי משתבע הך שבועה ולענ"ד יש לדון בזה דאין הב"ד מניחין לו לישבע אף אם ירצה לישבע דהא כיון דיש לפנינו תרי ותרי המכחישין אהדדי ולפי דברי כת אחת המעידין דחייב החוב לחבירו כת א"כ לפי דבריהם ישבע לשקר ויעבור על איסור מה"ת ואף דאומר ברי לי דהנני נשבע באמת מ"מ כיון דנולד ספק להב"ד ע"י הכחשת כתי עדות אין להב"ד להניחו לישבע וזה דומה להא דכתובות ד' כ"ב שנים אומרים מת או נתגרשה ושנים אומרים לא מת ונתגרשה דלא תינשא ואם נשאת לא תצא אלמא דלכתחלה אסורה להנשא אף למי שאומר ברי לי שמת והא דאמרו שם בסוגיא משום דרב אסי כו' כתב הריטב"א שם דדוקא בע"א אומר מת כו' בעינן לדרב אסי אבל לעיל מיניה בשני כתי עדים מכחישין לא הקשו א"ה אפי' לכתחלה נמי משום דהתם ע"פ דין אסורה להנשא:

ובוודאי אין הטעם התם משום דיש לחושדן דהעידו כן בשביל שישאנה דהא אם לא היה תרי ותרי המכחישין היה מותר לישאנה אף לכתחלה משום דתרי לא חשידי כמש"כ התוס' והריטב"א שם ועיין שם בתוס' ד"ה הבא עליה. אלמא דהיכא דנולד ספק להב"ד אין מניחין לו לעשות במקום דהוי חשש ספק איסור תורה רק בדיעבד אם ניסת לא תצא ע"כ י"ל דה"ה במקום ספק שבועת שקר דהב"ד מוחין בידו ואין רשאים להשביעו בנ"ד ויהיה באמת פטור מן השבועה אף בשד"א וגם התובע לא יהיה יכול לישבע וליטול כמו בחשוד ועיין סי' צ"ב סעיף ז' דהא גם בדידיה שייך טעם הנ"ל כיון דשני כתי עדים מכחישין זא"ז ונולד הספק לנו כן ואין לחלק בין ספק איסור א"א ובין ספק שבועת שקר דהא מאוד החמירו בשבועת שקר ביותר מכל עבירות שבתורה כמבואר בשבועות ד' ל"ט ע"כ יש לדון בזה דלא ישבע כלל כן י"ל לולי דברי הש"ך דשם ענף ב ולפ"ז י"ל היכא דעדים מכחישין לעדים אחרים בפרעון השטר דאם טען הלוה השבע לי דאין גובין בו כלל דהא המלוה לא ישבע שאינו פרוע כיון דהוי ספק איסור דאורייתא ואין הב"ד משביעין לו כיון דשני כתי עדים המכחישין זא"ז בזה ואף דהוא רוצה לישבע רק דאין הב"ד נותנין לו שבועה מ"מ הא גם גבי חשוד כיון דאין הב"ד משביעין אותו ס"ל להך שיטה דזה מעכב הפרעון ואף דלדינא קיי"ל דלא כוותייהו כמבואר בסי' פ"ב סעי' ח' עכ"ז הא בחוב כתובה הכריע הש"ך שם דבחשוד השבועה דאשתבע לי מעכב הפרעון וכ"כ הט"ז באה"ע סי' צ"ו והובא שם בב"ש ס"ק כ"ה א"כ בחוב כתובה דמכחישין שני כתי עדים בפרעון שפיר יש לדון דאין גובין מטעם זה ואף בלא טען השבע לי יש לדון כן דהא מצינו בסי' נ"ט סעי' א' גבי טען המלוה על שטרו דא"י אם פרעו דאינו גובה

משום דכיון דאינו נשבע כמש"כ הבעה"ת והובא בבאר הגולה שם ועיין באו"ת בסי' נ"ט מזה ולא כתבו דמיירי בטען השבע לי וזהו משום די"ל דאף דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה כמש"כ הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' מ"מ גבי חשוד דהשבועה מעכב הפרעון א"כ שפיר יש לומר דיהא מהימן במיגו דטען השבע לי והיה פטור מן החוב וזה מקרי מיגו לאפטורי מממון כן י"ל בכ"ז אך לא כן משמע בסי' פ"ב סעי' ח' באחרונים שם דמשמע דדוקא בטען השבע לי אמרו דחשוד אינו גובה בשטרו להך שיטה וכן מבואר ברמב"ם פ"ב ה' טוען ה' ה' ועיין במל"מ שם. אכן בטען השבע לי שפיר י"ל כן בחוב כתובה כנ"ל והא דקיי"ל דלא כבן ננס כמבואר בסי' צ"א אין זה ענין לנ"ד דהא כ"א בפ"ע נשבע ע"ש וכ"ז הוא לולי דברי הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ט"ו אבל באמת לפי מש"כ הש"ך שם דבתרי ותרי המכחישין זא"ז דחייב לישבע וכן כתבו האחרונים שם לדינא א"כ מוכח דס"ל לחלק בין הא דשנים אומרים מת ונתגרשה כו' לנ"ד ובאמת מוכח דאין לחלק דשא"ה דאתחזק איסורא דא"א דהא כן מבואר התם בכתובות ד' כ"ב ובאה"ע סי' מ"ז דגם גבי שנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה אמרו דלא תנשא ואם נשאת לא' מעדי' לא תצא אלמא דאף היכא דלא אתחזק איסורא ואדרבה יש חזקת היתר אפ"ה כיון דאמרו דתרי ותרי ספיקא דרבנן ע"כ לא תנשא לכתחלה וגם בתרי ותרי אי נתגרשה או מת הא כתבו התוס' שם דלא הוי חזקה איסורא דדייקא ומינסבא מרעא לחזקת א"א וידעתי שיטת הרשב"א בזה והובא בפני יהושע שם אכן הא מצינו כן בנתקדשה כנ"ל וע"כ מוכח דס"ל להש"ך לחלק דשאני מילי דאישות בזה והחמירו שם ביותר וכמש"כ כעין זה הר"נ לכתובות פ"ב על סוגיא דשם ד' כ"ו. דכתב לחלק דבתרי ותרי מוקמינן על חזקה רק באישות החמירו חז"ל והובא שיטתו בבית יוסף אה"ע סי' ג' וכ"כ הב"ח שם והב"ש בסי' מ"ז ס"ק ב' וכן י"ל טעם זה במה דהחמירו דלא תנשא לכתחלה דלא דנו כן רק במילי דאישות וכיון דלא מצינו כן בשארי איסורים ע"כ אין לנו להחמיר שם ואין דנין ד"ס מן דברי סופרים וגם הא יש לחלק דשאני בתביעת ממון דיש לו על חבירו דאם לא יצטרך לישבע יהיה לו פסידא לפי דבריו:

ע"כ חייבוהו שבועה ולא החמירו כמו התם בשנים אומרים נתקדשה כו' משום דזה הוי כמו דיעבד דהתם דאם ניסת לא תצא. ולפ"ז אין לנו לחדש כנ"ל בתרי ותרי המכחישים זא"ז בפרעון השטר ולכן העיקר כמש"כ הטעם דלכן לא מגבינן משום דלא יכול לסייע החזקה דשטרא בידי כו' יותר מן אלו באו עוד עדים וכמש"כ התוס' וכמש"כ רע"א וצ"ל בתשובה כנ"ל וע"כ אין להוציא ממון מהמוחזק בזה:

גם יש מקום לחלק דלכן החמירו בתרי ותרי בחשש איסור א"א ואמרו דלא תנשא לכתחלה משום דהוי בזה חשש מרבה ממזרים בישראל ועיין בתוס' ב"ב ד' י"ג ד"ה כופין כו' ואף דאם ניסת לא תצא וגם הבנים כשרים לבא בקהל משום דמהני אמירת ברי שלהם על הוולדות לכ"ע משום דספק ממזר מותר בקהל מה"ת ולא שייך בזה מעלת יוחסין כיון דאם ניסת לא תצא אבל לכתחלה החמירו בזה מטעם הנ"ל וכן הא כתבו התוס' בכתובות ד' ב' ע"א סוף ד"ה שאם היה לו טענת בתולים כו' לחד תירוצא דהיכא דהוי חשש שלא תשב באיסור כל ימיו חשו ביותר וכן כתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף א' בהגה דיש לחלק דהיכא דהוי חשש איסור על כל ביאה וביאה שאני ע"ש ע"כ יש לחלק דלכן החמירו התם ואמרו דלא תנשא לכתחלה משא"כ בחשש שבועת שקר דלא שייך כן ע"כ לא החמירו שם ואמרו דיכול לישבע כיון דאומר ברי לי שהאמת אתי ע"כ נותנין לו שבועה בזה:

י (שם סעי' ל"ק) אבל אם אמרו שהיו אנוסין מחמת ממון כו' ואע"פ שאינם נאמנים לבטל השטר כו' וחייבים לשלם ללוה ההפסד שבא לו מכח חתימתם וזהו מדברי הרא"ש כמבואר שם דחייבין משום דינא דגרמי ויש להעיר בזה לפי מה דכתב הש"ך בסי' שפ"ח ס"ק כ"ב על מה דכתב הרמ"א שם דהא דהראה ממון חבירו פטור באנסוהו דאין זה אלא בהכאות ויסורין אבל לא אונס ממון. וע"ז כתב הש"ך שיטת כמה פוסקים דס"ל דאף באונס ממון פטור ויכול לומר קים לי כוותייהו ולכאורה י"ל דזה הלוי בפלוגתת הראשונים אי דד"ג דאורייתא או דרבנן דאי דד"ג מה"ת והא דפטור בהראה מחמת אונס זהו משום סברת הרמב"ן דהובא בש"ך סי' שפ"ו ס"ק א' דכתב דאקילו רבנן בדיבורא ולא עשו כרצון וכ"כ הש"ך שם ס"ק ו' בשמו וע"כ דוקא באונס מחמת יסורין פטרוהו ולא באונס ממון אכן לפי שיטת הפוסקים דד"ג אינו אלא דרבנן ע"כ י"ל דלכן פטור אף בהראה מחמת אונס ממון ג"כ אבל באמת זה אינו דהא שיטת הרמב"ן דד"ג הוא מה"ת ואפ"ה הא עיקר שיטת הסוברין דהראה מחמת אונס ממון פטור הוא שיטת הרמב"ן כמש"כ הש"ך בשמו בסי' שפ"ח ס"ק כ"ב ע"ש ע"כ ליתא למש"כ עכ"פ מצינו להש"ך דס"ל דיכול לומר קים לי דפטור אף באונס ממון א"כ לפ"ז יש להקשות דאיך סתם הכא הש"ך ולא הביא כלל לשיטת הפוסקים הנ"ל דפטורים העדים לשלם אף באנוסים מחמת ממון:

ואפשר לומר כיון דעיקר יסודו של הש"ך דכתב בסי' שפ"ח דהראה ע"י אונס ממון פטור הוא לפי דהרמב"ן ס"ל כן והא שיטת הרמב"ן דדוקא בגרמי ע"י דבורא בזה אקילו רבנן ואמרו דלא עשו בו אונס כרצון אבל בשורף שטרות כיון דהוי ע"י מעשה ע"כ חייב אף

ע"י אונס כמש"כ הש"ך בשם הרמב"ן בסי' שפ"ו ס"ק ו' ע"כ י"ל דמה"ט סתם הש"ך הכא דעדים שחתמו על השטר בשקר חייבין לשלם משום דהא מעשה קא עבדי במה שחתמו בשקר ומסרו השטר להמלוה ולפי שיטת הרמב"ן עצמו דאף דס"ל דגם ע"י אונס ממון פטור מ"מ הא לדידיה חייב מטעם אחר כיון דקא עביד מעשה ע"כ סתם הש"ך והסכים דחייבין לשלם וגם הא י"ל בזה ספק ספיקא ספק שמא הלכה דאונס ממון לא מהני לפוטרם ואת"ל דמהני אונס ממון לפטור אכתי ספק שמא הלכה כשיטת הרמב"ן דהיכא דקא עביד מעשה חייב אף ע"י אונס אך גם זה אינו מספיק לתרץ קושיא זו דהא שיטת הש"ך בתקפו כהן סי' קי"ד דאין מוציאין ממון ע"י ס"ס. וכן העלה בתקפו כהן ס"ק ע"ב דבפלוגתא דרבוותא מצי למימר קים לי בהא כהאי פוסק ולא קים לי כוותיה בהא וכ"כ הש"ך בסי' כ"ה ס"ק י"ט ע"כ אין לחלק בזה ואפשר דשאני הכא דקא עברו על איסור דאורייתא לכ"ע וחתמו בשקר ע"כ אף לשיטת הש"ך דס"ל בסי' שפ"ו דאף שורף שטרות באונס פטור היינו משום דס"ל דעיקר חיוב דד"ג אינו אלא מדרבנן ואפשר דאף לכתחלה ס"ל דאינו אלא מדרבנן ע"כ ס"ל דאף דד"ג ע"י מעשה ג"כ פטור אבל במה דחתמו בשקר וקא עברו על איסור דאורייתא והוא איסור חמור ע"כ אף במקום אונס חייבין ולכן סתם הש"ך הכא בזה:

יא (סעי' ל"ח) בש"ך ס"ק קי"ט הביא בסופו לתשובת הרמ"א כו' והשיג הש"ך עליו. והאו"ת והקצה"ח תירצו זה אך במה שהשיג הש"ך על הפן הג' של הרמ"א לא תירצו זה ול"נ דכוונת הרמ"א הוא דמיירי שם דהעד שמעי' המעיד איך שבפנינו חתם עד א' לפנינו בתחלת השטר דאינו מעיד על עצם העד מי הוא ע"כ כיון דאינו מכירו יש לחוש שמא היה קרוב או פסול וחתם בשקר ובזיוף על שם כמ"ר אברהם ב"ר יצחק שליט וכדמצינו בהא דיבמות ד' קכ"ב דמקשו דלמא צרה היא וכן כתב הריב"ש בתשובה דכן יש לחוש שמא היה מן הפסולים לעדות והובא באה"ע סי' י"ז בב"ש ס"ק ל"ח ובמה"צ על אה"ע ס"ק ל"ד וס"ק מ"ו וה"ה הכא יש לחוש שמא היה עד פסול ונוגע בעדות וזייף חתימת כמ"ר אברהם כו' וכה"ג מצינו בב"ב ד' נ"ב ע"ב בתוס' ד"ה דברים כו' וב"מ ד' קט"ז ושבועות ד' מ"ו דבמי שאינו מבורר לפנינו שפיר יש לחושדו שגנב ולא שייך ביה לומר אחזוקי בגנבי לא מחזקינן משום דכמה גנבי איכא בשוקא ולכן שפיר יש מקום להסתפק עדיין דלמא חתם אחר בשקר ובזיוף חתימת כמ"ר אברהם הנ"ל ע"כ שפיר הוצרך הרמ"א לדון בזה ע"פ סברת התוס' דגיטין ד' יו"ד דסמכינן על הסברא דאי לאו דהיה חבר לא מחתים ליה מקמיה וה"ה הכא י"ל דאי לאו דהיה עד נכון לא היה מחתים ליה מקמיה וע"כ כיון שזוכר שחתם לפניו ע"כ סמכינן מסתמא דהיה כשר לעדות וזהו

מדוקדק בדברי הרמ"א דכתב בלשונו דה"ה לענין קיום שטרות דרבנן והוא מעיד שחתם לאחר העד דסמכינן דאי לאו דעד הראשון נכון הוא כו'. הרי דהיה מקום להסתפק דלמא לא היה עד נכון וא"ש דברי הרמ"א:

ובעיקר דברי התוס' דגיטין ד' יו"ד הנ"ל שכתבו דבחשש דרבנן סמכינן אף דמתקיים השטר אפומא דחד א"כ לפ"ז יש לנו לדון גבי קיום הגט דכיון דאין חותמין אלא זה בפני זה דיתקיים הגט על סהדותא דעד השני וכן בקיום השטר אם יעידו על חת"י כה"ג כ"כ יהיה סגי מה"ט כיון דקיום שטרות דרבנן כמש"כ הרמ"א לדמות הא דקיום שטרות דרבנן להא דגיטין הנ"ל ובאמת זה אינו דהא מבואר בכ"ד דבעינן גבי קיום השטר והגט שני עדים על כל חתימה וחתימה וע"כ מוכח דאין לדמות תקנת חז"ל להדדי והעיקר מה שנ"ל בזה דכוונת התוס' בגיטין שכתבו דבחשש דרבנן סמכינן ע"פ סהדותא דחד דהטעם הוא משום דהוי התם כעין מילתא דעביד לגלויי דהא התם הוי הספק אם הוי העד חבר או לא הוי חבר וזהו עביד להגלות ובמילתא דעביד לגלויי הא מהימן ע"א והא שכתבו התוס' הטעם דלכן נאמן שם משום שכשר להעיד מה"ת י"ל בזה דיהיה מזה סייעתא למש"כ הקצה"ח בסי' מ"ט ס"ק ב' דבדאורייתא אין חילוק בדיני ממונות בין מילתא דעביד לגלויי או לא רק במה דהוי מדרבנן בזה שפיר יש לחלק ולדון דבמילתא דעביד לגלויי נאמן ע"א ע"ש ולכן שפיר כתבו התוס' דכיון דמה"ת כשר להעיד ע"כ סמכינן בזה ע"פ ע"א כיון דהוי דבר העשוי להגלות משא"כ בקיום שטרות דלא הוי בגדר עביד לגלויי ולא שייך ביה לומר מילתא דעביד לגלויי לא משקרי ביה אינשי ע"כ בעינן ב' עדים על כל חתי' וחתימה וכעין זה כתב בחדושי הרשב"א לגיטין ד' יו"ד שם לומר דלכן סמכינן על חד סהדא שם משום דזהו כעין גילוי מילתא דיבמות ד' ל"ט דאף אשה וקרוב מהימני אך שכתב כן הרשב"א שם אליבא דר"א דלא הכשיר אלא בדאחזוק כו' ולהתוס' י"ל דס"ל כן אף בדלא אחזוק וע"כ אין אנו צריכים לדחוק ולחלק בין תק"ח אלא פשוט דכוונת התוס' הוא משום מדעל"ג כו' והרמ"א בתשובה דמדמה קיום שטרות להא דגיטין עיקר כוונתו דכמו דבהא דגיטין סמכינן על עדותו דאף דאינו מעיד בפירוש דהיה חבר מ"מ משום הך סברא דאי לאו דהיה חבר לא מחתים ליה מקמי' סמכינן ע"ז ומהני זה כמו סהדותא דע"א דהא להעדאת ע"א אנו צריכים עכ"פ אף דנימא דהוי מדעל"ג א"כ ה"ה גבי קיום שטרות דמהני זה הסברא דאי לאו דהיה עד כשר ונכון לא היה מחתים לי' מקמיה דהוי זה כמו העדאת ע"א ועיין לקמן סי' ס"ו ש"ך ס"ק ע"א:

סימן מז

א (שם סעי' א') מלוה שאמר על שטרו שהוא אמנה או פרוע אם חייב לאחרים כו' והוחזק השטר בב"ד אינו נאמן ש"ך ס"ק ו' והרמב"ן והמ"מ חולקין ע"ז וס"ל דאפי' ת"י אינו נאמן במיגו דאין אומרים מיגו במקום חזקה זו כו' ולענין הלכה אע"ג דקיי"ל דמה שהוא ת"י הוא בחזקת שלו כמו שהעליתי בסי' צ"ט מ"מ היינו דוקא בממון או במטלטלין כו' משא"כ הכא נהי דהשטר ת"י מ"מ המעות אינן ת"י כו' ולכן נראה דהוי ספיקא דדינא עכ"ל הש"ך וכ"כ הש"ך בסי' צ"ט ס"ק ו' ע"ש:

ענף א:

ולענ"ד נראה להסביר שיטת הסוברים דגם בשטר דהוי ת"י דייניגן להך חזקה ולא מהימן במיגו נגד חזקה דת"י שלו לפי דהא לעיל בחידושיי סי' י"ב כתבתי דיש לדון דשט"ח ברור דלא נולד בו ריעותא אמרינן בו לכ"ע שט"ח העומד לגבות כגבוי דמי ע"פ מש"כ התוס' בסוטה ד' כ"ה ע"ב ד"ה בית הלל סברי שטר כו' ע"כ הכא בשטר דהוא ת"י המלוה דכיון דקודם דאמר על שטרו דהוא אמנה או פרוע ולא היה עליו שום ריעותא כלל א"כ הוחזק השטר לנו בחזקת שטר מעליא והוי אז המלוה כמו דתופס הממון בידו דהא הוי כגבוי כ"ז דלא נולד עליו ריעותא ואף גבי מה שאומר אמנה שייך כן דמה שכתבו התוס' בסוטה ד' כ"ה ד"ה בש"א כו' דהיכא דהוי ספק אם עמד השטר לגבות אז לב"ש יחלוקו ע"ש זה אינו רק אם נולד ריעותא על השטר אבל כ"ז דלא נולד בו ריעותא לא שייך כן וע"כ שפיר כתבו דגם הכא יש לדון דלא מהימן במיגו נגד החזקה דת"י הוא שלו דהא כ"ז דלא אמר כן היה שייך לדון בזה להחזקה דת"י הוא שלו וע"י אמירתו והמיגו שלו רוצה לעקור להחזקה הנ"ל וכיון דא מהני מיגו במקום חזקה זו כמו בסי' צ"ט ה"ה הכא לא מהימן במיגו לעקור ולהוציא מהחזקה זו וכש"כ למה שהעליתי לקמן בסי' ס"ב וסי' צ"ט דההסבר שיטת הפוסקים דלא אמרינן מיגו במקום חזקה דת"י כו' הוא משום דלא אמרינן מיגו להוציא ממון מהתופסו כמש"פ שם בארוכה א"כ ה"ה ה"ט שייך כן בשטר שתופסו המלוה דאינו נאמן במיגו משום דהוי כמו מיגו להוציא מחזקת השעבוד של בע"ח שלו:

ובעיקר מילתא אי שייך גם בשטרות החזקה דמה דת"י הוא שלו ולא מהימן במיגו יש לומר דזה תלוי בפלוגתת הראשונים דהובא לקמן סי' ק"ח סעי' ח' אם השטר יוצא מת"י א' מן האחין ואומר פרוע דנאמן במיגו דאי רוצה היה שורפו ויש מי שאומר דאינו נאמן אלא על חלקו וזהו שיטת הרא"ש דלא מהימנינן ליה במינו לבטל השטר אלא גבי שליש דהימניה ולכאורה צריך ביאור דמפני מה לא יהא מהימן במיגו וכמו כל מיגו דבש"ס

וראיתי להאו"ת שם ס"ק ט' דהקשה כן ותירץ דטעמו הוא דחזקה דשטרא בידי מאי בעי הוי חזקה אלימתא דלא מהני מיגו נגדו ושאני הא דמודה בשטר שכתבו דצריך לקיימו כו' אבל באמת לא נהירא לי זה לומר כן דהא חזינן דחזקה תו"ז עדיפא משטר דהא חזקה תו"ז פוטר משבועה ואלו שטר אינו פוטר משבועה וכמש"כ התוס' כעין זה בב"ב ד' ה' ד"ה מי אמרינן במקום חזקה מה לי לשקר כו' יע"ש ולכן כיון דמיגו במקום חזקה תוך זמנו איבעיא דלא איפשיטא בב"ב ד' ה' ומספיקא אין מוציאין ממון כמבואר בח"מ סי' ע"ח ה"ה דמהני מיגו במקום חזקה דשטרא בידי מאי בעי ועיין בסי' ק"ח ש"ך ס"ק ז' ובתוס' כתובות ד' י"ט ד"ה מודה בשטר שכתבו כו' ויש להאריך בכ"ז:

והנראה לי דכוונת הרא"ש הוא דלכן אינו נאמן אחד מן האחין לומר פרוע על חלק שותפיו לפי דס"ל דגם בשטר שייך לדון חזקה מה דת"י הוא שלו וכמו שכתבתי לבאר זה דכיון דלא נולד באמת ריעותא על עצם השטר ע"כ הוי כגבוי ומה דתופס א' מן השותפין הוי כמו דתופסין בו כל שותפיו כדאמרינן בב"מ ד' קט"ז דשותפין לא קפדי אהדדי ומה"ט כתב הנתיבות בסי' קע"ט ס"ק ב' דיש לומר דשותף אינו נאמן על חלק חבירו במיגו משום דהוי כמו מיגו להוציא ע"פ פירש רש"י בב"מ שם ע"ש וי"ל דמה"ט אינו נאמן א' מן האחין לומר פרוע על חלק חבירו ואין לחלק בין שותפין שנשתתפו מדעתן ובין אחין שנעשו שותפין ממילא וגם לא מחלקינן דשא"ה דאומר א' מהאחין דאמר לו אביו דפרוע הוא א"כ לא נשתתפו מעולם דיש לי ראיות דלא לחלק בזה וכן ראיתי בנתיבות סי' ק"ח ס"ק ג' שכתב בכוונתו דלכן אין נאמן א' מהאחין לומר פרוע במיגו משום דהוי מיגו במקום חזקה רק שכתב כן בקצרה:

ענף ב:

ויש להעיר לפ"ז ממה שכתב הרא"ש בפסקיו לכתובות פ"ב סי' ט' על מה דאמרו דאומר אמנה אינו נאמן דלכן לא מהימן במיגו דאי בעי קלתיה משום דמיירי דאיתחזק בב"ד אלמא דס"ל להרא"ש ג"כ כשיטת המחבר והפוסקים בסי' מ"ז דבשטרות לא שייך החזקה דמה דת"י שלו דאל"כ הא לא שייך מיגו בזה ותקשה מן הרא"ש בתשובה דסי' ק"ח הנ"ל שכתב דאין נאמן א' מן האחין משום חזקה הנ"ל דשייך כן אף בשטרות ויש לחלק דס"ל להרא"ש דדוקא באחין שהן שותפין דכיון דקודם שאמר פרוע הוחזק לנו השטר שיוצא מת"י א' מהם בחזקת שותפות ושייך בזה לומר שותפין לא קפדי כו' ויד שותפו כידי כל שותפיו ולכן אי אמירתו פרוע רוצה לעקור מהחזקה דת"י שלו ולכן הוי זה כמו מיגו להוציא דלא מהימן משא"כ גבי בע"ח אף דמוכח דס"ל להרא"ש גם בשטרות להך חזקה דת"י שלו כנ"ל מ"מ י"ל דס"ל להרא"ש דאף במטלטלין נאמן הלוה

לאמר של אחרים הוא במיגו כמבואר בסי' צ"ט סעי' א' ברמ"א דיש חולקין וס"ל דנאמן הלוה במיגו ונרשם שם כן בשם תשובת הרא"ש ואף שהש"ך שם חולק וס"ל דאין ראיה מתשובת הרא"ש בזה. עכ"ז לפמש"כ מוכח דהרא"ש ס"ל דבבע"ח לא מהני חזקה זו לדחות להמיגו ובקל יש לחלק בין שותף לבע"ח וקצרתי:

ובש"ך תקפו כהן סי' ק"ל העלה דהיכא דיש לחבירו שטר דאין בעצם השטר שום ספק וריעותא רק הספק הוא מצד אחר דלא מהני בזה תפיסה משום דכיון דלא הוי בעצם השטר שום ספק הוי כגבוי יע"ש ודוקא בנולד ריעותא על עצם השטר לא הוי כגבוי ועיין בש"ך סי' קכ"ו ס"ק מ"ג. וי"ל דמה"ט ס"ל להש"ך בסי' פ"ח ס"ק מ"ח דלא מהני מיגו לאורועי שטרא וטעמו דכיון דבעצם השטר לא נולד בו ריעותא ע"כ הוי כגבוי וממילא הוי המיגו נגדו כמו מיגו להוציא דלא אמרינן ולכן שפיר יש לדון דבשטר שאומר אמנה או פרוע דאף דיש לו מיגו דמ"מ הוי זה ספיקא דדינא כמו דהעלה הש"ך הכא בסי' מ"ז משום דיש לומר דנכונים הם שיטת הסוברים דגם בשטר שייך חזקה דמה דת"י הוא שלו' והאו"ת בס"ק ו' כתב להכריע מסברא דבשטרות לא שייך לדון החזקה דמה דת"י הוא שלו וע"כ ס"ל דנאמן המלוה במיגו וחולק על הש"ך דכתב דזה הוי ספיקא דדינא ובאמת י"ל דהאו"ת לטעמי' אזיל דבכללי תפיסה ס"ק ק"ל חולק על הש"ך בתקפו כהן וס"ל דאף דיש לחבירו עליו שטר מ"מ מהני תפיסתו משום דקיי"ל דשט"ח לא הוי כגבוי וע"כ ס"ל הכא דבשטרות דאין גופן ממון לא שייך להחזקה הנ"ל וכן בהא דסי' פ"ח סעי' כ"ח באורים ס"ק נ"ה כתב לתרץ קושיות הש"ך שם ע"פ מה דלא אמרינן מיגו מממון לממון ולכן שפיר י"ל דאמרינן מיגו לאורועי שטרז ודלא כמש"כ לעיל בשם הש"ך ועיין בכללי מיגו מכנה"ג ס"ק צ"ד אבל לפי מש"כ בשם הש"ך בתקפו כהן וכמש"כ הנתיבות בכללי תפיסה ס"ק י"ד לתרץ להש"ך שם ע"ש שפיר י"ל דנכונים הם בסברא שיטת הסוברים דגם בשטרות שייך לדון להחזקה דת"י הוי שלו ולא מהימן במיגו נגדו וע"כ שפיר הוי זה ספיקא דדינא כמש"כ הש"ך הכא ועיין בקצה"ח סי' י"ב ס"ק א' ומהא דמחילה ונקט שטרא דמהני מחילה אין ראי' לנ"ד וקצרתי ולכן מהני תפיסת המלוה השני מן הלוה אלא כ"ז דלא תפס אין מוציאין משום דזה הוי ספיקא דדינא: ובלא"ה הא שיטת האו"ת בסי' צ"ט דמהני מיגו נגד חזקה דת"י הוי שלו ולכאורה יש לדון דאף אם תפס המלוה השני מן הלוה לא יהי' מועיל תפיסתו לומר קים לי כהסוברין דלא מהני מיגו נגד חזקה אף בשטרות משום דהא הוי ספק ספיקא דפלוגתא המסייע להלוה ספק א' פלוגתת הפוסקים דסי' צ"ט בעיקר מילתא אי אמרינן מיגו במקום חזקה זו כמו דפליגי בזה לדינא הש"ך והאו"ת. ספק ב' דאת"ל דהדין הוא דלא מהני מיגו בזה עכ"ז

ספק הוא שמא בשטרות לא שייך כלל לחזקה זו ולא מיבעיא למש"כ הב"ש באה"ע סי' ע"ז ס"ק י"ז דע"פ ס"ס מוציאין ממון יע"ש. ואף להחולקים עליו עכ"ז י"ל דבתפס שלא ברשות כ"ע מודים דמוציאין ע"י ס"ס דלא שייך בזה לומר אין הולכין בממון אחר הרוב דהא דוקא היכא דבהיתירא אתי לידי קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב כמש"כ התוס' בכתובות ד' ט"ו ע"ב ד"ה להחזיר לו כו' וכן מוכח מהא בכתובות ד' י"ג ע"ב בתוס' ד"ה פשיטא מי ידעינן אבוה מנו כו' דאף בתפס לא מהני כמו בקידושין ד' ע"ה ע"ש ונ"ל הטעם הוא משום דהא איכא בזה רובא דעלמא דקפריש מרובא ולא מאותו שאנו דנין עליו ואף דשמואל ס"ל דאין הולכין אחר הרוב אפ"ה לא מהני בזה מוחזקות שלו דהוי כעין דררא דממונא הנולד לנו ספק משום דכיון דלא בא לידו המעות ע"פ רשות הבעלים סמכינן בזה על הרוב אף להוציא ואמרו בזה פשיטא א"כ ה"ה בס"ס דהוי כמו רובא כן יש לדון לכאורה אבל באמת ז"א לדינא לפמש"כ הרא"ש בב"ק פ"ב סי' ב' דאף במקום דהוי ס"ס מ"מ מהני תפיסתו ע"ש ובקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל ו' ס"ק ט' מזה והטעם נ"ל פשוט דכמו דקיי"ל בכללי תפיסה ס"ק קכ"ג קכ"ד דמצי לתפוס ולומר קים לי כמיעוט פוסקים אף דהרבים חולקים עליו ועיין בכללים של הג"פ ונ"ל דזהו משום דהא עיקר הטעם דמהני תפיסה ע"י טענת קים לי הוי זה משום דחשוב טענת, קים לי כמו דטוען ברי לי כמבואר כ"ז בהפוסקים. א"כ הא ברי עדיף מן הרוב וכמש"כ מזה לדון בספרי ח' יו"ד סי' ט"ז ע"ש וה"ה במקום ס"ס דפלוגתא מהני תפיסתו מה"ט משא"כ היכא דלא הוי ספיקא דדינא שפיר י"ל דלא מהני תפיסתו במקום רוב וס"ס וקצרתי בכלל הנ"ל היוצא לנו לדינא דאם תפס המלוה השני מן הלוה מהני תפיסתו משום דהוי זה ספיקא דדינא כמש"כ הש"ך ואין להוציא ממנו:

(שם סעי' א') מלוה שאמר על שטרו שהוא אמנה או פרוע אינו נאמן כו' ואם אחר שאמר אמנה פרע לבע"ח ובא לגבות מהלוה רואים אם כשבא בע"ח לגבות מזה השטר אמר אמנה לא היה כוונתו אלא לדחות בע"ח כו' ומקורו הוא מן הרא"ש כתובות פ"ב סי' ט' בשם הראב"ד ור' יונה:

ענף א:

ויש להקשות ע"ז מהא דב"ב דף קל"ה ע"א על הא דזה אח' אינו נאמן ומקשו בגמ' ואידך מאי קאמרי כו' אלא דקא אמרי לאו אחונא הוא אימא סיפא נפלו לו נכסים ממקום אחר ירשו אחיו עמו הא אמרי לאו אחונא הוא וכן מבואר בח"מ סי' ר"פ סעיף ד' וקשה דהא כמו דאמרינן הכא דאם אומר דלא היה כוונתו רק לדחות להבע"ח שלו דמהימן בזה אף דהודה מתחלה דהשטר הוא פסול ומקבלינן האמתלא דאומר כן דהוי זה אמתלא טובה

א"כ אמאי לא יירש שמעון בנכסי לוי הא יכול שמעון לומר אמתלא זו דלא היה כוונתו רק לדחותו מירושתו וקשה דאיך מקשו שם בפשיטות הא אמרי לאו אחונא הוא דהא כיון דמהני אמתלא זו א"כ מצי מיירי באמת דנותן אמתלא זו על הודאתו:

וכמו כן יש להקשות בב"ב דף מ"ג ע"ב דאמרו כיון דמסהיד ליה דלוי הוא היכי מצי מפיק ליה ומשני דא"ל ידענא דהאי ארעא לאו דיהודה היא וקשה ג"כ כנ"ל דהא אף דהעיד שהיא של לוי מ"מ הא יהיה יכול להוציא ע"פ עדי גזילה דיכול לומר דלא העיד כן אלא כדי לדחות ליהודה המערער על לוי ובודאי אין סברא לחלק דשא"ה דהעיד כן בתורת עדות והנה בח"מ סי' ל"ז סעיף י"ז ברמ"א שכתב שם דאם הודה שהוא של ראובן אינו יכול לערער עליו כו' והט"ז שם הקשה כן דהא יכול לומר שלא הודה כן אלא שלא יקחנה המערער כמו בהא דסי' מ"ז ותירץ דשא"ה כיון דשט"ח בידו הסברא נוטה דלא נפרע עדיין והוא אומר כדי לדחות בע"ח שלו עכ"ל הט"ז. ובאמת דברי הט"ז הנ"ל צריך ביאור דהא בהא דסי' ל"ז הנ"ל ג"כ יש לומר דיתן אמתלא זו ויהיה נאמן כיון דיש עדים לשמעון שהיא שדה שלו א"כ אין לך הוכחה גדולה מזה דהא עדים מסייעין לו ועדים הא עדיפי משטר כמש"כ התוס' בב"ב דף ה' ע"ב ד"ה מי אמרינן כו' כעין זה גבי עדים וחזקה תוך זמנו ע"ש א"כ כמו דאם השטר מסייעו נאמן ע"י אמתלא זו כמש"כ הט"ז א"כ כמו כן יהי' מהימן אם עדים מסייעין לו ותקשה עדיין קושיות הט"ז: ואפשר לומר דכוונת הט"ז הוא דהא אף אם יש לשמעון עדים שהיא שלו הא עיקר עדותם הוא מן מה דיעידו שהיתה השדה בחזקת אבותיו או בחזקתו מתחלה דטורף השדה ע"י זה משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת וזהו מעין חזקת ממונא דזהו לא הוי חזקה המבררת כמש"כ הנתיבות בסי' ל"ד ס"ק ט"ו וכ"כ הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל א' ס"ק ה' גבי חזקת מרא קמא ע"כ אף דיש לשמעון עדים שהיה השדה שלו מ"מ אין זה הוכחה מעליא לסתור הודאתו דעדיין יכול להיות שמכר השדה ללוי והא אין העדים מעידים שלא זזה ידם מתוך ידו וראו שלא מכר השדה ללוי בכל המשך שהיה בנתיים וע"כ שפיר כתב הט"ז לחלק דשאני היכא דיש הוכחה וסיוע מן השטר כמו בהא דסי' מ"ז דבזה מהימנינן ליה אבל היכא דלא הוי הוכחה המבררת לא מהימן: אך לולי דברי הט"ז הייתי אומר דמן הא דב"ב דף מ"ג וח"מ סי' ל"ז הנ"ל אינו קשה כלל דהא במה דהעיד שהיא של לוי לא היה מוכרח לומר כן אלא היה יכול להעיד בקצרה שהשדה אינו של יהודה וע"כ שפיר אמרו דזה הוי הודאה אבל הכא דאומר אמנה או פרוע דלא היה לו עצה אחרת לדחות לבע"ח שלו רק ע"י עצה זו ע"כ מהימן על אמתלא זו כן יש לחלק לולי דברי הט"ז אכן עדיין תקשה מהא דב"ב דף קל"ה וח"מ סי' ר"פ דהא יכול לומר אמתלא

זו דהיה כוונתו לדחותו מירושתו ומהימן בזה דהא יש לנו הוכחה גדולה לזה דהא יש לפנינו הודאת ראובן דלוי הוא אחיו והודאת ראובן הוי הוכחה גדולה מן הוכחת השטר שכתב הט"ז בסי' ל"ז ולכן אף לפי תירוץ הט"ז תקשה עדיין קושיא זו בהא דב"ב דף קל"ה וח"מ סי' ר"פ:

וראיתי להנתיבות סי' ר"פ ס"ק ג' שהקשה כן וכתב דאפשר לומר דשא"ה דהיה יכול לומר איני יודע והיה ג"כ מדחהו מירושתו ולכך מחזקינן זה כהודאה גמורה כשאומר ברי לי עכ"ל הנתיבות ולכאורה יש לומר דא"כ בהא דסי' מ"ז ג"כ היה יכול לומר כן שאינו יודע אם השטר פרוע או לא דהדין הוא דאין גובין בשטר זה כמבואר בסי' נ"ט משום דהברי של הלוה בצירוף חזקת ממונא עדיפא מן השטר ואף דהבע"ח של המלוה דטוענים ג"כ תמיד בטענת שמא על עצם השטר אין זה מגרע חזקת השטר משום דהשמא שלהם הוא לא ה"ל למידע וכמש"כ מזה בסי' נ"ט בחידושיי ובש"ך סי' קכ"ב ס"ק י"ז בשם המבי"ט או משום דיש לומר בזה ג"כ דטוענין להו אך כ"ז אינו שייך אלא אם המלוה הראשון אומר ברי על השטר שלו אבל אם אומר שמא א"כ כמו דאם אומר המלוה על שטרו בברי דהוא פרוע דאם היה נאמן אין גובין ע"י השטר ה"ה דאם אומר שמא כיון דאם תאמינו במה דאומר דאינו יודע אם הוא פרוע ג"כ הדין נותן דאין מגבין להבע"ח משטר זה דהא כיון דאיהו ה"ל למידע לכן טענת שמא שלו מגרע זכות השטר ואפשר לומר בזה דהא בסי' מ"ז הנ"ל מיירי באומר אמנה דוקא לפמש"כ האו"ת להסתפק דאם שייך זה הדין באומר פרוע ועיין באו"ת סי' מ"ז ס"ק ד' ולקמן יבואר זה היטב ע"כ באמנה אפשר דאף אם יאמר המלוה איני יודע אם הוא אמנה גובה ודוקא בפרעון דהשטר עומד לכך אז אם אומר המלוה איני יודע אינו גובה בו כמש"כ כעין זה הש"ך בסי' קכ"ב ס"ק י"ז ע"ש והעיקר מה דיש לחלק דשא"ה באומר איני יודע אם הוא אחיו דזהו לא הוי שמא גרוע דהא לא ה"ל למידע וכמש"כ התוס' בב"ב דף קל"ה ע"כ שפיר יש לומר לסברת הנתיבות דכתב דהא היה יכול לומר איני יודע' משא"כ בהא דסי' מ"ז דה"ל להמלוה למידע אם הוא פרוע או אמנה או לא ע"כ לא שייך לומר דהיה יכול לומר איני יודע משום דזהו טענה גרוע וכעין זה מצינו בתוס' ב"מ דף צ"ז ע"ב ד"ה רב הונא כו' בסה"ד שכתבו דאין אדם טוען ברצון איני יודע והתם ג"כ מיירי היכא דה"ל למידע ולפ"ז א"ש דברי הנתיבות בתירוצו בפשיטות אכן באמת הא מצינו להר"נ פ"ז דשבועות והובא בש"ך ח"מ סי' ע"ה ס"ק נ"ו דכתב דמיגו דאי בעי אמרי יורשים אין אנו יודעים לאו מיגו הוי אלמא דאף דביורשים הוי אינו יודע שלהם באופן דלא ה"ל למידע אפ"ה כתב דזה לא הוי מיגו אלמא דגם היכא דלא ה"ל למידע ג"כ אמרינן דאינו טוען

ברצון א"י ועיין באו"ת בכללי מיגו ס"ק ק"ל לכן עדיין יש לפקפק על תירוץ הנתיבות במש"כ דה"ל לומר אינו יודע אם הוא אחיו ובאמת הא הנתיבות כתב זה בלשון ואפשר לומר כו' אלמא דלא היה ברירא ליה הסברא הנ"ל אכן אפשר לחלק דשאני בענין מיגו דמצינו דע"י איזה סיבה ובסברא מועטת מדחינן להמיגו כמש"כ הש"ך בכללי מיגו ס"ק ל"ב ע"ש:

ובסוגיא דב"ב דף קל"ה דקאמרי אימא סיפא כו' הא אמרי לאו אחונא הוא ומשני ל"צ דקא אמרי אין אנו יודעין אמר רבא זאת אומרת מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור אביי אמר כו' דמשמע מזה דמעיקרא כשהקשו הא אמרי לאו אחונא הוא היה ס"ל להש"ס דאם אמרי אין אנו יודעין לא היה יכול לדחותו מירושתו משום דהא איכא טענת ברי של אחיו רק לבסוף מסקינן זאת אומרת כו' ואביי אמר כו' א"כ לפ"ז תקשה עדיין לקושיא זו דהא היה יכול לומר דלא הודה כן רק כדי לדחות לאחיו מירושתו ולכן אף תירוץ הנתיבות אינו מספיק לתרץ קושיא זו ולענ"ד אפשר לחלק בקצרה דשאני בבע"ח דמהימן לומר דעשה כן כדי לדחותו דהא כעין זה מצינו בש"ס בכמה דוכתי דאמרו דאשתמוטי קא משתמיט עד דה"ל זוזי ופרענא ליה ואף בראו המעות בידו אמרינן אשתמוטי כמש"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק י"ד. ע"כ שפיר מהימן דנתכוין לדחות לבע"ח וקא משתמיט ממנו כעת אבל בהא דאומר דנתכוין לדחות ללוי מירושת יעקב וליטול לעצמו הא בזה כיון דלא שייך לומר אשתמוטי ע"כ לא מהני אמתלא זו ובהא דב"ב דף מ"ג כבר כתבתי לעיל לתרץ דאינו קשה לקושיות הט"ז וידעתי מה דיש להעיר בזה דהא בעת דהקשו כיון דמסהיד דלוי כו' לא הוי ידע מהסברא דהיה יכול להעיד דהאי ארעא לאו דיהודה כו' ומ"מ זה יש לדחות דאינו קשה כ"כ וקצרתי:

ענף ב:

ועוד נלע"ד לדון בכ"ז וממילא יתורץ לקושיות הט"ז והנתיבות הנ"ל והוא דהא יש להעיר במה דאמרו הכא דאם אומר המלוה שנתכוין לדחות לבע"ח ובאמת אינו אמנה דמהימן לסתור להודאתו שהודה מתחלה דהוא אמנה ומוציא מן הלוה המוחזק אף דצועק ואומר דהאמת הוא דהוי שטר אמנה או פרוע והא מצינו בב"ק דף ל"ה גבי שני שוורים תם ומועד קטן וגדול וכן בטענו חטים והודה בשעורים דפטור ומ"מ אם תפס מהני וכמבואר בח"מ סי' פ"ח סעיף י"ב גבי טענו חטים והודה בשעורים דס"ל להרבה פוסקים דפטור משום דחשוב כאלו הודה התובע שאינו חייב לו שעורים ומה"ט אף אם יש עדים על השעורים פטור וכן אף ביודע הנתבע שחייב לו שעורים פטור לשלם לו כמבואר כ"ז שם וזהו כעין הא דסי' ע"ה סעיף י"א ומ"מ אם תפס מהני ולהרבה פוסקים אף בתפס לאחר

הודאתו מהני תפיסתו ואף בתבעו חטים הלויתיך בשעה פלוני והלה אומר שעורים היה דה"ל הודאה גמורה וכמו בהא דב"ק בשני שוורים דמ"מ מהני תפיסה והטעם הוא משום דיתן אמתלא דכוונתו היה כדי להרויח וכמש"כ הש"ך שם ס"ק כ"ב והנתיבות שם ס"ק ה' דכתב דהוי כמו שנולד לנו ספק בהודאתו אם היה הודאה גמורה או דנתכוין להרויח ולכן מהני תפיסה בזה כמו בכל ספק הנולד להב"ד אבל כ"ז דלא תפס לא מהני האמתלא שלו דיתן דנתכוין להרויח אף דאיכא עדים והודאת הנתבע המסייעין לו שחייב שעורים להתובע:

והנה במה דאמרו הכא בסי' מ"ז דמצי לומר דלא עשה כן רק כדי לדחות לבע"ח שלו דזהו ג"כ כעין מה דאמרו התם דנתכוין להרויח וליטול לעצמו ומהימנינן ליה אף להוציא מן הלוה ע"י אמתלא זו אף דבאמת הא לא הועיל כלום במה שאמר דהשטר הוא אמנה ופרוע כדי לדחות לבע"ח שלו דהא לא מהימנינן ליה בזה ע"פ דין ומ"מ מהני אמתלא זו משום דטעה וסבר דיגיע לו איזה תועלת ממה שאומר אמנה לדחות להבע"ח. א"כ מה"ט יש לומר דה"ה בהך דטענו חטים והודה בשעורים דפטור דהא יהיה יכול ליתן אמתלא זו דטעה וסבר דיהיה לו איזה ריוח ממה שיתבע חטים וכן בהא דשני שוורים כיון דאיכא עדים דא' מהם נגח לשורו א"כ יש להעיר דאמאי כאן מהני האמתלא זו שיאמר דנתכוין להרויח ולדחות להבע"ח שלו ולהוציא מהלוה ואמאי לא מהני התם אמתלא זו ואי דנימא דשאני כאן דהשטר מסייעו וכמש"כ הט"ז בסי' ל"ז הא התם ג"כ הוי סיוע גדולה מן השטר דנ"ד דהא שם יש עדים והודאת הנתבע שחייב לו שעורים ועדים הא עדיפי מן שטר כמש"כ התוס' כעין זה בב"ב דף ה' ד"ה מי אמרינן במקום חזקה כו' דעדים עדיפי מחזקה תוך זמנו א"כ הסברא נוטה דגם התם יהיה מהימן לומר דלכן לא תבע השעורים דסמך על סיוע מן העדים והודאת הנתבע אם הודה מקודם דתבעו להחטים דמגיע ממנו השעורים ואפ"ה הא חזינן דלא מהימן בזה כל זמן דלא הוי תפוס ומוחזק ועיין בש"ך סי' פ"ח ס"ק ט"ז:. ועוד דהא התם בסי' פ"ח הנ"ל לא היה הודאה בפירוש שאינו חייב לו השעורים רק דהוי הודאה מתוך השתיקה וכמש"כ הנתיבות שם סי' פ"ח ס"ק ד' וס"ק ה' לחלק דשאני הודאה הבאה מכח שתיקה ע"ש ואפ"ה כ"ז דלא תפס אין מוציאין אף דיתן אמתלא הזאת א"כ כש"כ הכא דאומר אמנה ופרוע בפירוש ג"כ הדין נותן לכאורה דלא יהיה יכול להוציא מהלוה אף דהשטר מסייעו ובאמת במש"כ הנתיבות שם דדוקא בהודאה הבא מכח שתיקה דיינינן להודאה זו דעשה כן כדי להרויח אבל בהודאה גמורה לא דנינן כן דיש להעיר בזה ממה דמצינו הכא בסי' מ"ז דאף דאמר בפירוש דהשטר הוא אמנה ופרוע דמ"מ מהימנינן ליה דאמר כן כדי לדחות להבע"ח שלו ונתכוין להרויח

כנ"ל א"כ צריך ביאור דמפני מה ישונה הך דין דסי' מ"ז מן הא דסי' פ"ח הנ"ל ולפמש"כ לעיל לדון להסברא דשייך הכא דאשתמוטי קא משתמיט לדחות להבע"ח שלו כעת ע"כ יש לומר דמה"ט עדיפא הך אמתלא הכא שאומר דאמר כן כדי לדחות לבע"ח שלו ולכן מהימנינן ליה בזה אף להוציא משא"כ התם בסי' פ"ח דלא שייך בזה אשתמוטי ע"כ כ"ז דלא הוי מוחזק לא מהימנינן ליה בזה להוציא מהמוחזק כן יש לחלק בזה אך לפי הנראה מהנתיבות דסי' ר"פ דלא ניחא ליה בחילוק הנ"ל לכן עדיין יש לעיין בזה וידעתי מה דיש מקום לומר עוד בזה דשאני בהא דסי' מ"ז דיש לומר דטעי וסבר דיהיה מהימן לומר אמנה ופרוע אף שזהו אינו ע"פ דין כדמצינו כעין זה בש"ך ח"מ סי' מ"ב ס"ק כ' וס"ק כ"א כעין זה וכה"ג כתב הסמ"ע בסי' מ"ג ס"ק י"ב וכ"כ הש"ך בח"מ סי' ע"ה ס"ק ס"ג יע"ש ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז סוף ענף א' מזה ואכמ"ל בזה משא"כ התם גבי תבעו חטים דזהו טענה גרוע דאיך יעלה על הדעת דיהיה מהימן להוציא החטים מהמוחזק וע"כ לא מהימן לומר דעשה כן כדי להרויח וכן יש לחלק בשארי אנפי ביניהם אך באמת עיקר מטרתינו הוא להוכיח דעכ"פ מצינו בש"ס דאם הוי מוחזק מהימן לומר על ההודאה שלו דעשה כן כדי להרויח אף דלא הועיל כלום באיזה תועלת להרויח מזה ואף דאמרו התם דהוי כהודה שאינו חייב שעורים ומה דמחלק הנתיבות שם בסי' פ"ח דהתם הוי הודאה דמוכח מכח השתיקה אין זה ברור וכמש"כ לעיל:

א"כ למדנו מהא דב"ק דף ל"ה וח"מ סי' פ"ח דהיכא דהוי מוחזק מהימן לומר על ההודאה שהודה מקודם דעשה כן כדי להרויח ע"פ הטעות דטעי בזה והיה סבור דיגיע לו איזה תועלת אף שזהו אינו ע"פ דין א"כ לפ"ז יש לומר דאתי שפיר מש"כ הרא"ש והמחבר הכא דאם אומר האמתלא זו דהיה כוונתו לדחות להבע"ח שלו דמהימן בזה דהא כתבתי לעיל בסי' מ"ז בחידושיי דשטר דלא נולד בו ריעותא הוי השט"ח כגבוי מה"ט כתבתי דא"ש שיטת הסוברים דבשטר ג"כ שייך לומר דלא מהימן במיגו דאי בעי קלתיה משום דהוי מיגו במקום חזקה דת"י הוי שלו משום דכיון דלא נולד בו ריעותא בעצם רק ע"י אמירתו לכן הוי השטר כגבוי א"כ ה"ה במה דנותן כעת אמתלא דהיה כוונתו לדחות להבע"ח שלו דאם תאמינו בזה והוי כמו דלא אמר מעולם דשטרו הוא פסול ע"כ הוי ממילא כגבוי ומוחזק וכיון דמצינו בהא דסי' פ"ח היכא דהוי מוחזק דמהני אמתלא שלו להחזיק הממון ת"י ואמרינן דהיה כוונתו להרויח ע"כ אתי שפיר מה דכתבו הכא דנאמן לגבות בשטרו מן הלוה משום דגם בזה הוי כמוחזק כנ"ל ואף דשיטת הרא"ש בספ"ג דב"ק והובא בטור ח"מ סי' פ"ח ובש"ך סי' פ"ח ס"ק כ"א דבתבעו חטים והודה בשעורים לא מהני תפיסה להשעורים כי אם בשני שוורים דהיה התביעה על שניהם ע"ש עכ"ז הא

יש לחלק בין הא דסי' מ"ז להא דסי' פ"ח וכמש"כ מזה לעיל ולפ"ז יש לתרץ בפשיטות למה שהקשה הט"ז מהא דב"ב דף מ"ג ומהא דב"ב דף קל"ה וח"מ סי' ר"פ דהתם הא לא הוי מוחזק כלל ודוקא בהא דסי' מ"ז דהוי כמו מוחזק משום השט"ח דהוי כגבוי כנ"ל לכן מהימן בזה:

ענף ג:

שוב ראיתי דזה אינו ברור כ"כ במה שכתבתי דע"פ כח השטר הוי כגבוי דהא כיון דעכשיו נולד הספק ע"י הודאתו דהודה דהשטר הוי אמנה ופרוע אם השטר הוא כשר או לא והאמתלא דאומר לפנינו כעת פועלת דיהיה כמו ספק בדררא דממונא דכ"ז דלא תפס הדין הוא דהממע"ה כמו דחזינן בהא דתבעו חטים והודה בשעורים א"כ י"ל דזה הוי כמו דנולד הריעותא בעצם השטר דלא הוי בזה כגבוי וכמבואר בסי' מ"ו ש"ך ס"ק ק"א גבי תרי ותרי המכחישים אם השטר הוא פרוע דלא מגבינן ביה ע"ש ושאני במה שכתבתי לעיל גבי מה דאין המלוה נאמן במיגו משום דהוי מיגו במקום חזקה דת"י שלו דהתם כיון דקודם דאמר דשטרו הוא אמנה הוחזק לנו בשטר מעליא וע"י המיגו רוצה לעקור מהחזקה זו ולכן כיון דנימא דלא מהימן במיגו נגד חזקה זו א"כ הא לא איתרע כלל מעולם השט"ח והוי כמו דלא נולד בו ריעותא כלל מעולם ולכן שפיר כתבתי דהוי כגבוי לגביה משא"כ הכא דמיד שפרע להמלוה שלו נולד לנו ספק בעצם השטר מקודם דאומר האמתלא הזאת לפנינו ע"כ הוי זה כמו דנולד ריעותא בעצם השטר ואף דאומר האמתלא מיד דפרע להמלוה שלו ג"כ יש לדון דהוי זה כמו דאיכא ריעותא בהשטר וקצרתי ע"כ אינו מספיק למש"כ לתרץ להקושיא על זה מהא דב"ב ד' מ"ג וח"מ סי' ל"ז ומהא דב"ב ד' קל"ה וח"מ סי' ר"פ דהא אף בהא דסי' מ"ז מקרי להוציא ממון מחזקת הלוה ואפ"ה מהימנינן ליה לכן תקשה עדיין כ"ז דבאמת לא שייך בזה לדון דהוי השטר כגבוי וידעתי מה די"ל בזה דאף מיד דפרע להבע"ח אמרינן מעצמינו להאמתלא זו דלא היה כוונתו לדחות להבע"ח שלו כדמשמע לשון הטור והמחבר בזה אבל כל זה אינו ברור כ"כ לדעתי וקצרתי:

לכן נראה לי להסביר כל זה ביתר ביאור וע"פ כל מה דנתבאר ובהקדם דברי הרא"ש דפ"ב דכתובות סי' ט' וזה לשונו והיכא דפרע לבע"ח אחר שאמר שטר אמנה הוא ובא לגבות מהלוה כתב הראב"ד דגבי ליה מיניה כיון דמעיקרא לא הימניה לגבי אחרים דאמרינן לאשתמוטי מינייהו הוא דקאמר לגבי לוה נמי לא תפסינן ליה בהכי דהא אי לא פרע לאחרים מדידיה הוי מפקינן מיניה דלוה ויהיבנא ליה השתא דפרע להו מדידיה גבי מיניה דלוה דלא גרע מאחרים וה"ר יונה היה אומר דאם תבע בע"ק בב"ד לגבות

משטר זה ובא המלוה ואמר אמנה יש לדון בזה כדברי הרב שלא אמר כן אלא לדחות לבע"ח אבל אם אמר המלוה בלא תביעת בע"ח נראה דלגבי עצמו מהימן עכ"ל הרא"ש. ופשטות דברי הרא"ש משמע דשיטת הראב"ד הוא דאף אם אמר מעצמו כן בלא תביעת בע"ח ג"כ גובה ע"י השטר משום דמצי לומר האמתלא שאמר כן כדי לדחות להבע"ח וה"ר יונה מחלק בזה ודברי הראב"ד הנ"ל הובא בהרב המ"מ פ"ב ה' מלוה ה' ו' שכתב ג"כ כנ"ל משום דלא גרע משמעון דאם לא פרע לשמעון משלו היו מוציאין מן לוי ונותנין לו ג"כ עתה שפרעו משלו גובה מהלוה עד כאן בחדושי הרשב"א ז"ל עכ"ל המ"מ:

הרי להדיא דהראב"ד דממנו יוצא עיקר הך דינא דאמר דלכן גובה המלוה הראשון מן הלוה משום דיש להמלוה זכות של הבע"ח ולא גרע מדידהו וכיון דלגבי דידהו לא היה נאמן לגרע זכותם לכן יש להמלוה הא' כל הזכות שהיה שייך להבע"ח כמש"כ כן להדיא ואף דלגבי עצמו ודאי מהימן לגרע זכותו דהא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי מ"מ י"ל דגם טעמו של הראב"ד הוא משום דאמרינן דאמר כן כדי לדחות לבע"ח שלו וכמש"כ ה"ר יונה אך דר' יונה ס"ל דלא דיינינן כן רק היכא דאמר כן בעת שבא בע"ח לגבות משטר זה והראב"ד ס"ל דלעולם אמרינן דנאמן לומר דנתכוין להרויח ולדחות לבע"ח. ועיקר סברתו של הראב"ד דכתב הטעם דיש לו כל הזכות שהיה שייך לבע"ח ולא גרע מדידהו זהו לפי דבאמת הדין נותן דלא יהיה מהני אמתלא זו להוציא מהלוה ובפרט היכא דאמר כן בלא תביעת בע"ח כפי שיטת הראב"ד ובאמת הא יש להוכיח מהא דב"ב דף מ"ג וח"מ סי' ל"ז וב"ב דף קל"ה דלא מהני אמתלא זו להוציא ממון וע"כ כתב לחלק דשאני התם באמת דיש לו כל הזכות שהיה שייך להבע"ח אך עדיין זה גופא צריך ביאור דמאיזה טעם יהיה שייך לו הזכות שהיה שייך להבע"ח דהא שאני איהו לגבי עצמו דהודה שהשטר הוא אמנה ומהימן לגבי עצמו ואף דלגבי האחרים לא היה מהימן לגרע זכותו מ"מ במה קנה מהם זכות שהיה שייך להם וזהו דחוק מאוד בסברא וגם הא אף דהיה מקנה לו זכותו מ"מ הא מהימן על דבר שלו ולכן זה צריך ביאור רב:

ונראה לע"ד להסביר כוונת הראב"ד על נכון והוא די"ל דנתכוין לתרץ למה שיש להוכיח להיפך מהא דב"ב ד' קל"ה וד' מ"ג דמוכח שם דאינו יכול לומר אמתלא כזה לסתור להודאתו וכמש"כ לעיל ובאמת הא שם הועיל בהודאתו להרויח לעצמו ע"פ דין ואלו הכא הא לא הועיל כלל ע"י הודאתו לדחות להבע"ח רק דטעה בזה וכמש"כ לעיל ואפ"ה אמרו הכא דיכול לסתור להודאתו וגם הא בב"ב ד' קל"ה יש הודאת אחיו דלוי הוא אחיו והוי זה סיוע לגביה ואפ"ה אינו יכול לומר דעשה כן כדי להרויח א"כ תקשה כנ"ל. ולכן אמר הראב"ד דשאני הכא דכיון דאם לא פרע משלו היה שייך זכות השטר לבע"ח מצד

שעבוד דר' נתן משום דרחמנא שוויי' להלוה לבע"ד שלו וכמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ו ע"פ מה דכתיב ונתן לאשר אשם לו וזהו סברת הט"ז באה"ע סי' צ"ו והובא בב"ש שם ס"ק כ"א שכתב דאם מחל המלוה השני להלוה השני מהני מחילתו לפי דגוף החוב שייך להמלוה הב' מה"ת ואף דהב"ש לא הסכים לדברי הט"ז הנ"ל מ"מ הא לפמש"כ בשם הקצה"ח כנ"ל נראה דהנכון הוא עם הט"ז ועיין בחידושיי לקמן סי' פ"ו:

וכיון דמחמת שעבודא דר' נתן היה שייך עצם החוב להמלוה השני לכן כיון דלא מהימן המלוה לומר על שטרו דהוא פרוע ולהיות חב לאחרים וע"כ הוי זכות השטר שיש לו בהחוב כדין שט"ח ברור דאין בו שום ריעותא כלל על השט"ח וכבר נתבאר דשט"ח דאין בו שום ריעותא הוי דינו כגבוי כמש"כ לעיל בארוכה ועיין בקצה"ח סי' י"ב מש"כ בשם הכנה"ג מזה:

א"כ זכות השטר דהיה שייך להמלוה השני משום דר"ל דהוי כאלו הוא שלו ע"כ הוי כגבוי דהא לגביה אין שום ריעותא על השטר והוי כמאן דגבייה כבר ע"פ הכלל הנ"ל ע"כ גם אם פרע מעצמו להמלוה הב' דהדין נותן דאותו הזכות דהיה שייך להמלוה השני דהוי גבי' כמאן דגבייי' כבר דזה הזכות שייך ג"כ להמלוה הראשון דהשט"ח כתוב על שמו והוי גם זכותו בהשטר כמו דגבייי' כבר:

וכעין זה מצינו בח"מ סי' ק"ל סעי' ג' גבי ערב שפרע להמלוה דאם יש עדים על הפרעון לא בעינן שיכתוב לו התקבלתי וכמש"כ שם הסמ"ע ס"ק י"ד והש"ך ס"ק ט' דכיון דיש לו עדים דפרע להמלוה והשט"ח דהמלוה בידו העמידוהו במקום המלוה ע"ש ע"כ ה"ה הכא כיון דהשט"ח כתוב על שמו לכן אף הט"ז דחולק שם על הסמ"ע דמודה בזה דאף שלא כתב לו התקבלתי מ"מ האומדנא הוא דכיון דפרע מעצמו להבע"ח שלו ועשה עמו טובה ע"כ הוי כמו דהקנה כל הזכות שהיה שייך לו דהקנו להמלוה הראשון וכמו התם גבי ערב דמצד אומדנא נגעו שם ולכן כיון דלגבי המלוה השני הוי השטר כמו דגבוי משום דהא לדידי' לא עשה ופעל אמירת המלוה על שטרו דהוא אמנה שום ריעותא על שטרו דהא לא מהימן לגרע זכותו ששייך לו מצד דר"נ ובשטר דלא נולד ריעותא הא כגבוי דמי א"כ אתחזק לנו אז אף בשעת אמירתו על שטרו דהוא אמנה דה"ה בחזקת שטר מעליא וכגבוי לפנינו ע"כ ממילא שייך אותו הזכות להמלוה הראשון דהוי גבי' ג"כ כגבוי ואף באומר אמנה שייך לומר דהוי כגבוי דמה שכתבו התוס' בסוטה ד' כ"ה ד"ה בש"א כו' לחלק אליבא דב"ש דהיכא דהוי ספק אם עמד כלל לגבות מן הנכסים דבזה לא הוי כגבוי רק לדון דחולקין אין זה רק בשטר שנולד בו ריעותא אבל בשטר

שלא נולד בו ריעותא כמו בנ"ד דלא מהימן כלל להפסיד לחבירו ע"כ הוי גם בזה כגבוי דהא אתחזק לנו בשטרא מעליא:

ולכן לפ"ז אתי שפיר מש"כ דגובהו משום דאמרינן דנתכוין לדחות להבע"ח ונתכוין להרויח וכמו בתבעו חטים והודה בשעורים דפטור לשיטת הרבה פוסקים משום דהוי כהודה כו' ומ"מ אם הוא מוחזק מהני אמתלא שלו דנתכוין להרויח אף דבאמת לא הרויח כלל ה"ה בנ"ד דמחמת דאלים לי' זכותו בהשטר דהוי כמו מוחזק וגבוי ע"כ מאמינים לו על האמתלא שנותן דעשה כן כדי להרויח ולדחות להבע"ח שלו וכבר נתבאר דאף החולקים שם בתבעו חטים כו' דלא מהני תפיסת שעורים די"ל דמודו בנ"ד ואפושי פלוגתא לא מפשינן וראי' לזה מן הטור דסי' פ"ח והר"ש שם וקצרתי וכן לפמש"כ הרמ"א בסי' פ"ח סעי' י"ב בשם יש אומרים דדוקא תפס קודם שתבעו לדין כו' י"ל דמודה בזה ע"פ מש"כ האורים שם ס"ק כ"ז דזהו משום דבעי תפיסה קודם שנולד הספק וה"ה הכא דהוי תפס מקודם לידת הספק מחמת דהוי כגבוי וכן להטעם שכתב הטור שם בשם יש מחלקים דלכן בעינן דוקא תפס מקודם שתבעו לדין דיכול לומר לכן לא תבעתי לפי שהייתי מוחזק בהם וכ"כ הסמ"ע שם ס"ק כ"ז הא זה הטעם אפשר לדון כן בנ"ד דהא חזינן התם דכתבו דהוי כאלו הודה שאינו חייב שעורים ומה"ט אף אם יש עדים שחייב שעורים הוי כאלו הודה ובאמת הש"ך סי' פ"ח סוף ס"ק ט"ז הקשה דנימא ג"כ בזה דיכול לומר לכן לא תבעתי שעורים לפי שסמכתי על העדים ע"ש אך הא חזינן מהראשונים שם דלא ס"ל כן אלא דוקא אם הוי מוחזק יכול לומר כן א"כ ה"ה בנ"ד אפשר דיכול לומר דסמכתי על המוחזקות שלי שיש לי זכות ע"י השטר דהוי כגבוי ע"כ אמרתי דהוא שטר אמנה:

ועדיין יש לפקפק בזה דהא לא שייך לומר דלכן אמרתי דהשטר הוא אמנה ופרוע לפי דסמכתי על המוחזקת דיש לי ע"י זכות השטר דהא נתבאר דעיקר מה דאמרינן הכא דהוי כגבו זהו לפי דאינו נאמן להפסיד לאחרים וכיון דנתכוין לדחות להבע"ח ולכן אמר אמנה א"כ לא שייך לומר דסמך על המוחזקות שלו דהא לפי מה דטעי וסבר דיבריחו מהבע"ח שלו א"כ הא לא הוי כגבוי גבי' ובלא"ה לא שייך לומר בזה דסמך על המוחזקות בזה דהא לאו כ"ע דינא גמירי וכן לא שייך לומר בזה דסמך על שטרו דיוצא מת"י דהא גם התם בסי' פ"ח דמיירי אף ביש עדים אפ"ה פסק המחבר דהוי כהודה שאינו חייב לו שעורים ולא ס"ל סברת הש"ך שם ולכן העיקר כמש"כ לעיל דאתו עלה מטעם מוחזקות דכיון דהוי כגבוי ע"כ נאמן לומר דעשה כן כדי להרויח ולדחות לבע"ח אבל אם לא היה דינו כמו מוחזק אין סברא לומר דיהי' נאמן על אמתלא זו ולהוציא מהמוחזק וכדמצינו

גבי תבעו חטים והודה בשעורים וכן בשני שוורים דב"ק דאם לא הי' תפוס לא מהני תפיסתו אך בתפס אף בתר הודאתו דהטעם בזה דמהני תפיסה לשיטת הרבה פוסקים משום דהוי ספיקא אם עשה כדי להרויח או לא ה"ה בנ"ד דכיון דנתבאר דדינו כמוחזק ע"כ נאמן בזה על האמתלא זו וכבר נתבאר דאף לשיטת הרא"ש דספ"ג דב"ק וכן לשיטת הסוברים שם דעיקר הטעם דמהני תפיסה בשעורים משום דיכול לומר דסמכתי על המוחזקות שלי כנ"ל עכ"ז י"ל דמודו בנ"ד וכשיטת הסוברים כן בהא דטענו חיטים כו' ואפושי פלוגתא ביניהם לא מפשינן כנ"ל וקצרתי:

ענף ד:

ונתבאר על נכון כוונת הראב"ד במש"כ דלא גרע מאחרים וס"ל דמה"ט אף באמר כן בלא תביעת בע"ח ג"כ מהני אמתלא זו ור' יונה ס"ל דלא מהני אמתלא זו רק אם אמר כן בעת שתבעו בע"ח אבל באמר כן בלא תביעת בע"ח אינו נאמן משום דבזה לא הוי שום לידת ספק כלל לפנינו דמוכח מזה דאמר כן לאמתת הענין אבל בעיקר מה דמהימן על האמתלא הנ"ל אם אמר כן בעת שתבעו בע"ח גם לה"ר יונה יש לומר דגם איהו אמר כן משום סברת הראב"ד הנ"ל דהם דברי טעם כפי מה דנתבאר בעז"ה גם באמת יש מקום לומר לולי דברי הבית יוסף בפשטות דגם הראב"ד מיירי דאמר כן בעת שתבעו בע"ח וה"ר יונה מפרש לדבריו אך אין זה צורך לענינינו כ"כ וקצרתי ועדיין יש לדון בדברי הטור והמחבר הכא שכתבו בלשונם דרואין אם כשבא בע"ח לגבות מזה השטר אמר שהוא שטר אמנה אז ודאי לא הי' כוונתו אלא לדחות בע"ח כו' דמשמע מזה דס"ל דמהימן על אמתלא זו בתורת ודאי ולא בתורת ספיקא אך לדברי הרא"ש והראב"ד ור' יונה הנ"ל שפיר יש לפרש דאתו עלה מטעם דהוי כמוחזק מחמת זכות השטר דהוי כגבוי לגבי המלוה הב' כנ"ל אבל מדברי הטור והמחבר משמע דלא כמש"כ שוב ראיתי דגם מלשון הטור והמחבר אף שכתבו בלשון ודאי דמ"מ אין לסתור לדברינו דהא מצינו בח"מ סי' פ"ח סעי' י"ב במחבר שם שכתב בזה הלשון דדוקא כשא"ל חטים הלויתיך ביום פלוני ובשעה פ' והלוה אומר שעורים היו דאם איתא כו' אלא ודאי הודה שלא הלוה לו שעורים כו' ואם תפס אין מוציאין מידו השעורים הג"ה וי"א דוקא אם תפס קודם שתבעו לדין כו' הרי להדי' דהמחבר אף דס"ל דמהני תפיסת השעורים אף בתר שעמד בדין דאף דלא שייך בזה הטעם שכתב הטור והסמ"ע דיכול לומר דלכן לא תבעתי השעורים מפני שהייתי מוחזק בהם דמ"מ מהני תפיסתו משום דיכול לומר דלא נתכוונתי רק כדי להרויח משום דזה הוי כמו ספק הודאה כמבואר שם בש"ך ובנתיבות ועכ"ז כתב המחבר בלשונו דודאי הודה שלא הלוהו שעורים אלמא דהך לישנא דודאי

הוא לאו דוקא אלא כיון דהנתבע הוא מוחזק אמרינן אז דהוי כמו ודאי הודה שלא הלוהו שעורים משום דהחזקת ממונא מבררת לנו בזה אף דכתבתי לעיל בשם הנתיבות סי' ל"ד דחזקת ממונא לא הוי חזקה המברת לנו מ"מ אין זה הכרח כ"כ לנ"ד. עכ"פ מצינו דאף במה דלא מהני אלא משום דהוי מוחזק עכ"ז אמרו בלשון ודאי הודה כו' וה"ה די"ל בהא דסי' מ"ז דאף דהעיקר הוא כנ"ל מה דמהימן לומר דלא הודה רק כדי להרויח ולדחות בע"ח דמ"מ שייך בזה לשון ודאי כיון דהוי מוחזק ע"י שטרו דהוי כגבוי דכיון דעכשיו דהוי מוחזק מהימנינן לי' ע"כ שפיר אמרו בזה לשון ודאי דלא היה כוונתו אלא לדחות בע"ח:

ולכן אין לסתור לדברינו מן לשון הטור והמחבר הנ"ל:

ולפ"ז אינו קשה מהא דב"ב ד' מ"ג דקאמרי כיון דאסהיד דלוי היא היכי מצי מפיק לה וכמו דהקשה הט"ז בסי' ל"ז וכן למה דהקשיתי מן ב"ב ד' קל"ה דאם אמר אין זה אחי לא יטול בנכסי לוי וכמו דהקשה הנתיבות בסי' ר"פ:

דהא לא מצינו דיהיה מהימן באמתלא זו רק היכא דהוי מוחזק כמו בנ"ד דהוי מוחזק מחמת זכות השטר דהוי כגבוי א"כ התם בב"ב ד' מ"ג כיון דלא הוי מוחזק לא מהני אמתלא זו כלל ואף תפיסה לא מהני התם דמיירי בשדה כידוע וכן הא דב"ב ד' קל"ה וח"מ סי' ר"פ דכיון דהוי עכ"פ ספק מחמת הודאתו דהודה דאין לוי אחיו ע"כ ממילא אינו נוטל בנכסי לוי כמש"כ הקצה"ח כעין זה בסי' ר"פ ס"ק א' דתירך לקושיות המל"מ פ"ד ה' נחלות דהקשה אמאי לא יטול בנכסי לוי דהא יש הודאת ראובן שיש לשמעון חלק בנכסי לוי ותירץ דכיון דאחד מהם ודאי יורש והשני ספק אין ספק מוציא מידי ודאי עכ"ל הקצה"ח וכ"כ הנתיבות בסי' פ"ח סוף ס"ק ד' דזה דומה להא דיבמות ד' ל"ח גבי ספק ויבם ועיין בנתיבות סי' ר"פ ס"ק ג' מזה לכן מה"ט אף דנולד לנו ספק בהודאתו אם עשה כן כדי להרויח ולדחותו מירושתו או לא דמ"מ אין ספיקו מוציא מידי ודאי ולכן אינו נוטל בנכסי לוי כלל וא"ש כ"ז בפשיטות ואין אנו צריכין לדחוקי בסברות בעלמא בלא שום מקור והוכחה לזה רק העיקר כמו דנתבאר בעז"ה:

הגה"ה וע"פ כל זה יש לתרץ מה שהקשה ר"ע איגר זצ"ל בחלק חשובותיו בהקדמתו בהא דב"ק ד' ק"ז אמר ר"ש הטט"ג בפקדון כיון ששלח בו יד פטור והא השומר נשבע שלא שלח בו יד ונגנבה ובאו עדים שהפקדון בביתו ושלח בו יד מקודם א"כ כמו דאמרינן בשבועות באומר להד"ם ובאו עדים דלוה ופרע דאמרינן כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ה"נ נימא דלענין שהפקדון בביתו שומעין להעדים ולענין מה שאמרו העדים

ששלח יד מקודם לפוטרו מכפל נימא דהוי הודאת בע"ד שלא שלח בו יד. ובהשמטות בסוף ספרו תירץ זה על פי דברי הריטב"א לשבועות ע"ש:
ולענ"ד נראה לתרץ זה ע"פ מה דנתבאר בהא דסי' פ"ח גבי טענו חטים והודה בשעורים דאף דהוי כמו דהודה התובע שאינו חייב לו שעורים דמ"מ אם תפס מועלת האמתלא שלו דעשה כן כדי להרויח דסבר דישיג איזה תועלת מתביעתו שיתבענו חטים כנ"ל ה"ה יש לומר במה דהודה שלא שלח בו יד דעשה כן כדי להרויח וכש"כ הוא דהא במה דאמר שלא שלח יד הרויח אז באמת ע"י טענתו אם לא היו באין עדים להכחישו שהפקדון בביתו וע"כ י"ל בזה דאף להחולקין שם בסי' פ"ח וס"ל דאם לא תבעו שניהם לא מהני תפיסת השעורין דשא"ה דהא באמת לא הרויח כלום מטענתו דתבע חטים אבל במה דטען שלא שלח יד הא הרויח אז באמת ע"כ לכ"ע י"ל דמהני אמתלא שלו להפטר. ומה שכתב הנתיבות בסי' פ"ח ס"ק ד' וס"ק ה' דלא דיינינן כן רק בהודאה הבא מתוך שתיקה ע"ש הא לפי מה דנתבאר בהא דסי' מ"ז דאמר דשטרו הוא פסול דמ"מ אם אומר דעשה כן כדי להרויח ולדחות לבע"ח דמהימן מחמת דהוי כמוחזק כנ"ל אף דבאמת לא הרויח כלום דהא אינו נאמן לחוב לבע"ח רק דטעי וסבר דיהיה נאמן כש"כ היכא דהרויח באמת אז ע"י טענתו דטען שלא שלח בו יד דנפטר אז ע"י טענת נגנבה אם לא היה באין עדים להכחישו דודאי מהני אמתלא שלו להיות פטור כיון דהוי מוחזק:
ואף היכא דמשים א"ע רשע כמו הכא דנשבע שלא שלח יד ג"כ מועלת טענתו להפטר כדמצינו כעין זה ביו"ד סי' קס"ט ש"ך ס"ק ע"ש שכתב בשם העט"ז דכתב דאע"ג דמשוי נפשיה רשיעא חזקה דממונא עדיפא ע"ש וגם הא בלא"ה התם באו עדים והכחישוהו למה דנשבע דנגנבה ע"כ שפיר מועלת אמתלא שלו דעשה כן כדי להרויח ומהימן בזה כיון דהוי מוחזק משא"כ בהא דאומר לא לויתי דאין לו ריוח יותר מן אם היה אומר פרעתי ע"כ חשוב זה להודאה דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי והא דאם אמר על פקדון שבידו להד"ם דכתב הסמ"ע בסי' ע"ה ס"ק נ"ה והש"ך שם ס"ק פ' בשם הראשונים דכתבו בזה ג"כ דכל האומר על פקדון להד"ם הוי כאומר לא נאנסו לכאורה יש לעיין לפ"ז דהא הרויח מטענתו דטוען להד"ם דא"צ לישבע שד"א ואלו היה טוען נאנסו היה צריך לישבע שד"א אך באמת אין זה חשוב ריוח כ"כ דהא אלו היה נאנס היה יכול לישבע באמת דנאנסו ועפ"ז יש לדון בסוגיא דב"מ ד' ה' ע"ב וכן מוכח ממש"כ הש"ך בח"מ סי' ק"א ס"ק ה' דאף אם רוצה לשלם להבע"ח בקרקע צריך לישבע שאין לו מעות והקצה"ח שם ס"ק ו' כתב דא"צ לישבע לפי דפרשי אינשי משבועת אמת א"כ הוי זה כמו פסידא ובמקום פסידא הא מצי מסלק לבע"ת בקרקע עכ"ל הקצה"ח אבל שיטת

הראשונים שהביא הש"ך שם דס"ל דאף דמסלקו בקרקע צ"ש. י"ל דטעמם משום דס"ל דשבועה באמת לא מקרי פסידא ויש לדון בזה ע"ס מש"כ הר"נ ר"פ כל הנשבעין בסוגיא דשכיר דכמה אינשי פרשי משבועת אמת ויש לחלק וקצרתי א"כ מתורץ קושיות רע"א זצ"ל הנ"ל ע"כ הגה"ה:

וכל מה שכתבתי לעיל בכל הקונטרס הלז דאמרינן דלא היה כוונתו אלא לדחות בע"ח דזהו דוקא כשטוען האמתלא הזאת הנה מלבד דזה פשוט בסברא הנה כן משמע באו"ת באורים ס"ק יו"ד שכתב בזה"ל דאין הלוה חייב לפרוע אם לא שטען אח"כ בתחבולה הודתי ודינו כמש"כ המחבר דרואים כיצד היה הודאתו כו' עכ"ל הרי דכתב ג"כ דבעי דיטעון כך בפירוש וכה"ג אמרו בסי' פ"א גבי טענת משטה דבעי שיטעון כן בפי' ודוקא בטענת השבועה אמרו דטענינן לי' וכן אמרו בח"מ סי' קמ"ו סעי' י"ז גבי אמתלא דשני נוח לי והראשון קשה הימנו דבעי שיאמר כן בפי' וכ"כ הט"ז בסי' קכ"ט סעי' ה':

וכ"כ הט"ז בח"מ סי' ל"ז סעי' י"ז דבעי אמירתו לזה:

ענף ה:

ועתה נשובה ונראה במה דמבואר לקמן סי' צ"ט דאם טען הלוה על המטלטלין שת"י דשל אחרים הן דאינו נאמן ואם אח"כ פרע לבע"ח וטוען דמה דהודיתי מתחלה הוא מחמת דרציתי לדחות להבע"ח וכמו בהא דסי' מ"ז הנה לפמש"כ הט"ז בסי' ל"ז סעי' י"ז דהא דמהימן לומר דאמרתי כן כדי לדחות בע"ח זהו כיון ששט"ח בידו ע"כ הסברא נוטה דלא נפרע עדיין כו' וכבר כתבתי לעיל בכוונת הט"ז דלכן שאני בהא דב"ב ד' מ"ג דאף דיש לשמעון עדים שהיא שדה שלו מ"מ אין זה הוי הוכחה משום דהא חזקת ממונא לא הוי חזקה המבררת ודוקא הוכחת השטר מבררת לנו להאמינו בזה א"כ לפ"ז יש לומר דהתם בסי' צ"ט אינו נאמן לומר שאמרתי כן כדי לדחות בע"ח דהא התם אינו לפנינו שטר המסייעו אף דיש חזקת ממונא המסייעו עכ"ז הא לשיטת הט"ז מוכח דחזקת ממונא לא הוי הוכחה בזה כנ"ל א"כ לפי שיטת הט"ז הדין הוא דאינו נאמן לומר דשלי הוא לאחר דפרע לבע"ח משום דשאני התם מן הא דסי' מ"ז דיש שטר לפנינו:

וכ"ז לשיטת הט"ז אבל לפי מש"כ לבאר עיקר מילתא דנא דהא דנאמן לומר שטר אמנה ופרוע זהו משום דהוי השטר כגבוי ומוחזק אבל אם לא היה מוחזק אינו נאמן והוכחתי כן מהא דב"ב ד' קל"ה ומה דכתב הנתיבות בסי' ר"פ דהיה יכול לומר איני יודע אם הוא אחיו הא דחיתי זה ע"פ מש"כ הר"נ דמיגו דא"י לאו מיגו משום דאינו טוען ברצון א"י ע"כ אין סברא לומר דה"ל לומר איני יודע, וע"כ העיקר כמש"כ לחלק דעיקר הטעם הוא משום דהוי מוחזק ע"כ יש לדון דאחר שפרע הלוה להבע"ח אם הלוה מוחזק עדיין

בהמטלטלין נאמן לומר דאמר כן כדי לדחות בע"ח ולהרויח נתכוונתי וכמו בהא דטענו חטים והודה בשעורים דפטור דמהני תפיסה לשיטת הרבה פוסקים בסי' פ"ח כנ"ל אבל אם עבר הלוה ומסר החפץ להאחר שאמר כי החפץ שייך לו בזה הדין נוטה דאין נאמן הלוה להוציא החפץ מהמוחזק וכמו בהא דב"ב ד' קל"ה דאם אמר אין זה אחי אינו נוטל כנ"ל:

אמנם יש להוכיח דלא כמו שכתבתי מהא דכתב הרב המגיד פ"א ה' מלוה ה"ד על מה שהקשה דלמא אינו נאמן הלוה במיגו דאי בעי היה נותנם במתנה ותירץ דאם היה נותן במתנה לא הי' מחוייב להחזירן לו ואם טוען של ראובן הם אם אינו אמת מחוייב ראובן לצאת ידי שמים להניחם או להחזירם להלוה ולפיכך זאת הטענה טובה יותר מן האחרת עכ"ל המ"מ והובא דברי המ"מ הנ"ל בש"ך סי' צ"ט ס"ק ה' הרי להדיא דס"ל להמ"מ דע"פ דין אינו נאמן לומר שלי הוא ושנתכוין לדחות בע"ח אף אם הוי מוחזק אלא לצאת ידי שמים היה מחוייב ראובן להניחם אצל הלוה אם יודע האמת דהוא של הלוה א"כ מוכח מזה כשיטת הט"ז דכתב דעיקר הסברא דנאמן לומר דאמר אמנה כדי לדחות בע"ח משום דהא הוכחת השטר מסייעו וע"כ התם בסי' צ"ט דאין לפנינו הוכחת השטר ע"כ אינו נאמן באמתלא זו ויהיה מזה סייעתא להט"ז ודלא כמו שכתבתי:

אך גם מזה אינו ראי' כלל דהא מצינו כן בתוס' והרא"ש כתובות פ"ב סי' ט' שכתבו דלכן אינו נאמן לומר אמנה במיגו דאי בעי מחיל משום דאין דעתו להפסיד חובו ובמה שאומר אמנה לא יפסיד מידי שיודע שהלוה אינו גזלן ולא יעכב מעותיו והובא זה בסמ"ע סי' מ"ז ס"ק א' ובש"ך שם ס"ק ז' ובסי' צ"ט ש"ך ס"ק ה' ע"ש הרי דגם באמר אמנה כתבו ג"כ דהלוה אינו גזלן ולא יעכב מעותיו דמשמע מזה אם הלוה יחפוץ לכפור המעות יהיה יכול ע"פ דין אך מחמת שהלוה אינו גזלן ולא יעכב מעות של אחרים ת"י ע"כ בטוח בהלוה שלא יגזלנו ויהיה יוצא ידי שמים אף דע"פ דין אינו יכול לכופו לגבות ממנו המעות וקשה הא באומר על שטרו דהוא אמנה נאמן לומר האמתלא דאמר כן כדי לדחות בע"ח כמש"כ הרא"ש שם ומוציא ע"פ דין מן הלוה א"כ קשה דלמה להו לומר דבטוח בהלוה דלא יעכב מעותיו הא אף אם ירצה לעכב לא יהיה ביכולתו ע"פ דין לעכב המעות א"כ קשה על מש"כ התוס' והרא"ש בלשונם דהלוה לא יעכב המעות והא יותר עדיף לומר דע"פ דין יהיה ביכולתו לגבותו:

וע"כ מוכח מזה דבאמת אין מזה ראיה כלל דיש לומר דנקטו התוס' והרא"ש בלשונם לומר דהלוה אינו גזלן ולא יעכב המעות להורות לנו דאף היכא דאמר המלוה על שטרו דהוא אמנה בלא תביעת בע"ח דמבואר שם ברא"ש ובח"מ סי' מ"ז דנאמן לגבי עצמו

א"כ הא בזה אינו יכול להוציא ע"פ דין מהלוה והיה מקום לומר דאם אמר אמנה בלא תביעת בע"ח דיהיה נאמן גם לגבי בע"ח במיגו דאי בעי מחיל דלא שייך בזה לומר דרוצה להוציא מהלוה לעצמו לאחר זמן ע"פ מה דיתן אמתלא דאמר כן כדי לדחות בע"ח דהא בכה"ג לא יהיה מהימן ע"פ דין לתבוע מהלוה וע"כ אמרו הטעם דלכן אין נאמן במיגו דאי בעי מחיל משום דבטוח בהלוה דירצה לצאת ידי שמים ולא יגזלנו משום דאף דע"פ דין נאמן הלוה לומר פרוע ואמנה לאחר שהודה המלוה ע"ז בלא תביעת בע"ח מ"מ ע"פ חיוב להיות יוצא ידי שמים יהיה הלוה מחוייב ואף דאמרינן דהודאת המלוה על שטרו דהוא אמנה הוי הודאה גמורה כשאמר כן בלא תביעת בע"ח מ"מ חייב הלוה לצי"ש לשלם להמלוה אם יודע בעצמו דחייב לו והא דאמרינן בסי' ע"ה סעי' י"א בתרי הודאות דסתרי אהדדי פטור דהוי כאלו מחל לו וכ"כ בסי' פ"ח סעי' י"ב ע"ש עכ"ז הכא דאומר המלוה האמתלא דאמר כן כדי לדחות בע"ח אף דע"פ דין לא מהימן מחמת שאמר כן בלא תביעת המלוה מ"מ יהיה חייב הלוה לצי"ש בזה ועיין בסמ"ע סי' ע"ה ס"ק כ"ח. ולפ"ז אתי שפיר דאינו ראי' מן הרב המ"מ הנ"ל לסתור למה שכתבנו לדון דאם הוא מוחזק בהחפץ יהיה יכול לעכבו ת"י ע"י האמתלא דאמר כן כדי לדחות בע"ח משום די"ל גם בכוונת המ"מ כעין מה דמוכח לומר בכוונת הרא"ש והתוס' כתובות הנ"ל דכתבו כן כדי להורות לנו הדין אף אם אמר כן בלא תביעת בע"ח. וה"ה יש לומר כן בהך דין דאמר הלוה דזהו חפץ של אחר דאינו נאמן דבזה ג"כ יש לחלק כמו דכתבו ברא"ש כתובות ובסי' מ"ז כנ"ל דאם אמר אמנה בלא תביעת בע"ח דנאמן גבי עצמו וכמו כן באומר דזהו של פלוני דאם אמר כן בלא תביעת המלוה נראה דמהימן בוודאי גבי עצמו וע"כ הוי אמינא דאם אמר זהו חפץ של פלוני דיהיה מהימן במיגו דאי בעי היה נותן במתנה דבזה אין לומר דאינו רוצה להפסיד דהא גם עכשיו מפסיד לעצמו דהא לא יהיה נאמן באמתלא זאת אם אמר כן בלא תביעת המלוה וע"כ הורו לנו הך דין דאף בכה"ג לא מהימן במיגו דאי בעי נתן משום דהא עכ"פ יהיה האחר חייב לצי"ש להניחן בידו כנ"ל ולכן אין מן המ"מ הנ"ל ראי' לסתור למה שכתבנו דמה שכתב המ"מ שמחוייב להניחן הכוונה הוא כנ"ל ומה שכתב המ"מ שם דמחוייב לצי"ש להניחם או להחזירם לו הנה בלהחזירן ודאי אתי שפיר למה שכתבנו דלהוציא ודאי אינו נאמן ע"י האמתלא לומר דאמר כן כדי לדחות בע"ח רק לצי"ש שאני כנ"ל ולכן י"ל ג"כ דלכן כתב דמחוייב לצי"ש כדי דיהיה א"ש אף במסר החפץ להאחר דאף דבכה"ג אינו נאמן ע"פ דין להוציא ממנו מ"מ אינו נאמן ע"י המיגו משום דהא יש לו חיוב עליו לצי"ש עכ"פ ולכן אינו שום סתירה כלל מן המ"מ למה שכתבנו:

ענף ו:

והסמ"ע ס"ק א' הביא כן בשם העיר שושן והובא בש"ך ס"ק ז' וראיתי בעיר שושן סי' מ"ז סעי' א' שכתב בזה"ל דאין לומר להאמינו שהוא אמנה או פרוע במיגו דאי בעי מחיל לי' שאין דעתו למחול ולהפסיד חובו פירש שאם היה מוחלו לא היה יכול לגבותו לעולם אבל אם הי' טוען אמנה או פרוע יש לו דרך שיכול לחזור ולתבוע שטר זה כמ"ש בסוף סעיף זה וה"ל מיגו גרוע עכ"ל הע"ש. וחזינן דהע"ש כתב לפרש דלכן אין זה מיגו משום שיפסיד חובו ע"פ דין אבל באומר אמנה ופרוע לא יפסיד חובו ע"פ דין ויהיה יכול לתבוע ע"פ דין א"כ לפ"ז באומר אמנה ופרוע שלא בעת תביעת בע"ח דהדין הוא דלגבי עצמו מהימן ולגבי בע"ח לא מהימן כמש"כ הרא"ש בכתובות שם ותקשה עדיין בזה דיהיה מהימן במיגו דמחיל לי' ובזה אין לתרץ דאינו רוצה להפסיד חובו ע"פ דין דהא גם עכשיו יפסיד חובו שלא יהיה יכול לתבוע חובו בב"ד וע"כ העיקר כמש"כ מתחילה דכוונת הרא"ש והתוס' הוא דאף היכא דאינו יכול לתבוע חובו בב"ד ג"כ אין לו מיגו זו לפי דהא עכ"פ יהיה חייב הלוה לציי"ש וע"פ דין לפי האמת דיודע בעצמו דאין השטר אמנה ופרוע וכמש"כ המ"מ הנ"ל גבי הא דטען הלוה דזהו חפץ של אחר דלא מהני מיגו דמתנה לפי דיהא מחוייב לציי"ש כנ"ל:

וכן מוכרח בלא"ה דאי נימא דכוונת הרא"ש הוא כמש"כ הע"ש דלכן אין זה מיגו משום דעכשיו דאומר אמנה ופרוע יהיה יכול לתבוע ע"פ דין כנ"ל א"כ תקשה על המחבר דפסק לדינא כמש"כ הרא"ש דאף דאמר אמנה יכול לחזור ולתבוע מהלוה כמש"כ הרא"ש בכתובות שם דכן מסתבר כמ"ש ה"ר יונה ע"ש הא יש לדון בזה דדוקא הרא"ש לטעמי' דהקשה בכתובות שם דיהא נאמן אמנה ופרוע במיגו דמחיל ותירץ דאין בדעתו למחול להפסיד חובו א"כ לפי פירוש הע"ש הנ"ל מוכח מזה דאף דאמר אמנה יהיה יכול לתבוע ע"פ דין בב"ד כמש"כ הע"ש כנ"ל לכן שפיר כתב הרא"ש להכריע כן לפי דהא מוכח כן מן הגמ' אבל לפמש"כ המחבר בסי' פ"ו דבדר' נתן לא מהני מחילה א"כ ליתא כלל לקושיות הרא"ש הנ"ל שהקשה דיהא מהימן במיגו דאי בעי מחיל וכמש"כ הש"ך בסי' מ"ז ס"ק ז' והסמ"ע ס"ק א' וכיון דאין הוכחה להך דין דכתבו דמהימן לומר דאמר אמנה כדי לדחות בע"ח א"כ מנלן להטור והמחבר לפסוק הך דינא דכתב הרא"ש הנ"ל.

ובאמת כן הקשיתי כבר אבל לפמש"כ דעיקר כוונת הרא"ש והתוס' הוא דאף אם יפסיד חובו שלא יהיה יכול ליתבע בב"ד ג"כ לא הוי מיגו משום דיהיה עליו חיוב לצאת חובתו ע"פ דין לפי שיודע האמת וכנ"ל א"כ הא גם לשיטת הרא"ש לא הוי שום הוכחה לזה מן הגמ' וע"כ הא דפסק הרא"ש ור' יונה כן טעמם דס"ל כן מסברא ע"כ שפיר כתבו הטור

והמחבר כן לדינא וגם הא נתבאר יסוד לזה מהא דטענו חטים והודה בשעורים דמהני תפיסה כנ"ל ואף לשיטת הרא"ש ספ"ג דב"ק והטור סי' פ"ח ג"כ הא נתבאר דבכה"ג י"ל דכ"ע מודו וגם הא פשטות הרא"ש והתוס' הוא כמו שכתבתי ודלא כפירוש הע"ש וע"כ שפיר כתבתי בכוונתם היוצא לנו מכל זה דאף בהא דסי' צ"ט באמר הלוה דזהו חפץ של אחר דאם פרע אח"כ להבע"ח ואמר דהיה כוונתו לדחות לבע"ח דכ"ז דהחפץ ביד הלוה נאמן לומר דהיה כוונתו כן אבל במסר החפץ להאחר אינו נאמן להוציא ממנו וכן בהא דסי' מ"ז דנאמן לומר אמתלא זו הטעם הוא לפי דהוי מוחזק ע"י השטר דהוי כגבוי ע"כ אפשר לדון דאם תפס הלוה מהמלוה לאחר שפרעו ונקרע השטר דכיון דנתבטל השטר כבר ע"כ יהיה מועיל תפיסת הלוה ועיין תוס' גיטין ד' ל"ז ע"א ד"ה אלא מעתה כו' וכן יש לדון בהא דסי' ר"פ באומר אין זה אחי דאינו נוטל בנכסי לוי דמ"מ יש לומר דיהיה מועיל תפיסה אם יתפוס שמעון ויטעון דלא הודיתי כן אלא דנתכוונתי להרויח ולדחותו מירושתו וכמו דמצינו בטענו חטים והודה בשעורים דמהני תפיסה לכמה פוסקים אף בתר ההודאה משום דיאמר דהיה כוונתי להרויח אף דהתם באמת הא לא הרויח כלל רק דטעי וסבר דיהא ממש בטענתו דתובע החטים. כש"כ הכא דהיה ריוח באמת מקודם שמת לוי ונפלו לו נכסים ממקום אחר דהא ע"י טענתו דאין זה אחי היה מדחהו ע"פ דין מירושת אביו ודאי דמהני אמתלא זו אם הוי מוחזק ולכן י"ל דאף לפי שיטת הרא"ש בהא דספ"ג דב"ק גבי טענו חטים כו' דס"ל דלא מהני תפיסה בתביעת חטים וכן לפי שיטת הפוסקים בהא דסי' פ"ח סעי' י"ב דלא מהני תפיסה בתר הודאתו אלא א"כ תפס מקודם הודאתו ג"כ י"ל דמודו בנ"ד כנ"ל וע"כ יש לומר דמועיל תפיסת שמעון אם יאמר אמתלא זו:

ובלא"ה יש לדון לפמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ח ס"ק ט' דלכן מהני תפיסה בתבעו חטים והודה בשעורים משום דבתרי הודאות דסתרי מהני תפיסה ע"כ ה"ה בהנך תרי הודאות דזה אומר אין זה אחי וזה אומר אחי אך בזה יש לדון לפמש"כ הקצה"ח בסי' ר"פ ס"ק א' דדינו כמו הא דספק וודאי דאין ספק מוציא מידי ודאי וכן לפמש"כ הנתיבות בסי' ר"פ ס"ק ג ע"ש אך לפמש"כ דיכול ליתן אמתלא זו שפיר יש לומר דמהני תפיסה בזה והנתיבות סי' פ"ח סוף ס"ק ד' כתב דלא מהני תפיסה התם באומר אין זה אחי ע"ש אך י"ל דלטעמי' אזיל דהא כתב בסי' ר"פ ס"ק ג' דלכן לא מהני אמתלא זו התם לפי דהא היה יכול לומר איני יודע אם הוא אחיו ע"כ כתב דלא מהני תפיסה התם אבל לפי מה שנתבאר לעיל דז"א סברא וכמו דהוכחתי מן הא דב"ב ד' קל"ה ובאמת הא אין אדם טוען ברצון איני יודע כמש"כ הר"נ בשבועות פ"ז כנ"ל ע"כ שפיר י"ל דיכול לטעון אמתלא זו

ומהימן אם הוי תפוס כיון דיש ג"כ הודאת ראובן לפנינו דלוי הוא אחיו כן יש לדון בכ"ז וגם יש לדון בהא דסי' מ"ז דבשטר דאין בו אחריות כיון דלא גבי ממשעבדי דאין דינו כגבוי כמבואר בגיטין ד' ל"ז דבזה לא יהי' נאמן על אמתלא זו לפמש"כ דעיקר הטעם הוא דהוי כגבוי ולכן מקרי מוחזק דאין מוציאין ממנו אבל היכא דלא מקרי מוחזק אין להוציא ע"י האמתלא זו א"כ בשט"ח דאין בו אחריות דלא הוי כגבוי וכמש"כ לעיל בחידושי לסי' י"ב ענף ה' ובסי' מ"ד סעי' ו' ע"כ הדין נותן דאינו נאמן ע"פ אמתלא זו להוציא מן הלוה וכש"כ במלוה ע"פ בתו"ז וכה"ג דהא כתבו התוס' בגיטין ד' ל"ז ד"ה שטר שיש בו כו' דדוקא בשטר אמרו דהוי כגבוי אבל בלא שטר לא הוי כגבוי לב"ש. א"כ ה"ה וכש"כ לדידן דבמלוה בע"פ לא הוי כגבוי כלל ע"כ ה"ה בנ"ד י"ל דאין מוציאין מן הלוה:

נ (שם) ואם אחר שאמר שטר אמנה פרע לבע"ח ובא לגבות כו' הנה האו"ת ס"ק ד' נסתפק בטען פרוע אם מצי לתבוע אח"כ מהלוה ובפרט אי הלוה טוען פרוע כו' ואיך נסמוך על סברא להוציא ממון מספק כו' עכ"ל האו"ת וכעין זה הובא שיטת ראשונים בבית יוסף סי' מ"ז דס"ל לחלק דוקא באומר אמנה אינו נאמן לחוב לאחרים אבל באומר פרוע כיון דלפרעון עומד נאמן יע"ש ועיין ברמב"ם פ"א ה' מלוה ה"ד במל"מ שם. אכן הקרבן נתנאל בהרא"ש פ"ב דכתובות ס"ק כ"ד כתב דה"ה באמר פרוע הוא נאמן לומר דאמר כן כדי לדחות בע"ח והא דנקטו באמנה רבותא קמ"ל דאע"ג דעולה הוא מ"מ אם אמר בלא תביעת בע"ד נאמן לומר אמנה וכ"כ הב"ח בטור בד"ה ואם לאחר שאמר אמנה פרע כו' וז"ל הא דלא נקט ה"ל פרוע נראה דאשמעינן רבותא דאע"ג דאמנה עולה היא כו' אפ"ה כשהמלוה מעצמו אמר אמנה אינו גובה כו' עכ"ל הב"ח:

וכן משמע בסמ"ע ס"ק ה' שכתב ובהמותר דינו כמ"ש אח"ז דרואים אם כשבא בע"ח לגבות מזה השטר כו' והא זה קאי על מה שאמר המחבר שם לעיל מינה שאמר אמנה או פרוע ע"ש וכן נראה מהט"ז בסי' ל"ז סעי' י"ז שכתב דשא"ה דכיון ששט"ח בידו הסברא נוטה דלא נפרע עדיין כו' הרי דס"ל להט"ז ג"כ דזה קאי גם באמר פרוע וכן מוכח מן מש"כ הע"ש בסי' מ"ז סעי' א' וז"ל דלכן אינו נאמן אמנה או פרוע במיגו דמחיל לי' שאין בדעתו להפסיד חובו פירוש שאם היה מוחלו לא היה יכול לגבותו כו' אבל אם טען אמנה או פרוע יש לו דרך שיכול אח"כ לתבוע שטר זה כמש"כ סוף סעי' זה כו' עכ"ל העיר שושן הרי להדיא דהע"ש ס"ל דאף בטען פרוע יכול לגבות בב"ד אם יאמר שלא אמר כן רק כדי לדחות בע"ח וכ"כ הע"ש שם להדיא בסוף הסעי' הנ"ל וז"ל אם לאחר שאמר אמנה או פרוע פרע לבע"ח כו' רואין אם כשבא לגבות מזה השטר אמר אמנה או

פרוע הוא אז ודאי לא היה כוונתו אלא לדחות בע"ח כו' הרי להדיא דהע"ש ס"ל דאין לחלק ביניהם: ועיקר קושייתם דלמה נקטו בזה על אמירת אמנה כמו שהקשה הק"נ והב"ח והאו"ת כנ"ל אינו קשה לפמש"כ לעיל דעיקר הטעם דנאמן לומר דאמר כן כדי לדחות בע"ח משום דבזה אמרינן דהוי כגבוי דהא לגבי המלוה השני דלא נולד לגבי שום ריעותא כלל על השטר דהוי כגבוי ומה"ט יש להמלוה הא' ג"כ זכותו וכמש"כ לעיל ומבואר בתוס' סוטה ד' כ"ה ד"ה בש"א כו' דאף לב"ש דס"ל דכל שטר הוי כגבוי ונוטל הכל דאין זה רק בשטר שהיה כבר בחזקת שטר מעליא ונולד ספק על אח"ז אבל אם אנו דנין אם עמד מעולם לגבות אין זה כגבוי לגמרי אף לב"ש ע"ש וכיון דעיקר הטעם דיכול לחזור ולגבות בו זהו משום דהוי כגבוי א"כ ה"א דזהו דוקא בטוען פרוע דעמד השטר כבר לגבות מאותן נכסים בזה אמרינן דבשטר דאין בו ריעותא הוי כגבוי לכ"ע אבל בטען אמנה דעכשיו נולד הספק אם עמד כלל מעולם השטר לגבות מאותן נכסים דהוי אמינא דלא הוי בזה כגבוי ע"כ נקטו זה באמנה דהוי רבותא דאף באמנה מ"מ כיון דלא נולד בו ריעותא כלל דבכה"ג הוי כגבוי לכ"ע כיון דהוחזק לנו כבר השטר בחזקת שטרא מעליא וכנ"ל ומתורץ בפשיטות קושיתם הנ"ל:

ומש"כ האו"ת דבטען פרוע מסתבר דאין להוציא ממון מספיקא הא כבר כתבתי דעיקר הסברא של הרא"ש ור' יונה הוא לפי דס"ל ג"כ כסברת הראב"ד דשם דיש לו זכות של המלוה הב' דלא גרע ממנו וכמש"כ לפרשו דהוי בזה כגבוי א"כ הוי כש"כ בטען פרוע מן טען אמנה דהא בפרוע מסתבר לומר ביותר דהוי כגבוי כנ"ל ע"כ שפיר יכולין להוציא מן הלוה ולכן ודאי לדינא נקטינן דהך דינא אמרינן כן אף בטען פרוע וכמש"כ הע"ש והב"ח והסמ"ע והט"ז והקרבן נתנאל ודלא כהאו"ת:

סימן מח

א (סמ"ע סק"א וש"ך סק"ב) שטר שנמחל שעבודו דעת הסמ"ע דגבי מן בני חורין והש"ך חולק בזה וכעין זה מבואר פלוגתת הפוסקים בסי' מ"ג שטר מוקדם דפסול אי מצי גבי מן בני חורין ולכאורה יש לדון בזה לפי שיטת האלפס דהובא בתוס' כתובות ד' כ"א ד"ה הוציא עליו כת"י כו' דלא אמרינן שטרא בידי מאי בעי אלא בשטר דגובה ממשעבדי כו', וכ"כ הרמב"ן ס"פ גט פשוט דבכת"י דכיון דלא גבי ממשעבדי יכול לטעון פרעתי והובא שיטה זו בסי' ס"ט סעי' ב' ובש"ך שם ס"ק י"ד ע"ש:

א"כ לפ"ז יש לדון בשטר מוקדם ובשטר שנמחל שעבודו דכיון דלא גבי ממשעבדי ע"כ יכול לטעון פרעתי אכן לפמש"כ הש"ך שם לחלק דשאני שטר שיש בו עדים דאף דאין

בו אחריות מ"מ אינו יכול לטעון פרעתי משום דעכ"פ שם שטר עליו ע"ש ע"כ ה"ה בזה כיון דעכ"פ עדים חתומים עליו לכן ס"ל דאינו יכול לומר פרעתי וזה פשוט:

ב (שם ס"ק הנ"ל) ד"ה עוד כתב בסמ"ע וז"ל ומיהו נראה דהיינו דוקא שחוזר ולוה בו ביום כו' ומיירי שהלוהו בעדים דאל"כ אינו קודם למלוה בע"פ דכת"י אף מוקדמת לא מהני דחיישינן לקנוניא כו' עכ"ל:

וכ"כ הש"ך בסי' מ"ג ס"ק ח' והקצה"ח בסי' ס"ט ס"ק א' הוכיח מן התוס' גיטין ד' ג' ע"ב ד"ה כתב בכת"י כו' שכתבו בסה"ד דחיישינן דתתפוס הפירות ותאמר שכבר נתגרשה מזמן הכתוב בו עכ"ל אלמא דמהני תפיסה בכת"י ע"ש בקצה"ח. ולענ"ד נראה לחלק דיש לומר דבכת"י לא מהני תפיסה משום דכיון דטענת חוב יש לי בידך הוי טענה גרוע ע"כ לא מהני תפיסה. משא"כ התם בנידון התוס' גיטין דהא מן התורה אין הבעל אוכל פירות רק מתקנת חז"ל והוי כמו ספק בתקנה ולכן מהני תפיסת האשה. וכעין זה מצינו בח"מ סי' קע"ה סעי' מ"ה גבי מצרנות דאם היה ספק אין הלוקח מסתלק כו' לפיכך אם טען הלוקח ואמר גזלן אתה כו' או שוכר כו' צריך בעל המצר להביא ראי' ע"ש בש"ך ס"ק מ"ב והנה מצד ספק בתקנה לא שייך לדון בזה לפי מש"כ בקונטרס התפיסה בחידושים שלי דלא דיינינן ספק תקנה להקל רק אם הוי ספק בעיקר התקנה אבל בנולד הספק בנידון שאינו בעיקר התקנה דינו ככל הספיקות ואפ"ה אמרינן התם גבי ספק שמא גזלן או שוכר וממשכן דאין מוציאין מן הלוקח ובאמת הא זה הוי ספק גרוע דהא באמת הדין הוא בקרקע דאם ידוע בעדים שיודעים שהיה הקרקע בחזקתו אפילו יום אחד מוציאין מהמוחזק בה כמבואר בסי' ק"מ סעי' א' אם לא החזיק בה שני חזקה:

אלמא דלא דיינינן זה לספק כלל ואפ"ה במצרנות כיון דהוי ספק בהתקנה עכ"פ לכן אמרו דאין מוציאין מהמוחזק ע"פ ד"ת:

לכן ה"ה יש לומר דמה"ט מהני תפיסת האשה בהפירות אף דבאמת הוי זה ספק גרוע מ"מ מהני תפיסתה כיון דמה"ת שייך לה בוודאי זכות הפירות וכה"ג כתבתי בחידושיי סי' ס"ד דלכן באם הוי חוב ידוע בעדים מהני טענתו דבמשכון בא לידי אף דמשכון הוי בעצם טענה גרוע בכ"ד דמ"מ כיון דמה"ת אף מטלטלי משתעבדי וגובה מיתמי ג"כ לכן מהני תפיסתו אף דהוי טענה גרוע יע"ש. וה"ה בנ"ד משא"כ בתפיסת הבע"ח ע"י כת"י דאם הכת"י הוא בקנוניא אז אף מה"ת אינו נוטל לכן לא מהני תפיסה בטענה וספק גרוע כן יש לחלק בזה:

סימן מט

א (סעי' ג') דבהכרת הלוה נאמן אף אשה וקרוב:
וכ"כ הטור והנימוקי יוסף והרא"ש בב"ב ד' קס"ז והמ"מ פ' כ"ד ה' מלוה ה"ד וראייתם מהא דיבמות ד' ל"ט דאף אשה וקרוב נאמנים גבי הכרת אחי המת דהוי מילתא דעביד לגלוי וכ"כ הבאר הגולה ס"ק ו':
ולענ"ד נראה דה"ה אף קטן שהוא מכיר ונבון נאמן בהכרת הלוה דהא כתב הרמב"ם בפ"ד ה' יבום ה' ל"א דאפילו אשה או עבד או קטן שהוא מכיר ונבון נאמנים לומר זה פלוני אחי פלוני וזו היא יבמתו וחולצין על פיהם משא"כ בשארי עדות של תורה בין בעדות ממון בין עדות איסור שזה דבר העשוי להגלות ואפשר לידע אמתת הדבר שלא מפיהן כענין שבארנו בסוף ה' גרושין כו' עכ"ל וכ"כ השו"ע אה"ע סי' קנ"ז סעי' ב' ובסי' קס"ט סעי' ח' ולפ"ז ה"ה בהכרת הלוה נאמן קטן שהוא חכם ונבון בזה דהא זה נלמד מהא דיבמות ד' ל"ט כמש"כ הראשונים הנ"ל וכיון דהתם נאמן קטן חכם הזה דנאמן קטן נכון על הכרת הלוה ועיין בג"פ סי' ק"כ ס"ק י"ד וס"ק ט"ו מזה הענין:
ובקונטרסי לעגונא אחת כתבתי להוכיח מן הרמב"ם ושו"ע אה"ע הנ"ל כדברי הט"ז באה"ע סי' י"ז סעי' י"ג והב"ש שם ס"ק ל"ד דקטן שיש לו דעת והגיע לעונת הפעוטות דנאמן אף במכוין להעיד וכמש"כ הטור שם. והוכחתי כדבריו מהא שכתב הרמב"ם והשו"ע דקטן נאמן בהכרת אחי המת אם יש לו דעת לפי שזה עביד לגלויי ודבר העשוי להגלות בארנו בהלכות גרושין בסוף וכמש"כ לעיל לשון הרמב"ם וכיון דהרמב"ם מדמה הא דהכרת אחי המת להא דסוף ה' גירושין דמיירי שם בעדות מיתה דזהו הכל מצד עביד לגלויי א"כ מוכח מזה דכמו דנאמן קטן חכם ונבון על עדות אחי המת כמו כן נאמן הקטן חכם על עדות מיתת בעלה דהא הרמב"ן מדמה אותן להדדי ועיין בהמ"מ סוף ה' גירושין והנה בתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל סי' צ"ב כתב לדון דעד מפי עד לא יהא נאמן בהכרת אחי המת אף דנאמן בעדות מיתה והשיג על הב"ש סי' קנ"ז ס"ק ב' משום דשאני עדות מיתה דשייך בי' דייקא ומינסבא ומתוך חומר כו' ע"ש א"כ כש"כ במה דמצינו דנאמן בהכרת אחי המת כמו קטן חכם כש"כ דנאמן על עדות מיתה ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ח' ענף ב' בד"ה וידוע שיטת התשב"ץ והנו"ב כו' מש"כ שם א"כ מוכח מן שיטת הרמב"ם והשו"ע דסי' קס"ט כשיטת הט"ז בשם הטור דקטן שיש לו דעת נאמן בעדות מיתה ועיין בנו"ב ובבית מאיר בסי' י"ז ובחמדת שלמה ח' אה"ע סי' י"ג. וראיתי בספר קהלת יעקב מהגאון מליסא זצ"ל על אה"ע סי' י"ז סעי' י"ג שתמה שם על הט"ז בזה אבל באמת העיקר כמש"כ הט"ז כנ"ל ובקונטרסי הארכתי בכ"ז:

ב (שם סעי' ז') היו שנים בעיר אחת שם כ"א מהם יוב"ש כו' ולא אחר יכול להוציא שט"ח עליהם כו' הנה לעיל סי' מ"ד סעי' א' הארכתי קצת בזה וכתבתי דמהני תפיסה בזה ואין העדים רשאים לחתום לכתחילה על שטר כזה ע"ש:

ג (שם) ואם יש בידו שובר מא' מהם אין שום א' יכול לתבוע כו' ומיהו אם יכתבו הרשאה יגבה א' מהם והאו"ת והקצה"ח והנתיבות כתבו לדון בזה לפמש"כ התוס' בב"ב ד' ל"ה ע"ב ד"ה אין מוציאין כו' דאפילו כתבו הרשאה הואיל ורשעים הם אין נזקקין להם א"כ ה"ה הכא כיון דא' מהם הוא רמאי ע"כ לא יועיל הרשאה בזה כיון דע"פ דין לא מהני הקנאה בממון שאין יכול להוציאו בדיינין ועיקר הרשאה אינו אלא תקנת חז"ל ובכה"ג לא תקנו והאריכו בזה ובאמת הא רב אשי פליג שם ואמר דשמי' גזלן וכן קיי"ל לדינא כרב אשי כמבואר בסי' קל"ט סעי' ב' והעיקר מה דנ"ל בזה והוא דיש לחלק דהא לכאורה יש להקשות על מה דקיי"ל כרב אשי דאם בא שלישי וחטפה בלא טענה מוציאין מידו דהא כתבו בסי' קמ"ו סעי' ט' דאין מוציאין מן המחזיק בלא טענה עד שיביא המערער עדים שהוא שלו אבל אינו קשה דדוקא כשהחפץ הגיע כבר ליד המחזיק מקודם דטען המערער ברי דהוא שלו בזה אין מוציאין ממנו בלא עדים דיש לו דין מוחזק כעין כל חזקת ממונא דלא מהני טענת ברי להוציא כדקיי"ל אבל התם בסי' קל"ט דטענו ברי מקודם דהגיע החפץ להשלישי ובעת דטענו ברי לא היה אז חזקת ממונא המנגדתו והיה נאמן אז ע"פ טענת ברי וכמש"כ בחי' הרמב"ן לב"ב ד' ל"ד דהיכא דליכא חזקה דממונא ברי ושמא ברי עדיף וכ"כ הש"ך בסי' צ"א ס"ק י"ב וכ"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ד' ע"ש ע"כ אף לאחר דחטפה השלישי ג"כ מוציאין ממנו ע"פ טענת ברי דהוחזק לנו מקודם: וז"ל השיטה מקובצת בב"ב ד' ל"ה ע"ב ד"ה אמרי נהרדעי אם בא א' והחזיק בה בלא טענה כו' וטעמייהו דנהרדעי דכיון שאין עדים שהחזיק א' מהם וכ"א מכחיש חבירו בטענת ברי אין כאן שום ראי' שתהא לא' מהם הילכך אם בא א' והחזיק בה אע"פ שעושה שלא כדין אין מוציאין מידו דה"ל ממון שאין לו תובעין וכמו שיורד לשדה אחת שלא יודע של מי השדה שאין ב"ד נזקקים להוציא מידו דשמא שדה של הפקר היא ועוד דאם יוציאוה מידו שמא יש נזק לבעל השדה כו' ולא דמי להא דיורד לנכסי רטושין כו' עכ"ל השמ"ק הרי להדיא דכתב בטעמייהו דנהרדעי דלכן אין מוציאין מהשלישי משום דכיון דמכחישין זה את זה בטענת ברי שלהן א"כ הוי כמו דאין להם טענת ברי כלל והא נתבאר דטעמו דרב אשי דס"ל דמוציאין ממנו הוא משום דס"ל דבכעין זה אמרינן ברי ושמא ברי עדיף אבל נהרדעי ס"ל דכיון דמכחישין זא"ז נחשב זה כמו דלא היה טענת ברי כלל לפנינו ולכן אין מוציאין מהשלישי דהוי כמו

דטענו שמא ולפ"ז י"ל דזהו ג"כ כוונת התוס' שכתבו דהואיל דהם רשעים אין נזקקין להם כוונתם ג"כ כעין סברת השמ"ק דכיון דהם רשעים לא נחשב טענתם לטענת ברי כלל הואיל והם מכחישין אהדדי אבל הכא שהלוה מודה דחייב לאחד מהם וודאי או ביש עדים ע"ז וודאי דמהני הרשאה בזה אף לשיטת נהרדעי:

וראיה לזה דהא התוס' בכורות ד' מ"ט ד"ה ה"מ היכא] כו' כתבו בסה"ד דהיכא דשניהם לפנינו ומצוים לתת לא' מהם א"צ הרשאה ואף שכתבו בלשון דילמא מ"מ הא הש"ך ביו"ד סי' ש"ה ס"ק ל"ה כ"כ לדינא בשם המע"מ ועיין בתוס' חגיגה ד' י"ח ד"ה כאן באכילה וכ"כ במק"א דבכה"ג מהני מן הדין אף בלא תק"ח ולפי דברי הקצה"ח בכוונת התוס' דב"ב הנ"ל דכיון דעיקר הרשאה הוא מתק"ח ע"כ לא תקנו בכה"ג דהם רשעים ולפ"ז הדין נותן דהיכא דשניהם לפנינו דיהיו יכולים להוציא אף בכה"ג כיון דזהו מן הדין ובאמת הא בלשון דאמרו בב"ב אמרי נהרדעי אם בא א' והחזיק אין מוציאין מידו דמשמע דאין מוציאין ממנו בשום אופן כלל אף בבאו שניהם לפנינו וע"כ מוכח כמש"כ דטעמם הוא משום דבכה"ג אין ממש בטענת ברי שלהם ולכן בנ"ד י"ל דמודו דמהני הרשאה:

ד) (שם סעי' י') שני יוב"ש שלוה א' מהם מאחד ונמצא לא' מהם שדה שקנה מן יוב"ש השני או שהיו שותפים בו אין המלוה טורף מצד כו' לפי שאין נכסי בע"ח משועבדים אלא מטעם הערב כו' וכיון שא"י לתבוע מהלוה עצמו ע"כ אין לגבות מנבסי כו' ועיין בש"ך שם ס"ק י"ט וס"ק כ' ובאו"ת והקצה"ח ונתיבות שם:

ענף א:

והנה האו"ת שם ס"ק י"ט הביא בשם הגי"ת דהרגיש דלמה השמיט הרמב"ם הך דינא דמבואר בבכורות ד' מ"ח להדיא והעיקר הוא משום דס"ל להרמב"ם דהא דאמרינן נכסי דב"נ ערבין לו ולא יתבע ערב תחלה היינו אי שעבודא לאו דאורייתא כו' אבל להרמב"ם דס"ל ש"ד לא דיינינן כן וע"כ יפה עשה הרמב"ם שהשמיט הך דינא כו' עכ"ל האו"ת ובאמת לפמש"כ התוס' גיטין ד' נו"ן ע"א ד"ה כיון דדיני כו' דרבא ס"ל שעבודא דאורייתא וכ"כ הריטב"א והובא בש"ך ח"מ סי' ל"ט ס"ק ב' ואפ"ה אמר רבא בבכורות ד' מ"ח להך דינא דמכדי נכסי דבר אינש ערבין לי' מי איכא מידי דלדידי' לא מצי תבע כו' וכן בב"ב ד' קע"ד אמר רבא כעין זה אלמא דאף דס"ל ש"ד מ"מ אמר דנכסי דאינש ערבין לי' וכמש"כ רש"י בקידושין ד' י"ג ע"ב ד"ה לאו דאוריתא כו' דהא דש"ד זהו מצד דנכסי דאינש ערבין לי' ומשתעבדים מדין ערב כו' ע"ש א"כ מוכח מזה דלא כהתומים דאף אי

ש"ד מ"מ זהו מצד נכסי דבר אינש ערבין כו' ועיין ב"ב ד' קע"ד וברמב"ם ה' מלוה פ' כ"ב ה"א וקצרתי:

והנלע"ד בעיקר הך מילתא דבכורות מ"ח והא דסי' מ"ט הנ"ל דאמרו דלכן אינו תובע מהנכסים לפי דנכסי דאינש ערבאין לי' והיכא דלא מצי לתבוע מגופו ע"כ לא מצי לגבות מנכסיו הן במלוה בשטר ממשעבדי הן במלוה בע"פ מב"ח משדה שותפות כמו הא דבכורות הנ"ל דזהו כעין סברת הר"ת דהובא בש"ך סי' ס"ו ס"ק א' דכתב דאף דמכירת שטרות מה"ת מ"מ מהני מחילת המוכר שט"ח משום דשני שעבודים איכא א' שעבוד נכסי ב' שעבוד הגוף וכיון דמחלו ופקע שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד נכסי וזהו ג"כ מה"ט דהא דבכורות והא דס"ס מ"ט הנ"ל דכיון דנכסי דאינש ערבין לי' ע"כ היכא דלא מצי תבע לגופו ממילא לא תבע לנכסיו ואפשר דלכן ס"ל להרמב"ם מכירת שטרות דרבנן כמבואר בסי' ס"ו שיטתו משום דהוכיח כן דאל"כ מפני מה מהני מחילת המוכר כהוכחות התוס' והפוסקים בזה דאין לומר כסברת הר"ת הנ"ל דהא הרמב"ם לא הביא להא דבכורות ד' מ"ח הנ"ל וע"כ מוכח דס"ל כסברת האו"ת דכיון דש"ד לא פקע שעבוד נכסי אף דליכא שעבוד הגוף ע"כ מוכח דלא כהר"ת בזה והא דמוכר שט"ח ומחלו דמחול ע"כ זהו משום מכירת שטרות דרבנן:

ועפ"ז יש לתרץ על נכון כוונת הרי"ף סוף ב"ב דכתב במה שהקשו בסתירת ר"פ דקידושין על ר"פ דב"ב דבקידושין ד' י"ג א' ר"פ מלוה בע"פ גובה מיורשים משום ש"ד ובב"ב א' משום שלא תנעול כו' ותי' הרי"ף משום דמחמת שלא תנעול דלת אוקמה רבנן אדאורייתא והש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' תמה ע"ז בשם הריטב"א ותוס' רי"ד דל"ל לטעם על מה דאוקמוה אדאורייתא אכן לפי מה דנתבאר דהיכא דפקע שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד נכסי ולפ"ז יש לדון במה דקיי"ל דגובין מיורשים דקשה הא כיון דמת הלוה ופקע שעבוד הגוף ממילא יפקע שעבוד נכסי וכן הקשה הסמ"ע בסי' ס"ו ס"ק נ"ה והקצה"ח שם ס"ק כ"ו. והביא בשם הר"נ פ' הכותב דלכן במת הלוה גובין מיורשיו משום דשא"ה דנתערבו הנכסים בעת שהיה הלוה קיים ע"כ לא פקע שעבוד נכסי ושאני היכא דנפקע מחמת המלוה אז אף שעבוד נכסים נפקע ע"ש. והאו"ת בסי' ס"ו ס"ק מ"ג הקשה ג"כ קושיא זו ותירץ דאף כשמת הלוה וזוכה היורש בנכסים אז אף עליו מוטל לפרוע ויש עליו שעבוד הגוף כמו על אביו, וכ"כ הנתיבות בסי' ס"ו ס"ק כ"ד ולענ"ד יש להוכיח דעל יורש ליכא שעבוד הגוף מהא דכתובות ד' צ"ב דאיתא שם ראובן שירש שדה מיעקב ומכרה לשמעון שלא באחריות ואתא שמעון ומכרה לראובן באחריות ואתא בע"ח דיעקב וטריף מראובן דינא הוא דאזיל שמעון ומפצי ליה מ"ט בעל חוב דיעקב כבע"ח דעלמא

דמי. ופי' רש"י דלא אמרינן דראובן כרעי' דאבוה הוא ואחריות דראובן לא קיבל עליו שמעון עכ"ל רש"י אלמא דאמרינן דעל יורש ליכא שעבוד גופי' דאם כהאו"ת דגם על יורש מוטל שעבוד על גופו א"כ קשה דמפני מה אמרו דבע"ח דיעקב כבע"ח דעלמא דמי כפי' רש"י והא כיון דעל היורש מוטל שעבוד על גופו כמו על אביו א"כ תיכף כשנפלו הנכסים לפני היורש משתעבד גופו ג"כ והוי בע"ח דילי' ואפשר לחלק דדוקא כשלא מכר השדה אז הוי שעבוד על גוף היורש משא"כ כשמכרה אז פקע שעבוד גופו דלא נשתעבד גופו אלא כשהשדה אצלו וע"כ במלוה בע"פ כשמכר היורש חייב רק משום מזיק שעבודו כמבואר בסי' ק"ז אבל לא משום חוב עצמו והתם בכתובות הא מיירי במכר השדה לאחר ואחר שיצתה מרשותו חזר וקנה השדה וכיון דאפסקי' אחר ע"כ פקע שעבוד הגוף שהיה על היורש ולכן אמרו דבע"ח דיעקב כבע"ח דעלמא דמי. ואינו קשה מזה הסוגיא על האו"ת:

ומ"מ עדיין תקשה על סברת האו"ת הנ"ל מהך דכתובות דמבואר שם דאף דאין לו שעבוד הגוף על היורש:

מחמת דיצאה מרשות היורש ואפסקי' אחר כנ"ל ואפ"ה גובין מלקוחות מצד דמשועבד למלוה וכן מוכח ממה דחזינן דמלוה טורף שדה המשועבדת מלקוחות אף היכא דמת הלוה ואין לו שום שעבוד הגוף כלל על שום ב"א אפ"ה גובה מצד שעבוד מלקוחות דהא בלוקח לא שייך סברת האו"ת לומר דמשתעבד גוף הלוקח ודוקא ביורש שייך סברת האו"ת משום דהוי כרעי' דאבוה א"כ מוכח מזה דגובין מהנכסים אף היכא דאין לו שעבוד הגוף כלל ודלא כהאו"ת בזה ותקשה באמת לפי המבואר בבכורות ד' מ"ח דהיכא דאין לו שעבוד הגוף דפקע שעבוד נכסי ומכל זה הוכיח הרי"ף דבאמת הא דגובין מיורשין אף אי ש"ד מ"מ אינו רק מדרבנן משום נעילת דלת וכן היכא דגובין מלקוחות אם מת הלוה ג"כ זהו רק מצד תקחז"ל. ולכן א"ש מה דא' ר"פ בקידושין מלוה בע"פ גובה מיורשין משום ש"ד ובב"ב א' משום נעילת דלת די"ל דזהו משום דאוקמוה בזה אדאורייתא היינו כיון דמה"ת זכה המלוה בשעבוד שהיה לו בעת שהיה הלוה קיים דהיה לו אז שעבוד הגוף עליו. וממילא היה לו אז זכות מצד שעבוד נכסי מה"ת וע"כ תקנו חז"ל דאף במת הלוה לא יופקע זכות שעבוד נכסי שהיה לו מכבר בהנכסים כן י"ל בכוונת הרי"ף ומתורץ קושיות הש"ך הנ"ל:

אך במה דגובין מלקוחות אם מת הלוה י"ל דזהו מה"ת ע"פ סברת רש"י בפסחים ד' למ"ד שכתב דהא דגובין מן לקוחות זהו משום דע"י השעבוד נעשה המכירה לדבר דאינו ברשותו כמש"כ לעיל בקונטרס בארוכה בסימן ל"ט ע"ש ולפ"ז יש ליישב דברי האו"ת

הנ"ל על נכון משום דס"ל דמלקוחות גבי מצד דהשעבוד עושהו לדבר דאינו ברשותו לשיטת רש"י פסחים הנ"ל ומיורש גובין דאף דבזה לא שייך סברת רש"י פסחים הנ"ל דהא יורש לירושה ממילא אף דהוי אינו ברשותו עכ"ז כיון דיש לו שעבוד הגוף על היורש גובין ממנו אמנם לפמש"כ התוס' גיטין ד' מ' ע"ב ד"ה הקדש כו' דמוכח דלא ס"ל כשיטת רש"י הנ"ל ע"כ מוכח דלא כסברת האו"ת הנ"ל:

אלא כסברת הר"נ דאף דפקע שיעבוד הגוף כשמת הלוה אפ"ה לא פקע שעבוד נכסי או כמש"כ לשיטת הרי"ף דבאמת אין זה רק מדרבנן:

גם יש לומר בכוונת הרי"ף דסוף ב"ב הנ"ל דאף דש"ד מ"מ עפ"י דין תורה אין גובין מיורש עפ"י שיטת הרמב"ן דהובא בשבועות ברא"ש פ"ה סי' ג' דכתב דעכשיו דתקנו חז"ל דאין גובין ממשעבדי במלוה בע"פ דלאו שעבוד קרקעות מקרי ע"ש ע"כ הוצרך הטעם דלכן גובין מיורשים במלוה בע"פ משום דאוקמוה אדאורייתא ובמק"א הארכתי בזה ועיין לעיל סי' ל"ט סי' ד' בש"ד בסופו:

ענף ב:

ובאמת יש לדון הרבה לפמש"כ הר"נ בפ' הכותב הנ"ל דלכן ביורשין גובין מהם אף דמת הלוה וליכא שום שעבוד הגוף עכ"ז כיון דלא מיפקע שעבוד הגוף מחמת פטור של המלוה לכן לא פקע שעבוד נכסי דהא הנכסים נתערבו כבר לפי שעיקר ערבותן של הנכסים הוא בענין זה כו' וכמש"כ הקצה"ח בסי' ס"ו ס"ק כ"ו לבאר כל זה א"כ לפ"ז תקשה בהא דסוף סי' מ"ט הנ"ל ובהא דבכורות ד' מ"ח הנ"ל דיוב"ש שהיה להם שדה בשותפות דאין גובין מהם לפי דנכסי דאינש ערבין לו וכיון דא"י לילך לגופו כו' והא ביורש ג"כ ליכא שעבוד הגוף כלל ואפ"ה לא פקע שעבוד נכסי א"כ ה"ה בהא דב' יוב"ש יגבה מן שעבוד נכסי היינו מן שדה שותפות שלהם אך לפמש"כ ע"פ סברת האו"ת דלכן גובין מיורש לפי דנשתעבד גופו והא דגובין מן לקוחות אף במת הלוה כבר נתבאר טעם נכון דאינו קשה מזה על סברת האו"ת עפ"י שיטת רש"י בפסחים א"כ לפ"ז י"ל באמת דזהו כלל ברור דהיכא דלא שייך שעבוד הגוף יופקע שעבוד נכסי ולעולם בעינן דבעת דגובה מן שעבוד נכסי דיהיה לו שעבוד הגוף. ע"כ א"ש בפשיטות הא דבכורות וכן הא דס"ס מ"ט וכן לפמש"כ בשיטת הרי"ף דסוף ב"ב די"ל דבאמת הא דגובין מיורש אין זה רק מדרבנן אף אי נימא ש"ד י"ל דהתקנה לא היה רק במת הלוה משום דאל"כ ילקה הדין דזהו דבר המצוי ומשום שלא תנעול דלת עשו כן משא"כ ב' יוב"ש דלא שכיח דיכתבו שטר ולא ישלשו השמות בשני יוב"ש ע"כ לא תקנו כן התם וכעין זה כתב ר' אפרים והובא ברא"ש ב"ק פ"א סי' י"ט לחלק כזה בין מידי דשכיח ולבין מידי דל"ש

ע"ש וא"ש הכל בפשיטות דאינו קשה אבל לשיטת הר"נ תקשה דמ"ש ב' יוב"ש מן הא דמת היורש דגובין מהשעבוד נכסי אף דליכא שעבוד הגוף:

ואין לחלק דשאני בהא דמת היורש דהא בחיי הלוה היה לו שעבוד הגוף ע"כ אף דעכשיו כשמת פקע לו מ"מ כיון דבעת שהיה לו שעבוד הגוף מחיים זכה אז בהשעבוד נכסי. וע"כ אף לאחר מיתתו לא מיפקע זכותו שזכה כבר משא"כ גבי ב' יוב"ש דלא נתברר מעולם זכותו דז"א דהא גבי יוב"ש ג"כ הא בעת ההלואה היה ידוע ומבורר לנו אז השעבוד הגוף על איזה יוב"ש הוא מוטל רק לאחר ההלואה נולד לנו הספק ואף דתיכף לאחר ההלואה נולד הספק לאיזה יוב"ש הלוה עכ"ז הא גם במת הלוה תיכף לאחר ההלואה מ"מ גובין מיורש ואף דמת בתוך זמ"פ כידוע א"כ מ"ש ב' יוב"ש בזה:

ובאמת לולי דברי הטור ושו"ע יש מקום לומר בהא דבכורות דף מ"ח הנ"ל דס"ל לר' ירמיה בשני יוב"ש שהיו בעיר א' דגובה משדה שותפות שלהם ורבא מקשה ליה מכדי נכסי דבר אינש כו' די"ל דבאמת גם רבא מודה בשני יוב"ש דכיון דבעת הלואה היה מבורר אז בעת ההלואה על מי מהם מוטל שעבוד הגוף ע"כ לא מיפקע שעבוד נכסי דזכה כבר [וכש"כ אם היה הלואה בשטר ומתו העדים לאחר ההלואה דזה דומה למת הלוה דגובין מיורש ועיין בח"מ סי' מ"ט סעי' זיי"ן ובש"ך שם ס"ק י"א דאלים שעבודו ביותר דהא אז היה זה ממון דיכול להוציא בדיינין אף ממשעבדי] אלא קושיות רבא שם קאי עלה דאמרו שם מעיקרא גבי שני זכרים דאם מת האב בתוך ל' יום דלא נתברר מעולם לנו על מי חל השעבוד הגוף של חוב הפדיון ומ"מ ס"ל שם להש"ס מעיקרא דגובה מהם כשלא חלקו וכמו בשני יוב"ש כו' ע"ז שפיר מקשה ליה רבא דמכדי נכסי דאינש ערבין ליה דהא התם דלא נתברר מעולם על מי הוא מוטל השעבוד הגוף ע"כ ליכא בזה שעבוד נכסי. ואין זה דומה למת הלוה דגובין מיורשיו דהא שם נתברר בחיי הלוה דהיה לו שעבוד הגוף עכ"פ וכנ"ל אבל לעולם י"ל גבי ב' יוב"ש דכיון דבעת ההלואה היה מבורר השעבוד הגוף דגם רבא מודה דגובין מן שדה שותפות שלהם כן י"ל בכ"ז לולי דברי הטושו"ע דס"ס מ"ט:

שוב ראיתי דזה אינו קשה כלל די"ל דשאני במת הלוה דגובין מן יורשים משום דהא בעת הלואה היה לו שעבוד הגוף אז ממילא זכה אז בשעבוד נכסי ולא פקע זכותו מה שזכה כבר בשעבוד נכסי בעת שהיה לו זכות מבורר לשעבוד גופו על הלוה בעת שהיה הלוה חי ובזה שייך לומר דהנכסים נתערבו אז וזה דומה למה דגובין מן ערב אף דמת הלוה וכמש"כ הקצה"ח כעין זה בסי' ס"ו ס"ק כ"ו להסביר סברת הר"נ משום דאדעתא דהכי נתערבו הערב והנכסים אבל בהא דבכורות דף מ"ח הנ"ל בשני יוב"ש שלקחו שדה

בשותפות דהא בעת הלוואה לא היה להם השדה שותפות כדמשמע מן לשון הגמ' דאמרו בלשון שלקחו שדה בשותפות ולא נקטו בלשון שהיה להם שדה בשותפות דמשמע מזה שלקחו השדה אחר עת הלואה:

וי"ל דדוקא בזה שפיר אמר רבא דמכדי נכסי דבר אינש ערבין ליה כו' משום דבזה לא שייך לומר דזכה כבר בשעבוד נכסי אף דכתב דאקני וגם דהא מה"ת משתעבד נכסי אף לאחר הלוואה כמש"כ התוס' בכורות דף מ"ט ע"ב ד"ה ודידיה אזיל כו' בסה"ד שם עכ"ז אינו גובה בזה משום דהא בכה"ג לא זכה מעולם בשעבוד שדה שותפות כיון דקנו שדה בשותפות לאחר ההלואה ואז נולד לנו ספק מי הוא הלוה וכיון דבעת שקנו השדה לא נתברר אז השעבוד גופו ע"כ פקע שעבוד נכסי ממילא וכן ביוב"ש שקנה שדה מן יוב"ש הב' לאחר ההלואה דכיון דאז נולד הספק מי מהם הוא הלוה ע"כ פקע שעבוד נכסי דלא שייך בזה לומר דאדעתא דהכי נתערבו הנכסים אבל אם היה להם שדה בשותפות בעת ההלואה דכיון דבעת ההלואה ידוע מי הוא הלוה וכש"כ בהלוואה בשטר ובעדים רק דאח"כ מתו העדים וכה"ג דהיה לו אז שעבוד הגוף מעליא על הלוה בבירור ויכול להוציא ממנו אז בדיינין אף דאחר ההלוואה נולד הספק לנו מי מהם הוא הלוה עכ"ז דומה זה להא דמת הלוה תיכף לאחר ההלוואה אף בתוך זמ"פ דמ"מ גובין מהיורשים בודאי כיון דהיה לו שעבוד הגוף בחייו ואדעתא דהכי נתערבו הנכסים בעת ההלוואה וכמש"כ הקצה"ח שם כנ"ל וה"ה בהך דשני יוב"ש דבעת ההלואה שהיה להם אז שדה שותפות דנתערבו הנכסים האלו אז וזכה אז בשעבוד נכסי ע"כ אף לאח"ז דנולד הספק מי מהם הוא הלוה עכ"ז כיון שזכה כבר הוא בחזקתו ולא פקע שוב לאח"ז:

וכן בהא דבכורות דף מ"ח גבי שני זכרים שמת אביהם תוך למ"ד דבלא חלקו הנכסים רצו לומר דגובה מצד ממנ"פ. וע"ז שפיר מקשה רבא דמכדי נכסי דבר אינש ערבין ליה כו' דהא התם דלא נתברר מעולם שעבוד הגוף על מי הוא ע"כ לא זכה מעולם בשעבוד נכסי וע"ז שפיר מקשה רבא כן אבל בשני יוב"ש דאם היה להם שדה שותפות בעת ההלואה שפיר י"ל דכה"ג גם רבא מודה לר' ירמיה דס"ל דגובה מן שדה שותפות דזה דומה להא דמת הלוה דגובין מיורשים כמש"כ הר"נ ובאמת בטוש"ע סוף סי' מ"ט נקטו בלשונם גבי ב' יוב"ש כו' שהיו שותפים בשדה כו' ואדרבה משמע מלשונם קצת דקאי על היו שותפים מכבר דהא זה לשונם שני יוב"ש כו' ונמצא לא' מהם שדה שקנה מיוב"ש הב' או שהיו שותפים בו כו' דמתחלה נקטו בלשון שקנה ואח"ז נקטו בלשון שהיה כו' ואף דזה אין הכרח כ"כ להוכיח מלשונם כן מ"מ מדסתמו בזה משמע קצת דלא מחלקי בזה ועכ"ז לפי מה דנתבאר דעתי נוטה דהך דינא דס"ס מ"ט לא שייך רק בקנו

שדה בשותפות כמבואר בלשון הש"ס בכורות דאמרו בזה"ל שני יוב"ש כו' ולקחו שדה בשותפות. דמשמע מזה דקאי בקנו שדה לאחר ההלואה דבעת דבא לו זכות שעבוד נכסי אין לו אז זכות שעבוד הגוף להוציא ממנו בדיינין דומיא דמיירי התם בשני זכרים דלא נתברר מעולם שעבוד הגוף כנ"ל אבל אם היה להם שדה בשותפות בעת ההלואה י"ל דגובה מהם מצד ממנ"פ וי"ל דהטושו"ע קיצרו בלשונם בזה ואף אם לא נתכוונו לזה מ"מ לשיטת הר"נ הנ"ל שפיר יש לחלק כן: וע"פ כל זה יש לדון הרבה במש"כ שם הטושו"ע בהא דס"ס מ"ט דנמצא שהערב לב' יוב"ש כו' כשם שא"י לתבוע מהן כך א"י לתבוע מהערב וע"פ מש"כ הבאר הגולה שם ס"ק למ"ד דפי' דמיירי בלא הוכרו בעת ההלואה כו' ויש לחלק לפ"ז דשאני היכא דמת הלוה דגובין מן הערב וכן יש לדון הרבה לפי מה דנתבאר במש"כ הש"ך בס"ס מ"ט ס"ק כ' דיוב"ש שערב בעד יוב"ש דאינו יכול לתבוע ממנו ויש להאריך בכ"ז אך אף דנימא דאין זה במשמעות הטושו"ע לחלק בין קנו שדה שותפות לבין היה להם שדה שותפות בעת הלואה ועכ"ז לפי שיטת הר"נ כתובות הנ"ל שפיר יש לדון דאם היה הלואה בעדים ואח"ז מתו העדים וכה"ג ונולד אח"ז ספק מי מהם הוא הלוה דבזה י"ל דגובה משדה שותפות שלהם שהיה להם בעת ההלואה. כיון דבעת הלואה היה שעבוד הגוף ידוע באופן שהיה יכול להוציא ממנו בדין דכה"ג כיון שזכה כבר לשעבוד נכסי דלא פקע שוב:

ענף ג:

ויש להוכיח עוד כהר"נ בזה מהא דכתובות דף מ"ח דמי שנשתטה ב"ד יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין אשתו וב"ב וד"א ושיטת הרמב"ם ה"א פ' י"ב ה' י"ז דעד שש שנים זנין אותם משום דיותר משש אינו מחוייב לזונן והא שוטה כיון דפטור מכל המצות ודאי ליכא עליו שום שעבוד הגוף כלל ואפ"ה יורדין לנכסיו בתורת שעבוד נכסי וע"כ מוכח דכיון דנשא אשתו בעת שהיה שפוי דנשתעבד אז במזונות אשתו וכן במזונות בניו דכתב הר"נ ספ"ה דכתובות דמן דין מזונות אמם נגעו בה דכחד גופא נינהו והובא בח"מ לאה"ע סי' ע"א ס"ק א' ע"כ כיון דנשתעבד גופו וזכה הבע"ח בשעבוד נכסים. ממילא לא פקע שוב וא"ש אבל לפי סברת האו"ת דס"ל דלכן במת הלוה גובה מהיורש משום דנשתעבד גוף ביורש אבל אם לא היה נשתעבד גוף היורש לא היה יכול לגבות מן היורש. א"כ תקשה דאיך מצי לגבות למזונות אשתו עכשיו דנשתטה. וע"כ מוכח מזה כשיטת הר"נ דכתב דלאחר שנשתעבד גופו כבר לא בעינן שוב לשעבוד גופו אלא כשמחלו דנפטר הגוף מחמת המלוה בזה נפקע שעבוד נכסי ועיין בש"ך ח"מ סי' ע"ב ס"ק קס"ב שכתב בשם הרשב"א בתשובה שכתב דחיוב מזונות הבת שבכל יום ויום הבא הוא מחוייב

ועומד למפרע מעת שקיבל ההתחייבות על עצמו ויש להאריך בזה טובא ולחלק בין חיוב דפוסק ע"ע ובין חיוב מזונות דתנאי ב"ד וכמבואר באה"ע סי' צ"ג סעיף כ"ב ב"ש ס"ק מ"א:

ומ"מ יש לדחות זה ההוכחה דאף אי נימא דבתורת שעבוד נכסי לא מצינן לגבות בנשתטה עכ"ז א"ש הא דאמרו התם בנשתטה דיורדין לנכסיו וזנין אשתו וב"ב וד"א. דזהו בתורת אומדנא דאנן סהדי דמסתמא ניחא ליה וכמש"כ הטור באה"ע סי' ע"א והובא בח"מ שם ס"ק ו' ומה"ט אף ביותר מבני שש זנין אותם כדס"ל להטוש"ע שם ואף דקיי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש עכ"ז שא"ה דהוי מתנה שלא מדעת דעדיפא מן יאוש שלא מדעת וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' שנ"ח ס"ק א' ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' ענף ה' וע"כ אין הכרח מזה לדחות סברת האו"ת הנ"ל ועיין ביבמות דף מ"ד תוס' ד"ה כל שאינו כו' ובשיבת ציון סי' ד' בשם הפרמ"ג וקצרתי:

וראיתי בנתיבות סי' ל"ט ס"ק ב' שכתב במי שנשתטה לאחר ההלואה דאי ש"ד יורדין לנכסיו בתורת שעבוד נכסי ובאמת יש לדון בדבריו לפמש"כ האו"ת דאין גובין מיורש אלא משום דנשתעבד גוף היורש אלמא דבשביל מה דנשתעבד גוף הלוה בעת שהיה חי לא מהני זה לגבות מיורשיו אלא משום דיש לו שעבוד הגוף על היורש א"כ מה"ט לא יהיה יכול לגבות כעת דנשתטה ופקע שעבוד גופו כעת דממילא יפקע שעבוד נכסי אכן לפי דבאמת העיקר לדינא כמש"כ הר"נ וכמש"כ הקצה"ח בסי' ס"ו דלכן במת הלוה גובין מן הנכסים לפי דהא הנכסים נתערבו אז וכמש"כ לעיל להסביר זה דכיון דזכה להשעבוד נכסי בעת ההלואה דהיה אז שעבוד גופו אלימא להוציא ממנו בדיינין א"כ ה"ה בנשתטה לאחר ההלואה דכיון דזכה כבר להשעבוד נכסי הוא בחזקתו ויפה כתב הנתיבות והא דיבמות דף קי"ג דההוא חרש דרב מלכי' אנסבא איתתא וכתב לה ארבע מאה זוזי מנכסיו ואמר רבא אלו רצה שפחה לשמשו כו' אין זה ענין לנ"ד דזהו מצד אומדנא כדאמרו התם אלו רצה שפחה כו' וגם מצד תק"ח כיון דתקנו נישואין לחרש ועיין באה"ע סי' ס"ז סעיף יו"ד:

וע"פ כל מש"כ י"ל דמזה הוכיח הרמב"ם דלא הביא להא דבכורות דף מ"ח די"ל דס"ל דכיון דחזינן בקידושין דף י"ג ובסוף ב"ב דאי ש"ד גובין מיורשין מה"ת דתקשה דהא פקע שעבוד הגוף כיון שמת הלוה וכקושיות הר"נ והאו"ת הנ"ל:

ומזה הוכיח דבאמת לא בעינן לשעבוד הגוף כלל ודלא כהסוגיא דבכורות הנ"ל ולא ס"ל לחלק למש"כ לעיל לחלק לשיטת הר"נ מהא דבכורות כנ"ל וע"כ השמיט הרמב"ם זה ועיין בגיטין דף נ' תוס' ד"ה כיון ופסחים דף ס"א ויש לי עוד לדון בשיטת הרמב"ם ע"פ

הא דכתובות דף מ"ח דמי שנשתטה כו' שהבאתי לעיל ורבא דבכורות דף מ"ח הנ"ל אזיל לטעמיה דס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש ע"כ לדידיה א"ש הא דכתובות הנ"ל דמשום מתנה שלא מדעת דהוי מתנה נגעו בה ולא פליג על הא דכתובות דאמרו מי שנשתטה כו' וכשיטת התוס' דב"מ דף כ"ב דמדמין זה ליאוש שלא מדעת וי"ל דאזיל לשיטתו אך אין רצוני להאריך יותר בכ"ז:

נחזור לענינינו דנתבאר דלשיטת הר"נ דכתובות דלכן במת הלוה גובין מן היורשים משום דכיון דהיה לו שעבוד הגוף על הלוה נתערבו הנכסים אז ולא מיפקע ביותר ע"כ נראה לפ"ז לדון בהא דשני יוב"ש דס"ס מ"ט הנ"ל דדוקא כשנולד הספק מי הוא החייב ומשועבד גופו בעת שחל זכות השעבוד נכסי אז אמרו דנכסי דבר אינש ערבין לו כו' וכמו הא דבכורות דף מ"ח בשני זכרים שלא נודע מי מהם הוא הבכור. וכמו כן בשני יוב"ש שלקחו שדה שותפות דמדלא נקטו שם בגמ' בלשון שהיה להם שדה שותפות א"כ משמע דדוקא בלקחו שדה שותפות היינו אחר ההלואה בזה אמרו להך דנכסי דבר אינש ערבין ליה דהא בעת שחל זכות שעבוד נכסי נולד אז הספק מי הוא החייב אבל אם בעת שחל זכות שעבוד נכסי אז לא נולד שום ספק מי היא החייב כמו בשני יוב"ש אם היה מבורר בעת ההלואה מי הוא החייב ואח"ז מתו העדים ונאבד השטר וכה"ג והיה להם בעת ההלואה לשדה שותפות. ע"כ בזה י"ל כיון דזכה זכות שעבוד הגוף בעת שהלווה לו והיה מבורר זכותו אז באופן שהיה יכול להוציא בדין מן גוף הלוה ע"כ אז ממילא זכה אז בהשעבוד נכסי על הנכסים בשדה שותפות שלהם. ואף דאח"ז נולד ספק מי הוא החייב עכ"ז הא זה דומה למת הלוה דגובין מיורשים דאף דפקע עכשיו שעבוד הגוף מ"מ כיון דכבר נתערבו הנכסים זכה ולא פקע זכותו ה"ה בזה ובודאי אין סברא לחלק דשאני ביורש דידוע לכל על מי היה לו שעבוד הגוף בחיי הלוה משא"כ בנ"ד דנולד הספק דעל מי היה לו שעבוד הגוף מכבר דז"א סברא לחלק דהא פכ"פ עכשיו אין לו שעבוד הגוף כשמת הלוה וע"כ מוכח דלא איכפת לן במה דעכשיו אין לו שעבוד הגוף רק העיקר תלוי באם היה לו מתחלה כנ"ל א"כ ה"ה ביוב"ש דידוע דבעת הלואה היה לו שעבוד הגוף מבורר כנ"ל:

וכבר נתבאר דגם מן לשון הטושו"ע דכתבו בלשון שהיה להם שדה שותפות אין הכרח דלא יסברו כן די"ל דקיצרו בלשונם והא שכתבו שם דנמצא שהערב לב' יוב"ש כו' כשם שא"י לתבוע מהם כך א"י לתבוע מהערב הא כתב הבאר הגולה שם ס"ק למ"ד דפי' דמיירי בלא הוכרו בעת ההלואה כו' א"כ הא לא נודע להערב מעולם מי הוא הלוה וכגון דלוו ע"י שליח וכה"ג ולכן אין זה דומה להא דמת הלוה דגובין מן הערב. דהא

בלא הוכרו בעת ההלואה א"כ נולד הספק בזה בעת ההלואה מי הוא החייב. ע"כ י"ל דבנ"ד שנתבאר גם הטושו"ע מודו למש"כ דבכה"ג גובין מן שדה שותפות ומש"כ הש"ך בס"ק כ' דיוב"ש שערב בעד יוב"ש הב' דא"י לתבוע ממנו כבר תמהו האו"ת והקצה"ח והנתיבות על הש"ך בזה וע"כ אין לסתור מזה לכל מה שנתבאר ובוודאי העיקר כמש"כ הר"נ בכתובות ודלא כהאו"ת וע"כ יצא לנו דין מחודש דאם היה מבורר בעת ההלואה מי הוא החייב והיה יכול להוציא אז מן שעבוד גופו בדיינין רק אח"כ נולד ספק מי הוא החייב דאותן הנכסים שהיה להם בשותפות בעת ההלואה דגובה מהם משום ממנ"פ ולא דיינינן בזה להא דמבואר בבכורות וס"ס מ"ט הנ"ל:

ענף ד:

ונלע"ד לברר ע"פ הסברא דהעיקר כהר"נ דמש"כ האו"ת בסי' ס"ו ס"ק מ"ג דבמת הלוה כשיורש זוכה נכסים אף הוא משתעבד כמו לוה עצמו ועליו מוטל לפרוע כמו על אביו הלוה עכ"ל האו"ת דזהו דוחק בסברא דאיזה שעבוד הגוף יחול על היורש ואי דנימא דמשום מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם נגעו בזה ואף דאין כופין בזה מ"מ מהני זה המצוה להיות נחשב כשעבוד הגוף דלא יפקע שעבוד נכסי בזה וכש"כ לשיטת הרמב"ן דהובא בסי' ק"ז דס"ל דהברירה ביד ב"ד לכופן על מצוה דמוטל על היורשים לפרוע חוב אביהן ודאי א"ש דלא פקע שעבוד נכסי במה דמת הלוה אבל מה יענה האו"ת במה דמבואר בח"מ סי' ק"ח בטור שם והובא בסמ"ע ס"ק מ"ב דבמוכר שדה באחריות ליכא שום מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהן אף דירשו מטלטלין משום דעביד אינש דזבין ליומא וכן כתבתי בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' דכעין זה מבואר בירושלמי חגיגה סוף ה"א גבי חוב עולת ראיה יעו"ש א"כ תקשה דאיך גובין חוב כזה מן יורשים הא בזה ליכא מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם בחוב כזה וכיון דפקע שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד נכסי כקושייתם וביותר תקשה מהא דקיי"ל בערכין דף כ"ב דהיכא דחייב מודה וכה"ג גובין מן יתומים קטנים וכן פסקו בח"מ סי' ק"ח וסי' ק"י וקשה הא ביתומים קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו ודאי דליכא שעבוד הגוף עליהם כלל דאיך גובין מיתומים קטנים הא כיון דפקע שעבוד הגוף לאחר דמת הלוה דיפקע ממילא שעבוד נכסי:

ובאמת אפשר לומר דזהו טעם דאמר ר"פ בערכין ד' כ"ב דלכן אין גובין מן יתומים קטנים משום דלאו בני מיעבד מצוה הוי ושיטת הרמב"ן והריטב"א להוכיח מזה דס"ל לר"פ שעבודא לאו דאורייתא והובא בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב'. אבל לפי מה שנתבאר דבכל גביות חוב בעינן שעבוד הגוף כנ"ל ע"כ י"ל דזהו סברת ר"פ משום דס"ל כסברת האו"ת דהא

דגובין מן יורש זהו משום דמוטל על היורש שעבוד הגוף אבל ז"א רק בגדולים דיש עליהם מצוה לפרוע חוב אביהם וכנ"ל. אבל בקטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו ואין לו שום שעבוד הגוף עליהם ע"כ ממילא פקע שעבוד נכסי אף דס"ל ש"ד כן י"ל בשיטת ר"פ אך בקטן בעת מיתת האב והגדיל אח"ז שאני אבל לדינא לפי מה דקיי"ל דבשלשה דרכים גובין מיתומים קטנים אף דלאו בני מיעבד מצוה נינהו וממילא ליכא שעבוד הגוף עליהם ופקע שעבוד נכסי ואפ"ה גובין מיתומים קטנים היכא דליכא חשש צררי ובזה הסברא מחולק ר"פ עם רב הונא בריה דרב יהושע בערכין שם ומוכח מזה כסברת הר"נ דלא איכפת לן במה דפקע עכשיו שעבוד הגוף אלא עיקר תלוי אם היה לו שעבוד הגוף בעת ההלואה:

וידעתי מה די"ל בזה דשאני בקטן דהא אתי לכלל גדלות ואז יחול עליו שעבוד הגוף בתורת מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהם כנ"ל וכדמצינו כה"ג בב"מ דף ע"ב דזוכין לקטן מה"ט דהא אתי לכלל שליחות וע"כ לא מקרי בזה פקע שעבוד הגוף כו' ולפ"ז ה"ה י"ל כן במש"כ לעיל לדון בנשתטה לאחר הלואה דהא פקע ליה שעבוד הגוף די"ל בזה דלא מקרי פקע ליה שעבוד הגוף דהא אם יתפקח וישתפה יחול עליו שעבוד הגוף וכמש"כ התוס' גיטין דף כ"ב ד"ה הא לאו בני דיעה כו' דמה"ט מקרי חו"ש בני כריתות וזהו סברת הרמב"ם דס"ל זכין לחרש ושוטה והובא בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' ענף ה' ועיין בשיבת ציון סי' ד' אבל באמת לא שייך כל הנ"ל בנ"ד דהא כיון דעכשיו ליכא שעבוד הגוף ממילא ליכא שעבוד נכסי ובזה לא מהני ראוי לאח"ז ועיין בזבחים דף צ"ט ע"א דקטן מקרי אינו ראוי לחיטוי ולא אמרינן דהא אתי לכלל גדלות ויהיה ראוי לחיטוי וע"כ העיקר כמש"כ הר"נ ועיין בח"מ סי' ק"ו סעיף א' בהגה"ה מש"כ בשם הריב"ש ובהא דשני יוב"ש דבכורות מ"ח הנ"ל אף די"ל התם כמו בהא דיבמות דף מ"א דהספיקות חולצות כו' משום דמקרי ראוי ליבום אם יבא אלי' ויאמר כו' והא גם בשני יוב"ש י"ל אם יבא אלי' ויאמר מי מהן הוא החייב דסמכינן עליו בממון כדאמרו בכ"ד יהא מונח עד שיבא אליהו ואפ"ה מקרי פקע שעבוד הגוף כו' משום דהאמת הוא דדוקא בענין עולה ליבום דנו כן ע"י הא דאם יבא אלי' ויאמר כו' אבל לא בנ"ד דבעי לשיעבוד הגוף כעת לא מהני זה הסברא וקצרתי ועיין בח"מ סי' רל"ה סעיף ט"ו בקטן שלוה לצורך מזונות כו' ובב"ק דף ל"ט שור של חש"ו שנגח ב"ד מעמידין כו' וזהו מדרבנן מפני תיקון העולם כמבואר שם:

ענף ה:

ולכאורה י"ל בהא דס"ס מ"ט הנ"ל ביוב"ש שקנה מן יוב"ש דאמרו דאינו גובה משום ממנ"פ די"ל טעם אחר בזה דשא"ה לפמש"כ האו"ת בסי' מ"ט ס"ק כ"א די"ל הטעם בזה לפי דהשטר לא הוי מוכח מתוכו איזה יוב"ש הוא הלוה וע"כ אינו טורף ממשעבדי יעו"ש. וכן במה דמבואר שם דאינו גובה מן שדה שותפות נלע"ד לומר בזה ע"פ מש"כ הנתיבות בסי' נ"ח ס"ק ד' דהקשה להך דעה דס"ל התם בסי' נ"ח דאינו יכול לתפוס מן השליח כיון דיפסיד השליח מכיסו דא"כ תקשה בהא דבכורות ד' מ"ח דאמרו מעיקרא גבי יוב"ש דגובה מן שדה שותפות דהא עי"ז יגיע פסידא לשותפו:

אבל י"ל דשא"ה שהיא קרקע ויש בו תורת שעבוד ע"כ מה בכך דיפסיד שותפו דהא יכול לומר דאני נוטל שעבודי דיש לי על השדה רק בהא דסי' נ"ח דהוי מטלטלין דאין לו על זה שום שעבוד בזה דנו כן ולפ"ז י"ל דלכן אינו גובה משום ממנ"פ מן שדה שותפות דשא"ה דהא כיון דיגיע פסידא לשותף הב'. ע"כ אינו גובה מן שדה שותפות בשטר דאינו טורף ממשעבדי כמו הא דשני יוב"ש כיון דלא הוי מוכח מתוכו א"כ לפ"ז נסתר כל מש"כ להעיר ע"פ דברי הר"נ הנ"ל בהא דבכורות וס"ס מ"ט הנ"ל:

אבל באמת זה אינו דהא באמת אינו סברא לומר כן בטעמא דהך מלתא דהא להדיא אמרו שם בבכורות טעם אחר בזה דמשום דנכסי דבר אינש ערבין עליו אתו עלה דמשום כמו דאינו יכול לתבוע מהלוה כך א"י לתבוע מהערב. ועוד דהא התם בבכורות גבי שני זכרים דהוי מלוה הכתובה בתורה לא שייך התם לומר הטעם דלא הוי מוכח מתוכו וכמו דמצאתי בנתיבות סי' מ"ט ס"ק כ"א דתמה כזה על האו"ת ע"ש ע"כ עיקר הטעם שם הוא דלפי דאינו יכול לתבוע מן הלוה בדיינים ע"כ פקע שעבוד נכסי כנ"ל ועוד דהא מוכח מסוגיא דבכורות שם דמה דאמר ר' ירמיה שם בשני יוב"ש ולקחו שדה בשותפות דבע"ח גובה ממנ"פ דאף במלוה בע"פ ס"ל כן דהא שם קאמרי מעיקרא דמית האב אימת דמית לאחר ל' כי חלקו פטורין והא אשתעבד נכסי כו' וע"ז א"ר ירמיה זאת אומרת שני יוב"ש כו'. ובתוספות שם ד"ה והא אשתעבד להו נכסי כו' כתבו דקסבר השתא אחין שחלקו יורשין הן ומלוה בע"פ גובה מן יורשין כו' אלמא דאף דהיה ס"ל לר' ירמיה דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר מ"מ ס"ל דגובה מן שדה שותפות ואף דיהיה פסידא ע"י זה לשותפו כמו שהקשה הנתיבות מ"מ לא איכפת לן בזה ולכן ס"ל לר' ירמיה דגובה מן שדה שותפות ואף דס"ל לאו ככתוב בשטר דמי מ"מ ס"ל דגובה משום דלא בעינן בזה לשטר דוקא ע"כ נסתר מה שרציתי לומר דדוקא במה דבעינן למלוה בשטר ע"כ אמרו דאינו גובה מן שדה שותפות דהא מוכח דאף במלוה בע"פ גובין מן שדה שותפות ואפ"ה חזינן דאמרו שם דלא כר' ירמיה ואינו גובה משום דנכסי דאינש

ערבין ליה כו' אלמא דאף היכא דלא בעינן לדון שטר מ"מ אמרו דאינו גובה בזה ע"כ שפיר כתבתי להעיר בכ"ז ע"פ דברי הר"נ משום דמוכח דעיקר הטעם הוא דכיון דאינו יכול לכוף לשעבוד גופו בב"ד ע"כ פקע שעבוד נכסי וכפשטות הגמרא והשו"ע כנ"ל:

ובאמת תקשה מזה על הנתיבות בסי' נ"ח ס"ק ד' הנ"ל שכתב דלכן רצו לומר בהא דבכורות דגובה מן שדה שותפות משום דהוי מלוה בשטר כו' דהא חזינן לפמש"כ התוס' שם ד"ה והא אשתעבד כו' דהיה ס"ל להש"ס שם מעיקרא ג"כ דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתוב בשטר דמי ואפ"ה אמרו דגובה מן שדה שותפות ואפשר לומר בזה דהא עיקר קושיות הנתיבות שם הוא להך שיטה דס"ל בסי' נ"ח דאינו יכול לתפוס ממון השליח אם יצטרך לשלם כו' וי"ל דשיטת התוספות בבכורות הנ"ל דס"ל כדעה שנייה דהובא שם דס"ל דבכל גווני יכול לתפוס מן השליח ובפרט לפמש"כ האו"ת שם ס"ק ב' דהתוס' ס"ל כדיעה ב' הנ"ל ע"ש ולהך שיטה דס"ל דאינו יכול לתפוס אם יהיה פסידא לחבירו י"ל באמת כמש"כ הנתיבות הנ"ל דשא"ה דהוי מלוה בשטר ע"כ אף אם יהיה פסידא לשuתפו ג"כ גובה וי"ל דס"ל כמש"כ התוס' בבכורות שם ד"ה הנ"ל על מה שאמרו שם והא אשתעבדו להו נכסי כו' בתירץ הב' דקסבר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי ולכן שפיר כתב הנתיבות בזה:

ענף ו:

ובעיקר הך סוגיא דבכורות ד' מ"ח דאמרו בהך דשני יוב"ש דאינו גובה מן שדה שותפות משום דנכסי דאינש ערבין לו והובא בס"ס מ"ט כנ"ל לולי דברי הראשונים הנ"ל נלע"ד לדון מלתא חדתא והוא דבעיקר הדין אם גובה מן שדה שותפות שלהם מצד ממנ"פ יש להקשות דאיך יכול לתפוס מן השותפות והא יגיע מזה פסידא לשותף הב' דאינו חייב והא לחד דיעה בסי' נ"ח סעי' א' דס"ל גבי סטראי דאחר דחייב השליח לשלם לא יוכל המלוה לעכבן א"כ קשה דהא כי שקיל בע"ח המחצה א"כ המחצה הב' יחלקו השותפים ביניהם והרי יפסיד האחר שאין חייב להבע"ח ואיך יכול הבע"ח להזיק בתפיסתו וכמש"כ הש"ך בסי' קע"ו ס"ק מ"ח וכן הקשה הנתיבות בסי' נ"ח ס"ק ד' ומה דיש לדון במה דתי' שם כבר כתבתי לעיל מזה. ובעיקר הך פלוגתת ראשונים אי יכול לתפוס מן השליח אף דיגיע לו פסידא נלע"ד לומר דזה תלוי במה דפליגי תנאי אי גורם לממון כממון דמי או לא משום דמצד דדייניגן דינא דגרמי לא שייך בזה דהא היכא דאין כוונתו להזיק ס"ל לכ"פ דאינו חייב בדד"ג כמבואר בסי' ס"ו וסי' שפ"ו משום דד"ג הוי מדרבנן ולא תקנו בזה כידוע אך למ"ד דס"ל גורם לממון כממון דמי בזה שפיר י"ל דאינו יכול לתפוס מן השליח כיון דיפסיד ויצטרך לשלם ואף דאין החפץ שלו מ"מ כיון דגורם

לו פסידא זה מקרי גורם לממון דכממון דמי [ועיין פסחים ד' ו' במה דאמרו דסד"א הואיל וכי איתיה הדר בעיניה כו' ובקצה"ח סי' שפ"ו ס"ק ז'] והוי כמו דתופס ממון של השליח כיון דיהיה לו פסידא ע"י תפיסתו אבל לפי מה דקיי"ל דגורם לממון לאו כממון דמי כמבואר בסי' שפ"ו בש"ך ס"ק יו"ד שפיר י"ל דיכול לתפוס מן השליח ואף דמטלטלי לאו בני שעבוד הוי עכ"ז מה לו בכך דיפסיד השליח מכיסו ולפ"ז הנכון עם האו"ת בסי' נ"ח סעי' א' דהכריע להלכה דהעיקר כהך דיעה דס"ל שם דיכול לתפוס ולפ"ז יש לדון דה"ה בהך שני יוב"ש דאמרו בגמרא בבכורות דמצי גבי מן שדה שותפות בדין ממנ"פ רק דרבא מקשה לו והא נכסי דבר אינש ערבין לו י"ל דזה תלוי בהך מלתא דאי גורם לממון כממון דמי אינו יכול לגבות שדה שותפות מן השותפים דהא אף דנימא דמצד ממנ"פ אתי עלה עכ"ז כיון דיהיה עי"ז פסידא לשותף הב' וכיון דיד שניהם שולטת כעת קודם החלוקה בשדה שותפות וכפי מש"כ הר"נ בנדרים ר"פ השותפין דחלק חבירו הוא כמו שמושכר לשותף הב' ע"כ כיון דגובה מן השותפות שלהם הוי זה כמו דלוקח חפץ מן בית השומר דאף דאין החפץ שלו מ"מ כיון דגורם לממון כממון דמי הוי זה כמו ממונו ממש א"כ הא תופס ממון של אחרים דלא הוו בע"ח שלו וא"י לתפוס. וע"כ אינו יכול לגבות בהא דשדה שותפות רק מצד שעבוד נכסי יכול לגבות ולומר לחבירו דמה איכפת לי דתפסיד הא אני נוטל שעבודי ומ"מ הא לא הוי כממון ממש לענין דיצטרך דוקא בזה למלוה בשטר דוקא. וכש"כ לפמש"כ התוס' בבכורות שם בד"ה והא אשתעבד להו נכסי כו' בתי' הב' דקסבר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי א"כ הא הוי זה מלוה בשטר ושייך ביותר לתרץ כנ"ל וכמש"כ הנתיבות שם לתרץ זה ולחלק דשא"ה בבכורות דהוי מלוה בשטר וטורף מצד שעבוד כנ"ל:

והנה בב"ק ד' ע"א אי' דר"מ ס"ל כר"ש דגורם לממון כממון דמי ועיין בתוס' שם ד"ה וס"ל לר"מ כר"ש וסוגיא דבכורות הנ"ל קאי אליבא דר"מ ע"ש ע"כ לר"מ לא מצי תבע להך שדה שותפות אלא מצד שעבוד נכסי כיון דגורם לממון כממון דמי ע"כ אמרו בזה שפיר דנכסי דאינש ערבין ליה כו' דכיון דעיקר שעבוד נכסי הוא מצד ערבות וכמש"כ רש"י בקידושין ד' י"ג. ע"כ לא מצי גבי מן שדה שותפות כיון דס"ל גורם לממון כממון דמי ולפי הך מ"ד הא נתבאר דס"ל דאינו יכול לתפוס מן השליח בהא דסי' נ"ח כיון דיוגרם לו פסידא לכן כיון דנכסי דאינש ערבין לו. והיכא דפקע שעבוד הגוף פקע שעבוד נכסי כיון דעיקר זכות שעבוד נכסי הוא ע"פ דין ערבות כפי' רש"י בקידושין הנ"ל וכיון דאין לו זכות בתורת שעבוד נכסי ע"כ אינו יכול לגבות לשדה שותפות כמו דאינו יכול לתפוס להך מ"ד בהא דס' ' נ"ח משום דמטלטלי לאו בני שעבוד הוי ועיקר זכות תפיסתו

אינו רק מצד שעבוד דיש לו על הקרקע ע"כ שפיר אמר רבא דכיון דנכסי דאינשי ערבין לו ופקע שעבוד הגוף ע"כ ממילא פקע שעבוד נכסי ואינו גובה מן שדה שותפות אף דהוי ממנ"פ:

וכ"ז הוא לר"מ דס"ל גורם לממון כממון דמי אבל לדידן דס"ל דלאו כממון דמי דנתבאר דהעיקר הוא דיכול לתפוס מן השליח בהא דסי' נ"ח. אף דמיירי התם במטלטלי דלאו בני שעבוד הוי דמה לו בכך דיפסיד השליח מכיסו ולפ"ז ה"ה בהך שדה שותפות בשני יוב"ש דאף דפקע שעבוד נכסי מ"מ יכול לגבות מצד ממנ"פ דהא א' מהם הוא חייב בוודאי וכמש"כ רש"י בכורות שם ואומר להם אתם בין שניכם תתפשרו כפי' רש"י שם דכיון דא' מהם חייב בוודאי לקיים מצוה דפריעת בע"ח ע"כ יכול לכוף למי שהוא החייב שיקיים המצוה וגובה ממנ"פ ואף דמגיע עי"ז פסידא לאחר עכ"ז הא אנן ס"ל דלאו כממון דמי וע"כ מצי תפיס בהא דסי' נ"ח להמטלטלי בתורת פריעת בע"ח מצוה דהא בתורת שעבוד לא שייך על מטלטלי. וה"ה בהך שדה שותפות וכיון דלא אתינן עלה בתורת שעבוד לכן לא שייך בזה הך כללא דנכסי דאינש ערבין ליה כו' וכ"ז הוא להיפך מן מש"כ התומים דהא דאמרו להך נכסי דאינש ערבין ליה כו' זהו לא שייך למאן דס"ל ש"ד אכן לפמש"כ הוא אדרבה להיפך כי למ"ד ש"ד אינו זה רק מתורת ערבות וע"כ היכא דליכא שעבוד הגוף מבורר אז פקע שעבוד נכסי אכן ז"א שייך רק היכא דבעינן דוקא תורת שעבוד נכסי משום דבתורת פריעת בע"ח מצוה לא שייך בזה וכנ"ל ע"כ אמרו כן אבל היכא דיכולין לירד להנכסים אף אם ליכא תורת שעבוד נכסי אלא משום פריעת בע"ח מצוה לבד אז אף אם לא מבורר השעבוד הגוף מ"מ גובין בתורת ממנ"פ והא דב"ב ד' קע"ד והרמב"ם פ' כ"ב ה' מלוה ה' א' אין זה סתירה לכל מש"כ להמעיין ברשב"ם ב"ב ד' קע"ד ד"ה וקיי"ל לא יתבע מהערב תחלה כו' וקצרתי:

ולפ"ז י"ל דלדינא לא קיי"ל כהך סוגיא דבכורות משום דלדידן דגורם לממון לאו כממון דמי ויכול לתפוס אף במטלטלי דלאו בני שעבוד הוי מן השליח אף דיפסיד מכיסו א"כ ה"ה מה"ט הדין נותן דגובה מהך שדה שותפות בשני יוב"ש דסי' מ"ט הנ"ל דאף דלא שייך ערבות בזה משום דפקע שעבוד הגוף ופקע שעבוד נכסי וכפי' רש"י דקידושין ד' י"ג דנכסי דאינש ערבין לו זהו משום ש"ד כנ"ל. עכ"ז הא תורת פריעת בע"ח מצוה שייך בזה וגובה מצד ממנ"פ דהא א' מהם חייב בוודאי וכופהו על קיום מצוה ואומר להם אתם תתפשרו כנ"ל ועפ"ז יש ליישב קושיות האו"ת דאמאי השמיט הרמב"ם להך דבכורות משום די"ל דהך סוגיא דבכורות דאמר רבא דאינו גובה מן שדה שותפות בשני יוב"ש דז"א רק לר"מ אבל לדידן דלאו כממון דמי י"ל דגובה מן שדה שותפות וסמך

הרמב"ם בזה על מה דפסק הרמב"ם פ' י"א ה' בכורים במת האב תוך למ"ד דנתחייבו נכסים משום דגובה מהם מצד ממנ"פ: וע"כ א"ש מה דפסק דנתחייבו נכסים והא דפסק הרמב"ם שם דאף בחלקו גובה מהם זה עדיין צ"ע אך דהא בלא"ה קשה בזה כקושיות הישׁ"ש והתוי"ט בכורות שם והמע"מ שם והובא בתומים סי' ל"ט ובמק"א תרצתי זה היטב וע"כ לדינא לפי הכרעת האו"ת בסי' נ"ח סעי' א' דהעיקר כדעה ב' שם דיכול לתפוס מן השליח אף דיפסיד מכיסו ע"כ י"ל דה"ה בהך דס"ס מ"ט דיכול לגבות מן שדה שותפות בשני יוב"ש דאף דפקע שעבוד נכסי כנ"ל מ"מ הא תורת פריעת בע"ח מצוה שייך בזה. ולכה"פ הוי זה ספיקא דדינא משום דמן הסוגיא בכורות אין ראיה לדינא כנ"ל:

ענף ז:

ויש להעיר לכאורה במאי דקיי"ל בכל ספיקא דרבוותא או בספק בשטר דמהני תפיסה במטלטלי כמבואר בסי' מ"ב או בספיקא דתרי אמרי פרוע ותרי אמרי אינו פרוע כמבואר ברא"ש פ"ב דכתובות סי' י"ג ואף דשיטת מהרש"ל ביש"ש בב"ק פ"ב סי' ה' ובמהרי"ט דלא מהני תפיסה כי אם בטוען על גוף הדבר דהוא שלו ולא בספק חוב כבר סתרו האחרונים את דבריהם וכמש"כ הש"ך בספר תקפו כהן בס"ק ק"ח עד ס"ק קי"ב ובקצה"ח קונטרס הספיקות סי' ט' וקשה דאמאי מועיל תפיסה בזה הא כיון דאינו יכול לכוף לגוף הלוה לשלם החוב משום דהממע"ה. א"כ הא נכסי דבר אינש ערבין ליה כו' כמו בהא דשני יוב"ש דאף דעל הנכסים שלקחו בשותפות יש כאן שעבוד נכסי בוודאי משום ממנ"פ ועל א' מהם יש לו וודאי שעבוד הגוף עליו ואפ"ה אמרו בזה דאינו יורד לנכסיו דנכסי דבר נש ערבאין ליה וכיון דאינו יורד לגופו ע"י ב"ד לכופו משום ספיקא ע"כ פקע שעבוד נכסי, א"כ ה"ה בספק בשטר וכוותיה דכיון דגופו מיפטר משום ספיקא א"כ קא פקע שעבוד נכסי ואמאי מועיל תפיסה דנהי דאמרי' הממע"ה:

כ"ז הא תפיסתו מספק אינו מברר על שעבוד הגוף של הלוה וידוע מש"כ הפוסקים דתפיסה ומוחזקות בממון דז"א חזקה המבררת רק משום דאין אנו יכולין להוציא מהמוחזק ובוודאי אינו מבררת על שעבוד גופו כיון דאינו מוחזק בי' וכיון דאין אנו יכולין לכפותו להלוה בב"ד יהיה מאיזה טעם שיהיה א"כ ממילא פקע שעבוד נכסי וגם היכא דטוען ברי לי קשה ג"כ דאמאי מועיל תפיסה הא בהך דשני יוב"ש מיירי ג"כ בטוען המלוה ברי מי הוא החייב ואפ"ה אמרו דכיון דאינו יכול לכוף לגוף הלוה פקע שעבוד נכסי א"כ ה"ה בתפס וטוען ברי דהא מה בכך דאמרינן בזה עביד אינש דינא לנפשיה אפ"ה כיון דאינו יכול לילך לגוף הלוה לכפותו א"כ פקע שעבוד נכסי ומ"ש:

וידעתי דיש לחלק דשאני היכא דתפס וטוען ברי דאז ע"י התפיסה נתברר לנו מי הוא החייב משא"כ בשני יוב"ש דאף בעת דגובה מ"מ אינו מבורר לנו מי הוא החייב ואינו יודע ממי הוא גובה משא"כ בתפס בספק דאמרינן דמחמת דהוי מוחזק הממע"ה ואמרינן דהלוה הוא החייב אבל כ"ז דוחק דהא עפ"ע כיון דלא גבינן ע"י ב"ד מגופו וכמש"כ לעיל וכיון דחזקת ממונא לא הוי חזקה המבררת א"כ שייך גם בזה לדון נכסי דב"נ ערבין ליה כו' כמו בהא דבכורות ועיין בח"מ סי' קכ"ט סעיף ח' וכן יש לדון בהא דב"ק ספ"ג גבי היו הניזקין שנים והמזיקין שנים כו' ומועד את הקטן הממע"ה דמהני תפיסה אף דהוי כמו טענו חטים והודה בשעורים ומבואר בח"מ סי' פ"ח דלכמה פוסקים הטעם דמהני תפיסה משום דהוי ספיקא בזה אם הוי מחילה או הודאה גמורה או לא אלמא דלא אמרינן דלו יהא דמועד הזיק מ"מ הא כיון דלא מצו לירד לגוף המזיק משום ספיקא דלמא היה מחילה גמורה ופקע שעבוד נכסי ומ"מ מועיל תפיסה אף דבמועד הזיק ליכא אלא שעבוד נכסי א"כ קשה כנ"ל וקושייתי הוא בתורת כש"כ דהא שם בבכורות הא מיירי בקרקע דיש בזה שעבוד נכסי ואפ"ה אמרו בזה להך כללא דנכסי דבר אינש ערבין ליה כו' כש"כ בתופס חפץ בספיקא דדינא דהא במטלטלין ליכא שעבוד נכסי כש"כ דשייך לדון כן ובהא דמהני תפיסה שלא בעדים וכה"ג לא שייך להקשות כן. משום דהא מיגו הוי מצד בירור הדבר והוי כנתברר דיש לו שעבוד הגוף עליו וכמש"כ כעין זה הנתיבות בסי' קכ"ט ס"ק ו' דתפס שלא בעדים מן הערב מהני משום דמיגו כעדים דמי. וע"כ לא שייך בזה כלל הנ"ל אכן מספיקא דדינא דמהני תפיסה מצד ספק תקשה כנ"ל. ובאמת יהיה מזה סייעתא לכאורה לשיטת הישׁ"ש והמהרי"ט דס"ל בכל ספיקא דדינא לא מהני תפיסה באינו טוען על גוף הדבר אלא טוען בספק חוב משום דאף דאמרו עביד אינש דינא לנפשיה בכל ספיקא מ"מ כיון דלא מצו לירד לגופו משום ספק א"כ פקע שעבוד הגוף וממילא פקע שעבוד נכסי כמו בשני יוב"ש. וע"כ לא מהני תפיסה בתפס חפץ עבור חובו והא דספ"ג דב"ק דמועיל תפיסה י"ל בזה טעמים אחרים ואינו ראיה לנ"ד מהא דספ"ג דב"ק ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ד' ובמק"א הארכתי בזה והא דשבועות דף מ"ח שאני כיון דעיקר השבועה לא הוי אלא מדרבנן כן יש לומר בכוונת הישׁ"ש והמהרי"ט ויש לדון בכ"ז ע"פ מש"כ לעיל לחלק דהיכא דנתברר בעת הלואה שאני אם היה הנכסים אז כנ"ל בארוכה:

אך עיקר הקושיא הנ"ל נלע"ד לבאר זה בפשיטות דאינו קשה כלל עפמש"כ לעיל והוא די"ל דשאני תפיסה דמועיל משום עביד דינא לנפשיה וכופין על פריעת בע"ח מצוה ע"פ ב"ד אף במטלטלי דלאו בני שעבוד הוי א"כ ה"ה בספיקא יכול הבע"ד בעצמו לתפוס

וכופה לחבירו על קיום המצוה כיון דאמרינן קים ליה דחבירו חייב ואף דלא שייך בזה שעבוד הגוף מ"מ כופה ליה על קיום המצוה והא דאמרו בבכורות להך כללא דמכדי נכסי דאינש ערבין ליה שא"ה דהא כבר הקשה הנתיבות סי' נ"ח בס"ק ד' דאיך אמר ר' ירמיה שם בבכורות דיכול לגבות מיוב"ש שלקחו בשותפות הא כיון דהמותר יחלוקו ביניהם שני יוב"ש א"כ מפסיד לחבירו דאינו החייב ודומה להא דסי' נ"ח דס"ל לחד דעה שם בסעיף א' דכיון דהשליח ישלם ע"כ חייב המלוה להחזיר להשליח ואינו יכול לתפוס עבור חוב סטראי ע"ש. וע"כ מוכח לומר דשא"ה בבכורות דהוי קרקע ובקרקע שעבדה לו התורה או חז"ל א"כ יכול המלוה לומר אני נוטל שעבודי ומה לי בכך דחברו נפסד ע"י הא אני נוטל שעבודי משא"כ התם בסי' נ"ח דהוי מטלטלי דלאו בני שעבוד הוי ע"כ אינו יכול לתפוס היכא דמגיע פסידא לאחרים ובקדושין דף י"ג פי' רש"י על מאן דס"ל שעבודא דאורייתא דס"ל נכסי דאינש ערבין ליה ע"ש משום דלא שייך שעבוד נכסי אלא מצד ערבות והיכא דלא שייך ערבות אז לא שייך שעבוד נכסי ע"כ אינו גובה היכא דהוי פסידא לאחרים כמו הא דסי' נ"ח אבל היכא דלא הוי פסידא לאחרים אז שפיר יכול לתפוס מצד כפייה על קיום המצוה דפריעת בע"ח מצוה אף היכא דלא שייך נכסי דאינש ערבין ליה דליכא שעבוד הגוף מ"מ יכול לתפוס ולטעון קים לי דחבירו חייב לקיים המצוה וכופה ע"י תפיסתו ועיין בנתיבות סי' ג' סוף ס"ק א' וקצרתי משום דהך כללא דאמרו בבכורות לא שייך רק היכא דאתי עלה רק מן דין שעבוד נכסי וזהו היפך ממש"כ התומים בסי' מ"ט הנ"ל דנכסי דבר אינש ערבין אינו מצד ש"ד דז"א כמו שנתבאר לעיל לתרץ ע"פ זה שיטת הרמב"ם דפסק בהא דבכורות דף מ"ח דנתחייבו נכסים כמו שהארכתי לעיל בזה וי"ל דהרמב"ם הוכיח כן ממה דמצינו דמהני תפיסה בספיקא דדינא אף בספק חוב דאם תפס חפץ אין מוציאין ממנו וכמו שנתבאר לעיל:

ענף ח:

ועוד יש לדון במה דהקשיתי לעיל דמפני מה מהני תפיסה בכל ספק עבור חוב דז"א קשה כלל דהא קיי"ל בע"ח קונה משכון ומבואר בש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' דקני ליה קנין גמור לקדש האשה וכמש"כ התוס' וש"פ א"כ י"ל דדוקא בשעבוד נכסי דאף דש"ד מ"מ הא אינו רק שעבוד בעלמא וע"כ אמרו בזה נכסי דב"נ ערבין ליה וכיון דלא מצי לירד לגופו ע"כ פקע שעבוד נכסי משא"כ בהא דקיי"ל בע"ח קני משכון דיש לו קנין בגוף המשכון ע"כ אף היכא דלא מצי לכוף להלוה עכ"ז לא פקע זכותו שיש לו בהמשכון ועוד דהא מבואר בח"מ סי' ס"ו סעיף למ"ד וסעיף ח' במכר חוב ויש לו משכון דלא מהני מחילתו והטעם דמוכר שט"ח ומחלו מחול כתבו משום דכיון דפקע שעבוד הגוף פקע

שעבוד נכסי ועכ"ז היכא דיש לו משכון לא אמרו כן אלא אמרו דאינו מועיל מחילתו ואף במשכון קרקע מצינו שם סעי' למ"ד דאינו יכול למחול כמש"כ הקצה"ח והנתיבות שם אלמא דשעבוד שיש לו בזכות המשכון עדיף טפי ואף במשכון בשעת הלואה ס"ל שם דאינו יכול למחול ואף דאינו קונה משכון כי אם שלא בשעת הלואה לכמה פוסקים מ"מ לענין מחילה אמרו דאף במשכון בשעת הלואה אינו יכול למחול והנתיבות בריש סי' ע"ב וסי' ס"ו ס"ק י"ב כתב להסביר זה משום דיש לו קנין במשכון לענין זה דאמרינן ביה למפרע הוא גובה לכו"ע ע"ש וכן הוא שיטת בעה"מ בפסחים פ"ב בסוגיא דחמץ שהרהינו לישראל וכן מצאתי בריטב"א קידושין דף ח' ויהיה מאיזה טעם שיהיה דכיון דמצינו במשכון דקנה לו וע"כ אף דמחלו ופקע שעבוד גופו מ"מ לא פקע זכותו שיש לו במשכון ע"כ שפיר מועיל תפיסה בספיקא דדינא דכיון דהוא מוחזק ועביד דינא לנפשו אמרינן הממע"ה שהלוה הוא החייב וממילא קנה להחפץ בתורת קונה משכון אף דקא פקע שעבוד גופו מספיקא ולכן מועיל תפיסה בספיקא דדינא או בתרי ותרי ושפיר כתבו הפוסקים לדינא והא דמצינו בקידושין דף ח' בא"ל הילך משכון על מנה שאינו מחוייב דמנה אין כאן משכון אין כאן ופי' הרא"ש שם דכיון דנכסי דבר אינש ערבין ליה וע"כ במאי דאינו מחוייב לא קנה להמשכון אלמא דגם במשכון ס"ל להנך פוסקים דשייך בו טעמא דבכורות דנכסי דאינש ערבאין ליה וכיון דלא מצי תבע מגופו פקע שעבודו מהמשכון ז"א קשה כלל דשאני היכא דחייב לו מכבר דכיון דקנה להמשכון שלא בשעת הלואתו ע"כ אף בשעת הלואתו יש לו קצת קנין בהמשכון וכמש"כ התוס' והש"ך בח"מ סימן ע"ב ס"ק ט'. ואף במשכון קרקע משום דלמפרע גובה מעת דנתחייב לו ועיין בנתיבות סי' ס"ו ס"ק י"ב אבל היכא דאין חייב כלל לא שייך בו לומר דקני משכון או למפרע גובה ע"כ לא קני כלל להשעבוד ואמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן כיון דלא היה מחוייב לעולם כלל ובאמת י"ל במה דמצינו שם בקידושין דעת הרשב"א דס"ל בהא דמנה אין כאן משכון אין כאן דאינו יכול לחזור מהמתנה רק התם בקידושי אשה לא מהני משום דהוי אגיד גביה והובא שיטתם באה"ע סי' כ"ט ובקצה"ח סוף סי' ל"ט וסי' ק"צ בארוכה ע"ש ובאמת תסוב עליהם קושיות הרא"ש מהא דבכורות דאמרו נכסי דבר אינש ערבין ליה כו' וכיון דאין לו שעבוד הגוף ממילא לא זכה בשעבוד נכסי וי"ל דטעמם דס"ל להנך פוסקים דכמו דחזינן במוכר שט"ח ויש לו משכון דאינו יכול למחול ואף במשכון קרקע דלא קנה לו מדר' יצחק אלמא דשעבוד המשכון דמונח תחת ידו אלים טפי ולא פקע אף היכא דפקע שעבוד הגוף א"כ ה"ה בהא דמנה אין כאן משכון אין כאן דאף דלא קנה להחוב מ"מ קני לשעבוד המשכון כיון דתפס ליה ולפי

מה דכתבו התוס' ב"ק דף מ"ט ד"ה משכונו של ישראל ביד כו' דהא דבע"ח קני משכון מ"מ אין לו אלא שעבוד עליו כו' ולפ"ז מוכח דבאמת אף היכא דאין לו אלא שעבוד נכסי מ"מ לא פקע זכותו אף היכא דפקע שעבוד הגוף כמו במשכון שלא בעת הלואתו דס"ל דלא הוי אלא שעבוד. ועכ"ז מהני תפיסה כמו בהא דס"פ המניח הנ"ל ולכן י"ל דהרמב"ם הוכיח מזה דאף היכא דפקע שעבוד הגוף כמו בשני זכרים דבכורות מ"מ לא פקע שעבוד נכסי כמש"כ פ' י"א ה' בכורים והובא בטור יו"ד סי' ש"ה די"ל דסמך על הא דמצינו דמהני תפיסה בספק על חוב דמוכח מזה דאף היכא דפקע מספיקא שעבוד הגוף מ"מ לא פקע שעבוד נכסי ולא מחלק דשאני משכון משום דהא שיטת התוס' דאף דבע"ח קני משכון מ"מ אין זה רק שעבוד בעלמא כנ"ל ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' וס"ק קמ"ט דחולק על התוס' הנ"ל וס"ל דיש לו קנין בגופו של משכון ועיין בסי' ע"ב ש"ך ס"ק ק"ט בסופו וגם י"ל דאף לפמש"כ התוס' בב"ק הנ"ל מ"מ י"ל כמש"כ לעיל דשאני משכון דלא בעינן שעבוד הגוף כלל כי יש לחלק. אך בשיטת הרמב"ם שפיר י"ל דס"ל כמש"כ כעת וקצרתי]:

וכש"כ לפמש"כ במק"א לדון די"ל דבע"ח קני משכון לא שייך בחוב נזקין א"כ ממילא מוכח לפ"ז מהא דס"פ המניח דמהני תפיסה התם בהיו המזיקין שנים כו' דלא פקע שעבוד נכסי אף היכא דליכא שעבוד הגוף משום ספיקא ועיין בש"ך סוף סי' מ"ט דאף ביוב"ש דערב בעד יוב"ש הב' ג"כ לא גבינן אף דאיכא ממנ"פ והערב בעצמו יודע דהב' הוא החייב אפ"ה אמרינן בזה ג"כ הך כללא דכיון דלא גבי מהלוה ע"י ב"ד ע"כ לא גבינן מהערב וה"ה מן נכסי דב"נ כו' ועיין בקצה"ח ותומים ונתיבות שם וע"כ ה"ה בתפס בספיקא דדינא וכה"ג דאף דנימא דהוי כמו הערב בעצמו דיודע דהלוה הוא החייב:

אפ"ה כיון דלא מצי לירד להגוף הלוה ע"י ב"ד לא מצי גבי מנכסיו אף דתופס וטוען קים לי ושאני תפיסה שלא בעדים דמיגו מצד בירור הדבר הוא ולא משום ספיקא] ומדאמרינן דמהני תפיסה בספיקא מוכח דלא פקע שעבוד נכסי בזה וי"ל דמזה ג"כ יליף הרמב"ם שלא הביא להך דרבא דבכורות הנ"ל משום דכיון דמוכח מהא דב"ק ובשארי דוכתי דמהני תפיסה בספיקא משום דשעבוד נכסי לא פקע אף היכא דאינו יכול לכוף לגופו ולהוציא ממנו בב"ד כנ"ל ויש עוד לדון בזה ולומר דרבא דבכורות הנ"ל אזיל לטעמיה דס"ל בב"מ דף ק' דבברי וברי לא אמר כו' כי עפ"ז יש לדון הרבה בסוגיא דב"ק דף ל"ה ע"ש וקצרתי:

ונתבאר הרבה טעמים עפ"י יסודות נכונות לבאר שיטת הרמב"ם במה דהשמיט להא דשני יוב"ש שלקחו שדה כו' דבכורות הנ"ל ואתי שפיר פסק הרמב"ם דפסק בהא

דבכורות בשני זכרים כו' דנתחייבו נכסים כנ"ל ולכן הך דינא דס"ס מ"ט הנ"ל הוי זה ספיקא דדינא וכמש"כ התומים ג"כ ע"ש וגם נתבאר לנו דין מחודש בהא דסוף סי' מ"ט הנ"ל דאמרו בשני יוב"ש שלקחו שדה בשותפות דאינו גובה דאם היה להם שדה שותפות בעת שהיה ידוע ומבורר מי מהם הוא החייב אף דאח"כ נולד הספק מי מהם הוא החייב עכ"ז כיון דהיה להם השדה שותפות בעת שהיה ידוע כנ"ל דודאי גובה מן השדה שותפות כמו שנתבאר לעיל בארוכה וגם עוד הרבה ענינים נתבאר בקונטרס הלז:

סימן נ

א :

(ש"ך ס"ק ז') במי שקנה ממרני פרוע דשייך בזה תקנת השוק וכן הכריע התומים והנתיבות שם ולכאורה קשה ממש"כ הש"ך סי' שנ"ו ס"ק ד' דאם בא דבר הגנוב להבעלים א"צ לשלם ללוקח מעותיו כו' דלא שייך ביה תקנת השוק כיון שהוא עתה ביד בעלים הראשונים כו' א"כ קשה דהא הכא בקנה ממרני פרוע דהוי הלוה מוחזק מעיקרא א"כ אף לפמש"כ הנתיבות בסי' שנ"ו ס"ק א' דמיירי שם היכא דלא היה מעולם החפץ ברשות הלוקח א"כ הא הכא ג"כ לא היה מעולם המעות ביד הלוקח א"כ תקשה כנ"ל ולכאורה י"ל בזה לפמש"כ הט"ז באה"ע סי' נ"ג ובסי' ע"ז ובב"ש שם גבי נדוניות חתנים דממר"ם הוי כגבוי א"כ ה"ה בנ"ד מטעם זה הוי כמו דבא כבר מעות הלוה ליד הלוקח אבל ז"א דהא כבר נתבאר לעיל בסי' י"ב בחידושיי דממר"ם לא הוי כגבוי רק בנדוניות חתנים עיי"ש וגם כיון דנתברר דהוי הממר"ם פרוע מקודם א"כ לא שייך ביה לומר דהוי כגבוי וקשה כנ"ל וי"ל דכוונת הש"ך הוא אם הלוה רוצה להוציא גוף הממר"ם מן הלוקח דלא יהיה ת"י הלוקח שטר ראיה עליו וכמש"כ המ"מ והובא בסי' נ"ד ש"ך ס"ק ד' א"כ הא בגוף השטר דהוי הלוקח מוחזק ודאי אין הלוה יכול להוציא גוף הנייר עד שיתן לו מעותיו מפני תקנת השוק אבל אם אין הלוה רוצה להוציא גוף הנייר מן הלוקח אז ודאי א"צ הלוה לשלם להלוקח מפני תקנת השוק וכן הוא בכל חיוב תקנת השוק דכ"ז דאין תובע החפץ להוציא ודאי אין חיוב על הבעלים לשלם להלוקח מפני תקנת השוק. רק במוציא החפץ לעצמו אז חייב מפני תק"ה וה"ה הכא וכ"ז פשוט ומצאתי בקצה"ח שהעיר בזה אבל העיקר כמש"כ:

סימן נא

א (סעי' ב') הוציא עליו שט"ח בעד אחד וטען הלוה פרעתי ה"ז מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם טען ואמר ישבע לי שלא פרעתי ה"ז נשבע כו' וי"א שגם אם טען פרעתי נאמן ודעה קמייתא הנ"ל הוא דעת הרמב"ם פ' י"ד ה' מלוה:

ענף א:

ולכאורה יש להעיר בזה לפמש"כ התוס' בכתובות ד' י"ח ע"ב ד"ה ובכולי בעי דלודי כו' בזה"ל ואין לומר דמה"ת חשוד נמי אשבועתא ומדרבנן הוא דאמרינן דלא חשוד כו' דהא גבי נסכא ד"ר אבא משמע דאי א' לא חטפי היה נשבע כו' והתם הוי שד"א דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם כו' וכ"כ התוס' בב"מ ד' ג' ע"ב ד"ה בכולי בעי כו' ועיקר הכלל שכתבו דבשבועה דרבנן לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם הוא בח"מ סי' ע"ה סעי' י"ד ע"ש אך מהתם אינו מוכח רק היכא דעיקר השבועה הוא מדרבנן אבל היכא דעיקר השבועה הוי מה"ת אך מאיזה טעם לא היינו יכולים לחייב שבועה להלוה מעיקרא אלא לאח"ז מצד תקחז"ל יכולים אנו לחייבו שבועה ובזה יש לומר מסברא דכיון דעיקר השבועה מה"ת ע"כ שפיר אמרינן בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אבל מהתוס' הנ"ל מוכח דאף בכזה מ"מ כיון דמה"ת לא היה חייב שבועה משום מיגו דחשוד אממונא ע"כ אף דרבנן כשראו דחמירא להם שבועה ותקנו שבועה על החשודים מ"מ אין דינו כשבועה דאורייתא אלא כשבועה דרבנן דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כ"ז מוכח מהתוס' הנ"ל:

ולפי זה יש לדון לשיטת הרמב"ם והמחבר לעיל סי' כ"ח סעי' י"ב דעדות בשטר אינו רק מדרבנן משום שלא תנעול דלת ע"כ מבעי לן לומר דע"א בשטר אינו מחייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דהא התם גבי הך נידון שכתבו התוס' כנ"ל הא מה"ת מהימן הע"א לחייב שד"א אלא מחמת הסברא דמגו דחשוד אממונא כו' אין אנו יכולין לחייב שבועה ולכן אף דאח"ז דיכולין להשביעו מחמת תקחז"ל דראו דחמירא להם שבועה ותקנו שבועה על החשודים כמש"כ התוס' בלשונם מ"מ לא דיינינן בי' מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם א"כ ה"ה או כש"כ בהך עדות בשטר דמה"ת לא מהימן כלל ע"א וכן ב' עדים אלא עיקר נאמנותו הוא רק מדרבנן וע"כ כיון דמה"ת אינו יכול לחייב שד"א ע"כ הדין נותן דלא דיינינן בי' מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמו בהך נידון של התוס' דכיון דלא היה חייב מה"ת עכ"פ להשבועה לא דיינינן מתוך כו' א"כ ה"ה בהך דשטר בע"א ובוודאי דוחק לחלק דשאני הכא דהוי התקנה משום שלא תנעול דלת כו' וע"כ לא מחלקינן בזה לומר דשאני דרבנן דזהו דוחק באמת

לומר כן ועיין באו"ת סי' כ"ח ס"ק ט"ז דכתב בשיטת הרמב"ם דשטר הוי מדרבנן דזהו במתו העדים אבל אם העדים חיים כשר השטר מה"ת ע"ש ומ"מ גם לפ"ז לא א"ש דהא משמע הכא בדבריהם דכתבו הוציא עליו שט"ח בע"א ה"ז מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם:

ולא כתבו דמיירי בהעד חי דמשמע דאף במת העד ג"כ אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם א"כ מוכח מהרמב"ם והמחבר הנ"ל דלא ס"ל להך כלל של התוס' הנ"ל וכעת מצאתי להנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ל"ג ובמ"ת ח' ח"מ סי' ה' שהעיר בזה ג"כ: ואפשר לומר בזה דהא מצינו בכולי ש"ס דאמרו להקל בקיום שטרות משום דמה"ת הוי שטר כנחקרה עדותן בב"ד ואף דלהרמב"ם אינו מועיל שטר כלל מה"ת רק מדרבנן אפ"ה לאחר דתקנו דיהיה מועיל שטר מדרבנן עשאוה כמו דאורייתא ממש וע"כ אין מזה ראי' דלא ס"ל כהתוס' הנ"ל משום דהא מצינו דאלמוה חז"ל לתקנתם דתקנו להכשיר השטר משום נעילת דלת ועיין במהרי"ק סי' י"ז והובא בקצה"ח סי' מ"ו ס"ק ה' וע"כ אינו ראי' מזה לסתור כלל של התוס' הנ"ל:

אך עיקר דברי התוס' בסברתם צריך עיון ועיין מזה לקמן בחידושי לח"מ סי' ע"ה סעי' י"ג וכן בחידושי לעיל לסי' מזה:

ענף ב:

והנה אחי המנוח הרב הג' חו"ב בחד"ת כו' מוה' אברהם אהרן זצ"ל אמר להוכיח מן הא דכתבו הרמב"ם והמחבר הכא בהוציא עליו שט"ח בע"א דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם טען ישבע לי ה"ז נשבע דמוכח מזה דהכלל שכתבו הפוסקים דהיכא דאין שנים מחייבין ממון אלא ע"י שבועה דלא אמרינן בזה מתוך כו' דז"א רק אם עיקרו הוא מדרבנן אבל היכא דמה"ת נוטל בל"ש רק דהשבועה הוא מדרבנן בזה אמרינן מתוך כו' עכ"ל ויפה כתב ודפח"ח:

והנה הנתיבות בסי' ע"ה ס"ק ט' כתב על מש"כ הש"ך שם ס"ק מ"ב דבממרמות אם יש ע"א על הקיום ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם והקשה הנתיבות דא"כ בשטר בשני עדים אף בלא נאמנות כיון שאינו נאמן לומר פרוע רק במיגו דמזוייף יהי' סגי בע"א על הקיום ותירץ ע"פ מש"כ הש"ך שם ס"ק מ"ז דהיכא דאין ב' מחייבין ממון אלא ע"י שבועת התובע דבזה לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דלפ"ז בשטר דאם טוען אשתבע לי הא צ"ש וע"כ לא דיינינן בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ולכן בעי שני עדים על קיום משא"כ בממר"ם דיש בו נאמנות דלא היה צריך המלוה לישבע בזה שפיר כתב הש"ך דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע

משלם עכ"ל הנתיבות ותמהני עליו דהא מבואר להדיא הכא גבי שטר בע"א דכתבו הרמב"ם והמחבר דחייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אף דצריך בעהש"ט לישבע בטען אשתבע לי אלמא דמוכח דבשבועות אשתבע לי לא דיינינן להך כללא ואף דבשנים היה צ"ש בהשבע לי' עכ"ז גבי ע"א אמרינן מתוך כו' א"כ עדיין תקשה על הש"ך דסי' ע"ה הנ"ל כקושיות הנתיבות דלפ"ז יהיה סגי ע"א על קיום שטרות והא דמבואר הכא בשם יש אומרים דאם טען פרעתי נאמן בשבועה הא טעמם הוא כמש"כ הש"ך הכא בס"ק ג' דכיון דאינו אלא שטר בע"א לא חשש להניחו בידו כו' ולענ"ד נראה לתרץ קושיות הנתיבות הנ"ל והוא דהא מבואר ברא"ש פ"ה דשבועות סי' ג' בשם הרמב"ן דלכן משביעין לכל מודה במקצת אף בדאית לי' קרקע ולא אמרינן בזה הא אין נשבעין על שעבוד קרקעות משום דכיון דתקנו חז"ל דלא יהיה טורף ממשעבדי למלוה בע"פ לאו שעבוד קרקעות מקרי וכן קיי"ל לדינא כמבואר בסי' פ"ח בסמ"ע ס"ק נ"ג ובש"ך ס"ק נו"ן ועיין מזה בפני יהושע בב"מ ד' ד' ע"ב: והנה לקמן סי' ק"ו ש"ך ס"ק ו' הביא בשם המבי"ט דכתב דבמודה הלוה על השטר שלא נתקיים דגובין ממשעבדי וכמש"כ התוס' בב"מ ד' ע"ב והובא בש"ך שם והש"ך השיג עליו שם ובאמת יש להוכיח כהמבי"ט גם מן התוס' שבת ד' ע"ח ע"ב ד"ה ת"ק סבר מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו כו' שכתבו אי נמי לטרוף ממשעבדי אם יודה הלוה שאינו מזוייף עכ"ל התוס' אלמא דס"ל כהמבי"ט דמהני הודאת הלוה על שטר שאינו מקויים לטרוף ממשעבדי: ולפ"ז יש לדון דלשיטת המבי"ט הנ"ל אתי שפיר מה דמבואר בכולי ש"ס דבעינן שני עדים על קיום שטרות משום דע"א לא מהני בזה מצד מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דהא ה"ל כפירות שעבוד קרקעות דהא אם יהיה מודה הלוה על השטר יהיה טורף ממשעבדי לשיטת המבי"ט וכמש"כ התוס' וב"מ כנ"ל ע"כ מקרי זה שפיר כפירת שעבוד קרקעות משום דהא אם היה מודה על השטר יהיה בו שעבוד קרקעות והוי כמו דתובע קרקע מחבירו והוא כופר דאין נשבעין ע"ז וע"כ בעינן ב' עדים על קיום שטר משום דלא דיינינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם על קרקע דהא אין נשבעין על קרקעות אבל הש"ך הא מיירי בממר"ם שחתום עליו הבע"ד לבדו דאין בו דין טריפות משעבדי כלל כ"ז שאין לו שטר חתום בשני עדים ע"כ לא מקרי זה כפירת שעבוד קרקעות ושפיר דנו בזה למחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. והא דמבואר בירושלמי לכתובות פ"ב ה' ד' דר' מנא בעא ע"א בכתב מהו לזוקקו לשבועה כו' לכן צריכא כשהיו שנים מצאו לקיים כת"י של ראשון ולא מצאו לקיים כת"י של שני אלמא דאף אם יש ת"י המלוה שטר בחת"י שני עדים ואם מקיימין חת"י א' מהם י"ל דחייב שבועה להכחיש העד ולא

אמרינן דה"ל כפירות שעבוד קרקעות כנ"ל י"ל דמיירי הירושלמי באופן דלית לי' קרקע כלל וכעין מש"כ התוס' בב"מ ד' ד' ע"ב ד"ה אין נשבעין כו' והובא בסי' פ"ח בטור ובש"ך שם ס"ק נו"ן א"כ א"ש כ"ז אך כ"ז הוא לשיטת המבי"ט אבל לפמש"כ הש"ך בסי' ק"ו להשיג על המבי"ט והעלה בשם כמה פוסקים דס"ל דאף במודה הלוה שכתב עכ"ז אין אנו גובין מלקוחות כ"ז שלא נתקיים כדין לפ"ז עדיין תקשה לפמש"כ הש"ך גבי ממר"ם דדיינין בי' מתוך כו' דא"כ אמאי אמרו בכולי ש"ס והפוסקים דבעינן שני עדים על קיום שטרות יהיה סגי ע"א על קיום מצד דיהיה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם:

ואפשר לומר בזה דאף דנימא דע"י הודאת הלוה אינו טורף ממשעבדי מ"מ יש לדון מילתא חדתא בזה דדוקא לענין דיהיה טורף ע"י השטר מן זמן הנכתב בשטר בזה שפיר אמרו דאין הלוה נאמן ע"י הודאתו להיות חב לאחריני כדקיי"ל דבמקום דחב לאחרים לא מהני הודאת בע"ד אבל לענין דיהיה טורף ע"פ השטר מן עת הודאתו בב"ד יש לדון דנאמן על מעכשיו דהא בידו ליתן שטר כדין על טריפת משעבדי מהיום ולהבא ומצינו כה"ג בב"ב ד' קל"ד דאם אמר גרשתי את אשתי דאינו נאמן למפרע אבל מכאן ולהבא נאמן וכמש"כ הב"ש בסי' קנ"ב ס"ק א' דפסקו כמ"ד שם דפלגינן דברו ולפ"ז ה"ה גבי הודאת הלוה על שטר דת"י המלוה שלא נתקיים כדין דאף דאינו נאמן ליפרע על זמן דנכתב השטר משום דאינו בידו על למפרע אבל על מכאן ולהבא מן עת ההודאה בב"ד וודאי דנאמן מכאן ולהבא משום דהוי בידו ליתן שטר כדין שיטרוף ממשעבדי מהיום וכעין זה מצינו בב"מ ד' י"ז ע"א דהמוצא שט"ח בשוק וכתב זמנו בו ביום דאם חייב מודה מחזירין והטעם הוא משום דמאותו יום ולהבא הוי בידו ומהימן ועיין בתוס' שם ד"ה רב כהנא אמר כשחייב מודה כו' ובסי' ס"ה סעי' ז' ועיין בח"מ סי' ע"א ש"ך ס"ק מ"ב מה שהביא בשם כמה ראשונים דס"ל דהיכא דקדם הנאמנות בשטר ללקוחות מהני והחולקים שם טעמם דלענין שבועה החמירו משום חשש קנוניא אבל לעכב הפרעון לא מצינו בכה"ג. ובוודאי מהימן על מכאן ולהבא וכעין זה מצינו בסי' ס"א סעי' ז':

וכיון דמהימן על מכאן ולהבא על שטרו דיהיה טורף מן עת ההודאה בב"ד ממשעבדי דבכה"ג לא חיישינן לקנוניא וכמו הא דב"מ ד' י"ז הנ"ל לכן י"ל דאם המלוה תובע בשטר דחתומים עליו שני עדים רק דלא נתקיימו דיש לדון בכה"ג הוי זה בשם כפירת שעבוד קרקעות והוא דהא שיטת התוס' והרא"ש בכל מודה במקצת דאם יש לו קרקע מקרי זה שעבוד קרקעות אך אנן קיי"ל כהרמב"ן דס"ל דכיון דאין טורפין במלוה בע"פ מן משעבדי ע"כ אין זה מקרי שעבוד קרקעות א"כ זה אינו שייך אלא במלוה בע"פ דאף אם יודה מ"מ לא יטרוף ממשעבדי אף מכאן ולהבא ואף דהודאה בב"ד חשוב כמלוה

בשטר עכ"ז הא מבואר בסי' ל"ט סעי' ט' ובש"ך שם ס"ק כ"ד ובסי' ע"ט ובש"ך שם דלא הוי כמלוה בשטר רק בשלחו אחריו וכה"ג ע"ש א"כ היכא דלא הוי ההודאה באופן זה דאז אין ההודאה בב"ד חשוב כמלוה בשטר לטרוף ממשעבדי ע"כ אין זה מקרי שעבוד קרקעות ונשבעין ע"ז:

אכן באם יש להתובע שטר בשני עדים דאם יודה הלוה אז יהיה מצי טריף ממשעבדי מן עת ההודאה דהא מכאן ולהבא מהימן משום דאין זה מקרי חב לאחרים כנ"ל ע"כ שפיר מקרי זה כפירת שעבוד קרקעות דהא אם יהיה מודה יהיה מהימן על טריפת משעבדי מכאן ולהבא א"כ הוי זה כמו אם טענו קרקע וכפר דאין נשבעין ע"ז ועיין בש"ך סי' פ"ז ס"ק ו' דשטר דהתם מיירי בענין שאין טורף ממשעבדי ע"ש:

אבל בנ"ד דיהיה מצי לטרוף ממשעבדי ע"י השטר מן עת ההודאה שפיר י"ל דזה מקרי שעבוד קרקעות ואין דנין דין שבועה כלל בזה וע"כ א"ש מה דבעינן שני עדים על קיום שטרות משום דע"י קיום ע"א לא מהני משום דלא שייך בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כלל לפי דאין דנין שבועה כלל בזה דה"ל כפירות שעבוד קרקעות וא"ש כ"ז בפשיטות אף לפי שיטת הש"ך בסי' ק"ו דחולק על המבי"ט כן יש לדון בזה לכאורה:

ענף ג:

אבל באמת זה אינו דהא מבואר בסי' פ"ח סעי' כ"ח גבי הודאה בשטר דמקרי שעבוד קרקעות דבמה דברים אמורים בשטר שיכול לקיימו אבל אם אינו יכול לקיימו ה"ה כהודאה ע"פ ונשבע כו' וכ"כ הטור שם בשם הרמב"ן ע"ש הרי להדיא דלא כמש"כ דאי נימא כמו דנתבאר דכיון דההודאה בב"ד מהני לטרוף ממשעבדי ע"פ השטר שאינו מקויים מן עת ההודאה א"כ קשה דאמאי אמרו שם דשטר שאינו מקויים דלא מקרי שעבוד קרקעות וע"כ מוכח דלא כמש"כ והטעם הוא דאף דמהימן מכאן ולהבא. מ"מ יש לומר דהדין הוא דכה"ג לא מקרי שעבוד קרקעות דכיון דלא מהימן על טריפת משעבדי למפרע מן עת שנכתב השטר וכמש"כ הש"ך בסי' ק"ו ס"ק ו' בשם הרמב"ן והמחבר והרמב"ם וש"פ דס"ל דע"י הודאת הלוה אין גובין ממשעבדי א"כ יש לדון בזה דמה"ט אף מזמן דהאידנא אינו גובה ממשעבדי משום דשייך בזה גזירה שמא יגבה מזמן ראשון כמו בהא דב"מ ד' ע"ב גבי שט"ח מוקדם דאמרו דלכן לא גבי מזמן ב' משום גזירה שמא יגבה מזמן ראשון ועיין בש"ך סי' נ"ב ס"ק א' ואי דיכתבו עליו שט"ח זה לא ניתן לגבות אלא מזמן ב' הא כיון דנראה פסולו בב"ד אין לו תקנה כמבואר בסי' מ"ג:

אך זה יש לדחות דשא"ה בשטר מוקדם שייך שפיר הגזירה שמא יגבה מזמן ראשון משום דיש לחוש דלמא לא יוודע להלקוחות שהוא מוקדם ולכן כיון שהוא שטר מקויים

שפיר יש לחוש שמא יגבה מזמן ראשון אבל בשט"ח שאינו יכול להתקיים כיון דליכא בי' חשש תקלה דהא כשיבא לגבות ממשעבדי יאמרו לו קיים שטרך ורק מזמן ב' דמהני הודאת הלוה על מכאן ולהבא מצי גבי אבל על למפרע לא יהיה שום חשש תקלה בעולם וע"כ לא שייך בזה הגזירה הנ"ל ועיין בב"ק ד' למ"ד ע"ב תוס' ד"ה וחכ"א גובה את הקרן כו' וע"כ ליתא למש"כ ולכן עדיין יש להעיר במה דמבואר דסי' פ"ח סעי' כ"ח דשט"ח שאינו יכול לקיימו לא מקרי שעבוד קרקעות:

דהא יש לדון כיון דיהיה מועיל הודאתו לטרוף ממשעבדי מכאן ולהבא א"כ יהיה מקרי כפירת שעבוד קרקעות:

וע"כ נלפענ"ד לומר טעם אחר דלכן לא מקרי שט"ח שאינו יכול לקיימו בשם שעבוד קרקעות לפי דהא מבואר בכתובות ד' צ"ג היו כולן יוצאות בשעה אחת חולקות בשוה והתוס' שם ד' צ"ד ד"ה שני שטרות כו' כתבו הטעם משום דאין השעבוד חל אלא מאותה שעה שמוכיח מתוך השטר שהתחיל השעבוד דהיינו ממחרת יום שנכתב כו' וכ"כ הר"נ שם. ואמרו שם בכתובות אטו בירושלים יתבינן דכתבינן שעות. וכן מבואר בח"מ סי' ק"ד ועיין בתוס' כתובות ד' צ"ד ד"ה לימא רב דאמר כר"מ כו' מש"כ שם בשם הר"ת ולפ"ז נראה ברור דאם הלוה מודה על השטר דאינו מקויים דאינו יכול לטרוף ממשעבדי רק מיום המחרת של ההודאה דהא לא עדיפא הודאתו על מכאן ולהבא מן אלו יתן שט"ח חדש בעת ההודאה:

דהא לדידן דאין כותבין שעות לא מתחיל השעבוד אלא ממחרת יום שנכתב בו ע"כ לא מקרי בעת ההודאה שעבוד קרקעות דהא לא יהיה מתחיל שעבוד רק מן יום מחר וכיון דבעת ההודאה לא הוי אז שעבוד קרקעות ע"כ נשבעין ע"ז דהא בתר שעת הודאתו אזלינן כידוע ואי דנימא דשאני בשט"ח שאינו מקויים שנכתב מקודם דלפי הודאתו שהשט"ח הוא שטר כשר א"כ ממילא טורף מיד מן עת הודאתו ויש לו מיד זכות שעבוד קרקעות על הקרקעות של הלוה לטרוף ממשעבדי דהא לדברי הלוה היה חל השעבוד כבר מן עת שנכתב השטר ועל מכאן ולהבא נאמן משום דהוי בידו לכתוב שט"ח חדש מיד בעת ההודאה ולכתוב שעות גם ז"א דהא כיון דעיקר נאמנותו דהלוה במכאן ולהבא הוא משום דבידו ליתן לו שט"ח חדש בו ביום א"כ הא על עת ההודאה מיד לא שייך לומר בידו הנ"ל דהא ישהה זמן מה בכתיבת השטר ובתוך כך מקודם זמן הראוי לשהות בכתיבת השטר לא שייך מיגו ובידו הנ"ל ע"כ כיון דאינו נאמן רק משום מיגו וכיון דבתוך זמן שצריך לשהות ולכתוב שטר לא יהי' טורף ממשעבדי דהא צריך לשהות זמן בכדי שיעשה שט"ח אחר א"כ בעת שיצתה ההודאה מן פיו לא הי' אז בשם שעבוד

קרקעות ע"כ שפיר נשבעין ע"ז ואין לומר דיש לו מיגו דהיה מכין ת"י שט"ח כתוב וחתום דז"א דזה הוי כעין מיגו דלמפרע דלא אמרינן ועיקר נאמנותו משום מיגו הוא על מכאן ולהבא א"כ הא צריך לשהות זמן קצת עכ"פ לזה ואי דימסור אותו שטר שאנו דנין עליו בפני עדי מסירה הא זה לא מהני אי נימא דהוא בחשש מזוייף משום דהא הוי מזוייף מתוכו ועיין באה"ע סי' ק"ל ב"ש ס"ק כ"ח :

ענף ד:

ולפי מה דנתבאר לכן אף בהודה בב"ד על המקצת] ע"י מה דשלחו אחריו וכה"ג דמבואר בסי' ל"ט ובסי' ע"ט דבזה הוי ההודאה כמלוה בשטר לטרוף ממשעבדי דכתבתי לעיל דיש לומר בזה דאף לשיטת הרמב"ן דס"ל דכיון דאינו טורף ממשעבדי לא הוי שעבוד קרקעות כמבואר ברא"ש פ"ה דשבועות ובסי' פ"ח כנ"ל דכיון דבכה"ג טריף ממשעבדי א"כ הוי זה הודאת שעבוד קרקעות ובכה"ג אפשר דמודה הרמב"ן לשיטת התוס' והרא"ש דאם יש לו קרקע אין נשבעין אבל באמת זהו דוחק דהא סתמו בסי' פ"ח ולא חילקו בזה וע"כ נראה לי לומר דלשיטת הרמב"ן החולק על הרא"ש דגם בכה"ג לא מקרי הודאות שעבוד קרקעות דהא שיטת הרמב"ן וש"פ כפי שהובא בסי' ע"ט בס"ך ס"ק כ"ט דכתב דהא דמעשה ב"ד כמאן דכתיב דמי היינו כמאן דא' כתובו דמי ועיקר הטעם דמעשה ב"ד טורף ממשעבדי הוא דוקא אם כתבו הפסק דין אך לפי דהוא מעשה ב"ד ע"כ כותבין אף בלא צווייו של המתחייב אבל אם לא כתבו ב"ד את השטר אז אינו טורף ממשעבדי ע"ש בש"ך שהאריך בזה א"כ לפ"ז הדין נותן דהודאה בב"ד לא יהיה נקרא שעבוד קרקעות משום דהא תיכף ומיד בעת הודאתו לא מצי טריף ממשעבדי רק לאחר שיכתבו השטר בכתיבת שעות דמ"ש א"כ בתוך זמן בכדי שיכתבו הפס"ד לא מצי טריף ממשעבדי ע"כ בעת שיצתה ההודאה מן פיו לא היה אז בשם שעבוד קרקעות כנ"ל וע"כ חייב אף בכה"ג שד"א לדידן דקיי"ל כשיטת הרמב"ן וכמש"כ הש"ך בסי' פ"ח ס"ק נו"ן ולא מחלקי כלל בזה ועיין בב"ב ד' קע"ה תוס' ד"ה לא מן היורשים כו' במש"כ שם הטעם דעמד בדין גבי ממשעבדי ואף לשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' ע"ט סעיף י"ב וכמש"כ הש"ך שם ס"ק כ"ט דס"ל דהא דמעשה ב"ד ככתובה בשטר דמי דזהו אף דלא נכתב הפסק דין מ"מ י"ל דז"א רק לאחר דחייבוהו ב"ד ואמרו לו צא תן לו דאז נפק קלא אבל בעת הודאתו מקודם דאמרו לו חייב אתה ליתן לו אין לו אז זכות לטרוף ממשעבדי ולא הוי אז ככתובה בשטר ע"כ בעת הודאתו לא הוי אז הודאת שעבוד קרקעות וכנ"ל ושאני מעשה ב"ד הכתובה מכבר דזהו מקרי שעבוד קרקעות ועיין בקצה"ח סי' קי"ט ס"ק א':

ולכן לפי מה דנתבאר דלדידן דקיי"ל כהרמב"ן דהיכא דאינו טורף ממשעבדי לא מקרי שעבוד קרקעות ומה"ט באם תובע בשטר דאינו מקויים דאף דלדברי המלוה דהשטר הוא כשר א"כ יש בו זכות טריפת משעבדי לדבריו ועכ"ז כיון דהב"ד לא יטרופו ע"י השטר ממשעבדי מחמת דהב"ד אינם מאמינים לו ע"כ לא הוי שעבוד קרקעות וכמבואר בסי' פ"ח סעי' כ"ח ע"כ הדין נותן לפ"ז דיהיה סגי ע"א על קיום שטרות דהא זה לא הוי שעבוד קרקעות כיון דאינו טורף ע"י ע"א על הקיום א"כ הא הוי הלוה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ואין לומר דשאני תביעה בע"פ דבזה שפיר קיי"ל כהרמב"ן דהא אף יהיה האמת עם המלוה מ"מ הא לאחר דתקנו חז"ל דמלוה בע"פ אינו גובה ממשעבדי ע"כ אינו בכלל שעבוד קרקעות אבל גבי שט"ח דאינו מקויים הא אם יהיו האמת כפי עדות הע"א שהוא שטר מקויים א"כ לפ"ז יש לומר דזה מקרי שעבוד קרקעות דז"א דהא חזינן בהך דסי' פ"ח סעי' כ"ח דבשט"ח דאינו מקויים ה"ה כהודאה בע"פ ונשבע כו' וכמש"כ שם הטור בשם הרמב"ן כן אלמא דאף דהתם הא דאינו גובה ממשעבדי הוי משום דאין אנו מאמינים להמלוה עכ"ז אמרו דזה אינו בכלל שעבוד קרקעות כיון דעכ"פ לא מצי טריף ממשעבדי מחמת דאין אנו מאמינים לו וכ"כ הטור בסי' פ"ח שם במודה הלוה שהיה קנין לפני עדים אך דאין העדים לפנינו דהוי כתביעה בע"פ ואף דלדברי הלוה מצי טריף ממשעבדי אך מחמת דאין אנו מאמינים לו לא מקרי שעבוד קרקעות א"כ ה"ה גבי הא דיש לו רק ע"א על הקיום לא מקרי שעבוד קרקעות מה"ט כנ"ל ולכן יש לנו לומר דע"א על הקיום יהיה מהני לגבות מן הלוה בעצמו אלא לגבות מיורשים לא מהני ע"א על הקיום משום דהא כתיב שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים ומה"ט אף דכתוב בשטר מטלטלין אג"ק דלא הוי שעבוד קרקעות אם רוצה לגבות מן המטלטלין שקנו הלקוחות דג"כ אינו גובה מהם משום מה"ט דשבועות ד' בין שניהם ולא בין הלקוחות אבל מן הלוה בעצמו שפיר י"ל לכאורה דיהיה מהני קיום שטר ע"י ע"א ובאמת הא מצינו בכמה דוכתי דלא מהני כלל ע"א על הקיום אף לגבות מהמלוה עצמו א"כ תקשה עדיין דנימא בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בשלמא לשיטת התוס' והרא"ש דס"ל דאם יש לו קרקע מקרי שעבוד קרקעות אף בתביעה בע"פ כנ"ל שפיר י"ל דבאמת היכא דלית לי' קרקע אז גובין ממנו עצמו ע"י קיום ע"א משום דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם והא דבעינן ב' עדים מיירי ביש לו קרקע ע"כ לא שייך בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אבל לשיטת הרמב"ן הנ"ל כדקיי"ל וכמש"כ הש"ך בסי' פ"ח ס"ק נו"ן ובתשובת מהר"ם מלובלין סי' ג' א"כ שפיר שייך בזה לומר דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ועוד

י"ל דאף לשיטת הרא"ש הנ"ל תקשה לפמש"כ הרא"ש רפ"ב דכתובות סי' א' דהאידנא דתקנו הגאונים דמטלטלי משתעבדי שפיר נשבעין אף דהוי שעבוד קרקע א"כ עדיין תקשה דבזה"ז יש לנו לדון דיהיה סגי קיום בע"א על השטר משום דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אף היכא דיש לו קרקע ועיין ברמב"ם ה' אישות פ' טז ה' כ"ה ובראב"ד שם ובמ"מ ובלח"מ שם ובירושלמי רפ"ב דכתובות ובמראה הפנים שם ד"ה כל עמא מודי שהוא חייב לה מנה כו' ואחר כותבי כל זה מצאתי בקצה"ח סי' ל"ט ס"ק ו' שנסתפק בעמד בדין דגבי ממשעבדי אי גבי ממחרתו או מיד:

והנתיבות סי' ל"ט ס"ק יו"ד הכריע דלא גבי רק מיום המחרת והדברים ארוכין:

ענף ה:

והעיקר מה שנלע"ד בהטעם דלא סגי בעדות ע"א על הקיום די"ל בזה ע"פ מש"כ הש"ך בסי' רצ"ו ס"ק ג' על מה דאמרו דאם טוען החזרתי על שטר פקדון דנאמן במיגו דנאנסו וצ"ש דהך שבועה אינו מה"ת וע"כ לא דיינינן בזה כדין שד"א לענין נחתינן לנכסיו ולענין היפוך ותמה האו"ת בכללי מיגו ס"ק קי"ב ע"ז והנתיבות בסי' רצ"ו סק"א כתב ליישב דברי הש"ך דהך מיגו דנאנסו אינו כשארי מיגו רק עיקר הטעם הוא דכיון דבידו להיות טוען נאנסו שוב לא נזהר ליקח שטרו דסמך על טענת נאנסו דבידו לומר לעולם וכה"ג כתב הסמ"ע בסי' מ"ו ס"ק ב' גבי הא דנאמן לומר פרעתי במיגו דמזוייף דיכול לומר הנחתי בידו לפי שסמכתי דאם יתבעני אימא מזוייף הוא עכ"ל וכ"כ הנתיבות בכללי מיגו ס"ק י"ד וכ"כ הנתיבות בסי' פ"ח ס"ק ט' וכ"כ האו"ת בסי' פ"ז ס"ק ט' והנתיבות שם ס"ק ז'. וכבר הקדימם בזה הרשב"ם בב"ב ד' ע' ד"ה וליטעמיך אלו א"ל נאנסו כ' בזה"ל דנפקד נמי לא הוי חייש לשטרא משום דהוי מצי למיפטר נפשיי בטענת אונס כו' וכ"כ הנימוקי יוסף בסוגיא הנ"ל שם הרי דמצינו דאף במקום דהיה צריך לישבע שד"א אפ"ה יכול לומר דלא חשש להניח השט"ח ביד חבירו וע"כ לא שייך בזה שטרא בידי כו' וכן בשט"ח בלא קיום דאף די"ל דלפי דבריו דמודה דהשט"ח אינו מזוייף א"כ ה"ל לחוש שמא ימצא עדי קיום וכעין סברת התוס' בכתובות ד' י"ט ד"ה מודה בשטר שכתבו כו' עי"ש. מ"מ הא מצינו בסמ"ע סי' מ"ו ס"ק ב' הנ"ל דאף בשט"ח בלא קיום אמרינן ג"כ הך סברא ואף דהא היה נשבע שבועות שקר בטענת אונס או מזוייף עכ"ז י"ל דסמך ע"ז וראיתי להנתיבות בסי' ק"ח ס"ק א' שכתב דאין לומר דסמך על טענת אונס משום דהא ישבע שקר רק עיקר הטעם הוא לפי דיכול לטעון החזרתי דנאמן במיגו דנאנסו עכ"ל הנתיבות אבל באמת אינו כן דהא מבואר להדיא ברשב"ם ב"ב ד' ע' ובנימוקי יוסף שם

דכתבו די"ל דסמך על טענת נאנסו ולכן לא חש לשטרו כו' וכמש"כ ג"כ הסמ"ע בסי' מ"ו ס"ק ב' די"ל דסמך דאם יתבע ממנו אימא מזוייף כו' הרי דלא כהנתיבות:
ולפ"ז י"ל דמה"ט לא סגי ע"א על קיום שטר בב' עדים:
דהא עיקר הטעם דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"י ע"א הוא לפי דטענת פרעתי לא הוי טענת עצמו משום דשטרא בידי מאי בעי וכיון דאינו נאמן רק ע"י מיגו דמזוייף ע"כ ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אבל לפי מה דנתבאר דהיכא דלא הוי חיוב ממון ע"י השטר רק חיוב שד"א בזה לא שייך החזקה דשטרא בידי מאי בעי וכמש"כ הרשב"ם והנ"י גבי טענת נאנסו דכיון דה"מ למפטר נפשי' בטענת אונס כו' כנ"ל ע"כ היכא דאין לו רק ע"א על הקיום כיון דה"מ למיפטר נפשי' בטענת מזוייף ולהכחישו והיה מהימן בשד"א ע"כ לא חשש להניח השטר בידו ולא שייך לומר בזה שטרא בידי כו' והוי טענת פרעתי טענת עצמה בטענה מעלייתא ע"כ בעינן ב' עדים על קיום שטרות אבל גבי ממר"ם בחת"י הבע"ד אם יש ע"א על הקיום דכתב הש"ך דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם הא מיירי בכתוב בו נאמנות כמש"כ הש"ך שם דלא נאמן לומר פרעתי אם אין לו מיגו אלא מצד מיגו נאמן אף במקום נאמנות ועיין בש"ך סי' ע"א ס"ק ד' מש"כ שם בשם הסמ"ע דס"ל דמיגו נגד נאמנות סתם מהני והש"ך מחלק דשאני מיגו בעיקר נאמנות עי"ש] וע"כ כיון דאינו נאמן בטענת עצמו רק ע"י מיגו ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם: משא"כ בשטר בלא נאמנות דבכה"ג י"ל דהוי פרעתי טענה מעלייתא דלא שייך בזה לומר שטרא בידי כו' ע"כ לא שייך בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ואפשר לומר בזה דיהיה צריך שבועה בנק"ח כמו בהחזרתי במיגו דנאנסו כמש"כ הש"ך דזהו מדרבנן כנ"ל. או אפשר דאין למדין תקנה מתקנה דאין כל התקנות שוות. ואפשר לומר דזהו סברת היש אומרים דהובא הכא בסי' נ"א סעי' ב' דס"ל דנאמן לומר פרעתי בשטר בע"א וכמש"כ הש"ך בסי' ג' בשם הרשב"א דכיון דאינו אלא בע"א לא חשש להניח בידו וי"ל דזהו ג"כ כוונתם דכיון דיכול לישבע כנגדו ולהכחישו ע"כ לא חשש להניח בידו ועיין בח"מ סי' קמ"ו סעי' ג' גבי מחאה בע"א וי"ל דאף לשיטת הרמב"ם דס"ל בשטר בע"א דשייך בו ג"כ לומר שטרא בידי כו' דשאני התם דהא ניתן בתחלה ביד המלוה להיות לראי' בידו ע"כ לא שייך בזה לומר כ"כ דלא חשש להניח השטר בידו ודוקא גבי כת"י בסי' ס"ט סעי' ב' דס"ל להרמב"ם והמחבר דנאמן לומר פרעתי משום דלא חשש להניח בידו שא"ה די"ל דניתן לכתחלה בידו להיות לראי' שלא יהיה יכול לטעון להד"ם ויהיה מוחזק כפרן אבל גבי שטר בע"א דלא שייך כן. ע"כ ס"ל להרמב"ם והמחבר דאינו נאמן לומר פרעתי ועיין

בב"ב ד' ה' תוס' ד"ה אילימא דא"ל פרעתיך אבל בשטר של ב' עדים דלא נתקיים רק ע"י ע"א בזה שפיר י"ל דלא חשש להניח השטר בידו דסמך על מה דאין לו ב' עדים לקיים השטר ומה דניתן בתחלה לראי' י"ל דהא לא ידעו אז דלא ישיג עדי קיום לאח"ז וע"כ לכ"ע י"ל הך סברא שכתבתי. וא"ש כ"ז וי"ל דלזה נתכוין הש"ך בסי' ע"ה ס"ק מ"ב דסיים שם ועיין לעיל סי' נ"א סעי' ב':

ועדיין יש לומר בזה לפמש"כ התוס' בב"ב ד' ל"ד בד"ה הוי מחוייב שבועה כו' דכתב הר"י דלכן ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם גבי נסכא דר' אבא ולא מהימן לומר דידי חטפי במיגו דלהד"ם כמו בהחזרתי במיגו דנאנסו משום דאינו יכול להעיז פניו נגדו ולישבע ע"ש. לפ"ז י"ל דליתא למש"כ לדמות זה להא דהחזרתי במיגו דנאנסו די"ל דשא"ה דלא הוי העזה נגד העד משא"כ בהך דע"א על הקיום לא ה"ל להניח השט"ח ביד חבירו ולסמוך על מה דיהיה יכול לישבע נגד הע"א דז"א דלא ה"ל לסמוך ע"ז ולהעיז פניו נגד העד א' ולהכחישו ולישבע נגדו א"כ לשיטת הר"י הנ"ל נסתר כל מש"כ לדמות זה להא דהחזרתי במיגו דנאנסו לפירוש הרשב"ם והנ"י הנ"ל. וגם מוכח מן התוס' הנ"ל דלא ס"ל לסברת הרשב"ם והנ"י דלדבריהם אין מקום כלל למה שהקשו התוס' שם מן הא דמהימן החזרתי במיגו דנאנסו דהא י"ל דשאני התם דלכן לא חשש להניח השט"ח בידו דסמך דיהיה לו לעולם המיגו דנאנסו א"כ הוי טענת החזרתי טענת עצמו משא"כ טענת דידי חטפי. א"כ מוכח דלא ס"ל להתוס' לסברת הרשב"ם והנ"י הנ"ל אכן לפמש"כ התוס' שם בב"ב בשם הריב"ם לתרץ דלכן לא מהימן דידי חטפי במיגו דלהד"ם משום דע"א כ"ז דלא נשבע נגדו הוי כשנים והובא בש"ך סי' ע"ה ס"ק מ"ג א"כ לפ"ז שפיר י"ל דלכן לא מהני ע"א על קיום משום דלא שייך בזה שטרא בידי כו' דיכול לומר דסמכתי על מה דבידי להיות נשבע נגדו והוי פרעתי בזה טענת עצמה דאף דע"א כ"ז דאין נשבע נגדו דינו כשנים מ"מ הא בידו עכ"פ להיות נשבע כנגדו ודומה זה למה שכתב הרשב"ם והנ"י הנ"ל גבי טענת נאנסו וגם י"ל בזה לכאורה לאמור דלכן לא מהני קיום עפ"י ע"א משום דהא למ"ד דפליג על ר' אבא בנסכא דר' אבא וס"ל דלא מחייבינן משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמבואר בשבועות ד' מ"ז. א"כ להך מ"ד ודאי לא מהני קיום ע"י ע"א וכבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז סוף ענף א' דבמקום דאיכא פלוגתא י"ל דטעה בזה וכמו שהוכיחו התוס' בב"מ ד' ט"ו ד"ה ונתן לו כו' ובסנהדרין ד' נ"ג דבחייבי כריתות לכו"ע לא תפסי קידושין דאל"כ לא שייך לומר אדם יודע דאין קדושין תופסין כו' ואף דלא קיי"ל כר' יהושע לדינא מ"מ י"ל דטעה בזה. וכה"ג מבואר

בח"מ סי' מ"ב בש"ך ס"ק מ"ב דהיכא דאיכא פלוגתא י"ל דטעה בזה אף דלא קיי"ל כהך מ"ד לדינא עי"ש והארכתי בזה הכלל במק"א:

ולפ"ז י"ל דלכן לא מהני קיום ע"י ע"א משום דלא שייך בזה שטרא בידי כו' די"ל דלכן לא חשש ליקח שטרו דאפשר דלא ידע מן מה דקיי"ל דאמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם והוי בזה טענת פרעתי טענה מעלייתא אף בלא מיגו משא"כ בממר"ם בנאמנות דאינו נאמן בלא מיגו מחמת הנאמנות ולכן לא מהני מיגו דמזוייף משום דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אבל בשטר בלא נאמנות ע"י קיום דע"א י"ל בזה כעין סברת הגמ' בב"ב ד' ה' דאמרו שם מי יימר דמחייבי לי רבנן וה"ה בזה י"ל דלא ידע דמחייבי ליה ע"י מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ואפשר דזהו טעם הסוברים הכא בסי' נ"א דלא מהני שטר בעד אחד דיש די"ל בזה ג"כ להאי טעמא שכתבתי אך יש לחלק בזה דשאני היכא דנקבע כבר להלכה בש"ס דהאידנא לאחר חתימת הש"ס לא שייך לומר כן היכא דלא מצינו בפירוש דאמרו לזה הכלל וגם יש להוכיח דלא כמש"כ דהא מצינו בכמה דוכתי היכא דהוי פלוגתא דרבותא אם השטר כשר או לא דדנין דמהני תפיסה בזה כמבואר בסי' מ"ב דהא לפמש"כ י"ל דיהיה נאמן לומר פרעתי בכה"ג משום די"ל בזה להך סברא דמי יימר דמחייבי לי' רבנן דטעה בזה וע"כ לא חשש להניח שטרו ומדלא אמרינן כן מוכח דלא כמש"כ:

ולשיטת הר"י דב"ב הנ"ל דכתב דלא מהימן במיגו דלא חטפי משום דאינו יכול להעיז פניו נגד העד כנ"ל י"ל דס"ל כמש"כ התוס' בב"מ ד' ד' דלא משכחת מודה במקצת רק היכא דאין לו קרקע משום דס"ל דהיכא דיש לו קרקע אז מקרי שעבוד קרקעות. ע"כ ה"ה בהא דאמרו בגמ' דבעינן שני עדים על קיום שטרות ואף מן הלוה עצמו לא גבינן ע"י קיום ע"א די"ל דמיירי היכא דאית לי' קרקע דמקרי שעבוד קרקעות וע"כ לא שייך בזה לדון מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ולשיטת הרמב"ן כדקיי"ל דאם לא מצי גבי ממשעבדי לא מקרי שעבוד קרקעות י"ל דלכן לא מהני ע"א כפי הטעם שנתבאר על פי שיטת הרשב"ם והנ"י דבכה"ג לא שייך חזקה דשטרא בידי כו' דסמך על מה דיהי' מהימן בשבועה כנ"ל ועיין בחידושי הרמב"ן לב"ב ד' ל"ד מש"כ שם בהא נסכא דר' אבא: ענף ו:

ועוד יש לומר בטעם הדבר דלכן בעינן שני עדים לקיים השטר דהא מבואר בסי' ס"ט סעי' ב' שיטת הרמב"ם והמחבר וש"פ דס"ל דיכול לומר פרעתי בכת"י. והטעם הוא לפי דאינו גובה ממשעבדי לכן לא שייך בזה לומר שטרא בידו כו' וכמש"כ התוס' בכתובות ד' כ"א ד"ה הוציא עליו כת"י כו' [והתוס' שם כתבו דהר"י ס"ל דאינו נאמן לומר פרעתי

על כת"י אבל הרא"ש בכתובות פ"ב סי' י"ז כתב בשם הר"י דס"ל דיכול לומר פרעתי על כתב יד וזהו שייך לענינינו וקצרתי] וכ"כ הש"ך בסי' ס"ט ס"ק י"ד בשם הרמב"ן וש"פ שכתבו ג"כ ה"ט והא דשטר פקדון דאינו נאמן לומר החזרתי בלא מיגו דנאנסו אף דאינו גובה ממשעבדי הטעם הוא דלכן לא גבי ממשעבדי משום ה"ט דיכול לטעון החזרתי במיגו דנאנסו ועוד טעם אחר עי"ש בש"ך ובאמת יש לדון דמש"כ הש"ך דהיה יכול לגבות ממשעבדי בשטר פקדון זולת לפי דנאמן החזרתי כו' די"ל דזה אינו שייך רק לשיטת התוס' בב"ב ד' ע' דס"ל דאין טוענים ליתמי נאנסו וה"ה ללקוחות ע"כ שפיר היה מצי גבי מלקוחות. אבל לשיטת הרי"ף והרמב"ן וכפי שהכריע הש"ך בסי' ק"ח ס"ק ח' דטוענים ליתמי נאנסו א"כ וודאי לא היה מצי גבי מלקוחות בשטר פקדון אף בלא טענת החזרתי במיגו דנאנסו ולפ"ז שפיר הקשה הרשב"א על טעם שכתב הרמב"ן כמבואר בש"ך סי' ס"ט ס"ק י"ד עי"ש אך באמת י"ל בזה כפי טעם האחר שכתב הש"ך שם לחלק בין שטר פקדון ובין כת"י וכ"כ הש"ך בסי' ס"ח ס"ק ג' הטעם דכיון דלא גבי ממשעבדי יכול לומר פרעתי עי"ש: ולפ"ז י"ל דלכן לא מהני ע"א על קיום דאף דבמיגו דמזוייף אין להאמינו דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם עכ"ז י"ל דבזה הוי טענת פרעתי טענת עצמו לפי די"ל דלכן לא חשש והניח השטר בידו לפי דאינו יכול לטרוף בשטר כזה ממשעבדי דהא במקום שעבוד קרקעות לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וגם אף מן יורשים אין גובין בכזה משום דשבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים וכיון דאין גובין בשטר כזה ממשעבדי ע"כ י"ל דלכן הניח השט"ח בידו לפי דידע דאין לו עדי קיום רק קיום ע"י ע"א וכעין סברת הסמ"ע בסי' מ"ו ס"ק ב' וכיון דכה"ג אינו טורף ממשעבדי ע"כ לא חשש לזה:

ואף לפי שיטת הסוברים דאין נאמן לומר פרעתי על כת"י י"ל דשאני זה דהא ניתן בתחלה לראיה בידו א"כ הא סמכו ע"ז הראיה מן הכת"י. ע"כ אף דאינו טורף ממשעבדי מ"מ ס"ל דשייך בזה שטרא בידי מאי בעי משא"כ בנ"ד דהא בתחלה כשניתן לו השטר להיות לראיה בידו לא היו יודעים אז שלא ימצא לאח"ז רק ע"א על הקיום ע"כ בזה י"ל דכ"ע מודו לזה הסברא וגם יש לחלק עוד דשאני כת"י דיגבה עכ"פ מן היורשים ע"כ שייך בזה לומר שטרא בידי כו' משא"כ בנ"ד דלא יגבה בכזה מהיורשים משום שבועת ד' בין שניהם ולא בין היורשים ע"כ י"ל דזה לא חשוב כלל לשטרא לומר דלא היה לו להניח השטר הלז בידו וי"ל דסמך בזה על הא דאמרו בכ"ד דלא יעיז פניו נגד הלוה] ומה"ט י"ל דאף לשי' הרמב"ם והמחבר דס"ל בשטר בע"א דאינו נאמן לומר פרעתי ושייך בזה להחזקה דשטרא בידי כו' דשא"ה דניתן לכתחלה לראיה בידו וכנ"ל אבל בנ"ד דלא שייך

כן י"ל דכ"ע מודו בזה ואפושי פלוגתא לא מפשינן וע"כ הוי פרעתי בכה"ג טענת עצמה כנ"ל לכן שפיר כתב הש"ך דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם:
וראיתי בפני יהושע לכתובות ד' י"ט ע"א ד"ה א"ל ר"נ כו' שכתב לדון אם מהני קיום ע"י ע"א וכן ההפלאה שם ד"ה אלא טעמא דר"מ כו' כתב ג"כ להעיר בזה והעלה הטעם דלכן לא מהני ע"א על הקיום משום דה"ל שעבוד קרקעות עי"ש. אכן לפמש"כ לעיל לא שייך בזה לדון דזהו שעבוד קרקעות לכן העיקר כהטעמים שכתבתי לעיל לדון דלא שייך בזה לדון מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כלל וע"כ העיקר כמש"כ דאף היכא דאין להלוה רק מטלטלי ג"כ לא מהני קיום ע"י ע"א כלל לגבות אף מיניה. וכן נתבאר דהא דמבואר בסי' פ"ח סעי' כ"ח ובש"ך ס"ק נו"ן דהודאה במקצת מחייבו שד"א אף דאית ליה קרקע דזהו אף דהיה ההודאה ע"י קבעו דוכתא ושלחו אחריו כמבואר בסי' ע"ט וסי' ל"ט דגובה ממשעבדי והוי כמלוה בשטר דעכ"ז חייב שד"א משום דזה לא מקרי שעבוד קרקע ושאני מעשה ב"ד דיש לו מכבר זה הוי שעבוד קרקע. וגם נתבאר דמוכח מהך דסי' נ"א הנ"ל דהך כללא דאמרו בכ"ד דהיכא דאין שנים מחייבין ממון רק ע"י שבועה דבזה לא אמרי' מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דזהו דוקא היכא דמה"ת אינו נוטל אף בשבועה אבל היכא דמה"ת נוטל בלא שבועה רק דרבנן חייבוהו שבועה דבכה"ג אמרי' בזה דאף ע"י ע"א חייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם וגם נתבאר לדון בהכלל שכתבו דבמקום שבועה דרבנן לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דהיכא דעיקר השבועה הוא מה"ת רק מצד אחר הוא דרבנן דיש לדון ולחלק בזה. (ב) (שם סעי' ו') שטר שנמסר בפני עדים גובין ממשועבדי כו' סמ"ע ס"ק י"ד דאם חתומים בו עדים א"צ עדי מסירה ובאה"ע סי' קל"ג מבואר פלוגתת האלפסי עם הרא"ש וש"פ דלר"א דס"ל ע"מ כרתי אם סגי בע"ח לבד או לא ושיטת האלפסי שם וכפי מש"כ הר"נ בכוונתו דגם ע"ח מהני מצד דהוי ג"כ כמו ע"מ כיון דיוצא מת"י ע"ש א"כ לפ"ז בוודאי בשטרות אף לשיטת המחבר דפסק הלכה כר"א בשטרות דמ"מ מהני ע"ח ג"כ אך לשיטת הרא"ש וש"פ שם דס"ל דלר"א לא מהני ע"ח אם לא היה ע"מ רק מטעם דאמרינן דמסתמא נמסר בע"מ אבל בידוע שלא היה ע"מ לא מהני ע"א א"כ י"ל דה"ה בשטרות לא מהני ע"ח בלא ע"מ והנה הרא"ש בגיטין פ"ט סי' ז' כתב בזה"ל וכן הילכתא בין בשטרי מכר ומתנה ובין בשטרי הלוואות בעינן עדי מסירה והקרבן נתנאל שם ס"ק מ"ג כתב להוכיח דבשטרות לא בעינן ע"מ אם היה ע"ח וכמש"כ התוס' לעיל ד' ד' ד"ה דקיי"ל הלכה כר"א בגיטין כו' בסה"ד דלענין ממון דמהני הודאת בע"ד סגי בע"ח כו' וגם לא הזכיר בשום פוסק בשם הרא"ש דבעינן ע"מ

וטעות סופר הוא ברא"ש וצ"ל ובין בשטרי הלואות מהני ע"מ דלא כת"ש עכ"ל וכ"כ התפארת שמואל שם ס"ק ח' לדינא דבשטרות סגי בע"ח לבד. אך בהרא"ש ב"ב פ' יו"ד סי' ז' כתב שם דלר"א שטר הבא לפנינו ועדים חתומים בו אע"פ שאין אנו יודעין שנמסר בפניהם אלא שאנו תולין כיון ששניהם חתומין עליו גם נמסר בפניהם עכ"ל הרא"ש הרי דחזינן דס"ל להרא"ש דלר"א גם בשטרות אם לא היה רק ע"ח דלא מהני אם ידוע דלא היה ע"מ שם הרי הוא דלא כהק"נ והת"ש בשיטת הרא"ש ובאמת גם התוס' בגיטין ד' ד' מסתפקין בזה דהא כתבו דרגיל ר"ת לומר דאף שטר לא מהני לר"א אם לא נמסר בפני עדים רק לבסוף כתבו בלשון מיהו יש לחלק כו' וכן התוס' בגיטין ד' יו"ד ד"ה חספא בעלמא כו' כתבו בלשונם דאפי' אם נאמר ששטר מתנה שחתמו בו כשר לקנות בלא ע"מ כו' הרי דמסתפקין בזה ולא היה ברור להו דיהיה סגי ע"ח לבד אליבא דר"א ויש להאריך בכ"ז:

ומ"מ לדינא כיון דהמחבר באה"ע סי' קל"ג הביא דעה ראשונה בסתם דע"ח סגי אף בלא ע"מ אף אליבא דר"א ודעה שנייה הובא שם בשם יש אומרים ע"כ וודאי לדינא העיקר כהסוברים דע"ח סגי אף בגיטין וכש"כ בשטרות אליבא דר"א די"ל כעין סברת התוס' דגיטין דבממון דמהני הודאת בע"ד מהני ע"ח לבד לכ"ע ולכן לא אישתמיט שום פוסק לומר דצריכים ע"מ ג"כ ולעשות מזה ספיקא דדינא ולכן ברור ופשוט דבע"ח א"צ ע"מ כלל ועיין בש"ך סי' מ"ב ס"ק ב' שהביא דברי התוס' דגיטין ד' ד' ודף י' הנ"ל:

ג (בש"ך ס"ק ט') העלה דהוי ספיקא דדינא שמא הלכה כר"מ דבעי ע"ח דוקא ולא מהני ע"מ וגם הביא שם מש"כ התוס' בגיטין ד' ג' ע"ב ד"ה וגובה ממשועבדים כו' בשם הר"ח דכתב דלא מגבינן בע"מ אלא מב"ח כו' דמוכח מזה דבשטרות לא מהני ע"מ וסותר שיטתו למש"כ בש"ך סי' מ"ב ס"ק א' דיותר מסתבר להכריע דהלכה כריו"ח דמכשר אף בשטרות שנכתב על דבר שיכול להזדייף אם הע"מ הם לפנינו וזהו שיטת ר"ח כמבואר שם וע"כ מוכח מזה דבאמת שיטת הר"ח הוא דע"מ כרתי ולכן פסק שם כר' יוחנן דגם בשטרות כשר ע"ג יכול להזדייף ומה דפסק דאין גובה ממשעבדי בע"מ זהו לפי דס"ל דכל ע"מ אפי' לר"א אין גובה ממשעבדי דל"ל קלא אם אינם חתומים בתוכו ואפשר דהש"ך דכתב כן לדינא לעיל בסי' מ"ב זהו לפי מה דמספקא לן דלמא הלכה דע"מ כרתי ומהני תפיסה בזה ואף דהוי ספק ספיקא דדינא ספק א' שמא הלכה דע"מ לא מהני ואת"ל דמהני אכתי ספק שמא הלכה כמאן דפוסל בשטרות הנכתב ע"ד המזדייף כמבואר בגיטין ד' כ"ב משום דבעי למען יעמדו ימים רבים אף לר"א דע"מ כרתי. עכ"ז הא מהני תפיסה אף דהוי נגד ס"ס כמבואר ברא"ש ב"ק פ"ב סי' ב' וא"ש דברי הש"ך אך

במש"כ כן בשם הר"ח יש להקשות כנ"ל ואחר כותבי זה ראיתי בספר משכנות יעקב ח' ח"מ סי' י"ט שהעיר ג"כ כנ"ל על הש"ך בזה:
וכעת ראיתי בגט פשוט לאה"ע סי' כ"ד ס"ק ו' שתמה כן על הרי"ף דפסק דבשטרות אין הלכה כר"א דא"כ אמאי הוצרך הרי"ף לומר כפרק ב' דגיטין דבשטרות לא מהני בנכתב ע"ד המזדייף הא בלא"ה לא שייך כן בשטרות ותי' שם ע"ש ולפ"ז א"ש בפשיטות דברי הש"ך הנ"ל ובאמת הא הש"ך בסי' מ"ב ס"ק ב' הביא שם דשיטת הרבה פוסקים דאין הלכה כר"א בשטרות וכמו שכתבתי לקמן ס"ס נ"א עכ"ל הש"ך הרי דהש"ך עצמו העיר מזה שם בסי' מ"ב ולכן לפמש"כ בשם הג"פ א"ש:

סימן נב

א (סעי' א') שטר שיש בו ריבית כו' אבל אם כלל הקרן עם הרבית פסול מפני שיבא לגבות הריבית והרמב"ן חולק בזה לפי דבהקרן לא קעביד איסורא כו' והקשה בשער משפט ע"ז מהא דכתובות ד' פ"ז פוחתת לא תפרע אלא בשבועה היתה כתובתה אלף זוז כו' והיא אומרת אינה אלא מנה כו' באומרת אמנה היתה בינו לבינה וקשה דניחוש שמא יבא לגבות בו כולו והשטר פסול וחספא בעלמא ולא מהני מיגו בזה כמבואר שם ומוכח מזה כשיטת הרמב"ן דלא גזרו היתירא אטו איסורא ונדחק ליישב ובאמת לשיטת המחבר דס"ל בסימן מ"ג סעי' ז' דשט"ח מוקדם גבי מבני חורין דטעמם דמ"מ דינו כשטר לענין דאינו נאמן לומר פרעתי אינו קשה דהא אף דהשטר פסול בכלל הקרן והרבית מ"מ מב"ח גבי אבל לשיטת הר"י דס"ל בתוס' ב"ק ד' למ"ד ע"ב ד"ה וחכ"א כו' דבלא כלל מיירי התם. וס"ל דשט"ח מוקדם אינו גובה מב"ח כמש"כ התוס' בב"ק ד' קנ"ז ע"ב ד"ה המוקדמים כו' וכן הוא שיטת הרמ"א בסי' מ"ג שם ואפ"ה סתם הכא כהמחבר תקשה כנ"ל: ונלע"ד לחלק ע"פ מש"כ הש"ך לקמן סי' נ"ה ס"ק ה' דהיכא דיצטרך שבועה אם יפרע ממשעבדי דבזה לא גזרו היתירא אטו איסורא ע"ש ולפ"ז יש לחלק דשאני התם בכתובות דמיירי באמנה והא מבואר לקמן סי' קי"ד סעי' ד' דאם טורף מלקוחות צריך לישבע שלא נפרע וכולל בשבועתו שאין זה שטר אמנה כו' ומשמע מזה דעל חשש מוקדם וריבית א"צ לישבע בכולל. והטעם הוא פשוט דהא אין מגלגלין טענת ספק אלא א"כ ברגלים לדבר כמבואר בסי' צ"ד א"כ לפ"ז א"ש מה דלא הזכירו התם שיכלול שלא היה שטר של ריבית או מוקדם לפי דזהו חשש רחוק דהא במוקדם וריבית העדים נפסלים ואף לשיטת הסוברים דבריבית לא נפסלו העדים מ"מ אם ידעו העדים שיש בו ריבית וכללו הקרן והריבית ביחד בזה נפסלים העדים לכ"ע כמש"כ הט"ז ליו"ד

סי' קס"א ס"ק זיי"ן וכמש"כ שם החוות דעת ס"ק י"א לפרש לכוונת הט"ז ע"כ הוי חשש ריבית ומוקדם חשש רחוק דאוקי להעדים על חזקת כשרות דלא נפסלו ואי דנימא לחוש שמא לא ידעו העדים מן המוקדם והריבית זהו ג"כ חשש רחוק וע"כ לא הצריכו שבועה אף בתורת ג"ש והתם לא שייך לומר דטוענין להו בזה דהא אף הנתבע עצמו אינו יכול להשביעו על חשש מוקדם וריבית משא"כ בחשש אמנה דהעדים לא נפסלו לעדות אם חתמו על שטר אמנה כמש"כ הקצה"ח בסי' ל"ה ס"ק ד' ודלא כהאו"ת בסי' מ"ו ע"ש:

וכיון דאם חתמו העדים על שטר אמנה אינם נפסלים לעדות וע"כ אף דאסורים לחתום על שטר אמנה מ"מ הא המה עדיין בחזקת כשרות לכן הוי חשש אמנה אינו חשש רחוק ומגלגלין ואף דעכ"פ רגלים לדבר לא הוי מ"מ י"ל דלהוציא שאני כמש"כ לחלק כעין זה הש"ך בסי' קמ"ו ס"ק ה' ע"ש ואכמ"ל:

ועיין בש"ך סי' נ"ה ס"ק ה' שכתב בזה"ל ואפילו את"ל דמצד גלגול יכול להשביע על מוקדם וריבית כו' ובאמת הא מוכח מן הטור והמחבר בסי' קי"ד הנ"ל דא"צ שבועה אף מצד ג"ש רק על אמנה ולא במוקדם וריבית כנ"ל ולכן אתי שפיר מה דלא גזרו באמנה במקצת הך גזירה משום דכיון דצריך שבועה לכן לא חששו משא"כ בריבית דא"צ שבועה ע"כ חששו שמא יגבה כולו ממשעבדי והעיקר מה שנלע"ד בזה דאין זה קשה כלל דהריטב"א לכתובות ד' פ"ז ע"ב והשמ"ק שם כתבו בזה"ל על מה דאמרו שם באומרת אמנה היתה בינו לבינה פי' כי בפני העדים נתחייב כראוי בכל הכתוב בשטר אלא שהיה הסכמה בינה לבינו שלא תגבה אלא כך וכך ושטר כזה כשר הוא אפילו לנכסים משועבדים לגמרי שהרי נשתעבד כראוי בכל הכתוב בו עכ"ל הריטב"א והשמ"ק הרי דכתבו להדיא דהשטר כשר לגבות בו לכל הסך הכתוב בו ממשעבדי ואף דהיה אמנה במקצתו ע"כ מוכח דשאני אמנה זה מכל אמנה דמבואר בש"ס דבכל אמנה הוא שהאמינו שלא יתבענו אא"כ מלוהו כפי' רש"י בכתובות ד' י"ט רק אם לא ילוהו לא יהיו לו דין שטר רק דהימני' בזה שיגיד האמת אבל הכא מיירי דהתחייב בפירוש אלף זוז באם שירצה לגבות כולו אף ממשעבדי ויגיד שמגיע לו אלף זוז שאז יהיה מחוייב באמת מעכשיו לכל סך הכתוב בשטר וכמש"כ הטור באה"ע סי' צ"ו גבי פוחתת שנתחייב בקנין אלף זוז רק דהאמינה שלא תתבע אלא ה' מאות זוז משום דכיון דהיה התחייבות בתנאי באם שיגיד שהלוהו אז יהיה מחוייב מעכשיו ע"כ בעינן קנין לזה וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' מ' ס"ק ד' דלא מהני שטר בזה וזהו דומה להא דאמרו בגיטין ד' ס"ד גבי שליש דהימני אף אם יגיד בשקר שהיה לגירושין אז אמרינן דסתמא נתרצה מעכשיו שיהיה לגירושין כ"ז שלא יבואו עדים להכחישו רק גבי סתם אמנה דבש"ס לא אמרינן

דהאמינו לגמרי אף אם יאמר בשקר כמו בשליש משום דהא לא אמרינן כן רק בשליש שאינו נוגע כמבואר בסי' נ"ו אבל בבע"ד עצמו לא אמרינן כן דאין לך נוגע גדול מזה ועיין בנתיבות סי' נ"ז ס"ק ב' ובסי' מ"ו אבל היכא דהתנה בפירוש כן שאני דהא באמת התחייב מעכשיו על כל האופנים רק דהאמינו דסתמא יגיד האמת אבל אם יאמר השקר אז התחייב מעכשיו דיהא לו דין שטר אף לגבות כולו ממשעבדי וזהו כדי דלא יפסול השטר משום גזירה דלמא יגבה כולו:

וזהו כוונת רש"י בכתובות שם שכתב בד"ה באומרת אמנה כו' ששטר נכתב ונחתם כהוגן כו' והאמין בי שלא אתבענו אלא מנה עכ"ל דבעצם השטר אין בו שום פסול כלל אף מחמת הגזירה דקנסו היתירא אטו איסורא שמא יבא לגבות כולו משום דאם ירצה לגבות כולו אז יגבה כדין רק עכשיו שהודה בב"ד דאינו אלא ע"ס מחצה מהשטר אז באמת אינו חייב רק כפי סך שהודה המלוה ועכשיו שהודה כן בב"ד אז יכולין ב"ד לכתוב על השטר דאינו באמת רק על סך ה' מאות זוז ולכן לא מקרי זה דנראה פסולו בב"ד דהא באמת אם היה רוצה לגבות כולו ממשעבדי היה גובהו כדין מקודם דהודה כן ואחר שהודה הא אז הוי זה כמו אם פרעו בב"ד מחצה מהחוב דלכ"ע יש למחצה השנייה דין שטר אף לפמש"כ הרא"ש בנדרים ד' כ"ז לגזור אף אם פרעו מחצה וכמש"כ הש"ך לקמן סי' נ"ה בשמו דמ"מ אם פרעו בב"ד יכולין לכתוב כן ע"ג השטר או בשובר ויש להמחצה השנייה דין שטר וכמבואר בסי' נ"ד: והא דאיבעי להו בכתובות ד' פ"ז גבי פוחתת אם צריכה שבועה היינו כיון דעכשיו דהודית האמת שאין לה רק מחצה בהשטר ע"כ שפיר חיישינן דלמא היה כולו על אמנה דמבואר בש"ס דלא ניתן לו לראי' רק אם יאמר האמת וכש"כ לפמש"כ המהרש"א בתוס' ד"ה א"ד פוגמת כו' דעיקר הספק הוא בפוחתת דלמא היא פוגמת ואיערומי קמערמא לומר פוחתת ע"ש והא דירושלמי בכתובות פ"ט שם דשקלו וטרו אם פוחתת בע"א צ"ש. י"ל דהא הירושלמי לא הביא שם כלל למאי דאמרינן בש"ס דילן להקשות והא האי שטרא חספא בעלמא כו' וכמש"כ בחידושיי לח"מ לקמן סי' פ"ד מזה וגם י"ל דהא כ"ז הוא אם לא יבורר כן ע"י עדים כנ"ל בשליש. ע"כ בע"א י"ל דכיון דנאמן לשבועה וכ"ז דלא נשבע נגדו דינו כשנים ע"כ שפיר איבעיא להו כן. או די"ל דבאמת הירושלמי לא קאי על פוחתת דברייתא דשם וקצרתי:

ולפ"ז מתורץ בפשיטות קושיות השער משפט הנ"ל וי"ל דהריטב"א והשמ"ק נתכוונו ג"כ לתרץ לקושיא הנ"ל וע"כ כתבו כן ולכן לדינא שפיר יש לומר דגזרינן שלא יגבה אף סך שחייב באמת משום גזירה דיגבה כולו ממשעבדי וכמש"כ התוס' והרא"ש וכמש"כ הרא"ש בנדרים ד' כ"ז והובא בש"ך סי' נ"ה ס"ק ה':

ב (שם ש"ך ס"ק א') דעדים לא נפסלו בחתמו על שטר של ריבית משום דלא תשימון לא משמע לאינשי אלא במלוה ולוה והנה הט"ז ליו"ד סי' קס"א ס"ק זיי"ן כתב דהעדים פסולים והש"ך הכא השיג עליו וכמש"כ בנקה"כ שם אבל באמת א"ש דברי הט"ז דכוונתו באם כללו הקרן והריבית ביחד וידעו מזה דאז נפסלים לעדות משום דהוי כמו מוקדם דנפסלים כמש"כ התוס' בב"ב ד' צ"ד ע"ב ד"ה הכי השתא כו' וה"ה בזה וכ"כ התוס' להדיא לחלק כן בב"ק ד' למ"ד ובב"מ ד' ע"ב ד"ה שטר שיש בו ריבית כו' דיש מקום לומר דהיכא דכללו ביחד כיון דיוכל לבא לידי גובייגא יהיו פסולים ביותר מן אם היה מפורש הריבית ע"ש. וכעת מצאתי בחוות דעת סי' קס"א ס"ק י"א דפירש כן לכוונת הט"ז הנ"ל וראיתי בספר תפארת למשה ליו"ד סי' קס"א שתמה ג"כ על הט"ז כנ"ל אבל באמת אין זה קשה כנ"ל וכמש"כ החוו"ד שהט"ז בדף האחרון כתב בקצרה כן ולפ"ז לדינא ברור הוא אם כללו ביחד הקרן והריבית וידעו מזה דאז פסולים העדים לעדות:

סימן נג

א (סעי' א) מי שיש לו שטר במנה ואמר עשו לי שנים מחמשים אין שומעין לו אלא מרצון הלוה:

בש"ך ס"ק ב' וי"ל דאף מדעת שניהם ניחוש לקנוניא כו' א"נ כיון דמסתמא אין המלוה יודע כו' ולא חיישינן לקנוניא אלא היכא דאיתרע בנפילה כו' וכן הקשה הצ"צ בסי' ט"ו ע"ש והאו"ת בסי' ק"ד ס"ק יו"ד הביא לדברי הש"ך והצ"צ הנ"ל ולמש"כ הב"א בתשובה ע"ש ועיקר תירוץ של הש"ך הנ"ל אינו מספיק לתרץ זה דהא שיטת הש"ך בסי' ע"ט ס"ק למ"ד דהיכא דיכול לומר פרעתי חיישינן לקנוניא אף אם לא איתרע וכ"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק כ"ד ובסי' ק"ו ס"ק ו' וכש"כ במה דכותבין לכתחלה וודאי דחיישינן לקנוניא כמבואר בב"מ י"ב דמקשה הגמרא על הא דכותבין שטר ללוה כו' דניחוש שמא כתב ללות בניסן כו' אף דהתם הא לא איתרע בנפילה וכוותיה ועיין בש"ך סי' ס"ט ס"ק ו' ובנתיבות שם:

ולענ"ד יש ליישב זה דבאמת לא חיישינן לקנוניא ולגביה שלא כדין רק היכא דאף בדיעבד יהיה הגביה שלא כדין ע"כ בזה יש לחוש אבל בחשש שני מלווין הנכתבו ביום אחד בבאו לגבות מקרקעות או אף בנכתבו בשני זמנים הבאים לגבות ממטלטלין דכיון דאם עבר וגבה א' מהם כולו מה שגבה גבה כמבואר בסי' ק"ד סעי' ח' ע"כ כיון דבדיעבד אף אם יגבה שני חלקים אף אם היה בשטר אחד יהיה שייך ע"פ דין לו ועיקר החשש

הוא על לכתחלה ע"כ בכה"ג לא מצינו דחשו חז"ל בזה לקנוניא ולטירפא שלא כדין וכיוצא בזה כתב הבית יוסף ביו"ד סי' ב' ועיין בט"ז יו"ד סי' צ"א ס"ק א' מזה:
והעיקר מה שנלע"ד בזה דהא מבואר בתוס' ב"מ דף כ' ע"א ד"ה ש"מ איתא לדשמואל כו' דעיקר החשש הוא להיכא דשמא יפסיד לגמרי אבל היכא דלא יפסיד לגמרי כגון דאותו החוב שהיה להם על הבעל יהיה להם על האשה כו' בזה לא חיישינן דהוי זה כעין שני ספיקות יעו"ש ולפ"ז ה"ה הכא ג"כ דהא מיירי באינו ידוע אם יש עליו עוד בע"ח א"כ הוי שני חששות חשש א' דלמא אין כאן בע"ח אחר ואת"ל דיש עוד בע"ח אחר אכתי הא לא יפסיד לגמרי דהא שמא ישלם לו הלוה וע"כ בכה"ג לא חיישינן והנה הסמ"ע והש"ך לקמן סי' ס"ה סעי' ז' הקשו שם דניחוש שמא יש עליו עוד בע"ח ונדחקו ליישב ובאמת לפי דברי התוס' הנ"ל אתי שפיר שם. וכן יש לתרץ קושיות הש"ך הנ"ל ע"פ מש"כ הנתיבות בסי' ס"ה ס"ק י"ד בשם השמ"ק דכתב דלמניעת טורפא לא חיישינן וה"ה הכא הא לא הוי רק מניעת טירפא וע"כ שפיר כותבין שני שטרות אם נתרצה הלוה וכן הוא נכון לדינא:

סימן נד

א (סעי' ג' בש"ך ס"ק ח') כתב בתשובת מהר"א בן ששון שובר מוקדם כשר כו' וכתב הש"ך דהוא מילתא דפשיטא והאו"ת ס"ק ב' תמה בזה דהא אמרו בב"מ ד' כ במצא שובר דלמא כתוב ליתן בניסן כו' ומשני ש"מ איתא לשמואל כו' והקשו התוס' דלמא מכרה במעמ"ג ותירצו דכתובה ליתא במעמ"ג. א"כ שט"ח דאיתא במעמ"ג ניחיש שמא מכר השט"ח במעמ"ג וע"י השובר מוקדם מפקיע כח הלוקח שלא כדין א"כ מבעי להיות פסול שובר המוקדם ונשאר בתמיה רבתי ולענ"ד נראה דאינו קשה דהא מבואר לקמן סי' ס"ה סעי' י"ח דמצא שובר בשוק בזמן שהמלוה מודה יחזיר ללוה א"כ תקשה ניחוש שמא מכר השט"ח במעמ"ג דליתא במחילה וע"כ מוכח מזה דלדינא קיי"ל כמו דכתבו התוס' בב"מ ד' כ' ד"ה ש"מ איתא לשמואל כו' דלכן לא חיישינן שמא מכרה במעמ"ג לפי דהא אם ליכא עדים על המכירה יכפרו המכירה ואי דאיכא עדים נשיילינהו היכי הוה אם אומרים שנתרצה או שתק א"כ מודה שהשובר שקר ואם מוחה א"כ השובר נעשה קודם המכירה ואינהו דאפסידו אנפשייהו עכ"ל התוס' בתי' א' וכ"כ הר"נ והנ"י בב"מ שם וכ"כ הרא"ש בכתובות פ"ט סי' יו"ד. וכ"כ התוס' בגיטין ד' י"ג ע"ב ד"ה תנהו לפלוני כו' ולפ"ז כמו דבמצא שובר בשוק יחזירו ולא חיישינן שמא הוא מוקדם דזהו משום ה"ט דכתבו א"כ מה"ט כשר גם שובר מוקדם ולא חיישינן שמא יטרוף מלקוחות

שקנו השטר דהא כיון דאיכא עדים על המכירה א"כ אמרינן דנשיילינהו אם נתרצה בהמכירה א"ב מסתמא השובר שקר ואם מיחה אז א"כ אמרינן דהאמת הוא דפרעו מקודם המכירה רק דהשובר נכתב אח"ז על זמן המוקדם ועיין בפלפולא חריפתא ב"מ פ"א ס"ק א' שכתב דלכן הרא"ש שם לא ניחא ליה בתי' זה משום דיכולים לומר דלא איכפת לנו במוחאתו: אך הא אף לפי מה דתירצו שם הרא"ש והתוס' דלכן לא חיישי' שמא מכרה הכתובה במעמ"ג משום דלא תקנו מעמ"ג בכתובה הא מסקי התוס' שם בב"מ דהא דלא חיישינן שמא מכרה הכתובה אחר הגירושין במעמ"ג כי אחר הגירושין מסתמא מכרה בדמים יקרים וכשיוציא שוברו שקדם היא צריכה לשלם ולא תרויח כלום בקנוניא כו' אבל הכא דאינו אלא חששא בעלמא שמא לא מכרה ואפילו מכרה שמא לא יפסידו הלקוחות כי אינו מוציא מהם אלא חוב שהיה להם על הבעל יהיה להם על האשה כו' עכ"ל התוס' א"כ לפ"ז ה"ה מה"ט א"ש דמצא שובר דמחזירין אף דבשטר שייך מעמ"ג משום דהא מסתמא מכרה בדמים יקרים כמש"כ התוס' על מכירת כתובה לאחר גירושין וע"כ שייך בזה סברתם הנ"ל דלשני חששות לא חיישינן לכן א"ש מה דהכשירו שובר מוקדם משום דגם בזה שייך לומר דהוי שני חששות שמא לא מכרה ואף דמכרה אכתי י"ל דאותו חוב שהיה להם על הלוה יהיה להם על המלוה וע"כ לא חיישינן בזה לקנוניא ועיין ב"ב ד' מ"ו ע"ב דאית ליה ארעא אחריתי. רשב"ם שם משום דשני חששות לא חייש כו' וזהו ג"כ כעין זה וקצרתי: ומה"ט אתי שפיר מה דהקשה האו"ת דניחוש שמא כבר לוה מאחרים וע"י השובר יהיה חב לאחרים וכבר הקשה זה הסמ"ע בסי' ס"ה ס"ק נ"ח והש"ך שם ס"ק מ"ט אבל באמת אין זה קשה כלל לפי מה שנתבאר בשם התוס' דב"מ הנ"ל דלא חיישינן לחוב שאינו ידוע מטעם דהוי שני חששות כנ"ל ולכן הנכון לדינא דבדיעבד אם הקדימו השובר דכשר:

ב (שם סעי' הנ"ל) ש שובר שנכתב סתם מבטל כל שטר כו' וכ"כ לקמן סעיף ה' אם כתוב בשובר דינרים סתם מבטל כל שטר כו' וכתב האו"ת בס"ק ו' בשם תשובת הרא"ש בלוה שיש לו כתב בקבלת הרבית באופן שחייב לנכות וא"י כמה דהמלוה גובה ואינו דומה לשובר דהכא הוי בדין זה גובה וזה גובה וכ"כ הנתיבות ולא כתבו הטעם בזה ולכאורה י"ל דיהיה מועיל מוחזקות הלוה מטעם תפיסה בדרא דממונא וכיון דאנן ידעינן דהמלוה חייב ללוה רק דאינו ידוע כמה אין לך דרא דממונא יותר מזה וכמש"כ התוס' בב"מ ד' ק' ד"ה דמי עבד גדול כו' והובא בקצה"ח סי' ע"ב ס"ק כ"ה אך כבר מבואר בש"ך בתקפו כהן ס"ק ק"ל ביאור דין זה דכיון דיש לו שטר על חבירו ה"ל כגבוי כיון דלא נולד ריעותא וספק בעצם השטר וע"כ אף דאירע ספק בענין אחר מקרי המלוה מוחזק

בשטרו ע"ש ועיין מזה בש"ך ח"מ סי' קכ"ו ס"ק מ"ג והסבר ענין הזה כבר מבואר בארוכה בחידושיי לעיל סי' י"ב ובסי' מ"ז דשטר שאין בו ריעותא הוי כגבוי ואכמ"ל: ולפ"ז יש לומר דין מחודש דבכת"י בנאמנות שיש לו על חבירו והלוה יש לו ספק חוב כזה על המלוה דבזה יהיה יכול הלוה להחזיק החוב ת"י ע"פ דין תפיסה בדררא דממונא ובזה לא שייך לומר דהוי הכת"י כגבוי דהא בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ד' כתבתי דשט"ח שאינו גובה ממשעבדי אינו כגבוי וכן ראיתי להקצה"ח סי' פ"ג ס"ק ה' שכתב כן והקשה ע"ז מהא דב"ב ד' קנ"ז דמוכח התם דאף בשטר דאינו גובה ממשעבדי הוי כגבוי ונדחק ליישב זה אכן לעיל בחידושיי לסי' י"ב ענף ה' כתבתי לתרץ זה ולכן שפיר כתבתי בספרי דשט"ח דלא גבי ממשעבדי אינו כגבוי ולפ"ז יכול הלוה להחזיק החוב ת"י ע"פ הספק הנולד לנו על כמות החוב שיש להלוה על המלוה והך דתשובת הרא"ש לא קאי רק בחוב בשטר דחתומים בו ב' עדים דגבי ממשעבדי וכן הוא נכון לדינא:

ועפ"ז יש לתרך מה שהובא בט"ז לקמן סי' פ"ד סעי' א' דכתב ב"י בשם בעה"ח דפוגם בע"פ נשבע היסת ונפטר וכתב הב"ח לפרשו דדוקא בשטר בעדים הוי ליה דין שטר ונשבע ונוטל אבל בכת"י דאין טורף ממשעבדי אין בזה פוגם שטר להיות נשבע ונוטל המותר אלא לוה נשבע היסת ונפטר אף להסוברים דבכת"י אינו נאמן לומר פרעתי מ"מ לענין זה לא הוי כשטר וכתב הט"ז דדבריו תמוהים הם דמ"ש ע"ש:

אבל לפמש"כ א"ש כוונת הב"ח והוא דהרב המ"מ ה' מלוה פ' י"ד ה"א כתב בפוגם תו"ז אבטלא ליה החזקה דתו"ז שהרי פרע כו' והובא בסמ"ע סי' פ"ד ס"ק ז' והמל"מ שם כתב לדון בדברי המ"מ שם דקשיא ליה פוגם שטרו אמאי נשבע ונוטל הא אבטל ליה חזקה דשטרא בידי מאי בעי דהא כמו דאבטל תו"ז ה"נ איבטל ליה חזקה דשטרא בידי כו' ובחידושיי סי' נ"ח ענף ה' העלתי דפוגם שטרו בעדים לא איתרע ליה החזקה דשטרא בידי כו' רק דפוגם שטרו ע"פ הודאתו באמת איתרע לי' החזקה דשטרא בידי כו' וכעין מש"כ התוס' בב"ב ד' מ"ה ד"ה נתנה לו כו' דכיון דאיתרע ליה חזקה דאין שכיר משהא שכרו דהרי שיהא אחת ע"כ איתרע ליה בכולו והא דפוגם שטרו נשבע ונוטל הטעם הוא דהא יש לו מיגו דאי בעי כפר למה דפגם ואף דמיגו להוציא לא אמרינן עכ"ז הא בשטרא מסייע ליה אמרינן מיגו להוציא כמו בסטראי דסי' נ"ח והטעם הוא דהוי כגבוי כמש"כ הכנה"ג בכללי מיגו ס"ק ח' ובאו"ת שם ולפ"ז הדין נותן דז"א רק בשטר דגבי ממשעבדי דבזה הוי כגבוי ע"כ מהני בזה מיגו אבל בכת"י בלא עדים דלא גבי ממשעבדי דאין דינו כגבוי ע"כ הדין נותן דאם פוגם עליו דלא יהיה יכול ליטול אף להסוברים דאין נאמן לומר פרעתי על כת"י וכה"ג. דהא ע"פ טענת עצמו אבטלא ליה

החזקה דשטרא בידי מאי בעי בפוגם רק עיקר נאמנתו הוא מצד המיגו וכיון דלא הוי זה כגבוי ע"כ מקרי זה מיגו להוציא דלא אמרי' וע"כ שפיר כתב הב"ח דפוגם להכת"י אף להסוברים דאין נאמן לומר פרעתי על כת"י דמ"מ בפוגם אינו נוטל כלל ויפה כתב כן הב"ח בכוונת הבעה"ת דמצינו להבעה"ת דס"ל דלא אמרי' מיגו להוציא כמבואר בסי' פ"ב ש"ך ס"ק כ"ח בשם בעה"ת ע"ש: ומה דהקשה הט"ז דהא הבעה"ת ס"ל דיכול לטעון פרעתי על כת"י. י"ל בזה דנפ"מ מזה להיכא דהוי אומדנא לפי ראות עיני הדיין כמש"כ הרמ"א בסי' ס"ט והט"ז הכא ע"ש ומה דיש לומר בזה דלכן פרע הלוה מקצתו כדי דיתרע גביה החזקה דשטרא בידי כו' ואיערומי קא מערים בזה כבר כתבתי מזה בחידושיי שם ואכמ"ל ומתורץ תמיהת הט"ז על הב"ח ולדינא יש להאריך בכ"ז הרבה ועיין בש"ך סי' פ"ב ס"ק ל"ט מש"כ בשם הבעה"ת:

סימן נה

א (סעי' ב') בש' (ס"ק ה' חולק על הרא"ש דס"ל בשטר פרוע מקצתו דאף מחצה שלא נפרע אינו גובה ממשעבדי משום גזירה משום דלדינא אינו כן אלא דגבי המחצה ממשעבדי ומה דיש להעיר בזה מהא דפוחתת דכתובות ד' פ"ז כבר כתבתי לעיל בסי' נ"ב מזה הרבה ע"ש וכן מצאתי בתשובת רדב"ז ח"א סי' שנ"ו שפסק ג"כ כהש"ך דגובה מחצה השנייה שלא נפרע ממשעבדי ולא קנסינן ליה בזה ע"ש וכן מוכח ממה דקיי"ל בכתובות ד' פ"ז ובח"מ סי' פ"ד דפוגם שטרו נשבע ונוטל ואי נימא דגזרינן בזה למחצה שלא נפרע משום חשש שיפרע למחצה שנפרע א"כ לפי שיטת הסוברים לפסול בשטר מוקדם דאף מב"ח אינו גובה כמבואר בסי' מ"ג סעי' ז' וכמש"כ הש"ך שם ס"ק י"ב:. א"כ ה"ה בזה נפסל השטר ולא שייך לומר דנאמן במיגו דהא כיון דהשטר הוי חספא בעלמא א"כ הוי מיגו להוציא כמבואר בכתובות שם דמקשה הגמרא בפוחתת האי שטרא חספא בעלמא ובח"מ סי' פ"ג ובש"ך שם ומוכח מזה דלא גזרו בזה כיון דהשטר נכתב כדין אך על שי' הרא"ש אין להקשות די"ל דהא הרא"ש בב"מ פ"ה סי' נ"ח הביא לשני שיטות אם כשר לגבות מב"ח או לא ולא הכריע שם וכמש"כ הב"י בסי' מ"ג ע"כ י"ל דהרא"ש בפי' לנדרים דכתב כן הוא לשיטת הסוברים דכשר לגבות מב"ח וע"כ אינו קשה עליו מהא דפוגם שטרו אבל לפי דקיי"ל לדינא בסי' מ"ג דפסול אף לב"ח א"כ מוכח דלא גזרו בזה ועיין ש"ך סוף סי' פ"ג והא דאמרו בכתובות ד' פ"ז דזה מקרי שעבוד קרקעות ואין נשבעין ע"ז שד"א אף דנימא כמש"כ הרא"ש לנדרים דגזרו בזה דאינו גובה ממשעבדי מ"מ הא שיטת הרא"ש בשבועות פ"ה ה' ג' דגם מלוה ע"פ מקרי שעבוד קרקעות ודלא כשיטת

הרמב"ן שם ולשיטת הרמב"ן דשם דס"ל דכיון דאינו גובה ממשעבדי לא מקרי שעבוד קרקעות הא הרמב"ן ס"ל אף בשטר שיש בו ריבית דלא גזרינן היתירא אטו איסורא כמבואר בסי' נ"ב וע"כ א"ש לכל השיטות וגם י"ל דהא התם קאי בכתובה ובמקום שאין כותבין כתובה כמבואר לעיל ד' ט"ז בזה לא שייך לגזור דדוקא בשטר שייך לומר דפסלו לשטר בזה אך אין אנו צריכים לזה דשפיר י"ל כנ"ל וגם י"ל דלכן אמרו שם דאין נשבעין משום שעבוד קרקעות דהא ההודאה של המלוה שנפרע מחצה מקרי זה הודאת ש"ק דלולי הודאתו היה גובהו כולו ממשעבדי וזהו כעין מש"כ רש"י בב"מ ד' ד' ע"ב ד"ה אי נמי כו' כך אין הודאתן מביא לידי שבועה כו' וזה פשוט ועיין במל"מ ה' מלוה פ' י"ד ה"ז מש"כ בשם כתב ידו להרדב"ז סימן קע"א:

סימן נו

א (סעי' א' ש"ך ס"ק ה') [ד"ה והשתא אתי נמי שפיר הא דלא האמינו הרא"ש כו' ועוד דאל"כ ה"ל להרא"ש לפסוק דישבע המלוה שבועה נגד העד שלא מחל לו דאע"פ שאין הלוה יודע כו' דנוגע בעדות הוא כיון שהוא מכחישו ותובע השליש עצמו כו' עכ"ל הש"ך:

והנתיבות ס"ק ד' ביאר דברי הש"ך דאף כשהשטר ביד לוי ואומר שרוצה ליתן בדין ג"כ לא מהני עדותו משום דגם בזה צריך שבועה על כפירתו דממון גמור הוא כופר לו וע"כ הוי עד הצריך שבועה דלא הוי עד כו' ע"ש בנתיבות:

ענף א:

ולענ"ד נראה כי יש לדון בזה דאם השטר מוכן בידו לפני הב"ד ומשלישו ת"י הב"ד דאין העד צריך שביעה בנידון זה דהא כתבו דאין לוי נאמן כיון דאין דינו כשליש להיות נאמן משום דראובן המלוה מכחישו וע"כ הדין הוא דיחזירו השטר לראובן רק אנו דנין אם יהיה חייב המלוה שבועה להכחיש את העד ולא יתנו לו רק אחר השבועה שלו א"כ לפ"ז יש לומר דלוי השליש שפיר נפטר מיד מן תביעת המלוה לשטרו ממנו כיון דהוא כבר ביד ב"ד והשבה ליד ב"ד ג"כ הוי השבה לא מבעיא לפמש"כ האו"ת בסי' ע"ד ס"ק ג' דגם בחוב הלואה מהני הפרעון להב"ד מן הדין ואף לפמש"כ המהרש"ך והובא בש"ך שם דהוא בתורת תקנה ועיין בב"ש סי' קמ"ג ס"ק יו"ד מזה ובמק"א בארתי זה בארוכה רק זה אינו רק כשהמלוה אינו בכאן ומוסר המעות ליד הב"ד אבל אם התובעו בפנינו רק דמעכבו ת"י הב"ד עד שישבע להכחישו בזה הדין נותן דמיד שמוסר השליש להפקדון להב"ד דנפטר מן חוב השבת הפקדון שהיה מוטל עליו דהא יכול לומר לו

הרי שלך לפניך ודוקא היכא דע"י פשיעתו לא יתנו לו הב"ד בזה אמרו בב"ק ד' מ"ה אתפשתיה לתוראי בידי דלא יכילנא לאשתעויי דינא בהדי' וכמש"כ התוס' שם אבל בנ"ד הא לאחר שישבע יתנו לו מיד והרי סמיי' בידו ויכול לישבע מיד ולהכחישו ללוי העד וליטלו ובמה דמחייבו לוי העד שבועה למלוה זה לא הוי תביעת ממון דהא אמרו בשבועות ד' ל"ב ע"א דחיוב שבועה שמטילין על הנתבע אין זה נקרא רק גורם לממון ולאו כממון דמי וגם שם הא פירש רש"י דלכן נקרא גורם לממון משום דרוב בני אדם אין נשבעין לשקר והיה משלם אבל בנ"ד דהשליש אומר לו דהא לדבריך שאתה מכחישני ואומר שאתה לא מחלת לו א"כ לדבריך שהאמת אתך א"כ תוכל אתה לשבע באמת והשבע וטול ואין לך עלי כפירת ממון וביודאי מקרי זה להשבה מעליא והרי שלך לפניך וע"כ ודאי אינו חייב לוי שבועה נגד המלוה והוי עד מעליא לאחר שנפטר כבר מחוב השבת הפקדון שהיה מוטל עליו עד הנה ודוקא היכא שלפי עדותו לא יתנו לו הב"ד בזה שפיר אמרו דזה מקרי עד שצריך שבועה דאין עליו שם עד כלל וכמש"כ הש"ך לקמן ס"ק כ' דאחר שיצא שלישותו מת"י וחבירו תובעו שמסר השלישות שלא כדין דהוי עד הצריך שבועה ולא הוי עד ע"ש וכן הא דהביא הש"ך בס"ק ה' הנ"ל בד"ה וגם הדין הראשון שכתבו הבעה"ת כו' וכן בד"ה וכן מצאתי בתשובת מהר"ם כו' שכתבו כמה ראשונים שם דאם הבע"ד מכחישו להשליש דחייב השליש לישבע זה מיירי באופן דאינו מוכן בידו להשיבו להתובעו וגם היכא דאית להשליש מיגו דנאמן ע"י מיגו ליתן ליד בע"ד השני ואז שפיר חייב שבועה לבע"ד התובעו דאתה חייב לי ולא השבת לידי אבל הכא כיון דאחר דאמרו דאינו נאמן לוי להפסיד להמלוה ומיגו לא שייך כאן כיון שהלוה אינו יודע האמת אם מחלו או לא וע"כ לאחר שישבע יומסר לו השטר בודאי הוי השבה מעליא כשמשלישו ת"י הב"ד ונפטר מחוב השבת הפקדון שאומר לו הש"ל ועיין בנתיבות בסי' ע"ו בהקדמה ובסי' הנ"ל ס"ק ה' דבפקדון מהני השבה ליד ב"ד. ואף כשאין משליש ביד הב"ד רק שהוא בידו ומוכן ליתן לו לאחר שישבע ג"כ הדין נותן דהוי השבה מעליא אם אומר כן בפני התובעו דהשבע וטול כפי דבריך: והנה אם אומר המלוה אין אני חפץ לישבע וליטול רק תהיה תביעתי כמו כל תביעות שהדין הוא דהנתבע נשבע היסת כמבואר כה"ג בסי' פ"ז סעיף י"ב דשומעין לו א"כ לפ"ז אפשר לדון הכא ג"כ דאם המלוה אומר אין אני חפץ לישבע בנק"ח וליטול רק אתה השליש תשבע שכדבריך כן הוא גם בזה יש לדון אם חייב השליש שבועה כמו כל בע"ד הא יכול לומר לו כיון דבידך לישבע וליטול א"כ אפשר דכה"ג ג"כ מקרי השבה מעליא להיות מיפטר מן השבת הפקדון שלא להיות עליו שם בע"ד רק בתורת דין עד עליו ואפשר לדון בזה

לפמש"כ הר"נ בסוגיא דקצוצה בשבועות דאיכא למיחש בכדי חייו דאיכא אינשי דפרשי משבועה ואפילו בקושטא לא בעי אשתבועי ע"ש וכעין זה אמרו בירושלמי שבועות פ"ו ה' ה' בזה"ל הדא מילתא אמרה בין זכאי בין חייב לשבועה לא תיעול עכ"ל ופי' הפני משה שצריך לשמור א"ע מהשבועה ואפי' כסבור שהוא זכאי ואמת הוא כו' וע"כ אפשר לדון לפ"ז דכיון דאינו רוצה לישבע אף שבועת אמת ע"כ הוי זה קפידא מעליא ולא מקרי זה השבה במה שאינו יכול ליטלו רק אחר שישבע בנק"ח ויטול והוי עדיין בשם בע"ד וצריך שבועה וע"כ אין עליו שם עד כלל וחייב השליש לישבע כן י"ל לכאורה בזה:

אך גם זה אינו ברור כ"כ ואך בנ"ד לפמש"כ הש"ך והתשובת הרא"ש הנ"ל דמיירי באין המלוה אומר א"א בזכותי אלא כתבו דיחזיר השטר להמלוה משום דמיירי דאין חפץ לבטל זכותו להיות נשבע ונוטל ע"כ שפיר הוי זה השבה מעליא במה שהוא מוכן בידו לפני התובע בב"ד כיון דבידו להיות נשבע ונוטל ולכן מיפטר מחובו והוי עד מעליא וכש"כ היכא דכבר נתן השטר ליד המלוה דאח"ז בודאי מחייבו השליש שבועה להכחישו כמו כל עד כשר דהא אינו צריך שבועה כלל [ועיין בסי' קכ"א ש"ך ס"ק נ"ב דחד דעה ס"ל בכל עד הצריך שבועה דאם פטרו משבועה הוי עד כשר ודיעה החולקת ע"ז כמבואר בסי' ק"מ סעיף ט' טעמו דמפני הטובה שעשה שהחזיר להן המעות מעידין לו מה שאינו כמש"כ הסמ"ע שם וכעין זה כתב הש"ך בסי' קכ"א ס"ק נ"ב ע"ש אלמא דהיכא דלא שייך סברא זו שפיר כשר להיות עד היכא דא"צ שבועה עכ"פ עכשיו וה"ה בנ"ד וקצרתי] אך אף היכא דלא נתן לידו עדיין רק שהוא מוכן בידו לפני ב"ד והתובע ג"כ הדין נותן דאינו נוטלו בלא שבועה להכחיש העד. ולכאורה יש לדון בזה היכא דאין הלוה בפנינו כעת רק המלוה והשליש הם כעת לפני הב"ד שבאים לדון. וכיון דמבואר לקמן סי' פ"ז סעיף כ"ג ש"ך ס"ק מ"ז דהעיר שם מן הא דאה"ע דאלמנה צריכה לישבע לכתחלה בפני היתומים וצ"ע והאו"ת שם כתב לחלק דהיכא דהוי נשבע ונוטל אף שהתובע טוען שמא ג"כ צריך לישבע בפני התובע א"כ ה"ה בנ"ד אף דבידו להיות נשבע ונוטל עכ"ז הא עכשיו דאין הלוה בפנינו לא יתנו לו השבועה עד שיבא הלוה וישבע בפניו אף דאין הלוה יודע רק ע"פ העד ע"כ כיון שיהיה מעוכב השטר ת"י הב"ד עד שיבא הלוה ואם יתעכב זה איזה ימים הוי זה כמו הא דסי' ע"ג סעיף ב' דאם הלוה והמלוה מחולקים רק בהזמ"פ דגם בזה נותנין שבועה על כפירתו וכמש"כ הקצה"ח שם ס"ק ב' לבאר זה היטב דאף אם אינו שוה שיעור ש"פ ג"כ חייב שבועה בזה ע"ש לכן ה"ה בנ"ד כיון דאין ביד המלוה להיות נשבע ונוטל מיד רק לאחר איזה זמן כשיבא הלוה לעמוד בעת שבועת המלוה ע"כ צריך השליש לישבע מיד על כפירתו דהא המלוה

תובע ממנו שיתן לו השטר מיד ולכן מקרי עד הצריך שבועה ולא נחשב לעד כן י"ל לכאורה בזה: אבל גם זה אינו דהא מה דאנו דנין לשיטת האו"ת דלכתחלה אין נותנין לו השבועה רק לאחר שיהיה הלוה בפנינו ויבא בעל השור ויעמוד כו' דזהו מפני שאנו חשין לטובת הלוה וכיון דבנ"ד יגיע מזה ריעותא להלוה דהא ע"י מה דאנו מחמירין לכתחלה להיות נשבע בפני הבע"ד יהיה מיפסל העד מן שם עד ויחול עליו שם בע"ד להיות חייב שבועה והוי עי"ז עד הצריך שבועה ולא יהיה יכול לחייבו שבועה להמלוה ע"כ יותר טוב להלוה שיהיה יכול המלוה לישבע מיד כדי שיהיה זה חשוב להשבה מעליא ויהיה נפטר מן חוב השבת הפקדון וע"כ יהיה יכול לחייב שבועה להמלוה כן נלע"ד לולא דברי הש"ך:

ענף ב:

ומה שהקשה הש"ך דאמאי לא כתב הרא"ש שיהיה חייב המלוה שבועה להכחיש להעד ומזה הוכיח הש"ך דאין יכול לחייב שבועה משום דהוי בע"ד אכן לפמש"כ דאין עליו שם בע"ד ע"כ נלע"ד לומר דלכן לא חייבו שבועה להמלוה דהא שיטת הכ"מ והובא בש"ך סי' פ"ד ס"ק ז' דהא דע"א לא יפרע אלא בשבועה אין זה רק בטוענו ברי וע"כ הכא דהלוה טוען שמא ע"כ אינו חייב המלוה שבועה ואף לפמש"כ הש"ך שם להשיג על הכ"מ מ"מ יש לומר דדוקא בטענת פרעון בזה אמרו דנשבע להכחיש את העד וליטול כדי להפיס דעתו כו' אבל בטענת מחילה דהוי טענה גרוע לא חייבוהו חז"ל שבועה להכחיש העד כמו דמצינו כה"ג בח"מ סי' פ"ב סעיף י"א לחד דיעה דכתבו דמחילה הוי כמו טענת אמנה ורבית דלא תקנו ביה שבועת אשתבע לי דלא פרעתיך וכמש"כ המ"מ פ' י"ד ה' מלוה ה' ג' ראיה לכל זה מדנקט ר"פ שבועת אשתבע לי רק בטענת פרעון משמע דוקא בטענת פרעון אמר כן עכ"ל כמו כן יש להוכיח ממה דנקט המשנה בכתובות דף פ"ז ובשבועות דף מ"ה ע"א מעידה שהיא פרועה כו' דמשמע דוקא בע"א מעיד על הפרעון בזה תקנו שבועה להפיס דעתו אבל בטענות גרועות כמו אמנה ורבית ומחילה להך דיעה בזה לא תקנו שבועה ומה"ט אמרו שם דפוחתת תפרע שלא בשבועה משום דלא תקנו כן אלא על טענת פרעון ועיין בביאור הגר"א זצ"ל לח"מ סי' פ"ב ס"ק כ"ט מזה וה"ה י"ל כן על שבועת המשנה דע"א:

והא דמצינו בכ"מ פ' כ"ד ה' אישות שכתב בע"א אומר שזינתה דאין מחייב שבועה משום דאין הבעל טוען ברי ומשמע דבטוען ברי שזינתה היה מחייבו שבועה ע"פ העד ג"כ היינו משום דהא מבואר התם דאם ראה בעצמו שזינתה ג"כ משביעה כמו על כל טענת פרעון בשטר דס"ל דטענות זנות הוי כמו טענת פרעון לזה ובאמה כבר הקשה

המ"מ שם ע"ז והובא באה"ע סי' קט"ו בח"מ ס"ק למ"ד ובב"ש ס"ק ל"ב דטענת זנות דומה לטענת אמנה וריבית וכ"כ בסי' ס"ח לאה"ע בב"ש ס"ק כ"א וע"כ שפיר יש לדון דע"א אינו יכול להשביעו במה שאינו דומה לטענת פרעון וכמו בשבועת אשתבע לי ורק החילוק ביניהם דשבועת אשתבע לי אי לא טען לא טענינן ליה כמבואר בשבועות דף מ"א דאמרו מה בין זה לפוגם שטרו כו' וידוע דבשבועת ע"א ליטול לא אמרו להכלל דכל מקום ששנים מחייבין ממון א' מחייבו שבועה וכמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ד ס"ק ד' משום דהא לא בא אלא להפיס דעתו של בעה"ב כמש"כ שם בשם הג"מ פ' י"א לשבועות ע"ש ולכן כיון דאף אם טען בעה"ב עצמו אשתבע לי דלא מחלת לי לא היה צריך לישבע ע"כ אף היכא דע"א מעיד שמחלו ג"כ אינו נשבע כדי להפיס דעתו של בעה"ב משום דמפוייס ועומד הבעה"ב בזה כן י"ל בכ"ז ועפ"ז יש לדון הרבה במש"כ הרא"ש בשבועות פ"ו סי' י"ט בשם ר"ת דכתב דהתם מיירי באומר שטר אמנה ושטר פסים כו' וכן במה שאמרו בירושלמי כתובות פ"ט ה"ז דע"א מעיד שהיא פוחתת דר' ירמיה בעי אם צריכה שבועה בזה או לא ושקלו וטרי שם אמוראי בזה ע"ש ולקמן בחידושיי לסי' פ"ד סעיף ה' יבואר כ"ז ביתר ביאור ב"ה:

ענף ג:

ולכן י"ל דהכא בתשובת הרא"ש דאנו דנין אם מחל המלוה להחוב ע"כ י"ל דבכה"ג אינו חייב שבועה להכחיש הע"א אבל אם היה אומר השליש דפרעו החוב. שפיר יש לדון דחייב המצוה שבועה להכחישו ואין זה מקרי עד הצריך שבועה משום דלא הוי בשם בע"ד כיון דנפטר כבר מחובו ע"י השלשתו ת"י הב"ד כיון דהיה ביד המלוה להיות נשבע ונוטל אבל אם יש עד אחר המעיד על מחילתו או על הפרעון של החוב הלז והשליש מעיד ג"כ כן ואנו דנין אם מצטרף השליש להעד האחר דיהיה דינם כשנים להחזיר את השטר להלוה בזה ודאי אמרינן דהשליש ה"ל בע"ד ואינו מצטרף עם אחר להחזיר השטר להלוה ולפטור אותו משום דהא השליש יהיה צריך שבועה על מה שיהיה תובעו המלוה להחזיר לו שטרו ובמה שהשלישו ליד הב"ד לא נפטר מן חוב השבת הפקדון דהא המלוה תובעו כי אתפשתיה להחפץ שלי בידי מאן דלא מצינן לאשתעויי דינא ביה וע"י פשיעתך דאתה מעיד בשקר לא היה בידי מעולם לקחתו מן הב"ד וכמו הא דב"ק דף מ"ה דאתפשתיה לתוראי כו' וכמש"כ התוס' שם דמה דע"י פשיעתו לא יתנו לו הב"ד. אין זה השבה אף בפקדון ולא שייך למימר דהא לא יהיה צריך שבועה לפי דהעד השני יהיה לו עד מסייע לפוטרו מן השבועה דהא באה"ע סי' ל"ה סעיף ב' גבי הא דהן הן שלוחיו הן הן עדיו כו' דקדושין דף מ"ג כתב שם הח"מ בס"ק ג' והב"ש ס"ק

ה' דכמו דאם העד צריך שבועה אינו נאמן משום דכתיב ע"פ שני עדים וכשאינו נאמן בלא שבועה אין שם עד עליו ה"ה היכא שאינו נאמן בלא שבועה רק לפי דעד המסייע פוטרו ע"כ אין לו דין עד כשר עכ"ל א"כ ה"ה הכא כיון דלולי סיוע דהעד השני היה צריך שבועה ע"כ אין שם עד עליו בזה כיון דלפי דברי התובעו לא היה מיפטר מחובו לעולם ואינו מצטרף להעד השני ובאמת נלע"ד לדון בהא דמבואר בסי' ק"מ סעיף ט' דמהני עדות השוכרים על מה שדרו שלשה שנים כדי דיהיה מהני חזקת הלוקח וזהו היכא ששכירות הבית עדיין בידם ואומרים שיתנו למי שיזכה בדין וכן הוא בסי' ל"ז סעיף י"ב וכמו דאמרו בב"ב דף כ"ט דנקיטי אגר ביתא כו' והא יש להקשות ע"ז דהא הוי השוכרים בשם בע"ד כיון דהוי עד. הצריך שבועה דהא המערער תובעם ואומר להם הרי אתם ידעתם שלא דרתם שלשה שנים שלימות בהבית שלי א"כ ממילא אתם חייבים לשלם לי חוב שכירות הבית ומה שהם משלישים ת"י הב"ד זה לא הוי השבה ופרעון להיות מיפטרו מחוב שכירות שהיו מחוייבים דהא הוי פרעון והשבה באופן דלא היה יכול המערער לקחתו מעולם וכבר נתבאר דהשבה ליד הב"ד דע"י פשיעתו לא היה יכול לקחתו מעולם אין זה מקרי השבה אף בפקדון וכש"כ בחוב שכירות וכה"ג דאינו בעיניו וכמש"כ הנתיבות בסי' ע"ו לחלק בין חוב הלואה דאינו בעיני' לחוב השבת פקדון דהוי בעיני' לענין השבה ליד הב"ד לומר הש"ל ע"ש והא זה ברור דאחר שהעידו השוכרים על ג' שנים שלימות שדרו בו ונתנו השכירות בהשלשה ת"י הב"ד שיתנו למי שיזכה בדין ואח"ז נתברר דהם פסולים לעדות בודאי הדין נותן שחייבים השוכרים לשלם שנית להמערער כפי משך השכירות שנתברר שדרו שם. דהא לא קיים מצות פריעת בע"ח כלל במה שמסרו המעות ליד הב"ד כיון דלא היה יכול ליטלו מעולם כלל מן יד הב"ד וע"כ ה"ה עכשיו אף דלא נתברר שהם פסולי עדות רק הם בחזקת כשרות מ"מ אינם ראויים להיות עדים משום דהוו עד הצריך שבועה דהא המערער תובעם שהם בע"ד שלו ולא פרעו להחוב שהיו חייבים לו ולכן צריכים שבועה וממילא אינם בני עדות כלל וע"כ מוכח דהא דכתבו כל הפוסקים והטור ושו"ע דאם נקיטי אגר ביתא נאמנים להעיד אף דהאידנא תקנו כבר שבועת היסת משום דמיירי היכא דאין המערער טוען ברי להשוכרים שיודעים בעצמם שלא דרו שם שלש שנים שלימות ואף שטוען ברי כי לא מכרתי מעולם הבית להלוקח מ"מ כ"ז שאינו טוען אתם ידעתם שחוב השכירות שייך לי אינם חייבים שבועה כיון דזה לא ה"ל למידע כידוע כלל זה בכמה דוכתי וע"כ לא מקרי בשם עד הצריך שבועה ולכן נאמנים להעיד על חזקתו ועיין בב"ב דף כ"ט תוס' ד"ה אמר מר זוטרא אי טעין ואמר כו' ובפי' הרשב"ם שם ומש"כ הרא"ש בב"ב פ"ג סי' ב' והטור

בסי' ק"מ סעיף ח' דאם יוסיף לטעון ראיתיו שיצא בלילות אחר שישנו השכנים לא הוי חזקה אא"כ יביא עדים שיאמרו שכרנו ממנו הבית ודרנו בו ביום ובלילה כו' י"ל דמיירי דאינו טוען ברי על השוכרים רק על המחזיק בעצמו וע"כ מהני עדות השוכרים שיעידו ששכרו ודרו בו ג"ש דעי"ז מועיל חזקה שלו אבל באמת אם היה טוען על השוכרים ג"כ טענת ברי שלא דרו שלש שנים שלימות ג"כ אינם כשרים לעדות אף היכא דשכירות הבית בידם:

ענף ד:

ונלע"ד לומר דזהו כוונת הרמב"ם פ' י"ב ה' טוען ה"ב טען בעל החצר ואמר שמא לא שכן בה ביום ובלילה כו' ה"ז טענה כו' אפילו באו עדים ואמרו לנו שכר ואנו דרנו ביום ובלילה וטען בעל השדה ואמר יביאו עדים שדרו ביום ובלילה צריכין אלו השוכרים להביא ראיה שדרו בה תמיד שזה הדבר תלוי בהן כו' ופי' הרב המ"מ דאף אם עדיין השכירות בידם חשובין נוגעין וע"ז השיג הראב"ד וכתב דדוקא בנתנו לו השכר אינם נאמנים אבל בנקיטי אגר ביתא בידם נאמנים ובאמת כן כתב הרמב"ם פ' ט"ו ה' עדות ה' ה' לחלק דאם אגר ביתם בידם מעידין לו וכמבואר בגמ' להדיא וע"כ דברי הרמב"ם תמוהים מאוד ועיין בלח"מ והש"ך סי' ק"מ ס"ק ז' הביא ג"כ דברי הרמב"ם הנ"ל ונדחק במה דסתם הרמב"ם:

אבל לפמש"כ אתי שפיר דברי הרמב"ם והוא די"ל דזהו כוונת הרמב"ם במש"כ טען בעל השדה יביאו עדים שדרו ביום ובלילה היינו שטוען ברי על השוכרים שלא דרו בלילה או ביום וע"כ אומר שיביאו השוכרים עדות לזה כי הם בע"ד שלו ותובעם השכירות ומקרי עד הצריך שבועה וע"כ צריכין השוכרין להביא ראיה שדרו בה תמיד לפי שזה הדבר תלוי בהן כו' היינו דהם הוי בע"ד שלו וע"כ אף דנקיטי אגר ביתא בידם דהא לא כתב לפרש הכא דמיירי בנתנו השכירות ליד המחזיק משום דאף בלא נתנו ג"כ אינם בני עדות משום דהוו עד הצריך שבועה והוי בע"ד שלו ותובע את השוכרים וע"כ נקט הרמב"ם בלשון רבים דכתב יביאו עדים כו' וכן בלשון דצריכים השוכרים להביא ראיה שדרו בה תמיד כו' משום דהם בע"ד שלו וכמש"כ שזה הדבר תלוי בהן כו' וגם י"ל דאף בטען המערער על השוכרים שהיה כמה פעמים שם ולא מצאם אף דיכול להיות דבאותן פעמים יצאו לעסקיהם וכמש"כ הש"ך כה"ג בסי' ק"מ בס"ק ז' עכ"ז גם זה י"ל דהוי כמו טענת ברי לחייב להשוכרים שבועה כעין הא דסי' ע"ה סעיף י"ז דאף ברגלים לדבר משביעין היסת על טענת שמא אבל לקמן פ' ט"ו ה"ע דמיירי באינו טוען כן על השוכרים ע"כ כיון דא"צ שבועה הוי עליהם שם עד היכא דנקיטי אגר ביתא בידם וכמבואר בגמ'

ועיין בב"ב דף כ"ט תוס' ד"ה הני נוגעין כו' ובשבועות דף מ"ה תוס' ד"ה בעדים כו' ובש"ך סי' רכ"ב ס"ק ב' מזה ואתי שפיר דברי הרמב"ם על נכון ב"ה ועיין לקמן סי' רכ"ב ש"ך ס"ק ב':

ועפ"ז יש לדון במה שראיתי בחוקי משפט אות סמ"ך שכתב מצאתי כתוב בשם פנקס ארצות דהמתחיל והגומר יחלוקו בשוה כו' והבעלים יניחו השדכנות בב"ד ואח"כ נאמנים הם לומר מי המתחיל ומי הגומר ומי האמצעי ויגידו בחרם כו' ואם שני הצדדים הם פסולים להעיד אין נאמנים כ"א בשבועה כו' עכ"ל. ולכאורה יש לומר דהם כשרים לעדות מן הדין כ"ז שדמי השדכנות ביד המחותנים וכמו הא דב"ב דף כ"ט גבי עדות השוכרים אם נקיטי אגר ביתא בידם אבל לפמש"כ דגם בעדות השוכרים אם המערער טוען ברי עליהם שיודעים כי השכירות חייבים לו והוי עד הצריך שבועה דאינם נאמנים כה"ג וכמו שכתב הש"ך הכא גבי שליש דאם הבעלים מכחישין לו אינו נאמן בתורת עדות אף דמוכן בידו השטר לפני הב"ד וכמש"כ הנתיבות בס"ק ד' כנ"ל אך שקיצר בזה מאוד ע"כ ה"ה הכא גבי שכר שדכנות דהשדכנים תובעים מהמחותנים ואומרים דהם בע"ד שלהם כי לא פרעו להם חוב השדכנות ואומרים כי המחותנים יודעים מזה בעצמם מי היה המתחיל ומי היה הגומר והוי כמו כל התביעות דתובע לבע"ד דאתה יודע שאתה חייב לי' ובמה דמשיבים ליד הב"ד אינם מקיימין ע"ז השבת החוב כיון דלא היו יכולים הבעלים ליטלן ע"י פשיעת הבע"ד המחותנים שאומרים בשקר ולכן צריכים המחותנים לישבע והוי עד הצריך שבועה ואין עליהם שם עד כלל רק כמו כל בע"ד ואינם נאמנים בתורת עדות כלל מן הדין ויש לומר דמה שכתבו דיניחו השדכנות ביד הב"ד כו' דזהו בתורת תקנה דתקנו כן בשדכנות דאם לא כן לא יכולים לברר מי הוא השדכן האמיתי וכעין הא דח"מ סי' ל"ה סעי' י"ד בהג"ה שם בשם תקנת קדמונים ע"ש ומה"ט כתבו הכא דיגידו בחרם אף דאין עושין כן בכל עדות רק במקום צורך אם נראה לב"ד להשביע להעדים יכולין להשביען כמבואר בסי' כ"ח סעיף ב' וכן כתבו הכא דאם המחוחנים הם פסולים להעיד אינם נאמנים כ"א בשבועה וזה אינו רק משום תקנה כמו כן י"ל במה דכתבו דישלישו ויגידו בחרם כו' ולכן זה אינו רק בחוב שדכנות דמצינו דתיקנו כן התם אבל בשארי ענינים כאלו כיון דלא מצינו דתקנו כן מוקמינן על דין תורה דאין הבעלים נאמנין לומר למי הם חייבין אם הבע"ד תובעין ממנו בטענת ברי כי אתה יודע שאתה חייב לי וחייבין הבעלים שבועה והוי עד הצריך שבועה ולא הוי עד וע"כ אף אם משלישין המעות ת"י הב"ד ג"כ אינן נאמנין בתורת עדות והפוסקים בסי' ק"מ גבי עדות השוכרים קיצרו בזה ודברי הנתיבות הכא בס"ק ד' במש"כ לחלק

מפני מה השוכרים נאמנין אם נקיטי אגר ביתא בידם ומפני מה הכא בהשטר הוא מוכן ת"י השליש אינו נאמן אין דבריו ברורין דהא אדרבה חוב שכירות דאינו בעיניה לא שייך ביה לומר הש"ל ביותר מן פקדון וכמש"כ הנתיבות בעצמו בסי' ע"ו ובהקדמתו שם ואפשר דנתכוין למש"כ דשא"ה בשוכרים דאין תובעם המערער בטענת ברי כי אתם יודעים מן החוב שאתם חייבין לי וכמש"כ לעיל בארוכה ויהיה איך שיהיה בכוונת דבריו דהעיקר הוא כמו שכתבתי לבאר כ"ז היטב ב"ה וגם נתבאר דלולי דברי הש"ך הייתי אומר דהשליש שאומר שהמלוה מחל לחובו אף דאינו נאמן להחזיר השטר להלוה כיון דהמלוה מכחישו והלוה אינו יודע כלל דמ"מ י"ל דמחייב שבועה להמלוה להכחיש את העד היינו השליש וכש"כ באומר שפרוע השטר כנ"ל כן היה מקום לדון לולי דברי הש"ך:

ענף ה:

שוב ראיתי דיש לומר דהנכון עם הש"ך דכתב דאין השליש נאמן לחייב שבועה להמלוה משום דהוי עד הצריך שבועה ואף דעכשיו דהוא ע"א דאינו נאמן להחזיר השטר להלוה אלא דמחוייב להחזיר השטר להמלוה אחר שישבע המלוה והוי השבה מעליא במה שמשלישו ת"י הב"ד כנ"ל עכ"ז י"ל דאינו יכול לחייבו שבועה משום דהא אם יבא עוד ע"א להצטרף עם השליש ויעיד שהוא יודע ג"כ דמחלו דבזה נתבאר לעיל דודאי אינו מצטרף השליש עם עד האחר להיות כשנים משום דאז יהיה דינו כבע"ד דהוי עד הצריך שבועה כיון דלא קיים השבת הפקדון לפי דלא היה יכול המלוה ליטלו מעולם כנ"ל וע"כ מה"ט יש לדון דגם תורת דין ע"א אין עליו ואינו יכול לחייבו שבועה כשהוא יחידי כמו שיבואר והוא ונקדים לדברי הש"ך בסי' ל"ג ס"ק ט"ז דהעלה דאף דדיני ממונות א"צ דו"ח מ"מ אם חקרו ואמר א' מהן איני יודע דעדותן בטלה משום דלא הוי עדות שאתה יכול להזימה והנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ע"ב הקשה ע"ז מהא דע"א מחייב שבועה והא בזה הוי עדות שאאי"ל לפי דיכול לומר לחייבו שבועה באתי והאריך בזה וכ"כ הטורי אבן בר"ה ד' ב"ג ע"ב ד"ה ומכניסין אכן באמת אין זה קשה דהא כתבו התוס' במכות ד' ב' ד"ה מעידין אנו שהוא ב"ג וב"ח כו' בתי' השני דכיון דלא כתיב כאשר זמם בעדות ב"ג וב"ח ע"כ לא בעינן ביה עדות שאתה יכול להזימה ע"ש ה"ה יש לומר כן בעדות של ע"א דכיון דאינו בתורת הזמה כלל ע"כ לא בעינן בי' עדות שאתה יכול להזימה כלל ובמק"א הארכתי בזה ולפ"ז יש לומר דאף לשיטת הש"ך דס"ל דאם אמר א' מן העדים איני יודע להחקירות דעדותן בטלה דמ"מ י"ל דמודה בעדות ע"א לענין לחייבו שבועה דאף דאומר איני יודע להשבע חקירות דמ"מ נאמן לחייבו שד"א דהא נתבאר דבע"א

לא בעינן כלל דיהיה עדות שאתה יכול להזימה כן י"ל לכאורה: אמנם יש לדון דכיון דבשני עדים לא מהני עדות דאינו ראוי לדו"ח ע"כ ה"ה בעדות דע"א ג"כ לא מהני עדות דאינו ראוי לדו"ח והוא דמצינו בשבועות ד' מ' דאמרו בדרך כללא דכ"מ ששנים מחייבין ממון א' מחייבו שבועה וברא"ש שם פ"ו סי' ה' וברי"נ שם נקטו להך כללא למילף מיניה דאף בתובע טוען שמא משביעין ע"פ ע"א וכדקיי"ל כן בסי' ע"ה סעי' כ"ג ש"ך ס"ק פ' ויש לומר כמו דילפי מן הך כללא דכ"מ ששנים מחייבין ממון כו' דאף בתובע טוען שמא כו' דה"ה דאמרינן ע"פ הך כללא דוקא במקום ששנים מחייבין ממון אחד מחייבו שבועה דכיון דיש לו כח להע"א לאצטרופי לשנים לחייב ממון ע"כ יש לו כח לע"א לחייב שבועה אבל היכא דלא חזי לאצטרופי לשנים אז אין לו כח אף לחייב שבועה וכה"ג מצינו ביומא ד' ע"ד דלכן חצי שיעור אסור מה"ת משום דחזי לאצטרופי וכעין זה הוא בגיטין ד' כ' דלכן כתבו על העלה של זית כשר משום דחזי לאצטרופי אלמא דמצינו מעלת דחזי לאצטרופי כ"א כפי מה דשייך לענין שלו:

ולא מבעיא למאי דקיי"ל דמצרפין עדות מיוחדת ואף למאן דס"ל דלא מצרפין עדות מיוחדת א"כ כל ע"א עכשיו דמעיד יחידי אינו ראוי להצטרף לעוד ע"א להיות חשוב כשנים להוציא ממון עכ"ז הא בשעה דהעיד היה ראוי להצטרף אז לעוד ע"א אם היה בא להעיד אז ומקרי גם זה בשם חזי לאצטרופי ועיין בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ט"ו ענף ו' מש"כ בענין עקירה והנחה לחלק דלא שייך התם חזי לאצטרופי לפי דלא מקרי חזי לאצטרופי לענין להבא רק לענין עבר ועכ"ז אין זה שייכות לנ"ד דמ"מ יש לדון דמנלן לחייב שבועה ע"פ ע"א היכא דלא היה חזי מעולם לאצטרופי לעוד ע"א להיות כשנים כן י"ל למ"ד דאין מצרפין עדות מיוחדת ולדידן דקיי"ל דמצרפין עדות מיוחדת מה"ת שפיר י"ל דהיכא דלא חזי לאצטרופי להבא ג"כ אין נאמן לחייב שבועה דמנלן זה להוכיח כן מדעתינו ועיין בשאגת אריה סוף סי' פ"א מש"כ בח"ש דבל יראה:

וסעד לדברינו הוא מן מש"כ הרמב"ם ה' עדות פ"ה ה"ג בזה"ל דכ"מ שע"א מועיל אשה ופסול כ"כ מעידים חוץ מע"א של שבועה שאין מחייבין שבועה אלא בעדות כשר הראויה להצטרף עם אחר ויתחייב זה הנשבע ממון ע"פ עכ"ל הרמב"ם וכתב הכ"מ איני יודע מהיכן הוציא רבינו דין זה אם לא מדאמרינן לכל עון ולכל חטאת אינו קם אבל קם הוא לשבועה משמע דבראוי לעדות עון וחטאת בצירוף אחר עסקינן עכ"ל הכ"מ הרי להדיא דמה שכתבנו מתחילה מסברא מצאתי כן מפורש בהרמב"ם ב"ה שכתב לכללא דע"א אינו יכול לחייב שבועה רק היכא דראוי להצטרף עם אחר להוציא ממון ממנו ודוחק לומר דדוקא בפסול הגוף כתב הרמב"ם כן דהא סתם דבריו וכתב שאין מחייבין

שבועה אלא בעדות כשר הראויה להצטרף כו' אלמא דס"ל זה לכלל גמור וכמש"כ הכ"מ לבאר זה וכמש"כ לעיל לדון כן ע"פ סברא וכעין זה ראיתי בטורי אבן לר"ה ד' כ"ב ע"א בד"ה הא אשה כשרה כו' שכתב דלכן אשה פסולה לחייב שבועה משום דכתיב לא יקום ע"א לכל עון דמשמע אבל ב' יקומו וכיון דאין אשה מצטרפת לב"ע לא קמה נמי לשבועה בתורת ע"א עכ"ל ובאמת כבר הקדימו הרמב"ם והכ"מ כנ"ל:

ונתבאר דבעינן בע"א דמחייב שבועה דיהא ראוי לחייב ממון על פי שנים דהא הך לכל עון ולכל חטאת כו' פי' רש"י בחומש דברים י"ט פ' שופטים ד"ה לכל עון ולכל חטאת להיות חבירו נענש על ידו לא עונש גוף ולא עונש ממון אבל קם לשבועה ספרי עכ"ל רש"י וכ"כ הכ"מ פ"ה ה' עדות ה' א' ועיין שם בהג"ה בצידו וראיתי בספרי פ' שופטים אות קפ"ח על פסוק לא יקום ע"א באיש שכתבו אין לי אלא לדיני נפשות לדיני ממונות מנין ת"ל לכל עון לקרבנות מנין ת"ל לכל חטאת כו' ולפ"ז י"ל דלא בעינן עדות הראוי לדו"ח בע"א כמו דלא בעינן עדות הראוי לדו"ח בקרבנות אך לקמן שם בספרי אמרו ר' יוסי אומר לעון אינו קם אבל קם הוא לשבועה א"כ שפיר יש לנו לומר דגם בעדות ע"א לחיוב שבועה אין מחייבין שבועה רק היכא דראוי לחייב ממון ע"פ צירוף שנים כמש"כ הרמב"ם והכ"מ וע"כ כמו דס"ל להש"ך דבעינן עדות הראוי לדו"ח בשני עדים לחייבו ממון דה"ה גם בע"א לחייב שבועה אין יכול לחייבו רק ביודע כל שבע דו"ח ובאינו יודע הדו"ח דאינו ראוי לחייבו עון היינו ממון ע"פ ב' לכן אינו ראוי לחייבו שבועה כנלע"ד לדון בכ"ז ומצאתי בנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' ע"ו שהביא כעין זה לדברי הרמב"ם פ"א מטוען:

ועכשיו דאתינן להכי לכן יש לנו לומר במה שכתבתי לעיל בנידון תשובת הרא"ש דהכא שהשליש מעיד דהמלוה מחל לחובו דכתב הש"ך דכיון דהוי בע"ד הצריך שבועה ע"כ אינו מחייבו שבועה וע"ז כתבתי לדון דהא עכשיו דאינו אלא ע"א ואינו נאמן רק לחייב שבועה ע"כ ממילא א"צ שבועת בע"ד כמו שהארכתי לעיל ועכשיו ראיתי דיש לומר דהנכון עם סברת הש"ך דאינו יכול לחייבו שבועה כיון דאינו ראוי השליש להצטרף עם עוד ע"א להיות כשנים להוציא השטר ולהחזירו להלוה. דהא כבר נתבאר דבעדות שנים לא יהיה מצטרף השליש משום דאז מיפסל משום דהוי עד הצריך שבועה וכללא הוא דע"פ שנים עדים שנאמנים ע"פ דיבורם אבל היכא דאינו נאמן רק ע"פ שבועה או ע"י עד המסייע דפוטרו משבועה פסלה אותו התורה וכמש"כ הח"מ והב"ש באה"ע סי' ל"ה כנ"ל ע"כ אפשר דזה הוי כמו פסול הגוף [ועיין באה"ע סי' ל"ה בב"ש ס"ק ה' מש"כ בשם הר"נ דאינה מקודשת מה"ת] וכיון דאינו ראוי להצטרף להיות כשנים ע"כ מה"ט אינו

יכול לחייבו שבועה משום דיש עליו שם פסול דהוי בע"ד וצריך שבועה אם היה מצטרף לעד שני ע"כ אף דעכשיו דמעיד יחידי דא"צ שבועה מ"מ מיפסל לעדות דמנלן מדעתינו לחייב שבועה ע"י עדות כזה הא עכ"פ מקרי עד שאינו ראוי לצירוף שנים ויהיה מאיזה טעם שיהיה הא עכ"פ אינו מצטרף לעד שני וע"כ הנכון עם סברת הש"ך ואף דנימא דהש"ך לא נתכוין לזה מ"מ ענין בפ"ע הוא וראוי לאומרן להדברים הנ"ל ב"ה:

ב (שם סעי' ג') בש"ך (ס"ק כ') דהעלה שם דבאין שלישותו יוצא מת"י ה"ה כשאר כל אדם וצריך שבועה עכ"ל אבל לענין להחזיק ת"י נאמן לומר דהשליש מסרו לשם כך ואין מוציאין ממנו רק שבועה צריך כמו שביאר הנתיבות לכוונת הש"ך אבל האו"ת חולק על הש"ך והעלה דפטור מש"ה ע"ש ויש להקשות מן הא דלקמן סי' קפ"ה סעי' ה' ראובן אומר במאה אמרתי לך למכרו והסרסור אומר בחמשים אמרת לי כו' נשבע היסת שעשה שליחותו ואם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן וזה המוכר לו סרסור הוא יחזיר החפץ לבעלים כו' וזהו לשון הרמב"ם פ"ב ה' שלוחין ה' ו' והראב"ד חולק שם ע"ז וכתב דלא יחזיר וזהו שיטת יש אומרים דהביא הרמ"א שם והכ"מ שם והב"י שם כתבו דבשביל טענה החלושה שכתב הראב"ד נפסיד למוכר וטעמו של הרמב"ם והמחבר הוא דכיון דיש חזקת מרא קמא בצירוף טענת ברי והמקבל טוען שמא ע"כ מוציאין מהמקבל וטעמו של הראב"ד הוא כמש"כ הסמ"ע שם דיכול הלוקח לומר דמסתמא התנה עמו בין לתיקון בין לעוות וקשה דהא יש לומר דיהיו להסרסור דין שליש דנאמן אף באין שלישותו יוצא מת"י וא"צ המקבל להחזירו להנותן ואף כשאין המקבל יודע ג"כ מהימן השליש כמו שהעלה הש"ך בסי' נ"ו ס"ק ה' וגם אם הנותן מכחיש ואומר לפקדון ס"ל להרבה פוסקים דנאמן השליש כמש"כ המחבר בסי' נ"ו סעי' א' והסמ"ע שם ס"ק ז' וכש"כ כאן במודה ענין השלישות דנתן ביד הסרסור למוכרו דבזה לכ"ע נאמן א"כ תקשה דאמאי כתבו הרמב"ם והמחבר דהלוקח צריך להחזיר החפץ ואפשר לומר דזהו טעמו של הראב"ד דהשיג על הרמב"ם וס"ל דא"צ להחזיר משום דיש לו דין שליש וזהו סברת הטור שהכריע שם כהראב"ד אבל על שיטת הרמב"ם והשו"ע תקשה והא שכתבו שם דנשבע הסרסור שבועת התורה יש לומר בזה דאף לפמש"כ האו"ת בסי' נ"ו ס"ק י"ב דא"צ השליש לישבע היינו דוקא שבועת היסת אבל שבועת התורה נשבע משום דחזקה שליח עושה שליחותו אינו פוטר משבועת התורה א"כ ה"ה כאן אבל במש"כ הרמב"ם והמחבר דאם כבר נתן החמשים נשבע היסת מזה הוא סייעתא לדברי הש"ך דהכא אכן מש"כ דיחזיר החפץ לבעלים תקשה כנ"ל והש"ך הכא רמז לסי' קפ"ה סעי' ה' אבל לא

כתב לבאר זה ומצאתי בשער המשפט ס"ק ג' שהעיר לתמוה כן והעלה דצריך ישוב וכן מצאתי בנתיבות סי' קפ"ה ס"ק ו' שתמה בזה ונדחק ליישב ע"ש:

ענף א:

ומחומר הקושיא הלז נראה לי לדון. בזה והוא דהא עיקר נאמנות השליש הוא משום דהימני' וה"ל כאומר נאמן עלי אבא כמש"כ הסמ"ע ס"ק ב' וכל הראשונים וה"ל כמו דאמר לו בפי' דיהא נאמן השליש בכל מה שיאמר אע"פ שיהא משקר וכמש"כ התוס' בגיטין ד' ס"ד ד"ה שליש נאמן כו' וכ"כ הר"ן שם דאמרינן דמשעה שנמסר להשליש גמר והקנה שכל מה שירצה שליש יעשה אפילו ישקר כו' ועיין בתשובת ר"ע איגר זצ"ל בהשמטות לסי' ב'. ויש לדון במה דאמרו דהוי אומדנא כמו דא"ל בפירוש דיהיו נאמן אף אם ישקר דהא זה הוא כעין אסמכתא כמו כל אם יהיו כך בשלמא נאמנות כבי תרי שנותן הלוה להמלוה כיון דבעי קנין א"כ הא קנין מסלק אסמכתא שאינו גמורה כ"כ וכן בשעת הלואה אבל הנאמנות שנותן להשליש דלא היו קנין בזה יש לדון דה"ל אסמכתא רק בנאמנות שנותן הלוה להמלוה שייך בזה ג"כ לומר בהך הנאה דהימני' המלוה להלוה דגמר ומשעבד נפשי' כמו דאמרו כן כזה גבי ערב כמבואר:

והנה מצינו בבית יוסף לטור ח"מ סי' ר"ז סעי' י"ח שהביא שיטת התוס' דמה שאינו בדרך קנס לא הוי אסמכתא וכ"כ שארי פוסקים א"כ לפ"ז א"ש הכא דהא אין זה בדרך קנס אבל שיטת הרמב"ם הוא דאף שלא בדרך קנס ג"כ הוי אסמכתא כמש"כ בריש פ' י"א ה' מכירה והובא בפתח הבית דין אסמכתא סי' כ"ב ענף ז' שביאר זה בארוכה ע"ש א"כ לפ"ז יש לומר בכל נאמנות השליש דלא יהא עדיף מן אמר לו בפירוש דיהא נאמן אף אם ישקר וה"ל ככל תנאי התלוי ביד אחרים שאינו ביד המוכר וכמו שכתב הרמ"א בסי' ר"ז סעי' י"ג כזה דה"ל אסמכתא אך הא מצינו להרמב"ם דכתב בפרק י"א ה' מכירה ה' ג' שכתב המוכר בית לחבירו ע"מ שילך כו' והחזיק בבית ה"ז קנה אבל אם התנה וא"ל אם תלך כו' והלך עמו כו' אע"פ שהחזיק בבית אחר שקיים התנאי לא קנה שזו היא אסמכתא עכ"ל והמ"מ ביאר זה דטעמו דכמו שאמרו דבמעכשיו קנה א"כ ה"ה כשהוא מחזיקו מעתה והלא חזקה זו מעכשיו הוא מחזיק בו ודברי הרמב"ם הנ"ל הובא בטור סי' ר"ז סעי' י"ד ובשו"ע סי' ר"ז סעי' ב' בקצרה והבית יוסף ביאר דבריו דעיקר החילוק הוא באם עשה קנין חזקה מיד לא ה"ל אסמכתא אבל בלא עשה איזה קנין מיד אלא אחר דקיים תנאו הלך והחזיק בזה ה"ל כמו אסמכתא והובא בסמ"ע סי' ר"ז ס"ק ו' שהאריך בזה גם י"ל דעיקר החילוק הוא בין על מנת ובין לשון אם דע"מ ה"ל כמו מעכשיו ואם לא ה"ל כמו מעכשיו ועיקר החילוק הוא מבואר בלשון הרמב"ם שם

ה"ג לחלק בין לשון ע"מ ללשון אם וכן מצאתי בביאור הגר"א זצ"ל בח"מ סי' ר"ז ס"ק ה' שכתב כן בכוונת הרמב"ם:

ועיקר הענין הוא דבמה שאינו אסמכתא גמורה דמהני מעכשיו וה"ה ע"מ כמבואר בסי' ר"ז סעי' י"ד בהגהות רמ"א ודוקא במה שהוא דרך קנס לא אמרי כמעכשיו דמי וכ"כ הנתיבות בסי' ר"ז ס"ק י"ז דבתנאים שאינו קונס א"ע מהני מעכשיו וה"ה ע"מ לכ"ע ולפ"ז יש לדון בעיקר נאמנות השליש דלא יהא עדיף מן א"ל בפירוש דיהא נאמן אף אם ישקר דהא ה"ל אסמכתא רק דיש לומר דה"ל כמו דא"ל בלשון על מנת או מעכשיו יהיו שייך החפץ לחבירו אם יאמר השליש כן וגם ה"ל כמו דהחזיקו מיד בנכסיו דזהו מסלק אסמכתא שאינו בדרך קנס וכיון דהימני' מסתמא עשהו להיות שליש שיהיו מועיל אמירתו ע"פ דין דשייך בזה לומר אין אדם עושה ענין שיהיה לבטלה וכמו שאמדו חז"ל בזה וע"כ ה"ל כמו דא"ל להשליש להיות זוכה לחבירו הבע"ד שלו מיד ע"מ שיאמר השליש אף שישקר בזה וכעין זה איתא ברשב"א בתשובת תולדת אדם סי' צ"ט דהביא בשם חולק דס"ל דשליש הוי כאומר לו זכי ואף להרשב"א דחולק שם וס"ל דאין השליש זוכה עד שיאמר בפי' זכה מ"מ בזה אף הרשב"א מודה דאם אמר השליש עכשיו שאמרו לו בעת ההשלשה זכה להצדדים אז ה"ל כמו דהתנו בפי' עמו שיזכה לאיזה צד אף אם ישקר וכמו דא"ל בפירוש זכה מעכשיו לחבירו ע"מ אם יאמר השליש כן אף שיהיו בשקר ולכן לא ה"ל אסמכתא בכל מה דאמרו שליש נאמן:

וכ"ז לא שייך רק בשליש הנעשה בין שני בע"ד ידועים שהשלישו בידו או אף במכחיש השליש לחד שיטה כיון דאמרו אף בזה הכלל דהימני' ומסתמא ה"ל כמו דא"ל בפי' שיזכה בשביל בע"ד השני אבל בהא דסי' קפ"ה בסרסור שעשה אותו המוכר לשליח למכור החפץ לכל מי שיזדמן וירצה ליתן סך זה א"כ בזה לא שייך לדון דה"ל כמו דא"ל זכה למי שיתן לך סך כזה דהא בזה לא מהני לזכות עבורו מעכשיו דהא קיי"ל אין ברירה וה"ל כמו על מי שיעלה מכם ראשון לירושלים ולאיזה שתצא בפתח תחילה וכמו הא דלכל המוציאו דסי' ס"א והא דכל מי שיגיע מצאתי לידו ה"ה לו במתנה דשאגת ארי' סי' צ"ב וסי' צ"ג דכיון דאין ברירה במה דהוי מעכשיו ע"כ לא מהני ע"ש וה"ה במה דנתבאר בנ"ד דבעינן מעכשיו דכיון דאין ברירה ע"כ ממילא הוי אסמכתא במה שאמר לו זכה עבור מי שירצה ליתן נון זוז אם תאמר בשקר שנתרצה למכור אף בחמשים זוז דכיון דלא מהני זכייתו מעכשיו עבורו משום דאין ברירה ע"כ אף דמיירי עכשיו שכבר מסר הסרסור בידו מ"מ הא נתבאר דבכזה לא מהני מה דהחזיק לאחר זמן כיון דמתחילה לא החזיק בה מיד והיכא דלא היה כמו מעכשיו הוי זה כמו כל אסמכתא דלא קנה

וגם אומדנא לא שייך בזה לומר דאלו היה התם בעת שהחזיק בה היה מתרצה ליתן לו דהא איתא בב"מ ד' ס"ה ע"ב שחילקו התם זביני הכא הלואה וכתבו התוס' שם ד"ה התם זביני כו' דכיון דהיו מתחילה המכירה בדרך אסמכתא ע"כ לא שייך התם לומר אנן סהדי דניחא לי' דליקו בהימנותי' כו' וה"ה הכא בסרסור דנעשה השליחות שלא באופן דהיה אסמכתא כיון דלא נעשה הקנין משיכה מיד בעת שנתן לו החפץ ע"מ זה ע"כ לא קנה הלוקח להחפץ משום דה"ל אסמכתא ולכן לא שייך התם דין שליש נאמן:

ב ולפ"ז א"ש במה שכתב הרמב"ם והמחבר בסי' קפ"ה גבי סרסור דאם הלוקח יודע שחפץ זה של ראובן דיחזיר לו משום דלא שייך התם להסרסור דין שליש כיון דלא נעשה התם זכי' גמורה שיהיו מועיל מיד בעת שא"ל כן וה"ל אסמכתא ובאמת י"ל בשיטת הראב"ד והרמ"א שם והטור דכתבו דאין הסרסור נאמן להפסיד להלוקח דטעמם דס"ל דאף בזה שייך דין שליש משום די"ל אף בזה לסברת הנתיבות שכתב בסי' נ"ו ס"ק ד' בארוכה בכלל הא דשליש נאמן דה"ל כמו דא"ל קני ע"מ להקנות דהשליש קנהו ע"מ להקנות למי שהרשהו הבעלים ולפ"ז אף הכא בסרסור דלא שייך הכא לומר דזכה למי שירצה ליתן חמשים זוז ע"מ שיאמר השליש כן כנ"ל משום דאין ברירה מ"מ הא זכהו השליש הוא הסרסור מיד ע"מ להקנותו לאח"ז וה"ל כמו החזיק בה מיד כנ"ל ואין אנו צריכים לומר בטעם שיטת הפוסקים הנ"ל דזהו משום דה"ל כמו שהתנה עמו בין לתיקון ובין לעוות כמש"כ הסמ"ע שם אלא י"ל דזהו הכל חדא היא אך אכתי נפ"מ מזה לענין שבועת הסרסור דבזה לא פליג הראב"ד שם רק על שבועת התורה פליג שם לפי שאינו טוענו דבר מסויים כמבואר שם. ולכן העיקר דאף הראב"ד ס"ל כמש"כ וקצרתי והא דשליש הנעשה ע"י שליח דמבואר לקמן סעי' ו' דמהימן אין זה סתירה על מה שכתבתי דשא"ה די"ל כיון דה"ל התם בע"ד ידוע מן צד השני ע"כ ה"ל גם התם הך אומדנא כמו בכל שליש נאמן דה"ל כמו דא"ל שיזכה עבור בע"ד השני מעכשיו ע"מ אם יתרצה השליש לקבל זה ההשלשה ויאמר כן אף בשקר דאל"כ הא יתבטל ענין שלישותו שמוסר לו למסור להשליש ועיין בנתיבות ס"ק י"ח ויש לדון בדבריו וגם הא כתב הטור בשם הרמב"ן שם דלכן שליש הנעשה ע"י שליח מהני משום דהשליח נאמן במיגו דהי' אומר הושלש בידי ע"ת כך וכך והובא לקמן בש"ך ס"ק כ"ט א"כ הך מיגו לא שייך רק היכא דיש לפנינו שני בע"ד ידועים דהי' יכול לומר דנעשה שליש ביניהם אבל הכא גבי סרסור דמכר החפץ לאיש א' שידוע לכל שאין לו שום עסק וענין כלל עם המוכר ע"כ לא שייך התם הך מיגו דהי' אומר דנעשה שליש בין המוכר והלוקח ע"כ אינו נאמן הסרסור:

ואכתי יש לדון בעיקר הדבר שכתבתי דלכן לא שייך התם גבי סרסור לומר דה"ל כמו דא"ל זכה למי שיתן לך חמשים זוז ע"מ כו' משום דכיון דקיי"ל אין, ברירה כו' דהא כיון דמספקא לן אי יש ברירה או אין ברירה וע"כ בדאורייתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה. א"כ הכא שהסרסור מסר כבר החפץ להלוקח וה"ל עכשיו הלוקח מוחזק בהחפץ והא שיטת הרמב"ם והמחבר דתפיסה מהני בכל ספיקא דדינא א"כ ממילא יכול הלוקח לומר קים לי דיש ברירה וממילא מהני זכיות הסרסור עבורו מיד בעת שנמסר החפץ לידו וה"ל כמו כל שליש דנאמן ותקשה עדיין דמפני מה כתבו גבי סרסור דאין לו דין כמו שליש אכן לשיטת הישׁ"ש בב"ק פ"ה בדיני ברירה דהעלה דהא דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה היינו בין לחומרא בין לקולא ומה"ט פסק הרמב"ם אחין שחלקו מחזירין זל"ז ביובל והא שכתב הרמב"ם גבי איזה שארצה אגרש ה"ז ספק מגורשת הוא טעות סופר כו' אתי שפיר לכל מש"כ משום דלא מהני תפיסת הלוקח בזה לטעון קים לי דיש ברירה דהא לדבריו לא שייך לומר כן וכן י"ל לפ"ז גם לסברת התוס' שכתבו בב"ב ד' ס"ב ע"ב ד"ה איתמר כו' דמצינו לפעמים דפסקו חז"ל דלא נימא הממע"ה כו' וה"ה י"ל הכא כיון דמצינו דאמרו חז"ל אחין שחלקו מחזירין זל"ז ביובל ולא מהני תפיסתו לומר קים לי דיש ברירה אף דיש סוברים דאף בקרקע מהני תפיסה בספיקא דדינא וגם דנימא דהך מילתא דאין ברירה בדאורייתא ה"ל זה משום ספיקא דדינא ודלא כהישׁ"ש בזה. מ"מ כיון דתקנו חז"ל ואמרו דמחזירין זל"ז ביובל ולא מהני בהך ספיקא דדינא מה דהוי מוחזק ה"ה בכל מילתא דיהי' ספיקא דדינא בהך מילתא אי יש ברירה או לא דאנו דנין דלא מהני תפיסתו בזה אלא מוקמינן על חזקת מרא קמא כן י"ל להסוברים שלא לחלק בספיקא דדינא בתפיסה בקרקע בין תפיסה במטלטלטלין ואכמ"ל בזה:

אכן באמת קשה לדון כן דבעיקר דברי הישׁ"ש כבר חלקו עליו הפוסקים והעלו דמשום ספיקא אתינן עלה אי יש ברירה או לא כמבואר באה"ע סי' קל"א סעי' ד' וב"ש שם ס"ק ד' בשם הר"נ והכ"מ וכמו שביאר זה הפני יהושע לגיטין ד' כ"ה להשיג על הישׁ"ש בכ"ז ומה שכתב הישׁ"ש מהא דמחזירין ביובל עיין מזה בגט פשוט סי' קכ"ב ס"ק ח' ובשער המלך ה' גירושין פ"ג ואכמ"ל מכל זה וע"כ עדיין יש להעיר על מה שכתבתי דהא יש לומר דיהא מועיל תפיסת הלוקח ולומר קים לי דיש ברירה כנ"ל ומ"מ ראיתי דעדיין אין לסתור לכל היסוד שכתבתי והוא דיש לדון בזה למה דאמרו בקידושין ד' ס"ד גבי קדשתי את בתי הגדולה כו' דכולן מותרות וכן הא דעד פני פסח דאינו אסור רק עד שיגיע כדקיי"ל כן והטעם הוא משום דלא מחית נפשי' לספיקא ופי' רש"י שם במשנה ד"ה כולן מותרות דלא מחית אינש למימר מילתא דליתי בי' לידי שאילה לחכמים כו'

וע"כ מה"ט יש לומר כן בנ"ד דלכן לא אמרינן בהך דסרסור דסי' קפ"ה דה"ל שם ג"כ אומדנא דנתרצה המוכר שיזכה הסרסור עבור מי שימכור לו חפץ זה בסוף הזמן ע"מ שיאמר הסרסור כן משום דהא אף אם הי' מתנה בפירוש כן הוי זה ספיקא דדינא אי מהני זכייתו מעכשיו עבורו דדלמא הלכה דאין ברירה מעכשיו כו' וע"כ הוי זה דבר וענין דליתי בי' לידי שאילה לחכמים כמש"כ רש"י כנ"ל וע"כ מסתמא לא נחית אינש לזה האומדנא דלא יהי' דבר ברור רק ספיקא וכעין זה כתב הנתיבות בסי' ר"ל ס"ק ה' ובכללי תפיסה י"א וע"כ לא שייך הך אומדנא דאמרו בכל שליש נאמן שם בהך נידון דסרסור הנ"ל ולכן שפיר כתבתי לחלק דשאני נידון דהסרסור כנ"ל משום דכל זמן דלא אמר בפירוש שיזכה למי שימכור לו לאחר זמן ע"מ שיאמר כן אין לנו לדון לאומדנא דיהיו כמו שאמר בפי' כן משום דיש לנו סברא לומר דלא מחית נפשי' לספיקא וגם ה"ל משום זה הסברא כמו כל ספק אומדנא במה דנסתפקנו אם הי' אומדנא שלו כן או לא כמבואר באריכות זה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד וקצרתי בכ"ז:

ענף ג:

ומן מה דמצינו בגיטין ד' ס"ד אף גבי שליח להולכה להך סברא דנאמן משום דהימני' ועיין בתוס' שם י"ל דשאני התם בעניני גיטין דלא שייך התם כלל לדין אסמכתא כמבואר בבית יוסף לח"מ סי' ר"ז סעי' י"ח שהביא כן בשם הראשונים שכתבו דבגיטין וקדושין אין שייך אסמכתא כלל וביארו שם טעם הדבר היטב ועיין בראש"ש פ"א דגיטין סי' ב' ובאה"ע סי' קמ"א סעי' י"א בב"ש שם ובפני יהושע לגיטין ד' ס"ד על תוס' ד"ה בעל נאמן כו' מה שהביא שם לדברי הרא"ש הנ"ל ואכמ"ל:

והנני לכתוב כאן מה שאמרתי כבר לתרץ קושיות ר' עקיבא איגר זצ"ל בהשמטה לסי' ב' במש"כ התוס' והר"נ בסוגיא דשליש נאמן דהימני' אף אם משקר ויהיו למפרע לגרושין וקשה הא בדאורייתא אין ברירה ולו יהא דאמר בפי' להשליש אם תרצה אחר הזמן שיהיו לגירושין יהא מעכשיו לגירושין ג"כ לא מהני כמו בע"מ שירצה אבא כו' ונשאר בצ"ע והנה לפי שיטת הסוברין לדינא בעל מנת שירצה אבא דכיון דעשוי להתברר בשעה ראשונה דלא שייך לדון בזה אין ברירה וכמו דהובא שיטה זו בהר"נ לגיטין ר"פ כל הגט וכמש"כ הישש"ש לב"ק פ"ה בפ"ב דיני ברירה דע"מ שירצה אבא אם רצה האב מקודשת משום שעומד להתברר או ירצה או לא ירצה וה"ל כאלו הוברר בשעת בעילה שירצה אבא ועיין ביומא ד' נ"ו בתוס' ולפי שיטת הפוסקים הנ"ל א"ש במה דאמרו גבי שליש דנתנו ע"מ שירצה השליש לומר אף בשקר אבל לפי שיטת הסוברים דגם בע"מ

שירצה אבא דיינינן לומר דלא הוי קדושין וודאי משום דגם בזה אין ברירה [ועיין בשאגת ארי' סי' צ"ג מזה תקשה קושיות הגאון הנ"ל:

והנלע"ד בזה והוא דהא קיי"ל דאין ברירה בדאורייתא משום דהוי ספיקא דדינא אי יש ברירה או לא כמש"כ לעיל אם היו תנאי מפורש בעת שנתן הגט ביד השליש שנותנו בתנאי שאם יאמר השליש אף בשקר שניתן לו הגט עבורה שיזכה עבורה מעכשיו אם יאמר השליש כן ה"ל ספק א"א משום ספיקא דדינא אם יש ברירה או אין ברירה וידוע מש"כ הפוסקים דהיכא דה"ל ספיקא דדינא דלא שייך בזה לדון דין אתחזק איסורא דא"א משום דבספיקא דדינא אין מעמידין על אוקי אחזקה כמש"כ המל"מ פ"ב ה"א הלכות טומאת צרעת והתבואות שור לסי' כ"ט והכנסת הגדולה שהובא בתשובת ר"ע איגר זצ"ל בפסקים סי' ל"ז וכ"כ הפרמ"ג ליו"ד סי' כ"ג בש"ך אות ח' והטעם הוא דבשביל החזקה לא ישתנה הדין וע"כ בנ"ד ה"ל ספק השקול בלא שום חזקת איסור כיון דה"ל ספיקא דדינא:

והנה מה דאמרו להאומדנא בהא דשליש נאמן משום דהימני' וה"ל כמו דאמר לו בפירוש שיהיה גט מעכשיו באם שירצה השליש לומר אף בשקר שניתן לו הגט עבורה עיקר הטעם הוא דלכן אמרו כן אף במקום איסור דא"א משום דאנן סהדי דהיתה כוונתו כן כדי שלא תצא תקלה מן ת"י במה שמסר הגט ביד השליש שהיה יכול למסור להאשה וע"כ מחמת חשש תקלה שהי' יכול לצאת על ידו מסתמא עשה כן כדי שלא תצא תקלה ממנו וכעין מה דמצינו בעירובין ד' ל"ב ובתוס' שבת ד' ד' ע"א ד"ה וכי אומרים לאדם חטא כו' ולכן אף היכא דלא יתוקן כל החשש תקלה מ"מ כל מה דיכול לעשות ולתקן עושה וע"כ אף דנימא דלמא קיי"ל אין ברירה ולא מהני תנאו הלז להתירה מן איסור דא"א לגמרי מ"מ אהני מעשיו שלא תהיה א"א וודאי רק ספק א"א ואמדינן לי' מחמת חזקת כשרותו דכל מה דהיה יכול לעשות ולתקן מסתמא עשה ואמרינן גם בזה להך אומדנא דתנאי הנ"ל כדי דלא תהיה באיסור א"א ודאית:

ועוד והוא העיקר דהא מצינו בב"ב ד' ה' גבי הא דסמך לו כותל אחר אע"פ שלא נתן עליו את התקרה מגלגלין עליו את הכל והטעם הוא דלא עביד דפרע משום מי יימר דמחייבי לי רבנן ומוציאין ממון ואינו נאמן לומר כי ידעתי את הדין הנשנה במשנה בלא שום חולק דסמך לו כותל אחר מגלגלין את הכל וע"כ פרעתי ומוכח מזה דזהו כלל גמור דמה דאינו פשוט ע"פ שכל האנושי דאינו נאמן לומר ידעתי וזהו ככל חזקות והוכחות גמורות דמוציאין על ידיהם מן חזקת ממונא אף דאין הולכין בממון אחר הרוב אך די"ל דשא"ה דהוי עליו חזקת חיוב ג"כ וע"כ בצירוף הסברא דמי יימר דמחייבי לי רבנן דזהו

בגדר רובא וה"ל רוב וחזקת חיוב דמוציאין ע"י מן המוחזק אבל עכ"פ מוכח דהך סברא דמי יימר דמחייבי לי רבנן ה"ל לכה"פ כמו כל רובא:

וכן מצינו בהה"מ להרמב"ם הל' גזילה פ' יו"ד ה' י"א שכתב אם טען בעל השדה ואמר נתתי והיורד אמר לא נטלתי דהיורד נאמן ומוציאין ממון וכתב הה"מ טעמו דזהו דומה להא דב"ב ד' ה' בחזקת שלא נתן משום מי יימר דמחייבי לי רבנן וכ"כ בח"מ סי' שע"ה סעי' ט' ובבאר הגולה שם ס"ק סמ"ך וכעין זה הוא בח"מ סי' פ"ב סעי' י"ח בהג"ה דראה בידו וטען אז כו' שאינן ראויין להחזיר לפי אותו הטענה כו' דאנן סהדי שלא החזירם כו' והטעם הוא ג"כ משום מי יימר דמחייבי לי רבנן כמש"כ הנתיבות שם ס"ק ל"ג ודוקא במה דהוי חיוב שלו פשוט לכל מסברא בזה נאמן לומר ידעתי החיוב ופרעתי כמש"כ הנימוקי יוסף בב"ב בהך סוגיא דסמך לו כותל כו' דאם קבע לו בנין קבוע אז חיובו פשוט ולא שייך ביה מי יימר כו' וכמבואר בח"מ סי' קנ"ז סעי' י"א ועיין בקצה"ח שם ס"ק י"ב ולכן יש לדון להך כלל במה דאמרו בהא דשליש נאמן משום דהימני' והוי אומדנא כמו דא"ל בפירוש שיחול הענין מעכשיו ע"מ שיאמר כן לאח"ז דגם בגט אשה אף דיש לדון בזה אין ברירה וה"ל ספיקא דאורייתא ולחומרא:

מ"מ הא הך מילתא דאמרו אין ברירה אין דבר זה פשוט לכל ע"פ שכל האנושי ובפרט דמצינו פלוגתא דתנאי אי יש ברירה או לא וגם האידנא לאחר חתימת הש"ס דאמרו בדאורייתא אין ברירה מ"מ הא מצינו בזה פלוגתא דרבוותא אם אמרינן יש ברירה בע"מ שירצה אבא או לא כנ"ל וידוע מש"כ התוס' בסנהדרין ד' נ"ג ד"ה הא לית לי' כו' דהא דאמרו אדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו ונתן לשם מתנה דזהו דוקא במה דאין שום תנא חולק בזה ולולי זה היינו מוציאין ממון וכעין מש"כ הש"ך בח"מ סי' מ"ב ס"ק כ' וס"ק כ"ב דבמה דיש דעה חולקת אף דלא קיי"ל בפשיטות כהך שיטה מ"מ י"ל דהנותן טעה בזה וכעין זה אמרו בגיטין ד' נ"ה דטעי בדר' ירמי' וביבמות ד' כ"ט ע"א רש"י ד"ה דמיגמר גמירי לה אינשי כו' אבל ערוה דנעשו צרות דר"ש לאו כ"ע גמירי והדברים ארוכים:

ולכן הך מילתא דאמרו דע"מ שירצה כו' דדייניגן גם בזה אין ברירה לחד שיטה דזהו כש"כ מן הא דסמך לו כותל אחר אף דהתם לא הוי שום פלוגתא דתנאי בזה כלל ומ"מ אמרינן לכלל ברור דכיון דאין חיובו פשוט כ"כ לכל אינו נאמן לומר ידעתי הדין ופרעתי כש"כ בהך מילתא דהוי כמו ע"מ שירצה כו' דמצינו באמת גם פלוגתא דרבוותא לאחר חתימת הש"ס דס"ל דזה מהני משום דיש ברירה בהך גוונא בוודאי אמרינן בזה הך כללא דכיון דאין זה דבר פשוט כ"כ לכל דמסתמא לא ידע אף להסתפק בזה כלל ובוודאי היה

אומדנא שלו אף בזה דנותן לו הגט ע"מ שיתרצה כו' ואף לפמש"כ לעיל דיש מקום לומר בכעין זה להא דלא מחית נפשי' לספיקא מ"מ י"ל דזה אינו שייך במה דמצינו פלוגתא דרבוותא לאחר חתימת הש"ס גבי ע"מ שירצה אבא דכיון דעומד להתברר בוודאי כו' ע"כ לא שייך בע"מ וכל דיני תנאים כזה לדון הך דלא מחית נפשי' לספיקא משום די"ל דלא היה לו שום לידת הספק כלל בזה דטעה וסבר לי' בפשיטות דבזה לא שייך כלל לדין אין ברירה בפרט דהסברא פשוטה כן הוא ע"כ ודאי זהו בכלל מי יימר דבב"ב ד' ה' הנ"ל ואף דנימא דזהו סותר למש"כ לעיל מ"מ הנני כותב כאן למה שצריך לענייננו כעת. ועוד יש לחלק בין הא דלעיל ובין הך נ"ד דעסיקנא בי' רק הוכרחתי לקצר:

ונתבאר דזהו אומדנא ברורה בהך מילתא דשליש אומר לגירושין דנתן לו הגט שיחול מעכשיו ע"מ שיאמר כן השליש לאח"ז אף שיהיה בשקר וכיון דאתינן להכי א"כ ממילא ה"ל הך איתתא בספק איסור א"א דלא אתחזק איסורא משום דלפי האמת דה"ל ספיקא דדינא אי דיינינן בזה אין ברירה או יש ברירה משום הך פלוגתא דרבוותא כנ"ל וגם בעיקר מילתא דאורייתא אין ברירה ה"ל ספיקא דדינא ולפ"ז יש לתרץ לקושית רע"א הנ"ל במה שהקשה על הא דשליש נאמן דהא בדאורייתא אין ברירה והוא דעיקר הטעם שהוצרכו התוס' והר"נ וש"פ לומר דלכן שליש נאמן משום דהוי כמו שהתנה שאף אם יהיה משקר יהיה הגט חל מעכשיו הוא משום דבלא טעם זה אין הדין נותן להאמין להשליש היכא דאין לו מיגו עכשיו משום דבאתחזק איסורא דא"א אין ע"א נאמן משום דאין דבר ערוה פחות משנים וידוע מש"כ בתשובת מוהרי"ק סי' ע"ב דדוקא באתחזק איסורא דא"א בזה אמרו דאין דבר ערוה פחות משנים אבל היכא דאין לפנינו חזקת איסורא בזה אף ע"א מהימן והובא דברי המהרי"ק הנ"ל בשב שמעתתא שמעתא ו' פ"ג בארוכה ובספר שער המשפט סי' ל"ג ס"ק א' שהאריך בכ"ז ובפתח הבית סי' יו"ד ענף ג' וגם בממון שאין א' מהם מוחזק בו יש לדון ג"כ דע"א יהיה מהימן ע"ש: וכן כתב בתשובת רע"א זצ"ל בפסקים סי' קכ"ג בשם הר"נ קדושין ד' רל"ד שכתב דוקא להוציא מחזקתו אין ע"א נאמן ומה שהקשה שם בסתירת דברי הר"נ בזה כתבתי במק"א לתרץ זה:

וכיון דנתבאר דבספיקא דדינא אין מעמידין על חזקה משום דלא ישתנה הדין בשביל החזקה כנ"ל בארוכה ע"כ בהך מילתא דשליש נאמן כיון דה"ל הך איתתא בספק איסור א"א בלא חזקת איסור המבררת לנו בהך ספק דדינא הנולד לנו על האשה שאנו דנין עליה וה"ל כמו כל ספק השקול דבזה אף ע"א מהימן בדבר שבערוה ג"כ ולכן אתי שפיר מה שהאמינו להשליש משום הסברא שכתבו דה"ל כמו דהתנה שיחול הגט מעכשיו אף אם יאמר בשקר ומתורץ על נכון קושית הגאון רע"א הנ"ל ושיטת הסוברים דאף

היכא דלא אתחזק איסור ג"כ אין ע"א נאמן בדבר ערוה י"ל דס"ל כשיטת הסוברין בע"מ שירצה אבא דאמרינן בזה יש ברירה כיון דהוי עומד להתברר בוודאי כו' ובשליש בענין ממונא י"ל ג"כ כנ"ל, דהא היכא דאין אחד מהם מוחזק יש ג"כ מקום לומר דעד אחד נאמן כנ"ל בדבר ערוה כמש"כ הפוסקים הנ"ל וגם י"ל הטעם בממונא דלכן שליש נאמן משום דאף דקיי"ל אין ברירה כקושית הגאון רע"א זצ"ל הנ"ל מ"מ הא מהני תפיסה בזה כמו כל ספיקא דדינא ובפלוגתא דרבוותא וע"כ דיינינן אף כ"ז שהו שהוא ביד השליש ולא מסרו לשום צד מן הבע"ד גם בזה להך מילתא דספק ממונא לקולא וכמו דאמרו בגיטין ד' ס"ג ע"ב גבי מה דמספקא לרב אי הולך כזכי כו' דאם בא לחזור אינו חוזר מיד השליח משום דספק ממונא לקולא ואף תפיסת השליח מהני בזה כמו דפי' רש"י שם וכמש"כ במק"א לבאר זה היטב כיון דעשה לו לשליח בנידון זה וכמו כן בשליש מהני תפיסתו עבור מי שרוצה לתפוס עבורו ולא שייך ע"ז כלל קושיות הגאון הנ"ל רק עיקר קושיות הגאון הנ"ל תסוב רק על הא דאמרו שליש נאמן בגט אשה דלא שייך כל זה אך לפמש"כ לעיל מתורץ גם בגט אשה למה שהקשה הגאון רע"א זצ"ל כנ"ל: נחזור לענייננו דנתבאר בהא דסרסור דסי' קפ"ה דאין לו דין של שליש ודלא כמש"כ השער המשפט והנתיבות:

ענף ד:

ועכשיו נבוא לבאר למש"כ הש"ך דשליש שהוציא שלישותו מת"י שצריך שבועה אם הבע"ד מכחישו ואומר שמסר שלא כדין והאו"ת תמה עליו דכיון דבעוד שהיו השלישות בידו היו מהימן בלא שבועה וכי בשביל שמסר שלא בב"ד יתחייב שבועה והא היו יכול למוסרו לפני הב"ד כו' ולענד"נ להסביר דברי הש"ך על נכון והוא דלכאורה יש לומר בכל נאמנות השליש דאמרו דנאמן משום דהימני' דזהו דומה לנאמנות שנותן הלוה להמלוה דמ"מ יכול הלוה להשביע להמלוה לאחר הפרעון כמו דמבואר בסימן ע"א סעי' ה' רק בכתב לעולם שאני אם כן ה"ה בנאמנות השליש גם כן אפשר לדון דאף במסר השליש לשלישותו בפני ב"ד ג"כ יהיה חייב השליש לישבע לאחר שהוציאו מת"י אך באמת הא מצינו דנאמנות השליש עדיפא מן נאמנות הבע"ד בזה כי יש לחלק ביניהם והוא דהא מצינו גבי נאמנות המלוה דאם בא לגבות שלא בפני הלוה לא מועיל הנאמנות כלל כמבואר בסי' ע"א סעי' כ' ואלו בנאמנות השליש אף במסר להשלישות שלא בפני הבע"ד השני ג"כ נאמן במסרו לפני הב"ד משום דה"ל כמו נאמן עלי אבא רק לכתחילה י"ל דבעינן שיגיד ענין שלישותו בפני שני הבע"ד כמו בהא דנאמן עלי אבא דבעינן שיגיד עדותו בפני הבע"ד וכמש"כ החכ"צ בתשובה סי' ס"א אך בשלחו אחריו ולא בא כמו

דמקבלין עדות כשרים בזה כמבואר בסי' כ"ח ה"ה דמקבלין עדות השליש ולהך דנאמן עלי אבא בזה רק אם היינו מדמין זה לנאמנות שנותן הלוה להמלוה היה עיכוב בדבר כמו בהא דנפרע שלא בפניו כנ"ל וע"כ מוכח מכל זה דנאמנות השליש אין לדמותו כלל לנאמנות של המלוה:

ואכתי י"ל כיון דכתבו הפוסקים דנאמנותו של השליש הוא כמו נאמן עלי אבא כמש"כ הבעה"ת והסמ"ע ס"ק ב' וכיון דבנאמן עלי אבא בעינן שיגיד עדותו בב"ד כמבואר בסי' כ"ב ה"ה בנאמנות השליש בעינן דיגיד בב"ד וכמש"כ הנתיבות ס"ק י"ט ועיקר הטעם דאמרו בשליש נאמן משום דהימני' זהו דוקא דהימניה באם שיגיד כן בב"ד אבל באם אמר לשלישותו בעת שהוציאו מת"י לפני עדים י"ל דע"פ דין אינו נאמן בעדותו מצד עצמו משום דלא הימני' בכה"ג והא דמצינו באמת בהא דשליש נאמן דאף כשאומר כן חוץ לב"ד ג"כ מהימן כמבואר לקמן סעי' ו' בהג"ה דקודם שיוציאנו מידו יאמר כן לפני עדים כו' וכמבואר בגיטין ד' ס"ד ובתוס' ד"ה תינח בפנינו אמרה כו' דסגי בעדים שראוהו בידו שלם יש לומר דעיקר נאמנות שלו חוץ לב"ד זהו משום מיגו דהיה בידו להעיד כן בפני ב"ד. ואף דמבואר בקידושין ד' ס"ב דזהו לאו בידו דמי יימר דמזדקקי לי' תלתא מ"מ הא כתבתי בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' ענף ב' לחלק בזה ואף שמן התוס' בסוטה ד' כ"ה ד"ה לאו כגבוי כו' לא משמע כן ע"ש מ"מ מן התוס' בב"ק ד' ל"ו ע"א ד"ה שור שנגח כו' משמע דס"ל דגם זה מקרי בידו דכתבו שיש בידו להביא עדים לאלתר כו' ועיין בתוס' גיטין ד' כ"ג ע"ב ד"ה אין העבד כו' ואכמ"ל בכ"ז והא דאין נאמנין כל שני עדים אם העידו חוץ לב"ד במיגו דהיה בידם להעיד בפני ב"ד י"ל דאין זה חשוב למיגו כמש"כ התוס' בכ"ד דלא אמרינן מיגו בשנים וה"ה אף בזה שייך לומר כן כיון דצריך להסכמת חבירו בזה ושאני מיגו דאי בעי שתקי וכש"כ לפמש"כ הריטב"א בכתובות ד' י"ח ובכתובות ד' כ"ה דעדים אין נאמנים אף שיש להם מיגו דרחמנא פסלי' דלא יהיו נאמנים רק בתורת עדות עצמן וכמש"כ מזה לעיל בחידושי לסי' ל"ז סעי' ד' ענף ב' מזה ע"ש:

וכ"ז אינו רק בעדים אבל בשליש דיש לו כמו דין בע"ד שפיר יש לומר דלכן נאמן כשהעיד חוץ לב"ד משום דהי' בידו להעיד כן בב"ד וכמו כל בע"ד וכה"ג דנאמן במיגו. כיון דאין זה מיגו להוציא דהא אנו דנין על החפץ שמונח ת"י השליש וכן בשטר דהא בשטרא מסייע לו אמרו מיגו להוציא וגם הא אנו דנין על גוף השט"ח למי הוא שייך וכיון דעיקר נאמנותו של השליש כשמעיד חוץ לב"ד הוא משום מיגו ע"כ ממילא יש לדון דיהא השליש חייב שבועה אם הכחישוהו שמסרו שלא כדין דהא כיון דאינו נאמן

מצד עצמו רק משום מיגו ה"ל כמו דקיי"ל דבע"ד אינו נאמן במיגו לאפטורי משבועת היסת. כמש"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק קכ"ה. וה"ה השליש במה שבע"ד תובעו שעשה שלא כדין כיון דעיקר נאמנות שלו הוא רק משום מיגו ולא משום נאמנותו מצד עצמו וע"כ דינו כמו כל בע"ד דהיכא דאינו נאמן רק ע"י מיגו דצריך לישבע ש"ה וה"ה שליש ולכן אינן תמוהין כ"כ דברי הש"ך במש"כ דהשליש חייב ש"ה אם מסרו שלא בב"ד ולפ"ז אף אם מסרו לפני עדים ג"כ חייב ש"ה ודלא כמש"כ האו"ת דבמסרו לפני עדים ג"כ אין סברא דיהיה חייב ש"ה וה"ה במסרו שלא בפני עדים דלפמש"כ אין דבריו מוכרחין כ"כ:

ועפ"ז יש לתרץ למה שהקשה הסמ"ע לקמן ס"ק כ"ו והש"ך לקמן ס"ק ל"א על מש"כ הרמ"א לקמן סעי' ו' על השטר שהי' מושלש ת"י השליש שקודם שיוציא את השטר מידו למסור להמלוה יאמר לפני עדים אופני ההשלשה והוא סותר למש"כ הכא דאין לו ליתן השלישות אלא בפני ב"ד ונדחקו ליישב אכן לפמש"כ אתי שפיר והוא די"ל דלכן הצריכו הכא שיתן בפני ב"ד כדי שלא יתחייב השליש שבועה כמש"כ וזה לא שייך רק בחפץ המושלש אבל לקמן סעי' ו' דמיירי בשטר המושלש דבזה לא שייך לחייב את השליש שבועה דהא אם הלוה יתבע להשליש על מה שהחזיר השטר להמלוה שלא כדין לא יהיה חייב שבועה דהא הביא הש"ך בסי' נ"ה ס"ק ד' בשם המשאת בנימין שכתב דשליש שהחזיר למלוה הוי גרמא ופטור וכל מה שיהיה פטור אין נותנין שבועה על זה כיון שאין מחייבין ממון על הודאתו כמבואר בסי' פ"ז והא שכתב הש"ך לעיל ס"ק ה' בנידון תשובת הרא"ש בשליש שהחזיר השטר להמלוה דאם יתבענו הלוה שהחזיר השטר שלא כדין דיהי' חייב שבועה כבר העיר בזה הנתיבות לעיל ס"ק ד' ע"ש וכיון דלא יהיה חייב השליש שבועה ע"כ סגי במה שימסור השטר להמלוה לפני עדים ויתנו כתוב וחתום כל זה וא"ש סתירת דברי השו"ע הנ"ל:

ונתבאר דאין להזניח דברי הש"ך דהכא שכתב דהשליש חייב שבועה אם יתבענו שהחזיר שלא כדין ומהני תפיסת הבע"ד בזה כפי מש"כ האו"ת בסי' פ"ז ס"ק כ"ד בשם הרדב"ז דמהני תפיסה במקום חיוב שבועת היסת ולכן יכול הבע"ד לומר קים לי כשיטת הש"ך דהשליש חייב ש"ה:

ג (שם סעי' ו) שליש הנעשה ע"י שליח כו' יעשה שליש מה שא"ל השליח והש"ך בס"ק כ"ט כתב בשם הטור והרמב"ן דהשליח היה נאמן בשעה שיצא השטר והמשכון מת"י במיגו כו' ולדעת הרא"ש צ"ל דמיירי דיש להשליח מיגו כו' עכ"ל ואף דבעת דיצא השטר והמשכון מת"י השליח ליד השליש לא היה זה בפני ב"ד מ"מ מהימן השליש אף שהגיד

על השלישות מחוץ לב"ד וכמבואר שם לקמן סעי' הנ"ל בהגהת הרמ"א שכתב דקודם שיוציאנו מידו יאמר לפני עדים כו':

ענף א:

ולכאורה צריך עיון בזה דמנלן להו דשליש יהיה מהימן אף חוץ לב"ד דהא יש מקום לומר בזה דשליש לא מהימן בהגיד אופני שלישותו חוץ לב"ד. וכעין סברת הנתיבות שם ס"ק י"ט דכמו דבנאמן עלי אבא צריך שיאמר לפני ב"ד דבעדות חוץ לב"ד לאו הגדה הוא דהוי כעד מפי עד וכן הדין בשליש דלא עדיף מעדים דלא חשוב הגדתן רק בב"ד עי"ש בנתיבות אך באמת מוכח בגיטין ד' ס"ד דשליש מהימן אף כשיגיד שלישותו חוץ לב"ד דז"ל הגמרא שם תנן האשה שאמרה התקבל כו' ואמאי ליהמניה לשליש מי קא נפיק גיטא מתותי ידיו כו' תונח אמרה קיבל ל"ל כו' וכתבו התוס' שם בד"ה תינח בפנינו אמרה כו' אלא בפנינו קיבל ל"ל נהי דלא סגי כו' מ"מ ל"ל בפנינו קיבל לא היה צריך אלא לעדים שראוהו בידו שלם. ולקמן שם תוס' ד"ה ר"א היא כו' כתבו ולכך לא סגי שראוהו בידו שלם כו' אלמא דאם ראו העדים בידו שלם אף דעכשיו נקרע הגט מ"מ כיון דהעדים ראו בידו שלם והיה אז מהימן בדין שליש ע"כ מהני זה אף דנקרע עכשיו אלמא דמבואר בפירוש דאף דלא מסר השלישית לפני ב"ד רק לפני עדים ג"כ מהימן כדין שליש א"כ שפיר מוכח מן סוגיא הנ"ל דשליש נאמן אף חוץ לב"ד: ובהא דשליש הנעשה ע"י שליח דכתבו דיעשה השליש מה שא"ל השליח דאף דאין להשליח דין שליש כשמכחישין לו מ"מ כיון דיש להשליח מיגו בעת דמסר להשליש ע"כ מהימן וכמש"כ הש"ך כנ"ל ולכאורה יש להעיר בזה לפי מש"כ הסמ"ע בסי' קל"ג ס"ק ח' דמיגו חוץ לב"ד לא מהני וכמש"כ התומים בסי' ע"ב ס"ק ל"ה ובסי' קמ"ו ס"ק י"ד דא"כ אמאי מהימן השליח ע"י מיגו בעת שמוסר להשליש שלא בפני ב"ד הא כיון דעיקר נאמנותו הוא ע"י מיגו וכיון דמיגו חוץ לב"ד לא מהני א"כ לא מהימן השליח ע"י מיגו בעת דמוסר השלישות להשליש בשלמא היכא דיש לו תורת שליש דאף דעיקר נאמנותו הוא ע"י מיגו דהיה בידו לעשות כן למפרע כמו דהעלה הש"ך. עכ"ז אחר דהאמינו לשליש משום מיגו דהיה בידו ואמרו בזה הטעם דהימניה ע"כ ממילא מהימן אף חוץ לב"ד אבל היכא דאין לו תורת שליש כגון במכחיש הבע"ד להשליח דאינו נאמן בתורת שליש אך עיקר נאמנותו הוא מחמת המיגו דהיה לו בעת דמסר להשליש וכמש"כ הש"ך כנ"ל א"כ אי נימא דמיגו חוץ לב"ד לא מהני תקשה דאמאי יעשה השליש מה שא"ל השליח: ומוכח מזה כמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק צ"א דדוקא היכא דצריך שבועה בנק"ח אמרינן דלא מהני מיגו חוץ

לב"ד לפי דהכל תלוי בשעת שבועתו שיפסקו לו הב"ד כמו שהאריך שם הש"ך בזה ועיין בסי' קל"ג ש"ך ס"ק ה' מזה:

אבל היכא דלא שייך סברא זו מהני מיגו אף חוץ לב"ד וכן מוכח מן הא דח"מ סי' שמ"ח סעיף ז' בהגהת הרמ"א דאם שמעון יש לו טענה נגד לוי דהיה נאמן ע"י מיגו וכמבואר שם בטור בשם תשובת הרא"ש ואף דבעת דבא החפץ ליד ראובן מן יד שמעון לא היה זה בפני ב"ד כמבואר שם. עכ"ז היה נאמן שמעון ע"י מיגו א"כ מוכח מן כ"ז דמיגו חוץ לב"ד מהני וכן יש לדון בסוגיא דב"ב דף קכ"ז דאמר יכיר למה לי אך יש לדחות זה דשא"ה דהוי בידו ליתן במתנה באמת גם היום. וכן בהא דאמרו דנאמן משום מיגו דבידו לגרשה ועיין בר"נ פ' האומר גבי ההיא דנשבית ופדיתיה כו' ובשער המלך סוף ה' מכירה ועיין בנתיבות סי' קמ"ו ס"ק י"ז דכתב לחלוק על האו"ת והעלה בהא דא"א הייתי וגרושה אני ונשביתי וטהורה אני ויליף זה מן את בתי נתתי כו' דבכל הנך ודאי מהני אף חוץ לב"ד והטעם הוא דשאני היכא דהוי הפה שאסר הוא הפה שהתיר כו' עכ"ל ויש לדון הרבה בכ"ז וקצרתי ועיין למש"כ לעיל בסי' הנ"ל סעיף ג' ענף ד' ועיין בש"ך סי' צ"ט ס"ק ה' ובסי' מ"ז ענף ב ולכאורה יש להעיר עפ"ז בהא דב"ב דף ל"ט ע"ב דתני בר קפרא ערער וחזר וערער אם מחמת טענה הראשונה ערער אין לו חזקה וא"ל יש לו חזקה והטעם הוא כיון דהודה דמחאתו הראשונה היתה בשקר א"כ הא היה חזקה בלא מחאה ואין מוציאין השדה מן הלוקח המחזיק וכן קיי"ל לדינא בסי' קמ"ו סעיף ז' ויש להקשות דיהיה מהימן המערער על מחאה השניה דבמשכנתא באה לידו במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה דירד להשדה בגזלנות כמו דמיחה בראשונה וכמו דמצינו בסי' ע"ט סעיף ט' דהיכא ששתי הטענות באות לפוטרו מהימן במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה וכמבואר ג"כ בסי' פ' ובטור שם ואין לומר דזה מקרי להוציא דז"א דהא כה"ג מצינו בב"ב ד' ל"ה ע"ב בתוס' ד"ה ואי דלי ליה כו' שהקשו דיהיה מהימן המערער במיגו דלפירות הורדתיו אלמא דזה לא מקרי מיגו להוציא משום דקרקע בחזקת בעלים עומדת כמש"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק ט' והנתיבות בכללי מיגו ס"ק ה' ובאמת התוס' בב"מ ד' ק"ו ד"ה א"ל רבינא כו' כתבו שם בתי' הג' דכה"ג מקרי להוציא כיון שאכל שני חזקה א"כ לפ"ז א"ש מה דאמרו דאם לא חזר וערער מחמת טענה הראשונה דיש לו חזקה משום דלא מהימן במיגו דזה מקרי מיגו להוציא: וכן לפמש"כ התוס' שם בתי' קמא דלכן אינו נאמן בגזל הוא בידו במיגו דמשכנתא משום דזה הוי מיגו במקום עדים דאנן סהדי דאם היה בא בגזל בידו לא היה שותק אלא היה מוחה עכ"ל ע"כ י"ל דלכן אם אינו

מערער מחמת טענה הראשונה אינו נאמן לומר במשכנתא במיגו דגזלנות משום דכיון דידוע דהחזיק ג' שנים בלא מחאה דמשכונא ע"כ דנין בזה אנן סהדי ולא מהימן במיגו: ולפ"ז יש לדון דה"ה בכל שני חזקה דאם הודה המערער שהחזיק המחזיק שלש שנים רק שטוען המערער שלא מכרו מעולם ולא מיחה לי דאינו נאמן המערער במיגו דאי בעי לא היה מודה לו על חזקתו ג"ש משום דזה מקרי מיגו להוציא להך תי' ג' או להך תירוצא קמא של התוס' דזה מקרי מיגו במקום עדים משום אנן סהדי כו' והנה האו"ת בסי' קמ"ה ס"ק ה' כתב בזה הדין בפשיטות דנאמן המערער במיגו משום דחזקת מ"ק מסייעו ע"ש ותמהני עליו איך לא הביא לדברי התוס' הנ"ל דכתבו בהנך תירוצים להיפך ובאמת מהך דב"ב ד' ל"ט הנ"ל דאם חזר וערער שלא מחמת טענה הראשונה דהדין עם המחזיק מוכח מזה דלא מהימן המערער במיגו כיון דהודה על שני חזקה ושלא מיחה בו וכ"כ השמ"ק בב"מ שם בשם הרא"ש כפי תירוץ של התוס' הנ"ל וע"כ אין להוציא הקרקע מרשות המחזיק ודלא כמש"כ האו"ת ואף בקרקע מהני תפיסה בפלוגתא דרבוותא:

אכן כ"ז לתירוץ קמא ותירוץ שלישי של התוס' ב"מ הנ"ל:

אבל לפמש"כ התוס' בתירוץ אמצעי שם דלכן אינו נאמן המערער לומר בגזלנות ירד במיגו דמשכנתא משום שסבור להוציא גם הפירות שאכל א"כ נראה דס"ל דזה לא מקרי מיגו להוציא וכפי סברת התומים הנ"ל וגם ס"ל דזה לא מקרי מיגו במקום עדים א"כ תקשה ע"ז מהא דב"ב דאם ערער שלא מחמת טענה הראשונה דיש לו חזקה היינו שטען בתחלה בגזלנות ובסוף טען במשכנתא כמש"כ הרשב"ם וכן משמע פשט הגמ' דסתמו דאם שלא מחמת טענה ראשונה בכל גווני יש לו חזקה וקשה דיהיה נאמן במשכנתא במיגו דגזלנות דבזה לא שייך סברת התוס' הנ"ל אכן אי נימא דמיגו חוץ לב"ד לא מהני א"ש דלכן אינו מהימן בעת שמיחה בשלשה שנים אחרונים לפני עדים דבמשכנתא ע"י מיגו דאי בעי היה עומד בדבריו הראשונים על גזלנות משום דמיגו חוץ לב"ד לא מהני וכמש"כ האו"ת בסי' ע"ב ס"ק ל"ה ובסי' קמ"ו ס"ק י"ד דמיגו חוץ לב' לא מהני וכמש"כ הסמ"ע בסי' קל"ג ס"ק ח' כנ"ל והך דערער וחזר וערער מיירי במיחה לפני עדים כמש"כ הרשב"ם שם וי"ל דלזה נתכוין הרשב"ם ולכן י"ל במה דפסק האו"ת בסי' קמ"ה ס"ק ה' דנאמן המערער במיגו דאינו קשה עליו מהא דב"ב הנ"ל ע"פ סברת האו"ת בסי' ע"ב ס"ק ל"ה ובסי' קמ"ו הנ"ל ולשיטתו א"ש:

א"כ יהיה מוכח לפי תירוץ אמצעי של התוס' ב"מ הנ"ל דהדין הוא דמיגו חוץ לב"ד לא מהני דאל"כ תקשה מהא דב"ב הנ"ל אך י"ל דגם מזה אינו הכרח להוכיח כן משום די"ל דלכן אינו נאמן על ערעורו האחרון במיגו דאי בעי היה עומד בדבריו הראשונים

דהנה הנתיבות בסי' ע"ב ס"ק ל"ד כתב בשם הריב"ש דהא דיכול לשנות הטענות מפטור לפטור דלא שייך מיגו בזה משום דכשבא לסתור דבריו הראשונים לא מהני מיגו והא דיכול לשנות מפטור לפטור הטעם הוא דכל פטור אינו מדקדק כ"כ בדבריו ולאו בדיוק אמרן וכ"כ הנתיבות בסי' ע"ט ס"ק ד'. א"כ לפ"ז י"ל דדוקא היכא דהוי מוחזק ממש בזה אמרי' דלפטור א"ע אינו מדקדק כ"כ מפני שסומך על המוחזקות שלו וכמש"כ הפוסקים כעין זה בסי' פ"ח בתבעו חטים והודה בשעורים דאם היה תפוס יכול לומר לכן לא תבעתי השעורים לפי שהייתי מוחזק בהם אבל הכא במה שתובע המערער את הקרקע מן המחזיק דהא המחזיק מוחזק בהקרקע אף דמיגו להוציא לא דיינינן בזה היינו לפי דיש להמערער חזקת מ"ק אבל מוחזק ממש לא מקרי המערער דהא עכשיו השדה הוא ברשות המחזיק ע"כ אין זה מקרי לפטור א"ע ולא שייך בזה הסברא דאמרו דכל פטור אינו מדקדק וע"כ לא שייך דין מיגו בזה לסתור דבריו הראשונים וכמש"כ הריב"ש והכנה"ג בכללי מיגו סי' קל"ג ולכן נדחה הוכחתי הנ"ל וע"כ לדינא שפיר נקטינן דמיגו חוץ לב"ד מהני כנ"ל:

סימן נז

א (ש"ך ס"ק ט') אלא ע"י הדחק וכ"ש אם לא היו יוצאין כלל כו' ודלא כנראה מהב"י שרשב"ם ס"ל דבעי שלא יהיה יוצא כלל ולענ"ד נראה כי עיקרו הוא מן המ"מ פ' י"ד ה' מלוה שכתב דאם היה מכיר בהם שאינן יוצאין רק ע"י הדחק לא היה מקבלם משום דס"ל דביוצא ע"י הדחק אינו יכול לסלק להמלוה בע"כ דהמ"מ אזיל לטעמיה דכתב בפ"ו ה' מכירה ה"ו דמעות הרעות שאינן יוצאין רק ע"י הדחק דינן כמטלטלין גבי מעות היפות ודלא כמש"כ הרמב"ם שם ועיקר פלוגתא זו הוא בח"מ סי' ר"ג סעיף ח' דהמחבר פסק שם כשיטת הרמב"ם דדוקא פסלתו מדינה מקרי פירא אבל אם יוצאין ע"י הדחק שם מטבע עליהן אף נגד מעות היפות והרמ"א פסק שם כשיטת המ"מ דאם יוצאין ע"י הדחק שם מטלטלין עליהן לפ"ז יש לדון דאם נימא כשיטת הרמב"ם דאף דאין יוצאין רק ע"י הדחק שם מטבע עליו עדיין לכן הדין נותן דיכול הלוה לסלק להמלוה בע"כ אף במעות שיוצאין ע"י הדחק אבל לשיטת המ"מ וכפי שהכריע הרמ"א שם דביוצא ע"י הדחק נקרא בשם מטלטלין ע"כ הדין נותן לפ"ז דאין יכול לסלק להמלוה במעות שאינן יוצאין להדיא כיון דבע"ח דיני בזוזי משום דזוזי יהב זוזי שקל [וכש"כ לפמש"כ הנתיבות בסי' ק"ז ס"ק ד' דבע"ח דינו בזוזי מה"ת ואכמ"ל] אבל לשיטת הרמב"ם הנ"ל יש לדון דאף ביוצא ע"י הדחק יכול לסלק בע"כ של המלוה כיון דשם מטבע עליו עדיין

והא שכתב הרמב"ם ה' מלוה פ' י"ד ה' ח' החזרתי לך מפני שלא היה טובות י"ל דכוונתו שלא היה יוצאים כלל ודלא כמש"כ המחבר כאן ולפ"ז י"ל דלכן כתב הרשב"ם דבעינן שלא היה יוצא כלל כמש"כ הב"י בכוונתו. משום דס"ל להרשב"ם כשיטת הרמב"ם דשם מטבע עליו עדיין אף אם לא היו יוצאים רק ע"י הדחק ולכן יש לדון בדברי המחבר דפסק כאן דביוצא ע"י הדחק אינו יכול לסלקו דהא פסק לקמן בסי' ר"ג כהרמב"ם כנ"ל כן נ"ל לולי דבריהם:

ובב"ק ד' ל"ז גבי חנן בישא תקע כו' ה"ל זוזא מכא כו' ויהביה ניהליה דמשמע דאף דאינו יוצא בהוצאה רק ע"י הדחק יכול לסלק להבע"ח י"ל דהיה מתרצה בכך ובחי' הרשב"א לב"ק שם משמע דמחוייב ע"פ דין לקבלן משום דמקרי נפש רעה כו' אך אין זה מוכרח כ"כ בכוונתו] ולפמש"כ לעיל דלשיטת המ"מ הנ"ל הדין נותן דכיון דאינן יוצאין בהוצאה להדיא שם מטלטלין עליהן ואינו יכול לסלק עי"ז בע"כ וכ"כ המ"מ שם בשם הרשב"א דדינן כפירא א"כ תקשה דהא כיון דהך זוזא מכא לא היה יוצא רק ע"י הדחק א"כ לא היה מחוייב לקבלו. ואפשר לחלק דשאני ב"ח דדינו בזוזי ע"כ היכא דאינו יוצא בהוצאה להדיא דשם מטלטלין עליו כנ"ל לכן אין הלוה יכול לסלק בהו להמלוה משא"כ התם גבי חנן בישא תקע ליה דהא חבלות אין דינן בכסף ויכול לסלק אף במטלטלין ע"כ יכול לסלק אף ביוצאין רק ע"י הדחק דהא לא גריעי מן מטלטלין שוב ראיתי דז"א דהא הך עובדא דחנן בישא היה לפני רב הונא והא רב הונא אית ליה או כסף או מיטב כמבואר בב"ק ד' ט' וע"כ מוכח דמיירי הך עובדא דחנן בישא בלית ליה כסף כמו דמוקי לעיל שם וה"ה בב"ח י"ל דאם לית ליה מעות אחרים יכול לסלק אף ביוצאין ע"י הדחק אך היכא דיש לו מעות דמחוייב לסלק בזוזי משום זוזי יהב כו' כמבואר בב"ב ד'- קכ"ד וב"ק ד' מ"ג אז י"ל כיון דשיטת המ"מ והרשב"א והרמ"א לדינא דשם מטלטלין עליהן גבי מעות היפות וע"כ בע"ח דדינו בזוזי אם יש לו מעות דאינו יכול לסלק בהו משום דהוי כמו מין אחר גבי המטבע שהלוהו ולא קרינן בהו זוזי יהב זוזי שקל:

ובקדושין ד' ח' מוכח דאף היכא דלא שייך לומר זוזי יהב כו' ג"כ אין שם מטבע עליו אם יוצאין ע"י הדחק דהא אמרו שם בקידשה במנה דאם נפק ע"י הדחק דיחליף וכתב הר"נ דחייב להחליף והובא בב"ש סי' כ"ט ס"ק כ' וז"ל הריטב"א שם דנפק ע"י הדחק פי' אע"ג דמנה חשיב מיהת כיון דנפיק מ"מ כיון דלא נפיק אלא ע"י הדחק אין לה לקבלו ממנו כשם שאין למוכר או למלוה לקבלו כדכתיבנא פ' הזהב עכ"ל והמ"מ ה' אישות פ"ז ה' י"ז כתב דהר"א ז"ל מצא נוסחא בהרמב"ם שכתב לא יחליפנו והשיגו ע"ז אכן לפמש"כ

לעיל י"ל דהרמב"ם לטעמיה דס"ל בפ"ו ה' מכירה דביוצא ע"י הדחק שם מטבע עליו וע"כ שפיר כתב לא יחליפנו והיה לו גירסא כזה בגמ' שם כן י"ל לולי דבריהם ולדינא לפי הכרעת הרמ"א בח"מ שם כהמ"מ שפיר פסקו הכא כן ויש להאריך בכ"ז. ועיין ב"ק ד' צ"ז ובתוס' ד"ה המלוה כו' וב"מ ד' נ"ב ע"ב ובח"מ סי' רכ"ז סעי' י"ז וגם יש לדון עפ"ז בדברי המחבר באה"ע סי' כ"ט סעי' ז' דלא סיים דיחליף ועיין בפ"י שם וקצרתי וכן יש לדון בכ"ז ע"פ מה דמבואר לקמן סי' ק"א סעי' ט' בסמ"ע וט"ז שם גבי שומא דשמין כפי שיוכל למוכרן מיד כו' וה"ט שייך גם בנ"ד לכ"ע אף להסוברים דשם מטבע עליו וי"ל דזהו כוונת הריטב"א הנ"ל:

סימן נח

א (סעי' א' סמ"ע ס"ק ג') בטוען סטראי אם לא נתנם בפני עדים נאמן במינו דלהד"ם וגובה בשטרו ואם אין בו נאמנות אינו גובה אלא בשבועה ואף שלא טען הלוה השבע לי צריך לשבע כיון דאיכא ריעותא דהודה לו וכדין הפוגם את שטרו והש"ך שם ס"ק ד' הביא דברי הסמ"ע והב"ח שכתבו כן והשיג עליהם דא"צ לישבע אא"כ טען הלוה ישבע לי והוכיח כן מן תשובת הרמב"ן דס"ל דא"צ לישבע אלא בטוען השבע לי:

בקונטרס הלז יבואר שיטת הגאונים בשבועת המשכון דסי' ע"ב: ענף א:

ולענ"ד נראה דהעיקר כשיטת הסמ"ע והב"ח:

ומתחלה נבאר הא דלקמן סי' ע"ב סעיף י"ז דפסק המחבר בטוען על המשכון דנאמן כדי דמיו במיגו דצריך לשבע בנק"ח והוא מן הרא"ש דשבועות פ"ז סי' ד' והר"ן שבועות שם דהביאו בשם הגאונים ותשובת הרי"ף דצריך לשבע בנק"ח ואינו נאמן במיגו משום דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ועוד אמרו הגאונים טעם אחר דכיון דלאו אגופיה דמשכון קטען אלא בעי לאפוקי ממונא מרשותא (דחבריה לית ליה בלא שבועה חמורה והביאו ראיה ממה ששנינו בב"ק דף קי"ד המכיר כליו וספריו ביד אחר ישבע כמה הוציא' ויטול. וכ"כ הרשב"א בחי' לשבועות פ' כל הנשבעין דף מ"ו על הברייתא דאיתא שם הנותן טליתו לאומן אומן אומר שתים קצצת לי והלה אומר לא קצצתי אלא אחת כ"ז שהטלית ביד האומן על בעה"ב להביא ראיה נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל עבר זמנו הממע"ה. והביא שם דברי הרב אלפסי בתשובה דמי שיש בידו משכון צריך לשבע בנק"ח וכ"כ הגאונים בעובדא דהנה עזי דאכלי חושלא כו' והקשו עלה מהך ברייתא דקציצה דקתני כ"ז שהטלית ביד האומן על בעה"ב להביא ראיה ומשמע דאי לא מייתי ראיה שקיל בלא שבועה כו' וכן הקשו מהא דגרסי בירושלמי שבועות שם פ"ז היה בידו

משכון נוטל בלא שבועה כו' והעלה שם לתרץ כמו דכתב הש"ך בסי' פ"ט לתרץ כ"ז והיה בהעלם דבר דברי הרשב"א הנ"ל מהש"ך שם וכן ראיתי בהרדב"ז ח"א סי' נ"ב שכתב כמש"כ הש"ך לתרץ כנ"ל:

ובעיקר קושייתם מירושלמי הנ"ל נלע"ד לתרץ בפשיטות דהא הירושלמי מיירי התם בטענת שכיר ובעה"ב בפרעון דלשון הירושלמי שם כן הוא הקדים לו שכרו נשבע ונוטל היה המשכון בידו נוטל בלא שבועה ופי' הפ"מ דהבעה"ב טען דהקדים לו שכרו והוי אמינא דקודם שפורע לפועליו בסוף היום אינו טרוד בפועליו ויהא נאמן קמ"ל דגם בזה אמרינן טרוד הוא בעסקיו ונשבע שכיר ונוטל עכ"ל וכן ראיתי ברשב"א שם שכתב כן לפרש לירושלמי הנ"ל אלמא דקאי בטענת פרעון וכן כל הסוגיא מוכח שם דמיירי בטענת פרעון וע"ז סיים הירושלמי היה משכון בידו נוטל בלא שבועה והבעה"ת שער מ"ט ח"ב כתב דאם מחולקים בפרעון במשכון דינו כמו בשטר דאינו נאמן לומר פרעתי משום דמצי אמר משכונך בידי מאי בעי כמו בשטר דאמרו שטרך בידי מאי בעי והובא בנתיבות סי' ע"ב ס"ק ל"ז וס"ק נ"א וזהו כוונת הירושלמי היה משכון בידו ולא קאמר בלשון היה טליתו או חפצו בידו רק אמר בלשון משכון משום דמודה דנתנו למשכון ע"כ אינו נאמן לומר פרעתי משום דמצי אמר משכונך בידי מאי בעי כמו בשטר דא"צ לשבע בלא טען השבע לי ולא מבעיא אם יש עדים שהוא משכון רק דמחולקים בפרעון ודאי דדינו כמו בשטר ואף כשהלוה מודה דנתן את החפץ להמלוה בתורת משכון ג"כ לא שייך להאמין להחייב במיגו דהיה כופר החוב דאז היה צריך התובע לשבע בנק"ח דהא שכיר נשבע ונוטל וה"ה עכשיו דמודה שהוא למשכון יהיה נאמן במיגו לחייב להתובע שבועה משום דהא כתב הב"ש סי' צ"ו ס"ק ח' בשם תשובת הרי"ף דמיגו לחיובי שבועה לא אמרינן. ואשמועינן הירושלמי הך דינא שכתב הבעה"ת הנ"ל ג"כ וכן הוכחתי כבר מהא דח"מ סי' פ"ב סעיף י' בטען הלוה כתבתי ללוות ולא לוה או אמנה וריבית דא"צ המלוה שבועה או מחילה לחד דעה דאין נאמן לחייב שבועה להמלוה במיגו דהיה טוען פרעתי דאז היה צריך לשבע בטען השבע לי אלמא דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה ויש להאריך ואכ"מ ולכן נקט הירושלמי בלשון היה משכון בידו כו' ולא נקטו היה טליתו בידו להורות כנ"ל דמיירי בנתן לו במשכון ושייך בו לומר משכונך בידי מאי בעי א"כ מתורץ מה דהקשו מירושלמי על הגאונים הנ"ל ושפיר י"ל דהיכא דאינו מודה הלוה דניתן למשכון או במחולקים בעיקר הסך ההלואה בזה י"ל דצריך לשבע ומן הירושלמי הנ"ל סייעתא להבעה"ת:

ועוד י"ל דהא מבואר ברא"ש פ"ז דשבועות והרשב"א והר"נ שם דהביאו ראיה לזה מהא דב"ק דף קי"ד המכיר כליו וספריו ביד אחר ישבע כמה הוציא ויטול ולא מהימן במיגו דממך לקחתי משום דהוי מיגו לאפטורי משבועה רק הרשב"א הביא שם בשם יש מי שכתבו לדחות ראיה זו ע"פ ירושלמי בב"ק שם דתקנת חכמים הוא התם כדי שלא יהיה בע"ב מטפלים עם גנבים אך שיטת רוב הראשונים שם דכיון דבש"ס דילן לא הוזכר סברא זו ע"כ פשט המשנה משמע דלכן ישבע כמה הוציא משום דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה לכן י"ל דהירושלמי דקאמר היה משכון בידו נוטל בל"ש אזיל לטעמי' דמפרש בב"ק טעמא של משנה זו משום שלא יהי' בע"ב מטפלים עם גנבים משום דס"ל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה אבל אנן לא ס"ל כן כנ"ל:

ולפי מה דנסתפק הג"ת והובא בכללי מיגו של האו"ת ס"ק קי"ח דנסתפק לומר דאפשר דאמרינן מיגו לחיובי שבועה וכש"כ להסוברים דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה יש מקום לפרש ירושלמי הנ"ל בכוונה אחרת ואינו קשה על הגאונים הנ"ל והוא דבאמת הוא דוחק מש"כ בשמם לפרש מאי דקאמר הירושלמי מתחלה שם הקדים לו שכרו נוטל בשבועה ולכן נראה לי לפרש באופן אחר והוא דהא קיי"ל בב"ב ד' ה' דאם טען פרעתי בתוך זמנו וכעת הוא לאחר זמנו דאיבעיא דלא אפשטא אם מהימן במיגו נגד חזקה ומבואר בסי' ע"ח סעי' ה' דהלוה פטור ואי תפס לא מפקינן וזה ברור דהא דאמרינן בב"מ ד' ק"ב שכיר בזמנו נשבע ונוטל דעביד דפרע ביומא דמשלם זמנו היינו בטוען פרעתי לאחר דנתחייב שכירותו כגון דנתנה לו בחצי היום ונתחייב אז מיד השכירות דהא דאין שכירות משתלמת אלא בסוף הא גם זה בסוף מקרי כמבואר ב"מ ד' ק"ג שם. רק דאינו עובר על בל תלין עד שקיעת החמה כמבואר בב"מ ד' קי"ב ובח"מ סי' של"ט סעיף מ' ועיין בקצה"ח סי' פ"ט ס"ק ב' בשם השמ"ק אבל כל זמן דלא נתן להבע"ב טליתו אז אינו נאמן לומר פרעתי משום דמקרי תוך זמנו וה"ה היכא דאין החפץ ביד האומן רק דלא גמר שכירותו מקרי תוך זמנו דהא אין שכירות משתלמת אלא בסוף כמש"כ התוס' בב"ק דף צ"ט ד"ה אלא במאי מקדשה וד"ה ואיב"א וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' קכ"ו ס"ק ע"ו ע"ש:

ועיין בקצה"ח סי' ע"ב ס"ק כ"ג:

והש"ך סי' ע"ח ס"ק ט"ז הביא בשם כמה פוסקים דס"ל דאף ביומא דמשלם זמנו נאמן במיגו לומר פרעתי בתו"ז ודלא כשיטת התוס' בב"ב דף ה' וזה כוונת הירושלמי הקדים לו שכרו היינו דטוען פרעתי בתו"ז נשבע ונוטל ולא אמרינן דהא אינו נאמן לומר פרעתי תו"ז משום חזקה אין אדם פורע תו"ז ע"כ אשמעינן דנאמן במיגו דאי בעי היה אומר

פרעתי במשלם זמנו דאז היה צריך השכיר לשבע וליטול ע"כ מהימן במיגו כדקיי"ל דאם הוא מוחזק נאמן במיגו ואף דהנפ"מ הוא רק לענין שבועה דהא בלא"ה שכיר נשבע ונוטל עכ"ז מהימן במיגו לחייב שבועה להשכיר כנ"ל וסיים הירושלמי ע"ז היה משכון בידו נוטל בלא שבועה וקאי על מה שאמר לעיל שם בטען הקדים לו שכרו היינו בטוען פרעתי תוך זמנו דאם האומן מוחזק אז יכול לומר קים לי דלא מהימן במיגו נגד חזקה כמבואר בסי' ע"ח והא דנקט בלשון היה משכון בידו אין זה דקדוק כדחזינן לשיטת הראשונים דפירשו להירושלמי דס"ל דנאמן כדי דמיו במינו. ובזה א"צ דוקא בניתן למשכון דהא בכל מה דתפס בלא סהדי כמו בעיזי דאכלי חושלא מהימן כדי דמיו במיגו אלמא דלאו דוקא נקט בלשון משכון א"כ ה"ה לפמש"כ דהטעם הוא דכיון דהאומן מוחזק יכול לטעון קים לי דאינו נאמן לומר פרעתי תוך זמנו אף במיגו ואינו קשה קושיות הראשונים מהירושלמי והבוחר יבחר:

ענף ב:

ומה דהקשו הראשונים על שיטת הגאונים הנ"ל מברייתא דב"ב דף מ"ה דהיה טליתי בידו כ"ז שהטלית ביד האומן על בעה"ב להביא ראיה דמשמע דא"צ שבועה כמש"כ הרשב"א בחידושיו לשבועות והרמב"ן בסוף שבועות במלחמות והנ"י בב"ב בסוגיא דאומן דאין לומר כוונת הברייתא דהממע"ה ואם לא יביא ראיה ישבע האומן ויטול:

דא"כ תקשה היינו סיפא דקתני נתנה בזמנו נשבע ונוטל א"כ תקשה על הגאונים מהברייתא הנ"ל ונלע"ד לתרץ דהא הרי"ף בכתובות פ"ט בסוגיא בעד א' מעיד שהוא פרוע דאמר ר"פ אי פיקח הוא מייתי לידי שבועה דאורייתא כתב הרי"ף לפרש נפ"מ באם תפסה דבשבועה דרבנן לא מפקינן מינה ובדאורייתא מפקינן מינה והר"ן שם כתב דאף דלא מפקינן מכ"מ עבדינן ליה כמו בכל גזל דרבנן והובא זה בח"מ סי' פ"ב סעיף ה' בש"ך ס"ק י"ז ובסי' פ"ז סעי' יו"ד ובאה"ע סי' צ"ו סעיף י"א ובח"מ שם ס"ק כ"ו והש"ך סי' פ"ז ס"ק כ"ה כתב דזהו דוקא באותן דמן הדין היו נוטלים בלא שבועה אבל בשכיר ונגזל דמן הדין אין נוטלים רק משום תקחז"ל והם לא האמינוהו אלא בשבועה ע"כ אם תפס ואינו רוצה לשבע מפקינן מיניה ולפ"ז יש לפרש להברייתא דקתני הממע"ה כמו דחזינן בלשון הרי"ף והמחבר שכתבו בקצרה דאי תפס לא מפקינן כמו בכל גזל דרבנן ולא כתבו דענשינן ליה רק הר"ן והש"ך כתבו כנ"ל כן יש לפרש להברייתא דאמרו הממע"ה דהכוונה דמי שבא להוציא צריך ראיה ואם לא יביא ראיה אינו יכול להוציא ממנו דאף דלא ירצה לשבע שבועת המשכון ג"כ לא נחתינן לנכסיו כמו בכל נשבעין ונוטלין היכא דמן הדין א"צ שבועה דהא מהימן במיגו רק תקנו שבועה דהוי אפוקי ממונא מחבריה

כמש"כ הרא"ש והר"ן א"כ כמו דבכל שבועת המשנה אם תפס ואינו רוצה לשבע לא מפקינן מיניה ה"ה גם בשבועת המשכון דינו כמו גזל דרבנן ואין מוציאין ממנו כמו דסמך הרי"ף והמחבר בסתימות לשונם בזה על הפשיטות כנ"ל רק דהר"נ והש"ך כתבו כנ"ל ובסיפא דנתנה בזמנו נשבע ונוטל כיון דמן הדין אינו נוטל אף בשבועה רק מצד תקנת חז"ל בזה אם אינו רוצה לשבע מוציאין ממנו אף אם תפס דבזה השבועה מעכב הפרעון כנ"ל ולכן קתני בזה נשבע ונוטל דבלא שבועה אינו יכול לטול כלל. ומתורץ קושיות הראשונים על הגאונים הנ"ל מהברייתא: אך עדיין י"ל בתירוצו לפמש"כ הר"ן בכתובות שם דהא דכתב הרי"ף אי תפס לא מפקינן זהו רק בתפס מעות אבל בתפס מטלטלין מפקינן מיניה כו' וכן מבואר באה"ע סי' צ"ו סעיף י"א ובש"ך ובסמ"ע סי' פ"ז א"כ בתפס משכון ואינו רוצה לשבע הדין נותן דמפקינן מיניה דהא הוי מטלטלין אכן לפמש"כ במק"א דז"א רק בזה"ז דאין לנו ב"ד סמוכים כמו שהארכתי במק"א אבל בזמן דאיכא ב"ד סמוכין דדנין מה"ת אף תפס מטלטלין לא מפקינן מיניה ע"כ בזמן הברייתא דהיה אז ב"ד סמוכים שפיר לא מפקינן אף בתפס מטלטלין וכש"כ לפי מה שהעלה הקצה"ח סי' פ"ז ס"ק י"ג דאף בתפס מטלטלין לא מפקינן. א"כ בוודאי אתי שפיר למש"כ:

ועפ"ז יש מקום לתרץ שיטת הרי"ף בב"ב בסוגיא דאומן דף מ"ו דפסק דלא מהני מיגו באומן אף דליכא עדי ראה והקשו כל הראשונים עליו מהברייתא הנ"ל דקתני שם כ"ז שהטלית ביד האומן על בעה"ב להביא ראיה ומבואר בש"ס שם ד' מ"ו דמתיב רבא לסיועי לרבה מהברייתא דנותן טליתו לאומן דהממע"ה כו' דאומן מהימן מיגו דאי בעי אמר לקוחה בידי כו' דלא ראה אלמא דמהימן במיגו ועיין ברמב"ן לחידושיו שם:

ולענ"ד נראה לתרץ משום דשיטת הרי"ף הוא דלכן אומן לא מהימן במיגו משום דמקרי מיגו להוציא דהכלי בחזקת בעלים עומד כמש"כ התומים סי' קל"ד ס"ק א' והא דמבואר בברייתא דמהימן האומן י"ל הטעם דלכן מהימן אם הטלית בידו לפי המבואר בח"מ סי' ע"ב וש"ך ס"ק ק"ט בשם הרשב"א דפסק אם יש עדים שממושכן בידו החפץ ומחולקים המלוה והלוה בהסך דאין מוציאין מהמלוה כיון דבע"ח קונה משכון מקרי המלוה מוחזק ושאני הא דאומן משום דבאומן לא שייך בע"ח קונה משכון דלאו בתורת משכון אתאי לידו ע"ש:

ובאה"ע סי' כ"ח סעי' ט"ו מבואר דלא כהרשב"א אלא גם באומן ס"ל לכמה פוסקים דקני משכון ע"ש לכן י"ל דהא דמהימן אומן בטלית בידו כיון דעיקר מלתא דאומן אין לו חזקה משום דאמרינן דניתן לו בתורת אומנות א"כ הוי כמו שיש לו עדים בדבר שבתורת

משכון אתי לידו דקני לו עכ"פ אך אין אנו יודעים סך הקציצה ע"כ מהימן כמו הא דסי' ע"ב סעי' כ"ג כנ"ל:

אכן יש לחלק דשאני היכא דלא נתן רק בתורת משכון א"כ על קצת אנן יודעים דמגיע לו לכל הפחות סך מה דהא בפרעון ליכא לאסתפוקי על משכון כמש"כ לעיל בשם בעה"ת דעל משכון שייך ג"כ לומר משכונך בידי מאי בעי כמו בשטר וכיון דיש לו קנין במשכון בוודאי רק דלא ידעינן על כמה לכן אין מוציאין מהמלוה גם יש לדמות זה להא דמבואר בב"מ ד' ק' שכתבו התוס' שם ד"ה ולחזי ברשותא דמאן קיימא כו' דבדררא דממונא ויש ספק לב"ד בלא טענותיהם אין מוציאין מהלוקח דתפס וטוען ברי ע"ש ודררא דממונא מקרי ביש לו עדים שמגיע לו רק אין יודעים אם דמי עבד גדול או דמי עבד קטן עיין בתוס' שם ד"ה דמי עבד ובכללי תפיסה של אחרונים בדררא דממונא ובקצה"ח ונתיבות סי' ע"ב וסי' פ"ח ע"כ ה"ה היכא דידעינן דמגיע לו איזה סך רק אין יודעים סך הקציצה מקרי דררא דממונא וכיון דקני משכון הוי כמו טענת לוקח על גוף הדבר דכתב התומים בכללי תפיסה דהיכא דטוען על גוף הדבר שהוא שלו מועיל תפיסה וה"ה בע"ח דקני משכון מקרי ג"כ טוען על גוף הדבר שהוא שלו מועיל תפיסה וכפסק הרשב"א הנ"ל אך י"ל דזה אינו שייך אלא היכא דאנן סהדי דמגיע לו איזה חוב מקצת בוודאי ואין יודעים כמה מקרי זה שפיר דררא דממונא אבל באומן אף דקני משכון כשיטת הפוסקים באה"ע:

עכ"ז מהימן לומר פרעתי דהא לא שייך בזה לומר משכונך בידי מאי בעי כיון דלא נתן לו עבור משכון כי אם לאומנות ואף דממילא קני לו בתורת משכון כ"ז דלא פרע כנ"ל מ"מ דכיון דיכול לטעון פרעתי ע"כ אף היכא דלא טען פרעתי לא מקרי זה דררא דממונא כיון דלא נולד הספק בלא טענותיהם דהא באמת יכול לטעון פרעתי רק משום דלא טען פרעתי נולד לנו הספק רק ע"פ טענותיהם אמנם באמת י"ל דגם אומן לא מהימן לומר פרעתי משום דכ"ז דטליתו בידו דומה זה לחוב תוך זמנו דקיי"ל דאינו נאמן לומר פרעתי דהא שכירות אינו משלמת אלא לבסוף. וסוף מקרי בעת שמוסר טליתו בחזרה להבעה"ב כמש"כ התוס' בב"ק ד' צ"ט ובח"מ סי' קכ"ו ובש"ך ס"ק ע"ו ע"כ כיון דאנן סהדי דבתורת אומנות אתאי לידו ומגיע לו איזה סך שכירות בוודאי דהא לא עביד דפרע בגו זמנו רק דלא ידעינן כמה סך הקציצה לכן דין אומן כמו במשכון דאם ידעינן דמגיע לו איזה סך רק לא ידעינן כמה דמועיל תפיסתו דכיון דקני משכון במקצת מקרי מוחזק גם על המותר דנסתפקנו או משום דררא דממונא כנ"ל ויש לסמוך שני הטעמים ביחד ע"כ אמרו בברייתא שם דהממע"ה ולא משום מיגו:

והא דמבואר בב"ב שם דמותיב רבא לסיועי לרבה ותיובתא דאביי כמש"כ הרשב"א שם מברייתא דנתן טליתו לאומן דהממע"ה דמשום מיגו אתינן עלה היינו דהא רבא ס"ל בב"ב ד' ה' דעביד אינש דפרע בגו זמנו ונאמן לומר פרעתי בתוך זמנו וכן ס"ל לאביי בב"ב ד' ה' ע"כ הוי תיובתא לאביי ולפ"ז הא אומן בתוך זמן שכירותו ג"כ יכול לטעון פרעתי כמו כל חוב תוך זמנו וכמש"כ הש"ך לדמות כעין זה בסימן קכ"ו ס"ק ע"ו ועיין בקצה"ח שם ויש להאריך בעיקר דברי הש"ך הנ"ל:

א"כ לשיטת רבא הנ"ל אין סברא לומר דלכן הממע"ה משום דהוי דררא דממונא כיון דמגיע לו מקצת בוודאי וגם קני לו מקצת בהמשכון ע"כ מקרי מוחזק בהמותר דזה אינו שייך אליבא דרבא אלא במשכון דנתן לידו רק בתורת משכון דלא מהימן לומר פרעתי כמו בשטר דמשכונך בידי מאי בעי משא"כ היכא דנתן לו בתורת אומנות לא שייך בזה לומר משכונך בידי מאי בעי. דהא לא נתן לו עבור משכון כי אם משום אומנות ואף דממילא קני משכון כמו שפסק הרמ"א באה"ע בסי' כ"ח כנ"ל עכ"ז משכונך בידי מאי בעי לא שייך בזה וכעין דאמרו בב"מ ד' ק"ג ע"א דשטר לגוביינא קאי אינו נאמן לומר פרעתי. משא"כ היכא די"ל דנכתב השטר לענין אחר ע"ש וכה"ג כתב הריב"ש סי' שמ"ה והובא בקצרה באה"ע סי' נ"א ס"ק ה':

ואף דהוי תוך זמנו ג"כ נאמן לומר פרעתי אליבא דרבא. ועיין בתוס' ב"ב ד' ה' ד"ה כי היכא דלא לטרדן כו' ובתוס' ב"מ ד' ק"ב ד"ה בחזקת שלא נפדה כו' אכן לתירוץ קמא של התוס' שם א"ש למש"כ בשיטת הרי"ף ועיין בשמ"ק ובריטב"א שם ויש להאריך בכ"ז] לכן לרבא אין זה מקרי דררא דממונא וגם אינו דומה למשכון דסי' ע"ב בשם הרשב"א הנ"ל ע"כ לשיטת רבא ואביי מוכח דהא דתני המוציא מחבירו עליו להביא ראיה אין זה אלא משום מיגו:

והא דלא חש רבה לסברת האלפס דס"ל דאומן מקרי מיגו להוציא כסברת התומים הנ"ל י"ל דרבה לטעמיה אזיל דס"ל דמהימן במיגו אף להוציא כמבואר בב"ב ד' ל"ב אבל לדידן דקיי"ל התם הלכתא כרב יוסף דלא מהימן במיגו להוציא וכיון דאומן על טליתו מקרי להוציא ע"כ שפיר פסק האלפס דלא מהימן ואינו קשה מהברייתא הנ"ל דלדידן דקיי"ל אין אדם פורע בתוך זמנו א"כ דומה למשכון שכתב הרשב"א דמקרי המלוה מוחזק והרי"ף הוכיח כן מן קושית התוס' בב"ב ד' מ"ה ד"ה אי הכי כו' בשלמא לדידי לית ליה מיגו כו' וכמ"ש המהרש"א שם בשם הרמב"ן ע"ש והא דבעה"ב מודה דקצץ לו א' ולא פרע שאני זה דהא יש לו מיגו דפרעתי אליבא דרבא [ובמק"א כתבתי דהיכא דחזקת מ"ק מסייע לכ"ע אמרי' מיגו להוציא] ולפ"ז א"ש שיטת הרי"ף על נכון:

ולפמש"כ יש לתרץ קושית הרשב"א דהקשה על הך דינא שכתב דהמלוה נקרא מוחזק בהמשכון דאמאי אמרו בב"ב שם נתן טליתו לאומן דרק משום מיגו אתו עלה. ומזה הוכיח דבאומן לא שייך קני משכון ובאמת לפי המבואר באה"ע סי' כ"ח דגם באומן אמרו קונה משכון תקשה קושית הרשב"א הנ"ל כמו שתמה התומים בסי' ע"ב ס"ק מ' אבל לפמש"כ ניחא בפשיטות לחלק דשאני התם בב"ב דרבא הוא המותיב לסייעו לרבה ולשיטת רבא דס"ל דנאמן לומר פרעתי בתוך זמנו יש לחלק בפשיטות בין הך דאומן להא דמשכון שכתב הרשב"א וכנ"ל ואינו קשה על כל מה שכתבתי לפרש הברייתא דלכן הממע"ה בנתן טליתו לאומן משום דהוי כאלו יש עדים דמשכון בידו ואינם יודעים על כמה דהא מבואר בש"ך בסי' ע"ב בשם הראשונים דבזה צריך שבועת המשנה בנק"ח והאיך קתני בברייתא הממע"ה דבזה י"ל כפי שכתבתי לעיל לתרץ קושית הראשונים על הגאונים דהצריכו שבועה בנק"ח במשכון. משום די"ל דהממע"ה היינו דאין אנו מוציאים ממנו החפץ משום דבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסיו ומוקמי אד"ת דמהימן במיגו:

ה"ה די"ל כן במה שכתבתי דנאמן האומן משום סברת הרשב"א במשכון דגם בזה מוקמי אד"ת ואין מוציאין כנ"ל וא"ש כ"ז. ועיין בקצה"ח סי' ע"ב ס"ק כ"ה שכתב לדון ג"כ התם דמשום דררא דממונא אתו עלה אבל לא נחית כלל לכל מה שכתבתי בעז"ה ע"ש והעיקר כמש"כ:

ענף ג:

והנה הנתיבות סי' פ"ט ס"ק י"א כתב לתרץ קושיות הראשונים והש"ך שם על הגאונים דמצרכי לשבע בנק"ח על משכון מהברייתא דנותן טליתו לאומן דהממע"ה ותירץ דלפי מה דמסיק התומים בסי' ע"ב דלא כהש"ך שם ס"ק ס"ז דס"ל דאף בטוען שמא צריך המלוה לשבע והתומים חולק על הש"ך וס"ל דבטוען שמא א"צ לשבע ע"כ באומן דס"ל להברייתא כר' יהודה דאף בקציצה טרוד בפועליו והוי הבע"ב טוען שמא וכיון דעיקר טעם הגאונים הנ"ל דצריך לשבע משום דמקרי מגו לאפוקי ממונא וכיון דבברי ושמא אמרי' מיגו להוציא כמבואר בכללי מגו ע"כ א"צ שבועה בזה עכ"ל ולענ"ד דבריו תמוהים דהא מבואר ברא"ש פ"ז דשבועות והרשב"א בחידושיו לשבועות והר"נ שם דהביאו הגאונים ראיה מהא דב"ק דף קי"ד המכיר כליו וספריו ביד אחר ישבע כמה הוציא ויטול ולא מהימן במיגו דממך לקחתי לאפטורי משבועה. רק הרשב"א הביא שם בשם יש מי שכתבו לדחות ראיה זו ע"פ ירושלמי בב"ק שם דתק"ח הוא כדי שלא יהיה בע"ב מטפלים עם גנבים אלמא דאף דהתם טוען הבע"ב שמא אפ"ה צריך הלוקח לשבע

כמה הוציא ויטול וכן הביאו הגאונים שם להנהו עזי דאכלו חושלא דצריך לשבע בנק"ח אף דהתם הבעלים טוענים שמא ואינם יודעים כמה הזיקו וזהו מקור יסודם דצריך לשבע בנק"ח על כל משכון רק שיטת הראב"ד המובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק ע' שכתב לחלק דשאני בעזי דאכלי חושלא דהתם לכן מחוייב לשבע בנק"ח משום דהוי כעין מיגו דהעזה אבל הגאונים הוכיחו מכל הנ"ל דמשום שבועת המשכון אתו עלה אלמא דס"ל בעיקרא דהך מלתא דאף בתובע טוען שמא אמרו לשבע בנק"ח. משום דכיון דמקרי אפוקי ממונא ע"כ דינו כמו כל הנשבעין ונוטלין דאינו זוכה רק בשבועה ואלו מצד מיגו להוציא אמרינן בכתובות ד' י"ב דאף היכא דשמא דהמוחזק לא הוי שמא גרוע דלא ה"ל למידע כמו התם בטוענת משארסתני נאנסתי דהבעל לא ה"ל למידע אפ"ה נאמנת במיגו להוציא כמש"כ הש"ך בריש כ"מ אלמא דאף היכא דאמרינן מיגו להוציא אפ"ה אינו פוטר מן שבועת המשכון כדהוכחתי דאף בברי ושמא חייב שבועת המשכון:

ובאמת התומים סי' ע"ב ס"ק ל' דחלק שם על הש"ך כתב בזה"ל דלכן בתובע טוען שמא ס"ל דא"צ לשבע משום דה"ל ללוה לידע כמה לוה וכיון דלא ידע גרע טענתו ושאני בהנהו עזי דאכלי חושלא דלא ה"ל למידע ע"ש בתומים אלמא דהתומים הרגיש בזה רק ס"ל לחלק דהיכא דה"ל למידע ולא ידע שאני דריע טענתו אבל היכא דלא ה"ל למידע גם התומים מודה דצריך לשבע כנ"ל א"כ התם באומן המחולק עם בע"ב דהבע"ב צווח וטוען ברי על הקציצה ורק אנן מסופקים משום דטרוד בפועליו ע"כ בוודאי אף דנימא דמקרי טענתו טוען שמא עכ"ז בוודאי לא מקרי טענה גרוע דה"ל למידע. דהא הוא טוען באמת ברי לי ודקדקתי בחשבוני רק אנן לא מהימנינן ליה א"כ כה"ג לא שייך לומר דריע טענתו דמה היה יכול לעשות יותר ולא פשע כלל א"כ צריך שבועה כמו בכל שבועת המשכון בטוען שמא להגאונים הנ"ל היכא דלא ריע טענתו דהלוה ובע"כ מוכח דאף דברי ושמא אמרי' מיגו להוציא עכ"ז שאני שבועת המשכון דתקנו חז"ל דכיון דמקרי אפוקי ממונא קצת ע"כ צריך שבועה בנק"ח ועוד ראיה לזה דהא חזינן כמה שיטות ראשונים דס"ל דאמרינן מיגו להוציא כמו שהביא הרמ"א שיטתם בסי' פ"ב סע' י"ב והש"ך בסי' פ"ג ס"ק ט' הביא שיטת הרשב"א והרמב"ן דס"ל דאמרינן מיגו להוציא וסיים שם דהוי ספיקא דדינא ואין בידו להכריע בין אבות העולם ואי תפס לא מפקינן ע"ש ועיין בש"ך בכללי מיגו ס"ק י"ד בסופו ואפ"ה הכריע הש"ך להלכה בסי' ע"ב ובסי' פ"ט ובסי' קמ"ט דבעל המשכון צריך לשבע בנק"ח אף דיש לו מיגו משום דהוי מיגו לאפוקי ממונא דהא בעל המשכון הוי מוחזק ועכ"ז לא נסתפקו דיהיה יכול לומר קים לי דאמרינן מיגו לאפוקי ממונא א"כ לא יצטרך לשבע אלמא דלא אמרינן כן וגם הרמב"ן

והרשב"א אף דס"ל דאמרינן מיגו להוציא ואפ"ה כתב הרשב"א דהרמב"ן במלחמות בשבועות כהגאונים דצריך בעל המשכון לשבע בנק"ח והובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק ע' אלמא דשבועות הגאונים הנ"ל לא תלוי כלל בהא דלא אמרינן מיגו להוציא דאף דנימא דאמרינן מיגו להוציא ג"כ צריך לשבע דכן תקנו חז"ל משום דהוי מיגו לאפוקי ממונא קצת א"כ ה"ה אף בברי ושמא דאף דאמרינן בזה מיגו להוציא אפ"ה צריך לשבע כמו שהוכחתי ושפיר הקשו הראשונים והש"ך על הגאונים מהברייתא דאומן ואין מספיק תירוץ הנתיבות בזה וכעת מצאתי בהרדב"ז ח"א סי' נ"ב שכתב בחד תירוץ כעין תירוץ הנתיבות הנ"ל ע"ש אכן לדינא העיקר כמש"כ בשם הראשונים הנ"ל: ולפמש"כ לעיל יש לתרץ למש"כ בעל המאור בב"מ ד' ו' בהא דחיישינן שמא מלוה ישנה כו' דשיטת בעל המאור שם שאין יכול להחזיק בפקדון של חבירו במיגו והקשה שם ע"ז מהא דהנהו עזי דאכלי חושלא כו' וכן הקשה מהא דתניא אומן אומר שנים קצצת לי כו' דכל זמן שהטלית ביד אומן על בעה"ב להביא ראיה אלמא דמהימן להחזיק תחת ידו במיגו ותי' שם אכן לפמש"כ י"ל דהא עיקר סברתו דלכן אינו נאמן במיגו להחזיק משום דהוי כמו מיגו להוציא דהא גוף החפץ הוא של חבירו א"כ י"ל דדוקא בטוענים שניהם ברי לא נאמן במיגו אבל בעזי דאכלי חושלא דהמזיק טוען שמא וכן בהא דאומן הא מוקמינן התם כר"י דאף בקציצה טרוד בפועלים דהוי ברי ושמא דאמרינן בזה מיגו להוציא ע"כ מהימן להחזיק החפץ ת"י במיגו וא"ש קושית בעל המאור ועיין במלחמות שם ובעיקר קושיית הבעל המאור שם דהא יכול לטעון דהחפץ של חבירו רק מגיע לי חוב עליו ויש לתרץ ע"פ מש"כ התוס' בריש ב"מ דף ב' דלכן לא מהימן באומר חצי שלי במיגו דכולה שלי משום דמקרי מיגו להוציא דבחצי השני מוחזק זה כמו זה ע"ש. וקצרתי בכ"ז: וע"פ מש"כ לעיל הוכחתי כבר בפלוגתת האחרונים באיני יודע אם פרעתי דחייב דהיכא דלא ה"ל למידע ס"ל לכמה פוסקים דפטור ובאמת מוכח מהתוס' שבועות ד' מ"ה ד"ה וניתב ליה בל"ש דכתבו דהו"ל איני יודע אם החזרתי ע"כ ניתיב ליה בל"ש והא התם דצווח הבעה"ב ברי לי דפרעתי רק לפי דאנן מסופקין שמא טרוד בפועליו מקרי איני יודע אם החזרתי וחייב א"כ מוכח מזה דאף בלא הו"ל למידע חייב באיני יודע אם פרעתי וכדמוכח בח"מ סי' ע"ב סעי' י"ד דכתבו דהו"ל הלוה כהלותני ואיני יודע אם החזרתי וכמבואר ב"מ ד' פ"א דישבע ויטול מעותיו אף דהתם ג"כ לא ה"ל למידע אם נאנס המשכון ביד המלוה ואכמ"ל:

ענף ד:

נחזור לענייננו לפי מה שנקטו כל הפוסקים לכלל גמור הך פסק הגאונים הנ"ל דצריך לשבע בנק"ח על משכון דאף דמהימן במיגו דלא מקרי מיגו להוציא ודלא כשיטת בעל המאור הנ"ל עכ"ז כיון דיש בו קצת אפוקי ממונא הצריכו לשבע א"כ ה"ה באם טוען סטראי דנאמן במיגו להד"מ לגבות בשטרו אף דהוי מיגו להוציא מן הלוה דהוי מוחזק מ"מ מהימן הלוה משום שטרא מסייע ליה כמש"כ התוס' בב"ב ד' ל"ב ד"ה והלכתא וכו' וכיון דהוי מוציא גמור ע"כ צריך לשבע אף דלא טען השבע לי וכשיטת הסמ"ע דהא חזינן בגיטין ד' ל"ז דשביעית משמטת מלוה בשטר כדקיי"ל בסי' ס"ז משום דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי וכב"ה ואלו במלוה על המשכון אינו משמט כמבואר שם ומבואר בתומים בכללי מיגו ס"ק ח' בשם הכנה"ג דלכן בשטרא מסייע ליה אמרינן מיגו להוציא משום דהוי כגבוי לגבי זה דלא יהיה מקרי מיגו להוציא ע"ש ובקצה"ח סי' פ"ג ס"ק ה' וראיתי בנו"ב מ"ת חלק ח"מ סי' ל"ב מש"כ שם מסברא דנפשיה דבשטר דאין בו ספק אם הוא פרוע לכ"ע הוי כגבוי ובאמת כבר כתב כזה התוספות בסוטה ד' כ"ה ד"ה ב"ה סברי כו' כמש"כ בספרי באר יצחק חלק אה"ע סי' ט"ז ענף ד' ובמק"א הארכתי בזה] וכיון דמשכון מקרי מוחזק ביותר משטר דהא גם בשמטה אינו משמט במשכון. ואפ"ה גבי שבועת המשכון תקנו לישבע אף דיש ליה מיגו משום דמקרי לאפוקי ממונא קצת כש"כ בשטר דאף דיש לו מגו מ"מ כיון דמקרי אפוקי ממונא ביותר דהא משמט בשטר וודאי מחויב לשבע בנק"ח משום שבועת המשכון דתקנו דצריך לשבע משום דבא להוציא קצת ע"כ מחוייב לשבע אף דיש לו מיגו:

והש"ך דס"ל דא"צ לשבע בטענת סטראי כי אם בטוען השבע לי יש לומר דמחלק דשאני הך שבועת הגאונים דמחולקים הבע"ד בסך הלוואה ויש בזה חזקת פטור משא"כ היכא דמחולקים בפרעון המלוה והלוה יש לאוקמי בחזקת חיוב ע"כ י"ל דבכה"ג לא תקנו הגאונים לשבע כן י"ל בסברת הש"ך. רק הסמ"ע י"ל דס"ל כיון דעיקר הטעם בהך שבועת הגאונים הנ"ל הוא משום דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ואף להסוברים דאמרי' מיגו לאפטורי משבועה עכ"ז במה דמקרי אפוקי ממונא לא אמרי' מיגו לאפטורי משבועה לכ"ע א"כ הנך טעמים שייכי ג"כ אף במחולקים בפרעון דמאי שנא ואזלינן בתר טעמא:

ואפשר לדון באמת לפמש"כ הסמ"ע בסי' ע"ב סעי' כ"ז ס"ק פ"ז דדוקא במחולקים בהלואה תקנו לשבע בנק"ח משא"כ היכא דמודה ליה על ההלוואה רק דמחולקים בהפחת של המשכון לא תקנו בזה לשבע ולפ"ז י"ל דה"ה היכא דמחולקים בפרעון ג"כ לא תקנו לשבע א"כ שפיר כתב הש"ך בסי' נ"ח גבי סטראי דא"צ לשבע כי אם בטען

השבע לי. אבל לפמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קכ"א דגם היכא דמחולקים בפרעון צריך המלוה לשבע בנק"ח ע"ש. א"כ ה"ה בטענת סטראי אף דהוי בטענת פרעון ג"כ צריך לשבע בנק"ח וגם לשיטת הסמ"ע הנ"ל שם ג"כ יש לחלק ע"פ מש"כ הנתיבות שם ס"ק ל"ז דרק היכא דידעינן דנתן לו החפץ בתורת משכון דשייך בזה לומר משכונך בידי מאי בעי כמו בשטר בזה א"צ לשבע כמש"כ לעיל בשם בעה"ת כ"ז דלא טען השבע לי משום דנאמן בטענת עצמו בלא מיגו משא"כ היכא דלא מהימן רק ע"י מיגו אז דינו כמו כל שבועת המשכון וכמש"כ הש"ך גופא בס"ק קכ"א בסי' ע"ב כנ"ל ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ו ובתומים שם ונתיבות ס"ק נ"א וקצרתי ולכן העיקר לדעתי דבטענת סטראי אף דלא טען השבע לי ג"כ צריך לשבע בנק"ח ואין מוציאין מהלוה בל"ש וכפסק הסמ"ע:

ומה דהוכיח הש"ך בסי' נ"ח שם מן הרמב"ן דכתב דא"צ לשבע בטוען סטראי רק בטענת השבע לי לפמש"כ אין זה הכרח כלל דהא מבואר בחידושי הרמב"ן לב"ב ד' ל"ב דהקשה על הסוברים דלא אמרינן מיגו להוציא מהא דסטראי דכתובות וכעין קושיית התוס' שם ותירץ דשא"ה דעיקר מחלוקת דהמלוה והלוה הוא על המעות דפרע כבר אם הוא עבור חוב אחר או עבור חוב של השטר ע"כ לא מקרי מיגו להוציא כיון דאין אנו דנין אלא על המנה שפרעו אע"ג דממילא מהני לגבות חוב של השטר עכ"ז לא מקרי מיגו להוציא כ"א מיגו להחזיק ע"ש ברמב"ן אלמא דשיטת הרמב"ן דטענת סטראי לא מקרי אפוקי ממונא כ"א לאוקמי ממונא ע"כ ס"ל להרמב"ן שהביא הש"ך דא"צ לשבע בלא טענת השבע לי משום דאינו דומה לשבועת המשכון דהא אין אנו דנין רק על המנה דקיבל לפרעון וזה דומה לתפס מעות דמבואר בסי' ע"ב סעי' י"ז דאין צריך לשבע וכש"כ היכא דקיבל כבר המנה לפרעון דלא מקרי אפוקי ממונא לשיטת הרמב"ן הנ"ל משא"כ לשיטת התוס' וש"פ דכתבו דלכן מהימן סטראי במיגו משום דשטרא מסייע ליה וכמו דפי' הכנה"ג משום דלגבי זה מקרי כגבוי א"כ ממילא צריך לשבע כמו במשכון כיון דמקרי אפוקי ממונא ואף לשיטת התומים בכללי מיגו ס"ק ח' דכתב דלכן היכא דשטרא מסייע לי' אמרינן מיגו להוציא משום דחזקה שטרא בידי מאי בעי מסייע לי':

ג"כ י"ל לחייב שבועה דהא כבר הוכחתי לעיל דאף היכא דאמרי' מיגו להוציא כמו בברי ושמא ומיגו אפ"ה חייב שבועה על המשכון כיון דאינו נאמן ע"י ברי ושמא לחוד כי אם בצירוף המיגו וכיון דעיקר מה דמוציאין ממון הוא ע"י מיגו ע"כ תקנו שבועת המשכון כיון דהוי אפוקי ממונא א"כ ה"ה אף היכא דמוציאין הממון ע"י המיגו בצירוף סברת חזקה דשטרא בידי מאי בעי לשיטת האו"ת הנ"ל כיון דעל שטרא בידי מאי בעי לא סמכינן כ"א בצירוף להמיגו ע"כ דומה למש"כ דמיגו וצירוף ברי ושמא חייב שבועה

וכש"כ לשיטת כנה"ג והקצה"ח הנ"ל דמשום דהוי כגבוי אתו עלה א"כ נילף מכש"כ ממשכון כנ"ל לענין שמיטה ואין מוציאין מהלוה בל"ש:

ענף ה:

ועפ"י כל מה שנתבאר יש להעיר במש"כ המשנה למלך הל' מלוה פי"ד הל' א' שכתב לדון בדברי המ"מ שם שכתב בפוגם שטרו בתוך זמנו דאיבטל לגביה חזקה אין אדם פורע תו"ז כיון דהלה מודה דנפרע מקצתו וכתב המל"מ שם אם פסקו של ה"ה לחייב שבועה למלוה ניחא ואם לפוטרו במלוה ע"פ בשבועתו קשיא לי פוגם שטרו אמאי נשבע ונוטל הא איבטל חזקה שטרא בידי מאי בעי דהא כמו דאיבטל חזקה אין אדם פורע תוך זמנו הכי נמי איבטל שטרא בידי מאי בעי דהא פרע ולא כתב שובר ואפשר לדחות דהתם גוף הפרעון מבטל החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דהא פרע אבל גבי פוגם אפשר דפרע אדעתא דלכתוב שובר ונטרפה השעה מאיזה סבה ולא כתב עכ"ל המל"מ ועיקר הוכחתו אין הכרח כלל לכאורה דאי קאי בפוגם בעדים הא בזה לא איתרע חזקה דשטרא בידי מאי בעי דהא חזינן דלא פרע כ"א בעדים והא דאמרו בהכותב ד' פ"ז בפוגם בעדים די"ל דחייב שבועה דלמא אתרמויי אתרמי לו ז"א רק גבי חיוב שבועה משא"כ לבטולי לשטרא וודאי לא אמרינן משום זה לבטל חזקה זו דהא י"ל דלכן לא חשש לכתוב שובר משום דהיה הפרעון לפני העדים. ואי נימא דכוונת המל"מ להוכיח מפוגם שטרו ע"י הודאת המלוה ג"כ אינו הוכחה דהא י"ל דהא כל פוגם שטרא יש להמלוה מיגו ואפ"ה חייב שבועה כמש"כ התוס' בכתובות שם ד"ה דמפרע לא דייק כו' דמקרי מיגו בדדמי א"כ ז"א שייך רק לחייבו שבועה משא"כ אחר דרמו רבנן עליה דמלוה שבועה כי היכא דנידוק שפיר מהימן במיגו ולא מקרי מיגו להוציא כיון דשטרא מסייע לו כנ"ל ע"כ לכאורה אין הכרח לדברי המל"מ הנ"ל כ"כ אך י"ל דשפיר הוכיח המל"מ כן מפוגם שטרא בעדים דהמלוה נשבע ונוטל דהא מבואר בשבועות ד' מ"א בא"ל אל תפרעני אלא בעדים דאם אומר פרעתי לפני פלוני ופלוני ומתו או הלכו למדה"י דנאמן ועיין בח"מ סי' ע' סעי' ג' ובש"ך שם ס"ק י"ד שיטת הפוסקים דפליגי בזה וס"ל דאינו נאמן משום דה"ל לכתוב שובר ע"ש אבל במי דחזינן דפורע בעדים ואינו חושש דלמא מייתי סהדי או ילכו למדה"י א"כ יהיה נאמן הלוה לומר פרעתי כולו לפני עדים ומתו או הלכו למדה"י ובאמת אף בזה המלוה נשבע ונוטל דהא לא מצינו חילוק בזה ושפיר הוכיח המל"מ דחזקה שטרך בידי מאי בעי לא אבטל אף דפרע מקצת בסהדי משום די"ל דנטרפה השעה ולא כתב שובר. אבל באמת אמרינן דלא היה פורע בפני עדים בע"פ משום חשש דלמא מייתי ועיין בש"ך סוף סי' פ"ב במה שמשיג שם על הבעה"ת:

ולפמש"כ לעיל הסברא מכרעת כסברת המל"מ הנ"ל. דאף דפרע מקצת לא אבטל חזקה דשטרא בידי מאי בעי דאל"כ תקשה בסוגיא דכתובות ד' פ"ז דשקיל וטרי הגמרא בטעמא דפוגמת למה צריכה לשבע והוצרך רבא למימר משום דפרע דייק דמפרע לא דייקי הא בפשיטות הוי מצינו למימר דלכן צריך לשבע בפוגם שטרא דהא כיון דמודה המלוה דנפרע מקצתו א"כ איבטל לו חזקה דשטרא בידי מאי בעי כמש"כ המ"מ הנ"ל דהא חזינן דהלוה אינו חושש להשטר המונח ביד המלוה ומהימן להמלוה א"כ מן הדין לא היה המלוה מהימן על המותר כמש"כ המל"מ בתחלה רק דעיקר נאמנות המלוה הוא משום מיגו דאי בעי היה כופר המחצה פרעון ואף דמיגו להוציא לא אמרינן מ"מ היכא דשטרא מסייע ליה אמרי' מיגו להוציא וכבר נתבאר בסטראי דנאמן המלוה במיגו צריך לשבע כעין שבועת המשכון ושבועת המשכון מקרי שבועת המשנה כמו דהקשו הראשונים מהברייתא דנתן טליתו לאומן כנ"ל וכמש"כ הש"ך סימן קמ"ט ס"ק כ"ד ע"ש א"כ מה"ט חייב לשבע בפוגם שטרו: ואף דבפוגם בעדים לא שייך ה"ט דהא התם לא איתרעי כ"כ לחזקה דשטרא בידי מאי בעי כנ"ל עכ"ז הא התם בגמ' לאחר דמסיק רבא לטעמו דמפרע לא דייק איבעיא להו פוגם בעדים מהו ומבואר ברא"ש כתובות דבעיא דלא איפשיטא הוא ונפ"מ דאי תפס ואינו רוצה לשבע אין דינו כגזל דרבנן משום דספק בשבועה יכול לומר קים לי ועיין בתומים סי' פד ס"ק ב' ואי נימא דפוגם בעדים אין דינו כפוגם להתחייב שבועה רק מיירי הכל בפוגם מעצמו א"כ למה הוצרך רבא לומר טעמא דמפרע לא דייק דהא לא הוצרך לומר זה הטעם רק בפוגם בעדים דאי בפוגם ומודה בעצמו תיפוק ליה דחייב שבועה כעין שבועת המשכון ובאמת משמע דאף דידע הש"ס ממימרא דרבא עכ"ז איבעיא להו בפוגם בעדים דהא אחר מימרא דרבא הוקבע בעיא זו א"כ קשה כיון דמתחלה מוכח דס"ל לרבא דאף פוגם בעדים צ"ש ואיך תיכף אח"ז נסתפקו בזה ודוחק לומר דרבא גופא מספקא ליה ולכן קאמר טעמו וכן קשה במאי דאיבעיא להו בפוגמת פחות מש"פ דכיון דדק כולי האי קושטא קאמר דהא אף דנימא דדק מ"מ יהיה צ"ש משום כעין שבועת המשכון כיון דאינו נאמן אלא ע"י מיגו ודוחק לומר דכוונת האיבעיא זו בפוגמת בעדים פחות מש"פ. דהא בפוגמת בעדים לא שייך כ"כ לומר כיון דדק כולי האי כו' ומכל הלין מוכח כסברת המל"מ דבשטר לא איתרע ליה חזקה דשטרא בידי מאי בעי דיכול לומר דנטרפה השעה ולא כתב שובר וע"כ מהימן על מחצה שטרו ע"י טענת עצמו משום דגם בזה שייך חזקה דשטרא בידי מאי בעי וע"כ א"צ שבועה אף פוגם מעצמו בלא עדים כ"א משום דמפרע לא דייק וגם י"ל דלכן פרע

ליה בלא שובר כדי לשוויה ריעותא לחזקה דשטרא בידי מאי בעי ואיערומי קא מערים הלוה בזה:

ועפ"ז יש ליישב דברי האלפס פ' הכותב דכתב במסקנת הש"ס דאף פוגמת בעדים צ"ש והנו"ב במ"ת חלק ח"מ סי' כ' כתב לתמוה דאיך כתב דפוגמת בעדים צ"ש בוודאי והא לא איפשיטא הך איבעיא בגמ' והא דקאמרי לא מבעי היינו דליכא למיפשט וגם הרא"ש כתב שם דלא איפשטא אכן לפמש"כ י"ל דכוונת הרי"ף זהו למאי דקאמר רבא בטעמא דהך פוגמת משום דמיפרע לא דייק ותיפוק ליה דבלא"ה צ"ש משום כיון דעיקר נאמנותו הוא משום מיגו אי נימא דלא כהמל"מ משום דאיבטל חזקה דשטרא בידי מאי בעי אם פרע מקצת בלא עדים. א"כ ל"ל לרבא למימר דמפרע לא דייק דהא בלא"ה צ"ש כנ"ל דהא מבואר בר"פ כל הנשבעין דרבא דפריך לרמי ב"ח שם ס"ל בכל ש"ש דחייב אף דלא אפקיד בשטרא משום דס"ל מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. א"כ בודאי חייב שבועה בזה כעין שבועת המשכון דעקרו הוא משום מיגו לאפטורי משבועה דלא אמרינן כמבואר בראשונים ובסי' ע"ב ומדקאמר רבא טעמא דמפרע לא דייק מוכח דס"ל לרבא דאף פוגמת בעדים צ"ש ובעדים אלים מחצה השניה של השטר משום חזקה דשטרא בידי מאי בעי כנ"ל וא"ש דברי האלפסי:

ועכ"ז זהו דוחק להעמיס כן בלשון הרי"ף דעדיין לא אתי שפיר מש"כ הרי"ף דמסקנת הגמ' כו' ויש לפלפל בזה הרבה אך העיקר מה שנראה לי בכוונת הרי"ף במש"כ דמסקנת הגמ' דאף פוגמת בעדים צ"ש. דנראה הטעם של הרי"ף משום דהא איבעיא שם להש"ס בפוגמת בעדים אם אמרינן דאם איתא דפרע בעדים הוי פרע או דלמא אתרמויי אתרמי די"ל דזה תלוי במה דמבואר בשבועות דף מ"א דחד מ"ד ס"ל המלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים ואנן קיי"ל דא"צ לפורעו בעדים והטעם דמ"ד ס"ל צריך לפורעו בעדים משום דס"ל דכיון דחזינן דלא הימניה המלוה כ"א בסהדי לכן לא היה להלוה להאמין להמלוה ג"כ ועיין בב"ב דף ה' תוס' ד"ה אלימא דאמר פרעתיך בזמנו כו' ומצינו בב"מ דף ל"ה דלוה מהימן למלוה ומלוה לא מהימן ללוה משום דבמלוה שייך לומר תומת ישרים תנחם א"כ למ"ד דצריך לפורעו בעדים משום דלא תלינן דאתרמויי אתרמי אז עדים באותו העת מהלואה כי אם דאמרינן דהזמינם במכוון להעדים. ע"כ שפיר יש להסתפק דזהו אפשר דוקא במלוה דלא מהימן להלוה בדידיה שפיר י"ל כיון דראה הלוה דהמלוה השתדל כבר שיהיו עדים דוקא ולא הימניה להלוה בלא עדים ע"כ לא היה להלוה שוב להאמין להמלוה לפרוע בלא עדים משא"כ הלוה דדרכו להאמין להמלוה ביותר ע"כ אפשר לתלות דהא דפרע באפי סהדי דאתרמויי אתרמי ע"כ שפיר איבעי

להו בכתובות פוגמת בעדים מהו וי"ל דהא מצינו בשבועות דף מ"א דרב פפי משמיה דרבא אמר הלכתא המלוה לחבירו בעדים צריך לפורעו בעדים ע"כ הכא בכתובות בתר דאמר רבא דמפרע לא דייק שפיר מבעי להו אליבא דמאן דס"ל בשיטת רבא דצריך לפורעו בעדים אבל לפי מה דקיי"ל בשבועות התם דהלכה דא"צ לפורעו בעדים ע"כ נילף מכש"כ כיון דחזינן דמלוה אין דרכו להאמין להלוה אפ"ה תלינן באתרמויי אתרמי כש"כ בהלוה דדרכו להאמין ביותר להמלוה ודאי יש לתלות דאתרמויי אתרמי ע"כ שפיר כתב הרי"ף דלמסקנא אף בפוגמת בעדים צ"ש וכוונתו לפי מסקנת הגמ' בשבועות דא"צ לפורעו בעדים וא"ש דברי הרי"ף: ענף ו:

ובעיקר דברי המל"מ ה' מלוה פ' י"ד ה' א' שנסתפק בחזקה תו"ז היכא דפרע מקצת אם איתרע ליה על המותר החזקה דתו"ז וכ"כ המל"מ פ' ט"ו ה' מלוה ה"א דאם א"ל אל תפרעני אלא בעדים ופרע מקצתו בינו לבינו והמלוה מודה דאיתרע ליה חזקה דאנן סהדי דלא פריעה אלא בעדים וכן כתבו רבוותא בתו"ז ונתברר שפרע קצתו בגו זמנו דאיבטל ליה חזקה דתו"ז שהרי פרע קצתו בגו זמנו כו' עכ"ל המל"מ וטעמו דאף דמיירי במודה ג"כ ואפ"ה לא מהימן במיגו משום דהוי מיגו להוציא דהא קאי במלוה ע"פ דליכא חזקה דשטרא מסייע ליה בזה ועיין בש"ך בכללי מיגו ס"ק ט"ו. ונלע"ד להוכיח כדבריו בזה מן התוס' דב"ב ד' מ"ה ד"ה נתנה ליה כו' שהקשו אמאי לאח"ז הממע"ה ה"ל למימר נשבע ונוטל כדמפרש בפ' כל הנשבעין דחזקה דאין שכיר משהה שכרו ואין בעה"ב עובר בבל תלין והכא הרי שהה שכר ובעה"ב עבר דמודה שקצץ לו אחת ועדיין חייב ליה כו' ואין לתרץ כגון שאומר ברשותך השהיתי דלא עבר בבל תלין דמ"מ חזקה דאין שכיר משהה שכרו ליכא דהרי שיהה אחת ודוחק לומר דמאי דחזינן דשיהה שיהה ומאי דלא חזינן דלא שיהה לא שיהה עכ"ל התוס' וכ"כ התוס' בשבועות דף מ"ו ד"ה לא קצצתי לך אלא אחת כו' וקשה דאמאי בעבר זמנו הממע"ה דהכא הרי השהה והרי עבר עכ"ל אלמא דס"ל להתוס' להקשות בפשיטות דכיון דאיתרע במקצת החזקה ממילא איתרע המותר ג"כ ולא אמרינן במאי דאיתרע איתרע ובמה דלא איתרע לא איתרע אלא כיון דאיתרע גביה חזקה דאין שכיר משהה שכרו וחזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין איתרע ג"כ אף המותר וה"ה בא"ל אל תפרעני אלא בעדים או חזקה דתו"ז דכיון דחזינן דלא שייך ביה חזקה זו ממילא איתרע ג"כ המחצה הב' ועיין ביו"ד בכללי טריפות בחזקה דאיתרע ובחזקה דשטרא בידי מאי בעי יש לחלק כמו דכתב המל"מ] גם יש לדין בזה דאפשר דאערומי קא מערים הלוה דלכן פרע מקצת כדי דיתרע גבי חזקה דשטרא בידי מאי בעי ולפ"ז במה דמבואר בח"מ סי' פ"ד סעיף ב' דפוגם בתו"ז יפרע שלא בשבועה ועיין

בסמ"ע וש"ך שם ולפי דברי התוס' הנ"ל יש לדון כדברי המ"מ דכתב דאיתרע החזקה דתו"ז דיהא צריך עכ"פ לישבע בפוגם שטרו בתו"ז ודאין מוציאין מהלוה עד שישבע המלוה וקצרתי בכ"ז וכעת מצאתי במחנה אפרים ה' מלוה דיני גביית סי' ז' שהביא ג"כ בקצרה להתוס' דב"ב הנ"ל: ועפ"י מה שנתבאר לעיל דהיכא דאינו נאמן בשטרו רק מצד מיגו דצריך שבועה וכשיטת הסמ"ע ארווחנא ליישב עפ"ז קושיא עצומה שהקשה הרמב"ן בחי' לב"ב דף ל"ב לשיטתו דס"ל דאמרינן מיגו להוציא והא דב"ב שם מיירי בכתובה דאינה מקויימת דאין ב"ד נזקקין לקיימו אבל בשטר מקויים סמכינן על מיגו אף להוציא א"כ קשה דמה הקשה הגמ' בכתובות דף פ"ז ע"ב על הא דתניא פוחתת תפרע שלא בשבועה במאי גביא בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא וקשה הא י"ל דמיירי בכתובה מקויימת ומהימנא במיגו ע"ש ברמב"ן שנדחק ליישב זה והובא בתומים בכללי מיגו ס"ק א' ועיין בש"ך סי' פ"ג מזה אבל לפי מה דכתבתי להוכיח דבשטר דאינו נאמן רק ע"י מיגו צריך לישבע מכש"כ ממשכון דקיי"ל כהגאונים דצ"ש משום דמקרי אפוקי ממונא וכנ"ל א"כ בפוחתת דהאי שטרא חספא בעלמא ועיקר נאמנותה רק ע"י מיגו ע"כ היתה צריכה שבועה בפוחתת א"כ קשה אמאי תנא בברייתא שם בפוחתת תפרע שלא בשבועה דהא באמת צריכה שבועה כיון דהשטר הוא חספא בעלמא ואינה נאמנת אלא ע"י מיגו וע"כ הוצרך הגמ' לאוקמי באומרת אמנה היה ביני לבינו א"כ מתורץ עפ"י שיטת הגאונים הנ"ל כפי דקיי"ל בסי' ע"ב לקושית הרמב"ן הנ"ל ועיין בתוס' כתובות שם ד"ה האי שטרא כו' ועיין באו"ת סי' פ"ד ס"ק י"א שהשיג על הסמ"ע שם בס"ק י"א שכתב דבאומר אמנה היה ביני לבינו דמהימן מצד מיגו והשיג עליו האו"ת משום דבאומר אמנה היה ביני לבינו מהימן מצד טענת עצמו ואפשר דהרמב"ן שהקשה כן על הא דכתובות דף פ"ז הנ"ל הקשה כן לשיטת החולקים על הגאונים הנ"ל אבל לדידן דקיי"ל כהגאונים הנ"ל דאף כשהמשכון הוא ת"י המלוה ג"כ צריך המלוה לישבע א"כ שפיר כתבתי לדינא לתרץ קושייתו הנ"ל ועיין ברמב"ן פ"ז דשבועות במלחמות שם ולפ"ז יצא לנו דין מחודש בהא דמבואר בסי' פ"ד בש"ך ס"ק ה' גבי פוחת שטרו דאם העדים טעו כו' דאינו נאמן המלוה במיגו משום דהוי מיגו להוציא. והעלה הש"ך שם דאם המלוה תפס מהלוה לא מפקינן מיניה. משום דהוי ספיקא דדינא עכ"ז ודאי חייב המלוה שבועה בנק"ח וכמו כל שבועת המשכון לפי מה דקיי"ל כהגאונים הנ"ל גביה תפיסה בלא עדים דאף דמהימן במיגו דלהד"מ או במיגו דהחזרתי וכה"ג אפ"ה תקנו חז"ל שבועה א"כ ה"ה בהאי מיגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא דודאי ג"כ צריך

שבועה לפי מה דקיי"ל כנ"ל והא דסתם הש"ך בזה י"ל דסמך בזה על רוב פשיטותו כי זה פשוט:

היוצא לנו מכל זה דלפי מה דקיי"ל כשיטת הגאונים דבעל המשכון צריך שבועה וה"ה בשטר דטען סטראי דאף דנאמן המלוה במיגו מ"מ צריך המלוה שבועה אף בלא טענת השבע לי וכמש"כ הסמ"ע ואף דהסמ"ע לא כתב ה"ט י"ל דהסמ"ע אזיל לטעמיה דס"ל בסי' ע"ב דדוקא במחולקים בעיקר הלואה בזה צ"ש משא"כ במחולקים בפחת המשכון כנ"ל וי"ל דס"ל דה"ה היכא דמחולקים בפרעון א"צ שבועה אבל לשיטת הש"ך דפליג שם כנ"ל שפיר י"ל דצ"ש בנ"ד אף בלא טענת השבע לי ואין מוציאין מהלוה בלא שבועה וגם יש להעמיס כן בכוונת הסמ"ע ועוד יצא לנו דין מחודש מכל מה שנתבאר דשבועת הגאונים על בעל המשכון דצריך לשבע אף אם הלוה טוען שמא והמלוה דתופס המשכון טוען ברי אפ"ה חייב שבועה בנק"ח ודלא כמש"כ הנתיבות בס"ס פ"ט כנ"ל אכן היכא דה"ל להלוה למידע וטוען שמא בזה א"צ המלוה דטוען ברי לישבע וכמש"כ האו"ת ונתבאר בעז"ה על נכון שיטת הגאונים הנ"ל וגם נתבאר על נכון שיטת הרי"ף בסוגיא דאומן בב"ב ושיטת הרי"ף בכתובות בסוגיא דפוגמת ועוד כמה חידושי דינים נתבארו בעז"ה על נכון:

ב (סעי' ב) טען הלוה הלא פרעתיך בפני פלוני ופ' כו' הג"ה וי"א דאין השטר בטל לגמרי ואם תפס לא מפקינן וכן נ"ל עיקר עכ"ל ונראה לי להוכיח דגם שיטת רש"י בכתובות כהך שיטה והוא דבכתובות דף פ"ח איתא אי פיקח הוא כו' אכתי יכולה לומר ב' כתובות הואי אלא אר"א דמודע להו ופי' רש"י בד"ה דמודע להו כו' תו לא מצי למימר ב' כתובות הוו דמילתא דלא שכיחא ואף דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא עכ"ז שאני היכא דהוי מיעוט שאינו מצוי ועיין בסנהדרין דף ג' ע"ב תוס' ד"ה דיני ממונות כו' ולכאורה קשה דל"ל לרש"י לומר דלא שכיח ב' כתובות בלא"ה הא אינו נאמן לומר סטראי בפרעו בעדים וה"ה בע"א דכ"ז דלא נשבע נגדו דינו כמו ב' עדים לכן נראה לי להוכיח מזה דרש"י ס"ל כשיטות הסוברים דבפרעון בעדים לא איתרע לגמרי ומהני תפיסה ע"כ כאן דפרע לה והוי האשה מוחזקת היתה יכולה לומר דקבלתי על חוב פרעון לכתובה אחרת ע"כ הוכרח רש"י לומר הטעם דזהו משום דלא שכיח ב' כתובות ע"כ אף שהיא מוחזקת אינה נאמנת כיון דהודיע להעדים מזה מקודם פרעון השני והוי סייעתא מן שיטת רש"י לשיטת הסוברים הנ"ל וכמו שפסק הרמ"א דכן הוא העיקר:. ומה שהקשה הנתיבות בס"ק ד' מבכורות עיין לעיל בחידושי לסי' מ"ט סעיף י' שבארתי זה היטב:

סימן נט

א (סעי' א') מלוה שהוציא שט"ח וטוען הלוה שהוא פרוע והמלוה אומר שמא אינו גובה בו:

ענף א:

והסמ"ע שם כתב דכיון דהלוה טוען ברי והמלוה שמא אוקי ממונא בחזקת מריה משום דברי בצירוף חזקת ממונא עדיף מחזקה דשטרא בידי מאי בעי. והקצה"ח הביא ראיה לזה מכתובות דף פ"ז בפוגמת דרמו עליו שבועה משום דמיפרע לא דייק כו' אלמא דאי לא דייק והוי טוען שמא אין דינו ליטול וע"כ מוכח דבטוען שמא לא מהני השטר עכ"ל והנתיבות דחה ראיה זו משום דשא"ה דמודה המלוה דמקצתו פרוע ואינו יודע כמה איתרע שטרא דאינו גובה בו אף אם הלוה מסופק ואילו היכא דמספקא להמלוה חי הוי פרעון כלל אזי אם הלוה מסופק גובה בו כו' עכ"ל הנתיבות. אבל באמת הנכון עם הקצה"ח דלדברי הנתיבות ל"ל להש"ס לומר שם בכתובות דפרע דייק דמיפרע לא דייק. הא אף אם נימא דגם הלוה לא דייק ג"כ אינו גובה בו אם נימא דמיפרע לא דייק דהא היכא דקיבל מקצת פרעון וא"י כמה אז אף שניהם טוענים שמא אינו גובה לפמש"כ הנתיבות א"כ ל"ל לש"ס לומר דפרע דייק ובודאי אין סברא לומר דנקטו כן כדי דיהיה טענת הלוה טענת ברי דאל"כ הא אין נשבעין על טענת שמא דז"א דודאי אף דנימא דפרע לא דייק מ"מ כיון דצווח וטוען ברי פרעתי כולו ודאי נשבעין על טענתו דאין זה מקרי טענת שמא וזה פשוט] וע"כ מוכח מזה דאף היכא דמסופק כמה קיבל בהפרעון מ"מ אם שניהם טוענים שמא גובה בו כמבואר בסי' פ"ב וסי' נ"ט וסי' ע"ה דכיון דמבואר שם דאם טוענים שניהם שמא לא מבטלינן שטרא מספק א"כ ה"ה בשניהם מודים דהיה פירעון רק דאינם יודעים כמה ג"כ גובה בו וע"כ הוכרח הש"ס לומר דפרע דייק דמיפרע לא דייק ואז אינו גובה בו עד דרמו עליה שבועה כי היכי דלידוק משום דאף היכא דקיבל פרעון במקצת מ"מ לא איתרע חזקת השטר דשטרא בידי מאי בעי כמבואר במל"מ פ' י"ד ה' מלוה ה' א' והובא בקצה"ח סי' פ"ד ס"ק א' וע"כ בשניהם טוענים שמא היה גובה בו משום דגם בזה שייך חזקת שטרא בידי מאי בעי אך אם הלוה טוען ברי פרוע והמלוה טוען שמא אז אינו גובה בו א"כ שפיר מוכיח מסוגיא דפוגמת דברי של הלוה עם חזקת ממונא עדיפא מחזקה דשטרא בידי מאי בעי א"כ ה"ה היכא דהמלוה מסופק אם היה כלל פרעון דג"כ הדין כן ושפיר הוכיח הקצה"ח וכן מוכח מן מש"כ התוס' בכתובות שם בד"ה דמיפרע לא דייק כו' דבלא פוגם לא אמרינן דלא דייק. משמע דאם היה שייך לא דייק לא היה נוטל אף בספק אם קיבל כלום:

וכעת ראיתי בביאור הגר"א זצ"ל סי' פ"ב סעיף ב' ס"ק י"ג שכתב שם על מש"כ המחבר דאף אם המלוה אומר שמא גובה בו אם הלוה טוען שמא וע"ז כתב בביאור הגר"א שם דזהו כמש"כ בכתובות דפרע דייק עכ"ל אלמא דביאור הגר"א זצ"ל נתכוין למש"כ להוכיח מדנקטו בש"ס דפרע דייק דל"ל זה דהא אף אם דפרע לא דייק מ"מ אם דמיפרע לא דייק אינו גובה בו וע"כ מוכח דדוקא משום דפרע דייק נתבטל השטר אם המלוה לא דייק אלמא דגם הגר"א זצ"ל ס"ל דאף דמסופקים שניהם כמה היה הפירעון דמ"מ גובה המותר מה שלא היה פירעון וודאי וכנ"ל וכן מוכח בתשובת הרשב"א סי' תתקע"ז וסי' אלף מ"א דכתב דהיכא דמלוה א"י כמה היה הפירעון והלוה טוען ברי פרעתי כולו דפטור דמשמע דאם היה הלוה טוען שמא היה חייב אלמא דלא כהנתיבות בזה:

וכן בחזקה תו"ז מבואר בסי' ע"ח סמ"ע ס"ק ב' דבתובע טוען שמא לא מהני חזקה דתו"ז והש"ך שם ס"ק א' כתב דביורשים הטוענים שמא מהני החזקה דתו"ז והתומים שם ס"ק א' כתב לחלק דשאני יורשים דלא ה"ל למידע ע"כ גבינן. משא"כ במלוה טוען שמא דה"ל למידע ע"כ איתרע טענתו ואינו גובה בו ע"ש ובאמת כן מוכח לומר גבי שטר דהא קיי"ל דיורשים גובין מהלוה אף דטוענים שמא וכמבואר בטור סי' פ"ב סעיף ז' ודלא כרב שר שלום המובא שם ע"ש והא קיי"ל דלהוציא לא טענינן כמש"כ הש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ב וע"כ מוכח דהטעם הוא דכיון דלא ה"ל למידע שאני וכן מוכח בהא דכתובות דף י"ט באומר אמנה או פרוע אינו נאמן במקום דחב לאחרים וגובה המלוה מדר"נ כמבואר בסי' מ"ז וסי' פ"ו ואף דהמלוה השני הוא טוען שמא והלוה טוען ברי פרוע מ"מ לא אמרינן דהברי ומוחזק מבטל לחזקה דשטרא בידי וע"כ הטעם משום דכיון דלא ה"ל למידע שאני וכן כתב הש"ך בסי' קכ"ב ס"ק ט"ז בשם המבי"ט סי' ריי"ג דהיכא דלא ה"ל למידע אז אף בהמלוה טוען שמא מ"מ גבינן ובאמת כן כתב הטור בסי' נ"ט שכתב בהך דינא בזה"ל מלוה שהוציא שט"ח ואומר א"י והלוה אומר פרוע אינו גובה בו שהיה ליה לידע בשטרו אם הוא פרוע או לא וכיון שאינו יודע אין לו עליו כלום עכ"ל הרי להדיא דהטעם הוא משום דה"ל למידע ע"כ אינו גובה בטוען המלוה ספק אבל היכא דלא ה"ל למידע גובה אף בטוען שמא וב"ה שמצאתי כעת במבי"ט סי' ריי"ג הנ"ל שהוכיח ג"כ מן הטור הנ"ל דהיכא דלא ה"ל למידע לא אמרינן הך דסי' נ"ט ולפ"ז לא הוצרך הש"ך בסי' ע"ח ס"ק א' להוכיח בראיות דאף בטוענים היורשים שמא שייך חזקה דתו"ז דהא כיון דתו"ז עדיפא משטר לגבי שבועה וכה"ג וכיון דבשטר אף בטוענים שמא מ"מ כיון דלא ה"ל למידע גובין כש"כ בחזקה דתו"ז: ענף ב:

בסי' נ"ט כתב מעשה בא ידו בלוה שטען יש לי בידך כנגדו והמלוה אמר א"י ופסק כיון דטענת יש לי בידך הוי טענה גרוע ואינו נאמן אלא במיגו והכא לא שייך מיגו כו' וכיון דזה גובה וזה גובה לא נתבטל השטר ודוקא בספק בפרעון דלפרעון עומד ע"כ באומר שמא אינו גובה בו אבל בספק בחוב דיש לי בידך גובה בשטרו וכן העלה הנתיבות:

ולענ"ד יש לדון בזה הרבה והוא דאף דהסברא שכתבו דשאני פרעון דלפרעון עומד באמת כלשון זה כתב הש"ך סי' קכ"ב ס"ק ט"ז בהא דסי' נ"ט הנ"ל דשאני התם דלפרעון עומד ע"ש אבל באמת י"ל דה"ה בטענת יש לי בידך ג"כ הדין כן והוא דהא חזינן דבטענת יש לי בידך דאף דהוי טענה גרוע מ"מ מהימן במיגו כמבואר בסי' ע"ה וסי' ע"ב ובכמה סוגיות ועיין ב"מ דף ו' בבעה"מ ומלחמות שם ואף אם תפס המלוה מן הלוה ע"י תפיסה בעדים ודאי מוציאין מהמלוה משום דאין שום ספק כלל ובוודאי נאמן הלוה לומר יש לי בידך ע"י מיגו ובחזקה תוך זמנו אף דהוי חזקה אלימתא יותר משטר מ"מ אם טוען המלוה שמא אינו גובה וכהכרעת הפוסקים בסי' ע"ח כנ"ל ובוודאי חזקה תו"ז היא בתוקפה ביותר מן טענת יש לי בידך דקיי"ל דהוי טענה גרוע דהא בחזקה תו"ז איבעיא להש"ס בב"ב ד' ה' אי מהימן במיגו נגד חזקה ולא איפשיטא ומה"ט קיי"ל בסי' ע"ח דבמיגו נגד חזקה מהני תפיסת המלוה לומר קים לי דלא מהימן הלוה במיגו נגד חזקה כמש"כ הש"ך סי' ע"ח ס"ק י"ט ואלו בטענת יש לי בידך מהימן הלוה במיגו בבירור ולא מהני תפיסת המלוה כנ"ל אלמא דטענת פרעתי בתוך זמנו הוא גרוע ביותר מן טענת יש לי בידך ומ"מ חזינן דבחזקה תו"ז אם טוען המלוה שמא אינו גובה וכמש"כ הסמ"ע והאו"ת והנתיבות בסי' ע"ח. ואף דבחזקה תו"ז זכות המלוה חזק ביותר והוי חשש פרעון בחשש רחוק ומ"מ אם טוען שמא איתרע טענת המלוה ולא מהני בי' החזקה דתו"ז כש"כ בטענת יש לי בידך של הלוה דזכות המלוה מחמת דהוי טענה גרוע אין זה אלים כ"כ משום דהא חזינן דלא הוי חשש רחוק כ"כ דהא מהימן הלוה במיגו בוודאי כנ"ל וודאי דהדין נותן דאף דטענת יש לי בידך לא מהימן רק במיגו מ"מ אם המלוה טוען שמא איתרע זכות המלוה ע"פ טענות ברי של הלוה עם מוחזקות שלו דגם בזה שייך הטעם של הסמ"ע שכתב גבי מלוה אומר ספק בשטר שמא פרוע: ומה שכתב הנתיבות בזה דכיון דזה גובה וזה גובה ע"כ בתר הכי הוי המלוה כאומר איני יודע אם נתחייבתי דפטור:

תמיהני עליו איך סותר שיטתו למש"כ בעצמו בסי' ע"ה ס"ק ה' על מש"כ הש"ך שם בספק פרעון קודם להלואה דאם המלוה מסופק אינו גובה והקשה ע"ז הקצ"ח שם דכיון דזה גובה כו' הוי המלוה כא"י א"נ וע"ז כתב הנתיבות דכיון דטוען יש לי בידך עושה הלוה זאת לפרעון ואינו בכלל זה גובה כו' עכ"ל וכן נלע"ד כדבריו דהא לפי הכרעת

הש"ך בסי' ק"א ס"ק ג' כגדולי המורים דשטרות בני גובייאנא נינהו א"כ יכול להגבותו בגוף החוב שטוען שמגיע ממנו כמש"כ הר"ן בפ"ב דכתובות על סוגיא דשנים שהוציאו שט"ח זה על זה דסוף כתובות והובא בש"ך שם ואף דבע"ח דינו בזוזי אם אית לי' מ"מ הא כתבו התוס' בכתובות ד' צ"ב ע"א ד"ה אי פוקח הוא כו' דבמקום דאית להלוה פסידא יכול להגבותו אף קרקע כו' וה"ה בנ"ד דאין לך פסידא גדולה מזה להלוה אם לא יהיה יכול להגבותו בהחוב שלו שתובע מהמלוה וע"כ ודאי יכול להגבותו בהחוב לעשות זה לפרעון ושפיר כתב הנתיבות שם אך עדיין יש קצת לדון בזה לפמש"כ הש"ך שם לתרץ קושיות הר"נ בשנים שהוציאו שט"ח זע"ז דאמאי אינו יכול להגבותו בהחוב שלו ותי' הש"ך משום דאם מגבהו בפרעון מחוייב לשלם המותר משום דאינו יכול לסלקו רק בשומא כפי שיווי למכור החוב לאחר ע"ש:

ועיין סי' ס"ה סעי' ט"ו ברמ"א שם. א"כ ה"ה הכא כיון דעיקר הפטור של הלוה דעושה את החוב שלו לפרעון א"כ אינו יכול לסלקו רק כפי השומא של החוב למכור לאחר והמותר עדיין מחוייב לשלם להמלוה ואינו נפטר רק כפי שיווי החוב ע"פ שומא למוכרו לאחר. א"כ לפ"ז ה"ה בהך נידון דסי' נ"ט ג"כ כיון דיכול הלוה לעשות לפרעון את החוב שתובע מהמלוה א"כ הוי הלוה כאומר פרעתי והמלוה אומר שמא דהדין הוא דאינו גובה בו רק לפמש"כ יש עדיין לדון דהמותר מה שישאר החוב על הלוה מן מה ששוה חובו שעל המלוה ע"פ שומא זה מחוייב הלוה לשלם כנ"ל אבל שיווי חובו בשומא נפטר א"כ הנתיבות סותר שיטתו בזה. וראיתי במשובב נתיבות סי' ע"ה ס"ק ה' שהשיג על הנתיבות שם במש"כ דהלוה טוען יש לי בידך עושה זה לפרעון כו' והשיג עליו דהא עיקר הטעם הוי משום דכיון דיש לי בידך אינו נאמן רק במיגו דפרעתי ע"כ כל היכא דהלוה טוען שמא וליכא מיגו צריך לשלם דהא בתו"ז דאינו נאמן לומר פרעתי אינו נאמן לומר יש לי בידך כנגדו כו' עכ"ל ולפ"ד במשובב שפיר פסק בקצה"ח בסי' נ"ט דאם מלוה טוען שמא על החוב דתובע הלוה ממנו דגובה משום דהלוה האומר יש לי בידך הוי זה טענה גרוע ואינו יכול לעשותו לפרעון אבל הנתיבות סותר שיטתו כנ"ל אך לפמש"כ לעיל דאף דחוב יש לי בידך הוי טענה גרוע וכמש"כ הקצה"ח מ"מ הא פרעון בתו"ז הוי טענה גרוע ביותר כמו שנתבאר לעיל ומ"מ היכא דטוען שמא אינו גובה וכמש"כ האו"ת והסמ"ע והנתיבות וגם הקצה"ח גופא נסתפק בחזקה תו"ז בטענת שמא. א"כ כש"כ בטענת יש לי בידך ודאי אין מוציאין מהלוה כיון דטוען ברי ולפ"ז אף היתרון מה שעולה חוב שבשטר על שיווי חובו שתובע מה ששוה חובו ע"פ מכירה ג"כ אינו גובה בו ודלא כמש"כ לעיל משום דהא בטענת יש לי בידך היכא דמהימן מנכין לו שוה

בשוה כמבואר בסי' ע"ב סעיף י"ז בהגה"ה דהיכא דיכול לטעון על מה שת"י יכול לשבע סתם שאינו חייב לו כלל וה"ה הכא כיון דהוי מוחזק וטוען ברי דנאמן ואין להוציא ממון ממנו ממילא מנכינן לו על חוב שבשטר שוה בשוה ופטור לגמרי ועיין באה"ע סי' צ"ו חלקת מחוקק ס"ק י"ב מש"כ בשם הר"נ דממון הגזילה עולה לפרעון השטר:

ענף ג:

ונידון מש"כ לעיל בשם הש"ך סי' ע"ה ס"ק כ"ז דאם יש לו חוב ברור על הלוה ומסופקים שניהם בחוב אחר אם מגיע מהמלוה להלוה דאם שניהם טוענים ספק אינו גובה והקצה"ח השיג ע"ז והנתיבות חיזק דברי הש"ך. ולכאורה יש להוכיח כסברת הקצה"ח מהא דסי' של"ז סעיף יו"ד דפועל העושה בגפן זה לא יאכל בגפן אחר וזהו בעיא דלא איפשיטא ואם אכל לא מפקינן מיניה ולא מנכינן משכרו כמבואר ברא"ש בב"מ פ"ז סי' יו"ד ועיין בט"ז שם ובאו"ת כללי תפיסה סי' כ"ג עד סי' מ"ג מה שהביא בשם הש"ך בתקפו כהן דתמהו ע"ז דהא בספיקא דדינא מהני תפיסה וכש"כ בזה דהוי כמו תפס קודם לידת הספק ובהיתר תפס ואמאי לא מנכינן משכרו ע"ש ולשיטת הש"ך הנ"ל יש להקשות עוד ביותר דהא אף אם נימא דתפיסה לא מהני בספיקא דדינא מ"מ הא לא גרע זה הספק מן היכא דמסופקים שניהם באיזה חוב מצד איזה ספק שנולד להם אף שאינו בספק בדין ולא דררא דממונא דאי נימא דאם נולד להם איזה ספק בחוב אחר אינו גובה את החוב הברור וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק כ"ז הנ"ל א"כ ה"ה הכא מה"ט לא יגבה השכירות כיון דמסופקים שניהם אם חייב הפועל להחזיר אכילת גפן האחר אבל לפמש"כ הקצה"ח כנ"ל א"ש משום דאמרינן בזה ג"כ זה גובה כו' וקושייתם מהא דספיקא דדינא דמהני תפיסה זה יש ליישב בקל לשיטת הרא"ש כמבואר שם ואין כאן מקומו:

אך י"ל בזה דהא נתבאר לעיל דעיקר סברת הש"ך הוא משום דמגביהו לחוב האחר בתורת פרעון והוי כמו דטוענים ספק בפרעון דאינו גובה וכתבתי לעיל לבאר משום דאף דבע"ח דינו בזוזי מ"מ כיון דהוי מקום פסידא מגביהו מה שירצה וכמש"כ התוס' כתובות ד' צ"ב והטעם הוא משום דהא דבע"ח דינו בזוזי אינו זה רק מדרבנן וכמבואר בסמ"ע סי' ק"צ ס"ק י"א באה"ד שם ודלא כהנתיבות סי' ק"ז ס"ק ד' וע"כ שפיר יכול להגבותו בהחוב שתובע ממנו משום דשטרות בני גובייא נינהו וכפסק המחבר בסי' ק"א והש"ך שם אבל בפועל דדינו מה"ת בזוזי ואף אם לית ליה זוזי א"ל זיל טרח זבין ואייתי זוזי כמבואר בב"מ ד' קי"ח ובכ"ד וע"ש ברש"י וברע"ב במשנה דמשמע דמה"ת חייב ליתן לו זוזי. ועי' בשמ"ק שם ואכמ"ל בזה וע"כ אינו יכול לסלקו בעד החוב

שכירות ע"י גוביינא בהחוב שתובע מהפועל במה שאכל בגפן אחר משום דהא מחוייב לסלקו במעות וע"כ שפיר י"ל בזה דכיון דזה גובה וזה גובה ע"כ שייך התם שפיר סברת הקצה"ח הנ"ל משא"כ בסי' ע"ה דמיירי בחוב שאינו משכירות פועל ע"כ שפיר כתב הש"ך שם דמספיקא אינו גובה כנ"ל ולפ"ז יצא לנו דין מחודש דאם החוב ברור הוא חוב משכירת פועל ומסופקים בפרעון באיזה חוב דבזה אף הש"ך מודה דגובה החוב הברור דהוא מן שכירות פועל כנ"ל:

ובטוען הלוה מחלת לי והמלוה טוען שמא אף דמחילה הוי טענה גרוע ולא מהימן רק ע"י מיגו כמבואר בסי' ע"ה סעי' ז' וסי' ע"ח מ"מ לפמש"כ לעיל הסברא נותנת דגם בזה מהימן הלוה בטענת ברי בצירוף מוחזק ושייך גם בזה מש"כ לעיל על טענת יש לי בידך כנ"ל דהא בחזקה תו"ז הוי חשש פרעון חשש רחוק ביותר מן טענת מחילה דהא מחילה נאמן ע"י מיגו בוודאי ובחזקה תו"ז נסתפקו אם מהימן ע"י מיגו כנ"ל וכיון דבחזקה תו"ז אם המלוה טוען שמא אינו גובה ומהימנינן להלוה האומר ברי בצירוף מוחזק כש"כ בטענת מחילה דנאמן בוודאי ע"י מיגו משום דלא הוי חשש רחוק כ"כ ע"כ וודאי נאמן הלוה משום ברי שלו בצירוף מוחזק וכן משמע מהלשון דכתבו באה"ע סי' צ"ו סעי' ב' דאשה צריכה לשבע שלא מחלה כתובתה וכמבואר ברמב"ם ה' אישות פ"ט וכן תשבע שלא בזבזה משלו כמבואר שם וכן מבואר בח"מ סי' קי"ד סעי' ד' דהטורף מלקוחות צריך לשבע שלא מחלו ע"ש ומשמע מכ"ז דדוקא בטוען וודאי שלא מחלו ונשבע ג"כ שלא מחלו דזהו בלשון וודאי דאמר ברי דלא היה מחילה דמשמע דאם מספקא לו על מחילה אינו גובה וכן אם מספקא להאשה על הבזבוז משלו אינה גובה וע"כ צריכה לשבע בלשון וודאי שלא מחלה ולא בזבזה דהבזבוז הוי כמו טענת יש לי בידך כמבואר אלמא דמספיקא בכ"ז אינו גובה מן יורשים ומלקוחות כמו בבעל דבר עצמו משום דהא דטענינן ליתמי ולקוחות הוי כמו טענת ברי כמבואר רפ"ב בכתובות אלמא דאם התובע טוען שמא בכל הנ"ל אינו גובה אם הלוה טוען ברי:

היוצא לנו מכל זה דבשטר דטוענים שניהם שמא אף בכמה היה הפרעון ג"כ גובה כמו בנסתפקו שניהם אם היה כלל פרעון ודלא כהנתיבות והיכא דטוען הלוה יש לי בידך או טענת מחילה והמלוה אומר ספק ג"כ אינו גובה וכן בספק פרעון קודם להלואה דסי' ע"ה דאם הוא מחוב שכירות פועל המגיע בוודאי והספק הוא בפרעון ע"ז משום ספק איזה חוב מקודם ומסופקים שניהם בזה דבזה אף הש"ך מודה דגובה החוב של שכירות פועל וכנ"ל וגם נתבאר דעיקר הך מילתא דסי' נ"ט בטוען שמא על השטר דאינו גובה

בו הוא רק אם ה"ל למידע. אבל היכא דלא ה"ל להמלוה למידע בזה גובה אף בטוען המלוה שמא:

ב (שם סעי' א') מלוה שהוציא שטר ואומר א"י אינו גובה בו בש"ך שם ס"ק ב' לשון הטור צריך להחזיר השטר להלוה כו':

וכ"כ הבעה"ת כו':

ובאמת כ"כ הרשב"א בתשובה סי' תתקע"ז וסי' אלף מ"א גבי משכון או שטר דהמלוה טוען שמא צריך להחזיר להלוה המשכון וכן בשטר משום דאין יכול לתבוע מספק בנכסי ראובן ואין לו על המשכון רק שעבוד בעלמא וכן בשטר כו' עכ"ל והובא זה בסי' ע"ב סעי' כ"ד וסעי' י"ד בהגה"ה ובש"ך שם סוף ס"ק ק"ט ועיקר טעמם משום דהלוה מקרי מוחזק אף בעת דהמשכון והשטר הוא ת"י המלוה וע"כ שייך גם בזה הטעם של הסמ"ע משום דברי ומוחזק עדיף משטר:

ולענ"ד נראה לדון דז"א רק להסוברין דמלוה אין לו זכות על השטר רק בתורת משכון ושיעבוד ועיין בסי' ס"ו בש"ך ס"ק ע"ו וס"ק נ"ט מזה אבל להסוברין דזכות שיש למלוה בהנייר דינו כקנין הגוף דגוף הנייר קנוי למלוה עד שיפרע לו דה"ל כמו מתנה ע"מ להחזיר וכמש"כ הקצה"ח לבאר שיטה זו בסי' ס"ו ס"ק כ"ז וכיון דזכותו של המלוה הוי כקנין בגוף הנייר א"כ לא שייך בזה טעמו דהרשב"א דכתב דאין לו רק שעבוד כנ"ל. דהא אי נימא דלא נפרע דמי השטר א"כ קנוי הגוף להמלוה וכיון דהוי ספק אי פרעו או לא א"כ הוי זה ככל תנאי דאמרינן דבקום ועשה מוקמינן לו אחזקתו דלא קיים התנאי וכש"כ כיון דהמלוה מוחזק בשטרו והיכא דהוי מוחזק גמור אז אף בטוען שמא אין מוציאין ממנו א"כ ה"ה בזה כיון דהמלוה הוי מוחזק בגוף השטר אין להוציא ממנו גוף הנייר אך לפמש"כ הש"ך הטעם דלכן צריך להחזיר השטר להלוה דשמא ימות ויגבו בו היורשים וכה"ג ע"כ צריך להחזיר הנייר א"כ זה הטעם שייך אף להסוברין דגוף הנייר שייך להמלוה דמ"מ עדיין שייך חשש זה אבל אם רוצה לקרוע גוף הנייר או לכתוב שובר ע"ג ואין אנו דנין רק לעכב גוף הנייר בלבד בזה שפיר יש לדון דא"צ להחזיר הנייר לשיטת הסוברים כנ"ל ואפשר דמה"ט כתב הש"ך טעם הלז כדי דלכ"ע יהיה צריך להחזיר השטר ולפ"ז צ"ע לפמש"כ הקצה"ח בסי' ס"ו סוף ס"ק כ"ז דשיטת הרשב"א בחי' דמלוה יש לו קנין בהנייר ע"ש. ואפ"ה כתב הרשב"א בתשובה כנ"ל דצריך להחזיר שטרא להלוה בטוען א"י כמו דצריך להחזיר המשכון להלוה משום דאין לו רק שעבוד בעלמא והא לפמש"כ הרשב"א גופא בחי' לא מקרי זכותו בשם שעבוד אלא דהוי קנין בגוף הנייר כנ"ל. ונהי דצריך להחזיר השטר מטעם של הש"ך דלמא ימות כנ"ל אבל

הרשב"א דלא כתב טעם זה כמבואר שם רק דכתב הטעם דאין לו רק שעבוד בעלמא א"כ ע"כ מוכח דלא ס"ל להרשב"א בתשובה שם למש"כ הקצה"ח בשם חי' הרשב"א כנ"ל: ואפשר לומר דאף אם נימא דגוף הנייר קנוי להמלוה במתנה על מנת להחזיר מ"מ כשהמלוה טוען שמא צריך להחזיר גוף הנייר להלוה משום דיש להוכיח דחזקת מרא קמא בצירוף ברי ושמא מוציא מהמוחזק מהא דסי' קפ"ה סעי' ה' דאם ראובן אומר במאה אמרתי למוכרו והסרסור אומר בחמשים כו' דאם ידע לוקח שהחפץ הוא של ראובן יחזיר החפץ לבעלים כו' וע"כ הטעם דאף דהלוקח הוא מוחזק כעת מ"מ כיון דטוען שמא. דמה דהסרסור אומר ברי הוי זה ברי של אחר דלא מהני כמבואר בב"ב ד' קל"ה ותוס' כתובות ד' ע"ו וכיון דהמוכר אומר ברי ובצירוף חזקת מ"ק ע"כ מוציא מהלוקח דהוי מוחזק ואף דהתם הוי שמא של הלוקח לא ה"ל למידע מ"מ מהני ברי בצירוף חזקת מ"ק כש"כ היכא דהוי שמא גרוע דה"ל למידע וודאי דחזקת מ"ק בצירוף ברי מוציא מהמוחזק וכיון דגוף הנייר הוי של הלוה רק דנתן במתנה ע"מ להחזיר ואי נימא דפרע כבר ממילא קאי גוף הנייר בחזקת מ"ק היינו להלוה כמו בכל מכירה ומתנה על תנאי דיש בזה חזקת מ"ק להמוכר ולהנותן כמש"כ המל"מ פ' ט"ו ה' טוען מ"ק ועיין במהרי"ט סי' קנ"ב ובח"מ סי' קצ"א ובסי' רל"ב ש"ך ס"ק ב' א"כ כיון דיש להלוה מעלת ברי וחזקת מ"ק ע"כ מוציא מהמוחזק אף גוף הנייר דאף דרוצה לכתוב שובר ע"ג מ"מ צריך להחזיר גוף הנייר להלוה וא"ש פסק הטור לכ"ע ואף היכא דלא שייך בזה הטעם של הש"ך אפ"ה צריך להחזיר גוף הנייר להלוה:

וכש"כ לפמש"כ במק"א לדון דחזקת מ"ק דומה לחזקת ממונא דבב"מ ד' ק' איתא במשנה הלוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול והקשו הראשונים הר"ן והנ"י והשמ"ק שם דתקשה מזה למאן דס"ל ברי ושמא חזקת ממון עדיף ואמאי זכה בגדול והוכיחו מזה דמיירי בעסק שבועה דגם בגלגול אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם ובשיטה מקובצת לב"מ שם כתב בשם הראב"ד לתרץ זה די"ל דכיון דמוקמינן דמיירי בעומדת בסימטא א"כ ברי ושמא עדיפא מחזקת מ"ק ודוקא במוחזק ממש ס"ל דחזקת ממונא עדיף אבל בחזקת מ"ק ברי עדיף אף לר"נ ע"ש ובחידושי הרמב"ן לב"ב ד' ל"ד כתב דאף במקום חזקת מ"ק יהבינן לבעל חזקת מ"ק אף דתובע טוען ברי ואיהו טוען שמא משום דחזקת מ"ק דומה למוחזק ממש וכן פסק הטוש"ע בסי' רכ"ג וסי' שצ"ט דאף דעומד באגם יהבינן לבעל חזקת מ"ק אף דתובע טוען ברי והבעל חזקת מ"ק טוען שמא משום דס"ל לדינא דכמו דס"ל לר"נ דחזקת ממונא עדיף מן ברי ה"ה בחזקת מ"ק ואף דבש"ס לא מצינו רק במוחזק ממש. מ"מ ס"ל לדינא דה"ה במקום חזקת מ"ק אמרינן כן

ואין לחלק ביניהם רק בדררא דממונא אליבא דסומכוס מחלקינן בין מוחזק לחזקת מ"ק כמבואר בב"מ דף ק' ועיין בתוס' שם ד"ה הא מני כו' וכיון דחזקת מ"ק דומה למוחזק אך דאין מוציאין ע"י חזקת מ"ק לבד ממוחזק משום דמספק אין מוציאין משום מאי אולמא כו' ע"כ בוודאי הדין נותן דאם יש להבעל חזקת מ"ק מעלת ברי דמוציא מן המוחזק משום דמוקמינן חזקת מ"ק נגד המוחזק והוי כמאן דליתנהו כלל וממילא נותנין להטוען ברי משום דהיכא דלא הוי מעלת מוחזק אז לכ"ע אמרינן ברי עדיף כמש"כ הש"ך בסי' צ"א ס"ק י"ב ועיין בב"מ ד' ק' תוס' ד"ה הא מני כו' שכתבו דחזקת מ"ק חשיבא טפי ובמק"א הארכתי בכ"ז ועוד דהא אמרינן בכתובות ד' י"ב דהיכא דאיכא אוקי אחזקה אז אמרינן לכ"ע ברי ושמא ברי עדיף א"כ ה"ה במקום דאיכא חזקת מ"ק דע"י צירוף ברי ושמא מוציאין מהמוחזק ע"כ לכ"ע הדין הוא דמחויב להחזיר גוף הנייר להלוה והא דב"מ ד' כ' במצא שטר וא"י מה טיבו יהיה מונח כו' דכתבו הגאונים דמיירי באומר המלוה א"י הא כתב הנתיבות דמיירי במת הלוה ע"ש:

ואין טוענין ליורש להוציא כידוע ע"כ עדיין י"ל דאם הלוה חי ואומר ברי מחזירין גוף הנייר להלוה:

אך אפשר לומר דאף דנתבאר דחזקת מ"ק בצירוף ברי מוציא ממוחזק מ"מ שאני הכא דחזקה דשטרא בידי כו' מסייע למלוה המוחזק אך מש"כ הוא ענין נכון בפ"ע דברי עם חזקת מ"ק עדיף ממוחזק ואין להעיר בכ"ז מהא דמוציאין מהמוחזק דברים העשוים להשאיל כו' די"ל דשא"ה דמקרי הבעל חזקת מ"ק בשם מוחזק וכמש"כ התומים סי' צ' ס"ק ז' דדברים העשוים להשאיל עומדים בחזקת בעליהן יע"ש ובמק"א הארכתי בזה. אך ממש"כ הרשב"א בתשובה והטור כנ"ל מוכח דס"ל דהלוה מקרי מוחזק גם בגוף הנייר אף דיש חזקה דשטרא בידי מאי בעי וע"כ הטעם כנ"ל דהא כבר כתבתי בשם הקצה"ח דכתב בשם הרשב"א דמלוה יש לו קנין בגוף הנייר כנ"ל ומוכח דס"ל דחזקת מ"ק עם ברי עדיף ממוחזק וחזקה דשטרא בידי מאי בעי ויש להאריך בכ"ז ועיין באו"ת סי' נ"ט ס"ק ב' מה שהביא בשם בעה"ת והר"י ברצלוני:

סימן ס

א (סעי' א) ש"ך (ס"ק ה' בשם הרשד"ם סי' קפ"ט) אשה שלותה ונשאת גובה מן בעלה ולא שייך בזה תקנת השוק עכ"ל וכה"ג כתב הב"ש באה"ע סי' צ"א ס"ק י"ז משום דבבעל לא שייך תיקון העולם וראיתי בהרשד"ם שם שכתב הטעם דלכן גובין מהבעל דכל שיש ספק בהתקנה אין לנו להניח ד"ת הודאי ולעולם יד התקנה על התחתונה כו' עכ"ל:

ויש לעיין בזה דהא בח"מ סי' קי"ב סעי' ה' הובא בש"ך שם ס"ק ו' שיטת הרי"ף דס"ל דאשה שלותה ונשאת דבעל לוקח הוי ואין גובין ממנו והעלה הש"ך שם דזהו לפי דהוי ספיקא דדינא אי בעל לוקח או יורש כמבואר בב"ב ד' קל"ט ע"כ מספיקא אין מוציאין מהבעל ולכן אי תפס מלוה לא מפקינן מיניה והא שיטת הרי"ף דשעבודא דאורייתא והובא בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' א"כ מה"ת טורף למלוה בע"פ ממשעבדי אלא משום תקנת חז"ל אינו טורף למלוה בע"פ ממשעבדי ומ"מ בנולד ספק אם בעל לוקח או יורש אין גובין ממנו ולא דייניגן בזה להכלל דספק תקנה לקולא ולא מהני בזה מוחזקות כמבואר בח"מ סי' צ' סעיף ד' גבי שכירו ולקיטו שכתב המ"מ דלא מהני תפיסה בזה ובאמת לכאורה קשה דאמאי אינו גובה מהבעל מספיקא והא ה"ל ספק תקנה דמוקמינן על דין תורה. ולעיל בחידושיי בקונטרס ספק תקנה העליתי דדוקא אם בא לגבות בתורת חוב בזה לא מהני תפיסה בספק תקנה אבל אם הספק הוא שמא גוף החפץ הוא שלו בזה מהני תפיסה אף בספק תקנה וכן כתבתי שם די"ל דאם תפיס ברשות מהני אף בספק תקנה והוכחתי שם כן בראיות ע"ש לכן לפ"ז אתי שפיר דברי הרי"ף שכתב דמספיקא אין גובין מהבעל אף דס"ל ש"ד משום דהא ספק זה הוא שמא גוף החפץ שייך להבעל והוי תפוס ברשות ואדרבה הבע"ח שבא לגבות ממנו הוא מחוסר גוביינא ובלא ב"ד לא מצי לגבות להקרקע דמאן שם לך וע"כ בכה"ג מהני מוחזקות דהבעל אף דהוי ספק בתקנת חז"ל ומזה הוא ראיה ברורה ג"כ למש"כ בקונטרסי שם ולפ"ז ה"ה בכתבו מטלטלי אג"ק הדין נותן דלא יגבה מהבעל דאף דהוי ספק שמא בעל יורש הוי דמ"מ כיון דהבעל הוי מוחזק ותפוס ברשות דבכה"ג אף בספק תקנה אין מוציאין ממנו ולכן הך טעמא שכתב הרשד"ם יש לעיין בזה וכן יש לדון עפ"ז במש"כ האו"ת סוף ס"ק א' גבי ב"ח מוקדם הבא לגבות מן ב"ח מאוחר דכיון דהוי ספק בתקנה מוקמינן על ד"ת ולפמש"כ י"ל דבכה"ג אף בספק תקנה אין מוציאין מהמוחזק וכש"כ בספק פלוגתא דרבוותא וכמש"כ שם בקונטרסי אכן לפמש"כ בקונטרסי שם לחלק בין ספק תקנה הנולד בתר חתימת הש"ס דבזה לא מהני תפיסה ומוחזקות שלו בכל גווני ע"ש. ע"כ שפיר י"ל הכא בתקנת השוק דתקנו אחר חתימת הש"ס דבזה לא מהני מוחזקות של הבעל כלל כיון דהוי ספק שמא יש לו דין יורש משום דהא לפי דינא דגמרא היה גובה ממנו אף אם דינו כלוקח אך משום תקנת השוק דתקנו הגאונים אז אם דינו כלוקח אינו גובה וע"כ במקום ספק שמא דינו כיורש שפיר גובין מהבעל ולכן שפיר כתב הרשד"ם וכעין זה כתב הטור והש"ך ס"ק ד' דאם אין מבורר המנהג אין לזוז מן דין תורה:

והמהרשד"ם כתב שם עוד שני טעמים דאין גובין מהבעל די"ל דוקא בלוקח דאפשר לגבות ממק"א בזה עשו תקנת השוק משא"כ בבעל אי נימא דאינו גובה ממנו א"כ אין להבע"ח שום מקום לגבות כלל ובכה"ג לא עשו לתקנת השוק ועוד דא"כ כל אשה פנויה שחייבת חוב תנשא ויאכלו היא ובעלה משא"כ בלוקח דמה ירויח הלוקח מאחר שנותן מעותיו כו' עכ"ל ושני טעמים הללו אין מספיקין לשיטת הש"ך לקמן ס"ק ח' שכתב דלכן אף בנתן במתנה ופרע בחובו לבע"ח מאוחר אין גובין מהם לפי דמחמת תקנת השוק הוי כמאן דלא כתיב שעבוד מטלטלי אג"ק לענין טריפא וכ"כ הש"ך לקמן סי' קכ"ו ס"ק ק"ה דהוי כמאן דלא כתיב מטלטלי אג"ק לענין טריפא א"כ הא חזינן דאף בנתן במתנה ופרע בחובו דאף דלא שייך התם תקנת השוק ג"כ אין גובין משום דהוי כמו דלא נכתב מטלטלי אג"ק כלל ע"כ מה"ט אף דנימא דגבי בעל לא שייך תקנת השוק מ"מ הדין נותן דלא יגבה ממנו מה"ט דהוי כמו דלא כתיב שעבוד מטלטלי אג"ק לענין טריפא אכן לפמש"כ לעיל הטעם דה"ל ספק תקנה ע"כ שפיר כתב הש"ך דאם ניסת לבעל דגובין ממנו משום דהא מה דאמרו דה"ל כמאן דלא כתיב זהו רק מצד תקנת הגאונים ע"כ במקום ספק שמא דינו כיורש ה"ל ספק תקנה ומוקמינן על ד"ת וכן י"ל בזה לפמש"כ הש"ך בסי' קי"ב ס"ק ו' דהא דאמרו דבעל כלוקח גבי בע"ח זהו לפי דהמלוה אפסיד אנפשיה דלא ה"ל להלוות בלא שטר ע"ש ע"כ היכא דכתב שטר בשעבוד מטלטלי אג"ק דלא שייך לומר דאפסיד אנפשיה דמה היה יכול לעשות יותר לכן לא עשאוהו בזה כלוקח וגובין ממנו:

אך עיקר סברת הש"ך שכתב דהוי כמאן דלא כתיב מטלטלי אג"ק יש לתמוה עליו דהא חזינן דלענין שטרות דנו להך מטלטלי אג"ק אף לענין טריפא וכן תמה האו"ת בס"ק א' אך בזה י"ל דדוקא לענין מטלטלי אמרו דהוי כמו דלא כתיב ולא לגבי שטרות אכן גם ז"א דהא חזינן דאף גבי מטלטלי בנתן כל נכסיו ולא שייר לעצמו כלום כיון דלהבריח עשה לא שייך בו תקנת השוק כמש"כ הסמ"ע ס"ק ו' והנתיבות ס"ק א' ע"ש אלמא דמצינו דגם לענין מטלטלי הוי כמאן דכתיב ע"כ העיקר בזה כמש"כ האו"ת דהוי כמאן דכתיב מטלטלי אג"ק ופשוט:

ולפי דברי הרשד"ם שכתב לחלק דדוקא היכא דיש מקום לגבות ממק"א בזה עשו תקנת השוק משא"כ בבעל דאין לו מקום אחר ממה להגבות לבע"ח לא עשו תקנת השוק א"כ לפ"ז יש לדון לכאורה באם היה ידוע להקונה שאין להבע"ח המוכר שום מקום ממה להגבות חובו ובאופן שהמעות שמקבל ממנו לא נשאר לו מזה כלום במה לסלק לבע"ח וכן בנתן במתנה וכה"ג דאפשר לומר דבזה לא תקנו לתקנת השוק דדוקא היכא דיש

להסתפק דלמא יש לו איזה נכסים באיזה מקום ואין אדם יודע מטמונית של חבירו ע"כ בכה"ג עשו לתקנת השוק משום דאל"כ אין שום אדם יכול לקנות חפץ מחבירו דאין לך אדם שאין עליו חוב וכתובת אשתו וזהו רק במי שיש לומר בעת שקנה המטלטלי דאולי לא הפסיד להמלוה אז דדלמא הניח לו מקום לגבות בעת שקנה אבל היכא דידוע להקונה והמקבל דאין להלוה שום דבר כלל כגון ששמעו מן הלוה מקודם שיצא החפץ מת"י דאין לו חפץ ומעות זולת החפץ שמוכר ונותן כעת והא נאמן על שלו וכה"ג דידוע לו דלא הניח מקום לגבות ממנו דיש לומר כיון דבעת דזכה בהחפץ לא היה לו ממה להגבות לבע"ח ע"כ בכה"ג לא עשו תקנת השוק וזה דומה לתקנת השוק דסי' שנ"ו דאם ידע הלוקח דזהו דבר הגנוב דלא עשו בזה תקנת השוק וכה"ג כתב הרא"ש בשבועות פ"ה סי' ג' שכתב בהא דמע"פ אינו גובה ממשעבדי דזהו אם הלוקח לא ידע מהחוב ואף דלא קיי"ל כן וכמבואר בסי' קי"ג סעי' א' ובסי' קי"ז סעי' ג' ובטור שם מ"מ י"ל גבי הך תקנת השוק דאם ידע מהחוב וגם ידע אז בעת שזוכה בהחפץ דאין להמלוה שום מקום לגבות חובו דבכה"ג לא עשו תקנת השוק וכעין סברת הרשד"ם הנ"ל:

ואף דיש לחלק דשאני בבעל דלא יהיה שום מקום לגבות ממנה משא"כ בנ"ד דיכול להיות דיתעשר לאח"ז אך זה אינו דהא כתבו התוס' בב"ב ד' מ"ה ע"א ובח"מ סי' ל"ז סעי' יו"ד דשמא יתעשר הוי מידי דלא שכיח וכן הוא בגיטין ד' למ"ד עשירות לא שכיחא וע"כ י"ל דבכה"ג גובין מהמקבל לפמש"כ הרשד"ם כנ"ל. אך לפמש"כ הש"ך דכמאן דלא כתיב דמי לטריפא ע"כ גם בכה"ג אין גובין אכן לפי מש"כ לעיל דהעיקר הוא כהאו"ת דלא ס"ל סברת הש"ך הנ"ל ע"כ יש מקום לומר דבכה"ג גובה מן המקבל ועיין בב"מ ד' כ' ע"א בתוס' ד"ה ש"מ אי' לדשמואל כו' בסה"ד וקצרתי:

אכן באמת מוכח דאף אם ידוע להמקבל דלא הניח מקום לגבות כלל דגם בכה"ג עשו תקנת השוק דהא כתב הטור בסי' צ"ט והמחבר הכא סוף סעיף א' דאם נתן כל נכסיו לא' ולא שייר לעצמו כלום כיון דמוכח דעשה להבריח וגם לא שכיח וכמש"כ הנתיבות בס"ק א' ע"כ לא שייך בזה תקנת השוק: דמשמע דהיכא דלא שייך טעם הנ"ל דעשו בזה תקנת השוק. דאל"כ ה"ל לומר בקצרה הטעם דכיון דלא הניח מקום לגבות כיון דנתן כל נכסיו לו ע"כ לא תקנו בזה ומדכתבו טעם אחר מוכח דאף אם לא הניח מקום לגבות כלל דגם בזה עשו תקנת השוק ואין לומר דנפ"מ היכא דלא ידע מהחוב דז"א דהא במטלטלי אג"ק איכא קלא אך בנתן במתנה חפץ א' וידוע דלא הניח לעצמו כלל בזה י"ל דלא שייך תק"ה דהא הוי זה כמו נתן כל נכסיו ולא שייר לעצמו דלא תקנו בו תק"ה אבל במכר אף באופן דלא נשארו לו מהמעות שקיבל כנ"ל בזה שייך ג"כ תק"ה ואין גובין ממנו

ואינו דומה לתק"ה דסי' שנ"ו דהא חזינן שם דבמתנה לא תקנו לתק"ה דהתם ואלו הכא תקנו אף במתנה ע"כ אינו דומה לידע שהוא גנוב דהתם וכן מוכח מהא דסי' ל"ז סעי' ט"ז דראובן שמכר פרה יכול ראובן להעיד כו' בזה"ז אפי' שעבד אג"ק כו' ולא חיישינן שהא היה באופן הלז והוי נוגע בעדות להעמיד בפני בע"ח ומוכח מזה דבכל גווני אינו גובה וע"כ מוכח לחלק בין הא דהרשד"ם הנ"ל ובין נידון זה וכעין מש"כ לעיל:

ב (שם סעי' א') ש"ך ס"ק ו' עיין מש"כ לקמן ס"ס קכ"ו דאפילו בא אחר המכירה ליד זה הבע"ח ששעבד לו מטלטלי אג"ק צריך להחזיר להלוקח ולהמקבל מתנה כיון שכבר קנה אותם עכ"ל ולקמן סי' שנ"ו ש"ך ס"ק ד' כתב עיין מש"כ לעיל סי' קכ"ו ותלמוד לכאן שאם בא דבר הגנוב אחר שנמכר לבעלים א"צ לשלם ללוקח מעותיו דלא שייך ביה תק"ה כיון שהוא עתה ביד בעלים הראשונים ואף ששם חלקתי עליו מ"מ כאן מודינא עכ"ל. והטעם הוא כמש"כ הש"ך סוף סי' קכ"ו לחלק דשאני בתק"ה דבע"ח לפי דהוי כמו דלא כתיב מטלטלי אג"ק לענין מטלטלי כו' וכוונת הש"ך שם במש"כ לענין מטלטלי דנתכוין לתרץ למה שהקשה האו"ת הכא ס"ק א' על סברת הש"ך בזה דהא חזינן דבשטרות טורפין ולא אמרינן דהוי כמו דלא כתיב וע"ז תי' הש"ך במה שכתב דהוי כלא כתיב לענין מטלטלי דדוקא לענין שטרות הוי כמו דכתיב אבל במטלטלי כיון דאם מכרם אינו טורף ממשעבדי ע"כ לא אלים שעבודו להיות טורף ממשעבדי משום דלא סמכה דעתו עליהם כ"כ וגם י"ל דליכא קלא כ"כ בזה אבל בשטרות דטורפן מלקוחות שפיר סמכה דעתו עליהם ונפק עליהם קלא ואלים שעבודן ביותר] ויש להאריך בזה: אכן לפמש"כ לעיל להוכיח כהאו"ת בזה דאף לענין מטלטלי הוי כמו דכתיב דהא חזינן אם נתן כל נכסיו לא' דגובין ממנו ע"י שעבוד מטלטלי אג"ק ולא אמרינן דהוי כמו דלא כתיב וע"כ מוכח דאף דאם מכרן אינו גובה מלקוחות מ"מ סמכה דעתו עליהן ולא גרע שעבוד מטלטלי אג"ק מן אם כתב לו מטלטלין וקרקע דאף דאינו גובה ממשעבדי מ"מ יש לו עליהם תורת שעבוד בבא לגבות מיתומים לדינא דגמ' כמבואר בסימן ק"ז ובאו"ת שם ס"ק ג' ולכן כיון דשעבד מטלטלי אג"ק איכא קלא בשעת הלואה אף כה"ג ולכן העיקר כהאו"ת דאף דאין גובין מלקוחות מ"מ הוי כמו דכתיב להיכא דלא שייך תק"ה. ולפ"ז יש לנו לדון לפי מש"כ הש"ך דגבי תק"ה דסי' שנ"ו דאם בא דבר הגנוב לבעלים דא"צ לשלם ללוקח מעותיו וסברתו הוא די"ל דתקחז"ל לא היה רק שלא להוציא מן הלוקח אבל אם הבעלים הם תפוסים בזה לא היה תקחז"ל להטיל חיוב על הבעלים לשלם לו מעותיו מצד תק"ה דמבואר במשנה א"כ כ"כ יש לדון בהק"ה דשעבוד מטלטלי אג"ק

דתקנו הגאונים דלא היה תקנתם רק שלא להוציא מן הלוקח אבל אם הבע"ח תפוס דבזה לא תקחז"ל לבטל זכות שעבודו ואין להוציא ממנו:

וכן כתב הב"ש בסי' ק' ס"ק ט' דאם כתב לה מטלטלי אג"ק ועדיין בידה המטלטלין והוא מכר או נתן לאחר א"צ ליתן להם ובכה"ג לא שייך תק"ה כיון דעדיין בידה המטלטלין עכ"ל הב"ש הרי להדיא כדברי וחולק על הש"ך וטעמו י"ל דס"ל כמש"כ כיון דהעיקר דלא אמרינן דהוי כמו דלא כתיב כנ"ל וראיתי להנתיבות בסי' שנ"ו ס"ק א' שכתב בכוונת הש"ך דשם דמיירי בלא הגיע החפץ להלוקח מעולם רק שקנהו בק"ס אבל אם הגיע כבר החפץ להבעלים בזה לא מהני תפיסה ליפטר ממה שחייבו חז"ל לשלם מפני תק"ה עכ"ל הנתיבות ובאמת י"ל דלזה נתכוין הב"ש ג"כ במש"כ כיון דעדיין בידה המטלטלין ולא כתב בקצרה כיון דבידה המטלטלין אלא כתב שני פעמים בלשון דעדיין בידה המטלטלין ע"ש הרי דנתכוין הב"ש ג"כ לומר דדוקא אם החפץ לא הגיע מעולם להלוקח בידו בזה מהני תפיסה אבל אם הגיע כבר ליד הלוקח כיון דזכה כבר בהחפץ ע"כ לא מהני תפיסה בזה להפטר ממה שתקנו חז"ל והגאונים וגם יש להסביר זה החילוק ע"פ מה די"ל דדוקא כשלא בא מעולם לרשות הלוקח דזהו מידי דלא שכיח ע"כ לא שייך בזה תק"ה וכמש"כ המהר"ם אלשיך והובא באו"ת כאן ס"ק ה' באורים שכתב כעין זה דאם מכר המטלטלין בקנין מעמ"ג שהיו החפצים ביד אחר כו' הואיל ולא שכיח לא תקנו בו תק"ה ע"ש:

ולענ"ד יש לומר טעם נכון דמועיל תפיסה בהא דסי' שנ"ו בתק"ה דגנב והוא דהא בידע שהוא גנוב לא תקנו בו תק"ה וע"כ יש להסתפק דלמא ידע הלוקח שזהו גנוב אצל המוכר וכדמצינו בסי' ס"ו סעיף ט"ו דהקונה שט"ח ומת הלוה נשבע הלוקח שלא אמר לו המוכר כלום שהוא שטר פרוע וכמש"כ הש"ך שם ס"ק מ"ט דיש להסתפק שמא אמר לו המוכר שהוא שטר פרוע אך כשהלוה חי א"צ לישבע דהא אין טוען ודאי שפרע למוכר ואין נשבעין על טענת ספק ע"כ ה"ה בקנה חפץ הגנוב ג"כ יש להסתפק דלמא אמר לו המוכר דזהו חפץ גנוב אצלו כמו התם בקנה שט"ח פרוע דחיישינן שמא אמר לו המוכר דזהו שטר פרוע אף דזהו לחרפה לו מ"מ חיישינן לזה וה"ה בנ"ד יש לחוש לזה והא דאין כולל הלוקח בשבועתו המבואר בב"ק דף קי"ד ובח"מ סי' שנ"ו סעיף ה' דכמה נתן ויטול ולא כתבו שם דישבע בכולל שלא ידע שהוא גנוב י"ל בזה דהא אין מגלגלין טענת ספק אא"כ יש רגלים לדבר כמבואר בסי' צ"ד סעיף ב' ולכן כיון דאין טוען שידע שהוא גנוב ע"כ אין להשביעו וכמש"כ הש"ך כעין זה בהא דסי' ס"ו ס"ק מ"ט דכשהלוה חי א"צ לישבע הלוקח דהא אין טוען ודאי שפרע למוכר אבל לענין שיהיה פטור לשלם

החוב שהטילו חז"ל עליו מפני תק"ה שפיר יש לדון ולהסתפק דלמא ידע הלוקח שזהו גנוב אצל המוכר א"כ פטור משום איני יודע אם נתחייבתי ולכן שפיר כתב הש"ך דאם בא דבר הגנוב להבעלים א"צ לשלם להלוקח ואף אם הגיע כבר החפץ ליד הלוקח וזכה בו כבר אפ"ה אין מוציאין מהבעלים כיון דגוף החפץ שייך להם רק דהספק הוא אם מוטל עליהם חיוב לשלם משום תק"ה או לא. ע"כ פטורים מספק דהוי כמו א"י א"נ כן יש לדון בזה ודלא כהנתיבות ואף שנימא דקשה להעמיס זה בכוונת הש"ך מ"מ יש לומר כן לדינא וגם י"ל כן בכוונת הש"ך ולכן אף דבתק"ה דסי' ס' ס"ל להש"ך דלא מהני תפיסה מ"מ שאני בהא דסי' שנ"ו כנ"ל:

ולפמש"כ לעיל דבנתן חפץ במתנה דאם לא הניח לעצמו כלל דזהו דומה להא דמבואר הכא דאם נתן במתנה כל נכסיו ולא שייר לעצמו כלל דהדין הוא דבכה"ג לא עשו תק"ה. א"כ לפ"ז יש לדון בנתן במתנה חפץ א' אם אין מבורר שמא הניח אצלו עוד איזה חפץ או לא הניח לעצמו כלל דאז יש להסתפק שמא לא הניח לעצמו כלל א"כ לא עשו בכה"ג תק"ה וע"כ בכה"ג אפשר לדון דאם בא החפץ ליד המלוה דאין מוציאין ממנו ג"כ מה"ט ולכן אף שזכה כבר הלוקח בהחפץ שהיה כבר בידו מ"מ אין מוציאין מהמלוה ואין להקשות לפמש"כ לעיל דבספק תקנת הגאונים בהך תק"ה דאף בתפס ברשות וגם גוף החפץ שייך לו דמ"מ לא מהני תפיסה בספק ומוקמינן על דין תורה וכמש"כ לעיל בש"ך ס"ק ה' במש"כ בשם הרשד"ם א"כ לפ"ז יש לומר כן בכל נותן במתנה דלא יוציאו ממנו משום תק"ה דהא יש להסתפק תמיד דלמא לא הניח אז לעצמו כלום דהדין הוא דלא עשו בזה תק"ה די"ל בזה דכיון דאם נימא כן א"כ נתבטל תמיד לתק"ה דלעולם יש להסתפק בזה ע"כ לא עשו זה לספיקא אבל אם הבעלים הם תפוסים שאני גם י"ל דבכה"ג עשו דיהיה ספיקו כדין כל ספק תקנת חז"ל דיהיה מועיל בו תפיסה אם הוא תפוס ברשות וגם טוען על גוף הדבר דהוא שלו כנ"ל וע"כ אין מוציאין מהמקבל מתנה אבל אם הבעלים הם מוחזקים אז אין מוציאין מהם משום ספיקא דשמא לא הניח אז לעצמו כלום דאין בו תק"ה כלל:

ומ"מ כיון דהש"ך כתב הכא דאף בבא ליד הבע"ח צריך להחזיר להלוקח או להמקבל מתנה כו' דאלמא דאף במקבל מתנה ס"ל דצריך להחזירם לו משום דס"ל דלא מספקינן כלל בזה ולומר דלמא לא הניח לעצמו כלל דכ"ז שאינו מבורר כן אין לנו לעשות ספק זה מעצמינו כיון דזהו מידי דלא שכיח דיהיה שביק נפשיה ערטילאי ואין זה שייך למה, דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב כיון דגם חזקת מ"ק מסייעו להלוקח דהא הבע"ח צריך גובינא ואחלטתא וגם הא קיי"ל בכל ספק דררא דממונא אם אין טוען ברי לא

מהני בו תפיסה כמבואר בב"מ דף ק' בתוס' שם ובכללי תפיסה של האו"ת והנתיבות ומכש"כ בתופסו עבור חוב דכ"ז דלא הוחלט לו אין שייך גוף החפץ להמלוה ע"כ לא מהני בזה תפיסת המלוה ואף דיש לחלק דשאני בזה כיון דמה"ת שייך החפץ להמלוה מ"מ אין לחלק בזה וגם הא מטלטלי אג"ק הוא מדרבנן לכ"פ וקצרתי כן הוא שיטת הש"ך ואף דמצינו להב"ש באה"ע סי' ק' דס"ל דלא כהש"ך בזה כנ"ל מ"מ הא משמע מלשונו דדוקא אם לא הגיע מעולם החפץ להלוקח לידו בזה ס"ל דמהני תפיסת הבע"ח. אבל אם הגיע כבר ליד הלוקח כה"ג לא מהני תפיסת הבע"ח. וכעין חילוק של הנתיבות בסי' שנ"ו רק קצת בטעם אחר כנ"ל. לכן דעתי מסכמת דדוקא כ"ז דלא זכה הלוקח לידו בזה אין מוציאין מהמלוה כיון די"ל בכה"ג דהוי ג"כ מידי דלא שכיח דאין אדם עשוי לקנות חפץ אם הוא אינו ת"י עדיין ולא עשו תק"ה בזה אכן אם היה כבר ת"י הלוקח אז לא מהני תפיסת המלוה ואלו בתק"ה דסי' שנ"ו י"ל דבכל גווני מועיל תפיסת הבעלים וכפשטות לשון הש"ך וכש"כ לפמש"כ להסביר זה כנ"ל כן נ"ל נכון לדינא (ג) (שם סעי' ו') המחייב עצמו בדשלב"ל חייב כו'. נשאלתי במה דקיי"ל אין מקנה דבר שאין בו ממש כמבואר בסי' רי"ב אם מהני בזה לשון חיוב על גופו וכן במה דכתב הרמ"א בסי' ר"ג סעיף א' דטובת הנאה לאו ממון ואין נקנה בחליפין ואג"ק ועיין בש"ך שם ס"ק א' וזהו משום דטובת הנאה הוי דבר שאין בו ממש כמש"כ הרמ"א בח"מ סי' רע"ו סעיף ו' דאין היורשין יורשין דבר שאין בו ממש וכן טובת הנאה שאינו ממון ע"ש בש"ך אם מהני בזה חייב ע"ע כמו בדשלב"ל או דגרע וראיתי בספר פתח הבית סי' ל"ח ענף א' שנסתפק בזה והביא כן בשם פרח מט"א ח"א סי' ד' שחקר בזה וכן לענין הקדש אם חל על דבר שאין בו ממש ע"ש:

ולענ"ד נראה לדון בזה ונקדים למש"כ השאגת אריה סי' ע"ז דהעלה שם דאין מהני ביטול והפקר לטובת הנאה דאינו ממון והוי כמו דבר שאין בו ממש וזהו כעין שיטת הרמ"א הנ"ל ודלא כמש"כ הש"ך בסי' ר"ג ס"ק א' והמקור חיים על ה"פ סי' תל"א כתב להשיג על הש"א בזה מהא דערכין דף כ"ח ודף כ"ט דיכול להקדיש ולהחרים לטובת הנאה שיש לו בקדשים א"כ ה"ה דיכול להפקיר ולבטל דקנין הנתפס בדבור כמו הקדש והפקר וביטול ודאי דמועיל בט"ה ודוקא אג"ק לא מהני בט"ה כו' ע"ש:

אבל כבר הקדימו המהרי"ט בתשובה ח"ב סי' ה' והעלה דטובת הנאה לא הוי ממון והוי דבר דלית ביה ממשא ולא נקנה בחליפין ואגב והא דערכין דמחרים את קדשיו כו' אלמא דחל ההקדש על טובת הנאה התם מפיק ליה מקרא כו' ור' ישמעאל דרש כתוב אחד אומר תקדיש כו' אדרבה דוק מינה דאי לאו קרא לא היה ההקדש חל עליהם אע"פ

שיש לו בהם טובת הנאה וכ"ת נילף מינה הקדש שאני עכ"ל המהרי"ט א"כ לפמש"כ המהרי"ט נדחה בפשיטות קושיית המק"ח הנ"ל אכן תמהני על המהרי"ט והמק"ח דהא אין התחלה כלל לקושייתם מהא דערכין דהא בתמורה דף ל"ב איתא ומי אמר עולא הכי והאמר עולא המתפיס עולה לב"ה אין לו בה אלא עיכוב גיזברין ומשני מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא ועיקר קרא למעילה אתא כפי' וגירסת רש"י שם. א"כ לפי שיטת רש"י דהא דחל ההקדש על טובת הנאה אין זה רק מדרבנן ע"כ ודאי אין מקום כלל לקושיית המק"ח על הש"א דהא באמת י"ל דמה"ת לכן אינו חל הקדש על טובת הנאה משום דהוי דבר שאין בו ממש וכמש"כ הש"א והא דמחרים קדשיו הא אין זה רק מדרבנן:

וי"ל דהך עולא דתמורה אזיל לטעמיה דס"ל בקדושין דף נ"ח דט"ה לא הוי ממון וקצרתי וע"כ שפיר כתב הש"א דלא מצי מפקיר לטובת הנאה משום דהוי דבר שאין בו ממש:

והתוס' בתמורה שם ד"ה והאמר עולא כו' הקשו על פי' רש"י הנ"ל והעלו דהא דמצינו דמקדיש לטובת הנאה ע"פ ילפותא מקרא אף בחרמי כהנים דהיה ס"ד דחל על גוף הבהמה דאם לא כן על מה יחול חרם הכהן דלא דמי לבדק הבית שאם אמר הרי עלי מנה לב"ה חייב דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט אבל חרמי כהנים ודאי אם אמר הרי עלי מנה לחרמי כהנים אם ירצה יחזור בו דאמירה להדיוט לאו כלום היא כו' ומשני מדרבנן כלומר מדאורייתא אינו חל כלל על גוף הבהמה כו' ועיקר קרא אתא לומר שחל על ההקדש לכה"פ להתחייב מטעם חוב עכ"ל התוס' [ועיין בתוס' יבמות דף צ"ג ע"א ד"ה קנויה לך מעכשיו כו' שכתבו שם דלכן בפירות ערוגה לא בעי מעכשיו לפי שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי אלמא דס"ל דגם בתרומה שייך אמירה לגבוה כו' ואלו הכא בחרמי כהנים כתבו דלא שייך לומר כן ויש לחלק דשאני תרומה דחל על גוף החפץ כמש"כ התוס' הכא ועיין בערכין דף כ"ט ת"ר חרמי כהנים כ"ז שהם בבית בעלים כו' וקצרתי אלמא דס"ל להתוס' לפרש דלכן חל הקדש או חרמי כהנים על טובת הנאה משום דהוי כמו דאמר זה בלשון התחייב ע"ע דהיה מהני א"כ מה"ט אף אם לא אמר בלשון חיוב בפירוש ג"כ מהני ע"פ ילפותא מקרא דה"ל כאלו אמר ליה בלשון המועיל ע"פ דין ועיין בנדרים דף כ"ט ע"ב בר"ן ד"ה הכא שאני כו':

ומה"ט אף בחרמי כהנים ג"כ חל על טובת הנאה אף דדינו כמו אמירה להדיוט וכמש"כ התוס' דכיון דלא נתפס ליה גוף החפץ ע"כ עיקר הטעם הוא דלכן חל על ט"ה לפי שדינו כמו אם אמר וקיבל ע"ע בלשון חיוב והתחייבות דהיה מועיל אף על טובת הנאה אף דנימא דאין לו דין ממון והוי כמו דבר שאין לו ממש מ"מ התחייבות היה מהני ע"כ אמרה התורה דאף היכא דלא קיבל ליה בפירוש בלשון התחייבות ג"כ מהני וגם לתי'

הב' שכתבו התוס' בתמורה שם בשם הר"י דמחלק דבחרמי כהנים אינו חל רק מדרבנן ובבדק הבית חל מה"ת ג"כ י"ל כעין חילוק התוס' דעיקר הטעם הוא לפי דבהקדש לב"ה הוי כמו דאמר ליה בלשון חיוב אע"ג דלא אמר ליה כן בפירוש בלשון חיוב ובחרמי כהנים לא גזרה התורה כן דיהיה כמו לשון חיוב או די"ל דאף אם אמר ליה בפירוש בלשון חיוב ע"ע לא מהני כיון דלא היה קנין רק אמירה בעלמא דכ"ז דלא נתפס ליה גוף החפץ ה"ל כמו חיוב להדיוט דלא קנהו אם לא היה ע"פ דרכי הקנין להתחייבות א"כ לפי ביאור דברי התוס' הנ"ל ודאי דא"ש דברי הש"א שכתב דאינו חל הפקר על ט"ה דהוי כמו דבר שאין בו ממש דשאני הקדש לט"ה דה"ל כמו דא"ל בלשון חיוב ע"ע משא"כ בהפקר דלא שייך ע"ז לומר לשון חיוב ע"כ נכונים הם דברי הש"א ואין שום מקום לקושיות המהרי"ט והמק"ח הנ"ל:

וכל השיטות הנ"ל הובאו במל"מ ה' ערכין פ"ו ה' יו"ד דמסיק שם דיש שלש מחלוקת בדבר לרש"י ליכא הקדש עילוי אף מתפיס לב"ה רק מדרבנן ולרבינו והתוס' אף חרמי כהנים הוא מה"ת ולר"י במתפיס לב"ה הוי מה"ת אבל במתפיס לחרמי כהנים אינו רק מדרבנן ע"ש במל"מ ולפ"ז למדנו מן דברי התוס' הנ"ל דמהני התחייבות על טובת הנאה אף דאין בו דין ממון ומה"ט אינו חל מה"ת על גוף הבהמה כמש"כ התוס' משום דלמ"ד דיש לו דין ממון הא הוי כאלו יש לו זכות בגוף החפץ וכמש"כ המקור חיים בסי' תל"א שם ומ"מ חל עליו ההקדש וחרמי כהנים מה"ת לשיטת התוס' והרמב"ם וזהו משום דה"ל כמו דא"ל בלשון התחייבות ע"ע דמשמע מן התוס' דאם א"ל בלשון חיוב בזה לא בעינן ילפותא מקרא רק עיקר הילפותא הוא דאף דלא א"ל בפירוש בלשון חיוב ג"כ מהני דזהו מטעם כמו דא"ל בלשון חוב וגם אף בחרמי כהנים דה"ל כמו אמירה להדיוט כמש"כ התוס' כ"ז דלא נתפס ליה גוף החפץ כנ"ל ואפ"ה מהני ביה לשון חיוב ע"ע כמש"כ התוס' ומצינו בשבועות דף כ"ו ע"ב בתוס' ד"ה משום דהויא תרומה כו' שכתבו דתרומה הוי חול אצל קדשים כו' שכתב המהרש"א שם דתרומה הוי חול וגמרינן שפיר חול ממש מינה כו' א"כ ה"ה דודאי יש למילף הדיוט מן חרמי כהנים דכמו דמהני התם חיוב ע"ע ה"ה דמהני חיוב בהדיוט ודוקא בקדשים אמרו בשבועות דף כ"ו חולין מקדשים לא גמרינן וזהו כעין סברת המהרי"ט הנ"ל וגם הא נתבאר דמהקדש ג"כ שפיר מצינו למילף משום דמשמע מהתוס' דמן הטעם דה"ל כמו חוב ע"ע לזה לא בעינן ילפותא מקרא כנ"ל א"כ נתבאר דמוכח מן התוס' הנ"ל דבלשון חיוב ע"ע מהני אף בטובת הנאה אף דנימא דאין לו דין ממון וה"ל כמו דבר שאין בו ממש כמש"כ המהרי"ט והרמ"א והש"א הנ"ל דמ"מ בלשון חיוב מהני ועיין בב"ק דף ל"ו תוס' ד"ה יד עניים כו' שכתבו בלשונם

שמתחייב מטעם נדר והכא כתבו להתחייב מטעם חוב גם יהיה מוכח מן התוס' הנ"ל דהתחייבות על גופו מהני מה"ת ולא כמש"כ הפתח הבית בסי' ל"ח ענף א' דמה"ת לא מהני חיוב ע"ע בדשלב"ל ע"ש דהא חזינן דאף במה דלא הוי דין ממון מ"מ מהני חיוב מה"ת וה"ה בדשלב"ל. רק לענין שיחול השעבוד על הנכסים זהו אינו רק מדרבנן כמש"כ הקצה"ח בסי' ס' ס"ק ה' כמו בשעבוד דאקני אבל על גופו ודאי דמועיל מה"ת וכדמשמע פשט דברי התוס' והרא"ש ר"פ אע"פ ע"ש וזה פשוט וכ"ז לשיטת הרמ"א והמהרי"ט והש"א אבל לפמש"כ המחנה אפרים הלכות טובת הנאה סי' א' דטובת הנאה אף דלא הוי דבר שיש בו ממון מ"מ דבר שאין בו ממש לא הוי ע"ש ע"כ לפ"ז אין להוכיח מהא דתמורה הנ"ל רק על חיוב לט"ה אבל לדבר שאין בו ממש לא שמענו ויש להאריך בכ"ז:

ד (שם סעי' ו') ואם אין הדבר ידוע שהיה ברשותו על התובע להביא ראיה ולקמן סי' קי"ב סעי' ג' פליגי בזה הרבה ראשוני' וס"ל דחזקה דכאן נמצא הוי חזקה אלימתא ומוציאין ע"ז מהמוחזק והכא הכריע השו"ע וכן לקמן סי' קי"ב דלא כהגאונים שם וכמש"כ הש"ך ולעיל סי' מ"ב סעי' י"ד כתבו בא לגבות ממעות המקום שיצא בו השטר וטען הלוה כו' מיהו אם הביא הלוה ראיה שהיו דרין תחלה במקום שהמטבע פחותה נותן לו הפחות ומבואר בהר"נ ס"פ בתרא דכתובות דטעמו של דבר דאמרו הוציאו בבבל כו' משום דאנו אומרים דמסתמא היה דר מתחלה באותו העיר שדר כעת ומוכח מזה דסמכינן על חזקה דהשתא דכאן נמצא כו' אף להוציא ממון אף אם הלוה טוען ברי שהיה דר מתחילה במק"א עכ"ז לא מהימנינן ליה אף להחזיק ממונא ת"י אלמא דס"ל להשו"ע והרמב"ם דסמכינן על חזקה דהשתא אף להוציא ממון ותקשה סתירת השו"ע אהדדי:

ואפשר לחלק דשאני התם דלא שכיח שיעקור דירתו ממקום זה למק"א ולא ידעו מזה שכניו וכהנה והוי זה כמו רובא ובצירוף חזקה דהשתא מוציאין ממון כמש"כ הרמ"א במלמד שיודע עכשיו ונסתפקו אם ידע מעיקרא דמוציאין ממון על סמך חזקה דהשתא כמבואר בח"מ סי' של"ה וכמש"כ הש"ש שמעתא ג' פ' י"א ופ' י"ב כעין זה והא דב"ב ד' כ"ט דכתבו שם דאי טען המערער שיצא המחזיק מן הדירה בלילה טענתו טענה שאני התם דיכול להיות שמצוי שם לעקור דירתו במכוין כדי שלא יעשה המערער מחאה על חזקתו ג' שנים אבל היכא דליכא רק חזקה דהשתא לא מהני זה להוציא ממון ועיין מזה בח"מ סי' רנ"א סעי' ב' דפסקו כר' יעקב:

וכן יש להעיר מזה בח"מ סי' רט"ז סעי' ח' דאם המוכר אומר שהגדילו והלוקח אומר שלא הגדילו על הלוקח להביא ראי' וזהו שיטת הרמב"ן אבל הרשב"א שהובא במ"מ פ' כ"ד ה' מכירה ה' ה' חולק ע"ז וס"ל דמחמת חזקה דהשתא דכאן נמצא סמכינן

לאוקמי ביד הלוקח וכ"כ הנ"י בשמו בפ"ה לב"ב אבל הרמב"ן לא ס"ל כן משום דס"ל דלא מהני חזקה דהשתא להוציא מחזקת בעלים ראשונים גם יש לחלק דשא"ה דיש חזקה דמעיקרא הסותרת לחזקה דהשתא ונימא השתא הוא דהגדילו ולא מעיקרא ועיין בקצה"ח סי' קי"ב ס"ק ו' ואכמ"ל:

סימן סא

א (סעי' ד') שטר שכתוב בו שיוכל כל המוציאו לגבות בו כו' הנה לקמן ריש סי' ס"ו הארכתי בענין זה ע"ש:

ב) (שם סעי' ה') כל דבר שנהגו לכתוב הן נאמנות הן כתובה בשוקא כו' כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבו כמנהג המדינה כו'. הג"ה האי מאן דמקבל למכתב שטרא כו' אבל תנאים כגון נאמנות בהלואה או בטול מודעא במתנה לא חשבינן עד דמפרשי בשטרא עכ"ל והש"ך ס"ק ט' כתב דכוונת הרמ"א הוא באין ידוע שהלוה ידע שנוהגים לכתוב נאמנות בכל השטרות ולכן א"ש דלא סתרי דברי הרמ"א למש"כ המחבר וכל הראשונים ע"ש והאו"ת כתב חילוק אחר לתרץ דברי הרמ"א ור' ירוחם ע"ש ומשמע מדבריהם דס"ל דאם ידע שנהגו לכתוב כן בכל השטרות דאז אף בטול מודעא במתנה דייניגן דככתוב דמי:

ענף א:

ולדעתי יש להסתפק בזה והוא די"ל דהא דמצינו בב"מ ד' ק"ד דר"מ היה דורש לשון הדיוט דאע"פ שלא נכתב כנכתב דמי וכן שארי תנאים דמונה התם הנה לא מצינו כן רק היכא שעיקר הענין מן ההתחייבות והמכירה וכה"ג הוא הכל מרצונו הטוב ע"כ בזה אמרו דאע"ג דלא נכתב כנכתב דמי אבל לא במתנה שמסר מודעא שאינו רוצה ליתן לו המתנה באמת ולא מבעי לשיטת הרשב"ם והתוס' בב"ב ד' מ' ע"ב דפירשו למה דאמרו שם אי דגיטא ומתנתא גילוי מילתא בעלמא היינו שמסתמא נאנס כו' והא דהקשה הקצה"ח עליו בסי' ר"ה כבר כתבתי לתרץ זה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ב' וכיון דנאמן לומר שנאנס והא דנותן לו המתנה זהו משום איזה ענין שמוכרח כן א"כ בוודאי אין סברא לומר בזה דאם נהגו בני המדינה לכתוב בטול מודעא במתנה דמסתמא מסכים ג"כ לזה דהא אדרבה יש לנו לומר דכ"ז דלא אמר בפיו בפירוש שמבטל מודעות דבאמת אינו רוצה לבטל המודעות כיון שעושה כל זה רק באונס וכעין זה מצינו בח"מ סי' רל"ו סעי' ד' דאם קנאה מתחלה כו' ואח"כ מהבעלים מקחו בטל עד שיכתוב לו אחריות אבל שטר לבד לא מהני אלמא דלא אמרינן בזה אחריות ט"ס אף דהתוס' בגיטין

ד' נ"ח ד"ה אבל בשטר כו' כתבו דדוקא שמואל לשיטתו דאחריות לאו ט"ס בשטרי מקח כו' וכ"כ התוס' בב"ב ד' מ"ז ע"ב. אבל הפוסקים ס"ל לדינא דאף דקיי"ל אחריות ט"ס מ"מ היכא דבעינן הוכחה להוכיח עי"ז דלא היה זה באונס ומכר מרצונו הטוב אין לנו שום הוכחה מזה דאכתי י"ל דעשה הכל באונס ועיין ברא"ש גיטין פ"ה סי' ט"ז ובלח"מ ה' טוען פ' י"ד ה"ב ובסי' רל"ו וקצרתי:

ואף לשיטת הפוסקים החולקים על פירוש הרשב"ם וס"ל דמודעא במתנה אף בלא שום אונס כלל ג"כ מהני לבטל המתנה מ"מ יש מקום לדון דכ"ז דלא אמר בפיו בפירוש דמבטל להמודעות דאפשר לומר דבדעתו הראשונה הוא גם עכשיו ולומר שחזר בו זהו לא שכיח כדמצינו בכמה דוכתי דאמרו דלא חיישינן לחזרה ושינוי דעתו ועיין בח"מ סי' מ"ב ש"ך ס"ק ט' שהביא מש"כ הסמ"ע דאין דרך הבריות לחזור בדבריהם תכ"ד והש"ך כתב דאף שהם מרוחקים ג"כ חזרה ל"ש ועיין בסנהדרין ד' ס"א אי דיבורא מילתא או לאו מילתא וי"ל דחזר בו ויש לחלק וכש"כ היכא דעשה מעשה וכתב המודעא בכתב דיש לנו לומר דלא חזר בו מדלא קרע וביטל להכתב מודעא שת"י וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ד' להעיר בכל ביטול מודעא דהא מדלא החזיר וקרע להמודעא שת"י א"כ איכא הוכחה שלא ביטלו בל"ש וכתבתי לחלק שם בזה ובין מחילה ונקט שטרא ע"ש. וכ"ז הוא בביטול מודעא בפירוש אבל לדון בזה דכל שנהגו בני המדינה לכתוב בטול מודעות כו' ודאי הדעת נוטה דיש לנו לחלק בזה ע"פ מש"כ לדון להסברא הנ"ל: ועוד יש לדון בזה ע"פ מה דקיי"ל בגיטין ד' ל"ד דגלוי דעתא בגיטין לאו מילתא היא והטעם הוא דאף דהוי התם אומדנא דמוכחי דאל"כ לא הוי פליג רבא בזה והא דברים שבלב לא הוי דברים ועכ"ז ס"ל לאביי דלאו מילתא היא משום דדוקא דיבור מבטל דיבור אבל אומדנא כיון דלא דיבר בפירוש לא אלים לבטל לדיבור ראשון שקדמו ועיין באה"ע סי' קל"ד ב"ש ס"ק א' אבל הב"ח שם כתב לחלק דדוקא גלוי דעתא דאחר הדיבור לא מצי לבטל להדיבור שקדמו אבל ג"ד דקודם דיבורו מהני ג"כ. אך מה שהביא שם הוכחה לזה מהא דב"ב ד' מ' דאמרו אי דגיטא ומתנתא גלוי מילתא בעלמא כו' זה אינו הוכחה כפי מש"כ בתשובת גאוני בתראי סי' נ"ב ועיין בתשובת מהרח"ש בדיני מודעא מזה וכ"כ התורת גיטין סוף סי' קמ"א דדוקא ג"ד בגיטין דאחר הדיבור לא מהני לבטל להדיבור הראשון שקדמו משא"כ בג"ד שקודם הדיבור ע"ש וכ"ז אכמ"ל:

ולפ"ז יש לדון בבטול מודעות במתנה דכל זמן דלא כתבו בפירוש רק דאתינן עלה משום דבר שנהגו במדינה לכתוב דמשום זה לא מצינן לבטל להמודעא שעשה מקודם. והוא דהא עיקר ענין מה שאמרו דדבר שנהגו לכתוב ה"ל כאלו נכתב זהו מצד אומדנא דהא

זה הוי דברים שבלב כל זמן דלא אמר כן בפיו בפירוש רק משום אומדנא דמוכחא אתינן עלה דכיון דנהגו כולם לכתוב והוא שתק מסתמא נתרצה לזה כ"ז דלא מיחה בפירוש וכיון דאין כח באומדנא לבטל דיבורו הראשון ע"כ לא מהני בזה מה שנהגו כולם לכתוב ולבטל עי"ז מה שדיבר מקודם דבאמת אינו מסכים להמתנה שלו שיתן לאח"ז ועושה זה מחמת איזה סיבה ואף דבעת המתנה היה דיבור ממנו שנותן לו המתנה מ"מ הא דיבר מקודם דאינו מסכים לזה ומה"ט בלא ביטול מודעא לא מהני מתנתו שאחר המודעא וכש"כ לשיטת הרשב"ם דב"ב דעושה כ"ז מחמת האונס כנ"ל ובפרט היכא דעשה המודעא בכתב והוא מונח ת"י כנ"ל די"ל בזה לא אתי אומדנא לבטל מעשה כנ"ל:

והא דב"ב ד' מ' דאמרו גבי מתנתא טמירתא דאף סתמא חיישינן רק מצד שנהגו לכתוב כתבו בשוקא מהני המתנה כמש"כ התוס' והרא"ש וש"פ שם וכ"כ השו"ע הכא. שא"ה דהא באמת לא ראינו ממנו שום הוכחה שאינו רוצה ליתן לו המתנה בל"ש רק מדלא אמרו בפירוש כתבו בשוקא מזה גופא אנו מוכיחין שאינו נותן לו המתנה בלב שלם אבל משום מה שנהגו לכתוב כתבו בשוקא א"כ ממילא ליכא שום הוכחה שאינו מתנה בל"ש אבל במודעא דראינו בפירוש שאומר שאינו נותן לו המתנה בל"ש ע"כ יש לדון דלא מהני בזה לסמוך על מה שנהגו לכתוב בטול מודעות כן יש לדון ולהסתפק בזה לולי דבריהם: ענף ב:

ועתה נבאר בענין נאמנות שכתבו כולם דסמכינן על מה שנהגו לכתוב נאמנות והוא דהא כתב השו"ע בסי' ע' סעי' ב' דלא מהני נאמנות אלא בשעת הלואה אבל לאחר הלואה ולא קנו מיניה לא משתעבד ואף בנאמנות סתם ס"ל להשו"ע כן והש"ך הכריע שם ס"ק ז' דלא כהשו"ע אלא נאמנות סתם לא בעי קנין אף לאחר הלואה אבל התומים הכריע דאף נאמנות סתם יכול הלוה לחזור בו מקודם שאמר המלוה בב"ד אכן בכתב נאמנות בשטר אף שלא בשעת הלואה ובלא קנין מ"מ מהני וכמש"כ האו"ת בסי' ע"א ס"ק ט' ובאמת יש לדון בזה לפמש"כ הש"ך בסי' מ' ס"ק ד' דבחיוב בשטר ע"פ תנאי לא מהני א"כ לפ"ז י"ל דה"ה בכתב נאמנות דזהו ג"כ כעין תנאי שאם יאמר המלוה שלא נפרע יהיה נאמן ע"כ לפ"ז לא מהני נאמנות בשטר אך עיקר כלל הש"ך הנ"ל אינו ברור כ"כ לכ"ע דהא לפי שיטת הר"נ דהובא בש"ך שם מוכח דס"ל דאף חיוב בשטר בתנאי ג"כ מהני לפ"ד הסוברין דמהני חיוב ע"י שטר וכ"כ הסמ"ע בסי' י"ב ס"ק י"ח דמהני חיוב בתנאי אף בשטר וכן נראה מן דברי הש"ך בסי' סמ"ך ס"ק כ"ו ועיין באו"ת שם וכן מוכח לפי שיטת הסוברים דערב שלא בשעת הלואה ג"כ משתעבד אם כתב חיוב הערבות בשטר

כמבואר שיטתם בסי' קכ"ט סעי' ד' אף דזה גרע מכל חיוב בתנאי דהוי כמו אסמכתא ואפ"ה משתעבד בשטר וכן י"ל דאף החולקים שם מודו לזה ובמק"א הארכתי בזה:

וכיון דנתבאר בשם האו"ת דנאמנות בכתב מהני ג"כ א"כ לפ"ז יש לדון דה"ה אף בלא כתב נאמנות בשטר מ"מ כיון שנהגו לכתוב דאף שלא נכתב כנכתב דמי דמה"ט מהני זה אף שלא בשעת הלואה אבל באמת י"ל דכה"ג לא מהני הנאמנות דנהי דאמרו דכל דבר שנהגו לכתוב הוי כנכתב ומה"ט היה דורש לשון הדיוט היינו דמשום דנהגו כן והוא צוה לכתוב שטר סתמא מסתמא נתרצה לכל מה שנהגו לכתוב והוי אומדנא דמוכחי כמו דאומר בפירוש בפיו להתחייב א"ע בזה ולכן היכא דהיה בשעת הלואה או בעת מכירה ונישואין וכה"ג דאז מצי להתחייב ומהני חיובו אם היה אומר כן בפירוש ה"ה מה"ט במה שנהגו כולם לכתוב כן דהוי משום זה אומדנא כמו דאמר כן בפירוש לכן מהני זה לחייבו משום זה אבל היכא דלא היה בשעת הלואה וגם בלא קנין אלא דצוה לכתוב שטר לאחר ההלואה דעיקר החיוב הוא רק ע"י השטר בזה יש לדון דאף דנהגו לכתוב נאמנות מ"מ כיון דלא כתב בפירוש בשטר שמתחייב על זה רק דאנו דנין לחייבו משום שנהגו לכתוב ע"כ הדעת נוטה דכל זמן שלא כתב כן בפירוש אין לו דין שטר והוי כמו דהתנה כמה ענינים בע"פ ולא כתבן כולן דוודאי מה שלא כתב כן בפי' בשטר אין לזה דין שטר שיועיל לחייבו דאומדנא אינו מועיל רק דהוי כאלו דיבר כן בפירוש אבל דיהיה מועיל כן בתורת שטר כיון דלא כתוב כן בפירוש ע"כ הוי דברים שבע"פ ומצי לחזור בו וכן יש לומר בשארי ענינים דאף דנהגו לכתוב מ"מ כל זמן דלא כתב כן בפירוש בשטר אין לו דין שטר וע"כ אם לא היה השטר בשעת ההלואה אינו מועיל לחייבו משום זה. וגם הא כתבו התוס' בכתובות ד' ק"ב ד"ה אליבא דבן ננס כו' דעיקר הטעם דמהני שטר זהו משום דהואיל וטרח לכתוב בשטרא גמר ומשעבד נפשו ע"ש. ע"כ היכא דלא כתב כן בפירוש בהשטר דלא טרח לכתוב ע"כ לא חל שעבודו אף דנהגו לכתוב וכעין זה ראיתי בשער המשפט סי' ל"ט ס"ק א' גבי אחריות במתנה דכ"ז דלא כתבו בפי' אין לו דין אחריות אף שהתנו:

ולפ"ז יש לומר דזהו כוונת הרמ"א הכא שכתב דנאמנות בהלואה או בטול מודעא במתנה לא חשבינן עד דמפרשי. וכ"כ רבינו ירוחם נ"ד ח"א וכ"כ הב"י בסי' ע"א בשם רבינו האי דהש"ך כתב לפרש דמיירי בלא ידע הלוה מן המנהג כו' אכן לפמש"כ "כ יש לפרש דשפיר כתבו להך דביטול מודעא במתנה דלא דיינינן ביה דהוי כאלו נכתב וכמש"כ לעיל דבטול מודעא לא הוי כאלו נכתב משום דלא אתי אומדנא ומבטל לדיבורו הראשון ומש"כ כן על נאמנות י"ל דמיירי על שטר הנכתב שלא בשעת הלואה דכוונתם דמשום

דנהגו לכתוב לא הוי כמפורש בהשטר דיהיה לו דין שטר המועיל לחייבו בתורת שטר וכמש"כ ואף דקיצרו מ"מ יש לומר כן כדי שלא יהיו תמוהים דבריהם כ"כ ואף דלא הוי מטעם א' הך דבטול מודעא במתנה והך דנאמנות לפמש"כ מ"מ שפיר יש לומר כן ואף דנימא דלא נתכוונו לזה מ"מ לדינא יש לדון לענין בפ"ע כמש"כ:

ועיין בנימוקי לב"ב פ"ה ד' קצ"ג גבי הא דלצור ולצור והמחבר דמיירי בקנין כמש"כ כל מי שמקנה בסודר כו' ע"כ ס"ל דמהני הך דנהגו לכתוב כו' אף שלא בשעת הלואה וסתם שפיר בזה. גם יש מקום לומר דדוקא בעשו קנין סודר בזה אמרו דכל שנהגו לכתוב כו' משום דהא אמרו בכ"ד דקנין הוא הוכחה דבעין יפה כו' אבל באמת מסוגיא דב"מ ד' ק"ד מוכח דאף בלא הוכחה דקנין סודר אמרו כן וקצרתי ולכן העיקר כמש"כ לעיל: ענף ג:

והאו"ת ס"ק ג' הקשה על הא דאמרו בב"מ ד' י"ג דר' מאיר ס"ל דלא אמרינן אחריות ט"ס דהא ר"מ ס"ל דדורשין לשון הדיוט והא רוב וממש כל שטרות כותבין בו אחריות א"כ אף שלא כתב בפירוש יהיה כנכתב ומזה הוכיח דדוקא כשידעינן שקיבל קנין סתם בזה אמרו דה"ל כנכתב דמסתמא היה דעתו אף על נאמנות אבל בלא ידעינן אם קיבל קנין סתם בזה אמרינן כיון דלא כתוב בפירוש נאמנות בשטר דודאי נתפרש שלא יהיה בו נאמנות כיון דהוי ריעותא בשטר וכן הכריע הנתיבות לדינא ועדיין יש להקשות על דברי האו"ת במש"כ לתרץ קושייתו הנ"ל דהא אמרו שם בב"מ בסוגיא הנ"ל דאמר שמואל שבח שפר ושעבוד צריך לימלך והא לפמש"כ האו"ת דהיה מנהגם לכתוב אחריות בכל השטרות א"כ למה ליה לאמלוכי ביה דהא ממילא כ"ז דלא התנו בפירוש שלא יהיה מחוייב באחריות יהיה יכול הסופר לכתוב אחריות משום מה שנהגו לכתוב וכן תקשה במה דאמרו שם דאבוה בר איהי זבין עליתא מאחתיה כו' א"ל כתבה לך אחריות א"ל לא הא אף דלא כתבה אחריות בפי' מ"מ כ"ז דלא התנו להיפך יהיה לו חיוב אחריות כנ"ל ואפשר לומר לפי מה דמסקי בש"ס שם לחלק דשאני מקח וממכר דעביד דזבין ארעא ליומא ע"כ אפשר דמטעם זה לא היה דרכם לכתוב אחריות בכל שטרי מו"מ רק בהלואות היו כותבין בפי' משום דשייך בזה יותר לא שדי זוזי בכדי וא"ש דברי האו"ת:

אכן לפמש"כ לעיל דאף דאמרינן דמה דנהגו לכתוב הוי כנכתב מ"מ אין לו תורת דין שטר רק דין בע"פ יש לו ולכן כיון דמלוה בע"פ לא טריף ממשעבדי רק שטר טורף מן משעבדי וכיון דס"ל לר"מ אחריות לאו ט"ס ע"כ דינו כמו בע"פ וכמש"כ רש"י בב"מ ד' י"ג ד"ה אינו גובה כו' דשטרא דלא שעבד ליה נכסים לאו שטרא הוא וה"ל כמלוה בע"פ כו' וגם יש להסביר זה ביתר ביאור דכיון דעיקר הטעם דמלוה בע"פ אינו טורף מן

משעבדי משום דליכא קלא דהא משמע בב"מ ד' ק"ד דרק הני תנאי דמונה שם בפירוש דס"ל לדרוש לשון הדיוט דיש תנאים אחרים דלא ס"ל כן ופליגי עלייהו ומצינו בסנהדרין ד' נ"ג בתוס' ד"ה הא לית ליה קדושין כו' דדוקא במה דלא פליגי בה שייך לומר אדם יודע כו' וכ"כ התוס' בב"מ ד' ט"ו ע"ב ד"ה ונתן לו לשם מתנה כו' וכן אמרו בגיטין ד' נ"ה דטעי בדר' ירמיה וכן כתב הש"ך סי' מ"ב ס"ק כ' וס"ק כ"ב וכ"כ הש"ך בסי' מ"ג ס"ק ט"ז וכהנה רבות ולכן שפיר יש לומר בטעמו דר"מ דס"ל אחריות לאו ט"ס דכיון דלא כתוב בפירוש לא יהיה קלא בזה ויסברו דלא דרשינן לשון הדיוט ושייך עדיין בזה פסידא דלקוחות וה"ל כמו כל מלוה בע"פ דלא טריף ממשעבדי מה"ט:

רק רבנן דס"ל אחריות ט"ס ס"ל דמטעם זה הוי פשוט לכל דה"ל כמו דכתוב אחריות בפי' ויש לו שפיר דין שטר והא דא"ל אמליך וכתוב שבחא אף דשבח אינו גובה ממשעבדי עכ"ז י"ל בזה כמש"כ לעיל בדברי האו"ת:

והנה מש"כ האו"ת דאחריות כותבין הרוב או כל ממש כו'. משמע ממנו דגם מה שנהגו הרוב לכתוב דזה ג"כ הוא בכלל מה שנהגו לכתוב כו' ובאמת י"ל בזה דכיון דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב כמו ברוב לרדיא זבני דב"ב ד' צ"ב דכתב הרשב"ם שם כיון דרובא לאו כלום לא היה לו למוכר לפרש כו' וכן בר"פ המניח גבי רובא קרו לחביתא כו' אלמא דלא אמרינן כיון דרובא כו' א"כ היה למוכר לפרש כו' ועכ"ז אמרינן דהלוקח היה לו לפרש ומדלא פירש הפסיד דלא היה לו לסמוך על הרוב כיון דאין הולכין בממון אחר הרוב:

א"כ ה"ה במה שנהגו הרוב עדיין י"ל דלא נתרצה המוכר או הלוה על סמך הרוב ולכן לא פירש אלא שתק רק המלוה או הלוקח היה לו לפרש בפירוש שיתחייב לו בנאמנות וכה"ג וע"כ ודאי הא דכתבו דמה שנהגו לכתוב הכוונה הוא שכולם כותבין כן וכמש"כ הריטב"א שהובא בבית יוסף סי' ע"א סעי' כ"ה שכתב דנאמנות ובטול מודעות נוהג בכל השטרות כו' אלמא דבעינן דוקא שיהיו כולם כותבין כן וגם הא כתבו בלשונם דבר שנהגו לכתוב כו' ומנהג הוא עדיף מן הרוב כדקיי"ל דמיגו במקום מנהג לא אמרינן ומיגו במקום רובא מהני כמבואר בכללי מיגו של האו"ת משום דמנהג הוא מה שנהגו כולם:

ענף ד:

אכן מצינו לקמן סי' רי"ח סעיף י"ט בטור ומחבר שכתבו בזה"ל כל אלו הדברים במקום שאין שם מנהג אבל במקום שיש מנהג הלך אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום וכן הוא לשון הרמב"ם ס"פ כ"ח ה' מכירה ולעיל סי' רט"ו סעיף ז' ולקמן סי' ר"כ סעיף ט"ו כתבו בקיצור דבמקום שיש מנהג הולך אחר המנהג ולא כתבו בפירוש דאזלינן אחר

הרוב אבל הכא בסי' ריי"ח כתבו בפירוש דהולכין אחר הרוב ולפ"ז מוכח דהיכא דתלוי במנהג דאזלינן בזה בתר הרוב ג"כ ומשמע אף לאפוקי ממונא אבל באמת תקשה דהא מצינו בר"פ המניח גבי כדא חביתא דאף מה דנסתפקנו במשמעות לשונו לא אזלינן בתר רובא לברר הספק שיש לנו בכוונת הלשון שלו [ועיין בב"ב דף ס"א גבי בית ובירה ולקמן דף ע"ז גבי צמד ובקר] ועיקר הטעם הוא כיון דרובא לאו כלום הוא בממון כמש"כ הרשב"ם בב"ב דף צ"ב ד"ה לשחיטה מכרתיו לך כו' דמה"ט לא היה לו למוכר לפרש כו' א"כ קשה דאמאי סתמו הכא וכתבו דהולכין אחר רוב אנשי המקום ומשמע דאף להוציא ממון אמרינן כן דאלו להחזיק ממון אף היכא דליכא רובא רק פלגא ופלגא הא הממע"ה וגם משמע דאף היכא דליכא הודעת דמים הולכין אחר הרוב להוציא ותקשה דמ"ש זה מהא דרובא קרי לחביתא חביתא ומיעוטא קרי לכדא חביתא ושארי מילי דאין הולכין אחר הרוב להוציא ועיין בסוגיא דסבלונות ברמב"ן ור"נ ובש"ש ש"ד פ"ו:

וכעין זה יש להעיר במה דמבואר בסי' של"א סעי' א' בהג"ה לא היה מנהג בעיר אבל רוב אנשי העיר באו ממקום שיש שם מנהג אזלינן בתר מנהג העיר שבאו משם כו' והוא מן הנ"י ר"פ הפועלים והא כיון דלא אזלינן בתר רוב להוציא ממון א"כ איך סתמו התם וכתבו דאזלינן בתר רוב ומשמע אף להוציא ודוחק לומר דמיירי התם היכא דהוי רוב מעליא דהמיעוט הוי מיעוט שאינו מצוי כמו מיעוט דמיעוטא דכה"ג אף בממון אזלינן בתר הרוב ע"פ דברי התוס' בסנהדרין ד' ג' ע"ב ד"ה דיני ממונות לא כ"ש כו' ועיין בקונטרס הספיקות של הקצה"ח כלל ו' ובש"ש שמעתא ו' ז' ח'. והנראה לי בזה דדוקא היכא דהמיעוט ידוע לנו ג"כ:

אמרינן אין הולכין בממון אחר הרוב ואזלינן בתר מיעוט ג"כ להחזיק ממונא כמו דאמרו בב"ק דף כ"ז דרובא קרו לכדא כדא כו' ואיכא נמי דקרו לחביתא כדא כו' וכעין זה בב"ב דף ס"א דרובא קרי לבית כו' ואיכא נמי כו' וכן הוא שם דף ע"ז ע"ב גבי בקר צמד אבל היכא דלא נתברר לנו המיעוט אם יש כאן מיעוט כלל והרוב ידוע ונתברר לנו דכה"ג אף בממון הולכין אחר הרוב דלא מהני המיעוט לאסתפוקי ביה רק היכא דהוי מיעוט ידוע לנו אבל כ"ז דלא נתברר לנו המיעוט אז אלים ליה הרוב אף בממונא וגם יש לומר דאף דנתברר לנו אח"ז דיש מיעוט הסותר להרוב עכ"ז כיון דלא היה ידוע לו בעת המכירה מן המיעוט בזה אמרינן דכיון דשתק מסתמא נתכוין אדעתא דמנהג שידוע שהרוב נהגו כן דאין לומר דנתכוין אדעת המיעוט דהא לא היה ידוע לו המיעוט:

וגם י"ל דכ"ז דלא היה ידוע לו אם הוי מיעוט המצוי אף דהיה ידוע לו דיש מיעוט הסותר להרוב מ"מ הא כיון דמיעוט שאינו מצוי כלל דזה אף בממון אלימא ליה הרוב ע"כ

כ"ז דלא היה ידוע לו אם הוא מיעוט המצוי ע"כ היה לו להמוכר לפרש ומדלא פירש מסתמא נתכוין אדעת הרוב אף דנתברר אח"ז דהוא מיעוט המצוי וזהו כוונת הרמב"ם ס"פ כ"ח ה' מכירה שכתב בזה"ל וכן כל הדברים האלו במקום שאין שם מנהג כו' אבל במקום שיש מנהג הלך אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום הידועים להם דכוונתו במש"כ הידועים להם היינו דהרוב היה ידוע לו והמיעוט לא היה ידוע לו דאז סמכינן על הרוב אף להוציא דה"ל לפרושי וכן הוא לשון הטור שכתב ג"כ הלך אחר לשון רוב אנשי המקום הידוע להם דכוונתו ג"כ כנ"ל דהרוב ידוע להם אבל המיעוט אינו ידוע להם:

אך באמת אין זה הכרח בכוונתם די"ל דלא נתכוונו למעט דהמיעוט אינו ידוע להם אלא כוונתם הוא למש"כ התוס' בב"ב דף ז' ד"ה והוא דקרו ליה בית כור כו' ומ"מ אף שאין זה הכרח בכוונתם מ"מ שפיר י"ל כמש"כ והנה ראיתי בשיטה מקובצת לב"מ דף ק"ד בד"ה והוא דמתקרי בית כור כו' שכתב בשם ה"ר יהונתן שכתב לפרש שכן שם השדה בפי כל בני המדינה עכ"ל ויש לומר דנתכוין ג"כ למש"כ דדוקא אם כל בני המדינה קורין לו בית כור כו' אבל אם אין כולם קורין לו בית כור רק הרוב קורין לו בית כור דבזה אין הולכין בממון אחר הרוב להוציא הממון מהלוקח וכן הוא משמעות לשון הגמ' בב"ב דף למ"ד ע"א דקאמרי כיון דכ"ע קרו ליה דבי בר סיסין ע"ש ברשב"ם אבל מזה אין הכרח כ"כ כדמצינו לשון זה בקדושין דף ע"ט ע"ב דכ"ע בחזקת בריאים קיימו כו' והתם אין זה רק בגדר רובא ועיין בתשובת הר"ן שהובא בש"ש שמעתא ג' פ' י"א ופ' י"ב אבל בכוונת הטושו"ע והרמב"ם דכתבו דאף רוב מהני בדבר התלוי במנהג שפיר יש לומר כמש"כ דדוקא אם לא היה ידוע המיעוט אז מהני הרוב אבל בידוע המיעוט בעת המכירה לא מהני הרוב ואף דאמרו בח"מ סי' מ"ג סעיף כ"ח דכל זמן הכתוב בשטר דנין אותו כמו בנדרים עכ"ז לענין זה אינו דומה לנדרים דהא בנדרים סמכינן על הרוב דאם רוב אנשי המקום קורין לבשר מליח של קדשים בשר מליח סתם אינו נאמן אף שהוא ת"ח כמבואר ביו"ד סי' ר"ח סעיף א' אבל בממון לא סמכינן על הרוב להוציא ממון ועיין סוף סי' ס"א וביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ל"ט וכן י"ל בהך מילתא דדבר שנהגו לכתוב דדוקא במה שנהגו כולם לכתוב אמרו דהוי כנכתב כמש"כ הרמב"ם פ' ט"ז ה"א כבר נהגו בכל המקומות שיכתבו בכתובה כו' אבל רוב לא מהני בזה אלא היכא דלא ידע בעת כתיבת השטר מן המיעוט בזה אמרינן דהיה לו לפרש דלא מתחייב א"ע אדעתא דרוב כיון דידע דיש רוב דנהגו לכתוב. וכמו הא דסי' רי"ח הנ"ל ועיין בש"ך סוף סי' מ"ב שכתב די"ל לא ידעתי שנוהגין כן בכל השטרות דמשמע דדוקא כל ולא רוב וכ"כ הש"ך הכא וכן לקמן סי' ע"א ס"ק ל"ג דדוקא כשהלוה ידע שנהגו לכתוב כן בכל

השטרות ומ"מ י"ל כמש"כ דהיכא דידע מן הרוב אבל מן המיעוט לא ידע דזהו הוי כמו כל כנלע"ד: ענף ה:

והנתיבות סי' ל"ט ס"ק א' כתב דבהודאה בקנין לא אמרינן אחריות טעות סופר דלאחר הלואה לא שייך לומר לא שדי זוזי בכדי ע"ש ומ"מ נראה לי דחייב באחריות משום דבר שנהגו לכתוב דה"ל כנכתב וכמו שכתב האו"ת בסי' ס"א [והנתיבות הכא הכריע כהאו"ת] דאחריות הוא דבר שנהגו לכתוב כנ"ל רק אפשר דמיירי בלא ידעינן עכשיו שבא השטר לפנינו אם התנו בפירוש בלא אחריות ולשיטתו אזיל אכן לפמש"כ לעיל לתרץ קושיית האו"ת במה דס"ל לר"מ אחריות לאו ט"ס דטעמו משום דס"ל דמה שנהגו לכתוב דאף דהוי כנכתב מ"מ אין לו דין שטר רק חוב בע"פ ולפ"ז אינו מוכרח הך כללא של האו"ת וי"ל דאף דבא עכשיו השטר לפנינו ולא נזכר בו כתוב אחריות בפירוש דגם בזה דייניגן לומר דכל דבר שנהגו לכתוב הוי כנכתב ולפ"ז אף בשטר הודאה בקנין שלא בשעת הלואה אף דלא שייך בזה לומר לא שדי זוזי בכדי מ"מ חייב באחריות אף לענין לגבות ממשעבדי ולא שייך בזה לומר דהא אין לזה דין שטר דהא בקנין אף דלא נכתב בפירוש ג"כ יש לו דין שטר כדקיי"ל דעדי קנין טריף ממשעבדי אף דלא נכתב כלל כמו שהכריע הש"ך בסי' מ"ג ס"ק ל"ה ודלא כהרא"ש והטור ובאמת יש לומר דאף לר"מ דס"ל אחריות לאו ט"ס דמ"מ כשהיה קנין אז אף ר"מ מודה דגבי ממשעבדי דהא לא שייך בזה לומר להטעם שכתבתי דה"ל כמו מלוה ע"פ דהא קנין טריף ממשעבדי אף בלא שטר:

שוב ראיתי דעיקר סברת האו"ת שכתב דלכן ס"ל לר"מ אחריות לאו ט"ס משום דכיון דשינה ממנהג ולא כתב בפירוש מסתמא התנה דלא יחוייב באחריות דכן כתב הרא"ש בב"ב פ"ג סי' ל"ח בשם ה"ר יונה ז"ל דמוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי אפי' לא פירש אחריות כו' ומ"ד דס"ל אחריות לאו ט"ס משום כשנזקק לשטר ולא פירש לו אחריות אימור כך היה התנאי ביניהם עכ"ל וכ"כ השמ"ק שם ועיין בסי' קט"ז בטור וש"ך שם וחזינן דכבר הקדימו ה"ר יונה והרא"ש לסברת האו"ת הנ"ל ולפ"ז אף בשטר בקנין ג"כ לר"מ אחריות לאו ט"ס משום ה"ט וי"ל דמה"ט אף בנתברר ע"פ עדים דלא התנו בעת כתיבת השטר כן מ"מ כיון דלא נזכר בפירוש כתוב בשטר כן אין לשטר הזה קלא דהא הלקוחות סברו דכיון דלא כתוב בפירוש מסתמא התנה להיפך ולכן א"ש בפשיטות מה דהקשה האו"ת דהא ר"מ היה דורש לשון הדיוט ואמאי ס"ל אחריות לאו ט"ס:

אך האו"ת כתב כן מסברא דנפשיה אבל באמת כבר כתבו הראשונים ז"ל כן: אכן עדיין תקשה במה דס"ל לשמואל שבח שפר ושעבוד צריך לימלך בב"מ דף י"ד וכן אמרו שם דף

ט"ו דא"ל שמואל אמליך וכתוב שופרא שבחא ופרי דהא כיון דנהגו לכתוב זה א"כ ה"ל להסופר לכתוב כ"ז אף בלא המלכתו עם הבעלים ומש"כ לעיל דאפשר לומר דבשטרי מו"מ כיון דעביד דזבין ליומא ע"כ לא נהגו לכתוב כן בכל השטרות ראיתי דזה אינו לפמש"כ הרא"ש בב"מ פ"א סי' ל"ח במה דאמר שמואל בע"ח גובה שבח ואמר רבא תדע שכך כותב מוכר ללוקח כו' אלא מעתה מתנה דלא כתיב בה הכי כו' אבל במכר שנהגו לכתוב בו שמקבל עליו אחריות אפי' לא כתב נמי אחריות ט"ס הוא בין בקרן בין בשבח בכל יפוי כח שנהגו לכתוב כו' עכ"ל הרא"ש וכ"כ הנ"י שס' וכ"כ השמ"ק שם בשם הרשב"א דלשמואל דס"ל אחריות לאו ט"ס מיירי התם בכתב בפירוש כן אבל לדידן אחריות ט"ס הוא בין בשטרי הלואה בין בשטרי מו"מ אע"ג דלא כתב ליה דכיון דהורגלו לכתוב כן המוכר ע"ד כן הוא מוכר ולוקח ע"ד כן הוא לוקח כו' עכ"ל הרשב"א. הרי להדיא דכתבו דאף בשטרי מו"מ היה מנהגם לכתוב אחריות והא דהוכרחו לכתוב כן י"ל משום דס"ל דלא שייך הסברא דלא שדי זוזי בכדי על חיוב אחריות דשבחא ע"כ כתבו דעיקר הטעם דחייב המוכר באחריות השבח זהו משום דכיון דנהגו לכתוב ה"ל כנכתב עכ"פ חזינן דאף בשטרי מו"מ נהגו לכתוב אחריות ואפ"ה א"ל שמואל אמליך וכתוב שבחא וכן שעבוד צריך לימלך וקשה הא ה"ל דבר שנהגו לכתוב כו'. וכן תקשה בהך עובדא דב"מ דף י"ד דא"ל כתבה לך אחריות א"ל לא כנ"ל:

והעיקר מה דנ"ל בזה דטעמו דשמואל הוא דס"ל בזה דלא כר"מ דהיה דורש לשון הדיוט וס"ל לשמואל דרבנן פליגי עליו בזה ואף דראיתי בכסף משנה ה' שגגות פ' יו"ד ה"ו שכתב דהא דס"ל לר' יהודה אדם מביא קרבן עשיר על אשתו כו' דליכא מאן דפליג עליה וכן כתב הר"ן בנדרים דף ל"ה ע"ב ד"ה הכי גרס דתניא אדם מביא קרבן עשיר כו' אבל באמת הא מבואר בנזיר דף כ"ד ע"א דרבנן פליגי על ר' יהודה בזה וע"ש בכל הסוגיא וכן כתב בגליון הש"ס לנדרים דף ל"ה להעיר בזה ע"כ יש לומר כיון דאמרו בב"מ דף ק"ד דר' יהודה היה דורש לשון הדיוט דס"ל אדם מביא קרבן עשיר על אשתו כו' ולכן כיון דרבנן פליגי על ר' יהודה וס"ל דאין מביא קרבן על אשתו מסתמא טעמם דס"ל דאין דורשין לשון הדיוט כדמשמע פשטות הסוגיא דב"מ שם. ע"כ י"ל דשמואל דא"ל אמליך וכתוב כו' ס"ל כרבנן דר' יהודה הנ"ל דאין דורשין לשון הדיוט:

א"כ לדידן דס"ל אחריות ט"ס אף במו"מ וכן שבח אף דבזה לא שייך הטעם דלא שדי זוזי בכדי כנ"ל ועיקר הטעם הוא משום שנהגו לכתוב כ"ז ומשמע התם דאף דבא עכשיו השטר מו"מ לפנינו ולא ידעינן אם התנו להיפך ג"כ יש לו דין אחריות שבחא וכה"ג. א"כ מוכח מזה דה"ה בכל מה דאמרו דכל דבר שנהגו לכתוב אף דלא נכתב ה"ל כנכתב

דאף דלא ידעינן ושמא התנו להיפך עכ"ז אמרינן דה"ל כנכתב וזה לא הוי שום ריעותא מה דהשמיטו הסופרים ולא כתבו כן בפירוש וכן מוכח מפשט הסוגיא דב"מ ד' ק"ד בכל הנך דקחשב התם דה"ה בבא עכשיו השטר לפנינו ואין כתוב מפורש בהשטר דג"כ ה"ל כנכתב וכן מוכח מכל הראשונים דהובא בסי' מ"ב בש"ך שם דלא מחלקים בזה כלל וס"ל דאף דלא ידעינן ושמא התנו להיפך בעת שנכתב השטר אפ"ה אמרי' להכלל הנ"ל דה"ל כנכתב:

הן גבי נאמנות והן גבי כתובה בשוקא והן גבי מטלטלין דיתמי ע"ש וידעתי מה די"ל דשאני גבי אחריות דשבחא דכיון דגוף האחריות על קרן דמי המכירה דשייך בזה לא שדי זוזי בכדי דזה ודאי ט"ס דה"ה בכל מה דשייך לענין חיוב אחריות דה"ל ט"ס ולא הוי ריעותא מה דהשמיטו הסופר אבל באמת פשט הענין הוא כמש"כ דאתו עלה מפאת מה שנהגו לכתוב כו' וע"כ העיקר לדעתי כדס"ל להש"ך שלא לחלק בחילוק האו"ת והנתיבות הנ"ל דאף דהשמיטו הסופר ג"כ ה"ל כנכתב היוצא לנו דאף דלא נמצא כתוב בפירוש עכשיו שבא השטר לפנינו ג"כ ה"ל כנכתב אם ידע הלוה או המוכר שכותבין כן בכל השטרות אבל רוב לא מהני בזה אם היה ידוע המיעוט אז בעת שנכתב השטר. וכן נתבאר דבהודאה בקנין שכתבו העדים השטר ולא כתבו אחריות בפירוש דאף דלא שייך בזה לא שדי זוזי בכדי כמש"כ הנתיבות בריש סי' ל"ט:

עכ"ז אמרינן אף בזה אחריות ט"ס משום דבר שנהגו לכתוב:

אבל בשטר בלא קנין הנכתב שלא בשעת הלואה אינו גובה ממשעבדי משום דהך מילתא דדבר שנהגו לכתוב דה"ל כנכתב אין לו דין שטר רק כמו בע"פ כנ"ל וכן נתבאר לעיל בבטול מודעא במתנה דלשיטת הרשב"ם בב"ב דף מ' דכתב דמודעא במתנה דמהני היינו משום דודאי אנוס הוא וכ"כ התוס' בב"ב דף מ' ע"א ד"ה אמאן דלא צייתי כו' ולפי שיטתם יש לומר דלא אמרינן בזה דה"ל כנכתב וזה פשוט דבמכירה באונס דבמסר מודעא דבטל המכירה דאף דנהגו לכתוב בטול מודעא בכל שטרי מכירה דבזה לא אמרינן דה"ל כנכתב: (ג) (שם סעי' ט"ז) יש מי שאומר שתנאי שאדם מתנה עם חבירו אין הולכים אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה והוא מן דברי ר' ירוחם שהובא בבית יוסף וכתב הסמ"ע וכן הדין בנדרים כמש"כ ביו"ד סי' רי"ח והביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ל"ט כתב דכן מצינו בב"ק ד' פ' ע"א ובנדרים ד' ס"ג ע"ב ולשון השטרות כדין לשון נדרים ובסי' רי"ח סעי' א' מיירי היכא דניכר כוונתו מתוך הענין שבגללן נשבע ונדר דהולכין אחר הכוונה אף דלא היה אומדנא דמוכח מפאת עצמו ויש לתמוה על זה דהא מבואר שם ביו"ד סי' רי"ח סעי' א' בהג"ה בשם הריב"ש דכ"ז דוקא בנודר בינו לבין עצמו

אבל בנודר לחבירו כל שלשון הנדר כולל הולכין אחריו אם לא באומדנא דמוכח הרי להדיא דמחלקין בין נדרים ובין היכא שהוא בינו לבין חבירו א"כ קשה איך כתבו הכא דאין הולכין אחר לשון השטר אלא אחר הכוונה הא שם מבואר להיפך וכן ראיתי בספר מראות הצובאות על אה"ע בלקוטיו בסוף הספר שהעלה בצ"ע דברי המחבר דהכא דזהו סותר להך דיו"ד ע"ש: וכן יש להעיר בראיות הגר"א זצ"ל דהא בב"ק ונדרים שם מיירי בנודר בינו וב"ע א"כ מזה אין להוכיח על הענין שבינו ובין חבירו אך מה שציין הביאור הגר"א זצ"ל להא דקידושין ד' סמ"ך ע"ב תנא לא נתכוונה כו' א"ש דהא שם מיירי ג"כ בעסק קידושין שבינו ובין האשה ובראיות הגר"א זצ"ל מהא דב"ק ד' פ' דקפצה ונשבעת דכל מי שיבא איני מחזירתו הנה בתשובת הגהות מיימוני ה' שבועות ונדרים סי' ד' כתב לדמות הא דב"ק הנ"ל לשטר מברחת ולהא דזבין ולא אצטריך ליה זוזי ולהא דר"ש בן מנסיא דב"ב ד' קמ"ו דמשום אומדנא דמוכח אתו עליה ע"ש:

ענף א:

והנלע"ד בזה דהנה עיקר החילוק שמחלק הריב"ש בסי' קצ"ה בין נודר בינו לבין עצמו ובין בינו לבין חבירו הוא ע"פ מש"כ שם הריב"ש בשם הרמב"ן בחי' בפרק יש נוחלין ד' קכ"ו דבנדר שנודר בינו לבין עצמו לא בעינן תנאי כפול ולא שיהא אפשר לקיים ע"י שליח ושאר דקדוקי התנאי רק בתנאי שבין אדם לחבירו בעי לכל דיני תנאי. כוונתו דכמו דלא מצי תנאי שלא היה כדיני תנאי לעקור למעשה הקנין או מעשה החיוב שנעשה בינו ובין חבירו אף דאם ניזול בתר כוונת הענין הא חזינן כוונתו דלא עשה זה רק משום התנאי אפ"ה לא מהני כוונתו לעקור להמעשה ה"ה דמה"ט לא אזלינן בתר כוונתו מן גלל הענין שבגללן עשה זה הקנין או החיוב ולעקור להמעשה שעשה. רק בגדר שבינו ובין עצמו דכמו דלא בעי לדיני תנאי ורק מה שמוכח מן כוונתו מהני לעקור לדיבורו משום דזהו בגדר אתי דיבור ומבטל דיבור ע"כ מה"ט אזלינן ביה בתר מה דחזינן מן מה שבגללן נדר ונשבע ולעקור להנדר ושבועה וכן פסק הרמ"א לקמן ביו"ד סי' ר"כ סעי' ט"ו דבנדרים לא בעינן למשפטי תנאים משום דלא גרע דבורו מן כוונת הנודר כדלעיל סי' רי"ח כו' ונתכוין הרמ"א להך דברי הריב"ש הנ"ל: ודברי הרמב"ן בב"ב הנ"ל הובא בפני יהושע בגיטין ד' ע"ה ובכתובות ד' ע"ד שביאר זה היטב והובא בתשובת ר"ע איגר זצ"ל סי' מ"ח שכתב כן בשם השיטה מקובצת בנזיר אך זהו דלא כשיטת התוס' כפי מש"כ שם הפ"י ורע"א ע"ש. אך לפי מש"כ ההפלאה לכתובות ד' נ"ו ע"א בתוס' ד"ה ה"ז מקודשת כו' בד"ה ואור"י דאי לאו דילפינן כו' בכוונת התוס' דנזיר ד' י"א אין הכרח לדבריהם בכוונת התוס' דנזיר הנ"ל ומה שיש לדון לפי דברי הרמב"ן דבנדרים לא בעינן

תנאי כפול דהא בנדרים ד' י"א אמרו גבי לחולין שאוכל לך דלר"מ דבעי ת"כ לא מיתסר שם אלמא דגם לר"מ בנדרים בעי ת"כ הנה זה הקשה הרמב"ן במלחמות פ"ב דביצה וחולק בטוב טעם ע"ש ועיין מכל זה בספר בשמים ראש סי' ר"ד שהאריך בזה והדברים ארוכים ואכמ"ל אך בעיקר הדבר שכתב הרמב"ן שבנדרים לא בעינן לדיני תנאי לאו כ"ע ס"ל כן וכמש"כ הרמב"ן בב"ב שם כן בשם יש אומרים וכן כ' השמ"ק בנזיר בשם יש אומרים אלמא דלאו כ"ע ס"ל כן וכן כתב בחדושי רע"א זצ"ל ביו"ד סי' ר"כ ס"ק ו' על מש"כ הרמ"א שם דלא בעינן תנאי כפול בנדרים דהמיימוני בהפלאה סי' ד' לא ס"ל הכי ע"ש:

ולפ"ז י"ל בעיקר דברי הרמ"א דיו"ד סי' רי"ח הנ"ל שכתב לחלק בין נודר בינו ובין עצמו לבין נודר בינו ובין חבירו במה דמוכח לנו כוונתו ממה שבגללן נדר דכיון דהריב"ש והרמ"א ס"ל לדמות זה למה דמחלקים בין נדרים ובין מה שבינו לחבירו בהא דבעינן תנאי כפול בכל הענינים זולת נדרים שבינו ובין עצמו כנ"ל ע"כ אפשר לומר דלהפוסקים דס"ל דגם בנדר שבינו ובין עצמו בעינן תנאי כפול וכל דיני תנאי ע"כ שפיר יש לדמות ולמילף לכל דיני ממונות שבינו לחבירו דגם במה דהוי זכות לחבירו ג"כ יש לנו למיזל בתר כוונתו ממה דרואין להענין שבגללן עשה זה החיוב או הקנין דהא לדידהו לא מצינו חילוק כלל בין נדר בינו וב"ע למה שבינו ובין חבירו וע"כ יש לומר דזהו כוונת יש מי שאומר הכא בח"מ שכתבו דגם בשטר שבינו ובין חבירו אין הולכים אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה דלכן אמרו זה בלשון יש מי שאומר משום דלאו כ"ע ס"ל כן אלא זהו רק לשיטת הסוברים דגם בנדרים בעינן תנאי כפול ע"כ להך שיטה י"ל דילפינן זה שפיר מהא דנדרים דאזלינן בהו בתר כוונת הענין ממה שרואין שבגללן נדר כמבואר ביו"ד סי' רי"ח. וה"ה במה דהוי הענין לזכות חבירו דג"כ אין הולכים אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה ממה דבגללן עשה הענין של השטר כן י"ל בזה:

אך אין דעתי נוחה עדיין מזה דתקשה דלמה כתב הרמ"א ביו"ד בפשיטות דבינו ובין חבירו אין הולכין בתר הכוונה אלא אחר משמעות הלשון ומשמע דכ"ע מודו בזה. וכן בהא דיו"ד סי' ר"כ סעיף ט"ו לא הביא הרמ"א שם ליש אומרים דבנדר בעי ג"כ תנאי כפול ולכן אין זה מספיק עדיין לתרץ קושיא החמורה הנ"ל ולולי דברי הסמ"ע וביאור הגר"א זצ"ל היה מקום לומר דכוונת השו"ע הכא במש"כ דאין הולכין אחר לשון השטר אלא אחר הכוונה דזה קאי אם היה אומדנא דמוכח ואף דבאומדנא דמוכח כ"ע ס"ל דמהני כמש"כ התוס' והרא"ש בקידושין ד' מ"ט וכתובות ד' צ"ז ובשא"ד ובח"מ סי' ר"ז סעי' ד' עכ"ז שייך בזה לשון יש מי שאומר לפמש"כ הסמ"ע בכמה דוכתי דבדבר שאינו מפורש

כ"כ דרכו לכתוב בלשון יש מי שאומר והנה במה דס"ל להתוס' והרא"ש וש"פ לומר דבמקום אומדנא דמוכח מהני אף לבטל להמכירה וכה"ג הא לשיטת הגהות אלפסי דהובא בח"מ סי' ר"ז סעי' ד' ברמ"א בלשון וי"א דבמתנה דברים שבלב מהני והוציא כן מהא דמתנת שכ"מ ומברחת כמו שכתב בביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק י"ד ע"ש:

א"כ להך שיטה יש מקום לומר דאומדנא דמוכח לא מהני רק במתנה וע"כ שייך שפיר לשון יש מי שאומר אף באומדנא דמוכח ועיין בגיטין ד' ל"ב בתוס' ד"ה מהו דתימא אגלאי כו' ובתוס' ב"ב ד' קמ"ו ד"ה מאן תנא דאזיל בתר אומדנא כו' אך כל זה הוא דוחק לתרץ עפ"ז דברי השו"ע דסתרי אהדדי:

ענף ב:

והעיקר מה שנלע"ד בזה ע"פ מה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף ד' וענף ה' בענין ספק אומדנא דהוי דברים שבלב ולא מהני כמש"כ שם בשם הרא"ש וש"פ וזה אינו רק אם אנו דנין אם היה אומדנא על איזה תנאי וכה"ג דזה מקרי עקירת הענין ע"כ בכה"ג לא מצי לעקור להמעשה שנעשה בפנינו אבל היכא שנעשה איזה תנאי לפנינו בוודאי אך אנו דנין על פירוש התנאי איך הוא כמו בהאומדנא דלא כתב לה רק ע"מ לכונסה ונסתפקנו אם בעינן ביאה דוקא וה"ה חופה ראויה לביאה או דאפשר דסגי בחופת נדה ג"כ וכן בהא דכתובות ד' ע"ג במומין ונדרים שנמצאו באשה דאמרו שם האי תנא מספקא ליה כו' דהוכחתי שם מזה דהיכא דהיה תנאי ודאי רק דנולד לנו ספק בכוונת התנאי כמו התם דהיה אומדנא דהתנה ע"מ שאין עלי' מומין ונדרים רק דמסופקים אם היתה כוונתו רק על מום דאיילנית ונדר שבינו לבינה כמו נטולה מן היהודים דוקא או דהיתה כוונתו בהתנאי על כל מומין ונדרים דאמרו שם דאין לה כתובה רק צריכה גט משום ספק איסור לחומרא וכן בנכנסה לחופה דלא חזיא לביאה דכתובות ריש פ"ה ברא"ש סי' ו' דמספק שמא היתה כוונתו לחופה דחזי לביאה דוקא דאין לה כתובה דהוא הכל מן ה"ט כמש"כ שם בארוכה ושאני בהא דש"מ שהקדיש כל נכסיו דהוי ספק אם היה אומדנא בעיקר התנאי דיחזור אם עמד דלא מהני ספק אומדנא לעקור ולסתור למה שאמר בפיו משום דגם תנאי מקרי סתירה ועקירה לדבריו כמש"כ שם:

ולפ"ז אתי שפיר דברי השו"ע דלא סתרי אהדדי והוא דהא ביו"ד סי' רי"ח מיירי התם בקהל שקבלו זקן א' לסופר ועמו נער א' ועכשיו נסתלק הזקן ונולד ספק אם שיכולים הקהל לסלק להנער מחמת שנראה מהענין שלא קבלו הנער רק מחמת הזקן וע"ז העלה הריב"ש שם דאין הולכין אחר הכוונה רק במה שאין לו שום שייכות עם חבירו אבל

בנותן מתנה לחבירו דבזה כיון דיש זכות לחבירו מצד דהא דברי הקהל א"צ קנין כידוע] ע"כ לא מבטלינן לזכות חבירו דזהו הוי כמו שכתב הרמב"ן דתנאי שאינו כפול לא מהני לבטל למעשה משא"כ בנודר בינו ובין עצמו וה"ה הכא דהוי ג"כ מה"ט דלא אתי מה שמוכיחין מן כוונת הענין שבגללן נעשה הענין לסתור להמעשה שנעשה כנ"ל וזהו הכל רק היכא דאנחנו מסופקים בעיקר התנאי אם נעשה הענין על תנאי שלא יהיה הנער רק אם יהיה הזקן או לא היה על תנאי ודברי הריב"ש הנ"ל בקצרה הובא ביו"ד בט"ז שם ובכה"ג דוקא אין הולכין אחר הכוונה רק אחר משמעות ופשטות הלשון ועיין בט"ז ביו"ד ס"ק ג' מזה:

והנה הכא בח"מ הא כתבו הב"י בשם ר' ירוחם וכן השו"ע בזה הלשון כלל גדול הוא בידינו בכל תנאי שאדם מתנה עם חבירו אין הולכים אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה עכ"ל הרי דכתבו כן רק בתנאי שמתנה עם חבירו ולא כתבו בקיצור שבשטרות אין הולכין אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה וזה צריך ביאור אבל לפמש"כ מדוקדק שפיר לשונם הזהב והוא דהא בביאור הגר"א זצ"ל שם ציין על זה קידושין דף סמ"ך ע"ב תנא לא נתכוונה והוא דהא מיירי התם בקידש האשה ע"מ שאראך בית כור עפר דאם הראה שאינו שלו אף דהוי ליה באריסות או בשכירות אינה מקודשת משום דלא נתכוונה אלא לראות משלו והא שם לא שייך לומר דזה הוי אומדנא דמוכח משום דהא לא הוי זה הוכחה מצד עצמו ודוקא בשכ"מ שכתב כל נכסיו וכן שטר מברחת והא דר"ש בן מנסיא בכתב כל נכסיו לאחר ואח"כ בא בנו כו' וכה"ג דבכ"ז שייך אומדנא דמוכח מצד טבע דלא שבק אינש ערטילאי כו' וכן לא שביק לבנו כו' אבל הכא בקידושין גבי ע"מ שאראך כו' הא לא שייך לדון אומדנא רק עיקר הענין במה שאין הולכין אחר לשון המשמעות אלא אחר הכוונה מצד דהא סיבת הקידושין שנתקדשה חזינן דעיקר רצונה היה באופן שיהיה לו קרקע וע"כ הכוונה היתה שיהיה לו משלו דאל"כ מה תועלת יהיה לה מן קרקע שאינו שלו ואתי שפיר ראיות הגר"א זצ"ל הנ"ל:

והנה הא התם היה תנאי בודאי דקידשה ע"מ שאראך כו' רק דנולד לנו ספק בפירוש התנאי איך היתה כוונתו. בזה שפיר אמרו דהולכין אחר הכוונה בפירוש התנאי ולא אזלינן בזה בתר משמעות הלשון וכמו שכתבתי כעין זה בהא דספק אומדנא דהיכא דהיה תנאי בודאי אז מפני ספק אומדנא אף שיעקור משום זה המעשה ביותר וזהו מדוקדק בכוונת המחבר ור' ירוחם דכתבו דבתנאי שמתנה עם חבירו אין לילך בו אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה דזה משמע דתנאי היה בוודאי רק דאנו מסופקים בו מצד כוונתו מתוך סיבת הענין שעשה התנאי דבזה שפיר קאמרי דאין הולכין אחר המשמעות

הלשון אלא אחר הכוונה אף דע"י זה יתבטל הענין מ"מ כיון דהיה תנאי עכ"פ שאני משא"כ בהא דיו"ד סי' רי"ח דאם ניזל בתר משמעות הלשון אין כאן שום תנאי כלל לפנינו ע"כ אין הולכין אחר הכוונה להוסיף איזה תנאי וכה"ג כיון דזהו סותר להמעשה שנעשה ע"י קנין או חיוב: כללו של דבר הוא כן דהיכא דיש שני משמעות בכוונת הלשון והשטר ודאי דאזלינן בזה בתר המוחזק וכמבואר בסי' מ"ב ובט"ז ביו"ד סי' רי"ח ס"ק ב' ובכזה אמרו בח"מ סי' מ"ג סעיף כ"ח דכל זמן הכתוב בשטר כגון עד הפסח כו' דנין כמו בנדרים ואדרבה בממון שאני מנדרים היכא דסותר פירושו להרוב כמו הא דב"ק ר"פ המניח ברוב קורין לחביתא חביתא ומיעוט קורין לכדא חביתא דכיון דאין הולכין בממון אחר הרוב [משא"כ בנדרים כמבואר ביו"ד סי' ר"ח סעיף א' דאם קורין לבשר מליח של קדשים בשר מליח סתם כו' אינו נאמן נגד הרוב ועיין בעבודת גרשוני סי' ג' מזה יכול לפרש דבריו ולומר הנני מן המיעוט דהא להך מיעוטא אין בזה שום נגד להמשמעות הלשון אבל היכא דמשמעות ופשטות הלשון הוא נגד הכוונה שנראה מתוך סיבת הענין שנעשה ע"י זה הענין אף שאינו סותר לשונו לגמרי להכוונה משום דהיכא דסותר לשונו לגמרי להכוונה בזה אף בנדרים אין הולכין אחר הכוונה וכמש"כ הט"ז ביו"ד סי' רי"ח ס"ק ג' ועיין בספר עצי לבונה שם בזה הדין כן באם שניזל בתר כוונת הענין יתוסף איזה תנאי ובאם שנלך אחר לשון המשמעות לא יהי' התנאי כלל ע"כ יש לנו למיזל אחר הלשון כמבואר ביו"ד סי' רי"ח במה שבינו ובין חבירו ולא עקרינן למשמעות הלשון לסתור אותו אבל באם הי' תנאי בוודאי לפנינו רק אם ניזל בתר משמעות הלשון של התנאי יקויים הענין ואם ניזל בתר הכוונה יתבטל הענין אז הולכין אחר מה שנראה כוונתו מתוך הענין שבגללו עשה את התנאי וא"ש פסקי השו"ע וכ"א על מקומו יבא על נכון. ועיין בח"מ סי' מ"ב סעי' ה' בסמ"ע ס"ק יו"ד ובש"ך ס"ק ט' וקצרתי ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף ה' מש"כ שם בהא דקידושין ר"פ האומר גבי מעכשיו ולאחר ל' יום כו' דתנאי גרע מן פי' דוחק ע"ש וכעין זה כתב הנימוקי יוסף בב"מ פ"ה על הא דבני רב עילישׁ דנפק עלייהו שטרא דהוה כתוב ביה פלגא באגרא ובהפסד כו' (והוא בב"מ דף ס"ח דאף דאמרינן יד בעהש"ט על התחתונה עכ"ז במקום שאין לשון השטר מספיק לזה רק צריך להוסיף על הלשון דיטול תרי תילתי באגר לא מפרשינן כן רק משום איסורא לאינשי לא ספי דזהו אומדנא דמוכח ע"כ מפרשינן שפיר דיטול תרי תילתי אגר כדאמרו שם בגמ':

ענף ג:

ואחר כתבי כל זה הגיע לידי ספר רבינו ירוחם וראיתי במישרים נתיב כ"ג חלק יו"ד שכתב בזה"ל כתב הרשב"א בתשובה אע"פ שכתב לה במתנה לחוד שתגבה האשה בין בחייו בין במותו ודאי יראה שאין נזקקין לדינא ואין מגבין אותה בחיי הבעל כלל דלא כתב לה רק להיות קיום וחיזוק שלא יוציאנה כאחת הקלות ושתבטח נפשה בו לא שיכתוב לה היום ותגבה למחר וכלל גדול בידינו בכל תנאי שאדם מתנה עם חבירו שאין להלך אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה לבד וראיה דע"מ שאראך מאתים זוז דהאיש מקדש דלא נתכוונה זאת אלא לראות משלו או בית כור עפר וכן פסקו שמה בקדושין דאע"ג דקנו מיניה נלך אחר הכוונה וכן פסק הרמב"ם ז"ל וכן במתנת שכ"מ שאם עמד חוזר תשובה לגאון מתנה לחוד אם יש בה תנאי שתגבה מחיים נגבית מחיים אא"כ היה המנהג שלא תגבה מחיים והמנהג שיהיה שרוב הקהל יתיעצו עם זקני הקהל ויעשו תקנה כו' ומה שכתבתי למעלה מהרשב"א חולק על זה זולתי אם היה המנהג בימיו כך אבל הוא לא כתב ולא תלה הדבר במנהג כו' עכ"ל ר' ירוחם והעתקתי כל לשונו הנצרך לענייננו: וחזינן דר' ירוחם הביא לראיה מהא דקידושין דף ס' ע"ב כנ"ל וסיים בראיה ע"ז מהא דמתנת שכ"מ שאם עמד חוזר. הרי דקאי ר' ירוחם שם במה שכתב דנלך אחר הכוונה דזהו באומדנא דמוכח כמו שהוכיח ע"ז ממתנת שכ"מ דזהו מקור לכל אומדנות כמבואר בתוס' והרא"ש וש"פ בכ"ד ואף דנימא דעיקר כוונת ר' ירוחם במה שהוכיח מהא דמתנת שכ"מ שאם עמד חוזר אף אם היה בקנין ולא מחלקינן דשאני קנין וכמבואר בב"ב דף קנ"ב ובח"מ סי' ר"נ סעיף י"ג וסעיף י"ד:

דה"ה במתנה שנתן לאשתו דאף דקנו מיניה אפ"ה אינה יכולה לגבות כ"ז דלא נתגרשה כמש"כ שם לעיל עכ"ז מוכח דס"ל לר' ירוחם דהך מילתא דכתב שם דאע"ג דכתוב בשטר מתנה שתגבה בין בחיים ובשלום ובין במותו דזהו אומדנא דמוכח דלא נתכוין שתגבה מיד דאל"כ איזה הוכחה הוא מן הא דמתנת שכ"מ דלא מחלקינן בין אם היה בקנין או לא הא יש לחלק דשאני מתנת שכ"מ דהוי אומדנא דמוכחא משא"כ הכא דלא הוי אומדנא דמוכחא רק מצד כוונת הענין אתו עלה וע"כ מוכח דעיקר כוונת ר' ירוחם שם דס"ל דלכן אע"ג דכתב לה שתגבה המתנה בין בחייו כו' דמ"מ אינו גובה כ"ז דלא נתגרשה משום דזהו ג"כ הוי אומדא דמוכחא וכן מה שכתב שם כלל גדול הוא בידינו בכל תנאי שאין להלך אלא אחר הכוונה. דכוונתו ג"כ היכא דהוי אומדנא דמוכח וכן בהא דקידושין דף ס' ע"ב בע"מ שאראך כו' דלא נתכוונה כו' דזה ג"כ מקרי אומדנא דמוכח:

ולפ"ז אתי שפיר בפשיטות מש"כ המחבר הכא דאין לילך אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה דקאי ג"כ היכא דהוי אומדנא דמוכח דזה מהני אע"ג דהוי בממונות שבינו ובין חבירו וכמש"כ ביו"ד סי' רי"ח דבאומדנא דמוכח שאני אך עדיין תקשה דלמה כתב המחבר בלשון יש מי שאומר וכמש"כ לעיל ומש"כ לעיל בזה הוא דוחק:

ולכן נראה לי להעיר בזה מילתא חדתא והוא דיש להבין במה שכתב ר' ירוחם בשם תשובה לגאון דכתב דאם כתוב בשטר מתנה שתגבה בין מחיים דנגבית מחיים אף מקודם שנתגרשה דכיון דזה הוי אומדנא דמוכח דלא נתכוין שתגבה מיד א"כ הא באומדנא דמוכח במתנה כ"ע מודו דמהני כמבואר בח"מ סי' ר"ז סעיף ד' ע"ש בביאור הגר"א וצ"ל ס"ק י"ד ולחד דעה דבמתנה דברים שבלב הוי דברים אע"ג דס"ל דלא מהני אומדנא במכירה עכ"ז מתנה שאני כדמוכח זה מכמה דוכתי דבמתנה ודאי מהני אומדנא דמוכחא וידעתי מה די"ל דס"ל להך תשובה לגאון דזה לא מקרי אומדנא דמוכח ובזה גופא פליגי הרשב"א עם תשובה לגאון הנ"ל אם זה הוי אומדנא דמוכח דלא נתכוין שתגבה מיד או לא אבל אין דעתי נוחה מזה:. ולכן נראה לענ"ד לומר דעיקר פלוגתת הרשב"א עם תשובה לגאון הנ"ל הוא בזה דהא מצינו בח"מ סי' ט"ו סעיף ה' דהאידנא אין דנין הדינים דדנו בזמן הש"ס ע"פ אומד דעת הדיין וע"פ אומד המת וכ"כ המחבר בסי' רצ"ז וכ"כ הטור וזהו מן דברי הרי"ף בכתובות ד' פ"ה בשם גאון וכ"כ הרמב"ם והרא"ש שם אלמא דחזינן להגאונים הראשונים דנעלו את הדלת לנו שלא נידון ע"פ אומד דעתנו כלל ולפ"ז יש לדון כה"ג במה דקיי"ל דאומדנא דמוכח מהני ואזלינן בתריה דאפשר לומר דזה אינו אלא באומדנא דמצינו בש"ס בפירוש כמו הא דמתנת שכ"מ בכולה ובהא דר"ש בן מנסיא דאם היה בנו קיים כו' ובזבין למיסק לארעא דישראל ושטר מברחת וכה"ג דכיון דאמדו חז"ל להך אומדנא ע"כ יש לנו לדון ג"כ כן אבל באומדנא דלא מצינו בש"ס בפירוש וכמו הך נידון של ר' ירוחם והרשב"א דנתן מתנה לאשתו דכתבו לדון בזה אומדנא שלא נתן לה שתגבה מיד זה האומדנא לא מצינו בש"ס בפירוש דהא מה דאמרו לא ניתנה כתובה לגבות מחיים זהו מצד מדרש כתובה וכמש"כ הבית יוסף בשם המישרים והובא באה"ע סי' צ"ג דמספר כתובה נלמוד שכוללין נדוניא ותוספת יחד ע"ש וכיון דלא מצינו זה האומדנא בפירוש ע"כ יש לנו לדון דאין אנו דנין לאומדנא דלא נזכר בש"ס בפירוש והא דשודא דדייני דב"ב דף ל"ה ובח"מ סי' ר"מ הא נזכר זה בש"ס וגם הא לא הוי הוצאת ממון ממוחזק וכעין זה כתב הרשב"א והובא בבית יוסף בח"מ סי' ס"א דהך מילתא דאמרו דמה דלא צריך לטפויי מילתא אתא דאין לנו כח לדון מעצמנו אלא במה שאמרו חז"ל בפירוש וכה"ג מבואר בכללי מיגו גבי מיגו בש"ך ס"ק ל"ב ע"ש

וכן במיגו במקום חזקה דאין לדמות מדעתנו החזקות זו לזו וע"כ במקום שאינו מפורש אזלינן בתר המוחזק וה"ה באומדנות דהא מצינו כמה חילוקי דינים ביניהם כמש"כ התוס' בכתובות דף צ"ז ד"ה זבין ולא איצטריך ליה זוזי כו' וכ"כ הרא"ש שם ובקדושין דף מ"ט ובח"מ סי' ר"ז ע"כ אין לנו לדון אומדנות מעצמנו וכעין זה כתבו בדין ספק ספיקא דאין לנו כח לדון מעצמנו כי אם במקום המפורש והדומה להן כמבואר בכללי ס"ס של הש"ך ס"ק ל"ו ועיין בכו"פ ובחי"ד שם:: ענף ד:

ולפ"ז יש לדון דזהו שיטת תשובה לגאון דס"ל דמתנה שנתן לאשתו נגבית מחיים כיון דלא מצינו אומדנא זו בש"ס בפירוש וע"כ אין אנו דנין מעצמנו לאומדנא זו ואף דהתם בסי' ט"ו ובסי' רצ"ז מיירי בבאין להוציא מן המוחזק ע"י אומד דעתו של הדיין ואומד המת וכן בקים ליה בגויה כו' והכא הא מיירי בבעל שהוא מוחזק ואפ"ה כתבו דגובין המתנה בחייו ומוציאין מהמוחזק עכ"ז יש לחלק בזה לפמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף ד' וענף ה' וענף ו' ובסי' י"א שם דאם נולד לנו ספק באומדנא איך היה כוונתו דזה מקרי דברים שבלב כיון דלא הוי מוכחא מחמת הספק שנולד לנו וע"כ הוי זה כמו אומדנא דלא מוכחא דלא מהני משום דמקרי דברים שבלב ע"ש ולכן יש לומר בטעמו של הגאון דס"ל דמתנה שנתן לאשתו נגבית מחיים משום דאין לנו לדון אומדנא זו כיון דלא נזכר זה האומדנא בש"ס וממילא כיון דאין אנו דנין לאומדנא זו ע"כ הוי זה אומדנא שאינה ברורה ומוכחת לכל והוי זה כמו כל ספק אומדנא דהוי כמו דברים שבלב דלא מהני וע"כ ממילא מוציאין ממנו אף דהוי מוחזק וזה אינו רק במה שאנו מסופקים בכוונתו ובמחשבתו איך היה ע"כ אין אנו מבטלינן משום דברים שבלב למה שאמר בפיו בפירוש כמו שכתבתי שם בספרי: אבל בהא דסי' ט"ו דהוי הספק לנו איך הי' המעשה וע"י אומד דעת הדיין ואומד דעת המת אנו מוכיחין איך היה המעשה וע"כ שפיר דנין האומדנא להחזיק ממונא משום דהממע"ה רק להוציא אין לנו כח משום דאין אנו יכולין לעמוד על דעתינו כ"כ בזה כן הוא כוונת תשובה לגאון דס"ל דבעל שנתן מתנה לאשתו נגבית אף כ"ז שלא נתגרשה ושיטת הרשב"א דס"ל דאינה נגבית זהו משום דס"ל דאף אומדנא דלא נזכרה בש"ס ג"כ יש לנו לדון מעצמנו ושאני הא דסי' ט"ו דאין אנו דנין משום דהא התם הוי זה האומד בפרט אותו האיש איך היה דעתו ע"פ אומד דעת הדיין ע"כ זה אין אנו יכולין אבל הכא במתנה שנתן הבעל לאשתו דהוי זה אומדנא בכל העולם דודאי אין דרך הבעל ליתן מתנה לאשתו שתוכל לגבות ממנו מיד והוי זה אומדנא בהכלל ולכל ע"כ ס"ל להרשב"א ור' ירוחם דאנו דנין לאומדנא זו ואינה גובית מהבעל וזהו כוונת ר' ירוחם שם במש"כ דכלל גדול הוא בידינו בכל תנאי שאדם

מתנה עם שאין להלך אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה דזה קאי הכל להיכא דהי' אומדנא דמוכחא משום דס"ל דאין לחלק בין אומדנא דמצינו בש"ס ובין אומדנא דאנו אומדין מדעתנו על הכולל בני אדם שכן דעתן והכל חדא היא:

וכן מוכרע זה בלא"ה דהא אין לפרש דרבינו ירוחם שם קאי להיכא דניכר כוונתו מתוך הענין וכמש"כ המראות הצובאות בשם הסמ"ע לדמות זה להא דנדרים ביו"ד סי' רי"ח דזה אינו דהא שם ביו"ד מיירי בהיה טעון משא כו' והיה ריחו קשה או שנצטער בלבישתו כו' וכן בעובדא דהריב"ש שהובא שם בט"ז ס"ק ב' דע"י בקשת המבקש קבלו לסופר זקן אחד עם הנער כו', וכן בהא דנדרים ד' ס"ג ע"ב דהיה מסרב מחבירו שיאכל אצלו ואמר קונם לביתך כו' טיפת צונן כו' ושם היה הענין ניכר מתוך מעשיו שבגללן נשבע ונדר איך היתה כוונתו אבל בהעובדא דר' ירוחם דמיירי בבעל שנתן מתנה לאשתו וכתב בין בחייו כו' ושם לא היה הענין ניכר מתוך מעשיו שעשה בגללן ולתלות לכוונתו משום זה אלא הא שם היה מתנה ממנו לאשתו בלא שום ענין מתחלה א"כ ליכא לפרושי ולדמות זה להא דיו"ד הנ"ל וע"כ לא הביא ר' ירוחם שם להא דנדרים:

ולכן מוכח דעיקר טעמו דר' ירוחם שם משום דס"ל דזה הוי ג"כ אומדנא דמוכח וככל אומדנות דמוכחי דמצינו בש"ס והא דח"מ סי' רכ"ה סעיף ג' שכתב שם דה"ה לכל תנאי ממון שאומדין דעת המתנה כו' אלא דברים הידועין שבגללן היה התנאי כו' והוא מהרמב"ם שא"ה דמיירי במה שאינו מצוי דיש לזה מקור מהש"ס כמבואר בגיטין ד' ע"ג ע"כ אין זה ענין לנ"ד:

ענף ה:

ולפי מה שנתבאר דהמישרים שם מיירי באומדנא דמוכח ע"כ אתי שפיר על נכון למש"כ המחבר הכא בלשון יש מי שאומר דאין הולכין אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה דזהו ג"כ היכא דהיה אומדנא דמוכח על כוונתו איך היה ואשמעינן דאף היכא דלא הוי אומדנות דאמרו בש"ס בפירוש רק דאנו מוכיחין כן מדעתנו לאומדנא זו דזה ג"כ מהני ומדוקדק לפ"ז שפיר לשון יש מי שאומר משום דהא לאו כ"ע ס"ל כן דהא שיטת תשובה לגאון דהובא במישרים שם חולק ע"ז וס"ל דמתנה שנתן לאשתו נגבית מחיים וטעמו דס"ל דאין לנו כח לדון אומדנא מדעתנו אך המחבר הכריע כשיטת הרשב"א דחולק ע"ז ולכן לא הביא בבית יוסף רק שיטת הרשב"א הנ"ל ע"כ שפיר נקט ליה בלשון יש מי שאומר כו' ולכן לא הוי שום סתירה על זה מהא דיו"ד סי' רי"ח דהא שם לא היה אומדנא דמוכח כמבואר שם:

אך עדיין צריך ביאור והוא דבאה"ע סי' צ"ג סעי' א' דכתובה ונדוניא אין נגבים אלא כשתתאלמן ותתגרש וכתב ע"ז הרמ"א דאם כתב לה מתנות הם נגבים מחיים כו' במישרים בשם גאון ודלא כהרשב"א עכ"ל הרי להדיא דהכרעת הרמ"א בפלוגתת הרשב"א עם הגאון שהובא במישרים שם כשיטת הגאון והובא בדרכי משה שם ולכאורה קשה דהא במישרים שם כתב בשם תשובה לגאון בזה"ל מתנה לחוד אם יש בה תנאי שתגבה מחיים נגבית מחיים הרי להדיא דדוקא בכתב בפירוש שתגבה מחיים אמרו כן וגם ע"ז חולק הרשב"א כמבואר שם ומשמע דאם לא כתב כן בפי' דגם תשובה לגאון הנ"ל ס"ל דלא נגבית מחיים ואלו הרמ"א הכא כתב סתמא דמתנות הם נגבית מחיים. ומשמע דאף דלא כתב בפירוש דתגבה מחיים גם כן הם נגבים מחיים וזה צ"ע דמנלן להרמ"א זה ואף די"ל דס"ל להרמ"א מסברא דלשיטת הגאון הנ"ל ה"ה אף דלא כתב כן בפירוש ג"כ הם נגבים מחיים עכ"ז קשה מנלן לו זה ובפרט דהא משמעות הלשון בתשובה לגאון הנ"ל משמע דדוקא בכתב בפי' שתגבה מחיים ס"ל כן וע"כ זה צריך ביאור ויבואר זה במק"א כי אכ"מ:

עכ"פ חזינן דהרמ"א הכריע בפלוגתת הרשב"א עם הגאון כשיטת תשובה לגאון וכבר כתבתי לעיל דעיקר פלוגתתם הוא אם אזלינן בתר אומדנא שאומדין אנחנו מדעתנו וכוונת המחבר בח"מ דהכריע כשיטת הרשב"א דאין הולכין אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה זהו משום דס"ל דאף אומדנא שמדעתנו ג"כ מהני א"כ תקשה סתירת השו"ע אהדדי דהא הכא בח"מ לא הביא הרמ"א כלל לשיטה החולקת על הרשב"א אף בשם י"א כלל ומשמע דס"ל כהמחבר דפסק כהרשב"א ואלו באה"ע פסק כשיטת תשובה לגאון ודלא כהרשב"א וע"כ לכאורה נדחה לכל מש"כ אך אפשר לומר דגם שיטת תשובה לגאון ס"ל דאזלינן גם אחר אומדנא שלנו ג"כ אך דס"ל דבמתנה שנתן לאשתו ליכא אומדנא דמוכח כ"כ ולכן הכריע כשיטת תשובה לגאון אבל היכא דאיכא אומדנא ברורה אף שלא נזכר בש"ס ג"כ מהני ולכן שפיר כתב המחבר וכן סתם הרמ"א הכא דאין הולכין אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה היינו אף במה דהוי האומדנא שאומדין אנחנו מדעתנו ואפ"ה אתי שפיר מש"כ המחבר הכא בלשון יש מי שאומר לפי הכלל הידוע דמה שאינו כתוב בפירוש שייך ע"ז לשון יש מי שאומר כמש"כ הסמ"ע בכ"ד וע"כ כיון דיש מקום לומר ולחלק דלא תהא מועיל אומדנא שלנו כמו דמצינו בהא דסי' ט"ו וכנ"ל ע"כ שייך שפיר ע"ז לשון יש מי שאומר וע"כ לדינא שפיר י"ל דבפלוגתת הרשב"א עם התשובה לגאון הנ"ל הלכתא כהתשובה לגאון הנ"ל וכמש"כ הרמ"א באה"ע משום דזה לא הוי אומדנא ברורה ומוכחת אבל היכא דהוי אומדנא מעליא אף שאינו מפורש בש"ס כדומה

לזה מ"מ מהני וכמש"כ המחבר הכא וא"ש הכל על נכון וכן מצינו בתשובת הרא"ש והובא בטור ח"מ סי' ס"ה סעי' כ"א ובקצרה במחבר שם סעיף י"ז דדייניין אומדנות המוכיחות לפי דעתינו ע"ש: ענף ו:

ועוד י"ל דאף לפמש"כ לעיל דפלוגתת הרשב"א עם התשובה לגאון דפליגי אם מהני האומדנא שלנו או לא מהני כנ"ל בארוכה עכ"ז א"ש מש"כ המחבר הכא וכן סתם הרמ"א דיש מי שאומר דאין הולכין רק אחר הכוונה. ולמש"כ הרמ"א לדינא באה"ע סי' צ"ג סעי' א' דמתנה שנתן הבעל לאשתו נגבית מחיים ודלא כהרשב"א והוא דהא בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף ד' וענף ה' וענף ו' ובסי' י"א שם דספק אומדנא הוי דברים שבלב ולא מהני כלל וכמש"כ הרא"ש בב"ב פ"ט סי' כ"ג גבי איבעיא דהקדיש נכסיו דכיון דסלקא בתיקו אין מבטלין למה שהקדיש בפיו בפירוש וכמו שהארכתי שם בזה ע"ש א"כ לפ"ז יש לדון דה"ה בהך פלוגתא דהרשב"א עם תשובה לגאון הנ"ל דפליגי אם מהני אומדנא שלנו או לא דכיון דהוי ספיקא דדינא אם מהני אומדנא שלנו או לא ע"כ דומה זה להא דהקדיש נכסיו דכיון דהוי איבעיא דלא איפשטא דלא מצי לחזור משום דתנאי הוי עקירה למה שאמר בפיו וכמש"כ שם בארוכה וה"ה במה דפליגי הרשב"א עם התשובה לגאון בכתב מתנה לאשתו אם נגבית מחיים או לא דהא בפיו היה מתנה בפירוש רק דנולד לנו ספק אם היה רק על תנאי כשתתאלמן ותתגרש או כדין כל חוב שהבירה ביד בעהש"ט לתבוע כ"ז שירצה א"כ הוי זה ספיקא דדינא באומדנא במחשבתו ע"כ הוי זה כעין כל ספק אומדנא דלא מהני לבטל למה שאמר בפיו בפירוש דהא תנאי הוי ג"כ עקירה כמש"כ שם בספרי ולפ"ז אתי שפיר מה דפסק הרמ"א באה"ע דמתנות הם נגבים מחיים משום דכיון דהוי ספיקא דפלוגתא ע"כ הדין כן אבל הא דח"מ דכתב המחבר בלשונו דכל תנאי שמתנה עם חבירו אין לילך אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה וכבר כתבתי לעיל דיש לדקדק דלמה כתבו בזה"ל ולא כתבו בקיצור והעליתי לעיל ע"פ מש"כ בספרי שם דאם היה תנאי בוודאי רק דנסתפקנו בפירוש התנאי דזה לא הוי כעין ספק אומדנא משום דכה"ג לא מקרי דברים שבלב הסותר למה שאמר בפיו וכמו שהארכתי שם וע"כ י"ל דמה"ט אם נולד ספק דפלוגתא הנ"ל בהתנאי שאמר לפנינו היינו דיש לנו אומדנא שאומדין אנחנו מדעתנו בכוונת התנאי דזה תלוי בהך פלוגתא של הרשב"א עם התשובה לגאון אם מהני אומדנא שלנו או לא וגם י"ל דאף להך שיטה דס"ל דלא מהני אומדנא שלנו דזהו רק בספק לנו בעיקר התנאי אבל אם היה תנאי בוודאי רק דנולד אומדנא בפירוש התנאי דעכ"פ הוי ככל הספיקות דתלוי מי הוא המוחזק דהממע"ה ולכן כתב המחבר הכא דבתנאי כו' אין הולכין אחר לשון הכתוב

כו', וכתב זה בלשון יש מי שאומר משום דזה הוי ספיקא דפלוגתא של הרשב"א עם התשובה לגאון אם מהני אומדנא שלנו או לא וכיון דנקט ליה בלשון יש מי שאומר ה"ל ככל ספק דפלוגתא דהממע"ה ותלוי מי הוא המוחזק ולכן אינו סותר הא דאה"ע להך דהכא ואף דבלשון המישרים בעצמו במש"כ שם ג"כ בזה"ל דכל תנאי שאדם מתנה כו' אין לפרש כוונתו דקאי דוקא אם נולד הספק באומדנא בפי' של התנאי דהא שם מיירי בנולד ספק בעיקר חלות התנאי אם היה רק המתנה כשתתאלמן ותתגרש כו' או דלא היה תנאי הנ"ל עכ"ז לשון המחבר שפיר יש לפרש דנתכוין לכל מש"כ. וא"ש דלא סתרי דברי המחבר והרמ"א אהדדי:

ענף ז:

שוב ראיתי דכל מש"כ אינו שייך רק לשיטת הרא"ש בב"ב פ"ט סי' כ"ג אבל לשיטת המחבר והרמ"א בח"מ סי' ר"נ סעי' ג' שפסקו כשיטת הרמב"ם דס"ל בהך איבעיא דהקדיש נכסיו דאין מוציאין ממנו ובספרי שם בארתי שיטתם דס"ל דספק בדין מה שנולד בהאומדנא דינו ככל ספיקות וע"ש ע"כ ליכא לפרושי לכוונת הרמ"א דאה"ע סי' צ"ג דהא דפסק דמתנות הם נגבים מחייו דזהו משום דספק אומדנא אינו מבטל כו' דהא זה הוי ספיקא דדינא א"כ לא שייך כ"ז כלל ובפרט דהא הוכחתי במק"א מן פלוגתת רש"י והר"ת בנדוניות חתנים דכתובות ד' מ"ז ובאה"ע סי' נ"ג דדוקא באיבעיא דנשאר בש"ס לתיקו בזה י"ל כשיטת הרא"ש דזה מקרי ספק אומדנא ולא מהני כלל משא"כ בספיקא דפלוגתא דרבוותא דאחר חתימת הש"ס י"ל דזה הוי ספק מעליא ואמרינן בזה הממע"ה א"כ הא נ"ד הוי פלוגתא דרבוותא זהו הרשב"א עם תשובה לגאון הנ"ל אם מהני אומדנא בזה"ז או לא א"כ לפ"ז הדין נותן דאי נימא דלא הוי הכרעת הדין בזה כשיטת התשובה לגאון הנ"ל א"כ הא היה הדין נותן לומר גם בזה כדין כל פלוגתא דרבוותא דהממע"ה ומדלא כתב הרמ"א באה"ע כן א"כ מוכח מזה דס"ל לעיקר דהדין הוא כשיטת תשובה לגאון החולק על הרשב"א וכמו שנרשם שם דזהו במישרים בשם גאון ודלא כהרשב"א ע"ש. ע"כ נסתר לכל מש"כ והעיקר כמש"כ לעיל בזה הסתירה ועיין בתה"ד סי' שכ"א דכתב לדמות הך פלוגתת דנדוניות חתנים להך ספק אומדנא דהקדיש נכסיו שכתב הרא"ש כן אכן העיקר כמש"כ בחידושיי לעיל בקונטרס תפיסה ע"י שליח בסי' ב' מזה בענף ב' ואכ"מ:

ועוד יש לתרץ בסתירת דברי המחבר דהכא והרמ"א באה"ע ע"פ מש"כ המל"מ פ' ט"ו ה' טוען והובא בקצה"ח סי' מ"ב ס"ק ב' בשם המהראנ"ח דס"ל דאם נולד הספק בזמ"פ דדייניגן בזה כיון דלחזרה קאי בסוף ע"כ מקרי המלוה מוחזק והביא כן שם בשם התוס'

דב"ב ד' ס"א ד"ה ארעתא תרתי כו' בשואל חפץ הואיל וסופו לחזור לבעליו הוי המשאיל מוחזק אך הקצה"ח והנתיבות שם מחלקים בין חפץ דהדרא בעיניה ובין מעות דלא הדרא בעיניה אכן המהראנ"ח אינו מחלק בזה ולפ"ז י"ל דלכן כתב הרמ"א דמתנות נגבים בחיי הבעל משום דס"ל ג"כ דעיקר פלוגתת הרשב"א ותשובה לגאון הנ"ל הוא אם אזלינן בתר אומדנא שלנו או לא כמש"כ לעיל ואפ"ה מוציאין מהבעל אף דהוי מוחזק משום דשאני זה הספק דלא הוי רק הספק בזמ"פ אימת ישלם אבל הא עומד לפרעון ולחזרה דהא אף אם מוציאין מיד מהבעל עכ"ז אין לה רשות למכור זה החפץ וכן הפירות אינה אוכלת רק ימכרו וילקח בהם קרקע והוא אוכל הפירות וכמבואר באה"ע סי' פ"ה סעי' ז' גבי מתנה שנתן הבעל לאשתו א"כ לא הוי עיקר הנפ"מ בזה רק כשתתאלמן ותתגרש ואם תמות בחייו יעמוד בוודאי ברשות הבעל ויהיה שייך לו ע"כ אין זה מקרי הוצאת ממון מהבעל אם תמות בחייו דהא אז יוחזר לו ע"פ דין רק אם תתאלמן ותתגרש אז הוי נפ"מ ממה שגובין בחיי הבעל מיד ולכן שפיר שייך לדון בזה לסברת מהראנ"ח דכיון דעומד לפרעון ולחזרה כשתתאלמן ותתגרש רק דאנו דנין אם נגבית מיד או בסוף בעת שהתאלמן ותתגרש ע"כ הוי האשה בשם מוחזקת והדין נותן שיפרע לה מיד אף דלא הוי זה בוודאי אלא ספיקא דדינא וכמש"כ התוס' בב"ב ד' ס"א דלכן א' ר"נ קרקע בחזקת בעלי' בהא דשנים עשר זהב דינר זהב לחודש דהטעם הוא כיון דסופו לחזור להבעלים כו' וה"ה בנ"ד ולכן פסק הרמ"א באה"ע סי' צ"ג דמתנות נגבים מיד ואף שנרשם שם דזהו מהמישרים בשם גאון ודלא כהרשב"א מ"מ י"ל כמו שכתבתי וקצרתי ומזה יהיה סייעתא לשיטת המהראנ"ח דאינו מחלק בין חפץ דהדרא בעיניה להלואת מעות דלא הדרא בעיניה אבל היכא דלא שייך לדון כן עדיין י"ל כמש"כ לעיל דס"ל להמחבר דזהו ספיקא דדינא אם הלכה כהרשב"א או כשיטת תשובה לגאון הנ"ל וע"כ שפיר כתב המחבר הכא בלשון יש מי שאומר דהולכין אחר הכוונה משום דזה הוי ספיקא דפלוגתא אם מהני אומדנא שלנו ותלוי זה במוחזקות וכמו כל ספק דפלוגתא ומתורץ שפיר דברי השו"ע על נכון:

אכן לפי מה דהכריעו האחרונים בסי' מ"ב דלא כהמהראנ"ח ע"כ העיקר כפי מש"כ לעיל דמוכח דס"ל להרמ"א באה"ע דאין שום ספק כלל לדידן דהעיקר לדינא כשיטת המישרים בשם גאון ודלא כהרשב"א וכפי שנרשם שם וע"כ מוציאין ממון אף בחייו והא דסתם הרמ"א הכא בח"מ כהמחבר דאין הולכין אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה בע"כ מוכח דס"ל להרמ"א דבאומדנא מעליא אף שלא מצינו הדומה לו מקור מן הש"ס דגם זה מהני ושא"ה באה"ע דלא הוי זה חשוב לאומדנא דמוכח דיכול להיות שהיה

רצונו במתנה שלו שתוכל לגבות מיד וכמש"כ לעיל משום דאי נימא דהוי זה ספיקא דפלוגתא בלא הכרעה א"כ היה הדין נותן דלא תגבה מהבעל מיד דהא אין מוציאין מהמוחזק בספק בדין:

ולפ"ז הא לא מצינו שום ספק פלוגתא בזה וכיון דחזינן דהרשב"א ס"ל דיכולים אנו לדון אומדנא מדעתנו ולא אשכחן פלוגתא בזה כלל ע"כ הדין נותן דגם אומדנא מעליא הנראה לפי דעתנו ג"כ מהני וכמש"כ המחבר הכא ומש"כ בלשון יש מי שאומר אין זה הכרח כלל לומר דפליגי בזה כידוע וכמש"כ לעיל אך צריכים לעיין היטב בזה ולמצא ראיה לזה האומדנא מן הש"ס הדומה לזה או מן הראשונים וכ"ז אם הוי אומדנא דמוכחא אבל אם ליכא אומדנא דמוכח רק שנראה כן מתוך כוונת הענין שבגללן נעשה עיקר הענין שבינו ובין חבירו זה לא מהני וכמבואר ביו"ד סי' רי"ח ואף ספיקא דדינא לא הוי בזה דהא נתבאר דדברי המחבר דהכא לא מיירי רק באומדנא דמוכחא:

וכ"ז הוא באם שנולד לנו ספק בעיקר התנאי וכוותיה דהוי סתירה למה שאמר בפיו בפירוש אבל אם היה תנאי בוודאי בזה יש לומר דמהני מה שמוכח לנו מתוך כוונת הענין לברר כוונת התנאי כמו שנתבאר לעיל אך זהו דוקא באם שאינו סותר כ"כ למה שאמר בלשונו בפירוש רק שאינו כן לפי משמעות פשטות הלשון אבל אם סותר ממש למה שאמר בלשונו בזה אין הולכין אחר כוונת הענין וכמש"כ הט"ז ביו"ד סי' רי"ח ס"ק ג' דבסותר לגמרי אף בנדרים לא אזלינן אחר הכוונה אם סותר לגמרי ללשונו וע"ש בנקודות הכסף:

ענף ח:

הנה בטור ח"מ סי' שפ"ח סעי' ו' הביא בשם תשובת הרא"ש רחל שטוענת את ראובן כו' והפסידה הרבה וקצת ביררה בעדים וקצת בהוכחות כו' תשובה מה שתוכל לברר בעדים שהפסידה יפרע לה כו' ובהוכחות אין נראה לחייבו ולאפוקי ממונא עכ"ל ודברי הטור ותשובת אביו הרא"ש הנ"ל הובא בשלטי גבורים ס"פ הכונס והקשה ע"ז דהא ברא"ש פ' הכונס סי' ט"ז כתב דלענין אפוקי ממונא מן המזיק אזלינן בתר אומדנא א"כ ה"ה בהוכחה טובא וצ"ע עכ"ל וכן הקשה הב"ח בסי' שפ"ח הנ"ל על תשובת הרא"ש הנ"ל במש"כ דלא מפקינן ממונא בהוכחות דהא איהו בעצמו כתב ס"פ הכונס כנ"ל. והעלה לחלק כדי דלא תקשה דידיה אדידיה דהכא מיירי באומדנא דלא מוכחא ובס"פ הכונס מיירי באומדנא דמוכחי ובמחנה אפרים בחידושיו סביבות הרי"ף ומפרשיו לב"ק פ' הכונס הביא לדברי השלטי הגבורים מה שהקשה על תשובת הרא"ש הנ"ל ועיין שם מש"כ לחלק בזה:

ולדעתי אין זה קשה כלל דהא הרא"ש ס"פ הכונס קאי התם על מה דקא אמרו בסוגיא טען כסא דכספא בבירה מאי א"ל חזינא אי אינש אמיד הוא דאית ליה כו' משתבע ושקיל כו' והקשה הרא"ש ע"ז מעובדא דאריסא דבר זירא דמסיק ר' חייא שיחזירו לבני דאריסיה דבר זירא אע"ג דלא היה אמיד ומחלק דשא"ה דאריסיה דבר זירא הפקיד הפקדון וכדי לאחזוקי ממונא בחזקת המפקיד אמרו אדם עשוי שלא להשביע' אבל לענין אפוקי ממונא מן המזיק אזלינן בתר אומדנא עכ"ל הרא"ש וכוונתו דדוקא גבי כסא דכספא בבירה דאף דתקנו לתקנת נגזל גבי אש עכ"ז היכא דלא הוי אמיד דאית ליה כו' בזה לא תקנו לתקנתם להוציא ממון משום דסמכינן על האומדנא כדי להחזיק הממון ברשות המוחזק אבל גבי אריסיה דבר זירא דכיון דהפקיד הפקדון הוי כמו דבני אריסיה הם מוחזקים משום דרשות הנפקד כרשות המפקיד נחשב לכמה מילי כמו דכתב הרא"ש בפסחים פ"א סי' ד' בשם ה"ר יונה ז"ל כו' וקרינא ביה ביתו כו' ועיין באו"ח סי' ת"מ סעי' ד' ובט"ז שם ובב"ק ד' ע' בתוס' ד"ה לא כתבינן אורכתא כו' ובח"מ סי' קפ"ט בט"ז מש"כ בשם הרשב"ם בב"ב ד' פ"ה וקצרתי כללו של דבר דהיכא דהוי מוחזק בזה אף דלא הוי אמיד ג"כ אין מוציאין מחזקתו אבל היכא דבאנו להוציא בזה אזלינן בתר אומדנא דכיוון דלא הוי אמיד לא מפקינן מן המוחזק דעיקר מילתא דנא הוי כמו ספיקא מה דלא הוי אמיד ולכן דייניגן בזה הממע"ה:

והנה מתוך קושייתם נראה שהבינו בכוונת הרא"ש שכתב דלאפוקי ממונא אזלינן בתר אומדנא דהיינו דמוציאין הממון ע"פ אומדנא ולכן הקשו כן ונדחקו לחלק אבל באמת לא כן הוא כוונת הרא"ש אלא כוונתו דלאפוקי ממונא אזלינן בתר אומדנא שלא להוציא מן המוחזק אבל להוציא גם הרא"ש ס"ל דלא סמכינן על אומדנא ולכן שפיר כתב הרא"ש בתשובה דע"פ הוכחות לא מפקינן ממונא מן המזיק ועיין בח"מ סי' צ' ש"ך ס"ק י"ד ולכן תמהני על גדולי הפוסקים הללו בזה:

ומש"כ הב"ח לחלק בין אומדנא דמוכח ובין אומדנא דלא מוכח זהו ענין בפ"ע דכן מוכח ומבואר בכ"ד לחלק כן אך מקושייתם בסתירת דברי הרא"ש אהדדי אין הכרח להוכיח כנ"ל ובאמת לפמש"כ לעיל דיש מקום לומר דאומדנא דלא מצינו בש"ס כעין זה אין לנו כח להוכיח מדעתנו להוציא ממון יש לומר דאף בהוכחות מוכיחות ג"כ כתב הרא"ש בתשובה דלא מפקינן ממונא מן המזיק כ"ז שלא יבורר בעדים משום דמיירי בהוכחות שאין להם מקור מן הש"ס ואף שכתבתי לעיל בשם תשובת הרא"ש דהובא בטור ח"מ סי' ס"ה סעי' כ"א דאף באומדנות מוכיחות ע"פ דעתנו ג"כ מוציאין ממונא. עכ"ז י"ל דשא"ה דאתחזק חיובא דהא שם מיירי בספק הנולד בפרעון ע"כ י"ל בזה דאף אומדנות

מוכיחות לפי דעתנו לכל הפחות לא גרע מרובא דלא שכיח הפרעון בכה"ג ואף דאין הולכין בממון אחר הרוב מ"מ הא ברוב וחזקת חיוב ביחד מוציאין ממון כמבואר בבעל המאור ריש פ"ב דכתובות ואף הרמב"ן במלחמות שם י"ל דמודה בזה כמש"כ במק"א אבל הכא בתשובת הרא"ש דהובא בטור סי' שפ"ח דהוי ספק בעיקר החיוב אם הזיקו בכה"ג שפיר יש מקום לומר דאף באומדנות המוכיחות לפי דעתנו ג"כ אין מוציאין ממון כנ"ל ולכן סתם הרא"ש בזה ולא כתב דמיירי באומדנות דאינן מוכיחות לפי דעתנו ותשובת הרא"ש דהובא בסי' צ"ט סעי' כ' וכ"א בטור הא שם הם אומדנות דנאמר כעין זה בגמרא ע"ש:

ד ענף א בב"י סוף סי' ס"א הביא בשם הרשב"א בתשובה שכתב במה דמצינו דאמרו דכל מילתא דלא צריך לטפויי קאתי דאין כח בידינו לדון בדמיונות אלא מקום שאמרו אמרו במקום שלא אמרו אין כח בידינו לדון בו והביא ראיה לדבר עכ"ל וראיתי בשו"ת הרשב"א תולדות האדם סי' ע"ר שהביא ראיה לזה מהא דב"ב ד' ס"ט ע"ב דא' רב יהודה האי מאן דמזבין ארעא צריך למכתב קני לך דיקלין ותאלין כו' דשופרא דשטרא הוא ע"ש ובתשובת הרדב"ז ח"א סי' פ"ז הביא בשם הר"נ דתירץ לקושיא זו משום דדוקא בא"ל הלוקח בזה אמרינן לשופרא דשטרא קא מכוין ושם בב"ב לישנא הנ"ל הוא לאו דוקא א"נ כו' אבל אם א"ל המוכר לעולם י"ל דאמרינן לטפויי קאתי והרדב"ז בעצמו כתב לתרץ זה די"ל דשם בב"ב ליכא מה לטפויי ומיירי שלא היה בשדה מחיצת הקנים של בית רובע ולא חרוב המורכב וסדן השקמה כו' א"כ לפי דברי הר"נ והרדב"ז הנ"ל אין מקום להוכחת הרשב"א הנ"ל והמהרי"ק בתשובה סי' יו"ד וסי' י"ב כתב בתורת כלל דאף אנן מעצמנו דיינינן דכל מילתא דלא צריך לטפויי קא אתי כמו הא דב"ב דף קל"ח דדייקי לישנא יתירא דכראוי לו ואף דקאמרי שם הא מני ר' עקיבא היא כו' הא פסק האלפס שם שכן הלכה והרשב"ם כתב שם דאף רבנן מודו דכל לישנא יתירא לטפויי קאתי והא דקאמר ה"מ ר"ע לאו דוקא כו' עכ"ל המהרי"ק ולא הביא לדברי הרשב"א הנ"ל והוכחתו מהא דב"ב דף ס"ט הנ"ל וי"ל דיהיה ס"ל בזה כמש"כ הר"נ והרדב"ז כנ"ל ועיין בבית יוסף סי' רי"ד סוף סעיף י"ג מש"כ שם בשם הרשב"א בתשובה על השנות בשטר מלת לעולם:

ואפשר לומר בזה דהמהרי"ק דס"ל דדרשינן מעצמנו בכל מקום דמילתא יתירתא לטפויי קאתי משום דס"ל כמש"כ הרשב"ם בב"ב דף קל"ח דהא דקאמרי שם ה"מ ר"ע דלאו דוקא דה"ה לרבנן כו' וכמש"כ המהרי"ק שם אבל באמת הא מוכח בערכין דף י"ט דרק ר"ע ס"ל כן אבל רבנן דר"ע ס"ל דלא דרשינן דלטפויי קאתי דהא אמרו שם דרב יהודה

אמר דמלא קומתי עלי נותן שרביט הנכפף ומקשו עליו מהתוספתא דתני מלא קומתי עלי נותן שרביט שאינו נכפף ומתרצי הוא דאמר כר"ע כו' דמשמע דהתוספתא דלא דייק לישנא יתירה ס"ל כרבנן דר"ע ובאמת התוס' בערכין שם ד"ה הוא דאמר כר"ע כו' הקשו בתימא דהברייתא מאן תניא דעד כאן לא פליגי אלא דמ"ס מוכר בעין יפה מוכר כו' ואינו צריך לרבנן היתור לשון אבל היכא דצריך היתור מודו רבנן דמהני א"כ ברייתא כמאן תרמייה עכ"ל התוס':

ונלע"ד ליישב קושיא חמורה הנ"ל ע"פ מה שנשאלתי מכבר בנידון הא דקיי"ל בח"מ סי' ריי"ד דמוכר בעין יפה מוכר ויש להלוקח דרך אם יכול המוכר ליתן לו אף דרך מן הצד דהוי דרך עקלתון או דמחוייב ליתן לו דרך הקרוב ביותר כמו שהיה מקודם בעת שהיה למוכר ובאמת האחרונים סתמו בזה ועיין בע"ג דף מ"ח ע"ב ד"ה אי דליכא דרכא אחרינא כו' שכתבו פי' קצר כזה דאי בעינן למימר אף ארוך יותר א"כ אין לדבר סוף אך אין זה ענין כ"כ לנ"ד ולכאורה יש לומר דלפי מה דרצו לומר מעיקרא בב"ב דף ס"ד דלכן יש לו דרך לפי דלא יפרח באויר וכמש"כ התוס' שם בד"ה ממאי כו' דלהך טעמא אף בנותן דרך עקלתון ג"כ סגי כיון דעכ"פ אינו פורח באויר א"כ אף למאי דמסקינן דעיקר הטעם הוא משום מוכר בעין יפה מוכר ג"כ י"ל דלא הדר ביה מזה ויכול ליתן דרך עקלתון דלא שייך בזה עין יפה כ"כ כיון דיש לו עכ"פ דרך. וכה"ג מצינו ביבמות דף מ"ב תוס' ד"ה סתם מעוברת כו' שכתבו שם דאינו חוזר אלא מהטעם בלבד וכ"כ התוס' בכתובות דף ס' ע"ב ד"ה והילכתא מת מותר כו' ע"ש אך יש לחלק בין הא דיבמות להא דנ"ד:

ואי נימא דיכול ליתן לו אף דרך עקלתון יש מקום ליישב עפ"ז לקושיות התוס' בערכין הנ"ל משום דהיה מוכח להש"ס דרבנן ס"ל דלא דרשינן יתור לשון דהא אמרו שם דמודה ר"ע בזמן שא"ל חוץ מאלו כו' דפשטות הלשון משמע דהיכא דאמר חוץ מאלו דמודה ר"ע לרבנן ולא פליגי כלל בכה"ג ובאמת הא אי נימא דרבנן דרשי ג"כ יתור לשון א"כ יהיה פלוגתא בזה ג"כ בין ר"ע לרבנן דלר"ע דבלא יתור לשון אין לו דרך כלל מהני היתור לשון ליתן לו דרך אך יכול ליתן לו דרך עקלתון ולרבנן דגם בלא יתור לשון יש לו דרך רק דיוצא חובתו ע"פ מה דיתן לו דרך עקלתון א"כ מהני היתור לשון דמחוייב ליתן לו דרך הקרובה ביותר ומדקאמרי ומודה ר"ע דפשטות הלשון משמע דבאמר לו חוץ מאלו לא פליגי כלל ר"ע וחכמים דדוחק לפרש דאינו מודה רק למאי דס"ל לרבנן בלא אמר חוץ מאלו א"כ מוכח מזה דרבנן ס"ל ג"כ דשוה הוא היכא דאמר חוץ מאלו להיכא דלא אמר

ויכול ליתן לו דרך עקלתון ג"כ משום דרבנן לא דרשי יתור לישנא ולפ"ז יהיה מוכח מזה הסוגיא דערכין דיכול ליתן לו דרך עקלתון ג"כ ומתורץ קושיא חמורה של התוס' הנ"ל: וכיון דמוכח בסוגיא דערכין הנ"ל דס"ל דרבנן דר"ע לא דרשי יתור לשון ע"כ אף דקיי"ל כר"ע מ"מ י"ל בזה דאפושי פלוגתא לא מפשינן בין ר"ע לרבנן די"ל דהיכא דלא אמרו בפירוש בזה למדרש יתור לשון לר"ע דבזה אין לנו כח מעצמנו לדון כן ולכן שפיר כתב הרשב"א כן וכן משמע מתשובת הרשב"א שם דרק ר"ע דרש יתור לשון ולא לרבנן ובאמת כן משמע פשטות הש"ס בערכין הנ"ל ובנזיר דף ז' ע"ב דאמרו דרב ס"ל כר"ע כו' ולפ"ז א"צ לדחוקי בב"ב דף קל"ח דלאו דוקא קאמרי שם וכמש"כ הרשב"ם והמהרי"ק כנ"ל אלא די"ל דהש"ס ס"ל דרבנן דר"ע פליגי בזה וס"ל דלא דרשי יתור לישנא ולדינא הארכתי במק"א בעיקר הענין אם יכול ליתן לו דרך עקלתון או לא ע"פ הא דב"ב דף צ"ט ע"ב במשנה דמי שיש לו גינה לפנים מגינתו של חבירו כו' נתנו לו דרך מן הצד מדעת שניהם כו' ובמש"כ התוי"ט שם והוכחתי דמחוייב לתת לו דרך הקרובה וגם יש לדון עפ"ז בהא דירושלמי ב"ב פ"ב ה"ג דחד בר נש זבין כל דרתייה שייר בה חד מסטובא כו' וגם יש לחלק בין היכא דיש לו הדרך מחמת יתור הלשון ובין היכא דהדרך הוא מחמת מוכר בעין יפה מוכר אך אכמ"ל בזה ולכן קצרתי כעת בכ"ז: ב ונראה לי להוכיח כהרשב"א דלאו בכ"מ דרשינן יתורא דלישנא אלא היכא דמצינו בפירוש דדרשו בש"ס ל"י דבירושלמי נזיר פ"א ה"ג אי' מתניתא פליגא על רב לא נחלקו ר"י ור"ע על האומר הריני נזיר שלשים יום ויום א' שאינו נזיר אלא אחת ועל מה נחלקו על האומר הריני נזיר שלשים יום ועוד יום א' שר"י אומר נזיר שתים ור' עקיבא אומר נזיר אחת ובש"ס דילן בנזיר ד' ז' ע"ב אמרו דאמר רב באמר שלשים יום ויום א' נזיר שתים משום דרב ס"ל כר"ע דדריש לישנא יתירה כו' ולפ"ז תקשה על הירושלמי הנ"ל דאמרו דר"ע אמר נזיר אחת הא כיון דס"ל לר"ע דדרשינן יתור לשון א"כ אמאי ס"ל דה"ל נזיר אחת ותקשה מן ר"ע דמשנה ב"ב הנ"ל על הך מתניתא דהובא בירושלמי נזיר הנ"ל אכן לפי המבואר ברשב"א דלאו בכל מקום דרשינן יתור לשון אלא היכא דמצינו דאמר בפירוש כן בגמ' מפני שהיה נראה שם לחז"ל למדרש יתור לשון כמו בהא דב"ב דף ס"ג ודף ס"ד ודף ע' ודף קל"ח ובנזיר דף ז' וערכין דף י"ט הנ"ל ע"כ י"ל דמה"ט ס"ל להברייתא דירושלמי הנ"ל דלא דרש ליה ר"ע שם יתור לשון דכיון דלאו כללא הוא למדרש כן בכל דוכתי ע"כ י"ל שם ג"כ כנ"ל וש"ס דילן דנזיר ס"ל דגם הכא בנזיר ג"כ היה נראה לו למדרש שם יתור לשון ויהיה ראיה מירושלמי הנ"ל להך כללא של הרשב"א ועיין בנזיר דף ה' ע"ב תוס' ד"ה תנן הריני נזיר שלשים יום כו' ובח"מ סי' שט"ז סעיף ג' ראובן שמשכן ביתו

לזמן והתנה שאחר הזמן יהיה רשות לדור הוא וסייעתו כו' יש מי שאומר שאפי' בלא התנאי רשאי להשכיר או למשכן ומפני התנאי רשאי להשכיר ולהשכין אף למי שיש לו סיעה גדולה מסיעתו עכ"ל המחבר ובביאור הגר"א וצ"ל שם ס"ק יו"ד כתב כמש"כ בב"ב קל"ח ע"ב אלמא כיון דלא צריך וקאמר לטפויי קאתי כו' עכ"ל וזהו כשיטת המהרי"ק והרדב"ז הנ"ל דאף במקום שלא מצינו בפירוש בש"ס כן ג"כ דרשינן יתור לשון ואפשר דלכן כתבו בלשון יש מי שאומר דמשמע דלאו כ"ע מודו בזה דזהו ע"פ פלוגתת הרשב"א והמהרי"ק והר"נ והרדב"ז הנ"ל אכן עדיין תקשה לפי המבואר בבית יוסף לח"מ סי' שט"ו בשם הרשב"א דכתב כן ועיקר המקור דהא דסי' שט"ז הנ"ל הוא מן הרשב"א דהובא בב"י וכ"כ הב"י בשם הרשב"א לעיל בח"מ סוף סי' ע"ב א"כ תקשה דברי הרשב"א הנ"ל להדדי דהא הרשב"א עצמו ס"ל דלא דרשינן מעצמנו כן להך יתור לשון ומצאתי בתשובת מהרי"ט סי' קי"ט שהקשה כן בסתירת הרשב"א אהדדי וכתב לחלק ביניהם וכן הובא דברי המהרי"ט הנ"ל בקצרה בספר קהלת יעקב מענה לשון ח"ג לשון בני אדם אות ל' סי' רס"א שהביא בקצרה לדברי המהרי"ט הנ"ל ועיין בח"מ סי' רי"ב סעיף א' ברמ"א ובביאור הגר"א וצ"ל ס"ק ד' דזהו מן הא דב"ב דף קל"ו ע"ש והמהרשד"ם ח"מ סי' ר"מ העלה דלא דרשינן יתור לשון היכא דסותר למה שלמעלה ע"ש ועיין במל"מ ה' מכירה פ' כ"ד ה' ט"ו מזה ובמהרי"ט סי' ק"כ וסי' פ"א ויש להאריך בכ"ז:

וראיתי בתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל סוף סי' קנ"ב שכתב בשם הרשב"א דהובא בב"י סי' ס"א דלא דרשינן מעצמנו יתור לשון אלא במקום שאמרו בפירוש וציין לעיין במהריב"ל ח"א וח"ב סי' י"ד ע"ש ותמהני איך לא הזכיר לדברי המהרי"ק והרדב"ז והרשד"ם הנ"ל דמשמע דס"ל למדרש אף מעצמנו להך יתור לשון דלטפויי קאתי כנ"ל והנו"ב במ"ק ח' ח"מ סי' ג' העלה בהך מילתא אי דרשינן מעצמנו יתור לשון הוי ספיקא דדינא וע"כ אין אנו יכולין להוציא ממון בזה אבל להחזיק ממונא מספיקא יכולין אנו למדרש יתור לשון לפי דהרשב"א עצמו לא הכריע בזה רק אומר שאין אנו יכולין לדמות כו' ע"ש וכן ראיתי בשו"ת כנסת יחזקאל סי' ק"א שהעלה דדוקא להוציא ס"ל להרשב"א דאין לנו כח למדרש לישנא יתירא לאטפויי כי אם המבוארים בגמ' אבל למוחזק דרשינן לאטפויי ע"ש וכן העיקר לענ"ד וספר מהריב"ל ומוהרש"ך והכנה"ג אינו ת"י כעת. ועיין בחי' הר"נ לב"מ ד' ק"ד ובנ"י שם מש"כ בשם הרמב"ן לפרש הא דהיה דורש לשון הדיוט דשם דזהו לאטפויי מילתא באם אינו ענין ועיין בב"ב ד' ס"ג ובנמוקי יוסף בסוגיא דשם שוב ראיתי די"ל דעיקר הך מילתא אי דרשינן לישנא יתירא דזהו פלוגתא דתנאי בב"מ ד' פ"ו עלה דמעשה בר' יוחנן בן מתיא כו' דה"ק ואם פסק להן מזונות ריבה להן ומעשה נמי כו' ופי'

רש"י דכיון דלא צריך לאתנויי ואתני מזוני יתירי קאמר ומבואר שם במשנה דרשב"ג ס"ל הכל כמנהג המדינה ופי' הטור בסי' של"א סעי' ב' דת"ק ס"ל דאהני לישנא יתירא ורשב"ג ס"ל דלא אהני לישנא יתירה לאטפויי א"כ מצינו פלוגתא דתנאי בזה אי דרשינן לאטפויי או לא ולפ"ז א"ש לתרץ לקושיות התוס' ערכין ד' י"ט ד"ה הוא דא' כר"ע כו' דהקשו דברייתא כמאן די"ל דהברייתא ס"ל כרשב"ג דלא דרש לישנא יתירה והא דנקטו שם דא' כר"ע ולא נקטו להך דב"מ דת"ק דרשב"ג אין זה קשה דהא היה צריך להאריך ולומר דה"ק ואם פסק כו' כמו דאמרו בב"מ וע"כ נקט בקצרה כר"ע ולפ"ז מוכח מהא דפסקו בח"מ סי' של"א סעי ב' דהלכה כרשב"ג וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ד' דלא דרשינן לישנא יתירה משום דכתב הטור והב"י שם דהלכה כרשב"ג א"כ מוכח מזה דלא דרשינן לישנא יתירא. ותמהני על הפוסקים דלא העירו מזה כלל במה שדנו אי דרשינן לישנא יתירה וכעת שיצא לאור דברי הט"ז החדשים ראיתי בט"ז סי' של"א ס"ב דהקשה דמפני מה קיי"ל כרשב"ג דלא דרשינן לישנא יתירה וזהו סותר למש"כ הרשב"א והובא לעיל סי' שט"ז ותירץ דטעמא דרשב"ג דע"כ לא נתכוין לאטפויי דאל"כ הא אין לדבר סוף מה תהיה ההוספה והיה לו לפרש אלא ודאי לא נתכוין להוסיף עכ"ל א"כ מוכח מזה כלל חדש למאי דקיי"ל כרשב"ג משום דהלכה כרשב"ג במשנתנו דהיכא די"ל אין לדבר סוף וכמש"כ הט"ז דבכה"ג לא דרשינן לישנא יתירה לאטפויי ולקמן סי' ע"א סעיף ה' סמ"ע ס"ק י"ב כתב גבי נאמנות דאף דלא כתב לעולם ג"כ פטור משבועה אחר הפרעון דהא ל"ל לכתוב שיהא נאמן בלא שבועה כו' והש"ך ס"ק ט"ו כתב דבלא כתב לעולם י"ל דלשופרא דשטרא כתב לו כן וע"כ חייב שבועה לאחר הפרעון והט"ז שם כתב ג"כ דבלא כתב לעולם חייב שבועה לאחר הפרעון משום דלא סמכינן על יתור לשון והביא ראיה מהא דב"ב דף ס"ט דכתבינן דקלים כו' וכ"כ בתשובת הרשב"א דלא מהני יתיר לשון בשטר שאפשר שכתבו משום יפוי השטר כו' עכ"ל הט"ז ולפמש"כ לעיל יש לומר דבאמת זה תלוי בפלוגתת הפוסקים הנ"ל אי דרשינן לישנא יתירא לאטפויי מעצמנו או לא וכיון דנתבאר דלהחזיק דרשינן לישנא יתירא ע"כ י"ל דבזה דהוי ספק שבועה לאחר הפרעון דהוי המלוה מוחזק כיון דמקודם הפרעון אינו יכול להשביעו בודאי ע"כ ממילא הוי המלוה מוחזק ואין לחייבו שבועה מספק וכמש"כ הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' ג"כ דבמקום ספק פלוגתא בשבועה אחר הפרעון אוקמינן אדינא ופטור משבועה וזהו כמש"כ הש"ך בסי' פ"ז ס"ק יו"ד ע"ש ויכול המלוה לומר קים לי כהסמ"ע דאף דלא כתב לעולם ג"כ מיפטר המלוה משבועה אחר הפרעון: ובב"ב דף ע"ח ע"א המוכר החמור לא מכר כליו כו' מחלוקת בשק ודסקיא כו' והא קמ"ל אע"ג דא"ל חמור וכליו שק ודסקיא

וכומני לא קני עכ"ל הגמ' ופי' הרשב"ם דלא אהני האי יתור לשון לטפויי שק ודסקיא והנימוקי יוסף בסוגיא הנ"ל הקשה דאמאי לא דרשינן הך יתור לשון כמו דאמר ר"ע בזמן שאמר חוץ מאלו שא"צ ליקח לו דרך וכתב לחלק ביניהם וע"פ דבריו יש לדון לקמן בב"ב דף קל"ח אכן לשיטת הרשב"א דס"ל דלא דרשינן יתור לשון מעצמנו כי אם היכא דאמרו בפירוש ע"כ אתי שפיר בפשיטות הכא בב"ב דאף דא"ל חמור וכליו לא אהני יתור לשון למקני שק ודסקיא משום דלאו בכ"מ אמרינן זה הכלל ויהיה מזה הסוגיא סייעתא לשיטת הרשב"א הנ"ל וגם לפמש"כ הנ"י הדבר בענין לחלק בין הא דא"ל חוץ מאלו כו' חזינן דהיכא דיש איזה חילוק קצת דלא לדרוש מעצמנו הכלל דיתור לשון לטפויי אתא וכן מצאתי בספר כתונת פסים על הנ"י שם שהעיר בזה והנה הנימוקי יוסף בב"ב פ"ח דף כ"ו ע"ב כתב גבי מעכשיו כיון דהוי יתור לשון דרשינן מעצמנו כו'. וחלק בין הא דב"ב דף ס"ט דאם כתב דקלין ותאלין כו' והבית יוסף בח"מ סי' רמ"ח סעיף ב' הביא בשם הר"נ דמחלק דדוקא בהא דחוץ מאלו דרשינן יתור לשון משום בחזקת בעלים הראשונים כו' ולפ"ז יש להעיר עליו מהא דב"ב דף קל"ח דאמרו דכראוי לו נוטלן ונוטל חובו משום דר"ע דריש יתור לשון כו' וכעין זה הוא בערכין דף י"ט ודברי הר"נ הנ"ל הם כמש"כ הרדב"ז בח"א סי' פ"ז בשם הר"נ כנ"ל ולפ"ז ג"כ אין לנו לדרוש יתור לשון בכל גווני היכא דאינו דומה להך דחוץ מאלו כו' לפי חילוק של הר"נ והנ"י הנ"ל:

סימן סב

א ש"ך (ס"ק ו') העלה שם דאינה נאמנת לומר דנתנו לי במתנה על מנת שלא יהא לבעלי רשות במיגו דאי בעיא אמרה אתה נתתו לי במתנה משום דה"ל מיגו במקום חזקה כו' והב"ש באה"ע סי' פ"ה ס"ק למ"ד וס"ק כ"ט הביא לדברי הש"ך הנ"ל והשיג עליו דהא מיגו במקום חזקה איבעיא דלא איפשיטא הוא בב"ב דף ה' א"כ מספיקא אין מוציאין מידה כשיש לה מיגו ע"ש ובאמת הש"ך לשיטתו דכה"ג פסק הש"ך לקמן סי' צ"ט ס"ק ו' דמה"ט אין הלוה נאמן לומר דשל אחרים הוא במיגו משום דה"ל מיגו במקום חזקה דמה דת"י הוא שלו ע"ש משום דס"ל דזה הוי חזקה אלימתא ואין מדמין החזקות זו לזו וכמש"כ הש"ך בכללי מיגו ס"ק יו"ד דלכן לא אמרינן מיגו במקום חזקה דת"י הם שלו בהא דסי' צ"ט משום דאין מדמין החזקות להדדי ע"ש:

ענף א:

והנה בעיקר דברי הש"ך דסי' צ"ט והרמ"א דשם סעיף א' שכתב ג"כ דלכן אינו נאמן במיגו משום דה"ל מיגו במקום חזקה דמה שת"י הם בחזקת שהוא שלו יש להקשות

ע"ז מהא דב"ב דף ל"ד ובשבועות דף מ"ז גבי נסכא דר' אבא דאמר אין חטפי ודידי חטפי דחייב משום משואול"מ כמש"כ התוס' שם אבל אם לא היה דין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם היה נאמן לומר אין חטפי ודידי חטפי במיגו דלא חטפתי כמש"כ הרשב"ם שם וש"פ וכ"כ הר"נ בפ"ז דשבועות דהא דלא מהימן לומר דידי חטפי במיגו דההחזרתי משום דגזלן אינו נאמן לומר החזרתי או דמיירי בדאיכא עדי ראה והובא בש"ך סי' ע"ה ס"ק מ"ג ובסמ"ע שם וכ"כ הרמב"ן והרשב"א והמ"מ והרמ"ה ור' ירוחם והש"ך שם אלמא דנאמן לומר דידי הוא במיגו אף דהוי זה נגד חזקה דמה דת"י הוא שלו דהא דכיון דהודה דחטף מרשות חבירו א"כ הא יש בזה חזקה דמה דהיה ת"י רשות חבירו הנגזל הוא שלו ולא של החוטפו ומ"מ מהימן במיגו ותקשה מכל זה על שיטת הרמ"א והש"ך בסי' צ"ט וכן תקשה על מש"כ שם בסי' צ"ט כן בשם הרב המגיד בפ"א דמלוה דין ד' שכתב דאין הלוה נאמן לומר במיגו דשל אחרים הוא משום דה"ל מיגו במקום חזקה דת"י הם שלו וכ"כ הרמב"ן והרשב"א כמש"כ הש"ך בסי' צ"ט בשמם. והא שיטת הרמב"ן והרשב"א והרב המ"מ פ"ד ה' טוען ה"ח דמהימן לומר דידי חטפי במיגו דההחזרתי:

וע"כ מוכח מכל זה דעיקר ההסבר במה דאמרו להחזקה דת"י הוא שלו דלא מהני מיגו נגדו דזהו כעין הא דלא אמרינן מיגו להוציא משום דהא כל נכסי הלוה משועבדים להבע"ח וטוענין להבע"ח כמו דטוענין ללוקח ומה"ט צריך הסרסור שבועה אף דטוענים הבע"ח שמא וכמש"כ הש"ך בסי' צ"ט ס"ק י"ג והאו"ת שם ס"ק ד' וזהו משום דהמוחזקות של הלוה הוי כמו דהבע"ח הם עצמם מוחזקים דכל הזכות שיש להלוה שייך הכל להבע"ח ולכן אינו נאמן הלוה להוציא מחזקת שעבוד הבע"ח אף ע"י מיגו משום דה"ל כעין מיגו להוציא דלא אמרינן כיון דטוענין להבע"ח וה"ל כמו ברי וברי דלא אמרינן מיגו להוציא וכמש"כ הרא"ש ברפ"ב דכתובות דמה דטוענים ליורש ה"ל כמו טענת ברי ואף דהש"ך כתב כן בסי' צ"ט בשם הרמב"ן והרשב"א והא הש"ך בסי' פ"ג ס"ק ז' הביא בשם הרמב"ן והרשב"א דס"ל דאמרינן מיגו להוציא וכמש"כ המ"מ בשמם פ' י"ד ה' מלוה ה' ו' עכ"ז הא מבואר באו"ת בכללי מיגו סוף ס"ק ג' דהרמב"ן גופא מסתפק אי אמרינן מיגו להוציא וכמש"כ השמ"ק בב"מ דף ב' דלא החליט את הדין נגד התוס' וסייעתם וכן כתב הרשב"א בתשובה ח"ג סי' שנ"ג דהסברא נוטה דלא אמרינן מיגו לאפוקי ממון כו' ולא הכריע הדבר ע"כ שפיר י"ל דמה"ט הרמב"ן מסתפק בדבר לומר דלא נאמן הלוה לומר של אחרים הוא במיגו משום דה"ל מיגו במקום חזקה כו' וכמש"כ המ"מ פ"א ה' מלוה ה"ד דהרמב"ן מסתפק בזה ע"ש וכן הרשב"א דגריר

בתר שיטת הרמב"ן ע"כ מספיקא אין מוציאין מחזקת הבע"ח ולכן היכא דהוי מוחזק ותופסו לעצמו כמו בהא דאומר דידי חטפי דנאמן במיגו משום דמקרי מיגו להחזיק משא"כ בהא דסי' צ"ט דאין הלוה תופסו לעצמו ובתורת שליחות הא לא מהני תפיסה עבור אחר דה"ל זה כמו מיגו להחזיק ועיין בסמ"ע סי' רצ"ו ס"ק א' מזה והא דב"ב דף נ"א בתוס' ד"ה קבל מן האשה כו' דנאמנת במיגו דאי בעיא שקלא ויהבה ליה אין זה ענין לנ"ד וקצרתי ועיין בנתיבות סי' נ"ו ס"ק י"ח וס"ק כ' ובסי' ס"ב ס"ק ט' ובסי' ק"ח ס"ק ג':

ועפ"ז תרצתי במק"א לקושיות הנו"ב באה"ע סי' ל"ז וסי' מ"ג דאמאי חיישינן לשאלה גבי איסור דא"א ולא אמרינן להך חזקה דמה שהיה לבוש בהן בחייו היה שלו כו' ע"ש אבל למש"כ א"ש קושייתו דכיון דחזקה דכל מה שיש ת"י האדם הוא שלו הוא מטעם חזקת ממון ואינה חזקה המבררת כידוע וא"כ ל"מ במקום איסור א"א כידוע וקצרתי ולפ"ז י"ל דז"א שייך רק בהא דסי' צ"ט דהלוה אינו תופסם לעצמו רק עבור אחרים ע"כ לא מהימן במיגו דה"ל כעין מיגו להוציא מחזקת הבע"ח כנ"ל:

אבל באשה דתופסת החפץ לעצמה שפיר יש לומר דנאמנת במיגו אף דהוי נגד חזקה דהא זהו דומה להא דנסכא דר' אבא דמהימן לומר דידי חטפי במיגו דהחזרתי כנ"ל משום דעכשיו דהוא מוחזק וחזקת ממונא מסייעו מהימן במיגו א"כ ה"ה באשה דתופסת ברשותה עכשיו נאמנת במיגו ובודאי מה דתופסת בידה לא הוי זה כמו יד הבעל וכמש"כ הב"ש שם וכן מצינו בגיטין דף ע"ז ע"ב דאמרו ידה גופיה מי קניא ליה ובתוס' שם ד"ה ידה גופיה כו' ולכן העיקר בזה כהב"ש ואף דמן דברי הש"ך בכללי מיגו ס"ק יו"ד לא משמע כמו שכתבתי דהא כתב לחלק דלכן לא אמרינן מיגו במקום חזקה דת"י הוא שלו בהא דסי' צ"ט משום שאין החזקות דומות זו לזו ושאני בהך מיגו במקום חזקה דב"ב דף ה' עכ"ז העיקר בזה כמש"כ דהטעם הוא דה"ל כעין גדר מיגו לאפוקי ממונא כנ"ל דאל"כ תקשה מהא דנסכא דר' אבא: ענף ב:

ועוד י"ל בזה דלא תקשה מהא דנסכא דר' אבא על מש"כ הראשונים דלא אמרינן מיגו במקום חזקה דת"י הוא שלו והוא דבעיקר קושיות הש"ך בכללי מיגו ס"ק יו"ד דהקשה כנ"ל דהא זהו לא נפשוט בב"ב אי אמרינן מיגו במקום חזקה והוא דיש לחלק בקצרה והוא דהא בעיקר מה דאיבעיא להו בב"ב אי אמרינן מיגו במקום חזקה ע"כ מוכח דעיקר הטעם מה דיש מקום לומר דאמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז זהו משום מעלת מוחזקות של הלוה בצירוף המיגו ביחד דאל"כ ודאי אין סברא לומר דמיגו יהיה אלימא מחזקה דתו"ז הא כיון דמיגו להוציא לא אמרינן אלמא דמעלת מוחזק עדיפא ממעלת מיגו א"כ

כיון דחזינן דמעלת חזקה תו"ז עדיפא ממעלת מוחזקות של הלוה דהא ע"י מעלת חזקה תו"ז מוציאין מן המוחזק ואינו נאמן הלוה לומר דפרע תו"ז א"כ כש"כ דתהא מעלת חזקה תו"ז עדיפא ממעלת המיגו וע"כ מוכח דעיקר מקום הספק דיהא מיגו עדיפא ממעלת חזקה דתו"ז זהו משום דיש להלוה שני מעלות היינו מעלת המיגו ובצירוף מעלת מוחזקות שלו ובשניהם ביחד יש מקום להסתפק דלמא עדיפא כחייהו מן חזקה דתו"ז וזהו פשוט. ולפ"ז מתורץ בפשיטות קושיות הש"ך הנ"ל דלכן לא מהימן הלוה של אחרים הוא במיגו נגד חזקה דת"י הוא שלו משום דשאני בהא דב"ב דף ה' דהוי להלוה שני מעלות ביחד מעלת מוחזקות שלו ובצירוף מיגו בזה שפיר יש לומר דזה עדיפא מחזקה תו"ז אבל בהא דסי' צ"ט דלא שייך בזה מעלת מוחזקות דהא אין הלוה תופסם לעצמו רק דתופסם בשביל אחרים ע"י טענתו וכבר נתבאר דלא מהני מוחזקות שלו עבור אחר דאינו תופסן ואין בזה רק מעלת מיגו לחודיה ע"כ שפיר אמרו דלא מהני מיגו של הלוה במקום חזקה דת"י הוא שלו משום דהיכא דליכא מעלת מוחזקות רק מעלת מיגו לבד בזה ודאי חזקה עדיפא מן מעלת המיגו כנ"ל וא"צ אנו לדחוקי בזה כמש"כ הש"ך דאין כל החזקות דומות אלא א"ש בפשיטות הא דסי' צ"ט:

ולפ"ז מתורץ בפשיטות מה שהקשיתי מהא דמהימן לומר דידי חטפי במיגו כו' משום דשא"ה דהא יש לו מעלת מוחזקת ג"כ בעת דיש לו מעלת המיגו ביחד וע"כ אלו שני המעלות ביחד י"ל דזהו עדיפא מן חזקה דת"י הוא שלו ושיטת הפוסקים דס"ל בהא דסי' מ"ז וש"ך ס"ק ו' דבשטר אמנה נאמן במיגו משום דלא שייך בזה מעלת מוחזק דהא שטרות דתופסו אין גופו ממון וכ"כ הש"ך בסי' צ"ט ס"ק ו' ביאור שיטת הראשונים בזה ודאי דא"ש לפמש"כ לעיל ובאמת שיטת הראשונים דהובאו בש"ך שם דסבירא ליה דאף בשטר אמנה אינו נאמן אף דיש לו מיגו דקלתיה משום דגם זה ה"ל מיגו במקום חזקה דת"י הם שלו אלמא דאף היכא דלא שייך מעלת מוחזק מ"מ דיינינן להחזקה דת"י הוי שלו' זה צריך ביאור דמאיזה טעם אמרו בזה להך חזקה דת"י הוא שלו דהא אינו תופס גוף הממון ת"י וכמש"כ הש"ך:

והנראה לי בכוונת הנך ראשונים דטעמם הוא דס"ל לסברת הב"ח דכתב בסי' י"ב והובא בש"ך ס"ק י"ז דלכן בנקט שטרא לא מהני מחילה משום דשטר העומד לגבות כגבוי דמי והש"ך השיג שם ע"ז ולעיל סי' י"ב כתבתי בחידושיי לדון בזה ע"פ מש"כ התוס' בסוטה דף כ"ה ע"ב דאם לא נולד ריעותא בהשט"ח אז הוי כגבוי אף לבית הלל ומה"ט א"ש מה שכתבו הפוסקים בכללי תפיסה והובא בקצרה בנתיבות ס"ק י"ד דאם יש לחבירו שטר לא מקרי זה שבידו המעות למוחזק לתופסו בשביל ספיקא דדינא ממק"א וכמש"כ הש"ך

בתקפו כהן סי' ק"ל ע"ש דזהו ג"כ ע"פ סברת התוס' דסוטה דכיון דלא נולד ריעותא על השט"ח ה"ל כגבוי ועיין בסי' קכ"ו ש"ך ס"ק מ"ג מה שהביא בשם מהר"א בן ששון דכתב דכיון דיש לחבירו שט"ח עליו ה"ל כגבוי ולא מצי האי למימר קים לי כו' והש"ך השיג שם עליו דשא"ה דכיון דנולד עכשיו ספק אם השטר פרוע כו' ע"כ לאו כגבוי דמי ע"ש וה"ה י"ל הכא בטעם שיטת הסוברים דבשטר אמנה שייך ג"כ ה"ט דחזקה דת"י הוא שלו משום דס"ל דכיון דבלא אמירתו שהשטר הוא פרוע לא נולד לנו שום ספק על השטר והוחזק לנו השט"ח דתופס המלוה דהוי כמו דתופס המלוה להממון משום דבשט"ח כ"ז דלא נולד בו ריעותא הוי כגבוי וע"כ שפיר אמרו דלא מהימן המלוה במיגו משום דכיון דבלא המיגו הוי כמו דתופס להממון משום דהוי כגבוי וע"כ שפיר לא מהימנינן להמלוה במיגו דהוי נגד חזקה דת"י כו' אבל היכא דלא הוי מוחזק גמור כ"ע מודו דלא שייך ביה הך חזקה דת"י הוי שלו כנ"ל וגם הא הכריע הש"ך שם כהסוברים דע"י תפיסת השטר לא הוי כתופס להממון ולא דיינינן ביה להך חזקה הנ"ל כלל והעיקר הוא כמו שכתב משום דהך חזקה עיקרו משום תפיסת הלוה להחפץ אבל היכא דלא ה"ל תפוס גמור בזה מהימן במיגו נגד החזקה הנ"ל:

ולפי מה דנתבאר הנכון הוא כמש"כ הב"ש הכא דהאשה נאמנת במיגו אף דהוי נגד החזקה משום דכיון דתופסת החפץ לעצמה א"כ הא הוי בזה מעלת מיגו ומוחזק ביחד דכה"ג מהימנא במיגו כמו בהא דנסכא דר' אבא או כמש"כ לעיל דעיקרו הוא משום דהוי מיגו להוציא ע"כ באשה התופסת לעצמה ודאי דנאמנת במיגו ואין הכרח מן הב"ש דיפלוג על מש"כ הש"ך בסי' צ"ט משום דלדינא י"ל כמש"כ הש"ך בסי' צ"ט להכריע כהפוסקים דלא מהימן הלוה במיגו משום דה"ל מיגו במקום חזקה ושאני הכא בהא דסי' ס"ב ואה"ע סי' פ"ה הנ"ל ולכן העיקר לדינא כמש"כ הב"ש כנ"ל:

ענף ג:

והש"ך הכא בסי' ס"ב ס"ק ו' באה"ד בד"ה וכתב הבעה"ת כו' הביא למה דהקשה באה"ד דהא הוי מיגו דהעזה והשיג עליו הש"ך דהא אמרינן מיגו דהעזה וכבר תי' זה היטב הב"ש באה"ע סי' פ"ה ס"ק למ"ד ע"פ מש"כ המ"מ דנאמנותה הוא משום חזקה דא"י להעיז בפני בעלה וע"כ בכה"ג שפיר לא מהימנינן במיגו דהוי העזה גמורה ע"ש בב"ש ועיין בפני יהושע בק"א כתובות פ"א ד' יו"ד ע"א ד"ה בהא דאר"נ כו' ועפ"ז יש לדון בדברי התוס' יבמות ד' קט"ז ע"ב ד"ה באותה שעה כו' ובמהרש"א שם וראיתי בתשובת רעק"א זצ"ל סי' ק"ל בד"ה ואף ללישנא ב' דכתובות כו' שהביא לדברי הש"ך דסי' ס"ב

הנ"ל וכתב לתרץ לדברי הג"ת הנ"ל ע"פ סברת הב"ש הנ"ל ולא הביא לדברי הב"ש הנ"ל שכבר הקדימו בזה:

ועוד נלע"ד לתרץ לדברי הג"ת הנ"ל במה שכתב דלכן אינה נאמנת לומר דנתנו לי ע"מ שלא יהא לבעלי רשות בהן ע"י מיגו דאתה נתתי לי משום דה"ל מיגו דהעזה משום די"ל דאף דנימא דהך חזקה דת"י הם שלו לא הוי רק כמו כל חזקות דמהני מיגו נגדו וכמש"כ הב"ש דלא כהש"ך הנ"ל דמ"מ בצירוף דהוי מיגו דהעזה ג"כ וגם הא הוי עכ"פ מיגו נגד חזקה דבשני הריעותות ביחד לא אמרינן מיגו כדמוכח כן מהא דב"ב ד' ה' בתוס' ד"ה ובא בזמנו כו' דכתבו התוס' דלא אמרינן מיגו דפרעתיך היום משום דלא חציף למימר פרעתיך היום אבל רגיל הוא לומר פרעתיך אתמול ושכחת עכ"ל התוס' והובא זה בש"ך סי' ע"ח ס"ק ט"ז שכ"כ הרא"ש והראב"ד והאו"ת בסי' ע"ח ס"ק ח' ביאר זה היטב דאע"ג דאמרינן מיגו דהעזה כמש"כ התוס' בכ"ד עכ"ז שאני הכא דהוי גם מיגו במקום חזקה דאף דאמרינן מיגו במקום חזקה עכ"ז ע"י צירוף מה דהוי מיגו דהעזה ג"כ לכן לא מהני מיגו בזה וכ"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק ע"ז והביא שם לדברי המהרי"ט בזה ע"ש: ולפ"ז י"ל דזהו כוונת הג"ת במש"כ דלכן לא אמרינן מיגו דנתתי לי במתנה משום דהוי מיגו דהעזה דכוונתו דאף דאמרינן מיגו דהעזה מ"מ כיון דזה הוי מיגו נגד חזקה כמש"כ הש"ך דאף דמשום מיגו נגד חזקה לחודיה הא העיקר כמש"כ הב"ש דאמרינן כנ"ל מ"מ ע"י צירוף למה דהוי זה מיגו דהעזה ודאי לא אמרינן וי"ל דאף החולקים על שיטת התוס' בב"ב שם כמו שהובא זה בש"ך סי' ע"ח ס"ק ט"ז דמודו לזה רק דס"ל דשאני התם דלא הוי זה מיגו דהעזה כ"כ דמה לי אם אומר פרעתיך בתו"ז או דאומר פרעתיך היום ולא ס"ל לסברת התוס' בזה אבל היכא דה"ל העזה שפיר י"ל דמודו להכלל של התוס' ואתי שפיר דברי הג"ת וזהו כלל מחודש ועפ"ז יוצא לנו דין חדש במה דהעלה האו"ת בסי' צ"ט ס"ק ד' דלא כהש"ך אלא דנאמן הלוה לומר של אחרים הוא במיגו אף דהוי נגד חזקה מה דת"י הוא שלו ע"ש דמ"מ יש לומר דהיכא דהמלוה ראה את החפצים ת"י הלוה דאף דלא היה עדי ראה דהיה יכול הלוה לטעון להד"ם או החזרתי דמ"מ אין הלוה נאמן לומר של אחרים הוא במיגו דלהד"ם או החזרתי משום דהא הוי עכ"פ מיגו דהעזה ג"כ וגם הא הוי מיגו במקום חזקה ג"כ אף דכ"א לחודיה לא היה מבטל להמיגו מ"מ ע"י צירוף שניהם ביחד נתבטל זכות מיגו שלו ועי"ז יש מקום לתרץ מה שהקשה הש"ך בסי' צ"ט ס"ק ו' בסתירת הפוסקים בזה אי מהימן הלוה לומר של אחרים הוא או לא ע"ש אבל לפי מש"כ א"ש די"ל דהנך פוסקים דכתבו דלא מהימן מיירי בכה"ג דנתבאר

ועיין בשער המלך פ"ז ה' אישות ה' יו"ד מש"כ שם לדון דמפני מה לא אמרינן למיגו דגרשתני והעלה משום דהוי העזה יתירה:
ואחר כתבי כל זה ראיתי בהפלאה כתובות בק"א סי' פ"ה סעיף ט"ו שכתב לדחות לדברי הב"ש שם ע"פ הא דסי' צ"ט דאינו נאמן לומר של אחרים במיגו משום דה"ל מיגו במקום חזקה דת"י הם שלו אבל לפי מה שכתבתי הנכון עם הב"ש ואינו ראיה מהא דסי' צ"ט ולכן אתי שפיר מה שהביא הב"ש לקמן באה"ע סי' ק' ס"ק ה' לדברי הרשב"א והש"ך דסי' צ"ט דאין נאמן לומר של אחרים הוא במיגו משום דה"ל מיגו במקום חזקה יע"ש ואינם סותרים דברי הב"ש הנ"ל למש"כ הב"ש בסי' פ"ה משום דמוכח כמו שכתבתי דאין זה שייכות להא דסי' צ"ט וכמש"כ לחלק:

סימן סג

א (סעי' א') המוציא שט"ח ובאו שנים ואמרו ממנו] שאל לזייף שטר זה אין גובין בו אא"כ עדי השטר מעידין שראו ההלואה כו' וכתב הסמ"ע ס"ק ה' דאף אם אינן יודעין שאותו הלואה היה מלוה בשטר כו' מצטרפים זה לזה וכ"כ הב"י והב"ח והש"ך השיג ע"ז והנתיבות ס"ק ב' הביא ראיה להסמ"ע והב"י מהא דכתובות דף ל"ו דהיוצאת משום ש"ר אין לה קנס ופתוי דזהו באתו סהדי ואמרו לדידן תבעתינהו באיסורא כו' ולא נקט הש"ס רק לפוטרה מקנס ופתוי ולא נקט הך דינא נגד להפסידה כתובתה ונהי דאם טען בלא"ה מהימן כמבואר בכתובות ד' ט' מ"מ אי אתו סהדי ואמרו דתבעתינהו אחר נישואין נחזיקה בזונה ויפסיד לה כתובה ולא אשתמיט שום פוסק לכתוב זה לענין כתובה ומוכח מזה דאם אתחזק בחוב לא מרעינן לשטרא כו' ולכאורה היא ראיה ברורה ולענ"ד נראה לדחות זה משום דיש לומר דשאני התם דהא האשה טוענת ברי לי דלא נבעלתי והבעל טוען שמא נבעלת לאחר הנישואין א"כ הא ה"ל הבעל כמו דאומר איני יודע אם פרעתיך דקיי"ל דחייב ע"פ ברי של התובע בצירוף חזקת חיוב ואף אם הוי במקום דלא ה"ל למידע ג"כ קיי"ל דחייב כדמוכח בסי' ע"ב סעי' י"ד ובמק"א הארכתי עפ"ז בדברי המל"מ והאו"ת דסי' ע"ה ס"ק כ"ב ואכמ"ל ועיין בתוס' כתובות ד' ט' ע"ב ד"ה אי למיתב לה כו' ובאו"ת שם ובנתיבות סי' ע"ה ס"ק ה'. ואף לפי הסוברים דבמקום דלא ה"ל למידע פטור אף א"י א"פ מ"מ הא עכ"פ אינו מוכח מהתם רק במקום ברי ושמא וצירוף חזקת חיוב דבזה לא מרעינן לשטרא ועדיין יש לומר דהיכא דה"ל ברי וברי כמו בנ"ד דהלוה טוען ברי לי דמזוייף הוא דבכה"ג עדיין יש לומר דאף דאיכא חזקת חיובא דמ"מ מרעינן לשטרא ויכול לטעון פרעתי כמו בכל מלוה ע"פ וכמו הא דר"פ ב'

דכתובות דאמרו עד כאן לא קאמר ר"ג התם אלא בברי ושמא אבל בברי וברי לא אמר וה"ה יש לחלק כן בנ"ד וע"כ נדחה ראיות הנתיבות. ולענ"ד יש להסביר עצם הסברא של הבית יוסף והסמ"ע במש"כ דאם איכא חזקת חיוב לא מרעינן לשטרא דאע"ג דע"י אוקי אחזקת חיוב לבד אין מוציאין ממון עכ"ז יש לומר דטעמייהו הוא ע"פ מש"כ בחידושיי לח"מ לעיל סי' מ"ג סעי' י"ד דהיכא דאיכא רובא וחזקת חיוב ביחד דע"י זה מוציאין ממון וכמש"כ הבעה"מ ברפ"ב דכתובות והתו"י שם והתוס' בכתובות ד' כ"ט ד"ה ועל דע"י רוב ואוקי אחזקה מוציאין ממון יעו"ש. ע"כ י"ל דמה"ט אם יש עדי הלואה לא מרעינן לשטרא משום דהא הך חששא דאמרו בש"ס דכיון דמהדר אזיופא אומר זיופי זייף זה הוי רק אי חיישינן למיעוטא דהא ע"פ רוב לא שכיח דיזייף כ"כ דיהיו יכולין לקיימו ולא יהיה ניכר הזיוף רק לפי דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ חיישינן בכזה ולכן היכא דהוי חזקת חיוב והוי אז רובא וחזקה דעי"ז ביחד מפקינן ממונא מחזקתו וא"ש דבריהם והנה מצינו כמו דאמרו הכא דאומר זיופי זייף דכעין זה אמרו בכתובות ד' כ' דביוצא השטרות מתחת ידי עצמו לא דלמא זיופי מזייף והובא לעיל בח"מ סי' מ"ו סעי' ז' ובש"ך שם ס"ק כ"ד ומשמע דהתם אף אם איכא עדי הלואה לא מהני דדוקא הכא כתבו כן והטעם פשוט דהא לעיל דמיירי בשטרות יוצאין מתחת ידו דיכול לזייף בקל ע"כ לא מהני בזה חזקת חיוב אבל הכא דהא עכ"פ איכא רובא דאין יכולין לזייף כנ"ל וע"כ ע"י צירוף חזקה ורובא מוציאין ממון וזה פשוט ולכאורה יש לדון דלפמש"כ התוס' בכתובות ד' כ' ע"א ד"ה דילמא זיופי זייף כו' דאומר ר"ת דאם מכירין העדים חת"י העדים בטב"ע דלא חשו בזה לזיוף ודוקא במכירין החתימה ע"י דימוי בזה אמרו בגמ' דלמא זיופי זייף והובא זה לעיל בש"ך סי' מ"ו ס"ק כ"ד דלפ"ז יש לדון דה"ה הכא דאמרינן לחוש דלמא זיופי זייף די"ל דז"א רק במכירין החתימה ע"י דימוי דבזה חיישינן לזיוף אבל במכירין ע"י טב"ע אף ע"י עדים אחרים כמו התם דלא חילקו בין הכרת עדי השטר או ע"י הכרת עדים אחרים ויש לדון כן ע"י כש"כ דהא חזינן דהא דסי' מ"ו הנ"ל הוי חשש ביותר לזיוף מן הא דסי' ס"ג דהא לעיל לא מהני כלל אף אם היו עדי הלואה כנ"ל ואלו הכא מהני כמש"כ הב"י והסמ"ע. וגם הא שיטת הרא"ש בשבועות והובא באו"ת הכא ס"ק ב' דס"ל דהאי שטרא ריעא דכתובות דף ל"ו דלא מגבינן ביה דמ"מ אם תפס מהני ואלו לעיל בהא דסי' מ"ו הנ"ל הא אף תפיסה לא מהני כדמשמע התם אלמא דהתם הוי חשש זיוף ביותר מן הכא ואפ"ה מהני הכרת החתימה ע"י טב"ע אף ע"י עדים אחרים א"כ ה"ה וכש"כ הכא:

ועכ"ז אף דלכאורה יש לדון כן לולי דברי הראשונים בזה עכ"ז כיון דכתבו הכא בשם הרמב"ם דדוקא אם עדי השטר בעצמם מעידים על חת"י בזה גובין בו וגם ע"ז פליגי הרבה פוסקים וכן הר"נ אף דלעיל ד' כ' העלה דבמכירים ע"י טב"ע לא חיישינן לזיוף ואלו הכא ס"ל להר"נ דאף ע"י הכרת עדי השטר לא מהני אלמא דס"ל דיש לחלק דשאני הא דשטרות יוצאין ת"י עצמו דכיון דבעצם לא נולד בו ריעותא רק הא דחשו שם לשמא זייף הטעם הוא דכיון דהשטרות יוצאין ת"י ע"כ לא חיישינן שם רק שמא זייף באופן שיהיה מקויים רק ע"י דימוי דהא יכול לעשות הזיוף ע"י הדימוי מן שטרות דת"י אבל ע"ז אינו יכול לעשות הזיוף שיהיה מקויים ע"י טב"ע ע"כ לא חשו שם בזה. אבל הכא דעיקר החשש הוא דכיון דנולד בו ריעותא דהיה מהדר אחר זיוף ע"כ חשו שמא זייף כ"כ שיהיה יכול לקיימו ג"כ ע"י הכרה בטב"ע רק אם עדי השטר עצמם מעידים על חת"י בזה פליגי הראשונים וע"כ העיקר כמש"כ הראשונים דאם עדים אחרים מכירים ע"י טב"ע דמשמע דכ"ע ס"ל דזה לא מהני בזה וגם הא בהך דכתובות ד' כ' הנ"ל כתבו הריטב"א והשמ"ק שם דלא מהני התם אף ע"י הכרת העדים עצמם ע"י טב"ע ע"פ הא דב"ב ד' קס"ז וכמש"כ הר"נ הכא בסוגיא דכתובות ד' ל"ו. וגם יש לדון בזה ע"פ שיטת הרמב"ם דהובא בסי' מ"ו סעי' ז' ובש"ך שם ס"ק כ"ג וכן מצינו בנימוקי יוסף בב"ב פ"א על מה דמבואר בסוגיא שם ד' ז' בההוא שטרא דיתמי דנפק עליה תברא דלא מגבינן משום דהוי ריעותא דלא הוציאו בחיי אביהן דהביא בשם הרשב"א דאפילו נתקיים בחותמיו מפי העדים ג"כ חיישינן שמא זייפו וכמו הא דב"ב ד' קס"ז דא"ל אין חת"י דידי כו' והובא בח"מ סי' ק"ח בש"ך ס"ק ל"א אלמא דמצינו דבמקום ריעותא הנראה לחז"ל דחשו לזיופא אפילו היכא דהעדים עצמן מקיימין השטר:

סימן סד

א הג"ה ואע"פ שאין לו מיגו כו' דלא כיש מי שאומר דלא יוכל לומר למשכון תפסתי אלא בידוע שחייב לו מאחר שאין לו מיגו עכ"ל הרמ"א והסמ"ע והש"ך העלו דהעיקר כיש מי שאומר הנ"ל דלא יכול לומר למשכון תפסתי אם אין לו מיגו אלא בידוע שחייב לו ולכאורה צריך ביאור דאף אם ידוע שחייב לו דמאיזה טעם יהיה מהימן לומר דבא החפץ לידו בתורת משכון דכיון דטענת משכון לא מהימנינן ליה בלא מיגו א"כ מ"ש אם ידוע שחייב לו והדין נותן דאין יכול לגבותו מיתמי:

והנ"ל בזה לפמש"כ הרשב"א סוף קידושין דמה"ת אף מטלטלי משתעבדי אלא דמחמת דלא סמכה דעתו ה"ל כאלו מחל השעבוד וכמש"כ האו"ת בסי' ל"ט ס"ק ב' ולכן אם

ידוע שחייב לו נאמן לומר למשכון בא לידי דהא עיקר מעלת המשכון הוא משום דיש לו שעבוד אלים על המשכון וכמש"כ התוס' בב"ק ד' מ"ט ע"ב ד"ה משכונו של כו' והובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ט ואף לדעת הסוברים דבע"ח קונה משכון הוי קנין גמור מ"מ הא במה דאנו דנין כעת הוא העיקר אם יהיה יכול לגבותו מבניו אם מת ואם נימא דיש לו שעבוד ע"ז אז ממילא גבי מיתמי. ע"כ אדרבה מוקמינן על חזקתו הראשונה דלא מחל לשעבודו שיש לו על זה החפץ דהא כ"ז דלא מחל שעבודו בפי' או מצד אומדנא היה משועבד לו מה"ת וע"כ אוקי אחזקת זכות שעבוד שהיה לו מעיקרא ועדיין יש לדון בזה ע"פ מש"כ במק"א דהא דמטלטלי לא משתעבדי הוי זה בגדר סילוק א"כ לפ"ז הא לא זכה בהשעבוד של החפץ מעולם א"כ לא שייך לדון בזה חזקת שעבוד דמעיקרא וכן יש לדון אם טוען דלמשכון תפסתיו לאחר ההלואה דהא בעת ההלואה דכבר נמחל שעבודו ממטלטלין ע"כ לא שייך בזה לדון להחזקה דמעיקרא של חזקת השעבוד הנ"ל ומ"מ יש לומר עדיין בזה לפמש"כ הקצה"ח בסי' צ"ה ס"ק ג' דהא דמטלטלי לא משתעבדי יש לו דין כמו כל מידי דרבנן ע"ש ובמק"א הארכתי בזה ולפ"ז י"ל דלכן מהימן לומר למשכון תפסתיו וגובה מהחפץ אף דמת הלוה משום דכיון דמה"ת הא גם מטלטלי משתעבדי ורק מדרבנן אינו גובה כמש"כ הקצה"ח כנ"ל וע"כ הא אף דיהיה ספק אם יש לו שעבוד על החפץ או לא דמ"מ כיון שהוא מוחזק עכ"פ דמספק נעמידנו על דין תורה בזה דיש לו זכות השעבוד על החפץ ולכן אם ידוע דחייב לו מהימן:

גם י"ל בפשטות דהא דלא מהימן לומר טענת משכון רק ע"י מיגו הוי הטעם משום דכיון דמחולקים בעיקר ההלואה וידוע דחוב יש לי בידך הוי טענה גרוע ע"כ ממילא אינו נאמן לומר למשכון בא לידי ע"פ טענת עצמו רק ע"י מיגו אבל אם הוי חוב ידוע אז לא הוי טענת משכון טענה גרוע אך יש לדון בזה ע"פ פלוגתת הסמ"ע והש"ך בסי' ע"ב סעי' כ"ז דהסמ"ע שם ס"ק פ"ז ס"ל דדוקא במחולקים בעיקר הלואה צריך לישבע בנק"ח והש"ך ס"ק קכ"א חולק בזה וקצרתי וכ"ז פשוט:

סימן סה

א (סעי' ז) וכן אם יש ללוה ב"ח שמספיקין לשעבוד החוב אם חייב מודה יחזיר וכתב הסמ"ע דלא חיישינן שמא חייב לאחרים כו' והש"ך ס"ק כ"ב תמה ע"ז דהא חיישינן ללקוחות אע"פ שאינם ידועים לנו ונדחק לתרץ זה. אבל באמת תמיהני עליו בזה לפמש"כ התוס' בב"מ ד' כ' ע"א ד"ה ש"מ איתא לדשמואל כו' דלכן גבי ערב לאשה בכתובה ורוצה לגרשה חיישינן לקנוניא אע"ג שיתחייב לפרוע הכל להערב כו' לא דמי

דהתם מפסיד הערב מיד וחיישינן לקנוניא אבל הכא דאינו אלא חששא בעלמא שמא לא מכרה ואפי' מכרה שמא לא יפסידו הלקוחות דחוב שהיה להם על הבעל יהיה להם על האשה וגבי חייב מודה דחיישינן לקנוניא לפי שיוציא מיד מן הלקוחות ועוד יש לחוש משום לקוחות שלא באחריות שיפסידו לגמרי עכ"ל התוס' וכוונת התוס' הוא דלא חיישינן אלא היכא דאיכא לוקח ידוע או ללוקח שלא באחריות שיפסיד לגמרי אבל היכא דאיכא ספק לקוחות באחריות דהוי תרי ספיקי ספק א' שמא ליכא לוקח כלל ואת"ל איכא הא לא יפסידו לגמרי דהא יהיה לו חוב על המוכר מחמת חוב אחריות ע"כ לא חיישינן בזה. ע"כ א"ש בזה דלכן כתב המחבר דאם יש ב"ח אם חייב מודה יחזיר ולא חיישינן לב"ח שאינו ידוע משום דהא הוי ספק אם יש עוד ב"ח ואף דאיכא איזה ב"ח הא יהיה לו החוב בתקפו על הלוה ע"כ לא חיישינן בזה ועיקר החשש הוא לספק לקוחות שלא באחריות שיפסידו לגמרי וכמש"כ התוס' להדיא וע"כ לדינא אם חייב מודה יחזיר אם יש ב"ח המספיקין לשעבוד החוב אף בלא הכריזו ובלא תקנת העיר שיוכתבו כל השט"ח בפנקס הסופר ודלא כמש"כ הש"ך בזה ועיין בב"ב דף מ"ו ע"ב רשב"ם ד"ה ארעא אחריתי כו':

ב (שם) סמ"ע (ס"ק כ"ב) דהקשה למה בעינן הנפק ותי' והש"ך ס"ק כ"ג תמה עליו ואפשר בכוונת הסמ"ע דבאמת בכתוב זמנו בו ביום הוא חשש רחוק לחוש לקנוניא משום פשיטי דספרא משום דרובא דאינשי לא עבדי הכי אלא מכ"מ מעוטי איכא דאתרמי דיעשו כן וכיון דבממון אין הולכין אחר הרוב ע"כ לא יחזירו אלא בכתוב בו הנפק דאז הוי חזקת חיובא משום דמלוה מקיים שטרו כו' וברוב וחזקה מוציאין ממון כמש"כ הבעה"מ בריש פ"ב דכתובות וכמו שהארכתי במק"א לבאר זה דגם הרמב"ן החולק שם מודה לזה וכמבואר בתוספות כתובות ד' כ"ט ע"א ד"ה ועל כו' ע"כ א"ש לפמש"כ הסמ"ע וקצרתי בזה:

ג סעי' י') בש"ך (ס"ק ל"א) באה"ד בד"ה תנן בספ"ק דמציעא מצא בחפיסה או בדלוסקמא כב' וא"כ קשה א' דהא קאמר בתר הכי כו' ומש"כ הרא"ש שטרי מכריז והלה נותן סי' במנין ותכריך ואגודה היינו כדי שיוכל ליתן סי' במנין כו' עכ"ל ועוד קשה על הרא"ש דבר"פ אלו מציאות דמספקא ליה להש"ס אי מנין הוי סי' ולא מצי לאוכו חי משום מתני' כמש"כ התוס' שם דף כ"ה ע"א ד"ה ש"מ מנין הוי סי' אמאי לא מוכיח מהכא מדקתני שלשה כו' עכ"ל הש"ך:

ענף א:

והמגיה בט"ז שם סוף סי' ס"ה כתב לתמוה על הש"ך בזה בזה"ל תמהתי על פה קדוש יאמר דבר כזה וראו עיניו ז"ל חצי דיבור ראשון ולא חציו האחרון שכתבו התוס' דמצי למדחי דמנין וחרוזות הוי סימן וה"נ איכא למימר דמנין וכריכה הוי סי' ומה ענין שמיטה כו' עכ"ל:

ולענ"ד י"ל דהש"ך ס"ל דהעיקר כתי' א' של התוס' שם דתירצו דבאמת יש להוכיח מהברייתא דקתני מצא שנים שנים חייב דמנין הוי סי' אלא דרוצה להוכיח ממתניתין כו' וכן כתב הר"נ והנ"י שם כהך תי' א' של התוס' הנ"ל משום דלתי' הב' של התוס' דכתבו שם די"ל דמנין וחרוזא הוי סימן דאף דאינו מועיל נפרד מועיל מחובר א"כ תקשה במה דקאמרי בסוגיא דב"מ ד' כ"ה שם עלה דצבורי פירות וצבורי מעות חייב להכריז ש"מ מנין הוי סי' תני צבור פירות ש"מ מקום הוי סי' תני צבורי פירות ואמאי לא אמרינן דשאני הכא דהוי סי' מנין וסי' מקום ביחד ולעולם מנין לחודי' או מקום לחודיה י"ל דלא הוי סי' וע"כ מוכח מהך סוגיא דס"ל בפשיטות דשני סימנים גרועים לא מצטרפי להיות סי' אמצעי ולכן הקשה הש"ך בפשיטות כן על הרא"ש ומזה הוי סייעתא למש"כ הרמ"א באה"ע סי' י"ז סעי' כ"ד דלא מצטרפי כמה סימנים אמצעים להיות סי' מובהק. ע"ש בח"מ וב"ש בשם המ"ב:

אכן בקונטרסי לתק"ע העליתי כבר תי' נכון לקושיא זו וע"כ הנני להעתיקו כאן וזהו ע"ד מש"כ הפמ"א והבגדי כהונה סי' י"א והעה"ג דשני סי' גרועים מצטרפים להיות נחשב לסי' אמצעי היינו היכא דמהני ס"א כמו במשאל"ס וכהנה וחלקו ע"ז האחרונים בתשובותיהם נלע"ד להוכיח כדברי הפמ"א והב"כ מן מש"כ התוס' בב"מ ד' כ"ה ע"א ד"ה ש"מ מנין הוי סימן כו' ולעיל נמי דקתני אבל מצא שנים חייב ולא קאמר ש"מ מנין הוי סי' דברייתא הוא כו' א"נ מצי למידחי דמנין וחרוזא הוי סי' עכ"ל התוס' אלמא דס"ל להתוס' דשני סי' גרועים מצטרפים להיות סי' אמצעי אף דכ"א בפ"ע לא הוי ס"א דחרוזא לא הוי ס"א רק סי' גרוע כמש"כ התוס' ב"מ ד' כ"ג ע"ב ד"ה מחרוזות של דגים כו' ובחולין ד' צ"ה ע"ב ד"ה בחרוזים כו'. דדוקא לענין בשר שנתעלם סמכינן על סי' דחרוזים. וא"כ מוכח מזה כסברת הפמ"א ואף לתי' קמא של התוס' דב"מ שם והר"נ והנ"י ושמ"ק לב"מ ד' כ"ג דכתבו דה"מ לאוכוחי מהא דמצא ב' ב' חייב דמנין הוי סי' ולא כתבו לחלק כתי' הב' של התוס' דס"ל דמנין וחרוזא הוי סי' י"ל דגם אינהו מודו לסברת התוס' בתי' הב' דשני סי' גרועים מצטרפי לס"א אלא דז"א רק היכא דהוי לכל הפחות סי' גרוע כמו חרוזים דמצינו דנחשב לסי' קצת גבי בשנמ"ה כנ"ל אבל שם בברייתא דב"מ ד' כ"ד קתני שם ג"כ בדי מחטין וצינוריות דשנים חייב וס"ל דבדי מחטין לא הוי אף סי'

גרוע ע"כ שפיר כתבו דה"מ לאוכוחי מהך ברייתא דמנין הוי סי' אבל היכא דהוי שני סי' גרועים גם הם מודים לסברת התוס' בתי' הב' דשני סי' גרועים מצטרפי להיות ס"א וכן מצינו בתשובה להרמב"ם והובא בתשובת מהר"ם אלשקר סי' ס"ז שכתב להתיר על שמו ושם עירו וצירוף שני סי' גרועים דהיה בינוני הקומה וזקינו שחור וכן כתב בשמו המהרח"ש בק"ע ד' ל' ע"ד ועיין במראות הצובאות סעי' י"ח ד' נ"ג וי"ל דטעם הרמב"ם הוא משום דס"ל דשני סי' גרועים מצטרפי להיות ס"א וע"כ מהני זה לשמו ושם עירו דהא ס"א עדיף מן שם אביו וכמש"כ הנו"ב במ"ת ס"ס נ"ה וממש"כ בשם הרמב"ם הוא ראיה ברורה לדברי הנו"ב וכן י"ל דזהו כוונת הרמב"ם והמחבר באה"ע סי' י"ז סעי' י"ז דכתבו דמהני סי' מנין וסי' מקום יציאה והליכה והם נושאים כך וכך ואף דהוי כ"ז סי' גרועים אפ"ה מצרפין כ"ז לסי' מנין משום דמקום יציאה והליכה חשוב לחד סי' גרוע וסי' דנושאים כך וכך לסי' גרוע ב' והוי ב' סי' גרועים לס"א וע"י סי' מנין הוי שני ס"א דמהני זה לכמה פוסקים והוא מהא דיבמות ד' קכ"ב ובמק"א כתבתי לדון בזה ע"פ שיטת המבי"ט דנמצא על הדרך שהלך ואכמ"ל ועיין במ"ר קרח פ' י"ח ובמדרש תנחומא וילקוט שם שכתבו בזה"ל מי גנב כליך א"ל אותו בן טובים בעל קומה ושיניו נאות ושערו שחור וחוטמו נאה משנתן סימניו ידעו מי הוא אף כאן אע"פ שסתמן כו' וזהו סי' גרועים וע"י צירוף חשובין לסי' ואף דאין למדין מן הדרוש ובפרט במה שהוא משל עכ"ז סמך קצת הוי והנה גוף הספר פמ"א וב"כ אינן ת"י רק ראיתי לתשובת אחרונים שהביאו כן בשמם וכ"ז הוא יסוד גדול ב"ה לתק"ע:

אמנם יש להקשות על כ"ז מהא דב"מ ד' כ"ה צבורי פירות חייב דמוכיח הש"ס מזה ש"מ מנין הוי סי' הא י"ל דלכן צבורי פירות מכריז משום דסי' מנין וסי' מקום ביחד מצרפין להיות ס"א אבל כ"א בפ"ע לא הוי ס"א א"כ מוכח מסוגיא זו דמה דאינו מועיל נפרד אינו מועיל מחובר וכמש"כ הח"מ באה"ע סי' י"ז ס"ק נ"ה:

ענף ב:

ומחומר הקושיא הנ"ל נלע"ד בהקדם מה שהקשה הקצה"ח סי' רס"ב ס"ק ב' בהא דתני בב"מ ד' כ"ה מצא דבר שאין בו סי' בצד דבר שיש בו סי' דבא בעל הסי' ונטל שלו זכה בדבר שאין בו סי' וכן פסקו בשו"ע שם דמצא פירות סמוך לכלי דהיכא דאיכא למיתלי שנפל מן הכלי מחזירין למי שנותן סי' בהכלי משום דנמצא הפירות קרוב להכלי. הא קיי"ל דרוב וקרוב הלך אחר הרוב אף בקורבא דמוכחא א"כ אמאי לא אזלינן בתר רובא דאינו של בעל הכלי רק פריש מן רובא דעלמא עכ"ל הקצה"ח:

ולענ"ד נראה לתרץ דהא לא גרע הך נמצא סמוך להכלי מן סי' מקום דק"ל דהוי סי' כמו בנמצא אחר הגפה או הגדר דהוי מקום סי' משום דאמרינן דאיך אתרמי דאבד אחר באותו מקום וידוע מש"כ הט"ז באה"ע סי' י"ז דסי' מקום אף באין מצמצם המקום ג"כ הוי ס"א ובמצמצם המקום הוי ס"מ: א"כ ה"ה בנמצא סמוך להכלי שלו דהוי בזה ג"כ סי' מקום דאיך אתרמי דיאבד האחר אלו הפירות סמוך להכלי של אחר ע"כ מחזירין הפירות לבעל הכלי דהוי הכא סי' מקום ולא מצד קורבא לבד אלא מצד סי' מקום: ועוד נלע"ד לתרץ קושיות הקצה"ח הנ"ל ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ד' דלפי מה שכתבו התוס' בב"מ ד' כ"ב ע"ב ד"ה אי דליכא סי' כו' דלמשקר לא חיישי' ובוודאי נאבד חפץ כזה ממנו רק דחיישינן דכי היכי דהוא אבד חפץ כזה דכן יכול להיות דאדם אחר איבד חפץ כזה כו' וכיון דנפילה לא שכיח מצד דרובא דאינשי מזהר זהירי א"כ יש נגד רובא דעלמא הרוב דלא שכיח בהו נפילה רק אותו האיש העומד לפנינו ואומר שאבד חפץ כזה ע"כ ביותר יש לתלות דאותו החפץ שנמצא הוא שנאבד לפי דיש רוב נגד רוב ולכן סמכינן על קרוב כיון דאוקי רוב נגד רוב והוי כמו דליתנהו להנך רובא דמהני קרוב היכא דליכא רוב לסותרו ומתורץ קושיות הקצה"ח ומה שהקשה הקצה"ח מהא דר"פ ר' ישמעאל עיין לעיל בחי' לסי' מ"ו סעי' ד'. ולפ"ז כיון דמוכח מן הא דב"מ ד' כ"ה מברייתא דמצא פירות סמוך לכלי מחזירין הפירות לבעל הכלי יהיה מאיזה טעם שיהיה או מצד סי' מקום או מצד סי' קורבא כנ"ל א"כ תקשה מברייתא זו על רבה דס"ל בב"מ ד' כ"ב דמקום לא הוי סימן. דהא סי' מקום לא גרע מן מצא פירות סמוך לכלי דשני הטעמים הנ"ל שייך ג"כ בכל סי' מקום. לא מבעי אי נימא דלכן מחזירין לבעל הכלי מצד סי' מקום דוודאי שייך כן בעיקר סי' מקום ואף להטעם הב' הנ"ל דזהו משום סי' קורבא ג"כ שייך כן בזה דנותן סי' מקום דכיון דלמשקר לא חיישינן ובוודאי נאבד ממנו פירות במקום פלוני רק דחיישינן שמא נאבד מן אחר ג"כ פירות כזה במקום זה א"כ אי אזלינן בתר קורבא אין לך קרוב יותר מזה ואדרבה קרוב כזה עדיף לפמש"כ הסמ"ע בח"מ סי' רנ"ט ס"ק ו' וזהו שיטת הרמב"ן פ' לא יחפור ועיין באה"ע סי' י"ז ב"ש ס"ק נ"ו בשם הרמב"ן והובא ביו"ד סי' קכ"ט וביו"ד סי' א' בכרו"פ ות"ש שם ובסי' ס"ג ואכמ"ל ע"כ היכא די"ל דזהו אותו הפירות שנאבדו וזהו שנמצא דוודאי דייניגן בזה קורבא לתלות דזהו שנאבד במקום הזה ולא לתלות דפריש מרוב דעלמא [ובמק"א הארכתי עפ"ז בענין קבר שאבד הוא שנמצא ואכמ"ל] א"כ תקשה מזה הברייתא דתני דמחזירין הפירות שנמצאו סמוך לכלי לבעל הכלי על מאן דס"ל מקום לא הוי סי' לכן נלע"ד לומר בטעמו דמ"ד דמקום לא הוי סי' ע"פ מה שמבואר בב"מ ד' כ"ב למאי דקיי"ל

יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש דכל מה דאמרו דה"ה של המוצאו דמיירי דידע והרגיש בנפילתן מקודם שבאו ליד המוצא כגון אותן דאגב דיקירי או אגב דחשיבי מידע ידעי בהו וכמבואר כ"ז בסי' ר"ס בטור שם:

ובש"ך שם ס"ק ל"א דלכן כריכות קטנות בר"ה דאין בהם סי' מקום לפי שמתגלגלים ברגלי אדם דהוי שלו ולא הוי יאוש שלא מדעת משום דמסתמא הניחום בעליהם שם להקל ממשאם ושכחום ונתייאשו מיד כיון שאין להם סי' בחפץ ולא במקום כו' וכמש"כ הטור והרא"ש שם ע"ש והא דקיי"ל מקום הוי סימן מיירי במצא דרך הינוח ובמקום המשתמר קצת דאלו בדרך נפילה לא הוי מקום סי' כיון דאינו יודע באיזה מקום נפלו וכמבואר כ"ז בב"מ ד' כ"ג אלא בדרך הינוח אמרי' שעמד לפוש והניחן שם ושכחום שם כמש"כ התוס' ד' כ"א ד"ה אלו מציאות כו'. והרא"ש שם וכיון דהוי דרך הינוח רק מצד שכחה גרמה לו שנשארו במקום שאינו משתמר לגמרי וכמש"כ הרא"ש פ"ב דב"מ סי' ח' דבמקום שאינו משתמר כלל כגון כריכות בר"ה דאין בהם סי' מקום דמנשתפי אף ודאי הינוח נוטלן כיון ששכחן שמה וכ"כ התוס' בב"מ ד' כ"ה ד"ה ואם נטל כו' וכבר נתבאר דכ"ז מיירי בנזכר מקודם שבאו ליד המוצא דאל"כ בלא"ה הא הוי יאוש שלא מדעת וכיון דנזכר מיד מקודם שבאו ליד המוציא ע"פ הסברא דאמרו דמסתמא שכחום ונתייאשו מיד א"כ אי נימא דבעת דנזכר מן החפץ ידע אז מקומם א"כ ה"ל לילך וליטול את החפץ מאותו המקום כיון דהוי מקום שאינו משתמר לגמרי וע"כ מוכח דבעת דנזכר מן אבידת החפץ דהניחו באיזה מקום נשכח ממנו ג"כ המקום שהונחו שם ע"כ י"ל דלכן ס"ל לחד מ"ד דמקום לא הוי סי' דכיון דמיד דנזכר מאבידת החפץ נשכח אז מקומן ג"כ: א"כ מסתמא נתייאשו מיד כיון שאין לו סי' בהחפץ ולא בהמקום כיון דשכחו מקומו אז ע"כ נתייאשו מיד כן הוא טעם המ"ד דמקום לא הוי סי': ומאן דס"ל מקום הוי סי' כדקיי"ל טעמו די"ל דבעת שנזכר מהחפץ עולה על רעיונו אז לזכור לאט לאט מקום החפץ. כמו שמצינו בח"מ סי' כ"ט בעדים שאמרו אינם זוכרים עתה דיכולים אח"כ לומר נזכרנו וכמו בח"מ סי' ע"ה וסי' ע"ט בבע"ד שיכול לומר נזכרתי וכמו דמבואר בסי' נ"ט דזהו מצוי קצת דמתחלה שכח ואח"ז נזכר או די"ל הטעם דלכן הוי מקום סי' די"ל דאף דלא שכח מקומו מ"מ אולי איזה סיבה קרה לו שלא יוכל אז תיכף לילך ליטלו וסמך על סי' מקומו שיש לו ולא הוי אבידה מדעת וכעין זה מבואר ברא"ש ב"מ פ"ב סי' ח' בזה"ל די"ל שהבעלים הניחום שם לפי שעה לשוב לקחתו ובמקרה לא יכלו לקחתו מיד כו' עכ"ל אך מאן דס"ל מקום לא הוי סי' ס"ל דכיון דהוי מקום דאינו משתמר לגמרי שפיר י"ל דה"ל לחזור וליטול מיד דנזכר ולא לסמוך על הסי' מקום. וגם הסברא נותנת

דכיון דשכח אז המקום נתייאש אז דלא יכול לסמוך על מה שיזכור המקום לאט לאט דזהו אינו מצוי כ"כ. ולא עלה על רעיונו שיזכור א"ע וע"כ מתייאש אז מיד שנזכר ואין לו סי' בחפץ ולא במקום וע"כ אינו מחוייב המוצא להכריז אף אם יש סי' מקום משום דודאי אינו יודע סי' המקום מדלא בא מיד ליטלו ממקומו:

ולפ"ז אינו קשה על המ"ד דמקום לא הוי סי' מהא דתנינן מחזירין פירות סמוך להכלי די"ל דבאמת סי' מקום הוי ס"א לכ"ע משום דלא שכיח דיתרמי שיאבד אחר חפצו סמוך לכלי של חבירו או מצד קורבא כנ"ל והתם לא שייך האי סברא דלמה לא בא ליטול החפץ מיד שנזכר מן אבידת החפץ דהא מקום האבידה אינו ידוע לו גם היום רק שיודע שחפצו מונח בכלי פ' או סמוך להכלי ע"כ זה הוי ס"א לכ"ע משא"כ סי' מקום של הנחת אבידה דבזה שייך לומר דהיה לו לחזור וליטול את החפץ ממקומו ומדלא בא מיד מוכח דאינו יודע מקומו ונתייאש מיד ע"כ ס"ל דמקום לא הוי סי' ומתורץ קושייתי הנ"ל:

ענף ג:

אך לכאורה יש לסתור לכל משכ"כ מן גמ' מפורשת בב"מ דף כ"ג ע"ב דאמר רב מרי מ"ט אמרו רבנן מקום לא הוי סי' דא"ל כי היכי דאיתרמי לדידך האי מקום איתרמי לחברך האי מקום אלמא דמפורש טעם אחר על מ"ד דמקום לא הוי סי':

וי"ל דאין מזה סתירה כלל לדבריו ע"פ משכ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ג' במשכ הט"ז באה"ע סי' י"ז דמקום מצומצם הוי סימן מובהק ודוקא במקום שאינו מצומצם פליגי אמוראי אי הוי ס"א או לא והקשיתי עליו מהא דב"מ דף כ"ג הנ"ל בא"ד אמר רב מרי מ"ט אמרו רבנן מקום לא הוי ס"מ כו'. ופי' רש"י נפ"מ אף בכיון מקום מושבה מסויים לא הוי סי' אלמא דאף בצמצם מקומה ס"ל לחד מ"ד דלא הוי סי' ותרצתי שם ע"פ משכ השמ"ק שם בשיטת רש"י בכוונתו משום דקשה איך אמר רב מרי בפשיטות דמ"ט אמרו רבנן מקום לא הוי סי' הא באמת פליגי אמוראי בזה וגם הא קיי"ל דמקום הוי סי' וע"כ מוכח דרב מרי קאי על מה דאמרו שם מקודם דברקתא דנהרא לכ"ע לא הוי סי' מקום ובל"ק מפרש רב מרי מ"ט אמרו רבנן דרקתא דנהרא לא הוי סי' כו' וע"ז אמרו א"ד אמר רב מרי מ"ט אמרו רבנן מקום לא הוי סי' כו' וקאי ג"כ על רקתא דנהרא רק דנפ"מ אי כיון מקום מושבה מסויים דל"ק ס"ל דכה"ג הוי סי' אף ברקתא דנהרא ול"ב ס"ל דאף כה"ג לא הוי סי' ברקתא דנהרא ולפ"ז א"ש מה שלא כתב רש"י דנפ"מ בסי' מקום באינו רקתא דנהרא אבל לפמש"כ א"ש והארכתי בכ"ז בספרי שם והטעם דשאני רקתא דנהרא לפי דהכל מניחים שם חביותיהם ע"כ אף מקום מצומצם לא הוי סי' להך א"ד:

וי"ל דרב מרי ס"ל באמת כדקיי"ל מקום הוי סי' משום דאמרינן דמה דלא בא מיד דנזכר מן אבידתו ליטול החפץ ממקומו משום דאיזה סיבה קרה לו שלא היה יכול לילך ליטול מיד וסמך על הסי' מקום דיש לו ולא נתייאש כנ"ל למ"ד דמקום הוי סי' ולפ"ז מיבעי לן לומר דאם כיון מושבה מסויים יהיה סי' אף ברקתא דנהרא ע"ז הוכרח רב מרי לומר הטעם דלא הוי סי' משום דכי היכי דאיתרמי כו' דברקתא דנהרא שייך ה"ט אף בצמצם המקום ולעולם ס"ל לרב מרי אף בא"ד כמו דס"ל לרב מרי בל"ק דמקום הוי סי' רק ברקתא דנהרא שאני אבל מאן דס"ל מקום לא הוי סי' טעמו משום דכיון דלא בא מיד דנזכר ליטול החפץ ממקומו דמסתמא שכח מקומו ונתייאש ואין זה סתירה כלל לכל מש"כ בטעם מ"ד דמקום לא הוי סי':

וע"פ מש"כ בטעמו דמ"ד דמקום לא הוי סי' יש לתרץ עפ"ז מה דיש להקשות לפי דברי הט"ז הנ"ל דבמקום מצומצם לכ"ע הוי מקום סי' דא"כ קשה בהא דב"מ דף כ"ה ע"א עלה דצבורי פירות ומעות חייב להכריז דמוכיח הש"ס ש"מ מקום הוי סי'. הא י"ל דאין זה הוכחה דאפשר דלכן חייב להכריז דלמא יתן האובד סי' מקום בצמצום דזה הוי סי' לכ"ע ומנלן להש"ס להוכיח כמ"ד דמקום הוי סי' דהא פלוגתייהו הוא בלא צמצם מקומו אכן לפמש"כ א"ש דהא באמת זה מוכח לכ"ע דסי' מקום באמת אף בלא צמצום מקומו הוי סי' כנ"ל להוכיח מהא דמצא פירות סמוך לכלי אך דעיקר הטעם דמ"ד מקום לא הוי סי' משום דכיון דלא בא ליטול החפץ מיד שנזכר מאבידתו מזה מוכח דנשכח ממנו מקומו ונתייאש אז כיון דאין לו סי' בחפץ ובמקום א"כ ה"ט שייך אף בצמצום מקום באבידה ולא מהני לפ"ז אף צמצום המקום באבידה רק בעגונא בהכרת בעלה וכה"ג שפיר י"ל כמש"כ הט"ז דצמצום המקום הוי ס"מ ולכן שפיר מוכיח הש"ס מהא דציבור פירות דש"מ מקום הוי ס"מ:

ענף ד:

ועדיין יש להקשות בהא דב"מ דף כ"ג ע"ב בל"ק דרב מרי דאמר מ"ט אמרו רבנן רקתא דנהרא לא הוי סי' כו' דלפי' רש"י שם מוכח דבצמצום מקום הוי סי' לל"ק דרב מרי אף ברקתא דנהרא כנ"ל בארוכה א"כ קשה דאמאי אמרו שם דלכן מצא חביות יין ושמן הרי אלו שלו ברקתא דנהרא דלא הוי מקום סי' והא מ"מ יהיה חייב להכריז דלמא יתן האובד סי' מקום בצמצום מקומו דזהו חשוב לסי' אף ברקתא דנהרא ואמאי הוי שלו בשלמא בהא דאמרו שם מקודם להוכיח מהא דמצא חביות כו' דאי ס"ד מקום הוי סי' לכרוז מקום כו' אינו קשה דהא עדיין יש להקשות דאף אי נימא דמקום לא הוי סי' מ"מ יהיה חייב להכריז שמא יתן האובד סי' בצמצום המקום דזהו סי' לכ"ע כמש"כ הט"ז

כנ"ל די"ל כמש"כ מקודם לתרץ עפמש"כ בסוגיא דדף כ"ה דמוכיח הש"ס שם מצבורי פירות דמקום הוי סי' וכמש"כ לעיל בארוכה לתרץ זה כן י"ל בזה אבל עדיין תקשה בהא דרקתא דנהרא דבצמצום מקום הוי סי' לל"ק דרב מרי כפי' רש"י א"כ תקשה דאמאי הרי אלו שלו דהא יש לו להכריז דלמא יבא א' ויתן סי' בצמצום מקום דהוי סי':

ואפשר לומר דהא עיקר החשש הוא בהינוח שמא עמד לפוש ושכחום שם כפי' התוס' והרא"ש ר"פ א"מ כנ"ל דאלו בנפילה בלא"ה לא הוי מקום סי' כנ"ל ע"כ לא שכיח ביה דיצמצם מקומו ממש דהא בעת שהניחו לפוש לא היה מעלה אז על דעתו דיהיה צריך לאח"ז להסימן. ע"כ לא דקדק אז בעת הנחתו על צמצום המקום ע"כ לא חשו להכריז משום זה הסי' רק אם אירע דיודע הסי' בצמצום המקום מהני אף ברקתא דנהרא ויש להאריך בכ"ז:

ולפ"ז מתורץ מה שהקשיתי לעיל דף כ"ה דמוכיח הש"ס מצבורי פירות דש"מ מנין כו' תני צבור פירות. ש"מ מקום הוי סי'. הא י"ל דשניהם ביחד סי' מנין וסי' מקום מהני ביחד. אבל כ"א בפ"ע לא מהני ומאי מוכיח הש"ס: אבל לפמש"כ א"ש דשפיר מוכיח הש"ס ש"מ מנין הוי סי' דאי נימא דשא"ה דהוי מנין בצירוף סי' מקום א"כ תקשה דל"ל למתני צבורי פירות דהא אף צבור פירות דליכא סי' מנין ג"כ חייב להכריז משום סי' מקום כיון דסי' מקום בעצם מהני אף שהוא לבדו ג"כ הוי סי' מעליא דלא גרע מן פירות סמוך לכלי כנ"ל. רק עיקר הסברא דמ"ד דמקום לא הוי סי' טעמו משום דכיון דלא בא מיד ליטול החפץ ממקומו מוכח דשכח מקומו בעת שנזכר מאבידתו מקודם שבא ליד המוצא א"כ הוי יאוש ואם נימא דידע המקום אך לא חזר ליטול ממקומו א"כ הוי כמו כל אבידה מדעת כיון דלא הוי מקום המשתמר ועיין בסי' רס"א סעיף ד' ובש"ך שם ס"ק ג' ובסי' ר"ס סעיף יו"ד בהגהת רמ"א שם ובש"ך שם:

ולפ"ז ממילא לא מהני אף ע"י צירוף סי' מנין וסי' מקום ביחד כיון דאי נימא דמנין בלבד לא הוי סי' רק ע"י צירוף לסי' מקום ביחד א"כ ממילא לא יהיה מועיל שניהם ביחד דהא גם בזה שייך ה"ט דכיון דלא חזר ליטלו ממקומו בעת שנזכר מאבידתו מוכח דנתייאש דנשכח ממנו סי' מקום איה הוא ועל סי' מנין לא שייך לומר דסמך עליו כיון דמנין לחוד לא מהני אלא בצירוף סי' מקום וכיון דשכח לסי' מקום א"כ לא יחזירו לו ע"י סי' מנין לחוד ונתייאש בודאי [ועיין בתוס' סנהדרין ד' נ"ג ע"א ד"ה הא כו'. וב"מ ד' ט"ו ע"ב ד"ה ונתן לו כו' ובערכין ד' ל' ד"ה דלמא אינה מכורה כו' ובש"ך ח"מ סי' מ"ב ס"ק כ"ב ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז סוף ענף א' ובח"מ סי' ר"ס סעיף זיי"ן וקצרתי בכ"ז].

ואמאי חייב להכריז דהא לפ"ז לא מהני אף צבורי פירות אף דיש סי' מנין וסי' מקום

ביחד וכיון דחזינן דצבורי פירות מחזירין ומוציאין מהמוצא א"כ מוכח דסי' מנין לחוד מהני דאי נימא דוקא ע"י צירוף סי' מקום משום דתלינן דמה דלא חזר ליטלו ממקומו הידוע לו היה מחמת איזה מקרה או דאף דנשכח המקום ממנו היה עולה על רעיונו דיראה לזכור מקומו לאט לאט וכמו שפירשתי לעיל בטעמו דהמ"ד דמקום הוי סי' א"כ לפ"ז מבעי להיות מועיל אף צבור פירות דליכא סי' מנין בי' מ"מ חייב להכריז דהא סי' מקום שייך בי' ומקום הוי סי' בעצם דלא גרע מן פירות סמוך לכלי כנ"ל וכיון דלא תני במשנה צבור פירות רק צבורי פירות מוכח דצבורי פירות דמחזירין הוי משום סי' מנין לחוד משום דמקום לא הוי סי' מהך טעמא דכתבתי דמוכח דנתייאש מדלא חזר מיד ליטלו ממקומו אם היה נזכר מהמקום כנ"ל:

ולכן שפיר אמרו דאי תנן צבורי פירות דש"מ מנין הוי סי' רק דמדחהו תני צבור פירות וזיל הכא קמדחי' ליה ומתורץ קושייתי הנ"ל בעז"ה על נכון. ע"כ אינו סתירה מזה הסוגיא כלל על מש"כ התוס' שם בתי' הב' די"ל דמנין וחרוזא הוי סי' אבל כ"א בפ"ע י"ל דלא מהני וע"כ יש לסמוך ע"ז להקל בתקנת עגונות כדברי הפמ"א דשני סי' גרועים מצטרפי להיות כמו ס"א ולא כדברי האחרונים בתשובותיהם דסתרו דבריו בפשיטות וגוף דברי הפמ"א לא ראיתי כי אינו ת"י רק ראיתי בדברי האחרונים דהביאו דבריו ואחרי כתבי כ"ז ראיתי בחידושי ר' עקיבא איגר זצ"ל לחידושיו על ב"מ בסוגיא זו ד' כ"ה דהקשה כן על דברי התוס' הנ"ל ונשאר בצע"ג אבל לפמש"כ א"ש בעז"ה:

ענף ה:

ולכאורה יש להעיר במש"כ התוס' די"ל דמנין וחרוזא הוי סי' א"כ תקשה על מש"כ התוס' בב"מ דף כ"ד ע"א ד"ה אבל שנים חייב כו' ומתניתין דקתני מחרוזות של דגים ה"ה שלו כו' א"נ מיירי דרך הינוח וליכא אלא מחרוזא א' כו' ועיין במהרש"א שם ועיין לעיל דף כ"א תוס' ד"ה אלו מציאות כו' א"כ תקשה אמאי מחרוזות דגים ה"ה שלו אף דליכא אלא מחרוזא א' מ"מ הא יש שם סי' חרוזא וסי' מקום ביחד כיון דהוי דרך הינוח ושניהם ביחד הא מצטרפי. וכבר כתבתי לעיל די"ל דאף תי' הא' של התוס' ב"מ דף כ"ה ד"ה ש"מ מנין הוי סי' מודו בזה דמצרפין שני סי' גרועים כנ"ל ואפשר לומר דשאני מחרוזות דגים דלא הוי אף סי' גרוע כלל ודוקא מחרוזא של בשר הוי לכל הפחות סי' גרוע כדמצינו דסמכינן ע"ז גבי בשר שנתעלם וכמש"כ התוס' ב"מ דף כ"ג ע"ב ד"ה מחרוזות כו' ובחולין דף צ"ה בתוס' שם וכן מחרוזות קרדומות הוי סי' גרוע ובזה כתבו התוס' דמנין וחרוזא הוי סי' משא"כ מחרוזא של דגים דמצוי דגים בחרוזות ע"כ לא הוי סי' גרוע ג"כ ע"כ בחרוזא של דגים לא מצרפינן סי' חרוזא עם סי' מקום ולכן שפיר

כתבו התוס' במחרוזא דגים דלמ"ד סי' מקום לא הוי סי' כלל מיירי מתניתין בדרך הינוח ואפ"ה לא מהני סי' חרוזא בסי' מקום כלל וכמש"כ התוס' ב"מ דף כ"א ד"ה א"מ וכעין זה כתב הנו"ב בסי' נ"א דארוך וגוץ סתמא לא הוי אף בגדר סי' גרוע כלל רק מיירי שם בארוך וגוץ הרבה:

וכבר כתב כן התה"ד בכתביו סי' קס"א] ולכן התוס' ב"מ דף כ"ג ד"ה מחרוזות כו' שהביאו בשם התוספתא דה"ה מחרוזות של בשר הקשו אח"ז והא אמרו בפ' ג"ה בשר בחרוזים הוי סי' ולא הקשו מיד על מחרוזא דגים ה"ה שלו דתנן במתניתין מהא דחולין משום דהייתי מחלק כמש"כ דשאני דגים במחרוזות דשכיח משא"כ בשר בחרוזא לא שכיח ע"כ דוקא אחר דהביאו התוספתא דמחרוזא בשר ה"ה שלו הקשו מהא דחולין וכ"ז פשוט: וע"פ מש"כ דשיטת התוס' ב"מ דף כ"ה דשני סי' גרועים מצטרפים להיות סי' אמצעי א"כ מזה יהיה סייעתא לשיטת המשאת בנימין בסי' ס"ג דהעלה דשני ס"א מצטרפים להיות סי' מובהק דאף דאינו מועיל נפרד מועיל מחובר אך במש"כ המ"ב שם דשני סי' גרועים אינם מצטרפים להיות ס"א בזה העיקר כמש"כ הפמ"א כנ"ל כיון דהוי סייעתא לדבריו מן התוס' דב"מ הנ"ל אך העומד לנגד זה הוא שיטת הרא"ש בתשובה כלל נ"א סי' א' וע"כ היכא דלשיטת הרא"ש יש היתר אחר אז יש לסמוך על סברת הפמ"א [ובמק"א הארכתי הרבה בזה בסוגיא דפרידות דחולין דף ע"ט וכמש"כ בתשובת גבעת שאול סי' א' ובנו"ב ח' אה"ע במ"ת סי' ס"ו ומה שהביא שם דברי הר"נ ופי' רש"י ואכמ"ל] ובאמת י"ל דאף דנימא דתי' א' של התוס' ב"מ דף כ"ה הנ"ל דס"ל דשני סי' גרועים לא מצטרפי להיות ס"א מ"מ מודו דשני ס"א מצטרפים להחשב ס"מ דאין לנו להרבות במחלוקת בין הנך שני תירוצים דהתוס': וגם כן מוכח מהא דכתובות דף פ"ה ע"ב גבי ההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא דציירי בסדינא כו' ועוד הא קיהיב סימנא ופי' רש"י בד"ה סימנא דאמר בסדין הם צרורות והם שבע עכ"ל משמע ממנו דמנין לבד לא הוי ס"מ אלא ס"א דזה לא מהני התם כמבואר בח"מ סי' רצ"ז ע"כ פי' רש"י שם דזה הוי ס"מ כיון דאמר בסדין הם צרורות והוי סי' מקום וסי' מנין ביחד וס"ל לרש"י דאף דכ"א בפ"ע לא מהני אפ"ה שניהם ביחד מצטרפי להיות ס"מ ועיין בב"ש סי' י"ז ס"ק נ"ה ובט"ז שם ומש"כ שם בשם הח"מ דמדייק מן רש"י יבמות דף קכ"ב דס"ל מנין לבדו הוי ס"מ ואכמ"ל וכעת מצאתי בהפלאה לכתובות שם שכ"כ ואף דהתוס' בכתובות שם הקשו על רש"י בזה מהא דיבמות דף קט"ו דמשמע דכה"ג לא הוי סי' כבר דחה זה המגיני שלמה בטוב טעם ע"פ מש"כ התוס' ביבמות שם דמיירי שם במדה דדרך בני אדם להצניע במדה זו וע"כ הכא פשיטא כיון דאין דרך ב"א להפקיד סך כזה דוקא וגם

בסדין אין דרך להצניע מרגליות ע"כ הוי סי' משא"כ שומשמין דרך להצניע בחביות עכ"ל המג"ש:

וכבר כתבתי במק"א להוכיח כשיטת המ"ב דשני סי' אמצעים הוי סי' מובהק מהא דפ' אין מעמידין דף מ' דרב הונא אמר עד שתהא ראש ושדרה ניכר ור"נ אמר או ראש או שדרה ולכאורה קשה על רב הונא דלמה ליה ראש ושדרה הא כיון דאמרינן שם בדף ל"ט ע"א דליכא דג טמא דאית ליה שדרה א"כ יהיה סגי בחד סי' ודוחק לומר דרב הונא פליג ע"ז וס"ל דאיכא דג טמא דאית ליה שדרה דהא זה הוי פלוגתא במציאות וידעתי מה דמצינו פלוגתא דתנאי בב"מ דף כ"ח ויבמות דף ק"כ בשומא כו' אבל אין זה ענין לנ"ד] לכן נראה לי דרב הונא ס"ל דראש או שדרה לא הוי ס"מ אלא ס"א וכמו דאמרינן בכל סי' אמצעי דלמא אתרמי כמותו וכמו דאיתא בחולין בסוגיא דפרידות דמוכח מהתם דאף באיסורין לא סמכינן על סימנין אלא אי סימנין דאורייתא כדמוכח מן פי' רש"י שם דפי' דהש"ס מוכיח התם מהא דסמכינן על סי' בפרידות דמוכח מזה דסימנים דאורייתא במה דאיבעיא להו בב"מ דף כ"ז והא די"ל דלמא התם דוקא הוא משום דיש שני סימנים כבר העירו מזה האחרונים ותירצו היטב ומה דיש להקשות לפ"ז דאיך כתבו הטור ושו"ע לסמוך להקל על סי' בפרידות כבר תירצתי זה היטב בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף י"ב ע"ש וכ"ז הוא דלא כמש"כ בספרי שם ענף א' דבאיסורין סמכינן על סימנין אף אם סימנין לאו דאורייתא וכמש"כ האבן עוזר מתחלה ושארי אחרונים משום דמצאתי בהריטב"א לב"מ פ"ב בהשמטות דס"ל דגם באיסורין לא סמכינן על סימנין אי סימנין לאו דאורייתא אלא בעינן סי' מובהק כמו בגט ועיגונא ודברי הריטב"א הנ"ל הובא בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ח' ע"ש:

ולפ"ז אתי שפיר הא דס"ל לרב הונא דבעינן ראש ושדרה משום דחדא מינייהו לא הוי ס"מ רק ס"א וזה לא מהני באיסורין ג"כ אי נימא דסימנין לאו דאורייתא אבל ע"י סי' ראש ושדרה ביחד הוי ס"מ ור"נ ס"ל דשדרה לחוד סגי טעמו משום דראש או שדרה הוי ס"מ א"כ לפ"ז יהיה מוכח למאי דקיי"ל התם כרב הונא דבעי ראש ושדרה ואף דסתמא דגמ' שם לעיל דף ל"ט ע"א אמרו בפשיטות דדג טמא לית ליה חוט השדרה כנ"ל ועכ"ז הצריכו לשני הסימנים הנ"ל א"כ מוכח מזה כשיטת הנו"ב בשם הרא"מ דשני ס"א הוי ס"מ כל זה כתבתי מכבר. אכן ראיתי בהר"ן שם שכתב בטעמיה דרב הונא דבעי ראש ושדרה משום דס"ל דדג טמא יש לו ראש או שדרה אבל אין ביה שני הסימנים הללו ביחד ורב נחמן ס"ל דגם ראש או שדרה אין לדג טמא והך סוגיא דף ל"ט דדג טמא לית ליה חוט השדרה אזלא לר"נ וגם הביא שם בשם הראב"ד דיש לו שיטה אחרת בזה ע"ש. א"כ

לפ"ז נדחה מה שהוכחתי מהך סוגיא אכן י"ל דהר"נ לשיטתו דכתב בחידושיו לחולין דף ע"ט גבי פרידות דהוכיחו שם דסימנין דאורייתא דשאני שם דהנך סי' הוי בטבע ע"כ עדיפי ע"ש לכן ס"ל דה"ה הך סי' דראש או שדרה אף חד מיניהו הוי ס"מ כיון דהוי בטבע הבריאה וע"כ פי' כן גבי ראש ושדרה אבל לפירש רש"י שם בחולין דכתב בכוונת הש"ס התם דמוכח מהא דפרידות דה"ה באבידה וגט הוי סי' דאורייתא. ואינו מחלק בין מה שהוא בטבע לבין סימן שאינו בטבע ע"כ לפ"ז אתי שפיר לכל מש"כ וקצרתי בכ"ז ועיין ברא"ש פ' א"מ דף מ' וכעת מצאתי בהריטב"א פ' א"מ דף מ' שם שכתב ג"כ לפרש הא דרב הונא דס"ל ראש ושדרה כמש"כ הר"נ כנ"ל ועיין בפר"ח וכרו"פ ליו"ד סי' פ"ג:

וכן יש להעיר מזה במש"כ התוס' ביבמות דף ק"ב ד"ה אמר רבא כו' בתי' הג' דחשיבי כיס וטבעת ס"מ דאפשר לומר דכוונתם הוא דהמ"ד דס"ל סי' דרבנן יפרש להא דמצאו קשור בכיס וארנקי דזהו כיס וארנקי ביחד משום דשני ס"א הוי ס"מ ומ"ד דס"ל סי' דאורייתא יפרש להא דמצאו קשור בכיס וארנקי היינו כיס או ארנקי דהוי וא"ו המחלק אך י"ל דשא"ה דהוי כמו צמצום מקום דהכיס מונח בתוך ארנקי והוי כמו נקב בצד אות פ' ובב"מ דף כ"ז הגירסא מצאו קשור בכיס או בארנקי אך ביבמות וגיטין הגירסא בכיס וארנקי ע"ש וכל מש"כ הוא מוכרח משום דלא שייך לומר דיהיו פליגי בסברות הפוכות אם הוי כיס וארנקי ס"מ או לא אכן מצינו כעין זה בשומא דחד ס"ל דהוי ס"מ וחד מ"ד ס"ל דלא הוי ס"מ וקצרתי:

היוצא לנו מכל מה שנתבאר דדברי הפמ"א ושארי אחרונים דס"ל דמצרפינן הרבה סי' גרועים להיות חשובים לס"א דיש לדבריהם יסוד מן התוס' דב"מ הנ"ל וכעין זה מצאתי בהשובת מהר"ם מלובלין סוף סי' נ"ז דצירוף שם סימנים גרועים. וביותר מבואר כן בתשובת מהר"ם אלשקר סי' ס"ז בשם הרמב"ם בתשובה והובא לעיל ע"כ אין להזניח דברי הפמ"א וסייעתו. ולכן היכא דיש לשיטת הרא"ש היתר מצד אחר כמו שיבואר ע"כ יש לנו לסמוך בזה על דברי הפוסקים דהנך סי' גרועים חשובים לס"א ולכן היכא דמהני ס"א מועיל בזה הרבה סי' גרועים והא דיש לסתור זה מהא דב"מ דף כ"ה כבר נתבאר בעז"ה דאין זה קשה כנלע"ד:

ענף ו:

והנני להעתיק כאן מש"כ כבר בקונטרס א'. נידן עגונה אחת אשר בעלה היה יוצא מדעתו ר"ל ונאבד האיש הנ"ל זמן רב ואח"ז נמצא סמוך להדרך שהלך ולא הכירוהו היטב כד"ת ונמצא שהיה לבוש בקמיע שהיה עליו שנתן לו רופא מומחה לרפואתו לחולי בלבול המוח שהיה לו והיו הרבה סימנים גרועים עליו היינו גדול בקומה הרבה שער זקנו

קצר ודק מראה שערותיו היה געל גם מצאו סביב טיבורו הרבה שערות שהיה מקיפות שם סביב כמו שהיה כל זה להאיש הנאבד הנ"ל ועל הקמיע שהיה סביב צוארו נמצא כתוב בתוך הקמיע שמו ושם אמו משה בן שרה וכל תואר פניו כבר נשחת ונשאלתי אם להתירה מכבלי העיגון גם כתבו אשר ע"פ החקירה והדרישה נתברר להם עפ"י מומחין שדרכן של קמיעת הללו הוא לרפואה לחולי טירוף הדעת ובלבול המוח ר"ל ויתר הדברים יבוארו בתשובה זו וזה מה שהשבתי כי לכאורה אין מקום להתירה ע"פ הכרת הבגדים וכהנה דהא ידוע מש"כ הנו"ב במ"ק סי' נ"א באמצע התשובה בד"ה וכבר הארכתי בתשובה הקודמת להוכיח דעת מהר"ל מפראג כו' דבשוטה לא שייך לסמוך על הכרת הבגדים דהא יש לחוש לאבידה מדעתו ואיזהו שוטה המאבד כו' וע"כ בנ"ד דהיה שוטה קשה לסמוך על הכרת בגדיו וחפציו:

ועכ"ז יש לדון להיתירא בנ"ד והוא דהא נמצאו בגופו הרבה סי' גרועים והפמ"א ח"ג סי' ב' כתב לדון דשני סי' גרועים ביחד הוי סי' אמצעי וכבר הוכחתי כדבריו מן תוס' ב"מ דף כ"ה ואף לפמש"כ הנו"ב בסי' נ"א דארוך וגוץ סתמא לא הוי אף בגדר סי' גרוע וכ"כ התה"ד סי' קס"א עכ"ז בנ"ד דאמרו דהיה גדול בקומה הרבה זה הוי סי' גרוע עכ"פ וכן שארי סי' גרועים שלו דכעין זה כתב הרמב"ם בתשובה והובא בתשובת מהר"ם אלשקר סי' ס"ז דצירף שני סי' גרועים בינוני בקומה זקנו שחור ע"ש וכש"כ בנ"ד דהיה טב"ע בגופו דלכה"פ נחשב זה לסי' גרוע לכ"ע. ע"כ לשיטת החכם צבי דס"ל דע"י ס"א בגופו לא חיישינן לשאלה משום דהוי שאלה דיחיד ע"כ יש להקל בנ"ד וכן לפי מה דהעלה הנו"ב במ"ק סי' נ"א דאם יש ס"א בגופו אף בשוטה לא חיישינן דנאבד ממנו מטעם אחר ע"ש ובעיקר דברי החכ"צ והנו"ב הנ"ל הארכתי הרבה וגם יש לדון דארבעה וחמשה סי' גרועים ביחד הוי ס"א מצד מנין דהוי ס"א:

ועוד יש לדון בנ"ד כיון דנתברר דסגולת הקמיע שהיה סביב צוארו היא לרפואה למי שיש לו טירוף הדעת מן בלבול המוח שיש לו בראשו ע"כ אף דלא הכירו היטב להקמיע דהיא הקמיע עצמה שהיתה על האיש שאנו דנין עליו מ"מ יש להקל ע"פ הא דאיתא בקדושין דף ע"ט ע"ב עד כאן לא אמר ר"כ התם דכ"ע בחזקת בריאים קיימי מאן דקא מפיק נפשיה מחזקה עליו לאתויי ראיה ומ"ד החולק שם י"ל דטעמו משום דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ממון ועיין בח"מ סי' רנ"א. והנה זה ברור דאם א' מכר איזה חפץ לחבירו או דהזיק לחבירו ומת דודאי אינם נאמנים היורשים לומר שהיה שוטה ושוטה שהזיק פטור וכן אין מעשיו כלום ובודאי עליהם להביא ראיה וכ"ז דלא הביאו ראיה דכשהוא שוטה זבין או הזיק ודאי דמוציאין מהם ועיין בכתובות דף כ' גבי בר

שטיא וכעין זה איתא בב"ב דף קנ"ה ע"ב בפחות מבן עשרים דזבין נכסיו דאמרו לו קרוביו זיל אכול תמרי שדי קשייתא כו' דאז היו יכולים לבטל המכירה אבל כ"ז דלא נתברר לא חשו כלל שמא היה שוטה. וידעתי דיש לחלק מן התם לנ"ד אך בלא זה מוכרח הוא כן מכמה דוכתי וע"כ הטעם הוא דאף דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מהמוחזק עכ"ז בחשש שמא היה שוטה דזה הוי מיעוט דמיעוטא לא חיישינן לזה והא בסי' מובהק אין מוציאין ממון כמש"כ התוס' בחולין דף צ"ו ע"א ועיין מזה בספרי באר יצחק סי' ו' ואפ"ה לחוש שמא היה שוטה לא חיישינן כ"ז דלא נתברר ומוציאין מהמוחזק אף היכא דלא נתברר לנו חזקת הגוף שלו וקצרתי] לכן כיון דסמכינן על סי' מובהק להתיר א"א כש"כ דסמכינן להתיר א"א ע"פ הסברא דלא חיישינן דלמא אתרמי איש אחר דהיה לו ג"כ טירוף הדעת כמו אותו האיש שאנו דנין עליו ולבש אותו הקמיע וגם היה שמו ושם אמו כפי אותו השם שכתוב בהקמיע דלזה לא חיישינן כ"ז דלא נתברר וזה עדיף מן ס"מ ועפ"ז יש לדון בכמה תשובות אחרונים שלא העירו מזה:

ועוד דהא בקונטרס עגונות לאה"ע סי' י"ז ס"ק קי"ח הובא בשם תשובת בית יוסף דסי' חולה לא הוי סי' כלל אך כ"ז היכא דלא הזכירו איכות החולי בפרטות אבל אם הזכירו איכות החולי איך היה בזה יש לומר דהוי סי' אמצעי כמו שראיתי בתשובת חמדת שלמה סי' ל"ו אך שקיצר בזה ע"ש ולכן י"ל בנ"ד דזה הוי ס"א דהא מבואר בסי' י"ז סעי' כ"ד ברמ"א דרושם בגוף או בא' מאבריו הוי ס"מ והב"ש כתב שם דזהו דוקא בצמצם מקומו והמ"ב בסי' ס"ג כתב דרושם אף דלא צמצם המקום הוי ס"א וכן מבואר בתשובת גאוני בתראי סי' כ"ה ואדרבה צידד להקל דרושם יהיה ס"מ אם הוא רושם גדול שנקרא שינוי כמש"כ הרא"ש דאם יש לו שינוי בא' מאבריו הוי סי' ע"ש אבל זה ברור עכ"פ דרושם הוי סי' אמצעי לכה"פ אף דלא צמצמו מקומו א"כ לפ"ז ה"ה בסי' חולי בפרטות באיזה אבר הוא החולי זה לא גרע מן רושם בחוץ דזה הוי כמו סי' אמצעי לכה"פ א"כ כש"כ חולי בפרטות כנ"ל דהוי כמו רושם דמה לי אם הרושם הוא מבחוץ או דהוי הרושם מבפנים א"כ ה"ה בנ"ד בלבול המוח שלו דהוי זה כש"כ מן רושם בחוץ וזה הוי שינוי גדול בגופו דוודאי הוי זה סי' אמצעי דלא גרע מן רושם כן נלע"ד בכ"ז והוא מילתא חדתא:

ע"כ יש בנ"ד לכה"פ שני ס"א א' הך סי' החולי בפרטות באותו אבר הוא כמו בנ"ד ע"י בלבול המוח כנ"ל. ועוד הנך חמשה סי' גרועים דיש לצרפן לסי' גרועים הללו דיהיו חשובים לסי' אמצעים והיכא דיש שני ס"א הא העלו הפוסקים להקל דזה הוי כמו סי' מובהק כמו שהארכתי בכ"ז במק"א וכ"ז הוא אף אם לא נתברר ע"י הכרה היטב להקמיע שזהו שהיה לבוש בו אותו האיש שאנו דנין עליו אבל אם נתברר ע"י הכרה בטב"ע כד"ת

דזהו אותו הקמיע שלו וודאי יש לנו להקל בפשיטות ע"פ מש"כ בתשובת מהרי"ט ח"א סי' קל"ט דבנמצא קמיע אצלו לא חיישינן לשאלה משום דלא מהני ליה לאידך מידי כיון שהיא כתובה על שמו של זה והיכא דמזכיר שמו ושם אמו אינו מועיל אלא לשם האיש ההוא כו' ומדקדקין לכתוב שם אמו לפי שהיא וודאית טפי מהאב וכיצד יועיל לאחרים הילכך ליתיה בשאלה עכ"ל המהרי"ט והובא בקצרה בבאר היטב סי' י"ז ס"ק ע"א ומשמע ממנו דאף אם יהיה שמו ושם אמו כשם שכתוב בהקמיע בשמו ושם אמו דג"כ אינו מועיל אותו הקמיע לאיש אחר כלל אך אף אם לא נתברר ע"י הכרה היטב דזהו אותו הקמיע של אותו האיש שאנו דנין עליו ג"כ יש להקל על פי מה שנתבאר אך העומד לנגד היתר זה הוא מה דס"ל להרא"ש בתשובה כלל נ"א סי' א' שכתב ונידון מה שהעידו שהיה בינוני פניו אדומים עיניו שחורים דזהו סימנים גרועים ואף אם סי' דאורייתא מ"מ לא מצטרפי הנך סי' גרועים ולא הוי בגדר סי' אמצעי אלמא דס"ל להרא"ש דהרבה סימנים גרועים אינם חשובים לס"א כלל וכ"כ המ"ב בסי' ס"ג וכ"כ הב"ש ס"ק ע' לכן אף דנתבאר דדברי הפמ"א הנ"ל יש לו מקום ויסוד ע"פ דברי התוס' דב"מ ד' כ"ה הנ"ל עכ"ז לשיטת הרא"ש ננעלו יסודות ההיתר הנ"ל מ"מ הא לשיטת הרא"ש יש היתר מורווח בעז"ה בפשיטות בנ"ד דהא שיטת הרא"ש כלל נ"א והמהרי"ק דסמכינן להקל על שמו ושם אביו אף דלא הזכירו שם עירו והובא בסי' י"ז סעי' י"ח ברמ"א. א"כ בנ"ד דמצאו כתוב בהקמיע שמו ושם אמו ע"כ אין לנו לחוש שמא היה שיטה אחר דשמו ושם אמו כשם שהיה להנידון הנ"ל:

וע"כ יש להקל לשיטת הרא"ש בפשיטות ומש"כ הח"מ שם ס"ק ל"ח והב"ש ס"ק ס' דדוקא אם יש רגלים לדבר דהלך לאותו המקום וזה מת סמוך לעיר זו בזה סמכינן להקל כו' א"כ ה"ה בנ"ד דידוע דהלך על אותו הדרך כו' ע"כ יש להקל בוודאי לשי' הרא"ש אך להחולקים על הרא"ש וס"ל דלא מהני שמו ושם אביו בלא שם עירו מ"מ יש להקל בנ"ד ע"פ צירוף כל הנך סי' הנ"ל וכמש"כ הפמ"א וכפי שכתבתי לחזק דבריו ע"פ דברי התוס' ב"מ הנ"ל וגם הא העלה הרמ"א שם דאם יש אומדנות והוכחות שזה הוא דיש להקל וכ"כ הב"ש ס"ק סמ"ך בשם המהרשד"ם ע"כ בוודאי בנ"ד דיש הרבה אומדנות דיש לסמוך להקל לכ"ע אף אם נימא דלא כהפמ"א הנ"ל וכן יש מקום לדון דהך שמו ושם אמו חשוב לכ"ע לס"א לכה"פ ע"פ מש"כ התוס' בב"מ ד' כ' ד"ה איסורא מממונא כו' דמה"ת לא חיישינן לשני יוב"ש ע"כ י"ל דשמו ושם אביו הוי לכ"ע לכה"פ כמו ס"א. והדברים ארוכין ועיין בנו"ב במ"ת סי' סמ"ך. לכן י"ל דהנך ביחד היינו שמו ושם אמו וסי' טירוף הדעת כנ"ל הוי שני ס"א אף בלא הצטרפות הנך סי' גרועים הנ"ל וכן יש לצרף

שיטת הסוברים להתיר ע"פ טב"ע בגופו אף בלא הכרת פניו ועיין בסעיף כ"ה וב"ש ס"ק ע"ז והארכתי הרבה בכל הפרטים הנ"ל אך לפי שאין כאן מקומו לכן לא כתבתי רק בקצרה. כדי להעיר לב המעיין בזה והארכתי הרבה בנידון זה בשיטת המבי"ט ובענין קצר שנאבד כו' וכן בענין קורבא דמוכחא אך לפי שאכ"מ לכן קצרתי בכ"ז:

ענף ז:

וכן יש להעיר ע"פ מה שנתבאר לתרץ מה דיש להקשות על הפמ"א וחזקתי את דבריו דהנה מעשים בכל יום אשר כמה עגונות אין להם שום מקום להתירן מן כבלי העיגון רק ע"י מה דשולחין ממרחק את הפאס של בעליהן שמתו במדינות רחוקות מהם ועוד איזה סימנים גרועין ע"י הפרימעטעס שלו כפי שכתובים בהפאס דיש בזה מקום לדון להקל דהא ידוע שיטת האחרונים דהפאס נקרא מידי דלא שכיח לשאולי כמש"כ הנו"ב במ"ת סי' מ"ו והנה רוב פוסקים ס"ל דבמידי דלא שכיח לשאולי לא חיישינן לשאלה. וכן כתב השיטה מקובצת בב"מ ד' כ"ז ע"ב בשם הרשב"א דכתב בזה"ל מהא דאמרי' כיס וארנקי וטבעת לא מושלי שמעינן דמעידין עלייהו ואפי' למ"ד סימנין לאו דאורייתא מהדרינן ג"כ עלייהו ולא חיישינן לשאלה כלל בכל כי הא וסמכינן עלייהו לאהדורי גט אשה וה"ה לעדי מיתה הרשב"א עכ"ל השיטה מקובצת הרי להדיא דהרשב"א ס"ל דאף למ"ד סי' דרבנן מ"מ מהני מידי דלא שכיח דמושלי וכן מוכח מן התוס' יבמות ד' ק"ך ע"א ד"ה אמר רבא כו' לשני תירוצי בתראי של התוס' שם ע"ש וזהו דלא כהבית יוסף דכתב להחמיר בזה וכן הכריע הב"ש לדינא אך בנ"ד יש להקל אף לשי' הבית יוסף לפי מאי דהוכחתי במק"א דאף לפי מה שהחמיר הבית יוסף במידי דלא שכיח דמושלי אין זה רק מדרבנן כמש"כ הנו"ב במ"ק סי' ל"ז ובמ"ת סי' מ"ו ע"כ אם יש ס"א בגופו אז אף להב"י יש להקל ולומר דבדרבנן מהני ס"א ועוד דהא כבר כתבתי בספרי באר יצחק סי' ו' דהא דנסתפקנו דלמא סי' דרבנן זהו לפי דיש לנו לומר דפריש מן רובא דעלמא ע"כ היכא דיש לנו רוב אחר הסותר להך רובא דעלמא מבעי לן לסמוך על סי' אף למ"ד דהוי מדרבנן א"כ בנ"ד דהוי מידי דלא שכיח דמושלי דלכה"פ יש בי' רוב הסותר להך רובא דעלמא והך רוב דלא שכיח דמושלי מבררת לנו דזהו של אותו האיש שאנו דנין עליו והוי ספק השקול ע"י הנך רוב הסותרים זל"ז ע"כ היכא דיש ס"א ממילא סמכינן עליו לכ"ע והארכתי בזה בחידושי במה שהקשו בש"ס על הא דמצאו קשור בכיס כו' ניחוש לשאלה ובמה שהקשה הב"ש מלקמן סי' קל"ב:

וכן הארכתי בדברי הב"י הנ"ל ע"פ שיטת החכ"צ דאם יש ס"א בגופו אז אף הב"י מודה דלא חיישינן לשאלה דיחיד במידי דלא שכיח דמושלי ובארתי דאם יש ס"א בגופו דזה

מוכח אף להב"י דלא חיישינן לשאלה במידי דלא שכיח דמושלי. ולכן א"ש מה דמחזירין חמור בעדי אוכף אף למ"ד סי' דרבנן משום דמיירי היכא דיש ס"א בחמור דאז הוי שאלה דיחיד ולא חיישינן בזה לכ"ע במידי דלא שכיח כו' ואכמ"ל בכ"ז ולכן לפי מה דנתבאר דצירוף כמה סי' גרועים מועילים להצטרף לסי' אמצעי ע"כ בנ"ד דיש הרבה סי' גרועים דדינם כמו ס"א לכן בכה"ג לכ"ע סמכינן על הכרת הפאס דהוי מידי דלא שכיח דמושלי אך דתלוי לפי ראות עיני המורה אם הם חשובים לכה"פ להיות נקראים סי' גרועים עכ"פ וכל זה הוא אם הפרימעטעס הכתוב בפאס הידוע שניתן לו הוא לכה"פ בשם סימנים גרועים אז נוכל לצרפם להיות חשוב לסי' אמצעי וכמש"כ כעין זה הנו"ב בסי' נ"א וכבר הקדימו התה"ד בפסקיו בסי' קס"א כל זה השבתי להרבנים ששאלו ממני בנידון כזה דדעתי מסכמת להקל באופן אם יסכים כת"ר ועוד רב גדול א' להיתרא:

ענף ח:

ומדי עסקי בכתיבת ספרי כעת נשאלתי ע"ד עגונא אחת אשר בעלה נסע ממנה לאיזה עיר הרחוקה לבקש רפואתו לפי שהיה חולה ומת שם וכתבו בהגב"ע סימנים גרועים בתואר פניו היינו פניו שקועים וחוטמו בולט ביותר שער זקנו קצר ודק ובולט להלאה מפניו מראה שערותיו קצת צהוב נוטה לשחור עיניו ירוקים ככרתי קרחה בראשו שמו דוד והיה מוכר פירות בשוק בעירו חותנו היה סנדלר וגם אמר המנוח הנ"ל ששאתו נתנה לו בק"ק קישענאוו מקודם הפרדו ממנה לנסיעתו לק"ק אדעס לבקש רפואתו סך ששה רו"כ ונשאלתי ע"ד העגונא הנ"ל אם יש להתירה ולכאורה ננעלו דלתי ההיתר בזו דהא אין לנו ס"מ ואף ס"א רק כל אלו הם סי' גרועים דהא לא ביארו איכות החולי בפרטות וזהו סי' גרוע כמש"כ בק"ע לאה"ע סי' י"ז ס"ק קי"ח בשם הב"י וכן סי' קרחה בראשו זהו שכיח בהרבה ב"א כמש"כ הנו"ב במ"ת סי' ס"א וכן סי' אומנות חותנו שהיה סנדלר וכן עסקו שהיה מוכר פירות בשוק כמש"כ החמדת שלמה סי' כ"ז מזה ע"ש. ועיין בתשובת גאוני בתראי סי' כ"ה שכתב לדון בשם כמה תשובות דאומנות הוי סי' חשוב והעיר מזה על הא דיבמות ד' קכ"א ע"ב ווי ליה לפרשא זריזא כו' אמנם העיקר הוא דכ"ז תלוי אם האומנות הוא מידי דלא שכיח ובנ"ד הא הם אומנות ועסקים דשכיחי ע"כ קשה להקל בכ"ז אם לא אחר החקירה והדרישה היטב בבאלניצע שהיה שם אולי נכתב שם שם עירו וכינוייו ואיכות החולי שלו וכה"ג:

והעליתי להיתירא בעז"ה ע"פ מש"כ הפמ"א והעה"ג והבגדי כהונה דמצרפינן כמה סימנים גרועים ביחד להיות נחשב לס"א והנה בנ"ד דיש הרבה סי' גרועים וודאי דלהך שיטת האחרונים הנ"ל יש לחושבן לכה"פ לס"א והנה בשמו ושם אביו דעת הרא"ש

להקל וכן הוא דעת המהרי"ק והרמ"א בסי' י"ז סעי' י"ח כתב להקל אם יש אומדנות לזה וכן הביא הב"ש שם ס"ק סמ"ך בשם הרשד"ם להקל בשמו ושם אביו והנה שמו וס"א עדיף מן שמו ושם אביו כמש"כ הנו"ב במ"ת סי' נ"ה. וע"כ בנ"ד דכל הנך סי' גרועים חשובים כמו ס"א א"כ בשמו וצירוף ס"א ויש אומדנות הרבה וגם ידוע שהלך לעיר שמת שם ע"כ יש להקל בזה וכמש"כ הח"מ שם ס"ק ל"ח והב"ש ס"ק סמ"ך ע"ש:

ועדיין יש לפקפק בזה דהא עיקר יסוד ההיתר הזה הוא ע"פ שיטת הרא"ש דס"ל להקל בשמו ושם אביו והא שיטת הרא"ש כלל נ"א סי' א' דלא מצרפינן סי' גרועים כלל א"כ לשיטת הרא"ש ננעלו דלתי ההיתר בזה אך אפשר לומר דבנ"ד דיש הרבה סי' גרועים דגם הרא"ש מודה דנחשבים ביחד לסימן אמצעי כמו סי' מנין דאיך יתרמי מספר רב סימנים גרועים כזה ביחד באיש אחד וביותר יש לדון בנ"ד ס"א מה שאמר המנוח דאשתו נתנה לו קודם הפרדו ממנה לאדעס ששה רו"כ וכן אומרת האשה העגונא דהאמת הוא כן שנתנה לו ששה רו"כ בעת נסיעתו לאדעס א"כ יש בזה סי' מנין דהוי ס"א כמו כל סי' מנין כמבואר בפ"ב דב"מ ועיין ב"ש ס"ק נ"ה א"כ יש בנ"ד אף לשי' הרא"ש הך סי' מנין והוי שמו וסי' מנין דהוי ס"א דזהו כש"כ מן שמו ושם אביו דמהני לשיטת הרא"ש וכן אף להחולקים על שיטת הרא"ש וס"ל דלא מהני שמו ושם אביו מ"מ יש לדון היתר בנ"ד ע"פ שיטת האחרונים הנ"ל דמצרפינן כמה סימנים גרועים להיות חשוב כמו ס"א וכן הך סי' מנין של נתינת ששה רו"כ הנ"ל מקודם נסיעתו ממנה ושני ס"א הוי ס"מ לשיטת הרבה פוסקים כנ"ל. וכן יש לדון היתר ע"פ מש"כ הרמב"ם בתשובה והובא בתשובת מהר"ם אלשקר סי' ס"ז דשמו ושם עירו ע"י צירוף סי' גרועים שהיה בינוני בקומה וזקנו שחור ע"ש והנה ס"א עדיפא מן שם עירו דהא בס"א אם ניסת לא תצא לשיטת כמה פוסקים ועיין ב"ש ס"ק ע' ושם עירו לא מהני לכ"ע בלא חיפוש באותו העיר ולכן כיון דיש בנ"ד שמו וס"א של נתינת ששה רו"כ הנ"ל דזהו כמו כל סי' מנין ולכן כמו דבשמו ושם עירו ע"י צירוף סי' גרועים מותרת לשי' הרמב"ם הנ"ל וגם לא מצינו חולקים על הרמב"ם בזה דה"ה שמן וס"א ע"י צירוף כמה סי' גרועים דמהני וכש"כ בנ"ד דיש הרבה סימנים גרועים כנ"ל:

וגם יש לדון בנ"ד צד היתר ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' דהא דאמרינן סי' דרבנן זהו משום דאמרי' כל דפריש מרוב דעלמא קא פריש ולא זהו שאנו דנין עליו ע"כ מאי חזית דאזלת בתר רוב דלא שכיח בהו סי' כזה דלמא ניזל בתר רובא דעלמא המברר לנו דלא זהו האיש שאנו דנין עליו והוי ספק השקול ובפרט במקום חזקת א"א ולפ"ז היכא דלא שייך רובא דעלמא הסותרו בזה שפיר יש לנו למיזל ולסמוך על ס"א:

א"כ בנ"ד דהיה חולה ואיתא בקדושין ד' ע"ט ע"ב דאם טוען שכ"מ הייתי דכ"ע בחזקת בריאים קיימי מאן דקא מפיק נפשיה מחזקה עליו הראיה ועיין בח"מ סי' רנ"א ולכן כיון דרובא דעלמא הם בריאים וזה הנמצא הוא חולה ע"כ אין להחזיקו דפריש מרובא דעלמא אלא יש לנו לומר ביותר דזהו האיש שאנו דנין עליו שידוע דהיה חולה וכיון דהנך רובי הם סותרים אהדדי ע"כ יש לנו למיזל ולסמוך על ס"א ולכן כיון דיש בנ' לכה"פ ס"א ע"כ יש לנו לצרף גם זה לסניף להיתירא ועיין בש"ש שמעתא ג' פי"א ומש"כ בשם תשובת הר"נ ויראו לחקור היטב אצל האשה אחר כל הסימנים גרועים ועל נתינת ששה רו"כ ואם ידוע שנסע למקום שמת שם. כי בהגב"ע של כת"ר לא נתברר זה היטב ואם יהיו מכוונין דברי האשה וכנ"ל אז דעתי מסכמת להתירה להנשא ויושיב ב"ד של שלשה ויתירוה אך כ"ז הוא באופן שיסכים עוד רב גדול א' ומפורסם להיתירא:

והנה בכל העניינים הנ"ל יש לי רוב אריכות דברים בכל פרט ופרט ב"ה אך לפי שאין כאן מקומו ע"כ לא כתבתי רק בקצרה והעיקר הוא כי הנני להודיע כי דברי האחרונים הנ"ל יש להם מקום ואין להזניח דבריהם וזהו תועלת גדול בתקנת עגונות בעז"ה והמוסיף יוסיף:

ד (שם סעי' י"ג) ש"ך (ס"ק ל"ג) תמה על הטור דפסק במצא שטר שחרור אם האדון מורה יחזירנו וצריך להביא ראיה שהגיע לידו מזמן הכתוב בו דהא למאי דס"ל עדיו בחתומיו זכין לו וזכות הוא כו' א"כ זכו עבורו למפרע מעת החתימה וכן תמהו הב"י והב"ח:

ובספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' א' כתבתי לתרץ זה ע"פ מה דקיי"ל לדינא דשליח הולכה בגט אינו יכול להיות שליח לקבלה דלא חזרה שליחות אצל הבעל כמבואר בגיטין ד' ס"ג והטעם מבואר בהריטב"א שם דזה הוי כמו טלי גיטך מע"ג קרקע וכן בשחרור לא מהני טלי גיטך מע"ג קרקע כמש"כ הריטב"א בקדושין ד' כ"ג וע"כ לא שייך הך מילתא דעדיו בחתומיו זכין לו אלא בשטרי ממונא דאף טלי מן ע"ג קרקע כשר בהו אבל לא בגיטין ושחרור והך סוגיא דב"מ ד' י"ט אזלא למאן דס"ל דאף דלא חזרה שליחות כו' ג"כ מועיל בגט ע"ש בספרי וא"ש דברי הטור ובעיקר מילתא אי לא מהני טלי גיטך מע"ג קרקע בשחרור הארכתי בזה בקונטרס אחד ואכמ"ל (ה) (שם סעי' ט"ז) המחזיר שטר שמן הדין לא היה לו להחזירו יש מי שאומר שגובין בו וי"א שאין גובין בו כו' ושיטה קמייתא הוא שיטת הרמב"ם והשמ"ק לב"מ ד' י"ב הביא בשם הרשב"א שהקשה עליו מהא דב"מ ד' י"ב ע"ב דאמרו א"ה כל שטרי דאתו לקמן ניחוש להו ומשני כל שטרי לא ריעי הני ריעי והא לשי' הרמב"ם דס"ל דאם השטר יוצא מת"י המלוה גובין בו א"כ

אינו קשה כלל מכל שטרי דהא הם יוצאים מן ת"י המלוה ול"ל לימא הני לא ריעי עכ"ל והובא זה בביאור הגר"א זצ"ל ס"ק נו"ן:

ונראה ליישב דברי הרמב"ם והוא די"ל דסברתו הוא דאם השטר ביד המלוה דגובין בו זהו משום דהא מצינו בכמה דוכתי דאמרו דשט"ח הוי כגבוי כמש"כ הכנה"ג והובא בקצה"ח סי' י"ב ס"ק א' ומה"ט מצינו בח"מ סי' מ"ד סעי' ו' דבשטר שיש בו מחק וגרר דכשר וכתב הסמ"ע שם ס"ק י' בשם הרמב"ן דהטעם הוא לפי שהשטר מוחזק ביד המלוה וכאלו הממון שכתוב בו מוחזק בידו ע"ש ואף דקיי"ל דשט"ח לא הוי כגבוי וכבית הלל מ"מ היכא דלא הוי ריעותא גמורה ס"ל דהוי כגבוי ומה"ט י"ל דזהו שיטת הרמב"ם הכא דס"ל דאם השטר הוא ת"י המלוה דגובין בו משום דבזה דיינינן דהוי השט"ח כגבוי והוכיח כן הרמב"ם ממה דאמרו לא יחזיר וכמש"כ המ"מ סוף ה' גזילה:

והנה מצינו בסוטה ד' כ"ה בתוס' ד"ה בש"א נוטלת כתובתה כו' שכתבו לחלק אליבא דב"ש דדוקא היכא שעמדו הנכסים כבר בחזקת שעבוד להבע"ח רק דמספקא לן אם יצאו מחזקת שעבודן בזה ס"ל לב"ש דהוי כגבוי אבל אם מספקא לן מעיקרא אם היה מעולם שעבוד עליהם בזה לא הוי כגבוי ע"ש וכעין זה מבואר בש"ך סי' פ"ב ס"ק כ"ט בשם בעה"ת דבשט"ח על תנאי לא מקרי שטרא מעליא להאמינו במיגו להוציא ע"ש.

וכ"כ הש"ך בכללי מיגו ס"ק י"ד לחלק דדוקא בשטרא מעליא דהיה כבר חוב ברור רק דנולד ספק לאחר הלואה בזה מהימן להוציא אבל בשט"ח דמספקא לן ע"פ התנאי בעיקר החוב בזה לא מהימן במיגו להוציא וכ"כ הקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק ח' לבאר זה היטב ע"ש:

ולפ"ז מתורץ בפשיטות קושיות השמ"ק הנ"ל דהא בריש הסוגיא שם גבי מצא שט"ח דלא יחזיר אמרו מתחלה הטעם משום שמא כתב ללוות בניסן ולא לוה עד תשרי ואתי למטרף לקוחות שלא כדין א"כ בחשש זה הא לא היה מעולם חזקת שעבוד בוודאי על הנכסים שקנו הלקוחות מן ניסן עד תשרי וכיון דהוי ספק מעיקרא אם היה לו שעבוד על הנכסים ע"כ לא שייך בזה לדון דהוי כגבוי ומה"ט שפיר מקשה הש"ס על זה דאי הכי כל שטרי דאתו לקמן ניחוש להו משום דבזה החשש לא מהני השטר אף אם השטר יוצא מן ת"י דהא לא שייך לדון בזה דהוי כגבוי ומוחזק ולכן מחלקי דשאני כל שטרי דלא ריעי והני ריעי אבל לבסוף דמסיק הש"ס אליבא דאביי דאיקרי וכתב לא חיישינן והא דמצא שט"ח דלא יחזיר הטעם הוא משום דחיישינן לפרעון ולקנוניא ולפ"ז כיון דהיה לו חזקת שעבוד ודאי על הנכסים רק דנולד הספק דשמא יצאו ע"י פרעון מן שעבודן דהיה עליהם כבר שפיר יש לדון בזה דהוי כגבוי ולכן אם השטר יוצא מת"י המלוה גובין

בו ואף דהרמב"ם פסק בפ' כ"ג ה' מלוה כרב אסי דאין כותבין שטר ללוה רק בשטר הקנאה מ"מ הא הרמב"ם לא נקט הטעם דא"ר אסי דחיישינן לאיקרי וכתב אלא כתב הטעם דלא יחזיר משום חשש פרעון כמבואר ברמב"ם ה' גזילה פ' י"ח ה"א ע"ש ועיין במל"מ שם ובקצה"ח סי' מ"ג ס"ק ה' וקצרתי:. ואף דלפי מש"כ המ"מ להוכיח כן מן לשון דלא יחזיר דנקטו א"כ תקשה זה על מה דרצו לומר מעיקרא הטעם דשמא כתב ללות בניסן כו' מ"מ ז"א קשה כ"כ ולכן שפיר י"ל בטעמו דכתב כן משום דס"ל דבחשש פרעון הוי השט"ח כגבוי ומוחזק בהממון כיון דהשטר יוצא מן ת"י המלוה ע"כ שפיר ס"ל להרמב"ם דגובין בו וא"ש:

כ"ז כתבתי מכבר וכעת ראיתי דזה אינו דהא מבואר ברמב"ם ה' גזילה פ' י"ח ה"ב דגם חיישינן בשטר שנמצא לשמא כתב ללוות ולא לוה ע"ש ואפ"ה כתב בסוף הפרק לכללא דכ"מ שאמרו לא יחזיר דאם החזיר ה"ה כשרים על כן נסתר כל מש"כ:

והעיקר מה שנ"ל לתרץ דברי הרמב"ם הוא ע"פ מש"כ המרדכי בהגהות מרדכי פ' אלמנה ניזונית והובא בשב שמעתתא שמעתא א' פ' כ"ד דכתב דהיכא דיש רובא אז דייניין דשטר הוי כגבוי וכמש"כ שם הש"ש להסביר זה ומשמע מן המרדכי דאף היכא דמספקא לן בעיקר החיוב כמו הא דיבמות ד' ס"ה ניסת למי שאין לו בנים תצא שלא בכתובה הא משני אית לה כתובה מה"ט אף דהוי ספק בעיקר החיוב והובא בקצרה באה"ע סי' קנ"ד בב"ש ס"ק ל"ד ע"ש ומה שהעיר הש"ש שם דלפ"ז שייך קושיות הש"ס רפ"ב דכתובות גם לרב וחילק דשא"ה בנידון דהמרדכי ובאמת י"ל דהא מצינו בלא"ה שיטת הבעה"מ שם דפירש דהש"ס מקשה כן לכ"ע וה"ה די"ל כן אליבא דשי' המרדכי דהש"ס מקשה כן לכ"ע דהא בכתובה מהני רוב לכ"ע:

וזה אתי שפיר ביותר לפמש"כ התוס' בגיטין ד' ל"ז ע"א ד"ה שטר שיש בו אחריות דדוקא בשטר שייך לדון דהוי כגבוי ולפ"ז י"ל דשפיר פריך הש"ס ברפ"ב דכתובות דכי לא אתו עדים מאי הוי כיון דרוב נשים בתולות ניסת רק אליבא דרב כמש"כ התוס' שם אבל לשמואל אינו קשה כ"כ לפי מה דמוקי רב פפא שם ע"ב דמיירי מתניתין במקום שאין כותבין כתובה א"כ לא שייך בזה לדון דהוי כגבוי כיון דליכא שטר ע"כ לא מהני רובא בזה לשמואל ויש להאריך בזה כי מן המרדכי שם משמע דאף באין כותבין כתובה ג"כ דייניין במקום רוב דהוי כגבוי וכן משמע בשבועות ד' ל"ז בתוס' ד"ה ואין מביאין כו' וקצרתי:

ולפ"ז א"ש שיטת הרמב"ם דפסק דאם החזיר השטר שנמצא דגובין בו די"ל דזהו מטעמא שכתב הרמב"ם בסוף ה' גזילה דהרי הוא בחזקתו ואין חוששין לו וזהו משום סברת

המרדכי דהיכא דאיכא רובא המסייעו אז הוי השט"ח כגבוי ולכן ה"ה בחשש דכתב ללוות ולא לוה לאחר דמסיק הש"ס בב"מ ד' י"ב ע"ב דכל שטרי לא ריעי והני ריעי ופי' השמ"ק דזהו לפי דלא שכיחא רק היכא דריעי חיישינן אף למידי דלא שכיחא וע"כ שפיר ס"ל להרמב"ם דאם החזיר ה"ה כשרין לגבות בו משום דבמקום רובא דמסייעו דייניין דהוי השט"ח כגבוי ומוציאין הממון עי"ז אבל מקודם דמסיק הש"ס כן והקשה א"ה כל שטרי דאתי לקמן ניחוש להו לשמא כתב ללוות כו' והיה ס"ל אז דזה הוי חשש מעליא לחוש בכל השטרות שמא כתב ללוות ולא לוה א"כ לפ"ז לא מהני אף אם היה מוחזק בהשטר ושפיר פריך כן אבל לבסוף דמסיק כנ"ל שפיר י"ל דאם הם ת"י המלוה גובין בו ובאמת ה"מ הש"ס למיפרך מעיקרא דאמאי נקטו במשנה לשון דלא יחזיר לפמש"כ המ"מ להוכיח מזה כשי' הרמב"ם די"ל דעדיפא מיניה מקשה. ואף דס"ל להרמב"ם דאם החזירו גובין בו מ"מ כ"ז שלא החזירו אין גובין בו אף במקום חזקה תו"ז משום דאיתרע וכן לרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב מ"מ במקום ריעותא זו תקנו חז"ל דלא להוציא מהמוחזק ויש לדון בזה טובא:

והוא דיש להעיר לשיטת הרמב"ם דס"ל דבשטר שנפל דאיתרע דאם החזירו גובין בו אלמא דזה לא הוי ריעותא גדולה כ"כ להיות מרע לשטר היוצא מן ת"י המלוה ואלו גבי חזקה תו"ז ס"ל להרמב"ם דע"י מה שנפל השטר מרעינן להחזקה תו"ז אף אם יש עדים אחרים על התו"ז כמבואר הכל בארוכה בש"ך סוף סי' מ"א וקשה דהא חזקה תו"ז עדיפא משטר לגבי כמה מילי כגון לפטור משבועת יתומים וכה"ג ואלו בשטר אף דיוצא מת"י המלוה אינו פוטר משבועה וקשה דמ"ש דעדיפא בזה אם השטר יוצא מת"י המלוה מן חזקה תו"ז דאין גובין בו. אך לפמש"כ א"ש והוא די"ל דהך ריעותא דנפל איתרע משוויה זה לספק וע"כ אינו גובה אף בחזקה דתו"ז אבל אם השטר יוצא מת"י המלוה כיון דהוי כגבוי כנ"ל ע"כ גובין בו וגם הא נתבאר לעיל דדוקא בשטר יוצא ת"י אמרו דהוי כגבוי ולפ"ז י"ל דיהיה מועיל תפיסה בכל שטר שנפל אך יש לחלק דכיון דנולד הספק לב"ד שאני וכעין מש"כ הנתיבות בסי' ס"ה ס"ק כ"ה ע"ש והנה הראב"ד החליף שיטתו בזה מן הרמב"ם דאלו בחזקה תו"ז פסק דלא איתרע ליה החזקה דתו"ז ע"י מה דנפל השטר כמבואר בארוכה בש"ך סוף סי' מ"א ואלו כאן סוף ה' גזילה פסק לחלוק על הרמב"ם ואף דהחזירו להמלוה אין גובין בו וכ"ז הוא להיפך מן הרמב"ם בכל הנ"ל ויש לי מה להאריך בכל זה וקצרתי: והנתיבות ס"ק כ"ה כתב לחלק דהיכא דהיה השטר שנפל לפני ב"ד כ"ע מודו דאין גובין בו אף דהוא ביד המלוה משום שנראה פסולו בב"ד ע"ש ויש להעיר בזה מהא דב"מ ד' ז' דנפל ליד דיין לא יוציאו עולמית ופריך הגמ' מ"ש ליד דיין

ולפ"ד הא י"ל דזהו כוונת התנא דאם נפל ליד דיין ונראה פסולו בב"ד שוב לא יוציאנו המלוה עולמית אף שהוא בידו משום דזה גרע ביותר ומוכח מזה דאין לחלק ביניהם.
(ו) (שם סעי' י"ח) המוצא שובר בזמן שהמלוה מודה יחזיר ללוה אינו מודה לא יתנו לא לזה ולא לוה ואם גובין בשטר או לא זה מבואר באה"ע סי' ק"י בח"מ ס"ק ו' גבי שובר הנמצא דלא יתננו כו' דהכתובה בחזקתה וטורפת הלקוחות הואיל ואיתרע השובר כו' וכ"כ הב"ש שם. וכ"כ בתשובת פני יהושע ח"א סי' ז' ומפרש כן דעת רבו הסמ"ע ע"ש אכן בתשובת משכנות יעקב סי' כ"ט הביא בשם הפרישה לאה"ע סי' ק"י דכתב דאין גובין בשטר זה וגם דעת הסמ"ע כן הוא וכן הוא דעת הש"ך והט"ז ועפ"ז תירץ המשכנות יעקב לקושיית התוס' והרא"ש בב"מ דף כ' דאמרו ש"מ איתא לדשמואל כו' דמאי מיגו איכא הא אי תמחול תצטרך לשלם מן דד"ג כל החוב אבל אי נימא דאין גובין בשטר זה אינו קשה זה כלל דהא אינה חייבת לשלם מן דד"ג אם תמחול דהא בלא"ה לא היה יכול הלוקח לגבות הכתובה משום שיש שובר לפנינו כו'. ע"ש במשכנות יעקב ובאמת יש להוכיח מהתוס' והרא"ש וכל הראשונים שהקשו כן כמבואר באריכות בש"ך וסי' ס"ו ולא כתבו לתרץ כן מוכח דס"ל דגובין בשטר זה משום דהריעותא הוא בהשובר ולא בהשטר ותקשה מזה על הסוברים דאין גובין בהשטר ונלע"ד לדון דאינו ראיה מהתוס' וכל הראשונים משום דהא הש"ס בב"מ שם מיירי דהשובר נכתב בעודה תחת בעלה כמו דקאמרי שם וליחוש דלמא כתבה ליתן מניסן ועד תשרי ואזלא זבנת לכתובה בטובת הנאה כו' וכיון דנכתב השובר מקודם שנתגרשה לכן יש לחלק דדוקא בשטר דעיקר מה שגובין בו הוא משום חזקת שטרא בידי מאי בעי וע"כ כיון שנמצא שובר בשוק כיון דיש להסתפק דלמא נפל השובר מן הלוה ממילא ליתא לחזקה דשטרא בידי כו' די"ל דלכן לא קרע להשטר משום דסמך על השובר וגם הא קיי"ל כותבין שובר אבל בחוב כתובה דהוי תו"ז כמבואר בסוף סי' מ"א ולא עביד אינש דפרע גו זמניה ואף לאביי ורבא דשקלי וטרי בב"מ דף כ' שם בזה ג"כ מודו דבחוב כתובה דהוא על תנאי אם ימות בחייה או תתגרש דאינו פורע תו"ז אף לדידהו דס"ל עביד דפרע תו"ז. כעין מש"כ התוס' בב"ב דף ה' ע"ב ד"ה כי היכי כו' ע"ש. ולכן כיון דאיכא חזקה דתו"ז המבררת לנו דלא פרע תו"ז דמזה מוכח דהשובר נפל מהאשה משום דכיון דלא פרע תו"ז ע"כ זהו הוכחה דהשובר לא יצא מת"י הבעל וגובין בהכתובה כיון דזמן כתיבת השובר הוא מקודם שנתגרשה דהוי בתו"ז ושפיר הקשו התוס' וכל הראשונים כנ"ל דמאי מיגו הוא הא י"ל דמתייראת למחול כדי שלא תצטרך לשלם כל דמי החוב מדד"ג אבל בשטר שפיר י"ל דאין גובין בשטר מחמת שובר הנמצא ואינו ראיה מהתוס' והראשונים הנ"ל לדחות דברי הפרישה

והט"ז ושארי פוסקים דס"ל דאין גובין בו. ולפ"ז י"ל דגם מן החלקת מחוקק והב"ש דכתבו דגובין בהכתיבה אינו ראיה כ"כ דאפשר דקאי ג"כ דבריהם על שובר הנכתב בעודה תחת בעלה כמו דמיירי בגמ' כנ"ל ולכן בחוב תו"ז שאני אבל בשט"ח שאינו בתו"ז שפיר י"ל דגם אינהו מודו דאין גובין בו וכן נ"ל להכריע לדינא ובאמת לשיטת הרמב"ם דס"ל בשטר שנפל דאם החזירו להמלוה דגובין בו אף דאיתרע גוף השטר א"כ לפ"ז כש"כ בשובר דנפל כיון דאין הריעותא בגוף השטר דודאי גובין בו כיון דהשטר יוצא ת"י המלוה אבל הא רבו החולקים על שיטת הרמב"ם כמבואר בסי' ט"ז ולכן אם לא היה חוב תו"ז אין גובין בשטר אם נמצא שובר בשוק אבל בחוב תו"ז שפיר גובין כדמוכח מההוס' והרא"ש וכל הראשונים הנ"ל:

ומה דהוכיח המשכנות יעקב כן מהא דב"מ דף כ' ע"ב דאמרו סמפון היוצא מת"י המלוה הוא כמשחק כו'. הנה לפמש"כ הפני יהושע שם נסתר ראיה זו ע"ש:

בית יוסף ריש סימן סו (א) בית יוסף ריש סי' ס"ו אות וא"ו כ' בשם תשובות הרמב"ן סי' רכ"ג שנסתפק על רבית הכתוב בשטר אם אפשר לזכותו במכר או במתנה לפי שהוא כמלוה ע"פ מפני שלא נתחייב בכולו משעת כתיבת השטר ודקדק כן מפ' י"נ עכ"ל והש"ך ס"ק ב' כתב ואם יוכל למכור הרבית שבשטר עיין לקמן סעיף ל"ב ס"ק ק"ג מ"ש בזה עכ"ל וזה לשון הש"ך לקמן ס"ק ק"ז על מש"כ הרמ"א שם דצריך לשלם אף הרבית דדברי הרב צ"ע דנהי שכתב הב"י בשם הרשב"א כו' מ"מ הרי הרשב"א בתשובה אחרת נסתפק אם יכול למכור כלל הרבית והוא בתשובת הרמב"ן כו' וגם באמת נראה ראיית הרשב"א נכונה מן י"נ דף קכ"ד דמוכח התם דרבית כ"ז שלא נגבה לאו דיליה ולהכי אפי' רבנן דאמרי בכור נוטל פ"ש במלוה אינו נוטל ברבית כו' עכ"ל הש"ך:

ענף א:

ולענ"ד נראה דהנכון כפי שכתב הרמ"א דחל מכירת הרבית והוא דלקמן סי' ע"ב סעיף מ' ש"ך ס"ק קס"ב הביא השובת הרשב"א בשנים שהלוו דיש להראשון דין קדימה אף לגבות הרבית מזמן השטר לפי שמשעת כתיבת השטר חייב עצמו בכל הרבית שיעשו מעותיו וכמו במזונות בת אשתו דניזונית ממשעבדי כו' וצן פסק המחבר לקמן סי' ק"ד סעיף ט"ו ומשמע דיש לו דין חוב בשטר וגובה אף ממשעבדי כמו במזונות הבת ולכן אף דהביא הש"ך בסי' ק"ד ס"ק כ' שיטת החולקים דס"ל דאין דין קדימה למלוה ע"פ מ"מ סתם התם כמש"כ המחבר דיש דין קדימה לחוב הרבית משום דיש לו דין מלוה בשטר והוי כמו התחייבות מעכשיו על הרבית שיעלה מעת כתיבת השטר עד זמן סילוק החוב ולכן שפיר יכול למוכרו לחוב הרבית כמו שמוכר לכל חוב בשטר ולכאורה אפשר

לומר דכיון דלא הוי חוב ברור בעת שמוכר חוב הרבית להלוקח דדלמא יסלק החוב מיד א"כ יש לומר דזה מקרי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינין דאינו חל המכירה. אך זה אינו דלא מבעי אם מוכר כל חוב השטר דודאי שייך הריוח להלוקח משום דמעותיו השביחו וכמש"כ האו"ת בסי' ס"ו ס"ק נ"ז דהרבית שעלה אחר שנמכר השט"ח שייך להלוקח משום דקרנו של הלוקח השביח ע"ש אך אף אם לא מכר רק חוב הרבית בלבד מה שיעלה ג"כ נמכר ע"י מסירת השטר וכתיבה כיון דהוי חוב מעכשיו למה שיעלה עד זמן סילוק החוב א"כ הוי כמו מוכר שדה וחפץ שאינו מבורר בעת מכירתו שהוא שלו וכמבואר לקמן סי' רמ"ח סעיף ז' ברמ"א ראובן שנתן מתנה ללוי והתנה עמו איזה תנאי ואם יעבור התנאי יהיה הנכסים של שמעון מעכשיו ואח"כ נתן שמעון כל זכות שיש לו ללוי במתנה מעכשיו כו' זכה בנכסיו מכח שמעון טור בשם תשובת הרא"ש עכ"ל ועיין בסי' רי"א סעיף ז' בהג"ה אלמא דאף דבעת שנתן שמעון ללוי לא היה ברור אז דהשדה שייך לו מ"מ כיון דלאחר דעבר לוי על התנאי א"כ נתברר למפרע שהשדה שייך לשמעון ע"כ חל מתנת שמעון ומקרי שפיר ממון שיכול להוציאו בדיינין וכן מבואר בפסחים דף ל"א אביי אמר למפרע גובה ולכן אם זבין מלוה כיון דמטי זמניה ולא פריק ברשותיה הוי קאי ושפיר זבין ולא אמרינן כיון דהיה ביד הלוה לסלוקי א"כ הוי מכירת המלוה כמו דמכר לממון שא"י להוציאו בדיינין וע"כ מוכח דלא אמרינן כן כיון דנתברר עכשיו למפרע דהוי שלו ע"כ שפיר חל מכירתו למפרע ורבא דפליג שם טעמו דכיון דבידו לסלוקי בזוזי ע"כ אין לו קנין הגוף בהשדה כלל אבל היכא דהיה להמוכר קנין הגוף ע"י איזה תנאי אף שלא נתברר בעת שמכר השדה לאחר מ"מ אם לבסוף נתברר על למפרע דשפיר חל מכירתו הראשונה: ובמק"א כתבתי להעיר בזה מהא דכתובות ד' נ"ח ע"ב ופליגא דר"ל כו' מתוך שיכול לכופה למע"י נעשה כאומר יקדשו ידיך ומשמע דאם יכולה לומר א"נ וא"ע אינו חל הקדש דיקדשו ידיך משום דהוי כמו מקדיש דשלב"ל אלמא דלא אמרינן דכיון דלא אמרה א"נ וא"ע א"כ אגלאי מילתא למפרע דהיה של הבעל בעת שהקדיש וכמו הא דפסחים ד' ל"א הנ"ל ומצאתי בהריטב"א לכתובות שם שהעיר בזה ותירץ דאם נימא דיכולה לומר א"נ וא"ע א"כ אין להבעל שעבוד אלימא כמו קנין בגוף ידיה של האשה ע"כ אינו חל הקדישו אבל לר"ל הוי שעבודו של הבעל כלוקח ובעיקר דברי הריטב"א הארכתי במק"א וכן הארכתי בדברי הפמ"א סי' מ"ו מזה בקונטרס א' מן שעבודא דאורייתא שיש לי ובדברי הריטב"א בב"מ ספ"ד בחידושים השייך לפרק הזהב ד' ל"ז ובהא דערכין ד' ל"א דחלוט לשני ומה שיש לחלק בין תנאי דקום ועשה לתנאי דשב ואל תעשה והנה באה"ע סי' צ' בב"ש ס"ק ל"ט הקשה על מש"כ

הרמ"א דנתאלמנה או נתגרשה מכרה קיים לנ"מ שלה דהא מי איכא מידי דהשתא לא קדוש ולקמי' קדוש וה"ל כמו מוכר שאינו ברשותו ונשאר בצ"ע ובאמת אין זה קשה לפמש"כ לעיל דאמרינן איגלאי למפרע דהיה שלו בעת המכירה וחל מכירתו וכמש"כ התוס' בכתובות ד' נ"ט ד"ה שדה זו כו' דיכולה למכור נ"מ כשתתאלמן או תתגרש ושאני קונם ע"ש וכמו דאמרו בב"ק ד' פ"ט דמוכרת נ"מ וכתובה בטובת הנאה שיש לה אם ימות או שתתגרש ואין לחלק בין מוכרת בט"ה למוכרת מיד וכמו שכתב ההפלאה בק"א סי' צ' ס"ק כ"א וראיתי בפני יהושע לב"ק ד' פ"ט ד"ה ולטעמיך נהי נמי כו' שכתב לדון דלא תהיה מצי למזבן נ"מ כיון דהשתא לא קדוש כמו הא דכתובות ד' נ"ט ע"ש ובאמת הנכון עם כל הפוסקים דס"ל דחל מכירתה לנ"מ בט"ה כדמוכח מן הסוגיא דב"ק שם וכן כל מוכרת כתובה שיש לה על הבעל בחייו הא לא נתברר החיוב שלו עד שתתאלמן ותתגרש ומ"מ חל המכירה שלה בחיי הבעל אף שלא במשכון ובשבועה מדחזינן דמצי מחלה לחוב כתובה שמכרה וע"כ תמוהים דברי הפ"י ואכמ"ל ודוקא.גבי מעמ"ג אמרו דאינו חל בכתובה מה"ט:

נחזור לענייננו דשפיר חל מכירת חוב הרבית שעלה עד זמן מכירת השטר משום דיש דין שטר לחוב רבית שהרי נשתעבד מעת כתיבת השטר על הרבית שיעלה לאחר זה ואף להרבית שיעלה לאחר המכירה אם לא מכר רק הרבית בלבד ג"כ חל מכירתו לאחר שעלה הרבית כ"ז שלא סילק החוב משום דנתברר למפרע דבעת המכירה מכר שלו ושפיר חייל קנין כו"מ על השטר מן חוב הרבית כמו כל מוכרת כתובה בחיי הבעל אף דלא נתברר הגבייה בבירור וכמש"כ התוס' בגיטין דף י"ג וב"מ דף כ' והובא בש"ך סי' קכ"ו ס"ק א' גבי מעמ"ג דלא תקנו בכתובה מה"ט ולא אמרו כן רק במעמ"ג דהוי הלכתא בלא טעמא ולכן שפיר כתב הרשב"א בתשובה ח"ג סי' ס"ו דיכול למכור חוב הרבית שבשטר כמו כל מכירת שט"ח ואם מחלו משלם:

ענף ב:

והנה הרמב"ן הביא ראיה דאין דין שטר לחוב הרבית מהא דב"ב דף קכ"ד דשלחו מתם דבכור נוטל במלוה ולא ברבית אליבא דרבנן אלמא דלא אמרינן בחוב הרבית דנשתעבד מעכשיו מעת כתיבת השטר דאל"כ אמאי מקרי ראוי ויש לחלק לפי שיטת הבעה"מ וש"פ דהובא בבית יוסף סי' רמ"ח דס"ל בהא דב"ב דף קכ"ה גבי נכסי לסבתא דאמר מסתבר טעמא דבני מערבא דאי קדים סבתא וזבנא זבינא זביני דזהו טעם אף אם מאחריך כמעכשיו אפ"ה הוי ראוי כיון דאז קדים וזבנא כו' א"כ חזינן גבי ענין ראוי דאינו בירושה גבי הבעל ובכור דאף דנתברר עכשיו למפרע דהיה שלו בחייו מ"מ כיון דלא היה אז דבר

בבירור דלא מקרי מוחזק עכ"פ ע"כ א"ש בפשיטות מה דאמרו דחוב הרבית מקרי ראוי דאף דהוי חוב מעכשיו למה שיעלה הרבית לאח"ז ואיתי' במכירה מ"מ אינו מוחזק כמו דחזינן בזכותו ע"י איזה תנאי דאף דלא נתברר בעת המכירה מ"מ חל מכירתו כנ"ל ומ"מ לענין ראוי לא מקרי מוחזק כנ"ל ע"כ אין ראיה מוכרחת מהא דב"ב לנ"ד ואף לשיטת הרמב"ן החולק שם על הבעה"מ והובא בקצה"ח סי' רמ"ח ס"ק י"ב ובסי' ער"ח ס"ק ט"ו ולפ"ז שפיר הוכיח הרמב"ן כן לשיטתו מ"מ יש לחלק בין הא דב"ב להא דמכירת חוב רבית בשטר. והוא דהנה השיטה מקובצת שם בב"ב דף קכ"ד ע"ב כתב בד"ה שלחו מתם בכור נוטל פ"ש במלוה ולא ברבית לרבנן משום דמלוה כמאן דגביה דמי אבל רבית אפי' נתחייב הרבית בחיי האב מ"מ לא שקיל משום דכי אמרינן כמאן דגביה דמי ה"מ בקרן גופיה דכי פרע ליה ממונא דשקל מיניה הוא דפרע ליה אבל ברבית דכי פרע ליה שבחא בעלמא הוא דפרע ליה ולאו ממונא דשקל מיניה ליכא למימר ביה כמאן דגבוי דמי אלא ה"ל שבחא דלא אתי לידיה מחיים כו' ועוד י"ל דמיירי באבק רבית דכיון דאין מוציאין בדיינין ה"ל ראוי עכ"ל וכ"כ הרשב"ם שם בד"ה אבל לא ברבית דעיקר הטעם דשקיל פ"ש במלוה בשטר דהוי כמאן דגבוי דמי להך מ"ד דזה אינו רק בהקרן דשקיל מעות שהלוהו וה"ל כמו משכון כו' אבל ברבית דלא היה שלו מעולם לא ה"ל כגבוי כו' עכ"ל וכן אמרו שם להדיא בש"ס כיון דנקט שטרא כמאן דגביה דמי וכעין מש"כ התוס' בגיטין דף ל"ז ד"ה שטר כו' דאלים טפי אם מפורש שעבוד בשטר ובמק"א הארכתי בסוגיא זו במש"כ לדון דבשט"ח ברור אמרינן גם לבית הלל דכגבוי דמי ואכמ"ל:

ולפ"ז י"ל דשפיר כתב הרשב"א וכמו שפסק המחבר בסי' ק"ד וכן סתם הש"ך שם לדינא דאף בחוב רבית בשטר לו דין קדימה משום דה"ל כמו מלוה בשטר דהתחייב א"ע מעכשיו לכל הרבית שיעלה ומה"ט נמכר כמו כל חוב בשטר ואפ"ה אינו נוטל פ"ש ברבית משום דאף דאמרינן דהתחייב מעכשיו בעת כתיבת השטר כנ"ל מ"מ הא לא הוי כגבוי גבי רבית וכש"כ לפי' הקונטרס דלכן גבו מעות יש לו משום דמעות יהיב ומעות שקיל ועיין בתוס' שם ד"ה גבו מעות כו' א"כ ברבית דלא שקל מיניה כלום ע"כ הוי ראוי לכ"ע ולא הוי כגבוי וכעין זה מצינו באה"ע סי' ק' סעיף ב' בח"מ ס"ק י"ט דמלוה שירש הבעל ממורישו כיון דלא היה בידו מעולם מקרי ראוי ע"כ י"ל דשאני מכירת רבית בשטר כיון דחזינן דאף דקיי"ל דשט"ח לא הוי כגבוי ואף שט"ח ברור לא הוי כגבוי וכמש"כ לעיל בחידושי לסי' י"ב ואפ"ה יכול למכור חוב בשטר לכה"פ לכ"ע מדרבנן וכן הא חזינן דגם כת"י נמכר בכו"מ כמבואר בתשובת הרשב"א והובא לקמן סעי' ו' והא כת"י דאינו גובה ממשעבדי לא הוי כגבוי כלל וכמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ג ס"ק ה' ואפ"ה נמכר

אלמא דמכירת שטרות הוא לאו מטעם דהוי כגבוי ע"כ י"ל דשפיר כתב הרשב"א כנ"ל וכן הרמ"א דאף חוב רבית נמכר כיון דדינו כמו כל חוב בשטר אף לגבות ממשעבדי משום דאמרינן דהתחייב בעת כתיבתו לכל מה שיעלה וכעין הא דסי' ס"א סעיף ז' ע"ש ואף דברבית לא הוי כגבוי כלל מ"מ נמכר משום דשאני ירושת בכור דתלוי אי הוי כגבוי ורבית לא הוי כגבוי משא"כ גבי מכירה דלא בעינן כגבוי כלל ולקמן בחי' לסעיף א' בסוף קונטרסי הגדול כתבתי דלולי דברי הראשונים היה מקום לומר דכת"י אינו נמכר כיון דלא הוי כגבוי כלל והארכתי שם בזה. והביאור הגר"א זצ"ל לקמן סעיף ו' ס"ק כ"ג כתב להוכיח דכת"י ג"כ נקנה בכו"מ מהא דשטר מתנה נקנה בכו"מ אף שאינו גובה ממשעבדי ויש לחלק דשאני שטר מתנה דלא נקרא מילי כ"כ משום דגוף השדה שייך לו משא"כ שעבוד דכ"ז דאינו גובה ממשעבדי י"ל דמקרי מילי בעלמא ולא חל בו קנין אך מסוגיא דב"ב דף ק"ע משמע דלא מחלקינן כן וקצרתי ואפשר לומר דהרמב"ן לטעמיה דהקצה"ח בסי' י"ב הביא בשם הכנה"ג ששיטת הרמב"ן הוא דלכמה ענינים הוי השטר כגבוי וכן כתב הסמ"ע בסי' מ"ד ס"ק יו"ד בשם הרמב"ן דלפי דהוי כאלו הממון שכתוב בשטר כמו דהוי מוחזק ע"ש:

אלמא דס"ל להרמב"ן דלכמה מילי הוי השט"ח כגבוי ע"כ י"ל דמה דחזינן דמהני מכירת השט"ח בכו"מ משום דכיון דהוי קצת כגבוי ע"כ תקנו חז"ל מכירת שטרות וכמש"כ הש"ך סוף ס"ק א' בשם הרמב"ן דמכירת שטרות מדרבנן וכן אף בכת"י שאינו גובה ממשעבדי ס"ל להש"ך ג"כ שלא לחלק בינו לשטר גמור גבי מיגו להוציא היכא דשטרא מסייע ליה כמבואר בסוף סי' פ"ג בש"ך שם וכן הוא שיטת הריטב"א בגיטין דף ל"ז בשם ר"פ דגם שטר שאין בו אחריות הוי כגבוי ושאני שמיטה ע"ש ע"כ י"ל דלכן אף כת"י נמכר משום דהוי קצת כגבוי וכבר כתבתי לקמן דאם הוי כגבוי דנתפס בו הקנין ביותר וע"כ שפיר הוכיח הרמב"ן מהא דב"ב דכיון דרבית לא הוי כגבוי ע"כ י"ל ולהסתפק דרבית אינו במכירה כן י"ל לכאורה בשיטת הרמב"ן אך אין זה במשמעות דבריו אכן העיקר כמש"כ הקצה"ח וכמו שהכריע הריטב"א בגיטין שם דבאין בו אחריות לא הוי כגבוי ואפ"ה חזינן דכת"י ג"כ נמכר אף דלא הוי כגבוי וכן הוא הכרעת הפוסקים דכל שט"ח לא הוי כגבוי וכמש"כ הש"ך בסי' י"ב. בע"כ מוכח דהא דשט"ח נמכר אינו משום דהוי כגבוי וע"כ שפיר פסק הרמ"א דאף חוב רבית נמכר וכמש"כ הרשב"א בח"ג סי' ס"ו בפשיטות דחוב רבית נמכר כמו הקרן וכמש"כ הרשב"א בתשובה דהובא לקמן בש"ך ס"ק קס"ב דמתחייב מעכשיו על כל מה שיעלה הרבית כמו במזונות הבת ואין ספיקו של הרמב"ן מוציא מדי ודאי של הרשב"א במה שסתם וגם הרמב"ן כתב בלשון דכן יש

לדקדק מהא דב"ב משום דאין זה ראיה מוכרחת כ"כ וכש"כ לפמש"כ השמ"ק בב"ב די"ל דמיירי באבק רבית כנ"ל: ענף ג:

אך העיקר כמש"כ הרשב"ם והשמ"ק הטעם דלכן אינו נוטל פ"ש ברבית משום דלאו כגבוי דמי משום דלפמש"כ שם דעוד י"ל דמיירי באבק רבית א"כ הא ה"מ הש"ס שם לומר דלא פליגי הך מימרא דאינו נוטל פ"ש ברבית על הא דתני דנוטל פ"ש ברבית משום דהתם מיירי ברבית דרך היתר דמוציאין בדיינים והך מימרא מיירי באבק רבית כיון דאין מוציאין בדייניו כו' ומן הרשב"ם והשמ"ק שכתבו לפרש ה"ט דאינו נוטל פ"ש ברבית משום דהא פרע ליה מה דלא שקיל מיניה ולכן לא הוי כגבוי דמשמע מדבריהם דס"ל ג"כ דחוב רבית ה"ל דין מלוה בשטר דאי נימא דס"ל דאין לו רק דין חוב בע"פ א"כ הא ה"מ לומר בפשיטות דלכן אינו נוטל פ"ש ברבית משום דהא יש לו דין מלוה בע"פ ואינו נוטל פ"ש רק במלוה בשטר כמו דאמרו בש"ס שם כיון דנקט שטרא כמאן דגביה דמי וכמש"כ התוס' בגיטין דף ל"ז וכמו דמשמע פשט הלשון שט"ח העומד לגבות כגבוי דמי וכיון דחזינן דהוצרכו לפרש בטעם דאמאי לא הוי כגבוי ברבית א"כ מוכח דאף רבית יש לו דין שטר לכל דיניו רק שא"ה כנ"ל:

ובב"מ דף ס"ב ע"א אמרו מאי קום ועשה לקרוע שטרא אי קסבר שטר העומד לגבות כגבוי דמי כו' ופי' רש"י כגבוי דמי שהרי שיעבד לו קרקעותיו על הקרן ועל הרבית א"כ מוכח מזה דאף רבית יש לו דין שטר דאל"כ הא לא שייך בדין מלוה בע"פ לומר דהוי כגבוי כנ"ל ומדקרי ליה שט"ח העומד לגבות משמע דיש לרבית ג"כ דין שטר וכמש"כ הרשב"א והרמ"א וכן יש להעיר מהך סוגיא על מש"כ לעיל בשם הרשב"ם והשמ"ק דב"ב דכתבו דלכן אינו נוטל פ"ש ברבית משום דברבית לא הוי כגבוי והא הכא בב"מ משמע דאם שט"ח הוי כגבוי דה"ה חוב רבית ג"כ הוי כגבוי וכן יש להעיר על מש"כ השמ"ק בתי' ב' דרבית כיון דהוי מילתא דאין מוציאין בדייניו ע"כ לא הוי כגבוי והא הכא אמרו דאי שט"ח כגבוי דמי דה"ה ברבית דאיסורא ג"כ הוי כגבוי אך זה אינו קשה די"ל דבאמת רק אותו מ"ד דס"ל בב"ב דאינו נוטל פ"ש ברבית טעמו דברבית לא הוי כגבוי משום הנך טעמים הנ"ל אבל הך סוגיא דב"מ ס"ל דגם ברבית אף דלא שקל ממנו דמי ג"כ הוי כגבוי וכדמצינו גבי כתובה דס"ל לב"ש ג"כ דהוי כגבוי אף דלא שייך ביה לומר דשקל דמי ואף דהוי באיסורא מ"מ ס"ל להך סוגיא דב"מ די"ל דהוי כגבוי וכוונת הגמ' שם דאי קסבר כו' היינו דנימא דאף בחוב רבית קסבר כן מ"מ קשה והא עבדי איסורייהו אבל באמת אין זה מוכרח כ"כ ואחר דמסיק לעולם קסבר דלאו כגבוי דמי י"ל דבאמת טעמו משום דהוי חוב רבית וגם דהוי באיסור ע"כ לא הוי כגבוי ובאמת לשון

דאמרו שם שטר העומד לגבות הוא מוקשה בסברא דהא כיון דהוי איסורא א"כ לא נקרא בשם עומד לגבות ועיין בב"ק דף ל' ע"ב תו' ד"ה דמשעת כתיבה כו' ומזה מוכח כמש"כ לקמן דמיירי בזקף וכלל הרבית והקרן א"כ שפיר יכול לבא לגוביינא משום דלא ידעו שיש בו רבית אך מן מה דאמרו שם אי קסבר שטר העומד לגבות כו' ואי לאו כגבוי כו' לעולם קסבר שטר העומד כו' דמשמע דזה היה פשוט להש"ס דגם בחוב רבית שייך למקרי ליה בשם שטר' א"כ מוכח מזה כמש"כ הרשב"א והרמ"א דגם רבית יש לו דין שטר דנמכר בכו"מ:

ואפשר לומר דמיירי בזקף הרבית בשטר במלוה ואז ה"ל כגבוי כמבואר בב"מ דף ע"ב ע"א ובש"ך סי' ס"ו ס"ק ק"ז ולפ"ז ה"מ הש"ס לאוקמי שם בב"ב דהא דתני בכור נוטל פ"ש ברבית דמיירי בזקף הרבית בשטר אך י"ל דא"כ פשיטא דהא דינו כמו מלוה וע"כ אין זה ראיה מכרעת כ"כ והבית יוסף ביו"ד סי' קס"ט הביא ג"כ דברי הרמב"ן דנסתפק אם נמכר רבית כנ"ל והביא בשם התה"ד דאם זקף עליו במלוה חשוב כקרן ויכול להקנותו כמו דין שטרות אך נתבאר דאף בלא זקף הרבית ג"כ נמכר הרבית כמו כל מלוה בשטר וכמו שפסק הרשב"א והרמ"א ולא מבעיא אם מכר הרבית שעלה עליו עד זמן המכירה ואף במכר הרבית שיעלה אחר המכירה סך כך וכך ולא מכר הקרן דמ"מ נמכר ואף דלא היה מבורר החוב של הרבית שיעלה אח"ז דהא היה ביד הלוה לסלקו להחוב מקודם שיעלה הרבית מ"מ נמכר כמו בהא דפסחים דף ל"א דאי למפרע גובה מהני מכירת המלוה וכמש"כ לעיל ועיין באה"ע סי' מ' סעיף ג' ב"ש ס"ק ז' ואכמ"ל ועיין בהגהות רע"א ז"ל ס"ק א' דיכול למכור חצי השטר. וכ"ז הוא באם היה הרבית באופן המבואר ביו"ד סי' קנ"ט או בהיתר זקוקים הנהוגים אבל אם היה היתר הרבית ע"פ היתר עסקא בזה י"ל דאינו נמכר הרבית שעלה עד זמן המכירה וכפי שכתב בתשובת שבות יעקב ח"ב סי' קפ"ג דאף דחוב רבית גובה ממשעבדי מ"מ הרבית שהוא ע"פ היתר עיסקא כיון שאם נשבע לא הרווחתי יפטר ועיקר חיוב הרבית הוא מן מה שהרויח חלק פלגא פקדון שלו ואין חל חוב הרבית מזמן השטר רק בכל יום ויום בעת שהרויח ע"כ אינו גובה ממשעבדי וכעת אין ת"י ספר שבו"י והנה המהרי"ט ח' יו"ד סי' כ"א העלה דעיסקא שהוא פלגא פקדון אינו נקנה בכו"מ ע"פ דברי הטור בסי' ס"ו סעיף י"ד שהביא בשם ה"ר ישעיה כו' אבל הרא"ש ז"ל כתב שאין נקנה אלא שטר של קנייה כו' א"כ בשטר של עיסקא לד"ה אין בו דין מכירה שהרי אפילו קנין ושעבוד אין שם ולא מהני ליה שטרא אף לראיה דמצי לומר החזרתי כו' והובא בקצרה דברי המהרי"ט הנ"ל בקצה"ח סי' ס"ו ס"ק ל"ה ובנתיבות ס"ק ל"ח:

ובאמת יש לדון בעיקר דברי המהרי"ט הנ"ל דהא גם כת"י אף שיכול לומר פרעתי ואינו גובה ממשעבדי אפ"ה נקנה בכו"מ כמש"כ הרשב"א בתשובה ח"א סי' תתקפ"ד וסי' אלף ל"ח דכת"י נקנה בכו"מ אף שיכול לומר פרעתי ואינו גובה ממשעבדי וכמש"כ המחבר בסעיף ו' ובאמת צריך ביאור דמפני מה נקנה כת"י בכו"מ כיון דאינו גובה ממשעבדי וע"כ הטעם הוא דמפני תיקון העולם הוא כמש"כ הסמ"ע בס"ק ל"ח והנתיבות ס"ק כ"ג א"כ מה"ט יהיה מועיל כו"מ אף בפלגא פקדון וכמו דמצינו בגיטין דף י"ג גבי מעמ"ג דתקנו בפקדון מפני תקנת התגרין ואפשר נחלק דשאני כת"י במלוה דאין לו קנין אחר ע"כ תקנו בו כו"מ וכמש"כ הסמ"ע ס"ק כ"ג משא"כ פקדון דיכול להקנותו באג"ק אך גם ז"א ברור דהא חזינן דחלק פלגא מלוה מן עיסקא דנקנה באג"ק כמש"כ הקצה"ח והנתיבות ואפ"ה תקנו בו כו"מ דמועיל כמש"כ המהרי"ט והקצה"ח שם א"כ ה"ה דיהיה מועיל כו"מ גם בפלגא פקדון וקנין חליפין הא לא שייך ביה דהא מטבע אינו נקנה בחליפין וכן מצינו לחד דעה דס"ל דאף מלוה נקנה באג"ק כמבואר לקמן סעיף כ"ו ברמ"א וכן משמע פשט לשון הרשב"א ח"א סי' תתקפ"ד וסי' אלף ל"ח דאף שטר פקדון נקנה בכו"מ ע"ש ואפשר לומר דכוונת הרשב"א שם במכר לגוף הפקדון ולא מיירי במכר לשטר פקדון אך דכוונתו להוכיח כמו דמוכר לפקדון אף די"ל החזרתי דה"ה בכת"י אף דנאמן לומר פרעתי ומ"מ כיון דכתב המהרי"ט דפלגא פקדון אינו נקנה בכו"מ בודאי הדין כן אך י"ל דזהו בפלגא פקדון דהיה בזמן הקודם דהיה יכול לומר החזרתי ונאנסו וגם אינו גובה ממשעבדי כמש"כ הרשב"א סי' א' ל"ז והש"ך סי' ס"ט ס"ק י"ד ע"כ אינו נמכר בכו"מ כמש"כ המהרי"ט טעמו כנ"ל:

אבל בעיסקא שלנו דהדין הוא דאף בפלגא פקדון חייב לשלם לעולם כ"ז שלא יברר ע"פ עדים שנאנסו כי כן היה תיקון מהר"ם ז"ל בשטרי עיסקא דילן דודאי גובה ממשעבדי אם חתומים על השטר ב' עדים וכן אינו נאמן לומר החזרתי ועיין בנתיבות סי' ס"ט ס"ק ט' בדברי הט"ז שם ודאי דנמכר בכו"מ משום דיש בו שעבוד נכסי ומועיל לראיה וגם המהרי"ט מודה בזה: ענף ד:

ולכאורה אפשר לומר כיון דעיקר החיוב בפלגא פקדון שלנו לשלם כ"ז שלא יברר בשני עדים שנאנסו הוא משום דמתנה ש"ש להיות כשואל כמש"כ הפוסקים א"כ הא שיטת כמה פוסקים דס"ל לדינא דנכסי שומר משתעבדו מעת אונסין ולא מעת משיכה כמבואר בסי' שמ"א בשם הרמב"ן והרשב"א והרא"ש והנ"י דפסקו כל"ב דר"פ דכתובות דף ל"ד ולפ"ז אתי שפיר בפשיטות מה דכתב המהרי"ט דפלגא פקדון אינו נקנה בכו"מ וכתבתי לעיל דמ"ש ממלוה בכת"י. אבל באמת א"ש דשאני מלוה דיש לו שעבוד הגוף על הלוה

מיד משא"כ פקדון דלא נשתעבדו נכסי השומר עד שעת אונסין ע"כ הא בעת כתיבת השטר לא היה לו אז שום שעבוד הגוף וחיוב על הנפקד ע"כ לא מהני ביה כו"מ כן יש לחלק בפשיטות ועפ"ז יש להעיר בדברי הש"ך סוף סי' ל"ט ס"ק מ"ט במה שמדמה דין שומרים שיכולים לחזור אף שנשתעבדו נכסי השואל על אונסין דה"ה בהלואה ובאמת יש לחלק ביניהם דשאני חוב שומרים דלא נשתעבדו רק מעת אונסין משא"כ חוב הלואה וכן מצאתי באו"ת שם שהעיר בזה ולפ"ז י"ל דה"ה בשטרי עיסקא דידן דאף דאינו נאמן לומר נאנסו מ"מ עיקר חיוב שלו הוא רק מעת אונסין אם לא יברר בעדים א"כ הא בעת כתיבת השטר לא היה לו אז חיוב הגוף על המקבל עיסקא מפלגא פקדון ע"כ עדיין יש לדון דלא נקנה בכו"מ משום דאין לו דין שטר אבל באמת ז"א דודאי אין סברא לומר כן בשטרי עיסקא דידן דא"כ יהיה הדין דלא יגבה לפלגא פקדון מיורשים כמו דאמרו בהניח להם פרה שאולה דכתובות דף ל"ד דאם מתה אין חייבין באונסה אף דהניח אחריות נכסים משום דמפשיעה אשתעבד ובאמת הא גובין בשטרי עיסקא דידן אף מיורשין וממשעבדי שקנו הנכסים תיכף אחר קבלת העיסקא משום דאם לא כן יונעל דלת בפני הלוין דמי ירצה להלוות על שטרי עיסקא דידן דלמא ימות ולא יוכל לגבות מיורשין וממשעבדי לפלגא פקדון וע"כ מוכח דאמרינן דחל החיוב עליו מעת קבלת העיסקא דהתחייב א"ע מעכשיו בכל חיוב אונסין כ"ז שלא יברר בעדים וכבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ג' דבכל חיוב על תנאי דהוי כמו דאמר מעכשיו ודוקא בחיוב שומרים דהתורה חייבו בזה י"ל דנכסי שומר מפשיעה נשתעבד ולא מעכשיו ע"ש. וכש"כ בנ"ד דהוי בתנאי דשב ואל תעשה כ"ז שלא יברר בעדים שנאנסו יהיה חייב בכל חיוב שבעולם ודאי דהוי כמו דאמר מעכשיו וכן הוא האומדנא דאל"כ לא יהיה יכול לגבות מיורשין ויונעל הדלת כו' וע"כ הוי החיוב מעכשיו ולכן שפיר נקנה שטר עיסקא דידן בכו"מ ואם יכתב לכל המוכ"ז נקנה במסירה לבד וגובה ממשעבדי אם עדים חתומים בו ואם אין עדים ג"כ נקנה בכו"מ כמו כל כת"י ודינו כמו כל שטר חיוב דהיה חל החיוב עליו בעת שנכתב השטר אך י"ל דכ"ז אינו רק אם אינו בעיניה אבל אם הוא בעיניה י"ל דלא שייך כ"ז לפמש"כ הקצה"ח בסי' ש"מ וסי' פ"ו בשם כמה פוסקים דאף אי נימא דממשיכה אשתעבד מ"מ כ"ז שהוא בעין אין עליו חיוב ע"ש ע"כ י"ל דכה"ג לא נתפס ביה קנין כו"מ אכן אם אינו בעין עכשיו שפיר י"ל דנתפס ביה קנין כו"מ משום דכיון דאינו מחזיר להפלגא פקדון בעיניה הוי למפרע חוב עליו מעת כתיבת השטר וכבר כתבתי לעיל דאף מה דלא נתברר בעת המכירה מ"מ אם לבסוף איגלאי למפרע דחל ביה דיני מכירתו וגם בבעין יש לדון הרבה ולדברי הקצה"ח הנ"ל נראה לי דהתקנה

בזה דיקנהו הפלגא פקדון באגב קרקע ואת השטר בכו"מ דאז נקנה לו הפלגא פקדון דאם הוא בעיני' בעת ההקנאה א"כ נקנה אג"ק ואם אינו בעיני' בעת ההקנאה דטוען נאנסו מכבר דעיקר החיוב הוא משום מתנה ש"ח להיות כשואל להתחייב באונסין כ"ז שלא יברר בעדים וכמש"כ הנתיבות בסי' ס"ט ס"ק ט'. א"כ לזה מהני קנין כו"מ כמש"כ:.
אך י"ל דז"א רק הקרן דדינו כמלוה בשטר אבל הרבית שעלה עד המכירה כיון דכתב השבו"י דאין חיובו מעכשיו רק בכל יום ויום עולה השבח מן פלגא פקדון וע"כ אינו גובה ממשעבדי ומה"ט י"ל דלא נקנה בכו"מ ואין דינו רק כמלוה בע"פ דלא שייך בו קנין כו"מ רק הריוח שעולה מן הפלגא מלוה שייך להלוקח משום דמעותיו השביחו לאחר המכירה אם הקנהו הקרן אבל לא במה שעלה כבר מקודם המכירה ודינו כמו קנה דשב"ל עם לא בא לעולם דקיי"ל דקנה מחצה וע"כ אף דלא חל הקנין על הרבית מ"מ חל הקנין על כל הקרן. אך לפי המבואר בח"מ סי' רט"ז סעי' ה' שיטת הרמב"ם גבי קרקע ודקלים דאם אין נותן לו הדקלים יכול הלוקח לחזור לכן בלא ידע הלוקח שאין לו דיכול לחזור ולומר במקח שלם אני רוצה כמבואר בסי' קפ"ב סעי' ח' וכמש"כ הנתיבות שם ס"ק ח' א"כ ה"ה כאן אם המוכר חוזר ממכירת הריוח שעד המכירה דיכול הלוקח לחזור ממכירת הקרן ולומר למקח שלם של הקרן והרבית אני רוצה ולא שייך בזה לומר דהא ידע הלוקח דלא נתפס הקנין של הרבית וע"כ חל הקנין של הקרן ואף להרמב"ם והשו"ע שם בסי' רט"ז הנ"ל משום די"ל בזה דלאו כ"ע דינא גמירי ובפרט דיש מקום לומר דיהיה נתפס הקנין גם על הרבית כדין כל שטר שנקנה בכו"מ כמו שיבואר וכיון די"ל כן ע"כ שפיר יכול לומר דטעה הלוקח בזה הדין היכא דהוי מוחזק וכמש"כ הש"ך כה"ג בסי' מ"ב ס"ק כ' וס"ק כ"ב וכמש"כ במק"א להאריך בזה. אך כ"ז לפמש"כ השבו"י אבל לענ"ד נראה לדון דשפיר נקנה אף הריוח מהעיסקא ע"י כו"מ משום דדינו כמו כל חיוב בשטר והוא דבשו"ת טור האבן סי' מ"ה העלה דאף בשטרי עיסקא דידן דאם נשבע המקבל לא הרווחתי פטור מ"מ אם מת גובין מיורשים ולא טענינן להו שמא היה אביהן טוען לא הרווחתי משום דכן היתה התקנה דכ"ז דלא נשבע לא הרווחתי דיהיה חייב בהריוח כפי שקצבו וכיון דגובין מיורשים אף הרבית שעלה בחיי האב א"כ חזינן דהוי כאלו התחייב א"ע בפי' בעת כתיבת השטר על כל הרבית שיעלה אם לא ישבע לא הרווחתי דאם לא היה החיוב אז בעת כתיבת השטר א"כ אמאי גובין מיורשים וזהו כש"כ מהא דהניח פרה שאולה דאם לא אשתעבד נכסי מעת שאלה אין גובין מיורשים ומוכח ממה שנהגו לגבות מיורשים דאמרינן דהתחייב א"ע בעת כתיבת השטר עיסקא על כל מה שיעלם הריוח כ"ז דלא ישבע ומה"ט י"ל דגם גובין מן משעבדי משום התחייבות

וכמו שכתב הרשב"א במזונות הבת דגובין ממשעבדי מה"ט ואין לומר דה"ל דבר שאין לו קצבה ז"א דהא מבואר בסי' סמ"ך סעי' ב' בש"ך ס"ק י"א דאם לא נתן קצבה לשנים מקרי דבר קצוב וכן במה שביד הלוה לישבע שלא הרויח כ"כ כפי קצבתם ג"כ מקרי דבר קצוב וגובה ממשעבדי וכמבואר בסי' ס"א וכמש"כ הנתיבות שם ס"ק יו"ד לתרץ קושיית האו"ת ס"ק ה' דמה דהוי ביד הלוה מקרי קצוב וגובה ממשעבדי כש"כ בנ"ד דאם יהיה הלוה שב ואל תעשה ולא ישבע לא הרווחתי יהיה חייב לשלם הריוח כפי קצבתם ע"כ שפיר מקרי דבר קצוב וגובה ממשעבדי משום שהתחייב א"ע בעת כתיבת השטר על כל מה שיעלה הריוח כמו בהא דסי' ס"א סעי' ז' הנ"ל:

וכיון דהוי התחייבות מעכשיו בעת כתיבת השטר על כל מה שיעלה הריוח ע"כ נקנה בכו"מ אף הרבית שעלה מקודם המכירה ולא מבעי היכא שגובה ממשעבדי ואף היכא שאינו גובה ממשעבדי אם אינן חתומין בו ב' עדים ג"כ נקנה כמו כל כת"י כנ"ל א"כ נתבאר דלא מבעי הרבית שאינו ע"פ היתר עיסקא כמו ע"פ היתר זקוקים וכהנה ואף הרבית ע"פ עיסקא ג"כ נקנה בכו"מ:

ענף ה:

וראיתי בחתם סופר על ח"מ סי' קל"ו שכתב בשטר כיס על היתומים דטענינן להו דלמא היה טוען אביהם לא הרווחתי ופטורים לשלם מה שעלה בחיי אביהם ומשמע דקאי האידנא לאחר תקנת מהר"ם ז"ל וזהו דלא כמש"כ בשו"ת טור האבן הנ"ל אבל ראיתי בספר עצי לבונה ליו"ד סי' קע"ז סעי' ל"א שכתב ג"כ כמו שכתב הטור האבן הנ"ל דהתקנה של מהר"ם ז"ל היה דכ"ז דלא ישבע לא הרווחתי יהיה חייב לשלם הרבית כפי השוואתם ומה"ט אינו יכול להטיל קב"ח ולא להפך השבועה על המלוה וזהו הכל כדברי הטור האבן הנ"ל והביא כן בשם השל"ה וחפשתי ומצאתי כן בשל"ה ד' צ"ה ע"ב שכתב להדיא דאינו נאמן על הריוח עד שישבע בנק"ח לא הרווחתי ואף דע"פ דין היה מקום לומר דלא יצטרך לישבע בנק"ח רק היסת ואם אינו טוענו ברי יהיה סגי בקב"ח מ"מ תקנו הכא דיהיה חייב שבועה בנק"ח משום מתנה ש"ח להיות כשואל כו' עכ"ל וכוונתו למה דמבואר בסי' צ"ג סעי' ד' דיש חולקים דמקבל עיסקא א"צ לישבע אם נותנים לו שכר עמלו וכמש"כ התוס' בשבועות ד' מ"ח ע"ב ועכ"ז בעיסקא דידן מחוייב לישבע בנק"ח מחמת התקנה שהתחייב א"ע בזה וכ"כ הנתיבות בסי' צ"ג ס"ק ג' דנוהגין בעיסקא דידן להשביע כשטוען לא הרווחתי וכבר הקדימו השל"ה:

והנה בעיקר ראיית העצי לבונה מן השל"ה אין זה מוכרח כ"כ די"ל דאף דהוי כאלו התנה להתחייב מעכשיו על השוואת הריוח באם לא ישבע בנק"ח שלא הרווחתי מ"מ

י"ל דז"א רק אם לא ירצה לישבע ובחייו אבל לאחר מותו עדיין י"ל דאין יכולין לחייב ליורשיו משום דאונסא לא חייבי' רחמנא ולכן עדיין י"ל כמש"כ החתם סופר ובאמת יש להאריך בזה הפרש ואכמ"ל אך זה שפיר מוכח מן דברי השל"ה דהוי כמו דהתחייב א"ע מעכשיו לשלם אם לא ישבע בנק"ח שלא הרווחתי דאל"כ קשה דאיך יכולין אנחנו לחייבו לשלם כפי השוואתם אף דאינו רוצה לישבע הא יכול לחזור מן ההתחייבות שלו כמו בכל קני לאחר ל' יום אם לא אמר מעכשיו כמבואר בקדושין ד' נ"ט ויבמות ד' צ"ג ובכ"ד א"כ איך יכולין לחייבו לשלם כפי ההשוואה אם לא ישבע בנק"ח והא יכול לחזור בתוך כך מקודם שיחייבוהו הב"ד וע"כ מוכח דהוי כמו דהתנה בפי' מעכשיו בעת כתיבת השטר להתחייב כפי סך השוואתם ליתן הריוח עד זמ"פ אם לא ירצה לישבע בנק"ח לא הרווחתי ועיין בח"מ סי' ס"ו סעי' ל"ה ובית מאיר סי' ס"ו סעי' א':

וכיון דהוי כמו כל התחייבות מעכשיו ע"כ שפיר יכולין להקנות גם הריוח ע"י כו"מ כמו כל חוב בשטר וכת"י אף דאינו גובה ממשעבדי כנ"ל וכש"כ הך חוב הרבית דנראה לפ"ז דגובה ממשעבדי אם נתברר לבסוף דאינו רוצה לישבע ודומה להא דסי' ס"א סעי' ז' בשמעון שנתחייב מעכשיו בתנאי כו' דגובה ממשעבד ומקרי דבר קצוב כמש"כ הנתיבות שם משום דהוי ביד הלוה לעשותו קצוב כנ"ל ולא שייך לומר בזה טוענין ללקוחות כיון דחזינן עכשיו דאינו רוצה לישבע שלא הרווחתי א"כ ממילא מחוייב למפרע לשלם כפי השוואתם עד זמ"פ והוי חיוב ברור על הלקוחות וגם היכא דאינו גובה ממשעבדי ג"כ נקנה בכו"מ כמו כת"י כיון דהוי חיוב מעכשיו ואינו דומה לפקדון דאינו נקנה השטר פקדון ע"י כו"מ משום דלא אשתעבד נכסי מן עת הפקדון רק מן עידן פשיעה וכשיטות כמה פוסקים כנ"ל ובאמת לשיטת הסוברים דנכסי שומר ממשיכה אשתעבד כמבואר בסי' שמ"א יש לעיין בזה עדיין אבל בחוב הרבית דהוי כמו כל חיוב מעכשיו וודאי דחל בו הקנין ע"י כו"מ כמו כל חוב אף בכת"י ואף דבעת דהקנהו להחוב הרבית עדיין לא נתברר החיוב בבירור ודלמא ישבע לא הרווחתי אם יגיע הזמ"פ מ"מ עכשיו שהגיע זמ"פ ולא נשבע איגלאי למפרע שהיה מחוייב בסך קצבתם מן עת כתיבת השטר וכבר כתבתי לעיל שיכול למכור כל מידי אף דלא נתברר כ"כ החיוב בעת המכירה מקודם שנתברר קיום התנאי וכמו הא דפסחים ד' ל"א וכן כל חוב כתובה שהוא בתנאי אם תתאלמן ותתגרש וכש"כ זה דהתם בפסחים היה בידו לסלק בזוזי והנה הכא אינו בידו לפטור א"ע רק עד שישבע שלא הרווחתי ודלמא אינו יכול לישבע זה באמת וידוע מש"כ התוס' בזבחים ד' ל"ד ע"ב ד"ה כל שבידו כו' דמה דאסור למעט אין זה קרוי בידו וכש"כ איסור דאורייתא ובשבועת שקר ועיין בשבועות ד' ל"ב ע"א רש"י ד"ה והאמר

אבייי כו' דרוב ב"א אין נשבעין לשקר כו' ולכן מהני מכירתו לחוב רבית שהוא ע"פ היתר עיסקא וכש"כ לחוב רבית שהוא כעין הא דיו"ד סי' קנ"ט וכן רבית שהוא ע"פ היתר זקוקים בכל הנך מהני מכירתו ע"פ כו"מ. וידעתי מה דיש להעיר בכ"ז ע"פ דברי המג"א בסי' תמ"א ס"ק ג' מש"כ בשם הר"נ אבל במנחות ד' ק"ב אמרינן הואיל אי בעי פריק וקצרתי ועיין בספרי באר יצחק ח"א סי' ב' ענף ב'. ואחר כתבי כ"ז ראיתי בספר שו"ת טור האבן סי' ו' שהביא בשם הגאון מו"ה זלמן מרגליות זצ"ל מבראד שכתב ג"כ דכיון דיש קצבה לעיקר הרבית אע"ג שאין קצבה לשנים מ"מ מקרי קצוב כו' והטור האבן חולק עליו אבל לא העיר במש"כ לעיל לדמות זה להא דח"מ סי' ס"א סעי' ז' דכיון דהוי ביד הלוה לעשותו קצוב דגובה ממשעבדי כמש"כ הנתיבות שם וה"ה בהרבית שעד זמ"פ דאף דנימא דהא יכול המקבל עיסקא לחזור בתו"ז וכמבואר בסי' קע"ו מ"מ הא יצטרך לבא לחשבון ולישבע שלא הרויח כ"כ וכמש"כ הנתיבות בסי' ע"ד ס"ק ד' א"כ הא נתבאר לעיל דזה אינו קרוי בידו משום דלמא לא ירצה לישבע בשקר והא זה בוודאי בידו שלא לסלק החוב בתו"ז ולישבע א"כ יהיה הרבית עד זמ"פ חשיב דבר קצוב וגובה ממשעבדי והוי כש"כ מהא דסי' ס"א דהתם הוי בידו ע"פ קום ועשה כש"כ בנ"ד דהוי בידו ע"פ שב ואל תעשה:

וכן ראיתי שם בספר טור האבן הנ"ל שכתב דאף דנימא דהרבית חל מעכשיו אם יהיו כך מ"מ אינו במכירה דהוי כמו כל מוכר דשלב"ל דלא קנה ע"ש אבל באמת זה אינו וכמש"כ לעיל להעיר מהא דסי' רמ"ח סעי' ז' מש"כ הרמ"א בשם תשובת הרא"ש דיכול למכור השדה אף מקודם שנעשה התנאי ע"י קום ועשה ולא מקרי דשלב"ל וכן מהא דפסחים ד' ל"א וה"ה בנ"ד דעכשיו שנתברר דלא סילק לו הוי למפרע חיוב ברור על הרבית עד עת הסילוק החוב ולא מקרי דשלב"ל ומהני מכירתו וכן ביתר דבריו יש לדון הרבה לפמש"כ לעיל:

ענף ו:

והנה עיקר ספיקו של הרמב"ן הנ"ל הוא רק אם יכול למכור חוב הרבית אבל חוב הקרן של א"י בודאי מהני מכירתו וכן פסקו בסי' ס"ו סעי' ד' דשטר חוב של א"י נקנה בכו"מ וכן מבואר לקמן סעיף ל"ב והובא זה בנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' מ"ה שכתב בפשיטות דאף שט"ח של א"י נקנה בכו"מ ע"ש אכן הש"ך ביו"ד סי' קס"ט ס"ק ס"א כתב ובחובות של אשראי פי' שט"ח שיש לו מא"י וה"ה אם חייב לו בע"פ עכ"ל הש"ך א"כ מבואר להדיא דס"ל להש"ך דשט"ח של א"י אינו נקנה בכו"מ וכן נראה מן מש"כ הש"ך ביו"ד סי' קע"ג ס"ק ח' בשם הגהות אשר"י דבעינן שיזכה הקונה במעמ"ג ואם יש לו שטר עליו כו' ואם

הלוה הוא א"י יאמר המוכר ללוקח כו' משמע מזה דלא מהני ביה כו"מ בשטר וטעמם הוא משום דס"ל כשיטת המרדכי והגהות מיימוני ומהר"ם דהובאו בסי' רנ"ג סעי' כ' דכתבו לדון כן גבי מתנת שכ"מ דלא נקנה משום דלא סמכה דעתי' אך עיקר דברי הש"ך ביו"ד סתרי למה שסתם הש"ך הכא דאף חוב של א"י נקנה ע"י כו"מ:

ואפשר לומר דכוונת הש"ך ביו"ד הוא דאף דגם שטר של א"י נקנה בכו"מ מ"מ התם גבי איסור רבית לא מהני קנין כו"מ דהא לשיטת כמה פוסקים הוא דקנין כו"מ אינו רק דרבנן וכמש"כ הש"ך הכא בשם הב"י ועיין לקמן סעי' כ"ה וש"ך ס"ק פ"ה:

וע"כ לא מהני כו"מ גבי איסור רבית אבל באמת ז"א דהא מצינו דאף קנין דרבנן מהני גבי איסור רבית כמבואר בב"מ ד' ע"א דאמר רבינא דזכייה מדרבנן אית ליה וע"כ מותר אם העמידו אצלו וכמש"כ השמ"ק שם והריב"ש בסי' ש"ה לתרץ קושיית הרמב"ן שהקשה דאיך הקילו ליקח רבית בשביל זכייה מדרבנן דאינו מועיל מה"ת ולולי דבריהם הייתי אומר לתרץ קושיות הרמב"ן הנ"ל והוא דהא מבואר ביבמות ד' צ' ת"ש בטלו כו' והוכיחו מזה כמ"ד דיכולין חז"ל לעקור דבר מה"ת אף בקום ועשה ודחו משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן וא"ל רבינא לרב אשי התינח דקדיש בכספא קדיש בביאה כו' וכן הוא בגיטין ד' ל"ג א"כ מוכח מזה דרבינא היה ס"ל להוכיח משם דיכולין חז"ל לעקור דבר מה"ת ע"כ שפיר אמר רבינא בב"מ דכיון דזכייה מדרבנן אית ליה ע"כ הותרה שם איסור רבית משום דאזיל לשיטתיה דיכולין חז"ל לעקור לאיסור דאורייתא אף בקום ועשה ויש להאריך בזה:

אבל באמת העיקר כדברי הראשונים הנ"ל דאף ע"י קנין דרבנן הותרה איסור רבית וכמש"כ הפנ"י בב"מ דף ע"א בגמ' ד"ה רבינא אמר כו' וכן מוכח ממש"כ הש"ך ביו"ד סי' קע"ג ס"ק ח' בשם הגהות אשר"י דגם קנין מעמ"ג מהני גבי איסור רבית ע"ש וכן מוכח מכל קנין כו"מ ועי' באו"ת סי' ס"ו ס"ק ג' ונתיבות ס"ק ג' וכן מוכח מכמה דוכתי. ובאמת הש"ך והב"י ביו"ד סי' קע"ג קצרו בדברי הגהות אשר"י דראיתי בהגהות אשר"י ב"מ פ"ה ד' ס"ה ברא"ש סי' כ"א שכתב בזה"ל ואם הלוה הוא כו' והוא מלוה בע"פ ואמר שמעון ללוי הקונה אני מוחל כו' אלמא דקאי רק על מלוה בע"פ אבל במלוה בשטר מהני גם גבי א"י בכו"מ כמו דקאמר שם לעיל. וע"כ העיקר כמש"כ הנו"ב להכריע לדינא דכ"ע ס"ל דנקנה גם חוב כזה בכו"מ משום דאין לדמות זה להא דח"מ סי' רנ"ג דמירי שם במתנת שכ"מ דהא שם ס"ל להך שיטה דגם במלוה שיש לו משכון אינו נקנה במתנת שכ"מ משום דלא קני משכון כמבואר בפסחים ד' ל"א ואלו הכא ביו"ד סי' קס"ט סעי' י"ח כתבו דחוב שיש לו משכון נקנה ע"י משיכת המשכון ולהתיר עי"ז איסור רבית

אלמא דמוכח דשאני גבי מתנת שכ"מ דעיקרו הוא משום שלא תטרוף דעתו ע"כ תקנו דיהיה מועיל אמירתו וכיון די"ל דלא סמכה דעתו דהנותן ע"כ י"ל דאמר כן כמו מילי דכדי דאמרו בכ"ד גבי אמירה בעלמא אבל היכא דמקנה לחבירו ע"י מעשה הקנין אין לנו לומר דלא סמכה דעתו כ"כ בזה: וכן היה מקום לדון בזה לפמש"כ הר"ח בב"מ ד' נ"ו בתוס' ד"ה יצאו שטרות כו' דלכן מהני מכירת שטרות משום דש"ד ולפמש"כ הבשמים ראש להעיר דגבי א"י לא אמרי' ש"ד. ויש לדון מזה בפסחים ד' ל"א: ועיין מזה באו"ת סי' פ"ו ס"ק י"ג והעיקר דגם בדידיה אמרינן ש"ד ואכמ"ל וגם הא כבר נתבאר דאף כת"י דאין בו שום שעבוד נכסי כלל דמ"מ נמכר ע"י כו"מ א"כ ה"ה אף שט"ח דידיה אף דנימא דלא נשתעבדו נכסיו דמ"מ נמכר שט"ח שלו ע"י כו"מ ומצאתי בחוות דעת ליו"ד סי' קס"ט ס"ק ל"ט שהעיר בקצרה בסתירת דברי הש"ך הנ"ל:

קונטרס הלז הוא בענין מכירת שטרות אי מה"ת או מדרבנן וגם יבואר בו על נכון הא דמהני שטר לכל המוציאו כמבואר בסי' ס"א:

ב (סעי' א') בש"ך (ס"ק א' האריך בענין מש"כ] הראשונים לדון אי מכירת שטרות מה"ת או מדרבנן ועיקר דבר זה הוא מהתוס' ב"ב ד' ע"ו ד"ה קני לך איהו כו' וב"מ ד' נ"ו ד"ה יצאו שטרות כו' וכתובות ד' פ"ה ד"ה המוכר שט"ח כו' והר"נ בכתובות פ"ט והרמב"ן ב"ב ד' ע"ז ושארי ראשונים שהקשו דל"ל למעוטי שטרות מאונאה אי נימא מכירת שטרות דרבנן ע"ש ובאמת י"ל בפשיטות דקאי המיעוט על שטרות דנכתב בהם לכל המוציאו דמכירתן הם מה"ת לכ"ע וכמש"כ התומים באמת כן לתרץ קושיית התוס' הנ"ל בסי' ס"ו ס"ק א' וכ"כ הנתיבות שם ס"ק א' ולפי"ז יש להקשות באמת דלמה הוצרכו התוס' לדחוקי בתי' אחרים הא יש לתרץ בפשיטות כן דהא גם בזמן הגמרא מצינו כן בב"ב ד' קע"ב וגיטין ד' י"ג. ואפשר דס"ל להתוס' כשיטת הרמב"ן דהובא בהר"נ גיטין פ"א גבי משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דזה לא מהני מה"ת משום דאין ברירה וה"ה בממרמי לכל המוציאו אינו מועיל רק מדרבנן משום אין ברירה וכמש"כ הקצה"ח סי' ס"א ס"ק ג' מזה ועיין עוד בקצה"ח שם שכתב בשם המהרי"ט דכתב דהא דחל שעבוד לכל המוציאו אף דקי"ל אין ברירה משום דהא מצינו דיכול לשעבד דאקני אף דאין מקנה דבר שלא בא לעולם משום דשעבוד שאני ושעבוד לרבנן דר"מ הוי כמו קנין לר"מ א"כ ה"ה היכא דמתחייב לאדם דאינו מבורר כיון דהגוף ישנו בעולם א"כ דומה להתקדשי לאחר כו' דכתבו התוס' דכיון דהגוף איתא בעולם ס"ל לר"מ דמהני הקנאתו וה"ה שעבוד לרבנן ע"ש בקצה"ח ועיקר הך מילתא דשעבוד מועיל לרבנן כמו קנין לר"מ זהו רק מדרבנן כמש"כ הרשב"ם בב"ב ד' קנ"ז א"כ ה"ה הך מילתא דיכול להשתעבד

לכל המוציאו דכיון דאין ברירה אין זה רק מדרבנן. ע"כ הקשו התוס' שפיר דלמה צריך למעוטי שטרות דאי בכל המוציאו הא לא מהני מה"ת לפי מאי דקיי"ל דאין ברירה ולפ"ז יהיה מוכח דהתוס' ס"ל דהא דלכל המוציאו דמהני אין זה רק מדרבנן:

ענף א:

ולפי דיש לדון הרבה בעיקר דברי המהרי"ט הנ"ל ע"כ נלע"ד ליישב דברי התוס' הנ"ל באופן אחר והוא דאף דנימא כהסוברים לדינא דמה"ת חל שעבוד לכל המוציאו מ"מ לאו כ"ע מודו בזה ושפיר הקשו התוס' והוא דבקדושין ד' ה' אמרו מנין דאשה מתקדשת בשטר ודין הוא מה כסף שאין מוציא מכניס שטר שמוציא אינו דין שמכניס מה לכסף שכן פודין בו הקדש ומע"ש תאמר בשטר שאין פודין בו הקדש ומע"ש דכתיב ונתן הכסף וגו' ופי' רש"י שטר שאין פודין בו כו' אם כתב לגזבר שטר על מעות פדיון כו' ועיין ברשב"א שם שהקשה על פי' רש"י ופי' באופן אחר ויש להקשות הא מצי לדון קו"ח משטרות שיש לו על אחרים דמקדשין בו האשה ואין פודין הקדש ומע"ש כמבואר בבכורות ד' נ"א דבעי גופו ממון ובקדושין ד' כ"ז ועיין ברש"י כאן ולקמן ד' כ"ז ובכורות שם וכעין זה הקשו התוס', שם ד"ה שכן פודין בו דנימא קו"ח מקרקעות דאין מוציאות אפ"ה מכניסות ואין פודין בו הקדש ומה דתירצו התוס' בזה הא לא שייך זה התירוץ על הא דשטרות הניחא להסוברין דמכירת שטרות אינו רק מדרבנן א"ש דהא התם קיימינן בקו"ח דאורייתא למיגמר על קידושי אשה בשטר ע"כ לא מצי למילף זה מהא דקניות שטרות דאינו רק דרבנן אבל להסוברין דמכירת שטרות הוא מה"ת תקשה דהא המ"ל בקו"ח במה דמתקדשת מה"ת בשטרות דיש לו על אחרים כנ"ל ואפשר לומר דהא לקמן ד' מ"ח ס"ל לרבנן דר"מ בקידשה בשט"ח שיש לו על אחרים דאינה מקודשת משום דלא סמכה דעתה דלמא אזיל ומחיל א"כ לפ"ז לא מצי למיגמר בקו"ח משטרות דאינן מוציאות ואפ"ה מכניסות משום דהא שטרות אליבא דרבנן דר"מ אינן מכניסות ואכתי יש להקשות דהא בקידשה בממרני הנכתב לכל המוציאו דקיי"ל דאינו יכול למחול במכרו ואלו קידש אשה בשטר זה היא מקודשת כיון דלא שייך בזה הטעם דלא סמכה דעתה דאזיל ומחיל כמבואר בח"מ סי' ק"צ בש"ך ס"ק א' ואלו לפדות בממר"ם להקדש ולמע"ש בוודאי אין פודין דהא ג"ז מקרי אין גופו ממון כמש"כ הש"ך שם א"כ תקשה דהא הוי מצי למיגמר בקו"ח דאשה מתקדשת בשטר מהא דאשה מתקדשת בממרמות אף דאינן מוציאות וגם הא אין פודין בהם הקדש ומע"ש ולמה להש"ס להדחות להאי קו"ח ולמיגמר מדרשא אחרינא וזהו קושיא חמורה:

על כן נראה לי מלתא חדתא בעיקר הך מילתא דלכל המוציאו דקיי"ל דמהני אף מה"ת משום דהא כבר הקשו הפוסקים דהאיך חל לכל המוציאו והא אין ברירה והנתיבות בסימן ס"א ס"ק ג' תירץ זה בטוב טעם עפ"י הכלל שהאריך שם דדוקא היכא דרוצה שיחול הענין מעכשיו אז אמרינן כיון דעכשיו אינו מבורר אלא לאח"ז שיתברר על כן אמרו בזה אין ברירה משא"כ היכא דבשעה שהובירר הדבר ראוי לחול הקנין ואז הוי דבר מבורר ע"כ בזה כו"ע ס"ל דיש ברירה וכיון דיכול להקנות שיהיה הקנין חל כשיבורר כמש"כ המהרי"ט ע"כ ממילא יכול להקנות ג"כ שיהיה הקנין חל מעכשיו וכמו בדשלב"ל לר"מ דס"ל אדם מקנה דשלב"ל דמה"ט יכול להקנות ג"כ בקנין מעכשיו כמש"כ התוס' ביבמות ד' צ"ג ולכן שפיר פסק הרא"ש דיכול לשעבד עצמו לכל מי שמוציאו אף מעכשיו כיון דיכול לשעבד עכשיו כשיבורר עכ"ל הנתיבות ועיקר הכלל הזה הוא מן התוס' ב"ק ד' ס"ט בסוגיא דכל המתלקט וכל הנלקט וכפי דהאריך בכלל זה השאגת אריה בסי' צ"ב וסי' צ"ג ע"ש וכעין זה מצאתי בתולדות אדם להרשב"א סימן פ"ב וידוע פלוגתת ריו"ח וריש לקיש בכתובות ד' ק"ב אם יכול להתחייב א"ע בחיוב מחדש בשטר דריו"ח ס"ל דמהני כדקיי"ל בסי' מ' ור"ל ס"ל דלא מהני א"כ לפ"ז יש לדון דלא מהני לכל המוציאו אליבא דר"ל משום דהא עיקר השעבוד ניקנה ע"י השטר דנכתב בו לכל המוציאו וכיון דלר"ל אינו מועיל התחייבות מחדש ע"י שטר ע"כ אינו יכול לחול שעבודו דמחייב א"ע לכל המוציאו ואין לומר דהא משכחת שעבוד לכל המוציאו ע"י קנין חליפין ז"א דהא כיון דקיי"ל אין ברירה ועיקר הטעם דחל הא דכל המוציאו זהו משום דמצי להתחייב לכשיבורר כמש"כ הנתיבות וע"כ חל מעכשיו כנ"ל ואלו בקנין חליפין הא קיי"ל דלא מהני קנין לאח"ז כמבואר בנדרים ד' מ"ח דההיא שעתא הדר סודר למריה וביבמות ד' צ"ג בתוס' ד"ה קנויה לך מעכשיו כו' ובח"מ סוף סי' קצ"א וסי' קצ"ה אלא קנין שטר וקנין כסף מועיל אף לאח"ז וכסף אף היכי דנתאכלו המעות בתורת קנין מהני כמבואר בקדושין ד' נ"ט וביבמות בתוס' שם ובשטר בעי דיהיה בעולם לאח"ז כמבואר שם הכל בארוכה ועיין בנדרים ד' כ"ט בר"ן שם מה שהביא בשם הרשב"א לחלק בין קנין כסף דלא בעי מעכשיו לקנין חזקה ע"ש:

וכיון דעיקר טעמא דהך מלתא דמועיל לכל המוציאו אף דאין ברירה זהו משום דמצי לחול לאח"ז כשיבורר כנ"ל א"כ הא בקנין חליפין לא שייך זה כיון דאין קנין לאח"ז ועיקר קנין לא מצי לחול אלא באמר מעכשיו וכיון דמעכשיו לא מועיל לכל המוציאו משום דאין ברירה ע"כ לא חל כלל שעבודו לכל המוציאו ע"י קנין חליפין אלא ע"י התחייבות בשטר [או ע"י קנין כסף כפי שיבואר] וע"י שטר הא לר"ל דס"ל בכתובות דלא מצי

להתחייב בחיוב מחדש ע"י שטר וודאי דלא מצי להתחייב ע"י השטר שיהיה מחוייב לכל המוציאו ע"כ לא מהני התחייבות שלו ע"י השטר לכל המוציאו אליבא דר"ל:

ענף ב:

ובקנין כסף שמקבל הלוה המעות מהמלוה ועי"ז משעבד א"ע הלוה לכל המוציאו יש לדון דע"י קבלת הכסף לידו מצי הלוה להתחייב דהא מבואר בר"נ כתובות ר"פ הנושא ד"ה היכי דמי אי דאמר להו אתם עדי כו' שכתב בזה"ל דבדברים בעלמא אי אפשר שיתחייב אלא ע"י קבלת כסף או בקנין או בשטר כו' עכ"ל א"כ לפ"ז יש לדון דמצי להתחייב לכל המוציאו ע"י קבלת כסף דמקבל הלוה מהמלוה ואף דהמוציא עכשיו השטר לא נתן מעות שלו עכ"ז הא מבואר בקדושין ד' ז' דמהני הילך מנה והתקדשי לפלוני מן דין עבד כנעני וכן לענין ממונא כמבואר בח"מ ריש סי' ק"צ והא דמבואר שם דבעי שיאמר לו אח"ז שדך קנויה לי ע"ש בקצה"ח מזה א"כ י"ל דשפיר מצי להתחייב אף אליבא דר"ל בקבלת הכסף לידו דע"י זה יהיה מחוייב לכל המוציאו משום דהא ע"י כסף מצי להתחייב אף לאח"ז ולא מקרי מלוה היכא דנתאכלו המעות בתורת קנין כמבואר ביבמות ד' צ"ג בתוס' שם ובקדושין ד' נ"ט ובח"מ סוף סי' קצ"א:

וע"כ בקיבל הכסף ואמר לו שדי קנויה לך לאח"ז ונתאכלו המעות מיד דקנויה לו לאח"ז משום דנתאכלו המעות בתורת קנין ע"כ אין דינו כמלוה. ע"כ שפיר יש לדון דמהני התחייבות לכל המוציאו אף אליבא דר"ל ע"י קבלת הכסף ליד הלוה וכן מצאתי בריטב"א גיטין ד' י"ג גבי משתעבדנא לכל מאן דאתי מחמתך דחל הקנין על התחייבות שלו מן דין כסף דנתאכלו בתורת חיוב ע"ש:

אבל לדינא יש לסתור זה עפ"י הא דבכורות ד' מ"ט בפודה בנו בתוך ל' לאחר ל' ואיתנהו המעות בנו פדוי כי פליגי לאחר ל' ונתאכלו המעות רב אמר בנו פדוי מידי דהוה אקידושי אשה כו' ושמואל אמר לך התם בידו לקדשה מעכשיו הכא אין בידו לפדותו מעכשיו כו' והלכתא כוותיה דשמואל. וביו"ד סי' ש"ה מבואר דס"ל לכמה פוסקים הלכה כשמואל אלמא דהיכא דלא הוי בידו לעשות כן מעכשיו אינו מועיל אף אח"ז משום דכה"ג מקרי זה בשם מלוה ודוקא היכא דמהני מעשיו מעכשיו אז אין זה בשם מלוה אלא אמרינן דזה מקרי נתאכלו המעות בתורת קנין וקידושין דאין זה בשם מלוה ודינו כמו כסף גמור א"כ ה"ה יש לדון בהתחייבות לכל המוציאו כיון דלא מהני זה במעכשיו משום דאין ברירה אלא עיקר הטעם הוא משום דמצי לחול לאח"ז כשיבורר א"כ בקנין כסף היכא דלא הוי בעיניה לאח"ז רק בתורת מלוה דלהוצאה ניתנה דאז לא מהני לאח"ז אף דיבורר אז משום דאין זה קנין כסף רק תורת מלוה על זה ומלוה אינו

קונה וע"כ לא מצי לחול התחייבות לכל המוציאו אלא ע"י שטר א"כ הא לריש לקיש שטר לא מהני על התחייבות מחדש וכן כסף הלואה לפי מה דנתבאר בבכורות ד' מ"ט דהלכה כשמואל:

ואף דיש לי לדון הרבה בכל הנ"ל בארוכה עכ"ז כיון דאבאר בעז"ה טעם אחר דלא מצי להתחייב לכל המוציאו אליבא דר"ל ע"כ לא הארכתי בזה רק אבאר טעם אחר והוא דנלע"ד להוכיח דאף דכתב הר"נ דמועיל התחייבות ע"י כסף עכ"ז נלע"ד דז"א רק לר' יוחנן דס"ל ד"ת מעות קונות רק רבנן עקרו לקנין מעות ע"כ היכא דלא שייך נשרפו חטיך ס"ל לכמה פוסקים בזה דמעות קנו כמו בשכירות מטלטלין כמבואר בסי' קצ"ח וע"כ אף בחיוב ע"ע דלא שייך בזה נשרפו חטיך בוודאי מעות קונות ואפשר דבזה אף להחולקים בשכירות מטלטלין מודו דהתחייבות מועיל ע"י כסף והדברים ארוכים אבל לר"ל דס"ל דמעות אינן קונות מה"ת כלל א"כ י"ל דאליביה לא יהיה מועיל התחייבות ע"י כסף דהא התוס' בכתובות ד' ק"ב ד"ה אליבא דבן ננס כו' הקשו באה"ד על ר' יוחנן דס"ל דמועיל התחייבות בשטר והא אין מטלטלין נקנין בשטר ותירצו דהואיל וטרח לכתוב בשטרא גמר ומשעבד נפשו כו' עכ"ל ובמק"א הארכתי בד' התוס' הנ"ל אלמא דהתוס' מדמין התחייבות על מטלטלין להקנינים הנוהגים במטלטלים ולכן הקשו והא אין מטלטלין נקנין בשטר ולא חלקו דשאני התחייבות דחל על גופו א"כ לפ"ז ה"ה בהתחייבות ע"י כסף דכמו דאין נקנין מטלטלין אליבא דר"ל ע"י כסף. דמה"ט אינו מועיל התחייבות שלו על איזה ענין ע"י קבלת כסף משום דהתחייבות דינו כמו מטלטלין דאינן נקנין בכסף אליבא דר"ל ומה"ט ס"ל לר"ל דלא מהני התחייבות בשטר משום דס"ל דהתחייבות הוי כמו מטלטלין וכבר כתבתי במק"א דהתוס' דהקשו דהא אין מטלטלין נקנין בשטר אזלי לשיטתייהו דס"ל בקדושין ד' ז' דבן חורין לא אתקש לקרקע ע"כ ס"ל דהתחייבות על גופו הוי כמו מטלטלין ואכמ"ל עכ"פ חזינן דר"ל דס"ל דהתחייבות בשטר לא מהני ע"כ טעמו דס"ל דכיון דבן חורין לא אתקש לקרקע וה"ל גופו כמו מטלטלין דאינם נקנין בשטר א"כ ה"ה מה"ט אינו חל התחייבות על גופו ע"י כסף אליבא דר"ל דס"ל ג"כ מעות אינן קונות:

ענף ג:

וראיה לזה דלר"ל כמו דס"ל דלא מהני התחייבות בשטר דה"ה דלא מהני התחייבות ע"י כסף לדידיה דס"ל דמעות אינן קונות דהא בקדושין דף ה' דהובא לעיל דפריך הש"ס מה לכסף שכן פודין בו הקדש ומע"ש דלכאורה קשה דהא הוי מצי הש"ס למפרך דמה לכסף שכן קונין ע"י מטלטלין ג"כ משא"כ בשטר דאין קונין ע"י למטלטלין. דאלו להאי

פירכא דפריך הש"ס מה לכסף שכן פודין בו הקדש פרכי התוס' והא מצינן למיגמר מקרקעות כו' אבל להאי פירכא דמה לכסף שכן קונין בו מטלטלין לא שייך פירכת התוס' כלל וע"כ מוכח דהש"ס קאי אליבא דר"ל דס"ל דמה"ת מעות אינן קונות ע"כ לא מצי למיפרך דמה לכסף שכן קונין בו מטלטלין לכן מהדר הש"ס למיפרך דמה לכסף שפודין בו הקדש א"כ בע"כ מוכח דהאי סוגיא דקדושין קאי לר"ל וכן מצאתי להמקנה שם שכ"כ דהסוגיא קאי לר"ל ע"ש ואכתי תקשה דהא הוי מצי הש"ס עדיין למיפרך לר"ל להפירכא דמה לכסף שכן מצי להתחייב ע"י כסף בחיוב מחדש משא"כ בשטר דאין מועיל ע"י התחייבות מחדש לר"ל דפליג על ר' יוחנן בכתובות ומדחזינן דהש"ס לא פריך לפירכא זו מוכח דגם ע"י כסף אינו מועיל התחייבות לר"ל ע"כ הוכרח הש"ס למיפרך דמה לכסף שפודין כו'. א"כ מוכח מזה דלר"ל כמו דס"ל דלא מהני חיוב בשטר דה"ה ע"י כסף לא מהני חיוב מחדש והא דלוה שלוה מעות דנכסי הלוה נשתעבדו להמלוה שא"ה דרחמנא שעבדיה לגופו ונכסיו כדי לקיים מ"ע דפריעת בע"ח מצוה וכש"כ לר"ל דס"ל שעבודא דאורייתא כמבואר בקדושין דף י"ג וסוף ב"ב אבל בחיוב מחדש היכא דלא שייך למ"ע דפריעת בע"ח מצוה בזה ס"ל לר"ל דלא חל חיובו אף ע"י קבלת כסף כיון דמה"ת אליביה מעות אינן קונות. והא דאמרו בכתובות דף ק"ב דר"ל מתרץ להא דריש פרק הנושא בפוסק לזון בת אשתו דחייב לזונה דמיירי בשטרי פסיקתא דמשום בהאי הנאה דמתחתני גמר ומקני אף דכסף לא מהני לר"ל עכ"ז שא"ה משום דהיכא דשייך בהאי הנאה י"ל דס"ל לר"ל דזה הוי כמו חליפין דאף דגבי הנאת אדם חשוב דקדושין דף ז' כתבו הפוסקים בסי' ק"צ דזה לא הוי כמו כלי רק כמו פירי משום דלא הוי דבר המתקיים כעין כלי וכמש"כ הר"ן בקדושין שם והובא בקצה"ח שם עכ"ז הא לר"ל מוכח דס"ל דאף פירי עבדי חליפין כמבואר בקדושין דף כ"ח וב"מ דף מ"ו דאמרו שם דר"ל דס"ל משיכה מפורשת מה"ת הניחא אי ס"ל כרב ששת דפירי עבדי חליפין כו' ע"כ כר"ש ס"ל ועיין בפי' רש"י דלפירושו מוכח דגם לפי האמת והמסקנא אמרו שם דר"ל ס"ל דפירי עבדי חליפין ואף לפי' התוס' שם דפירשו דהסוגיא דהתם קאי למאי דס"ד מעיקרא ע"ש עכ"ז י"ל דהתוס' יהיו סוברין כשיטת כמה ראשונים דכתבו שם גבי הנאת אדם חשיב דהיכא דאמרו בהאי הנאה ה"ל כמו חליפי כלי ועיין ברא"ש פ"ד דב"מ סי' א' שכתב להדיא דריש לקיש ס"ל דפירי עבדי חליפין ע"ש ובמק"א הארכתי בכ"ז ע"כ שפיר י"ל דלר"ל אינו יכול להתחייב בחיוב מחדש יותר מן החיוב שמוטל עליו דחייביה רחמנא ע"י קבלת הכסף רק היכא דהחיוב הוא להמלוה בעצמו שאני משא"כ

היכא דההתחייבות הוא לכל המוציאו אף לאיש שאינו המלוה בעצמו דאינו משועבד לו כלל ע"כ אינו מועיל התחייבות ע"י כסף לר"ל:

ולפ"ז מתורץ מה שהקשיתי לעיל בסוגיא דקדושין דף ה' דאמאי לא פריך הש"ס דהא איכא למיגמר קדושי אשה בשטר מקו"ח מהא דאשה מתקדשת ע"י נתינת שטר לכל המוציאו לידה בתורת קנין כסף דהא כיון דלא מצי למחול א"כ אשה מתקדשת בו ואין פודין בו הקדש ומע"ש די"ל כיון דעיקר סוגיית הש"ס דאמרו מה לכסף שכן פודין בו הקדש ומע"ש קאי אליבא דר"ל דאלו לר' יוחנן הא יש למיפרך מה לכסף שכן קונין בו מטלטלי משא"כ בשטר דאין קונין ע"י למטלטלי ואף בממר"ם שיש לו על אחרים ג"כ קונין ע"י למטלטלי אליבא דריו"ח כמו כל כסף והא דהוצרך הש"ס למיפרך מה לכסף שכן פודין בו הקדש ומע"ש היינו משום דקאי לר"ל וכנ"ל ואלו לר"ל כיון דנתבאר אליביה דר"ל דהתחייבות ע"י שטר לא מהני וגם התחייבות ע"י כסף לא מהני לר"ל ע"כ יש לדון אליביה דר"ל לדינא דס"ל דלא מהני התחייבות לכל המוציאו משום דכיון דקיי"ל אין ברירה מסתמא ס"ל לר"ל כן והא דס"ל לר"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי לא תקשה קושיית הש"ס דסוף השולח דלא משכחת חד בר חד דמייתי בכורים כו' די"ל בזה כמו דתירצו התוס' שם בתירוץ הב' אליבא דידן דקיי"ל אין ברירה וקנין פירות לאו כקנין הגוף משום דדוקא ר' יוחנן אית ליה מחזירין זה לזה ביובל כו' ובמק"א עשיתי סמוכין לזה דר"ל ס"ל אין ברירה ואכמ"ל:

וכיון דר"ל ס"ל אין ברירה ע"כ אינו חל חיובו לכל המוציאו אלא מצד סברת הנתיבות משום דחל כשיבורר כנ"ל ע"כ חל מעכשיו ובקנין חליפין לא מהני על אח"ז דהדר סודר למריה וע"כ אינו רק ע"י התחייבות בשטר דזה מהני על אח"ז ג"כ. אבל ז"א לר"ל דס"ל דשטר אינו מועיל על חיוב מחדש בשטר וע"י קנין כסף הא נתבאר דלר"ל אינו מועיל חיוב מחדש ע"י קנין כסף כ"א על עצם החיוב דחייביה רחמנא וכעין זה אבל על חיוב יתר על מה דחייביה רחמנא כמו הא דלכל המוציאו דהא מה"ת אינו משועבד רק להמלוה שלוה ממנו ולא לכל המוציאו א"כ עיקר חיובו דנתחייב לכל המוציאו אין זה מצד חיוב העצם דרחמנא חייביה רק זהו יתרון על חיובו דמחוייב וה"ל כעין חיוב מחדש דאינו יכול להתחייב ע"י קבלת כסף אליבא דר"ל: ועוד י"ל בקצרה וכמש"כ לעיל בענף ב' דהאי סוגיא דקדושין ס"ל כדס"ל לשמואל בבכורות דף מ"ט דהובא לעיל דפודה בנו בתוך ל' יום כיון דאינו יכול לפדותו מעכשיו ע"כ דומה זה למלוה ועיין ביו"ד סי' ש"ה סעיף ג' ואין זה דומה לנתאכלו המעות קדושין בתוך ל' יום כמבואר שם וכמה פוסקים ס"ל שם כשמואל לדינא א"כ ה"ה בהתחייבות לכל המוציאו כיון דאינו חל

מעכשיו משום אין ברירה ע"כ לא מצי לחול לאח"ז משום דאז דינו כמו מלוה ואין זה כמו נתאכלו המעות בתורת קנין דהא לאח"ז נעשה מלוה דאינו קונה וה"ה דלא מצי להתחייב בחיוב מחדש ע"י מלוה ולא מהני בתורת כסף וכן בשטר לר"ל וי"ל דר"ל ס"ל בזה כשמואל ומכל הלין טעמי אינו מועיל התחייבות לכל המוציאו אליביה דר"ל ולכן בסוגיא דקדושין דקאי אליביה דר"ל דהא לר"י יש פירכא אחריתא דמה לכסף דמועיל לקנות אף מטלטלי ועיקר פירכת הש"ס דמה לכסף שכן פודין בו הקדש ומע"ש אינו רק אליביה דר"ל כנ"ל וכיון דנתבאר דלר"ל אינו מועיל התחייבות לכל המוציאו מה"ת וע"כ לא מצי למילף מן ממרמות דיש לו על אחרים דמקדשין בו האשה משום דהא לר"ל אינו מועיל זה כלל ובשטרות דיש לו על אחרים הא ס"ל לרבנן דאין מקדשין בו האשה משום דלא סמכה דעתה דאזיל ומחיל כמבואר לקמן דף מ"ח כנ"ל א"כ נתבאר דמוכח מן האי סוגיא דקדושין הנ"ל דלר"ל לא מהני התחייבות לכל המוציאו כלל ואף דלשמואל י"ל לפמש"כ התוס' ביצה דף ל"ז בד"ה ושמואל אמר כו' דבתולה בדעת אחרים אית לשמואל ברירה וכ"כ התוס' בכ"ד א"כ אליבא דשמואל מהני לכל המוציאו מה"ת דהא זה הוי תולה בדעת אחרים ויש ברירה בזה אכן לר"ל מוכח מסוגיא דקדושין דף ה' הנ"ל דאף תולה בדעת אחרים לית ליה ברירה וע"כ א"ש כל מש"כ:

ענף ד:

ולפי כל מה דנתבאר י"ל דבאמת לדינא גם התוס' מצי ס"ל כשיטות הרא"ש והמחבר וש"פ דמועיל בשטר הנכתב לכל המוציאו ומשמע דגם מה"ת מועיל אך ז"א רק לדידן דקיי"ל כר' יוחנן דהתחייבות מחדש מועיל ע"י שטר [או דס"ל דמה"ת מעות קונות אך לפי מה דנתבאר ע"פ הא דבכורות דף מ"ט דבגמ' דילן גרסי הלכה כשמואל דהיכא דאין בידו לפדותו מעכשיו אין זה דומה לנתאכלו המעות בתורת קידושין וכנ"ל ומה"ט ס"ל לכמה פוסקים דהלכה כשמואל כנ"ל. א"כ נסתר זה דע"כ לפ"ז מוכח לומר דהתחייבות לכל המוציאו אינו רק ע"י שטר כנ"ל] ואז כיון דיכול לחול התחייבות כשיבורר לאח"ז המוציא לשטר זה ע"כ ממילא מה"ט חל אף מעכשיו. וכמש"כ הנתיבות לדמות זה לדשלב"ל דר"מ דאם אמר מעכשיו דאינו יכול לחזור לר"מ אף מקודם דבא לעולם אבל לר"ל דס"ל דאינו יכול להתחייב ע"י שטר בחיוב מחדש דמוכח מהאי סוגיא דקדושין דף ה' דמה"ט אינו מועיל אליביה התחייבות לכל המוציאו כלל:

ולכן שפיר הקשו התוס' דל"ל קרא למעוטי שטרות מאונאה הא בלא"ה מכירת שטרות דרבנן ואי דנימא דקאי על שטרות דנכתבו לכל המוציאו כמו דתירץ התומים והנתיבות בסי' ס"ו. הא אכתי תקשה אליבא דר"ל דמה יענה בפירוקא דהך קושיא דל"ל קרא

למעוטי לשטרות מאונאה דהא מבואר בב"מ דף נ"ו דת"ר כי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך דבר הנקנה מיד ליד יצאו קרקעות כו' יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות יצאו שטרות דכתיב כי תמכרו ממכר שגופו מכור וגופו קנוי יצאו שטרות כו' ואין עומדים אלא לראיה כו' הרי דממכר אתי למעוטי שטרות מאונאה ובודאי אין סברא לומר דריש לקיש יתרץ דהברייתא הנ"ל אתי כמאן דס"ל יש ברירה ואתי למעוטי על שטרות דנכתבין לכל המוציאו דמועיל להך מ"ד משום דהא ס"ל יש ברירה אבל לר"ל בעצמו דס"ל אין ברירה ולא מהני מה"ת אף דנכתבו לכל המוציאו ובעיקר מכירת שטרות אינו רק דרבנן דז"א דא"כ ממכר ל"ל אליביה דר"ל. ומה"ט מיאנו התוס' בתי' הר"נ כתובות פ' הכותב דתי' לקושיית התוס' הנ"ל דהקשו דל"ל למעוטי שטרות מאונאה והר"נ תי' דבאמת מה"ת א"צ למעוטי לשטרות ועיקר הקרא אתי לקרקעות אבל התוס' לא ניחא להו בתי' זה משום דא"כ ממכר ל"ל דהא קרקע אתמעטי מקרא דיד עמיתך כו' ושטרות נפקא להו מן ממכר כנ"ל אלמא דבעי מיעוט מקרא על שטרות. ושפיר הקשו התוס' דל"ל למעוטי שטרות מאונאה אי נימא מכירת שטרות דרבנן דאין לומר על ממרמות שנכתבו לכל המוציאו דאכתי תקשה לריש לקיש דאליביה לא מהני התחייבות לכל מוציאו כנ"ל דמה יענה בהך קושיא כנ"ל וע"כ הוצרכו התוס' להדר על תי' אחרים ואתיא על נכון דברי התוס' ואין הכרח מהתוס' דיפלגו על מש"כ הרא"ש והמחבר דמהני לכל המוציאו: ואף דמן התוס' ב"מ דף נ"ו ע"ב ד"ה והאי ביומיה מכירה כו' שכתבו דממכר מיותר דכתיב גבי אונאה אתי לרבות שכירות עכ"ז היש"ש לב"ק פ"ד סי' ל"ג והתורת חיים כתבו דפשט הסוגיא משמע דלאו מיתורא דריש לרבות שכירות וכ"כ השמ"ק והנימוקי יוסף ע"ש וע"כ שפיר כתבתי וידוע דאין להקשות דברי תוס' אהדדי כמש"כ היש"ש וקצרתי: ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשה התומים בסי' ס"ו ס"ק א' על מש"כ התוס' בב"מ דף נ"ו ד"ה יצאו שטרות כו' בשם הר"ח שכתב לתרץ להך דיצאו שטרות דבאמת מכירת שטרות דאורייתא לפי דחל המכירה על שעבוד קרקעות דמשועבד מה"ת כו' והקשה התומים דהא אכתי תקשה למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ע"ש ובאמת י"ל דהר"ח יסבור כשיטת הרשב"א דשעבוד מפורש כ"ע מודו דש"ד אמנם לפמש"כ מתורץ על נכון בפשיטות קושיית האו"ת דהא בלא"ה י"ל דאתי למעוטי שטרות דנכתבו לכל המוציאו דבזה חל המכירה מה"ת רק דעיקר קושייתם לריש לקיש דס"ל דלא מהני לכל המוציאו כנ"ל וע"ז הוכרחו התוס' לתרץ דכיון דש"ד ע"כ חל המכירה מה"ת ולר"ל הא מצינו בב"ב דף קע"ה ובקדושין דף י"ג דש"ד א"כ לריש לקיש שפיר תי' הר"ח דכיון דש"ד ע"כ מכירת שטרות מה"ת ולאמוראי דס"ל שעבודא לאו דאורייתא הא לדידהו י"ל דס"ל כדקיי"ל

לדינא דהתחייבות בשטר מהני ע"כ שפיר הוצרך למעוטי שטרות מאונאה היכא דנכתבו לכל המוציאו דאז חל המכירה מה"ת אף למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ולשמואל דס"ל בבכורות דף מ"ט גבי פודה בנו בתוך ל' דאין בנו פדוי משום דאינו דומה לנהאכלו המעות בתורת קידושין כנ"ל ועיין בקדושין דף נ"ט א"כ בהא דלכל המוציאו ה"ל כמו מלוה כמו שנתבאר לעיל דלפ"ז לא מצי להתחייב לאח"ז להמוציאו וכמש"כ הנתיבות כנ"ל וגם מצינו לשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא כמבואר בקדושין דף י"ג וסוף ב"ב אפ"ה י"ל דשמואל ס"ל כר' יוחנן דכתובות דף ק"ב דהתחייבות בשטר מהני וכדקיי"ל לדינא או לפמש"כ לעיל ע"פ דברי התוס' ביצה דף ל"ז ע"ב בד"ה ושמואל כו' דבתולה בדעת אחרים אית לשמואל ברירה א"כ מכל הלין טעמי מהני לשמואל לכל המוציאו מה"ת וכנ"ל ולר"ל הא ס"ל ש"ד וע"ז שפיר תי' הר"ח וא"ש דברי התוס' ומתורץ קושיית התומים:

אך באמת כ"ז הוא לפלפולא אבל באמת פשוט בעיני דקושיית התומים הנ"ל בלא"ה אינו קשה כלל די"ל דהר"ח ג"כ ס"ל כמש"כ התוס' שם מתחלה דאף דמכירת שטרות מדרבנן עכ"ז משכחת אונאה בשטרות מה"ת כמש"כ שם. רק הר"ח כתב כן לדינא דלדידן דש"ד הדין הוא דמכירת שטרות מה"ת ונזכרתי וראיתי כעת באו"ת סי' ס"ו ס"ק א' שכתב דלכן לא תירצו התוס' דמיירי בנכתבו לכל המוציאו משום דס"ל להתוס' כהרמב"ן דלא מהני לכל המוציאו מה"ת לדידן דאין ברירה ע"ש. אבל לפמש"כ אין הכרח לזה כלל ואפושי פלוגתא לא מפשינן די"ל דהתוס' ס"ל כדקיי"ל לדינא דמהני לכל המוציאו מה"ת כנ"ל ועיין בש"ך סי' רס"ח ס"ק ב' ובתומים בכללי מיגו ס"ק ק"ד ובש"ד דדרך התוס' להקשות לחד מ"ד דאף דלא קיי"ל כוותי' ע"ש: ענף ה:

בגיטין פ"ק בסוגיא דמשתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך כתב דאף דקיי"ל אין ברירה עכ"ז שאני בזה כיון דיכול להשתעבד לכל העולם בזה אחר זה והובא בקצה"ח סי' ס"א. לפ"ז יש לעיין עדיין אליביה דהר"ן דלמה הוצרך לתרוצי בפ' הכותב דאין להוכיח מהא דא' יצאו שטרות דאין בהם אונאה דמכירת שטרות מה"ת משום דז"א רק אגב אורחא דעיקר קרא אתי למעוטי קרקעות ועבדים והא דיצאו שטרות זהו עכשיו דתקנו חז"ל דחל מכירה בשטרות מדרבנן ע"ש הא המ"ל דנפ"מ בנכתבו לכל המוציאו וכמש"כ התומים דהא זה מועיל להר"ן אליבי' דכ"ע ואפשר לומר דכתב כן להורות דאף לשיטת הרמב"ן דהביא שם בגיטין דלכל המוציאו אינו מועיל רק מדרבנן אפ"ה אין להוכיח מהא דיצאו שטרות כו' די"ל דאגב אורחא כו': ובאמת לשיטת הר"ן דכתב דלכל המוציאו מהני מה"ת לכ"ע א"כ תקשה בהא דקדושין ד' ה' הנ"ל דה"מ להוכיח בקו"ח דשטר

מכניס מקו"ח משטרות הנכתבים לכל המוציאו דמקדשין בו האשה מה"ת ואפ"ה אין פודין בו הקדש ומע"ש וכנ"ל דמש"כ לעיל לתרץ זה לא שייך כן רק לפי תי' הנתיבות הנ"ל אבל לשיטת הר"ן הנ"ל תקשה עדיין וכ"כ הנימוקי יוסף והובא בקצה"ח שם בסי' ס"א ותקשה כנ"ל ואפשר לומר בזה דהא באמת קשה בסוגיא דקדושין שם דה"מ למילף בקו"ח מן קרקעות דאין פודין בו הקדש ואפ"ה מכניסות ואין מוציאות כש"כ שטר שמוציא דמכניס וכמו דהקשו התוס' שם ומה דתירצו התוס' שם דמה לקרקע שקונין מטלטלי אגבן כבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ד' דזה התי' לא שייך רק אי נימא דאג"ק הוי מה"ת דלשיטת התוס' ב"ק דף י"ב והרא"ש שם דכתבו דאג"ק הוא דרבנן ועיין בצורות הוי אסמכתא והובא בש"ך סי' שס"ג:

א"כ ליתא לתי' התוס' הנ"ל דמדרבנן אין זה פירכא על קו"ח דאורייתא וכעין מש"כ התוס' בחולין ד' קל"ו ע"ב ד"ה בפני כו' דבשביל דרבנן אין לבטל גז"ש וע"כ מוכח לשיטת הראשונים הנ"ל דיהיה ס"ל לתרץ על קושיית התוס' בקדושין דנילף מקרקעות כו' כמו דכתב הריטב"א בקדושין בסוגיא זו דהקשה ג"כ כקושיית התוס' הנ"ל ותירץ דכיון דשם כסף מהני לפדות הקדש ומע"ש ע"כ א"א לגמור מקרקעות ע"ש וכעין זה מצינו בזבחים רפ"ב דשם יושב פריך רק הש"ס מסתפק שם בזה. אבל בסוגיא דקדושין מצינן למימר דס"ל דשם כסף שאני כיון דמצינו בכסף היכא דהוי מטלטלין דפודה בו הקדש ע"כ א"א לגמור מן קרקע וכמש"כ הריטב"א א"כ מה"ט לא יליף מן שטרות הנכתבים לכל המוציאו אף דנימא דהוי מה"ת לכ"ע כטעם של הר"ן והנ"י משום דשאני כסף דשם כסף מהני למע"ש והקדש א"כ י"ל דהר"ן והנ"י יסברו כתי' הריטב"א הנ"ל ולכן אין להקשות אליבייהו כן ובאמת לשיטת התוס' דס"ל להקשות מקרקעות ולא ס"ל תי' הריטב"א הנ"ל ולדידהו יש להקשות עדיין מן הא דממרמות כנ"ל וע"כ הוכרחתי לתרץ לשיטת התוספות הנ"ל על פי סברת הנתיבות וא"ש דברי התוס' בפשיטות:

והתומים בסי' ס"ו ס"ק א' הקשה להסוברין מכירת שטרות מדרבנן דאמאי איצטריך קרא למעט לשטרות דאין פודין בו את הבכור כמבואר בבכורות ד' נ"א. הא בלא"ה לא קנהו הכהן מה"ת ותמה על התוס' דלא הרגישו בזה ובאמת כבר הקדימו התוס' בשבועות ד' ד' ע"ב ד"ה יצאו שטרות כו' דהרגישו בזה ובאמת יש להקשות כן ביותר לפי תי' הר"ן בפ' הכותב דהא דאמרו יצאו שטרות כו' אין זה רק אגב דנקט לקרקעות ועבדים כו' וכנ"ל דמה יענה בהא דבכורות ד' נ"א דס"ל לרבי לדרוש בריבוי ומיעוט ולא ממעט רק לשטרות לחודא דתקשה לפ"ז אי נימא מכירת שטרות אינו רק דרבנן:

והעיקר מה דנלע"ד בזה משום דעיקר סברת הפוסקים דמכירת שטרות אינו מה"ת משום דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו וכמש"כ התוס' בב"ב ד' ע"ז ד"ה קני לך איהו כו' וכ"כ ש"פ א"כ למאן דס"ל אדם מקנה דשלב"ל מהני מכירת שטרות מה"ת ואף דקצה"ח סתר זה בסי' ס"ו ס"ק כ"ו משום דהא אף לר"מ דמקנה דשלב"ל עכ"ז מקודם דבא לעולם מודה דחוזר כמבואר בב"מ ד' ס"ה א"כ לא נגמרה המכירה מקודם דבא לרשותו ע"ש בקצה"ח עכ"ז י"ל דז"א רק לשיטת התוס' יבמות ד' צ"ג וקדושין ד' ס"ג אבל לשיטת הרשב"א בקדושין ד' ס"ג בשם הרמב"ן דס"ל דהיכא דאמר מעכשיו ס"ל לר"מ דאינו יכול לחזור אף מקודם דבא לעולם וכן הוא שיטת הר"ן בחידושיו לגיטין ד' מ"ה א"כ לפ"ז יש לדון דהיכא דאמר בלשון מעכשיו דהקנה השטרות מעכשיו דאז חל הקנין בהו מה"ת כמו בכל דשלב"ל לשיטה הנ"ל א"כ ה"ה לרבי דס"ל בקדושין ד' ס"ב דאדם מקנה דשלב"ל ע"כ לשיטתו שפיר מועיל מכירה מה"ת דמשכחת בלשון מעכשיו כנ"ל. וי"ל דהתוס' דשבועות דלא כתבו כן י"ל דהקשו כן לרבנן דדרשי בכלל ופרט שם או דהתוס' אזלי לטעמייהו דס"ל ביבמות ד' צ"ג ובקדושין ד' ס"ג דלא ס"ל כשיטת הרשב"א והר"ן הנ"ל אבל להר"ן שפיר י"ל דלרבנן דדרשי בכלל ופרט הא דאמרו יצאו שטרות אין זה רק אגב אורחא כתירוץ הר"ן הנ"ל והא דרבי דדריש רק למעט שטרות לחודא שפיר י"ל דר' לטעמי' דמקנה דשלב"ל ובמעכשיו אינו חוזר כנ"ל וכן הוא באמת כתי' הר"ן הנ"ל בכ"מ הל' מכירה פ"ו הל' י"ב שכתב שם דהעיקר כתירוץ הר"ן הנ"ל:

ועפ"ז יש ליישב למה שהקשה רע"א זצ"ל בסימן קל"ה על הרשב"א והריטב"א בחידושיו לקדושין ד' נ"ד ע"ב דאמרו שם הכא במאי עסקינן דיהיב לנטע רבעי כשהוא סמדר דאז אין שם רבעי עליו ודלא כר' יוסי והקשו דכיון דמוקי כר"מ דמעשר ממון גבוה לוקמי בלא הגיע לסמדר דהא ר"מ ס"ל אדם מקנה דשלב"ל ומצי אתי אף כר' יוסי דס"ל סמדר מקרי פירי ותמה עליהם רע"א זצ"ל שם דהא לר"מ לא מהני רק אם בשעה שיבוא לעולם יהי' ברשותו להקנותו כו' אבל הכא דלעולם אינו ברשותו דקודם שהוא סמדר מקרי לא בא לעולם וכשיבוא לעולם ויהיה סמדר יהי' ממון גבוה בזה גם לר"מ לא מהני כו' ונשאר בצע"ג:

אמנם לפי דברי הרשב"א גופא דכתב בקדושין ס"ג דדשלב"ל לר"מ היכא דאמר מעכשיו דינו כמו בבא לעולם לרבנן ואינו חוזר ולפ"ז נראה דאם אמר מעכשיו אז אף בנכסים שנפלו לו בעת שהוא גוסס ג"כ מועיל הקנאתו אליבא דר"מ ואינו חוזר וכן ראיתי להשעה"מ פ' י"ג הל' מכירה הל' ה' שהאריך בדברי הרשב"א וסיים דאם אמר מעכשיו אף בחזר או מת מקודם דבא לעולם אינו חוזר לר"מ. והא דב"ב ד' קכ"ז דאמרו בנכסים

שנפלו לו בעת שהוא גוסס לא מצי להקנות לר"מ היינו משום דהא התם אפשר דאינו רוצה ליתן במתנה מהיום דלמא יצטרך למכור לצרכו וכה"ג:

וע"כ כוונת הגמ' דיהא מהימן לומר בכור הוא במיגו דאי בעי יהיב במתנה מהיום אם לא אחזור בו עד לאק"מ ע"כ דינו כמו באומר לכשיבואו לעולם דכל שמת המזכה בתוך כך אין מתנתו מתנה ע"ש בשער המלך ולכן שפיר כתבו הרשב"א והריטב"א לומר דה"מ לאוקמי כר' יוסי ומ"מ מצי יהיב מקודם דנעשה סמדר היינו דיהיב לו במעכשיו דאז חל מיד מתנתו אף בנכסים שנפלו בעת שהוא גוסס או מת מקודם כנ"ל ושפיר כתבו הרשב"א והריטב"א ואזלי לטעמייהו ועיין בב"ב ד' ע"ט בתוס' ד"ה אימור דשמעינן כו' בסה"ד דהקשו איך יכול להקדיש המים שיהיה בבורו דאיך יכול להקדיש דבר שלעולם לא יזכה בו כו' והדברים ארוכין ואכמ"ל:

ו ובהך מילתא אי מכירת שטרות מה"ת נראה לע"ד לדון מלתא חדתא והוא די"ל דלבית שמאי דס"ל שטר העומד לגבות כגבוי דמי ופי' רש"י בסוטה ד' כ"ה ובשבועות ד' מ"ח דלב"ש הנכסים בחזקת בעל השטר עומדין וכאלו גבוי ועומד כו' והם באים להוציא ממנה כו' וכ"כ רש"י בגיטין ד' ל"ז ד"ה אינו משמט דכגבוי דמי וכמו דהקרקעות בחזקת המלוה הן וגבויות ממש ואין כאן חוב וכ"כ רש"י ביבמות ד' ל"ח ד"ה כגבוי דמי גדול כח השטר וכמו שמוחזק בנכסים ולא אמרינן הא מחוסר גוביינא כו' עכ"ל אלמא דאי נימא כגבוי דמי אין עליו שם חוב כלל ולא מקרי מחוסר גוביינא כלל וע"כ בכל ספק הנולד בעיקר החוב מקרי המלוה מוחזק ומה"ט אינו משמט לב"ש והנה עיקר הטעם מאן דס"ל מכירת שטרות דרבנן זהו כמש"כ התוס' בב"ב ד' ע"ז דכיון דהקרקעות אינן ברשותו של המלוה ע"כ אינו יכול להקנותן כמבואר בפסחים ד' ל"א וכ"כ הנ"י בב"ב פ"ה שם אלמא דעיקר הטעם משום דחוב הלואה מקרי דבר שאינו ברשותו א"כ ז"א שייך אלא למאן דס"ל דלאו כגבוי דמי ומקרי מילי אבל לב"ש דס"ל כגבוי דמי ואין כאן חוב כלל א"כ הוי כמו דהנכסים הוו כבר ברשותו דהמלוה והוי כמו דגבה כבר את חובו וכמו היכא דגבה כבר חובו דחל המכירה בהחפץ מה"ת א"כ ה"ה אף דלא גבה כיון דהוא ברשותו דהמלוה מועיל מכירתו מה"ת דזה לא מקרי מילי ועיין בח"מ סי' ס"ו סעי' ח' וסעי' ל' דשיטת הגאונים בשטר משכונא אף שיכול לסלקו מ"מ כתיבה קניא בלא מסירה ואינו יכול למחול ומועיל בזה המכירה מה"ת כמש"כ הראשונים ועיין שם באו"ת ונתיבות ואף דבמשכון קרקע היכא שיכול לסלקו משמט כמבואר בב"מ ד' ס"ז וסי' ס"ז סעי' ב' ובשטר למאן דס"ל כגבוי דמי אינו משמט כמבואר בגיטין ד' ל"ז א"כ כש"כ דלהך מ"ד וודאי חל המכירה מה"ת אם עשה קנין המועיל והא דאמרו בסי' ס"ו גבי משכונא קרקע

דבעי שיחזיק בהקרקע היינו משום דבלא החזיק לא הוי קנין המועיל אבל היכא דעשה קנין המועיל כמו קנין כסף או קנין אודיתא וק"ס כמש"כ הקצה"ח בסי' קצ"ד זה הוי קנין מה"ת אף בלא החזיק בהקרקע וע"כ אם הוי כגבוי משכחת שפיר קנין המועיל מה"ת: ועיין בש"ך סי' סמ"ך ס"ק ל"ב ובקצה"ח שם ואכמ"ל ובסי' י"ב סעי' ח' דכתב הסמ"ע שם דבנקט שטרא לא מהני מחילה בלא קנין משום דכגבוי דמי ואע"ג דאנן קיי"ל דלא כב"ש וכמש"כ הש"ך שם אפ"ה שא"ה משום שכ' הקצה"ח שם בשם בעל כנה"ג דבספק לבד לא הוי כגבוי אבל בשטר ברור הוי כגבוי ע"ש ובאמת כבר הקדימו התוס' בסוטה ד' כ"ה ע"ב ד"ה ב"ה אומרים לאו כגבוי דמי כו' דשאני הכא דשעבוד עצמו של כתובה עומד בספק לא קיימא ארעא לגובייגא בזה אמרי ב"ה דלאו כגבוי דמי כו' ע"ש ומשמע מדברי התוס' דשטר שאין בו ספק כ"ע מודו כיון דלגובייגא קאי דכגבוי דמי ואפשר בזה להסביר שיטת הסוברים דכל שטר מקרי הילך כמבואר בסי' פ"ח סעי' כ"ח ובש"ך שם ס"ק מ"ט בשם הב"י ע"ש. דאפשר דטעמם הוא דכיון דהוי חוב ברור הוי כגבוי ולא מקרי מחוסר גובייגא ולכן הוי הילך: ובזה ניחא מש"כ הש"ך לחלק דהא דנראה מדברי רש"י פ"ק דב"מ דשטר לא הוי הילך היינו באינו מודה אבל במודה נראה כהב"י דהוי הילך כו' ולפמש"כ ניחא להסביר זה החילוק של הש"ך משום דבאינו מודה דאז לא הוי חוב ברור ע"כ לא הוי כגבוי משא"כ במודה אז הוי כגבוי לכ"ע ולפ"ז יש לחלק דאף דנימא דכל דבר שאינו יכול לכפור לא מקרי הילך עכ"ז שטר שאני דהוי כגבוי ולא כנראה מהפוסקים שם דלא חילקו בזה ועיין בתוס' גיטין ד' ל"ז ע"א ד"ה שטר שיש בו אחריות כו' דאלים טפי כשמפורש השעבוד בפירוש בשטר אז הוי כגבוי ע"כ שטר שאני גבי הילך דבזה כיון דמודה הוי כגבוי לכ"ע:

ולפ"ז יש לדון דבשטר ברור כיון דהוי כגבוי גם לדידן כנ"ל ע"כ מכירת שטרות בהו הוי מה"ת וכן הא דאיצטריך שטרות למעוטי מאונאה ג"כ הוא היכא דהוי החוב ברור דבזה מועיל מכירתו מה"ת לשיטת התוס' בסוטה והכנה"ג הנ"ל. ולכאורה יש ליישב עפ"ז מה דיש להקשות בסוגיא דשבועות ד' ל"ז וב"ק ד' קי"ז דס"ל לר"א קרקע נגזלת ולא מיעטה התורה רק שטרות לחודא א"כ קשה לפמש"כ התוס' בב"ק ד' ע"ט ד"ה או שהוציאו כו'. דאין לחלק בין קניות גנב דאינו רק להתחייב באונסין לשארי קניות וכ"כ המל"מ פ"ב מהל' גניבה, ה' ט"ז א"כ לפ"ז למה צריך למעוטי דשטרות אינן נגזלים אי נימא דקניות שטרות אינו רק מדרבנן א"כ אין חל קנין גזילה עלייהו כלל לקנותם להתחייב באונסין ולמה לי' למעוטי שטרות מגזילה מה"ת ובזה לא שייך תירוץ הר"ן דכתב דאגב גררא נקטי לשטרות דהא לר"א לא נתמעט רק שטרות לחודא ועיין בתוס' כתובות ד' ל"א

ע"ב ד"ה וברה"ר נמי קנו כו' בשם הר"י כו' ובע"ג ד' ע"א ד"ה ואי ס"ד משיכה ובד"ה ומאי לא נתן כנ"ל. ובב"מ ד' צ"ט תוס' ד"ה כיון שיצתה כו' והדברים ארוכין. ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ד' ענף ג' מזה. ולפמש"כ אפשר לומר דאף דבב"ק ד' קי"ז גרסינן ר' אלעזר בלא יו"ד עכ"ז העיקר כדגרסינן בשבועות ד' ל"ז ר' אליעזר ביו"ד דס"ל דקרקע נגזלת ולא מיעט רק שטרות כמבואר בסוכה ד' ל"א בתוס' ד"ה אי קרקע נגזלת דר' אליעזר ביו"ד ס"ל כן ע"ש וידוע דר' אליעזר שמותי הוא ומתלמידי ב"ש הוא כמבואר בשבת ר"פ ר"א דמילה בתוס' ובנדה ד' ז' וכן מבואר בביצה ד' ל' בתוס' ד"ה ואומר מכאן אני נוטל כו' מקשה בירושלמי מחלפי שיטתייהו דב"ש קאמר דלא יטול אא"כ נענע והכא קאמר ר"א דבאמירה סגי דהא ר"א שמותי הוא כו' אלמא דר"א גריר בתר שיטת ב"ש ע"כ שפיר ניחא הא דר"א ס"ל למעט שטרות לחודא. משום דר"א דס"ל כב"ש דשטר כגבוי דמי יכול למכור השט"ח מה"ת וחל הקנין עליהם מה"ת וזה לא מקרי מילי במילי לא מקני כמבואר בב"ב ד' ע"ז דהא זהו כמו גוף החפץ ממש בידו ע"כ הוצרך התורה למעוטי שטרות כיון דאין גופו ממון אינן נגזלים דאף דהוי כגבוי אפ"ה מקרי אין גופו ממון אבל לולי המיעוט היו נגזלין כמו כל חפץ כיון דהוי כגבוי כנ"ל. ועפ"ז יש לתרץ קושיית התוס' שבועות ד' ל"ז ד"ה מיעט שטרות כו' וכן יש לדון בזה בב"ק ד' ס"ב תוס' ד"ה יצאו שטרות ובד' נ"ד בתוס' ד"ה חמור דבור כו' ובב"מ ד' ד' ע"ב תוס' ד"ה אין נשבעין כו' כן יש לומר לכאורה:

אכן באמת ז"א דאף דנימא דהוי כגבוי עכ"ז לא שייך כן בגזילה דהא אף דהוי כגבוי עכ"ז הא אין גוף החוב והחפץ כרוך בשטר רק הסברא הוי דלכן הוי כגבוי משום דכיון דיש לו שטר עומדים הנכסים בחזקת בעל השטר כפי' רש"י בסוטה ד' כ"ה ע"ש והוי כמו הא דב"ק ד' מ"ט דהא בארעא לא אחזיק כו' ואין זה שייך רק במכירה דכיון דהוי כגבוי והנכסים הם בחזקת בעל השטר א"כ שפיר חל המכירה מה"ת דהוי כמוכר חפצו אף דנשאר החפץ ת"י המוכר מ"מ אם עשה קנין המועיל יכול למכור ועיין בקדושין דף י"ט תוס' ד"ה במלוה שיש עליו משכון כו' דאפי' אין מחזיר לה המשכון כו'. ובאה"ע סי' כ"ח סעיף י"א אבל בגזילה דאף דגזל השטר מ"מ גוף החוב אינו ביד הגזלן וכן במשכון בהא דסי' ס"ו הנ"ל הא בעינן דיחזיק בקרקע כנ"ל וע"כ שפיר הקשיתי בספרי שם. והעיקר כמש"כ לתרץ בספרי שם יע"ש אך באמת ג"כ בעיקר מילתא דאם בחוב ברור הוי כגבוי גם זה אינו לדינא כמש"כ בחידושי לסי' י"ב וקצרתי:

ענף ו:

ובימי טל ילדותי אמרתי בכ"ז בדרך פלפול לתרץ מה שהקשה התומים בריש סי' ס"ו על התוס' בב"מ דף נ"ו ע"ב ד"ה יצאו שטרות כו' שכתבו בשם הר"ח כהן דמכירת שטרות הוי מה"ת משום דש"ד ומועיל מכירתו מה"ת ומ"כ אמרו שם יצאו שטרות כו' והקשה דמה יענה הר"ח לשמואל ולשארי אמוראים דס"ל שעבודא לאו דאורייתא וכמו שהארכתי בזה לעיל:

ואפשר לומר בזה לפי המבואר בתוס' סוטה דף כ"ה ד"ה לאו כגבוי דמי כו' שכתבו דלא שייך לומר בזה כל העומד ליקצור כקצור דמי וכל העומד לגזוז כגזוז דמי כו' משום דמי יימר דמזדקק לו תלתא כמבואר בקדושין דף ס"ב דזהו לאו בידו כו' עכ"ל ובספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' ענף ב' הקשיתי מהא דשבת דף מ"ו דזה מקרי בידו דאי לא מזדקק ליה חכם מזדקקין ליה ג' הדיוטות ותירצתי שם שני תירוצים ותירץ הב' דשם נדחה עפ"י דברי התוס' דהכא דאי נימא דשאני התם דקשים כספחת כו' א"כ הכא דמצוה לשפוט אפ"ה אמרו בזה מי יימר דמזדקק ליה תלתא ומוכח מזה כתי' הראשון שכתבתי שם דשאני בהתר נדר דסגי בגמיר קצת והנה בקדושין שם אמרו בהתקדשי לי לאחר כו' צריך שלשה משפט כתיב ביה מי יימר דמזדקק לו תלתא משמע דהיכא דא"צ שלשה אז חשוב שפיר בידו ודוקא בתלתא אמרו מי יימר דמזדקק לו תלתא אבל פחות משלשה משמע דזה מקרי דבר בידו ולא הוי כמחוסר מעשה גבי דשלב"ל:

וכן מצינו בתוס' נזיר דף י"ב ד"ה באשה שאין לה בת כו' דכתבו כן גבי שליחות בדשלב"ל דמה דבידו לא מקרי דשלב"ל אף דמחוסר מעשה ומה דהקשו התוס' בסופו שם מהא דיבמות דף נ"ז דבעי התם כתוב גט ליבמתו מהו והא התם בידו לבוא עליה ולגרשה אע"כ דמה דמחוסר מעשה אינו קרוי בידו. נלע"ד לחלק עפמש"כ בספרי ח' או"ח סי' ט"ו ענף ה' בשם התוס' דזבחים ד' ל"ד ע"ב ד"ה כל שבידו כו' דכתבוד ענבים מרובים מן עליו אין זה קרוי בידו משום דאסור למעט ודבר האסור מדרבנן אין זה מקרי בידו א"כ ה"ה ביבמתו דאסור לבא עליו בלא מאמר מדרבנן אין זה מקרי בידו כ"כ לכן איבעיא להו התם ביבמות אם זהו בכלל בידו כיון דמה"ת אינו אסור לבא עליו או דלמא כיון דמדרבנן אסור לבא בלא מאמר מדרבנן ע"כ אין זה בידו ועיין בלוח השמטות בספרי על דף ל"ז שציינתי שם בזה הענין בזה"ל ועיין ברא"ש שכתב גבי כתב גט ליבמתו כו' ורמזתי לזה הכוונה ובתשובת רע"א סוף סי' קמ"א שפלפל בדבר המחוסר מעשה אי מקרי בידו ע"ש ועיין בכתובות דף נ"ט גבי שדה שמשכנתי לעשר שנים דבידו לפדותה ע"כ לא הוי דשלב"ל ויש לחלק קצת והדברים ארוכים:

ולפ"ז יש לדון למאן דס"ל בסנהדרין דף ג' כרב אחא דד"ת חד כשר ולא בעי סמוך ויחיד מומחה וכדשמואל דס"ל שנים שדנו דיניהם דין א"כ י"ל דכל שט"ח הוי כגבוי כיון דזה מקרי בידו לגבות ע"פ דיין א' אף שאינו מומחה ודוקא היכא דבעי חכם אמרו בשבת דף מ"ו דזה מקרי לאו בידו דמי יימר דמזדקק ליה חכם משא"כ היכא דלא בעי חכם כדמוכח בהא דקדושין דאמרו כיון דצריך ג' מי יימר דמזדקק ליה תלתא ומשמע דחד מקרי בידו ולפ"ז להרמב"ם דפסק דענבים העומדות ליבצר כבצורות דמיא והובא בסי' צ"ה בש"ך בארוכה שם ס"ק ט' א"כ ה"ה בשט"ח העומד לגבות לפירוש התוס' בסוטה דמדמין כ"ז להדדי וחילקו דשאני שט"ח דבעי ב"ד שלשה ומי יימר דמזדקק ליה תלתא א"כ מה"ת דחד כשר לרב אחא ולשמואל יש לדון דמה"ת הוי כל שט"ח כגבוי וחל המכירה בשטרות מה"ת כיון דאי נימא דהוי כגבוי א"כ אין כאן חוב כלל כמש"כ לעיל בארוכה רק האידנא דתקנו חז"ל דבעי שלשה ואף לשמואל בעי לכתחלה ג' רק בדיעבד אמרו שנים שדנו דיניהם דין ע"כ אינו יכול למכור שום שט"ח מה"ת כיון דעכשיו לאחר תקחז"ל דבעינן תלתא אינו בידו לגבות משום הך מי יימר כו' אלא חז"ל תקנו מכירת שטרות אבל בזמן התורה דחד כשר אז היה חל המכירה בשטרות מה"ת משום דזה הוי בידו ולכן לב"ה דס"ל לאו כגבוי דמי טעמו דהא עכשיו לאחר תקחז"ל דבעי שלשה הוי דבר דאינו בידו ומקרי שפיר אינו ברשותו: ולפ"ז יש לתרץ קושיית התומים הנ"ל על תי' ר"ח כהן הנ"ל משום דלפמש"כ ניחא בפשיטות די"ל דבאמת לשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא כמבואר בקדושין דף י"ג וסוף ב"ב:

וכן ס"ל לר"נ בגיטין דף נ' עכ"ז כיון דס"ל לשמואל שנים שדנו דיניהם דין וכן ס"ל לרב נחמן כמבואר בב"ב דף מ' וסנהדרין דף ה' ודף ג' בתוס' שם וכתובות דף כ"ב א"כ מה"ת חד כשר והוי כל חוב כגבוי מה"ת א"כ הוי דבר ברשותו לכן אמרו שפיר בברייתא בב"מ למילף מכלל ופרט דיצאו שטרות דאין בהם אונאה משום דמה"ת חל המכירה בשטרות דכל חוב הוי דבר ברשותו כיון דחד כשר לדין ואף דמה"ת לא הוי הקרקעות משועבד ויכול הלוה למכור נכסיו לאחר ולא אמרינן דהא בידו של הלוה למוכרן משום די"ל בזה כמש"כ התוס' בזבחים דף ל"ד דמה דאסור לו לעשות ולמעט הענבים לא מקרי בידו א"כ ה"ה היכא דמצווה הלוה על עשה דפריעת בע"ח ואסור לו להפקיע מצות עשה בידים וכיון דאסור לו למכור נכסיו ע"כ מקרי זה אינו בידו] ואף דמבואר בגיטין דף ל"ז דדוקא בשט"ח שיש בו אחריות נכסים אמרו ב"ש דהוי כגבוי וכ"כ רש"י בסוטה דף כ"ה דלכן ס"ל לב"ש דשט"ח דהוי כגבוי משום דשיעבד לו נכסיו בשט"ח ע"כ הוי המלוה מוחזק כו' עכ"ז י"ל דהא ב"ש מיירי בזה"ז דבעי תלתא בגביות חוב והוי מי יימר דמזדקקי לו

תלתא והא דס"ל לב"ש דהוי כגבוי ע"כ טעמא משום דמשועבד לו נכסים בשטר ויכול לטרוף מלקוחות ע"כ הוי כגבוי לב"ש אבל מה"ת למאן דס"ל חד כשר והוי דבר שבידו לגבותו שפיר י"ל דמה"ת הוי כגבוי אף היכא דלא מצי טריף מלקוחות למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא כיון דהוי בידו דהמלוה וכמו פירות העומדים לקצור דכקצורות דמי כשיטת הרמב"ם וי"ל דתנא דברייתא דב"מ שם ס"ל ג"כ כהתנא דעומד לקצור כקצור דמי ועיקר קושיית התוס' דהקשו אי מכירת שטרות דרבנן דל"ל למעוטי שטרות אין זה רק לרבא דס"ל בריש סנהדרין דמה"ת חד אינו כשר ושנים שדנו אין דיניהם דין וכן ס"ל לר' יוחנן ור"ל כמבואר בתוס' סנהדרין דף ב' ד"ה ד"ה כו' בשם הירושלמי דאמרו שם דר' יוחנן ור"ל ס"ל שנים שדנו אין דיניהם דין ולפ"ז הוי שפיר החילוק כדכתבו התוס' בסוטה דלאו כגבוי דמי משום דלא הוי בידו דמי יימר דמזדקקי תלתא. וגם מה"ת אין זה בידו לגבותו משום דבעי ג' מה"ת ג"כ והוי כל חוב דבר דאין ברשותו א"כ גם מה"ת אינו מועיל מכירה בשטרות ושפיר הקשו התוס' דעליהם תקשה ל"ל לתנא למילף מן פרט וכלל למעט שטרות תיפוק ליה בלא"ה אין חל דין מכירה בשטרות מעולם וע"ז שפיר תי' הר"ח כהן דכיון דש"ד ע"כ מהני המכירה בשטרות מה"ת והא מצינו לר"ל ור' יוחנן בקדושין דף י"ג דש"ד וכן לרבא בגיטין דף נ' בתוס' שם ובש"ך סי' ל"ט סוף ס"ק ב'. ע"כ לדידהו שפיר מהני מכירה בשטרות אף מה"ת ומתורץ שפיר דברי התוס' על נכון דלכל השיטות א"ש מה דיליף תנא דברייתא מכלל ופרט דיצאו שטרות כנ"ל וכ"ז הוא דרך פלפול נחזור לענייננו דנתבאר דהתוס' והפוסקים דהקשו על הא דל"ל למעוטי שטרות ולא תירצו דקאי על לכל המוציאו דשפיר הקשו וכנ"ל בארוכה ובאמת י"ל דגם התוס' ס"ל דשטר לכל המוציאו מהני מה"ת ג"כ וכן נתבאר לעיל ביאור סוגיא דקדושין דף ה' על נכון:

ולכאורה י"ל דאינו מועיל מכירת שטרות רק בשטר דטורף ממשעבדי דהוי כגבוי לכמה מילי כנ"ל דבשט"ק דלא נולד בו ספק הוי כגבוי וכמו דאמרו גבי מחילה ונקט שטרא וגבי מיגו להוציא בשטרא מסייע ליה א"כ בשט"ח שאין בו אחריות נכסים וכש"כ בכת"י לכאורה י"ל דלא יכול למכור דהא לא הוי כגבוי כמבואר בגיטין דף ל"ז וכמש"כ במק"א וכן לשיטת ר"ח דב"מ דף נ"ו דעיקר מכירת שטרות הוא משום דש"ד א"כ היכא דלא מצי טריף ממשעבדי לא שייך כן וכמבואר בסוף סי' פ"ח סעיף כ"ט וש"ך ס"ק נ' ולא שייך בזה לומר קני לך כל שעבודיה דאית ביה דהא שעבוד הגוף אינו במכירה ועיין בש"ך לקמן ס"ק מ"ו אבל באמת ז"א דהא להדיא מבואר לקמן סעיף ו' דאף כת"י איתיה במכירה כמש"כ הרשב"א בתשובה. וכן מוכרח באמת לשיטת הפוסקים דהוכיחו מב"מ

דף נ"ו דיצאו שטרות דגם מה"ת איתא במכירה ותקשה למאן דס"ל של"ד וע"כ מוכח דאף היכא דאין בו שעבוד נכסי ג"כ איתא במכירה:
ג) (שם סעיף א') בש"ך (ס"ק ב') כתב הריטב"א כו' אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט וכן הדין בהקדש לעניים כו' ובשטרות הוי ככתיבה ומסירה כו' עכ"ל והקשו האחרונים מהא דיו"ד סי' רנ"ח סעי' ו' המקדיש שט"ח צריך כו"מ כמו בהדיוט:
ול"נ דאינו קשה דהא נפ"מ מן קנין כו"מ לענין דאינו יכול לשאוג על הקדישו כמש"כ הש"ך בח"מ סי' רנ"ה ס"ק ו' דדוקא אם לא נעשה מעשה הקנין בזה אמרו דיש שאלה בהקדש דאתי דיבור ומבטל דיבור אבל אם נעשה מעשה הקנין אינו יכול לשאול דלא גרע כח הקדש מכח הדיוט עכ"ל הש"ך. ועפ"ז יש לתרץ קושיית התוס' בקדושין דף כ"ט ד"ה משכו במאתים כו' דתיפוק ליה מטעם דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט כו' וכ"כ התוס' בב"ב דף קל"ג ובאמת י"ל דנפ"מ מן קנין משיכה שלא יהיה יכול למשאל על הקדישו וכן מצאתי במקנה שם בקדושין שכתב לתרץ כן לקושיית התוס' והרמב"ן והר"ן ע"ש וכ"כ בתוס' רעק"א זצ"ל בקדושין פ"א משנה ו' תוס' יו"ט ד"ה אמירתו כו' ועפ"ז אתי שפיר מה שאמרו בב"מ דף נ"ח גבי השוכר הפועל לשמור הפרה אחריות שבת עליו ומוקי לה בקנו מידו והקשה הקצה"ח בסי' ש"א ס"ק ב' דל"ל קנין הא אמירה לגבוה כו' ולעיל בחידושי לסי' כ"ו תירצתי זה היטב ע"ש אכן באמת א"ש בפשיטות דנפ"מ לענין דאינו יכול לשאול אם היה קנין [וכן יש לדון בקושיית הקצה"ח הנ"ל ע"פ מש"כ התוס' בקדושין דף כ"ט ד"ה משכו כו' וב"ב דף קל"ג כו' וקצרתי] ולכן יש לומר דהא דאמרו ביו"ד דהמקדיש שט"ח צריך כו"מ דנפ"מ לענין דלא יהיה יכול למשאל על הקדישו:
והוא דהא מצינו בח"מ סי' קכ"ב סעיף א' דבלא הרשאה כד"ת בדרכי הקנין אין גובין מהחייב דיכול לומר שמא מת או ביטל שליחותו וכתב הסמ"ע שם ס"ק ג' דאע"ג דלא חיישינן למיתה מ"מ בממון דבין אדם לחבירו מי ימחה בידו שיחוש בזה כדי שלא יבא לידי הפסד עכ"ל והטעם הוא דשאני חזקת ממונא דאין הולכין בממון אחר הרוב וכש"כ אחר אוקי אחזקה להוציא ממון דהא רוב עדיף מחזקה ע"כ אף דיש חזקת חי וחזקה שלא ביטל שליחותו מ"מ אין לסמוך ע"ז ולהוציא מחזקת ממונא ע"כ יכול לומר הנתבע לאו בע"ד דידי את דשמא ביטל השליחות וה"ה יש לדון כן בהקדיש שט"ח דאף דשייך ביה לומר אמירה לגבוה כמסירה להדיוט וקנהו ההקדש מ"מ כיון דבידו למשאל על הקדישו וכמו דאמרו ביבמות דף פ"ח דבידו לאיתשולי עלי' וכמש"כ בחי' הרשב"א שם ליישב דלא תקשה ע"ז מקדושין דף ס"ב דלאו בידו דמי יימר דמזדקקי ליה תלתא ע"ש וכמש"כ

הראשונים גבי הא דא"ר הונא שכ"מ שהקדיש ואמר מנה לפלוני בידי כו' דערכין דף כ"ג דאמאי לא יהיה נאמן במיגו דאי בעי מיתשל על הקדישו והובא בח"מ סי' רנ"ה ש"ך ס"ק ו' שכתבו דהא דרב הונא מיירי באופן דלא מצי לאתשולי אבל היכא דמצי לאתשולי שפיר נאמן במיגו דאי בעי מיתשל משום דזה מקרי בידו לאתשולי כנ"ל ולפ"ז יש לדון במי שהקדיש שט"ח בלא כתיבה דאף דהשטר הוא ביד הגיזבר מ"מ אינו יכול לתבוע מן הלוה דיכול לומר דלמא מיתשל המלוה על הקדישו כיון דבידו למיתשל. וכמש"כ התוס' בגיטין דף ל"ג ד"ה ואפקעינהו רבנן כו' דיש לחוש בנזיר שהיה שותה יין דילמא ישאל על נזירותו וה"ל התראת ספק רק דמוקמינן על חזקתו דלא ישאל כמו שהיה עד הנה וזהו רק בגדר כמו כל אוקי אחזקה דלא מפקינן מהמוחזק ע"י אוקי אחזקה ורובא דהא אין הולכין בממון אחר הרוב כנ"ל ע"כ שפיר יש לו להמוחזק לטעון דלמא שאל על הקדישו וממילא אין הגיזבר בע"ד שלו ויכול לומר לו לאו בע"ד דידי את ועיין לקמן סעיף י"א אך אם הוא באופן שנתברר לנו שנעשה באופן דלא מצי שאיל על הקדישו או היכא שהוא לפנינו וחזינן דלא שאיל על הקדישו אז שפיר אמרינן גם במקדיש שט"ח דהוי כמסירה להדיוט דמצי הגיזבר לתבוע להחייב משום דקנהו ההקדש אבל היכא דמצי מיתשל על הקדישו ואין הבעלים בפנינו שפיר יש לחוש לטובת החייב דילמא מיתשל על הקדישו ואין מוציאין ממנו כ"ז דלא נתן להקדש ע"י כו"מ ולכן שפיר אמרו ביו"ד דהמקדיש שט"ח צריך כו"מ לענין דלא מצי לתבוע מן החייב כ"ז דלא יהיה כו"מ משום דאין לו כח לתבוע ממנו ולהוציא ממון מהמוחזק ואשמעינן מילתא רבתא דנא אבל היכא דליכא חשש שאלה שפיר אמרינן דהמקדיש שט"ח דיינינן ביה אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט ומצי לתבוע ג"כ מן החייב ולא יכול לומר לו לאו בע"ד דידי את ואתי שפיר דאינו קשה מן הא דיו"ד על דברי הש"ך דהכא:

ומ"מ לדינא יש להעיר בזה לפמש"כ התוס' בב"ק דף ס"ז ע"א ד"ה מעיקרא טיבלא כו' דשינוי החוזר לברייתו ע"י שאלה לא שכיחא אלמא דס"ל להתוס' דאף דאמרינן דמצי למיתשל על הקדש ותרומה מ"מ מקרי זה מילתא דלא שכיחא. ובפרט למאי דמבואר ביו"ד סי' ר"ג סעיף ג' דנדרי הקדש מצוה לקיימן ולא ישאל עליהם אלא מדוחק וכמש"כ הרמב"ם סוף נדרים ויליף ליה מהא דנדרי לה' אשלם ע"כ הוי זה מילתא דלא שכיחא להיות משאל על נדרו והקדישו והוי זה רובא וחזקה דלא נעשה דבר המחודש דשאלה והא שיטת הבעה"מ ברישׁ פ"ב דכתובות דהך רוב נשים בתולות ניסת מהני לכ"ע לאפוקי ממונא משום דהוי רוב ואוקי אחזקה ביחד ואף הרמב"ן במלחמות שם והתוס' שם דפליגי על הבעה"מ שם מ"מ י"ל דמודו הכא ושאני התם דחזקת הגוף עומדת

להשתנות דקיימא להנשא ע"ש וע"כ הוי חשש דשמא מיתשל על הקדישו הוא חשש רחוק ומוציאין שפיר מן המוחזק אך במק"א כתבתי לחלק דשא"ה ברפ"ב דכתובות דהוי חזקה דגופא ומבואר בכתובות דף ע"ה בתוס' שם דחזקת הגוף הוי חזקה מעליא ביותר מכל אוקי אחזקה ואכמ"ל ביותר והא דגנב והקדיש דחייב ד' וה' כמבואר בב"ק דף ע"ו דמה לי מכרו להדיוט כו' ולא אמרינן שמא היה מיתשל על הקדישו להיות פטור מן ד' וה' י"ל דמיירי באופן דלא חיישינן דמיתשל על הקדישו וכעין מש"כ הראשונים על הא דאמר רב הונא מנה לפלוני בשכ"מ שהקדיש נכסיו כנ"ל אבל היכא דהוא באופן דמצי למיתשל שפיר חיישינן וגם הא חזקת מרא קמא מסייע לזה דלא יצתה מרשות בעלים הראשונים כיון דבשאלה נעקר למפרע אך לא כן משמע ביבמות דף פ"ח דקרינן בהקדש אתחזק איסורא ואין ע"א נאמן דשאלו הבעלים עליו רק הבעלים עצמן משום דבידם לאתשולי:

וכן יש להעיר בהא דב"ב דף קמ"ח הקדיש נכסיו וחילק נכסיו לעניים דלאח"מ ודאי חל כמבואר בסי' ר"נ והקדש דידן דין חולין יש לו כמבואר סי' רי"ב והא יש לנו לומר דילמא איתשילו בעלים עלה קודם מותו ואף דשאלה בהקדש לא שכיחא מ"מ הא אין הולכין בממון אחר הרוב כנ"ל וכן יש להעיר בערכין דף כ' האומר ערכו ודמיו של פלוני ומת דשקיל וטרי אי יתנו יורשין ועיין בקדושין דף י"ג ופסחים דף ס"א ולא מספקינן דלמא אתשילו עלה ולפמש"כ במק"א דרוב וחזקת חיוב מוציא ממון מהמוחזק כמו בא"י א"פ דחזקת חיוב וברי עדיף ממעלת מוחזק א"כ ה"ה רוב וחזקת חיוב ביחד דהא רוב עדיף ממעלת ברי ועיין בפ"י רפ"ב כתובות א"כ התם בנודר ומעריך בעת דנדר והעריך היה עליו אז חזקת חיוב ואף דע"י שאלה נעקר למפרע מ"מ הא מקרי חזקת איסורא כדמוכח ביבמות דף פ"ח ועדיין יש להעיר בכל הנ"ל לשיטת הפוסקים דטענינן ליורשים מילתא דלא שכיחא וכן טענינן להו החזרתי דהיה אביהם נאמן במיגו דנאנסו כמבואר בב"ב דף ע' ובסי' ק"ח וסי' רצ"ז וסי' ס"ט ש"ך ס"ק כ"ו א"כ ה"ה הכא כיון דאביהן היה נאמן לומר דאיתשל עלה דבידו לאתשולי כמבואר ביבמות דף פ"ח א"כ ה"ה ניטעון להו דילמא איתשל עלה והיה אביהם טוען כן ועיין בחידושי לקמן סי' ס"ט סעיף ה' שהבאתי שם דברי הנהיבות שם ס"ק י"א] וע"כ מוכח דמיירי היכא דלא מספקינן בחשש שאלה ועיין באו"ח סי' קנ"ג סעיף י"ט ובח"מ סי' רי"ב וסי' רנ"ב ותשובת רמ"א סי' מ"ח ותשובת רע"א סי' קמ"ו וקצרתי:

ד) (שם סעי' א) ש"ך (ס"ק יו"ד) דהעלה לדינא דשטר הנכתב לכל מי שמוציאו אינו נקנה בחליפין ודלא כהתה"ד בסי' של"א והנתיבות שם ס"ק ט' הכריע להלכה דשטר

כזה נקנה בחליפין לבד דדינו כשאר מטלטלין וכן פסק התומים. ולענ"ד דהנכון עם הש"ך דהא אמרינן בב"מ ד' מ"ה דמטבע אינו נעשה חליפין משום דדעתיה אצורתא ועבידא דבטלה ופי' רש"י בד"ה משום דדעתיה אצורתא וכו' שאין המטבע חשוב אלא ע"י צורה שבו ועבידא דבטלה שהמלך פוסלה וגוזר לצור צורה אחרת הלכך ה"ל כדבר שאינו מסויים ושלם ולקמן ממעטים שאינו מסויים מדכתיב נעל עכ"ל ובחידושי הר"נ על ב"מ שם בד"ה משום דדעתא אצורתא כו' הביא פי' רש"י הנ"ל דה"ל דבר שאינו מסויים וכתב הר"נ והאי טעמא לא סגי אלא לאין נעשה חליפין ואפשר דר"פ לטעמיה דס"ל מעיקרא דנקנה בחליפין ומיהו למסקנא קשה למה אינו נקנה שהרי אף דבר שאינו מסויים נקנה בחליפין אלא ה"פ צורתא עבידא דבטלה וה"ל כאותיות שאין גופן ממון ומ"ה אינו נעשה חליפין ולא נקנה בחליפין ולפ"ז ה"ט לבתר דהדר ביה ר"פ כו' עכ"ל הר"נ וזה לשון הנימוקי יוסף שם וצורתא עבידא דבטלה שהמלך פוסלה וגוזר לצור צורה אחרת וכיון דעבידא דבטלה לית בה ממשא וה"ל כאותיות שאין גופן ממון ומש"ה אינו נעשה חליפין ואינו נקנה בחליפין כדלקמן עכ"ל הנ"י וזה לשון השמ"ק בב"מ שם בשם הרשב"א והא דאמרי' משום דדעתיה אצורתא כו' פירש"י משום דה"ל דבר שאינו מסויים ואיכא למידק דא"כ מה טעם אינו נקנה דאפי' דבר שאינו מסויים נקנה בחליפין כו' ויש לפרש צורתא עבידא דבטלה וה"ל כדבר שאין גופו ממון דומיא דאותיות ומש"ה אינו נעשה חליפין ואין נקנה בחליפין וה"ט לבתר דהדר ביה ר"פ איתמר כו' וממעטינן ליה שפיר מביה לומר בדבר שקונין ביה שגופו ממון כו' וכיון דעביד דבטלה לית ביה ממשא עכ"ל השמ"ק בשם הרשב"א אלמא דכל הראשונים הנ"ל כתבו דעיקר הטעם דאין מטבע נקנה בחליפין משום דה"ל כאותיות שאין גופן ממון ומה"ט ה"ל כדבר שאין בו ממש וכמש"כ השמ"ק בב"מ ד' מ"ו בשם הרא"ש בד"ה אלא ש"מ דאין מטבע נקנה בחליפין ש"מ כו' דלא דמי דפירות ממעטים מדכתיב נעלו אבל נקנים כו' ומטבע ה"ט דלא נקנה כו' דצורה ה"ל כדבר שאין בו ממש כו' ואין קנין סודר נתפס בו כו' עכ"ל:

ואף שכתבו כולם דמטבע ה"ל כאותיות שאין גופן ממון. באמת אין שוה מטבע לאותיות ממש דהא שטרות אין להם אונאה מטעם שאין גופם ממון ואלו מטבע יש להם אונאה כמבואר בב"מ דף נ"ב ובח"מ סי' רכ"ז וכן אי' בשומרים וע"כ אין זה רק לקנין חליפין ראו חז"ל להשוות מטבע לאותיות בזה. וכ"כ הסמ"ע בסי' ר"ג ס"ק ד' דלכן מטבע אין נקנה בחליפין משום דה"ל כאותיות שאינן נקנין ובבית יוסף לח"מ סי' קצ"ה סעי' יו"ד עלה דאין קונין במטבע הביא שם לדברי הר"נ הנ"ל דמטבע ה"ל כאותיות שאין גופן ממון וע"כ אין נקנה בחליפין וגם הביא שם לפי' רש"י שכתב דה"ל דבר שאינו מסויים וכבר

נתבאר בשם הראשונים די"ל דגם רש"י ס"ל לה"ט דה"ל כאותיות רק מעיקרא דהיה ס"ל לר"פ דמטבע נקנה בחליפין רק דאינו נעשה חליפין כתב הטעם דה"ל דבר שאינו מסויים ולסוף דמסיק דאין נקנה בחליפין גם רש"י י"ל דמודה לה"ט דאל"כ הא אף דבר שאינו מסויים נקנה בחליפין וכן הלבוש בסי' קצ"ה סעי' ב' כתב מתחלה דלכן מטבע אין קונין בה ואינה נקנית בחליפין משום דכל הקונה דעתו שיהא לו קיים כך ומטבע הא לא יהא לה קיים שהמלך רגיל לפוסלה ועוד דצורתא דעבידא דבטלה הוי כדבר שאין בו ממש וכמו אותיות שאין גופן ממון כו' אך באמת הנך ב' טעמים הם כמעט לחד טעמא נחשבו: ואפשר דטעם הראשון הוא לשי' רש"י וטעם ב' הוא לשיטת הר"נ והנ"י הנ"ל אך כבר נתבאר דאין הכרח מרש"י דיפלוג על הטעם של הראשונים הנ"ל: וכיון דעיקר הטעם דאין מטבע נקנה בחליפין משום דה"ל כאותיות ואין גופן ממון א"כ הא מי נתלה במי ואדרבה הא אותיות ה"ל באמת אין גופם ממון לענין אונאה ושומרים וכה"ג ואף שטרות לכל המוציאו מקרי אין גופן ממון כמבואר בש"ך סי' ק"ץ ס"ק א' שכתב דה"ט דאין גופם ממון שייך נמי בממרמות יעו"ש וכמש"כ בקונטרס א' בארוכה מזה לקמן בסי' ס"ו סעי' ל"ח ואלו מטבע הא ה"ל דינו לכל מילי כגופן ממון כנ"ל ורק לענין חליפין השוו זה לאותיות כנ"ל א"כ כיון דעיקר הטעם דמטבע אינו נקנה בחליפין משום דדינו בזה כאותיות ואין גופן ממון א"כ כש"כ ממרמות אף שנכתב לכל המוציאו עכ"ז כיון דה"ל אין גופם ממון הדין הוא דאין נקנין בחליפין ואף שנקנין במסירה לבד עכ"ז הא גם מטבע נקנה במשיכה ועכ"ז גבי חליפין דינם כאין גופם ממון ואין נקנין בחליפין וכמש"כ הש"ך לה"ט שם ס"ק יו"ד בד"ה ועוד קשה לי על הרב כו' אך שכתב בקצרה. והא דמשמע ברשב"ם ב"ב ד' ק"נ דשטרות נקנין ע"י חליפין י"ל דהרשב"ם ס"ל להטעם ראשון שכתב הלבוש הנ"ל דלכן אין מטבע נקנה בחליפין משום דמקרי דבר שאינו קיימא. ואפשר דזהו כעין סברת רש"י בב"מ שם והרשב"ם גריר בתר שיטת רש"י וקינו] אבל שטרות ס"ל דמקרי דבר של קיימא כיון דעומדים לראיה ואף דלאחר דיקבל החוב אינו שוה השטר כלל עכ"ז הא אז יהיה לו התמורה מזה ולכן ס"ל דזה עדיף ממטבע כיון דעל שטרות לא שייך לומר דהמלך יפסלנו דהא לעולם הם לראיה וזהו טעם של התוס' ב"ק ד' י"ד ע"ב ד"ה עבדים ושטרות כו' שכתבו בצ"ע אי שטרות נקנים ע"י חליפין אכן לפי מה שנתבאר דרוב הראשונים ס"ל לעיקר הטעם וכן רש"י י"ל דס"ל כן למסקנא במטבע דלא נקנה בחליפין משום דדימהו לאותיות וה"ל אין גופו ממון בזה א"כ כש"כ שטרות ממרמות דה"ל אין גופו ממון לכל מילי ודאי דגרע ממטבע ולא נקנה בחליפין וכש"כ לפי מה דהעלה הקצה"ח בסי' ק"ד ס"ק ז' ובסי' ס"ד ס"ק א' והנתיבות בסי' ק"ד ס"ק ד'

דממרמות אף דניקנין במשיכה לבד מ"מ בעי דעת אחרת מקנה והנתיבות סי' ס"ד ס"ק א' סותר שיטתו בזה ואכמ"ל] א"כ חזינן דממרמות גרע ממטבעות דהא במטבע לא בעי דעת אחרת מקנה ומ"מ לא מקני ע"י חליפין כש"כ בממרמות דבעי דעת אחרת מקנה דגרע משאר מטלטלי ונדחה עפ"ז למש"כ הנתיבות בסי' ס"ו ס"ק ט' ובס"ק י"ג דכיון דדינו כשאר מטלטלי ע"כ נקנה בחליפין דהא באמת אינו שוה למטלטלי וע"כ נראה לדינא העיקר כהש"ך דשטרות הנכתבין לכל המוציאו אינן נקנין ע"י חליפין ולכאורה יש מקום לדון לפי הכרעת הנתיבות והאו"ת דשטרות כאלו נקנין בחליפין א"כ לפ"ז יש מקום לומר בהנך בילעטין הנוהגים האידנא יהיו נקנים בחליפין משום דהא הוי שטרי ראיה וכמו כל שטרי ראיה ואפשר לחלק וכש"כ למאי דכתבתי במק"א דדינן כמטבע גמורה אך אין להאריך בכ"ז לפי מה דנתבאר דאף ממרמות אינן נקנים בחליפין א"כ כש"כ דהבילעטין אינם נקנים בחליפין דדינם כמטבע גמורה לכל מילי וכמו שיבואר כ"ז לקמן בסי' ס"ו סע' ל"ח בעז"ה: (ה) (שם סעי' ט') לפיכך הזוכה בשטר הפקר אינו קונה מלוה הכתובה בו כיון שאין דעת אחרת מקנה ולענין אי הנייר עצמו הוא של הזוכה תלוי בהא דמבואר בב"ק ד' מ"ט ובח"מ סי' ער"ה סעי' י"א בש"ך שם ס"ק ד' והכא משמע דהפקר לא הוי דעת אחרים מקנה ואלו לקמן סי' רס"ח ש"ך ס"ק ט' הביא לשיטת רש"י והנ"י בב"מ ד' י"ב דגרסי ואפקריה ודלא כמש"כ התוס' שם משום דס"ל לרש"י וסייעתו דהפקר חשוב כדעת אחרת מקנה א"כ לפ"ז יש לדון הכא דהזוכה בשטר הפקר יקנה החוב כיון דהוי כדעת אחרת מקנה אך דתקשה על שיטת הפוסקים הנ"ל מהא דגיטין ד' ל"ט דמוכח שם דאף מפקיר מדעתו לעבדים קטנים כל הקודם בהם זכה כמבואר לקמן סי' רע"ג סעי' ו' וקשה דאמאי לא יקנה הקטן א"ע כמו בכל דעת אחרת מקנה דזוכה הקטן כמבואר בסי' רמ"ג סעי' ט"ו וכן מצאתי בנתיבות סי' רע"ג ס"ק א' שהקשה כן והוכיח מזה הקושיא דאף לשיטת רש"י דס"ל בב"מ ד' י"ב דהפקר הוי כמו דעת אחרת מקנה אין זה רק גבי הא דב"מ ד' י"ב דכיון דמשומר לדעת המפקיר סגי ומקרי חצר המשתמר אבל לגבי שאר ענינים דתלוי בדעת אחרת מקנה גם רש"י מודה דהפקר לא חשוב כדעת אחרת מקנה עכ"ל הנתיבות ולפ"ז א"ש הכא דסתם הש"ך וכל הפוסקים דזה לא חשוב לדעת אחרת מקנה: אכן ראיתי במל"מ ה' מכירה פ' כ"ט ה' י"א שכתב לדון בקטן אם זוכה מן הפקר מדעת הבעלים דזה תלוי בפלוגתת רש"י ותוס' בגירסתם בב"מ ד' י"ב דלשיטת רש"י דהפקר חשוב כדעת אחרת מקנה שם דה"ה דנחשב זה לדעת אחרת מקנה דיזכה הקטן כמו דזוכה במתנה אף מה"ת לשיטת כמה

פוסקים ע"ש ולפ"ז תקשה לשיטת רש"י מהא דהמפקיר עבדיו דקטנים כל הקודם זכה דאמאי אינם זוכים א"ע:
ונראה לע"ד לתרץ קושיית הנתיבות הנ"ל דהא שיטת רש"י בגיטין ד' ל"ט במפקיר עבדו דצריך ג"ש וכ"ז דלא כפו לרבו ליתן ג"ש דאסור העבד בשפחה וב"ח והובא בתוס' שם ד' מ' ד"ה אותו העבד כו' ומסקי התוס' דאין לו תקנה בב"ח אבל בשפחה שרי והקצה"ח בסי' רל"ה כתב בס"ק ד' בשם המ"מ ובשיטת הרמב"ם והרשב"א דהא דקטן זוכה בדעת אחרת מקנה זהו משום זכייה דזכין לקטן. ע"כ נ"ל לדון דאף דקיי"ל זכות הוא לעבד שיצא לחירות וכש"כ בקטן דלא טעם טעמא דאיסורא כמבואר בכתובות ד' י"א ובתוס' גיטין ד' י"ג עכ"ז ז"א רק היכא דנגמר שחרורו דמותר בב"ח אבל היכא דכ"ז דלא נתנו לו שטר שחרור אסור בב"ח ובשפחה י"ל דזה לא מקרי זכות ואף דיכולין לכפותו בב"ד להאדון ליתן לו שטר שחרור מ"מ הא זה לא הוי בידו ומקרי מחוסר מעשה ומי יימר דמזדקקי ליה תלתא כמש"כ התוס' בסוטה ד' כ"ה ד"ה לאו כגבוי כו'. ומוכח התם דבכל מילי אף דבר מצוה ג"כ אמרו כן כמו בקדושין ד' ס"ב ובמק"א הארכתי בזה ושייך בזה לדון ג"כ דאומר אין הב"ד מזומן כמבואר בב"ב ד' מ' דכתבינן מודעא על מאן דלא ציית דינא מה"ט ומה"ט אמרו דאשראי ספק אתי וכמש"כ הט"ז בח"מ סי' קס"ג סעי' ג' משום דאין ביד הב"ד לשבר מתלעות עולה. והבעה"ת ע"ש: לכן שפיר אמרו במפקיר עבדים קטנים דכל הקודם זכה ואינן זוכין א"ע משום דהא כ"ז דלא נגמר שחרורו אסור בב"ח ושפחה אף כשיגדיל כ"ז דלא כפו לרבו לשחררו בג"ש. ע"כ לא דיינינן ביה הך דדעת אחרת מקנה לקטן דעיקרו הוא משום זכין לקטן והא כיון דיאסר בשפחה וב"ח ואין לו תקנה א"כ לא מקרי זכות רק בגדולים זכו א"ע משום דהא מיירי בידעו מזה ההפקר וכמש"כ המקנה בקדושין ד' כ"ב ע"ב דגם בגדולים היכא דלא ידעו מן ההפקר לא קנו א"ע אבל לא כן בקטן דצריכין לזכייה ואין שייך בזה דין זכייה וכעין מש"כ התוס' בגיטין ד' ט' ע"א ד"ה שוו למוליך כו' דאי אסור בב"ח ושפחה נחשב עיגון וכמש"כ הפ"י שם דאין זה מקרי זכות לעבד שיצא לחירות כיון דמיתסר בב"ח ע"ש וכש"כ לפמש"כ התוס' בכתובות ד' י"א ד"ה מטבילין כו' דאם לא הוי זכייה גמורה אין זכין וכעין זה כתב הש"ך בסי' ס"ו ס"ק סמ"ך בשם הב"י לקטן בוודאי יש לדון דכיון דמיתסר בב"ח ושפחה דאין זה זכות גמור ע"כ אינן קונין א"ע מההפקר אף דהוי דעת אחרת מקנה דעיקר טעמו הוי משום זכייה ולשיטת רש"י דגיטין ד' מ' דאסור בב"ח ושפחה שפיר א"ש אף לשיטת רש"י דס"ל דההפקר חשוב לדעת אחרת מקנה משום דלשיטתו אינו קשה מהא דהמפקיר עבדיו כנ"ל ולשיטת התוס' דגיטין דס"ל דמותר בשפחה הא לשיטת התוס' בב"מ ד' י"ב

דהפקר לא הוי נחשב לדעת אחרת מקנה בוודאי א"ש הא דהמפקיר עבדיו דקטנים כל הקודם זכה בהם ומתורץ קושיית הנתיבות הנ"ל על נכון: ולפ"ז שפיר יש לדון דלשיטת רש"י וסייעתו דס"ל בב"מ דהפקר הוי כדעת אחרת מקנה דה"ה הכא במפקיר שטר דזכה הזוכה להשט"ח וכמו שנראה מהמל"מ דאינו מחלק כמש"כ הנתיבות בסי' רע"ג לחלק כנ"ל ומקושיית הנתיבות הא נתבאר דאין הכרח להוכיח כדבריו וכן ראיתי בקצה"ח הכא בס"ק י"ב שכתב בקצרה דלשיטת רש"י בב"מ יש לדון דזכה בהשט"ח מהפקר כיון דהוי דעת אחרת מקנה גם בהפקר ולכן אם הזוכה אינו רוצה להחזיר השט"ח לבעליו לא מפקינן מיניה דיכול לומר קים לי כשי' רש"י עכ"ל אך מה שנראה מהקצה"ח דלשיטת הטושו"ע מחוייב הזוכה להחזיר הנייר בזה יש לדון לפמש"כ הש"ך לעיל ס"ק ו' בשם הריטב"א דבמתנה קנה הנייר אף במסר ולא כתב ובאמת יש להעיר ע"ז מהא דסי' ער"ה סעי' י"א דהמחזיק בשטר כו' ובמש"כ הש"ך שם ס"ק ג' וס"ק ד' ע"ש אך דנפ"מ מזה למש"כ הש"ך לעיל שם גבי מתנה במסר ולא כתב דמחוייב להראות השטר בב"ד לזכותו של המלוה ועיין לקמן בש"ך ס"ק סמ"ך מש"כ בשם בעה"ת א"כ כיון דהוי ספיקא דדינא שמא הלכה כשי' רש"י וסייעתו דהפקר מקרי דעת אחרת מקנה א"כ אין כופין לו להראות השטר דיכול לומר קים לי כשיטת רש"י וסייעתו וכן אם תפס מן הלוה לא מפקינן מיניה משום דה"ל כמו כל ספיקא דדינא וכמש"כ המל"מ כנ"ל: (ו) (שם סעי' ט"ו) הקונה מהמלוה שט"ח כו' וכן אם הלוה קיים וטוען שהוא פרוע ואין בו נאמנות אם המוכר קיים ישבע וגובה הלוקח כו' אבל אם יש בו נאמנות א"צ לשבע וכמש"כ הש"ך ס"ק נ"ב:

ענף א:

ויש להעיר ע"ז מהא דכתובות ד' פ"ו ע"ב כתב לה נדר ושבועה אין לי עליך א"י להשביעה אבל משביע את יורשיו והבאים ברשותה ופי' רש"י אם מכרה כתובתה ונתגרשה ומתה והלקוחות תובעין אותו נשבעין שבועת היורשין וכתב הרא"ש שם סי' י"ח דמשמע מדברי רש"י שאם היא חיה שאין הלקוחות גובין עד שתשבע היא בעצמה ואם אינה רוצה לישבע יפסידו הלקוחות עכ"ל וכ"כ הר"נ בשם הרמב"ן וכ"כ הרשב"א וכן כתב הטור והשו"ע באה"ע סי' צ"ח סעי' א' גבי פטרה בעלה משבועה כו' דאם היא קיימת לא יגבו הלקוחות אא"כ תשבע היא כו' אלמא דאף בפטרה משבועה מ"מ אם מכרה אינן גובין הלקוחות אלא אם תשבע היא בעצמה ולא מהני בזה הפטור א"כ זהו סותר לדברי הטור בח"מ הכא בסעי' י"ד ולדברי המחבר הנ"ל בח"מ שכתבו בפשיטות בלא חולק כלל דדוקא באין בו נאמנות אזי אינם גובין הלקוחות אא"כ ישבע המוכר אבל

ביש בו נאמנות אזי גובין אף בלא שבועת המוכר ומשמע דאף הלקוחות אינן נשבעין משום דנאמנות מועיל אם המוכר קיים אף לאחר שמכר כיון שאומר שלא נפרע ועיין בש"ך ס"ק מ"ט א"כ סתרי דברי הטור השו"ע אהדדי ובאמת בשמ"ק לכתובות ד' פ"ו מבואר שם כמה שיטות ראשונים דפי' לדברי רש"י דכתובות הנ"ל דכתב אם מכרה כתובתה ומתה. דאם היא חיה אזי פטורין משבועה כיון שהאמינה ע"ש ולכן י"ל דשיטת הטור והשו"ע בח"מ דכתבו דנאמנות מהני אף במכר שטרו דס"ל כשיטת הראשונים דפי' בכוונת רש"י דכתובות דלא כהרא"ש והר"נ:

אבל תקשה סתירת דברי הטור והשו"ע אהדדי וגם תקשה על הבית יוסף בח"מ סי' ס"ו סעי' י"ד שכתב על דברי הטור הנ"ל דזהו מדברי הרא"ש פ' הכותב דכתב בכוונת רש"י שם כנ"ל ולמד משם רבינו למוכר שט"ח עכ"ל הב"י וקשה דהא אדרבה מהתם הוא סתירה לדברי הטור שכתב דוקא באין בו נאמנות וע"כ זהו תמיה רבתי:

ובאמת סברת הרא"ש והר"נ דס"ל דאף בפטרה דמ"מ במכרה לאחר לא מהני בזה הפטור צ"ע סברתו בזה דמאיזה טעם הוא דהא האמינו ועומד בפנינו ואומר שלא נפרע וכבר האמינו וכן ראיתי בב"ח והובא בב"ש סי' צ"ח ס"ק ד' דס"ל כן והב"ש נדחק שם בטעם סברת הרא"ש הנ"ל ויש להאריך הרבה בדברי הב"ש הנ"ל:

אכן לענ"ד נראה להסביר דברי הרא"ש הנ"ל על נכון והוא דהא מצינו בח"מ סי' ע"א סעי' י"ג בנאמנות דאם הוחזק המלוה לכפרן בטל הנאמנות אף בכופר ממלוה דכשר לעדות מ"מ מבטלינן נאמנות עי"ז וכן מצינו שם סעי' כ' דאין נאמנות מועיל בנפרע שלא בפניו משום די"ל דלמא לא נתן לו נאמנות אלא משום דסמך דלא יעיז נגדו אבל שלא בפניו דיכול להעיז לא האמינו ועיין בש"ך שם ס"ק מ"ד אלמא דמצינו היכא דיש לתלות איזה טעם וסברא על הנאמנות דנתנו דתלינן לומר דדוקא בזה האמינו ולפ"ז י"ל ה"ה בזה דדוקא אם יבא בעצמו המלוה לגבות עם השט"ח בזה האמינו דסמך עליו דלא יעבור על לאו דגזילה דבטוח הוא בו דחמור לו איסור גזל ע"כ האמינו אבל במכר המלוה שט"ח לאחר אף לשט"ח פרוע בזה אין המלוה עובר על לאו דגזל כיון שאין נוטלו לידו המעות מהלוה אלא החיוב על המלוה הוא מצד דינא דגרמי וגם יש לדמות זה להא דשליש שהחזיר שטר פרוע למלוה דכתב הש"ך בסי' נ"ה ס"ק ד' דמקרי גרמא ולא גרמי ואף דנימא לחלק דשאני היכא דהלוקח שט"ח אינו יודע האמת אם נפרע שט"ח זה וקנהו בחזקת שהלוה חייב והוי ברי היזיקא וכעין סברת התוס' בב"ק ד' ע"ט ע"א ד"ה נתנו לבכורות בנו כו' גבי הא דאין של"ע דהיכא דאין יודע השליח מהעבירה לא שייך בזה אי בעי לא עביד יעו"ש ובח"מ סי' שמ"ח אך להטעם שכתב הקצה"ח בסי' נ"ה עלה דשליש

שהחזיר שטר להמלוה דפטור משום דה"ל כמו שוכר עדי שקר דפטור א"כ ה"ט שייך אף בנ"ד וקצרתי:

ואף דנימא דחייב המוכר מצד דד"ג. עכ"ז הא ז"א בתורת איסור גזל רק בתורת מזיק וגם רבו הסוברין דד"ג אינו אלא מדרבנן כמש"כ הש"ך בסי' שפ"ו. ע"כ שפיר יש לחלק דדוקא היכא שהמלוה יגבה לעצמו דאזי יעבור על איסור גזל כשיגבה בשט"ח פרוע ע"כ אינו חשוד בעיניו לעבור על איסור חמור כזה ולכן האמינו אבל אם לא יגבה לעצמו רק מסר ומכר שט"ח פרוע לאחר דלא עבר על איסור גזל רק חייב מצד דד"ג:

י"ל דנחשד הוא בעיניו לעבור על איסור קל כזה וכידוע מה שאמרו בכ"ד חשוד על הקל אינו חשוד על חמור ואף דיש לדון במוכר שט"ח פרוע לאחר דעובר על איסור גזל מצד דלוקח ממנו מעות בערמה וכמו כל מוכר מידי דהוי מק"ט דזה מקרי גזלן על המעות הקנייה דלוקח מחבירו כדמצינו בקדושין ד' נ"ו גבי המקדש בערלה וכלאי הכרם מכרן וקידש בדמיהן וקודשת ואי' בירושלמי שם זאת אומרת שמקדשין בגזילה והובא בראש"ש שם סי' ל"א [אך הרא"ש כתב די"ל דהני מעות לאו גזל הם בידו כי בתורת מקח באו לידו ועיין באה"ע סי' כ"ח סעי' כ"ב דאם עבר ומכר איסורי הנאה וקידש בדמיהם ולא ידע הלוקח שהם א"ה וקידש הוי ספק מקודשת וכמש"כ הב"ש שם ס"ק נ"ט] אך עדיין יש לחוש שמא מכר השט"ח בחזקת פרוע לאחר והלוקח ידע מזה שהוא שט"ח פרוע ואז לא הוי גזלן על המעות שנוטל מהלוקח דהוי כמו לוקח שדה והכיר בה שהיא גזולה כידוע. ע"כ לא מהני הנאמנות אם מכר השט"ח לאחר די"ל עדיין דילמא לא הטעה כלל להלוקח ולא הוי גזלן כלל רק עבר על איסור מזיק מדד"ג דאינו אלא מדרבנן וע"כ שפיר י"ל דנחשד הוא בעיניו על איסור קל כזה ואדעתא דהכי לא האמינו: וא"ש סברת הרא"ש והר"נ והטור והשו"ע דכתבו כולם דאף בפטרה משבועה לא מהני במכרה כתובתה לאחר כיון די"ל ולתלות איזה עילה וסברא דאדעתא דהכי לא האמינו ומתורץ קושיות הב"ח הנ"ל:

ענף ב:

ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשיתי בסתירת דברי הטור והשו"ע דח"מ להא דאה"ע והוא דהא ידוע מש"כ התוס' גיטין ד' ל"ד ע"ב ד"ה אין אלמנה כו' דלכן בכתובה חיישינן אף בתו"ז משום דהוי בתנאי ב"ד מתפיס צררי אף בתו"ז כדאמרו בכתובות ד' ק"ב וידוע דצררי הוא משכון ולא פרעון וכמש"כ הרא"ש בב"ב פ"ק סי' ט' ובלא"ה אין לנו לחוש בכתובה לפרעון דהא אסור לשהות עם אשתו בלא כתובה וכעין סברת התוס' בב"ק ד' פ"ט ע"א ד"ה כל לגבי בעלה כו' וכמש"כ הב"ש סי' צ"ו ס"ק י"א גבי שבועה שלא מחלה דהכוונה

הוא מה"ט שמא מחלה על תנאי ועיין בב"ש סי' צ"ו ח"ק א' ובתוס' ב"ב ד' קנ"ח וכתובות ד' נ"ה ע"א רש"י ד"ה מטלטלי ואיתנהו בעינייהו כו':

וידוע מש"כ הקצה"ח סי' ע"ב ס"ק ל"ג וס"ק ח' דמשכון אינו לפרעון רק זה גובה החוב וזה גובה המשכון ולכן כ"ז דלא עשאו למשכון לפרעון על החוב לא מיבטל החוב רק בעשאו לפרעון שאני ועיין בנתיבות סי' ע"ב ס"ק יו"ד וס"ק ל"ז וס"ק מ"ה מזה ובסי' ע"ה ס"ק ה' ובסי' כ"ד ס"ק א' והא דאה"ע סי' צ"ו בח"מ ס"ק י"ב מש"כ שם בשם הר"נ מיירי התם אם הנתבע עושה זה לפרעון אבל כ"ז דאינו עושה לפרעון אמרינן זה גובה כו' וקצרתי ונלע"ד לדון במוכר שטר חוב פרוע לאחר אף בידע הלוקח שהוא פרוע ולא הוי גזלן על מעות המכירה שקיבל ממנו כיון שהכיר בה כנ"ל. עכ"ז יש לדון דהוי גזלן ועבר על איסור גזל במה שמסר השט"ח לאחר דהא גוף הנייר הוי של הלוה רק הנייר הוא למשכון ת"י המלוה או דהוי במתנה ע"מ להחזיר להלוה כשיפרע לו כל דמי השטר וכמש"כ בארוכה מזה בשיטת הראשונים בקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ז ובש"ך שם א"כ לאחר שיפרע כולו להמלוה ומחוייב להחזיר ליד הלוה ע"כ אם מוכר המלוה שט"ח פרוע לאחר עבר על איסור גזל במה שניטל הנייר דהוי חפץ מופקד ת"י של אחר ונוטלו ומוסרו לאחר ועובר על לאו דגזל וגוף הנייר אף דאינו ש"פ מ"מ הוי ש"פ גבי הלוה מחמת הראי' שבו כמש"כ המ"מ והובא בש"ך סי' נ"ד ס"ק ד' ואף דהתם מיירי בכותב לו שובר וכש"כ היכא דליכא שובר ת"י הלוה ודאי דמקרי הנייר ש"פ ויותר ע"כ ודאי דעבר המלוה על גזל וזה אינו רק במוכר שט"ח פרוע כולו אבל בכתובה דעיקר החשש הוי שמא התפיסה צררי דזהו רק כמשכון אבל גוף חוב הכתובה לא פקע והוא בתוקפו רק דיש לדון בזה לזה גובה וזה גובה וכמש"כ הקצה"ח וכ"ז דאינו עושהו לפרעון הוי חוב הכתובה בתקפו ע"כ במוכרת כתובתה לאחרים אף דהתפיסה צררי מ"מ לא קעברה על איסור גזל משום דהא יכולה למכור חוב כתובתה לכל מי שתרצה כיון דגוף החוב לא מיפקע והוא בתקפו רק דזה גובה חוב הכתובה וזה גובה חוב המשכון אבל כ"ז דלא הגבהו להמשכון בתורת פרעון על החוב חוב כתובה הוי בתקפו ולכן לא קעברה על איסור גזל במה שמוכרת הנייר לאחר: ולפ"ז יש לחלק וליישב סתירת הטור ושו"ע מאה"ע להא דח"מ די"ל דס"ל להטור ושו"ע דדוקא בכתובה דיש לחוש לתפיסת צררי משום דהוי בתנאי ב"ד כמו דאמרו בכתובות ד' ק"ב דבתנאי ב"ד אימר צררי אתפסינהו ע"כ יש לחוש שמא מכרה חוב כתובה לאחר דהודיעה להלוקח דהתפיסה צררי דליכא בזה חשש גזל על מה דלקחה מעות המכירה ממנו. משום דאם לא הודיעה לו על תפיסת צררי יש לומר ולעיין בזה דהוי גם בזה חשש גזל ויש לדון בזה וקצרתי ולא קעברה על

איסור גזל על מה שמוכרת הנייר לאחר דהא אכתי שייך הנייר לה במתנה ע"מ להחזיר כ"ז דלא עביד לפרעון על הצררי שבידה ואף דאח"כ כשמגבה לה בתורת פרעון את הצררי שבידה ונפטר מהחוב כמבואר בסעי' ט"ז ובש"ך ס"ק ס"ב בסי' ס"ו א"כ לא קיימה להתנאי שמחוייבת להחזיר לו הנייר מ"מ בעת המכירה לא קעברה על איסור גזל דאז הי' שייך הנייר לה ולא חמיר לאינשי איסור זה וכעין דמצינו בפוסקים לחלק בין שבועה דלהבא לשעבר דבעת שנשבעה לא יצאה אז השבועה מפיו לשקר וכה"ג כתב הטורי אבן לר"ה דף כ' כ"ח ע"ב ד"ה ה"ה עובר על בל תוסיף כו' באה"ד וי"ל דכיון דבשעת שחיטה כדין שחט שהיו עליו שם קדשים אע"ג דע"י השאלה נעשה חולין למפרע ל"ל בה דחולין בעזרה ממילא הוי כו' עכ"ל ובאמת יש לדון ולחלק בכ"ז ועיין ברא"ש פ"ג לסוכה סי' למ"ד אך בקצרה הוא כיון דבשעת דעבדה מעשה דמסרה חפץ של אחר לאחרים היינו גוף הנייר דאז לא הי' גזלן ע"ז אף דאח"כ נעשית גזלן למפרע מ"מ הא אח"ז לא קעבדה גזל בידים וזה לא חמירא לאינשי כ"כ ויותר א"ש כ"ז להסוברין דהנייר הוא למשכון על החוב וכמש"כ לעיל בשם הקצה"ח:

ע"כ גבי כתובה שפיר יש לחוש ולומר דלמא סברה דבכה"ג ליכא איסור גזל בזה וגם לפי הדין נראה דלא קעברה על איסור גזל ע"כ שפיר י"ל בזה דלא פטרה רק כשתגבה בעצמה דאז כיון שעושה לפרעון את הצררי שבידה א"כ קעברה על גזל מה שלוקחת מעות הפרעון שנית ע"כ לא היתה חשודה בעיניו על גזל ולכן האמינה ופטרה משבועה ולכן ס"ל להרא"ש בכוונת רש"י דאם היא בחייה א"צ לשבע אבל בשט"ח דלא מצינו בי' חשש תפיסת צררי רק חשש פרעון א"כ אף במכרה החוב לאחר ג"כ שייך בזה איסור גזל דקעבר המוכר על גזל במה שנוטל חפץ של אחר ומוסרו לאחר החפץ שהיה בפקדון אצלו והוי כעין גזל ממש ומה לי אם הוא גזלן על סך רב או על פחות מזה ע"כ גם בזה שייך הנאמנות דהאמינו דגם בזה שייך לדון הסברא דכיון דלא נחשד בעיניו לגזלן וע"כ האמינו דגם עכשיו שייך זה הטעם להאמינו מטעם זה ולכן שפיר פסק הטור והשו"ע הכא בח"מ דנאמנות מהני אף במכר השט"ח לאחר ולא סתרי אהדדי ולפ"ז יש לדון הרבה בטוען הלוה שלא פרע כולו רק מחצה וכהנה דאז י"ל דלא הוי גזלן על הנייר כ"כ דלא מהני הנאמנות בזה אם מכר השט"ח לאחר וקצרתי) ומתורץ תמיה רבתי הנ"ל:

ואף שראיתי בהר"נ לכתובות פ"ט ד' פ"ו שכתב דאף במלוה אמרינן דלא מהני הפטור במכרה לאחרים יעו"ש עכ"ז י"ל דהטור והשו"ע ס"ל לחלק ביניהם כנ"ל וראיתי בהריטב"א בכתובות ד' פ"ו ובשמ"ק שם שכתבו בשם הראשונים שכתבו בכוונת רש"י דלכן צריכה לשבע במכרה אף שפטרה משום שלא פטרה אלא כשהיא באה לגבות

בעצמה או ע"י שלוחה אבל לא לגבי לקוחות שלה להיות כמוה כו' עכ"ל וי"ל דנתכוונו להסברא שכתבתי להסביר זה רק דנקטו בקיצור:

ואחר כתבי זה ראיתי בספר שער המשפט שהקשה ג"כ בסתירת דברי הטור ושו"ע מאה"ע לח"מ ונשאר בצ"ע. וכן הבית מאיר בסי' צ"ח הקשה כן וגם הקשה על גוף הסברא דלמה לא יהיה נאמן המוכר ע"פ נאמנות דנתנו אף במכר לאחר ויש לפלפל הרבה בדבריו שם וכן מצאתי בספר בית יעקב על אה"ע סי' צ"ח סעי' א' שהקשה בסתירת הטור והשו"ע הנ"ל:

וכתב לחלק בין לשון נאמנות דזה מהני אף במכרו לאחר. ובין לשון נדר ושבועה אין לי עליך ועוד חילוקים ע"ש ולפ"ז יש לדון ג"כ אף במלוה אם לא היה בלשון נאמנות רק בלשון אין לי עליך שבועה דבזה אף במלוה יכול לומר קים לי כהחילוק של הבית יעקב הנ"ל דאם המוכר חי אם לא נשבע לא יכול הלוקח להוציא מהלוה. ולפי מה דבארתי דלא סתרי דברי השו"ע והטור להדדי. ע"כ יש לדון אם הלוה טוען פרעתי מחצה וכה"ג ומודה דלא פרע כולו דבזה י"ל אף דהאמין להמלוה מ"מ במכר שט"ח לאחר דלא יגבה א"א ישבע המוכר משום דבזה לא שייך לסברא שכתבתי לומר דכיון דאסור למכור שט"ח פרוע אף בהודיע להלוקח משום איסור גזל על גוף הנייר כנ"ל דהא ז"א שייך רק באם נפרע כולו דאז אסור לעכב השטר אצלו אף בשביל פשיטי דספרא כמבואר בסי' נ"ז סעי' א' ועיין בש"ך שם ס"ק ד' מה שהביא בשם התוס' דכתובות ד' י"ט אבל אם נ"ח קצתו מן סך החוב בזה העלה הש"ך שם ס"ק ו' דמותר להשהות שט"ח למשכון עבור סך מועט דנ"ח לו מן החוב ע"ש ע"כ י"ל דהא כה"ג לא ה"ל גזלן אם מכר השט"ח לאחר והודיעו מזה דהא עדיין הוי הנייר למשכון ת"י ע"כ עדיין י"ל דבכה"ג לא האמינו ולא מהני הנאמנות בכזה לפוטרו משבועה ואין מוציאין ממון בזה בלא שבועה אף דנתן נאמנות להמלוה ואם אמר לשון אין לי עליך שבועה בזה י"ל דיכול לומר קים לי דא"צ לשלם בל"ש אף דאומר הלוה פרעתי כולו וכעין סברת הבית יעקב הנ"ל:

ז (שם סעי' כ"ג) בפלוגתא אם יורש יכול למחול במוכר שט"ח לעצמו דחד דעה ס"ל דלעצמו יכול למחול והקשה הנתיבות בס"ק ל"ג בשם מקשין העולם ע"ז מהא דב"ק ד' פ"ט דאמר רב אידי בר אבין תנינא לתקנת אושא מעידים אנו בפלוני שגורש אשתו ונתן כתובתה ישנמו טובת הנאה כו' ואי ס"ד ליתא לתק"א אמאי ירשנה בעלה תיזבין כתובתה לגמרי והא להסוברין הנ"ל אף אם ליתא לתק"א לא מצי ליזבין לגמרי דהא אם מתה אז הבעל הוא יורש שלה וימחול ויפסידו ולא יצטרך לשלם לדעה זו:

והנלע"ד לתרץ קושיא זו בפשיטות דהא באמת הש"ס דחי שם לראיה זו דאם אמרו בנ"מ יאמרו בנצ"ב אלא רב אידי הי' ס"ל לדמות נצ"ב לנ"מ וע"כ מוכח דטעמו דס"ל כדמצינו ביבמות ד' ס"ו גבי אצטלא דמותא דשקלוה יתמי ופרסוה אמיתנא דאמר רבא קניי' מיתנא א"ל נאתאי ברי' דרב יוסף ברי' דרבא לרב כהנא והא א' רבא אר"נ הלכה כרב יהודה דהדין עמה בנצ"ב א"ל מי לא מודה ר"י דמחוסר גוביינא כו' אלמא דמצינו לחד מ"ד דהי' ס"ל דלר"י דהדין עמה לומר כלי אני נוטלת דלכן אם פרסוה היורשים להחפץ של נצ"ב אינם יכולים לאסור משום דהוי כמו דגוף החפץ שייך להאשה. רק הגמ' שם דחי לזה משום דגם זה מקרי מחוסר גוביינא וכיון דמחוסר גוביינא ברשותו קאי ע"ש וזהו סברת רב אידי בר אבין בב"ק שהוכיח לתק"א דאי ס"ד ליתא לתק"א תזבין כתובתה לגמרי דנכסי צ"ב שוה לנ"מ דכיון דהדין עמה הוי זה כמו שהיה גוף החפץ שייך להאשה בנ"מ ומדמה שפיר נצ"ב לנ"מ:

והש"ס דחי לי' משום דאם אמרו בנ"מ יאמרו בנצ"ב וזהו כמסקנת הגמ' ביבמות דשאני נצ"ב דמחוסר גוביינא:

אבל לסברת רב אידי ב"א דמדמה נצ"ב לנ"מ א"כ לא שייך כלל דין דמוכר שט"ח ומחלו במכירת לנצ"ב דהא דוקא במוכר שט"ח ומחלו כו' הטעם משום דמכירת שטרות דרבנן או משום דשעבוד הגוף דאינו במכירה וכמש"כ התוס' בב"ב ד' קמ"ח וד' ע"ו ובח"מ ריש סי' ס"ו וזה דוקא במכירת שטרות דאין למלוה כ"א שעבוד בעלמא משא"כ היכא דמכר חפץ לחבירו כיון דגוף החפץ שייך לחבירו וא"צ גוביינא דב"ד בוודאי לא שייך מחילת המוכר בזה. ע"כ למאי דס"ד דרב אידי דנצ"ב דומה לנ"מ לכן לא שייך כלל מחילת המוכר או יורשיו בזה כיון דהוי מכירה מעליא מה"ת לגוף החפץ דנצ"ב ודומה למוכרת נ"מ דוודאי אין יכול הבעל למחול אי נימא דליתא לתקנת אושא ועיין בתוס' שם ד"ה אמר רב אידי כו' שכתבו דעיקר ראיית הש"ס התם דע"כ בנצ"ב ג"כ אינם משלמין רק כפי ט"ה דאל"כ ה"ל לתנא למתני חיוב ביותר בריבוי תשלומין א"כ מוכח מזה דאף אם הנצ"ב הוא בעיני' ג"כ לא מצית מזבנא לגמרי ושפיר מוכיח רב אידי מזה לתקנת אושא ועיין בכתובות ד' פ"ג תוס' ד"ה וקסבר כו' דנכסי מלוג לא שכיח ונצ"ב שכיח וקצרתי ואבייי הוא דדחה לי' ומחלק בין נ"מ לנצ"ב משום דבאמת מכירת נצ"ב אף בעינא דומה למכירת שט"ח דהא מקרי מחוסר גוביינא כדאמרו ביבמות שם במסקנא. וע"כ אינו קשה קושיית העולם הנ"ל כלל וכן מוכח בראש"ש לב"ק פ"ח סי' ט' ובח"מ סי' תכ"ד סעי' ט' ובטור שם דבמכרה נ"מ ונצ"ב אינה יכולה למחול הרי כמש"כ ופשוט:

ומה דתי' הנתיבות שם לקושיא זו דהא אין כח וזכות להבעל למחול דהא מבואר בב"ב ד' קכ"ה גבי ירושת בכור דמלוה שעמו פלגי א"כ על מחצה נצ"ב דינו דאין יורש אשתו משום דהוי ראוי ע"ש בנתיבות. ובאמת זה אינו לפמש"כ ההפלאה כתובות ד' מ"ז ע"ב ד"ה אמר רבא האי תנא כו' דהא דתקנו קבורתה תחת כתובתה היינו דהי' התקנה דבעל יורש לנצ"ב כולו דלא הוי ראוי המחצה הב' ע"ש ודברי ההפלאה מוכרחים המה א"כ עדיין תקשה קושיית העולם הנ"ל דיהיו יכול למחול לכל הנצ"ב מצד תקנה דתקנו דיורש לכל הנצ"ב:

דאל"כ תקשה איך יורש לנצ"ב כולו וע"כ מוכח כדברי ההפלאה הנ"ל וכן מוכח מן הא דכתובות ד' מ"ז דכתב לה פירות כו' ובתוס' שם ד"ה כתב לה פירות כו' דהביאו בשם הספרי בפסק מעות לבתו ומתה כו' דדנו בזה דין ירושת הבעל ותקשה דהא ה"ל ראוי וע"כ מוכח כמש"כ ההפלאה כנ"ל דבנצ"ב לא שייך לומר דה"ל ראוי דאף דהוי ראוי עכ"ז יורשה בעלה וכמבואר באה"ע סי' צ' בב"ש ס"ק ט' ועיין בח"מ שם ס"ק ח' ובתשובת חוות יאיר סי' קכ"ב כתב ג"כ כעין סברת הנתיבות הנ"ל דאף בהכניסה לו בנצ"ב ה"ל ראוי דאינו יורשה ע"ש אבל העיקר בזה כמש"כ ההפלאה כתובות הנ"ל ושם ע"א ודלא כהפני יהושע שם ע"ש וע"כ העיקר כמש"כ לתרץ קושיית העולם הנ"ל ויש לי עוד מה לדון עפ"ז בדברי התויו"ט לב"ק פ"ח משנה ד' ד"ה נתגרשה האשה כו' ובתוס' רע"א זצ"ל שם ס"ק ע' ובעיקר דברי רע"א זצ"ל הנ"ל יש לדון עפ"י דברי הפני יהושע לב"ק דף פ"ט ע"א ד"ה וליטעמיך כו' וקצרתי:

ח (שם סעי' כ"ה) בש"ך (ס"ק פ"ה) והקצה"ח ס"ק ל"ב הוכיח להיפך מב"ק ד' צ"ו גבי השביח כו' ולענ"ד נראה כהש"ך מב"מ ד' ע"א ע"ב דאמר רבינא נהי דשליחות כו' לית לי' זכיי' מדרבנן אית לי' מידי דהוי אקטן כו' אלמא דאף דזכיי' אינו רק מדרבנן מ"מ תקנו כן לכל והא דב"ק ד' צ"ו הנ"ל יש לחלק דשאני היכא דהוי לתקנת התגרין ומסחור משא"כ גבי הא דב"ק גבי השביח כו' דאין זה עסק מסחור כלל זה לא תקנו לכל. או דיש לחלק בכ"ז ע"פ סברת הנתיבות דשם ס"ק ל"ה ע"ש. עכ"פ מהא דב"מ הוי סייעתא להש"ך דהא מצינו דבמה דתקנו רבנן דיש דין זכיי' אף במידי דלא הוי בר שליחות דזהו תקנה לכל וה"ה בהענינים הדומין לזה:

ט (שם סעי' ל"ד) במוכר שט"ח והיה הלוה עני בשעת מכירה ה"ה בכלל אונאה ואין לשטרות אונאה כו' וזהו בטור בשם בעה"ת והקשה הש"ך בס"ק קי"ג מהא דסי' קכ"ו סעי' יו"ד בהמחהו במעמד שלשתן ונמצא הלוה עני חוזר וגובה מראובן מפני שהטעהו כו' ומקורו הוא בירושלמי קדושין פ"ג ה"ד גבי מעמ"ג דהדא דאת אמר בלא עשו הערמה

אבל עשו הערמה חייב כו' והובא בריף פ' המקבל והש"ך בסי' קכ"ו ס"ק מ"ג הביא בשם כמה ראשונים בכוונת הירושלמי הנ"ל א"כ לפי מה דכתבו בסי' ס"ו דנמצא עני ה"ז בכלל אונאה ואין לשטרות אונאה א"כ אמאי כתבו התם בסי' קכ"ו ה"ז חוזר והש"ך הביא בשם בעה"ת שדחק לחלק בזה והקצה"ח בסי' קכ"ו ס"ק ט' הקשה כן בסתירת השו"ע הנ"ל והאריך שם בזה:

ענף א:

והנה לשון המחבר דסי' קכ"ו סעי' יו"ד דאמרו דה"ז חוזר מפני שהטעהו דמשמע מזה דמיירי בידע הממחה שהוא עני רק דהטעהו וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק כ"ו וכן הביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק כ"ח כתב כן בפירוש בכוונת ירושלמי והשו"ע דמיירי בידע הממחה שהוא עני והמקבל לא ידע ולכן כתבו שם מפני שהטעהו אבל בלא ידעו שניהם אינו חוזר ע"ש רק הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק מ"ג כתב בכוונת השו"ע שם דקאי גם אף בלא ידע הנותן שהוא עני דג"כ חוזר דהוי מק"ט והאריך שם בזה אבל לפמש"כ הסמ"ע והביאור הגר"א זצ"ל הנ"ל בכוונת הש"ע יש ליישב דלא תקשה סתירת הש"ע אהדדי דאף דבסי' ס"ו משמע דאף בידע המוכר שהוא עני אמרינן ג"כ דאין לשטרות אונאה מדסתמו שם. עכ"ז יש לחלק ע"פ מש"כ הר"ן בתשו' סי' מ"ד והובא בסי' רל"ה סעי' א' בח"מ בפעוטות שמכרו בנכסים מועטים דלא מהני מכירתם משום דכיון שעשו שלא כהוגן א"כ במקום איסורא לא תקנו רבנן והובא במל"מ פ"ט ה' זכייה ה"י ולכן י"ל בזה משום דבאמת סברת הירושלמי דבהיו ערמה ה"ז חוזר. צריך ביאור והלא מצינו באונאת קרקעות ושטרות וכל הנך דמיעטן התורה בגזה"כ מאונאה דאף דמוזהר עליהן בלאו דלא תונו עכ"ז גזרה התורה בהו דלא יתבטל המקח א"כ מ"ש הכא במעמ"ג. אבל לפ"ד כלל הר"ן הנ"ל א"ש משום דשא"ה במעמ"ג דעיקרו רק תקנתא דרבנן דהא אינו יכול למכור חוב בע"פ מדאוריית' כלל רק מדרבנן וכיון דמוזהר מה"ת שלא להונות ואי נימא דהמכירה קיים א"כ יעבור המוכר על לאו דאורייתא ועיין ברמב"ן על התורה פ' בהר על פ' לא תונו כו' שכתב דעובר על הלאו זה אף בקרקעות ועיין בספר ארעא דרבנן אות א' ס"ק נ"ג. ע"כ במקום איסורא לא תקנו רבנן לתקנת מעמ"ש:

ולכן בעשו הערמה בטל הקנין דמעמ"ג משום דבמקום איסורא לא תקנו רבנן וזהו דוקא במכר במעמ"ש דסי' קכ"ו דאינו רק מדרבנן אבל הכא דמיירי במוכר שט"ח דס"ל לכמה פוסקים דמכירת שטרות דאורייתא כמבואר בסי' ס"ו ש"ך ס"ק א' וכן נראה דעת המחבר בסעי' כ"ה שם ובש"ך שם ס"ק פ"ה א"כ בזה אף במקום איסורא חל הקנין אף בידע המוכר שהוא עני ובאמת להסוברין דמכירת שטרות דרבנן י"ל דהא דמעטה התורה

לשטרות מאונאה זהו רק היכא דלא ידע המוכר מהאונאה. אבל בידע מהאונאה דעבר על איסור י"ל ג"כ בזה דבמקום איסורא לא תקנו רבנן ובטל המכירה ונידון הפרט דכל מה דאמר רחמנא לא תעבוד אי עביד לא מהני לא שייך בזה וקצרתי גם לדון בזה אי אפשי בתק"ח לא שייך בזה ולפ"ז מתורץ סתירת השו"ע דלא סתרי אהדדי לפי שיטת הסמ"ע והגר"א וצ"ל הנ"ל ועובדא דהר"נ הנ"ל דמיירי בקטנים שהגיעו לעונת הפעוטות דהא מצד חינוך מוזהרין הקטנים שלא לעבור על איסור וכן משמע מלשון הר"נ שם שכתב הואיל ועשו שלא כהוגן ועיין באו"ח סי' שמ"ג סעי' א' מזה ואף דהא דאמרו אי עביד לא מהני זהו אף בשוגג כדמוכח בתמורה ד' ה' אבל הכלל של הר"נ הנ"ל זהו רק במזיד כן י"ל:

ועיקר דברי הר"נ הנ"ל הובא במל"מ פ"ט הל' זכיי' הל' יו"ד גבי מש"כ הרמב"ם שם בשכ"מ שציוה ליתן מתנה במקום האסור אין שומעין לו כמבואר בח"מ סי' רנ"ו סעי' ג' שזהו כמו שצוה לעבור עבירה מנכסיו והמל"מ הקשה שם מן הא דב"ב ד' קל"ז דאמר מודה רשב"ג דאם נתנם במתנת שכ"מ לא קנה במקום אחריך משום דמתנת שכ"מ אין קונה אלא לאח"מ וכבר קדמה אחריך ולדברי הר"נ דס"ל דתקנתא במקום איסור לא תקנו רבנן ה"ל להגמ' לומר דלכן מתנת שכ"מ לא קנה במקום אחריך משום דהא מתנת שכ"מ אינו אלא מדרבנן ובכה"ג דעביד איסור שמכר במקום אחריך לפלוני לא תקנו רבנן כו' עכ"ל המל"מ והשער המלך כתב לתרץ זה משום די"ל דהגמ' נותן טעם להורות דאף במתנת בריא שהיא כשכ"מ במהיום ולאח"מ כמש"כ הרשב"ם שם ג"כ אינו מפקיע זכות אחריך והתם הא הוי קנין מה"ת עכ"ל השעה"מ ואכתי יש להקשות ע"ז מהא דכתובות ד' צ"ה נכסי לך ואחריך לפלוני ועמדה וניסת דבעל לוקח הוי ואין לאחריך במקום בעל כלום והא הך דב"ב דלוקח הוי לא הוי רק מדרבנן הן מצד תקנת אושא והן על הפירות וא"כ הא במקום אחריך דהוי איסורא כמש"כ המל"מ והשעה"מ כנ"ל א"כ תקשה האיך קנה הבעל הא במקום איסורא לא תקנו רבנן ועיין בכתובות שם דאמר מי קאמר תנשא ניסת קאמר משום דלכתחלה אסורה להנשא ועיין בב"ב סוף פ' יש נוחלין בתוס' שם אך לפמש"כ המל"מ שם לחלק דשאני באחריך לפלוני דהא ביד של המקבל מתנה הראשון להפקיע זכותו ע"י מתנת בריא לכן בכה"ג שייך ג"כ תקנתא דרבנן להפקיע זכותו של אחריך ניחא הא דכתובות ג"כ משום דהא גם התם י"ל דהא ביד האשה להקנות להבעל ע"י קנין דאורייתא לכן ממילא חל תקנתא דרבנן א"כ סברת המל"מ הנ"ל מוכח כן מן הא דכתובות הנ"ל דהא בזה לא יספיק תירץ של השעה"מ הנ"ל וידעתי מה דיש לומר בזה דזה מיירי היכא דלא ידעה מן האיסור ועפמש"כ לעיל

דהיכא דלא ידע מן האונאה לא אמרו בזה להכלל של הר"נ הנ"ל אכן באמת הא מוכח מן המל"מ והשעה"מ הנ"ל מדבריהם שם וביותר ממה שהוכיח המל"מ שם מן התוס' ב"מ ד' כ' דמוכח מזה דס"ל דאף בשוגג שייך הך כלל של הר"נ הנ"ל וכן הדעת נוטה משום דהא שוגג צריך כפרה א"כ מוכח מזה דלא כמה שכתוב לעיל בזה ענף ב ואפשר לחלק דשאני התם בכתובות דהא כיון] דניסת כבר א"כ הא כיון דלא נתבטלה מעשה הנשואין ע"כ ממילא בלא שום קנין כלל זכה הבעל וי"ל דדוקא היכא דהאיסור נעשה ע"י מעשה וקנין בזה כתבו דבמקום איסורא לא תקנו וכמו כן במש"כ הרמב"ם גבי מתנת שכ"מ במקום האסור דהא ע"י דיבורו נעשה זה עכ"פ משא"כ היכא דזוכה ממילא בלא שום דיבור וקנין כלל רק ממילא ע"כ לא שייך בזה כלל של הר"נ הנ"ל:

וראיה לזה מנדרים ד' פ"ח המדיר הנאה מחתנו ורוצה לתת לבתו מעות אומר לה הרי המעות האלו נתונין לך במתנה ע"מ שאין לבעלך רשות בהם משום דהא קא מהנה לחתנו דזוכה בנכסי אשתו וקשה לשיטת הר"נ הנ"ל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן א"כ הא מה דבעל זוכה בנכסי אשתו אין זה רק מדרבנן וכיון דאסור לו להנות מחותנו א"כ הא במקום איסורא לא תקנו רבנן ותקשה על הכלל של הר"נ הנ"ל וגם הא הוי התם איסור דאורייתא והשעה"מ שם כתב לחלק דהיכא דיש איסור מה"ת אז אף היכא דבידו לעשות קנין מה"ת ג"כ אינו חל קנין דרבנן משום דלא תקנו בכגון זה וא"כ תקשה מנדרים הנ"ל כנ"ל וע"כ מוכח לחלק דכיון דהא דבעל זוכה בנכסי אשתו הוי זה בלא שום קנין ודיבור רק זוכה ממילא ואין בזה מעשה ודיבור של איסור דיהיו עפ"ז הקנין רק ממילא קא זכי דבזה אף דהוי מקום איסורא עכ"ז תקנו רבנן גם בכה"ג וזהו בגדר מה דמצינו כעין זה בריש תמורה גבי אי עביד לא מהני דבצורם אוזן בכור וכה"ג דהוי ממילא ג"כ בלא מעשה דבזה לא שייך אי עביד לא מהני דהא לא נעשה מעשה שלא כהוגן דנימא בזה דכיון דעשו שלא כהוגן וכמש"כ הר"נ בתשובה והרמ"א בסי' רל"ה בלשון הואיל ועשו שלא כהוגן ע"ש ע"כ בבעל בנכסי אשתו דזוכה ממילא בלא שום מעשה ודיבור דלא שייך לומר הואיל ועשה שלא כהוגן כנ"ל ע"כ אף במקום איסור תקנו רבנן ולכן שפיר אמרו בנדרים דהמדיר הנאה מחתנו צריך שיאמר ע"מ שאין לבעלך כו' משום דבעל דיש לו הזכות בנכסי אשתו הוא ממילא ע"י מה דזיכו לו חז"ל א"כ אף במקום דאיסורא ג"כ זוכה וע"כ א"ש הא דכתובות בנכסי לך ואחריך לפלוני ועמדה וניסת דבעל לוקח הוי דאף דהוי במקום איסור וכמש"כ המל"מ ועכ"ז בזכות שיש להבעל בנכסי אשתו זוכה ממילא אף במקום איסור כדמוכח מהא דנדרים כנ"ל וע"כ לפמש"כ השער המלך לתרץ להא דב"ב הנ"ל א"כ א"ש דאינו קשה מהא דכתובות הנ"ל: אך עדיין יש להקשות

על הא דנדרים הנ"ל דהמדיר הנאה מחתנו ורוצה לתת לבתו מתנה צריך שיאמר ע"מ שאין לבעלך רשות בהם משום דאל"כ הרי זוכה הבעל ונהנה מאיסור קונם הא אמרינן בבא מציעא ד' צ"ו ע"ב בעל בנכסי אשתו מי מעל למעול בעל דהתירא ניחא לי' דליקני איסורא לא ניחא לי' דליקני כו' כי עבדי רבנן תקנתא בהתירא באיסורא לא עביד תקנתא אלמא דבמקום איסור אינו זוכה הבעל ג"כ משום דלא תקנו זה במקום איסור א"כ ה"ה הכא במדיר הנאה מחתנו דחתנו יעבור על איסור קונם א"כ הא במקום איסור לא תקנו חז"ל דיהיו להבעל זכות בנכסי אשתו ובוודאי אין לחלק דשאני התם בב"מ דהוי איסור מעילה דהא בנדר ג"כ יש בו איסור מעילה כמבואר בנדרים ד' ל"ה ובלא"ה דוחק לחלק בזה ועיין בתוס' ב"מ ד' צ"ו תוס' ד"ה אמר רבא מאן נמעל כו' ומן הא דב"מ הוי סייעתא לדברי הר"נ הנ"ל:

ואפשר לומר דכוונת הגמ' במה שאמרו כי עביד תקנתא בהיתירא באיסורא לא עביד תקנתא הכוונה דמה דהוי היתירא גבי האשה ויש לה זכות בו שייך זה הזכות להבעל אבל מה דהוי איסור לגבי האשה כמו התם דמיירי במעות הקדש אין זה נקרא בשם זכות כלל לומר דיזכה בי' הבעל דהא עיקר התקנה לא הוי רק על זכות האשה דיזכה בי' הבעל אכן מה דהוי היתר לגבי האשה אף דהוי איסור גבי הבעל זוכה בי' הבעל כיון דהוי ממילא בלא שום מעשה כלל ע"כ בהא דהמדיר הנאה מחתנו דהוי היתר לגבי האשה אף דאסור להבעל עכ"ז זוכה בו הבעל מצד תקחז"ל. והא דאמרו בב"מ שם דאיסורא לא ניחא לי' דליקני לא שייך כן בהא דהמדיר הנאה הנ"ל משום דז"א אלא בגדר סילוק כמו כותב לה דין ודברים אין לי עליך ולא מהני סילוק רק בדבר שאינו ברשותה ובעודה ארוסה אבל בדבר שברשותה ועודה נשואה לא מהני סילוק כמבואר ר"פ הכותב ובאה"ע סי' צ"ב ע"כ בהא דב"מ דמיירי בהקדש דאין לה זכות בו כלל ע"כ מהני מה דלא ניחא לי' דליקני משא"כ במדיר הנאה מחתנו דבמתנה דנתן לבתו הרי הוא זוכה מיד והוי דבר ברשותה ע"כ לא מהני סילוק בנשואה ובלשון מתנה המועיל לא שייך בזה דהא אסור להנות מאיסורי הנאה וכן אסור ליתן במתנה וא"ש כ"ז:

ענף ג:

ועפ"י דברי הר"נ הנ"ל יש להעיר לשיטת הסוברים בח"מ סי' ק"ד בסמ"ע ס"ק ל"ב בשם הטור דנכסי לך ואחריך לפלוני דיכולים להב"ח של הראשון לגבות ממנו ע"פ ב"ד וקשה לפמש"כ המל"מ הנ"ל דאחריך לפלוני מקרי במקום איסור א"כ לפמש"כ הרשב"א והר"ן בגיטין פ' המגרש דבזמן דליכא סמוכים רק שליחותייהו דקמאי עבדינן אין זה רק מדרבנן והובא בנתיבות סי' א' א"כ איך יכולין ב"ד ע"פ תקנתא מדרבנן לירד לנכסים

היכא דשייך אחריך לפלוני הא הוי במקום איסור. וביד הב"ד אין להם יכולת בצד היתר לירד לנכסים הללו. א"כ לא שייך בזה תירוץ המל"מ דשם אכן לשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' ק"ד וסי' רמ"ח דאין ב"ד יכולים לירד לנכסים דשייך אחריך לפלוני יש לומר דטעמם הוא באמת משום סברת הר"נ הנ"ל וכמש"כ הסמ"ע קצת כזה בסי' רמ"ח ס"ק י"ז ע"ש: ולולי דברי המל"מ והשעה"מ הנ"ל הייתי אומר דאינו קשה כלל מהא דב"ב ד' קל"ז ומכל הנ"ל משום דהא מבואר בב"ב שם דדוקא המשיא עצה למכור בנכסים דאחריך לפלוני מקרי רשע אבל המוכר עצמו לא מקרי רשע רק דלכתחלה אסור לעשות כן כמש"כ הרשב"ם שם והסמ"ע סי' רמ"ח ס"ק י"א וכן כתב התוס' בסוטה ד' כ"א בד"ה אביי אמר כו' דהמוכר עצמו לא מקרי רשע דלא חמיר איסורי שהרי השליטו על הגוף והפירות עשות כרצונו כו' ואלו בכל עובר של תקחז"ל מצינו דמקרי רשע כמבואר בנדה ד' י"ב וביבמות ד' כ' אבל במוכר נכסים דאחריך לפלוני אמרו דהמוכר עצמו לא מקרי רשע אלמא דלא החמירו חז"ל כ"כ באיסור זה אלא לכתחלה בעלמא משום דלא חמור איסורא כ"כ ע"כ יש לחלק דדוקא בשארי תקנת חז"ל אמרו הך כללא דבמקום איסורא לא תקנו רבנן אבל במוכר נכסים דאחריך לפלוני דקילא איסורי לא אמרינן כן א"כ אין הכרח למש"כ המל"מ שם להוכיח דהיכא דיכול לעשות האיסור בקנין דאורייתא לא אמרו להך כללא באיסור דרבנן וכמש"כ השעה"מ:

אכן באמת זה אינו דהא מבואר בתשובת הר"ן סי' מ"ד הנ"ל דלכן ביתומים שמכרו בנכסים מועטים דהגיעו לענות הפעוטות דמכרן בטל משום דהא אמרו בסוטה ד' כ"א היכי דמי רשע ערום זה המשיא עצה למכור בנכסים מועטים כו' ע"ש א"כ זה הדיוק שכתבו התוס' והרשב"ם והסמ"ע כנ"ל על הא דהמוכר בנכסים באחריך לפלוני מדאמרו זה המשיא עצה כו' משמע דהמוכר עצמו לא מקרי רשע כנ"ל. כמו כן יש לדייק על הא דהמשיא עצה למכור בנכסים מועטים דמשמע דהמוכר עצמו לא מקרי רשע במכר בנכסים מועטים משום דהא הגוף הוא של היורשים ואפ"ה כתב הר"נ דמקרי עשה שלא כהוגן ולא תקנו רבנן כה"ג וגם הא הוי התם בקטנים אף דהגיעו לעונת הפעוטות מ"מ הא לא שייך לקרותם רשע ועכ"ז כיון דהמעשה הוא שלא כהוגן עכ"פ ע"כ לא תקנו רבנן בכה"ג לכן שפיר הוכיחו המל"מ מהא דאחריך לפלוני וכן השעה"מ שם מהא דכתב כל נכסיו לאחד דמהני בזה מתנת שכ"מ דמוכח מזה דהיכא דבידו לעשות כן ע"י קנין דאורייתא שפיר מהני אף ע"י קנין דרבנן היכא דלא הוי אלא איסור דרבנן ע"ש והנכון עמם בזה והא דב"ב ד' קל"ח שכ"מ שאמר תנו ר' זוז לבע"ח אין זה ענין לנ"ד כמבואר בנ"י שם ובח"מ סי' רנ"ג ובגיטין ד' נ"ט אמרו דקטן שהגיע לעונת הפעוטות דאם הוי

אונאה עד שתות מקחו מקח וכן מבואר בסי' רל"ה ולפמש"כ המחבר בסי' רכ"ז סעי' ו' בשם הטור דכתב בשם הרא"ש להסתפק אם מותר להונות את חבירו בפחות משתות ע"ש א"כ אם נימא דבמקום איסור לא תקנו רבנן א"כ יש לדון דאף בפחות משתות אם נתאנה דכיון דיש כאן איסור מה"ת א"כ הא במקום איסור לא תקנו רבנן ויהא המקח בטל לפי סברת הר"נ הנ"ל ואפשר לחלק דהתם מיירי בלא אינהו במתכוין רק דאירע דנתאנה דרך מקח וממכר:

וכן יש להעיר במה דקיי"ל דאין דנין בשבת ואם עבר ודן דינו דין והא מה דדנין בזמן דליכא סמוכים לא הוי רק מדרבנן משום דבעינן סמוכים מה"ת אלמא דאף במקום איסורא שייך תקחז"ל ויש לחלק דשא"ה דהא מה דאסרו לדון בשבת זהו משום שמא יכתוב ולכן אף דיתבטל הדין מ"מ עבדו איסורא ע"כ לא שייך בזה סברת הר"ן הנ"ל וכמש"כ החוו"ד והנתיבות בסי' ר"ח בשם המהרי"ט לענין אי עביד לא מהני וה"ה בזה. ומה שהקשה המל"מ שם ע"ז מן התוס' ב"מ ד' כ' ד"ה שובר כו' דמוכח מדבריהם שכתבו דעדיו בחתומיו זכין לו מעת החתימה אף אם בא על שפחה בנתיים א"כ מוכח מדבריהם דאף במקום איסורא עבדו רבנן לתקנתא ודלא כהר"נ יש לדחות ראייתו משום דהתם בעת שחתמו העדים וזכו בשביל העבד לא היה אז שום איסור כלל רק אח"ז דבא העבד על השפחה בנתיים אבל בעת שחתמו לא הי' אז שום איסור כלל בעולם ואף דלא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו רק במטא לידו לאח"ז מ"מ הא בעת דמטא לידו אמרינן דזכו עבורו למפרע בעת שחתמו והא בעת שחתמו לא היה אז שום איסור כלל ומה דיש לומר בזה דמשחרר עובר בעשה הא משכחת כמה גוני דיהיה השחרור דרך היתר כידוע ועיין בקצה"ח סי' קפ"ב ס"ק ב' וקצרתי ומן התוס' ב"ק דף ע"ט ד"ה תקנו משיכה כו' שכתבו שם דמשיכה קונה בשאלה מה"ת דאל"כ האיך חבירו מותר לבקע בו לכתחל' כו' ומדלא כתבו להוכיח כן עפ"י סברת הר"נ הנ"ל דאם לא הי' מהני אלא מדרבנן א"כ איך תקנו כן במקום איסור מוכח לכאורה דלא ס"ל כסברת הר"נ הנ"ל אך י"ל דשא"ה דהוי מידי דממילא דמתחלל הקדש ע"י כנ"ל ועוד יש לחלק ועיין במח"א הלכות משיכה סי' ב' מזה וכן יש להעיר במש"כ התוס' ב"ב ד' קמ"ז וכתובות ד' פ"ו בקטן שהגיע לעונת הפעוטות אם מחל לשט"ח שמכר דמחול ובקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ט מזה וקצרתי:

ומוכח מן המל"מ והשעה"מ הנ"ל בשיטת הר"נ הנ"ל דאף בשוגג במקום איסור ג"כ דייינין להך כללא דבמקום איסורא לא תקנו רבנן דאל"כ מה הקשו מהא דב"ב ד' קל"ז הא י"ל דנפ"מ מן הטעם דאמרו שם להיכא דעבר בשוגג ומוכח דס"ל דלא כמש"כ לעיל לחלק בזה בין מזיד ובין שוגג וכן מוכח מן מש"כ הר"נ בתשובה שם גבי קטנים דהא לא

שייך כ"כ מזיד גבייהו ואפ"ה כתב בזה להך כללא דבמקום איסורא לא תקנו רבנן. ועכ"ז שפיר כתבתי לעיל לדון דאם לא ידע הממחה שהוא עני דלא אמרינן בזה להך כללא משום דשאני שוגג דצריך כפרה משא"כ התם דלא ידע שהוא עני י"ל דה"ל כמו אונס משום דאין אדם יודע מטמוניות כו'. וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' קכ"ט ס"ק ח' כה"ג ע"ש אבל עיקר הכלל של הר"נ הנ"ל ודאי דשייך זה אף במקום איסור בשוגג דכיון דצריך כפרה אף בשוגג דרבנן ודלא כמש"כ הנתיבות בסי' רל"ד וכמו שהארכתי בזה בקונטרס אחד ע"כ בוודאי שייך גם בזה הכלל של הר"נ הנ"ל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן שיהיה נכשל באיסור ע"י תקחז"ל משום דגם כה"ג מקרי מכשול וה"ה בקטן שהגיע לחינוך כמבואר באו"ח סוף סי' שמ"ג וכמש"כ המג"א שם דמקרי תקלה גם בקטן א"כ נתבאר לנו לדינא בהכלל של הר"נ הנ"ל דזה אינו שייך אלא במידי דהוי במעשה או בדיבור עכ"פ אבל מידי דממילא לא דיינינן להכלל של הר"נ הנ"ל וגם נתבאר דהיכא דאף דנתבטל הענין מ"מ יהי' נשאר האיסור במקומו דלא אמרינן בזה להכלל של הר"נ הנ"ל:

ועוד כמה ענינים מחודשים נתבארו בעז"ה:

והנה לפמש"כ הנתיבות בסי' רל"ה ס"ק ב' לחלק דדוקא בקטן דמכירתו מכירה עיקרו משום כדי חייו בזה אמרו דלא תקנו שיחיה א"ע בדבר איסור אבל אין למדין מזה למק"א: א"כ לפי דבריו יש לסתור לכל מש"כ אבל מן המל"מ והשעה"מ פ"ט הל' זכייה מוכח דס"ל דאין לחלק ביניהם כלל וכן הדעת נוטה שלא לחלק כן דהא אף במכר יותר מכדי חייו מהני מכירתו משום לא פלוג כמש"כ שם ע"כ העיקר כדבריהם:

י (שם סעי' ל"ח) המוכר שט"ח לחבירו אין בו דין אונאה כו' (וסעי' נ"ט) שטרות אין נשבעין עליהם וכן אין נוהג בהם דין שמירה וזה זמן כביר שנשאלתי בהנך בילעטין (הנקראים אסיגנאציעס) הנהוגים האידנא אם נוהג בהם דין שומרים ודין אונאה דאם דינם כמטבע או כשטרות וזה אשר השבתי כבר בזה:

ענף א:

והנראה לפענ"ד בזה לפי מה דנתבאר לעיל בריש סי' ס"ו בחידושיי שם במה שכתבו התוס' והפוסקים להקשות בכמה דוכתי על הסוברים דמכירת שטרות מדרבנן דלמה ליה קרא למילף דיצאו שטרות מן אונאה הא בלא"ה אין חל מכירה בשטרות דהוכרחו להדר אחר תירוצים אחרים לפי שלא היו יכולים לתרץ באופן אחר כמש"כ לעיל שם ואי נימא דהנך בילעטין דינם כשטרות דאין גופן ממון א"כ אין מקום לקושיות הראשונים הנ"ל דהא י"ל בפשיטות דהתורה הוצרכה למעוטי להנך בילעטין דדינם כשטרות ועיין

כתובות דף יו"ד דכתב קרא כו' וכיון דנהיגי גי גבן ע"פ דינא דמלכותא בודאי המה ניקנין מה"ת כדקיי"ל דינא דמלכותא דינא ודין אמת ומשפט צדק הוא כמבואר בגיטין דף י' דאמר שמואל דינא דמלכותא דינא ומבואר ברא"ש שם דגם האיבע"א דתני חוץ מכגיטי נשים מודה בזה וכש"כ בתקון המטבעות וזה הוא טובתנו וכמש"כ הש"ך ביו"ד סי' קס"ה דלכ"ע דינא דמלכותא דינא ועיין בש"ך בח"מ סי' ע"ג ס"ק ל"ט ובודאי בכל מילי הדין הוא ddינא דמלכותא דינא דמצווים אנו לשמור את מצות המלך. ועדיפי מממרמות אף דנימא דממרמות אינן נקנין מה"ת כנ"ל. ולכן כיון דתיקן המלך על הנך בילעטין שיהיו יוצאים בהוצאה ומי שממאנו מליקח יחוייב ראשו למלכות וגם תיקן שיחול בהם הקנינים וזה הוא טובתנו ע"כ בודאי קנאן הקונה מה"ת:

וע"כ מוכח דדוקא שט"ח אף בנכתב לכל המוכ"ז כיון דמחוסר גובייגא וגם נישום כל שט"ח לפי שיווי אלמות הבע"ד כמבואר בסי' ס"ה גבי שנים אדוקים בשטר כו' דיחלקו מה שיהא נישום שיווי החוב לפי עניות ולפי אלמותו כמבואר שם סעיף ט"ו ובסמ"ע ס"ק מ"ט וכן הוא בסי' קע"ה ש"ך ס"ק ט' משא"כ בהנך בילעטין דאין דינם כתוב רק מטבע גמורה בכל המדינות שלו בלי שום גירעון כלל והא בהנך בילעטין אין עולה עליהם שום פ"צ משום דדינם כמטבע גמורה וגם יש עוד סברא לחלק בין שטרות להנך בילעטין דהא שטר לאחר שנפרע לא חזי כלום רק לצור ע"פ צלוחיתו וכה"ג משא"כ בהבילעטין דאף לאחר שקיבל התמורה עבורם מהקאזנאצייסטווא עכ"ז מחירם לעולם עומדת בכ"מ שהם מונחים ויכולים ליתן אותם לאחרים ע"כ לעולם שם מטבע עליו אך י"ל בזה דהם כממרמות דחוזר ולוה בו כמבואר סי' מ"ח ס"ק ב' וכן הוא לשון הש"ס ב"מ דף נ"ו יצאו שטרות שאינן אלא לראיה וכן מבואר בירושלמי לב"ק פ"ז ה"א בזה הלשון יצאו שטרות שאין לך בהם אלא ראיה עכ"ל הירושלמי וכן הוא בשבועות דף ל"ז ברש"י ד"ה מיעט שטרות שאין גופן ממון שאינן אלא לראיות שבהן עכ"ל אלמא דשט"ח עיקרו הוא רק לראיה ולכן אם נאבד השט"ח מחוייב הלוה לשלם אם מביא המלוה ראיה שנאבד ונשרף דבודאי מחוייב הלוה לשלם להמלוה משא"כ בהבילעטין דאף שמביא ראיה שנאבד ונשרף אצלו מ"מ אינו נוטל כלום כידוע ודינם כמטבעות דאם נאבדו אינו נוטל כלום ועיין רש"י ב"ק דף ס"ב ד"ה אין גופן ממון אלא גורמין לגבות ממון עכ"ל א"כ הנך מטבעות אינן לגובייגא אלא הם בעצמם הוי מטבעות ואף דהם אינן שווין בעצמותן הלא הא כמה מטבעות איכא דאין שוין בעצמותן לפי ערך טבען והיוצא בהוצאה ואפ"ה כיון דתיקן המלך לקבלן ולהוציאם במדינתו דינם כמטבע גמורה לכל מילי א"כ ה"ה אם הם על נייר דמ"ש:

וגם הא אינם מחוסרים גוביינא ואין עליהם שום חוב כלל ולא שייך בזה סברת רש"י דב"ק הנ"ל:

וכן מצינו בב"מ דף מ"ז דס"ל לר' דוסא דמחללין מעשר שני על אסימון וכן ס"ל לר' ישמעאל שם למילף מן וצרת הכסף בידך לרבות כל דבר הנצרר ביד ואמרו שם דר' דוסא ור' ישמעאל אמרו דבר א' אך ר"ע ס"ל וצרת לרבות כל דבר שיש עליו צורה ואין מחלל מע"ש על אסימון ומבואר בר"ש במע"ש פ"א משנה ב' דאסימון מקרי מטבע שאין עליו צורה או מטבע של עץ ויש עליו צורה הוי בכלל אסימן דמחללין מע"ש אליבא דר' דוסא ור"י וזהו בכלל דבר הנצרר ביד רק ר"ע ס"ל דבעי דבר חשוב דוקא וכה"ג כתבו התוס' בעירובין ד' ל"א ד"ה שפדאו ע"ג אסימון כו' בסה"ד דאסימון מקרי לכל דבר שאינו עשוי כהלכתו או של כסף ואין עליו צורה או של עץ ויש עליו צורה עכ"ל וכ"כ התוס' בב"מ ד' מ"ד בד"ה אסימן כו' וכ"כ השמ"ק בב"מ שם בשם הריטב"א והרמב"ן וזה ברור דגם ר' דוסא ור' ישמעאל מודו דאין מחללין על שטרות דהא כ"ע מודו בזה. ועיין בקדושין ד' כ"ז ברש"י ד"ה שטר אין פודין בו הקדש ומע"ש ובבכורות ד' נ"א וב"מ דף ד' ע"ב תוס' ד"ה אין נשבעין כו'] ואפ"ה ס"ל לר"ד ור"י דעל מטבע של עץ כיון דיש עליו צורה מחללין מע"ש ומשמע דאף דאין שוין בעצמותן אפ"ה אם יוצאין בהוצאה ויש עליהן צורות מחללין עליהם אף דאינן חשובין והא דמבואר בבכורות ד' נ"א ברש"י ד"ה מיעט שטרות דלא חשיבי מידי עכ"ל רש"י אלמא דגם שטרות עיקר הטעם דאין פודין בהם משום דאינן חשובין וכיון דס"ל לר"ד ור"י דמחללין מע"ש על אסימון של עץ אף דאינו חשוב א"כ מ"ש שטרות י"ל דשאני שטרות דהא רש"י במתק לשונו כתב דלא חשיבי מידי. וזהו כמו דלא חשובין כלל משא"כ מטבעות אף דאינן חשובין כ"כ כמו מטבע של עץ וכה"ג אפ"ה מקרי חשיבי קצת כיון דתיקן המלך לקבלם ומי שלא יקבלן יחוייב ראשו למלכות ודאי דשם מטבע עליו לכל דבר רק לר"ע דס"ל דבעי דבר חשוב דוקא לחלל עליהם מע"ש י"ל דה"ה בזה דנ"ד ג"כ אפשר דלא מחללין עליו מע"ש ודינם כמו מטבע של עץ דאין עצמותן שוה כ"כ ולא הוי שם מטבע עליו לגבי מע"ש דיליף מן וצרת הכסף דבעי דבר שיש עליו צורה דיהיה דבר חשוב כנ"ל משא"כ לכל הענינים ודאי דמקרי גופו ממון וגם הוי לכל דבר שם מטבע עליו אף לר"ע ועיין בב"מ ד' מ"ד במשנה גבי אסימון קונה מטבע ובגמרא שם:

וכן מבואר בעירובין ד' ל"א ע"ב וברכות ד' מ"ז ושבת ד' קכ"ח ופסחים דף ל"ה דאמרו על הא ולא במע"ש והקדש שלא נפדו דמעשר שפדאו ע"ג אסימון ורחמנא אמר וצרת הכסף בידך כסף שיש עליו צורה הקדש שחיללו ע"ג קרקע דכתיב ונתן הכסף כו' אלמא

דהקדש מתחלל ע"ג אסימון של עץ אף דאין פודה בו מע"ש אליביה דר"ע דהא הך דרש דכסף שיש עליו צורה זהו דרשא דר"ע ואף דאין הקדש מתחלל על שטרות לכ"ע:
אפ"ה על מטבע של עץ אף דאינו חשוב כ"כ ואינו שוה בעצמותו מ"מ כיון דיוצא בהוצאה ע"פ פקודת המלך מקרי גופו ממון א"כ ה"ה מטבע של נייר דמ"ש של עץ ומ"ש של נייר כיון דיוצא בהוצאה עכ"פ אם כי ידעתי דיש מקום לחלק ביניהם עכ"ז עיקר כוונתי הוא להוכיח דמצינו דאף מידי דאינו חשוב בעצמותו כ"כ אפ"ה שם מטבע עליו כיון דיוצא בהוצאה: ענף ב:
וביותר יש להוכיח כן לפמש"כ לעיל בחידושי ריש סי' ס"ו לפרש להסוגיא דקדושין ד' ה' על נכון במה דקאמרי התם מה לכסף שפודין בו הקדש דהא איכא למיפרך ע"ז דניגמר משטרות דלכל המוציאו דיש לו על אחרים דמצי לקדש ע"י לאשה משום דלא מצי למחול וכמש"כ הש"ך בריש סי' ק"ץ ולא מצי לפדות בו להקדש ומע"ש משום דאין גופו ממון וכמו דהקשו התוס' שם דנגמר מקרקע ותי' התוס' לא שייך בזה ותירצתי היטיב לעיל שם בארוכה א"כ לפ"ז יש להוכיח מהאי סוגיא דאסיגנאצייעס מקרי גופו ממון ואין דינם כשטרות ופודין בהם הקדש דאל"כ הא אכתי איכא למילף דשטר יהיה מכניס בקו"ח מן אסיגנאצייעס דמכניס ומקדשין בו האשה דהא קנתה מה"ת משום דינא דמלכותא כנ"ל ואין מוציאות וליכא למיפרך שכן פודין בו הקדש דהא אי נימא דמקרי אינן גופן ממון ודינם כמו שטרות א"כ אין פודין בהו הקדש וע"כ מוכח דמקרי גופו ממון ופודין בו הקדש ואיכא למיפרך בזה מה להנך שכן פודין בו להקדש וע"כ שפיר דחו בש"ס התם להאי קו"ח והוצרכו למילף קידושי שטר מן ויצאה והיתה. ומוכח מסוגיא זו דאסיגנאצייעס פודין בו הקדש דהוי גופו ממון ואין דינם כשטרות וע"כ ה"ה לענין אונאה ודיני שומרים דינם כממון גמור דנוהג בהם כל הנך דינם כמו בממון גמור:
ויש לפלפל עפ"ז בדברי התוס' בב"ק ד' ס"ב ד"ה יצאו שטרות כו' ובתוס' ב"ק ד' נ"ד ד"ה חמור דבור כו' ובשבועות ד' ל"ז ד"ה מיעט שטרות כו' וקצרתי וראיתי במהרי"ק סי' קי"ח שכתב להוכיח מקושיית התוס' הנ"ל דהקשו דל"ל למעוטי שטרות מאונאה דמוכח מזה דאף בנתן כסף ג"כ אינו קונה לשטרות דאל"כ ה"מ התוס' לתרוצי דמיירי בקנין כסף ע"ש. ובאמת ראיות המהרי"ק אינו ברור כ"כ משום די"ל דהתוס' הקשו כן לריש לקיש דס"ל דמעות אינו קונה מה"ת דתקשה אליביה דלמה צריך למעט לשטרות וכעין מש"כ לעיל שם ודרך התוס' להקשות בסתם בכ"ד אף דלא יהיה קושייתם רק לחד מ"ד וכנ"ל.
ובאמת לריו"ח דקיי"ל כוותיה דמעות קונה ד"ת י"ל דשטרות נקנו בכסף מה"ת ודוקא ע"י קנין כו"מ דאין ראייתן נקנית ונמשכת בזה לא הוי רק מדרבנן ועיין בפני יהושע

לקדושין דף מ"ז ועיין בב"ק ד' י"ד תוס' ד"ה עבדים ושטרות כו' ואפשר דכוונת המהרי"ק בזה ע"פ הא דב"מ ד' מ"ז דר"ש ס"ל בוודאי דמעות קונה ודלא כר"ל א"כ י"ל דהברייתא דיצאו שטרות ס"ל כר"ש וה"מ התוס' לאוקמי כן ושפיר הוכיח המהרי"ק כנ"ל. אבל לפמש"כ לעיל דמן ממכר דמיותר להורות דיצאו שטרות וכמש"כ התוס' והשמ"ק כנ"ל ע"כ אין עדיין הכרח לדברי המהרי"ק הנ"ל וקצרתי:

ואחר כתבי כל זה יצא לאור ספר חתם סופר על ח' יו"ד וראיתי שם בסי' קל"ד שנסתפק בבאנקינטא והעלה להוכיח דדינם כממון גמור ע"ש אך דתמוהים לי קצת דבריו במש"כ שם בד"ה והנה לפ"ז אין ספק אצלי דהני בילעטין המה כסף גמור אפי' לקדש בו אשה והוי שפיר דומיא דעפרון וא"כ הוי ממילא כסף לפדות הקדש ומע"ש דאלת"ה בקדושין ד' ה' ע"א דבעי למילף שטר בקו"ח מה כסף שאינו מוציא ומכניס שטר שמוציא אינו דין שמכניס ופריך מה לכסף שפודין בו הקדש ומע"ש כו' ואם איתא לימא שטרא דמלכותא יוכיח כעין בילעטין שמקדשין בו ואין פודין בו אף אני אביא שטר קדושין שיקדשו בו אע"פ שאין פודין בו וע"כ מוכח דפודין בו עכ"ל הנה לפי דבריו יש להקשות עדיין כעין קושיא זו דהא גם בשטרות הנכתב בו לכל המוציאו ג"כ מקדשין בו האשה כיון דלא מצי למחול כמבואר סי' ס"ו ומקודשת עי"ז וכמש"כ הש"ך ריש סי' ק"ץ ואפ"ה אין פודין ע"י ממרמות את הקדשות כיון דאין גופן ממון א"כ תקשה עדיין כעין קושית החתם סופר הנ"ל דמה פריך הש"ס מה לכסף שכן פודין בו הקדש הא י"ל עדיין ממרמות הנכתבין לכל המוציאו יוכיחו דאין פודין בהם ואפ"ה מקדשין אף אני אביא שטר קדושין שמקדשין בו אע"פ שאין פודין בו: א"כ לא הועיל עדיין החתם סופר בתירוצו כלל ונדחה הוכחתו לפי דעדיין קושייתו במקומה עומדת אבל לפמש"כ בקונטרס הקודם לעיל ריש סי' ס"ו ליישב סוגיית הש"ס דקדושין על נכון א"ש הוכחה הנ"ל דמוכח דאסיגנאציעס פודין בו הקדשות ודינם כממון גמור:

וגם מה דנראה מדברי החתם סופר דאחר דמסיק שם לתרץ דברי הרמב"ם דס"ל דמלוה קונה במכר ואין מקדשין בו האשה משום דבעי דומיא דעפרון ואח"ז כתב ולפ"ז בהנך בילעטין מקדשין בו האשה דהוי שפיר דומיא דעפרון אין זה ברור כ"כ כידוע וגם אינו כותב כ"ז רק מסברא דנפשיה וביותר ה"ל להביא סוגיא דקדושין ד' מ"ח בקדשה בשט"ח דאחרים דס"ל לר"מ דמקודשת וחכמים דס"ל אינה מקודשת טעמייהו משום דלא סמכה דעתה. דלמא אזיל ומחיל א"כ בהנך בילעטין דלא שייך לומר אזיל ומחיל בוודאי מקודשת ובאמת מה"ט גם בשטרות הנכתבין לכל המוציאו אף דאין גופן ממון ג"כ מקדשין בהם האשה כנ"ל ובש"ך ריש סי' ק"צ' סוף דבר דברי החתם סופר תמוהים

בזה עכ"פ חזינן דס"ל להחתם סופר ג"כ לדינא דהנך בילעטין דינם כממון גמור גם מש"כ החתם סופר שם דגם מע"ש מחללין על בילעטין לדעתי זה אינו ברור כ"כ וכמש"כ לעיל לדידן דקיי"ל כר"ע דב"מ ד' מ"ז ועיין ברמב"ם ה' מע"ש פ"ד הל' ט' שכתב אין פודין מעשר אלא בכסף מפותח שיש עליו צורה אך בר"ש מע"ש פ"א משנה ב' משמע כהחתם סופר ע"ש ואין להאריך בכ"ז לפי שאין נוגע לענייננו כ"כ אך אף דנימא דאין פודין בהם מע"ש אפ"ה שפיר דחי להאי קו"ח בקדושין שם ולא גמרי מהאי אסיגנאצייעס משום דעדיין יש למיפרך מה להנך שכן פודין בו הקדש דהא הקדש פודין בהם משום דמקרי גופו ממון ואלו בשטר שכותב הגזבר להפודה הקדש כפי' רשב"א בחידושיו שם או לפי' רש"י דכותב שטר על מעות פדיון אינו פדוי אלמא דכסף עדיפא משטר ולכן דחו להאי קו"ח שפיר. והא דאמרו שם שכן פודין בו הקדש ומע"ש האי מע"ש לאו דווקא וזהו מוכרח דאל"כ תקשי דנגמר משוה כסף דאינו חשוב כמו לטרא כסף דאף לר' דוסא אין מחללין מע"ש כמש"כ הר"ש במע"ש פ"א משנה ב' ע"ש:

ענף ג:

ועוד ראיתי בחתם סופר שם שכתב בשם הרב השואל שרצה לומר דשטרות הנכתבין לכל המוציאו דינם כממון גמור ועדיפי משטרות הואיל וכל המוציאו גובה ממנו והחתם סופר השיג עליו מסברא דנפשיה והוכיח מדחזינן בכל בתי דינים דפוסקין על שטרות כאלו הנהוגות בזמננו כל דיני שטר ע"ש בחתם סופר ובאמת לדברי הרב השואל היה מתורץ מה דהקשיתי על התוס' והראשונים דהקשו דל"ל למעוטי שטרות מאונאה הא מכירת שטרות דרבנן והא י"ל בפשיטות דקאי המיעוט על שטרות דנכתבו לכל המוציאו דמכירתן הוי מה"ת וכמש"כ התומים בסי' ס"ו ס"ק א' אכן לפי דברי הרב השואל א"ש משום דעל ממרמות לא שייך למעוטי משום דאין גופן ממון דהא מקרי גופו ממון כמו כל מטלטלין ולא מצי קאי עלייהו האי מיעוט לכן הקשו התוס' שפיר וכעין סברת הרב הנ"ל יש למצא סמך לזה מהא דמבואר בח"מ סי' ק"ד סעי' ג' בהגה"ה בשם ר"י דתפס שטרות לא הוי כתפס מעות ויחלוקו. וכתבו הראשונים שם והובא בסמ"ע שם ס"ק יו"ד הטעם משום דכיון דיכול המלוה הראשון למחול ונשאר שעבוד הגוף אצלו ע"כ לא הוי כתפס מעות וכ"כ ביאור הגר"א וצ"ל שם ס"ק כ' דמשום דצריך כתיבה ומסירה ע"כ לא מהני תפיסתו ע"ש. ולפ"ז נראה בממרום דא"צ כתיבה ומסירה וגם אינו יכול למחול דזה הוי כתפס ממון א"כ י"ל דמקרי גופו ממון מה"ט לכאורה:

אבל באמת נראה עיקר דלא כהרב השואל הנ"ל והוא דאי נימא דממרמות כיון דא"צ כו"מ ואינו יכול למחול ה"ל גופו ממון וה"ל כמו תפס ממון א"כ תקשה למה דמצינו

בב"מ ד' כ' דאמר אביי אפילו תימא ליתא לדשמואל דאמר המוכר שט"ח ומחלו מחול כו' אלמא דס"ל לאביי בכל מוכר שט"ח די"ל דאינו יכול למחול וכן מצינו בקדושין דף מ"ח דאמרו דמר לית ליה דשמואל כו' א"כ לדידהו בכל מכירת שטרות אינו יכול למחול וכן מצינו בב"ב ד' ע"ז ובקדושין ד' מ"ז דר' ס"ל אותיות נקנות במסירה וא"צ כתיבה ואפ"ה מצינו בשבועות דף ד' ובכורות דף נ"א דר' ס"ל אין פודין בכור בשטרות ופירש רש"י שראוין למעטן יותר מן הכל שאינן ממון חלמא דאף דס"ל לר' דא"צ כתיבה רק די במסירה וגם הא לאביי ואינך דס"ל דליתא לשמואל וס"ל דאינו יכול למחול ואפ"ה ס"ל לרבי דשטרות מקרי אין גופו ממון וגם מצינו לאביי גופא דס"ל שטרות נקנות במסירה לחוד כמש"כ התוס' בב"ב ד' ע"ו בד"ה א' רב פפא כו' וכתבו לחד סברא דאף אמירה א"ל לרבי דס"ל דנקנה במסירה לבד וכן ס"ל לאביי דאין הכרח לשמואל דהמוכר שט"ח ומחלו מחול א"כ תקשה אליביה דאמאי קרינן לשטרות אין גופו ממון ומ"ש מן ממרמות ובוודאי דין מסירה בממרמות הוי כמו כל מסירה בשטרות דבעי דעת אחרת מקנה וכמש"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק כ"ה דאף בשטר לכל המוציאו בעי מסירה ודעת אחרת מקנה וכ"כ הקצה"ח סי' ס"ד ס"ק א' וסי' ק"ד ס"ק ז' א"כ דין שטרות אינו חלוק ממרמות אליביה דרבי ולאביי ואפ"ה מקרי שטרות אין גופן ממון וע"כ מוכח דגם היכא דאינו יכול למחול וגם א"צ כתיבה מ"מ קרינן אין גופו ממון א"כ ה"ה בנכתב לכל המוציאו ג"כ מקרי אין גופו ממון וכמש"כ החתם סופר להשיג על הרב השואל אך שהחתם סופר כתב כן מסברא דנפשיה. ולפמש"כ מוכח כן בראיה זו וגם הסברא נוטה כן דעכ"פ אין גופו ממון ושייך גם בהו לומר דהם רק לראיה כנ"ל והם גורמין לגבות ממין כפי' רש"י ב"ק ד' ס"ב ואין לחלק דשאני שטר לכל המוציאו דלא מהני שובר כמש"כ הש"ך סי' נו"ן ס"ק ז' דז"א דהא הכרעת התומים והאחרונים שם דגם בשטר לכל המוציאו מהני שובר ועוד דהא אף לדעת הש"ך שם הא העלה הנתיבות שם דלכן שאני שטר לכל המוציאו דלא מהני שובר משום דאינו יכול למחול ע"כ מצד תקנות לקוחות לא מהני שובר כמש"כ הנתיבות שם בארוכה א"כ ה"ה דשייך זה הטעם בכל השטרות למאן דס"ל דאינו יכול למחול במכר לחבירו ואפ"ה חזינן דכל שטרות הוי אין גופן ממון וה"ה בשטר לכל המוציאו ושפיר כתבתי להוכיח כן:

שוב ראיתי דאפשר לדחות ראיה זו דהא מבואר בב"ב דף קע"ג דאביי ס"ל דאף דאותיות נקנה במסירה מ"מ צריך להביא ראיה שקנה השט"ח ורבא ס"ל א"צ להביא ראיה. א"כ מצינו גם אליביה דאביי חילוק גדול בין שטרות לממרמות דהא שטרות גרע דצריך להביא ראיה שקנה משא"כ בממרמות דוודאי א"צ להביא ראיה כמבואר בסי' נו"ן וסי'

ס"ו ולרבא דס"ל שם דא"צ להביא ראיה אם נקנה במסירה עכ"ז הא לרבא מצינו חילוק אחר בפשטות בין שטרות לממרמות דהא ס"ל לרבא בב"מ ד' כ' כשמואל דמוכר שט"ח ומחלו מחול ואלו בממרמות אינו מוחל ולאביי דס"ל שם דאין הכרח לדשמואל:

הא מצינו אליביה חילוק אחר במה שהצריך להביא ראיה אף למאן דנקנות במסירה א"כ נדחה ראייתי הנ"ל משום דעדיין יש לחלק בין שטרות לממרמות כנ"ל:

ועכ"ז אף דעדיין יש לחלק ביניהם ונדחה ראייתי הנ"ל:

עכ"ז הנכון בוודאי בפשיטות כמו שהעלה החתם סופר להשיג על הרב השואל הנ"ל דוודאי גם ממרמות הוי אין גופן ממון וכמבואר בש"ך סי' ק"צ ס"ק א' באה"ד שכתב שם בזה"ל ואע"ג דשטרות אימעטו מקראי משבועה ואונאה ושאר דברים מטעם אין גופן ממון וה"ט שייך נמי בממרמות מ"מ לענין קדושין ומקח וממכר לא שייך ה"ט אלא תלוי בכיון דאית לה הנאה גמרי ומשעבדי נפשייהו עכ"ל הש"ך וכ"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק יו"ד באה"ד ע"ש. הרי שנעלם מהם הש"ך הנ"ל וס"ל להש"ך בפשיטות דגם ממרמות הוי אין גופן ממון דבוודאי כיון דאמרו בש"ס דיצאו שטרות דאינן עומדין אלא לראיה שבהם דזה שייך ג"כ בממרמות ומה דיש להקשות דלמה לא תירצו התוס' והפוסקים על קושייתם דמיירי בממרמות כבר כתבתי לתרץ זה בריש סי' ס"ו ואף דנתבאר דממרמות דינם ככל שטר זהו דוקא בזה לפי שעיקר השטר אינו רק לראי' וכן מש"כ הנו"ב במ"ק ח' ח"מ סי' ל"ד באובליגאטציאהן דדינם ככל שטר זה אינו דומה לאסיגנאצייעס דיוצא טבען בתורת מטבע ע"פ פקודת המלך בכל המדינות וכמו כל מטבע ומחוייב כ"א לקבלן דוודאי דינן כמו כל מטבע וכמש"כ החתם סופר בסי' קל"ד וכל זה ברור ופשוט:

ויש להעיר מזה ג"כ בדברי הרא"ש ב"מ ד' פ"ה סי' א' שכתב דבשטרות לא שייך למעוטי גבי ריבית דלא שייך ריבית אלא בהלוואה ולפרוע אחר במקומן אבל באלה לא שייך ריבית אלא שכירות מקרי רי כו' עכ"ל וכיון דאסיגנאצייעם דינם כממון גמור כנ"ל ע"כ לא שייך בהם לומר דדינם כשטרות גבי ריבית דז"א משום דדינם ככל ממון גמור גבי איסור ריבית דאל"כ הא משכחת כן בהו אך באמת אין מקום מזה להוכיח כן דבלא"ה דברי הרא"ש תמוה מאד כמו דתמה הבית יוסף ביו"ד סי' קס"א והט"ז שם ס"ק א' ואכמ"ל אך כבר נתבאר בשארי ראיות דדין הבילעטין כמו ממון גמור לכל מילי:

ועיין בחתם סופר ח' יו"ד סי' שי"ד שכתב ג"כ דד"ד הוא מה"ת דלא כהב"ש וזהו כמש"כ לעיל וכל מי שיבא לעיין בסי' הלז יעיין ג"כ במש"כ בריש סי' ס"ו במה שהארכתי לדון הרבה בענין שטרות הנכתבין לכל המוציאו ובסוגיא דקדושין דף ה' מזה כי יש לזה שייכות למה שכתבתי לדון בהנך בילעטין בסי' הנ"ל כי בעת שעיינתי בענין הלז נתחדש

לי אז למה שכתבתי בריש סי' ס"ו ומחמת כי היה קונטרס בארוכה לכן חלקתים לשני סימנים כדרכי כדי שלא ילאה הקורא:

יא (שם סעי' ל"ט) ש"ך (ס"ק קכ"ד) הביא שיטת הראב"ד דכתב בפ"ה ה' טוען הלכה ו' גבי שטרות דאיתמעיט משבועת השומרים דשבועה שאינה ברשותו נשבע ופי' הש"ך שם טעמו דמשבועה דיש לה רגלים לדבר לא פטרתו התורה והביא שם בשם הב"ח שהקשה בסי' צ"ה על הראב"ד הנ"ל מהא דב"מ ד' נ"ח דפריך הש"ס על הא דתני שם דבהקדשות אינו נשבע מהא דבני העיר ששלחו שקליהן ונגנבו או שאבדו נשבעין לגזברין כו' ולשיטת הראב"ד הנ"ל אינו קשה די"ל דמיירי התם דנשבעין שאינה ברשותם ותי' הש"ך דבע"כ מיירי דנשבע שלא פשע מדקתני ונגנבו או שאבדו אלמא דמיירי דידוע דאינו ברשותו רק דהספק הוא שמא ע"י פשיעה נגנב ונאבד דאל"כ ה"ל למיתני ואומרים שנגנבו או נאבדו עכ"ל:

סימן סו

ענף א:

אבל באמת תירוצו דחוק דהא איתא בב"מ ד' ל"ד המלוה על המשכון ואבד המשכון כו' שמא יוציא את המשכון כו' ואי איתא לדרב הונא כיון דמשתבע שאינו ברשותו היכי מצי מפיק לה אלא א' רב יוסף שיש עדים שנגנבה סוף סוף מהיכא מייתי לה כו' ואביי אומר גזירה כו' רב אשי אמר זה נשבע שאינו ברשותו וזה נשבע כו' אלמא דכולי אמוראי זולת רב יוסף ס"ל דחייב מלוה התם לשבע שבועה שאינה ברשותו ולא מפרשי שיש עדים שנגנבה ואף דתני ואבד המשכון ולא בלשון דאומר דאבד המשכון מ"מ מפרשינן דאומר דאבד המשכון וכמש"כ התוס' בב"מ ד' ל"ג ד"ה נגנבה כו' דהנפקד אומר שנגנבה כו' א"כ ה"ה כאן י"ל כן דאף דתנן נגנבו או שאבדו היינו דאומרים שאבדו או שנגנבו וע"כ תירוצו של הש"ך אינו מספיק לתרץ קושית הב"ח הנ"ל וכן הקשה הט"ז בסי' צ"ה סעי' ט' ע"ש והמגיה תירץ שם כתירוץ הש"ך הנ"ל ע"פ דברי רש"י דב"מ ד' נ"ח הנ"ל אבל לפמש"כ אין תירוצו עולה יפה כנ"ל:

ונ"ל לתרץ קושית הב"ח הנ"ל ע"פ הא דב"מ ד' וא"ו דמקשינן דנימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועה ומשני דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא ואביי אמר שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו מלוה איתא בחזרה שבועה ליתא בחזרה והאלפס פסק כאביי וכן פסקו בסי' צ"ב וכמש"כ הנ"י והרא"ש ולפ"ז יש לדון דבהקדש אינו שייך כלל שבועה שאינו ברשותו דכיון דעיקר הטעם הוא משום שמא מלוה ישינה יש לו עליו וממון איתא

בחזרה והטעם הוא דממון איתא בחזרה משום דלאו דגזל הוי לאו הניתק לעשה דעשה והשיב את הגזילה אבל בגוזל ממון הקדש קיי"ל דלוקה משום דמועל בהקדש לוקה ולא מהני חזרה דלא הוי לאו הניתק לעשה ועיקר מלתא דמעילה היינו היכא דלא נהנה ולא פגם דחייב היכא דמוציא מרשות הקדש לרשותו דהדיוט ונראה דה"ה באם הפקידו תחת יד אחד ממון הקדש וכפר הנפקד דדינו ג"כ כמו גוזל מהקדש דמעל דהא אמרינן בב"ק ד' ע' דאמטלטלין דכפריה לא כתבינן הרשאה משום דהוי אינו ברשות הבעלים וכמו גזילה ע"ש בתוס' ומה"ט כופר בפקדון חייב באונסין א"כ כיון דכפר המטלטלין דהקדש דהפקידו אצלו כשתבעו ממנו הגזברים הוי כמו מוציא מרשות הקדש לרשות הדיוט והמל"מ פ"א הל' מעילה ה"ג כתב דמה דיש מעילה בשוגג יש אזהרה במזיד וכ"כ המקנה בקדושין דף נ"ד ע"ב ד"ה וכי מאחר דאף בהוצאה במזיד מרשות הקדש איכא חיוב מלקות ואכמ"ל ואף די"ל דהוי לאו דאין בו מעשה כמש"כ האו"ת סי' ל"ד סוף ס"ק ג' בכופר בפקדון מ"מ איסור מעילה יש ולא ניתקן בחזרה:

א"כ לפ"ז לא שייך שבועה דאינו ברשותו בהקדש דהא עיקר הטעם דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא משום דאמרינן ספק מלוה ישינה יש לו עליו וממונא איתא בחזרה אבל בהקדש לא שייך זה ואף דספק מלוה שייך ג"כ בהקדש דיכול להיות דהגזברים קנו ממנו שום דבר ולא פרעו לו מ"מ קשה דא"כ ישבע ג"כ מספק דא"ל ממון איתא בחזרה שבועה ליתא בחזרה דהא בגוזל ממון הקדש ג"כ ליתא בחזרה ע"כ אף לשיטת הראב"ד דס"ל דנשבעין שבועה דאינו ברשותו דמזה לא מיעטה התורה. עכ"ז לא כתב כן רק בשטרות ועבדים וכה"ג והראב"ד פ"ה ה' טוען קאי על שטרות אבל לא בהקדש דבהקדש לא שייך זה כלל והא דהוצרך התורה למעט הקדשות משבועת השומרין י"ל דהתורה הצריכה למעט על שבועה דלא פשעתי דפשיעה לא הוי מועל בהקדש ועיין בסי' רצ"ד ובנתיבות שם שכתב דאף להסוברים דשבועה שלא פשעתי הוי בתורת גלגול עכ"ז ז"א רק בחשש פשיעה דמקודם הגניבה אבל בחשש פשיעה בעת האבידה זה הוי שבועה דאורייתא ע"ש. או די"ל בזה כמש"כ התוס' בב"מ ד' ה' ד"ה דחשוד אממונא כו' וביותר לפמש"כ התוס' בב"ק ד' ק"ח ד"ה ותרי כפולי כו' דחשוד על השבועה אינו פסול רק מדרבנן ע"ש וע"כ מיושב קושית הב"ח והש"ך הנ"ל:

ענף ב:

וע"פ מה שנתבאר דמשום מלוה ישינה משבעינן לי' דקיי"ל כאביי כנ"ל הנה בימי טל ילדותי אמרתי ליישב עפ"ז להמחבר בסי' צ"ה סעי' ד' שכתב שם שטר מסרתי לך וזה טוען להד"ם פטור אף משבועת היסת והקשו שם על המחבר הנ"ל דהא הרמב"ם פסק

דנשבעין שבועת היסת על שטרות ודוקא שד"א אין נשבעין בשטרות וכן בקרקע פסקו דנשבעין שבועת היסת א"כ קשה דמ"ש שטרות ע"ש בסמ"ע וש"ך:

והנלע"ד לתרץ בהקדם מש"כ הבעה"מ בב"מ ד' ו' עלה דאביי דמשום מלוה ישינה משבעינן ליה דא"כ יתבע את חובו ולטעון דתופס החפץ עבור חובו דנאמן במיגו ול"ל למימר דגוף החפץ הוא שלו והרמב"ן והנימוקי יוסף והר"נ בחידושיו שם תירצו לקושייתו דהבעה"מ הנ"ל די"ל דעיניו נתן בגוף הטלית דרוצה בגוף החפץ דלא תחמוד בלא דמי משמע להו ע"ש וזה ברור דקיי"ל שטרות אינן נקנין אלא בכתיבה ומסירה ואם טען הלוקח כתיבה היה לי ואבד דעת הרמב"ם דנאמן לומר כן ולגבות מהלוה אם אינו טוען מי יאמר שכתב ומסר לך או אם טוען דבאגב הקנית לי נאמן בכל גווני לגבות מן הלוה וכמבואר בסי' ס"ו סעי' י"א ובנתיבות סי' ס"ו סעי' י"א בחידושים שם ס"ק למ"ד שכתב לפי שיטת הרמב"ם דלא בעי כתיבה באגב נאמן לומר כן אף לענין תביעה וכ"כ האו"ת שם דנאמן לומר במתנת שכ"מ אף לתבוע מהלוה כיון דאין ריעותא דכתיבה בידו ע"ש אבל שיטת רוב פוסקים החולקים שם וס"ל דאינו נאמן כלל כיון דאין גופו ממון ע"כ אין תפיסתו ראיה כלל ועיין בש"ך שם:

ולכאורה יש לדון דלא יצטרך לשבע שבועת היסת בכופר על שטרות דהא י"ל בזה דנימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ואין לומר ספק מלוה כו' דא"כ תקשה דיתבע חובו ויודה לחבירו על גוף השט"ח דיהיה נאמן לתפוס את השט"מ במיגו כמבואר בפרק הכותב ד' פ"ה גבי מלוגא דשטרא ובח"מ סי' ס"ד ואין לומר דרוצה בגוף השט"ח כדי דיהיה החייב לו בשם עבד לוה כמש"כ כה"ג הבעה"ת והובא בש"ך סי' ס"ו ס"ק קי"ג די"ל דניחא ליה דליהוי אידך עבד לוה דידיה ע"ש ועיין בסי' פ"ה בשיט' הבעה"מ דהובא בש"ך שם דכתב די"ל דלוה מפלוני מחמת דזה גובה וזה גובה ולפ"ז י"ל גם הכא דניחא ליה בגוף השט"ח משום ה"ט אבל ז"א לשיטת רוב פוסקים דס"ל דאין נאמן לומר כתיבה היה לי ואבד ועיקר זכותו אינו רק לענין דיהיה יכול לתפוס את השטר ת"י דזהו רק למשכון על החוב שיש לו על המלוה וכמו במלוגא דשטרי כנ"ל א"כ קשה דיתבע חובו דיהא נאמן במיגו כנ"ל. אבל גוף השט"ח יודה לחבירו ול"ל לשקר כ"כ ודוחק לומר דשאני שט"ח בזה מן חפץ בעינו ע"כ דדוקא הרמב"ם לטעמיה דס"ל דנאמן גם לתבוע מהלוה ע"כ שפיר י"ל גם בזה ספק מלוה אבל לשיטת המחבר דהביא בסי' ס"ו סעיף י"א שיטת החולקים על הרמב"ם ומספיקא דפלוגתא אין מוציאין מהלוה ע"כ שפיר פסק דפטור מש"ה משום קושיית הבעה"מ הנ"ל ושאני שטרות מקרקעות בזה ואף לפמש"כ הנתיבות סי' צ"ב ס"ק ב' די"ל דנולד לו ספק בגוף החפץ עכ"ז הא התומים שם לא ס"ל

כן ולכן מיושב שפיר קושייתם. (יב) (שם סעי' מ') בש"ך (ס"ק קכ"ו) באה"ד בד"ה גם ראיתי בתוס' פ' הזהב ד' נ"ז ע"ב שכתבו להוכיח דאף פשיעה פטור בשטרות והקדשות מדפריך לקמן מן השוכר את הפועל ולא משני כשפשע כו' דזה לאו ראיה הוא דא"כ רישא דקתני אין נותנים לו שכר שבת אין אחריות שבת עליו הא ש"ח מיהא הוי ויהיה חייב בפשיעה כו' עכ"ל הש"ך:

ול"נ לתרץ דברי התוס' ע"פ המבואר בח"מ סי' רצ"א סעי' כ"ו דשומר שמסר לשומר חייב ואם דרך הבעלים להפקיד כו' הרי השומר פטור והוא שלא ימעט שמירתו אבל אם מיעט שמירתו הרי פושע הוא הראשון ומשלם אע"פ ששאל או שכר בבעלים והוא מן הרמב"ם פ"א הל' שכירות הל' ד' שכתב ג"כ בזה"ל דאם מיעט שמירתו חייב אף במסר למי שהבעלים רגילים להפקיד אצלו משום דהוי פושע אע"פ ששאל או שכר בבעלים כו', וכתב הכ"מ שם דאע"ג דפשיעה בבעלים פטור היינו כשהניחה ולא שמרה אבל אם הזיקה בידים פשיטא דחייב:

ומסרה לאחר ומיעט שמירתו חשיב כמזיק בידים כו' עכ"ל הכ"מ והובא בבאר הגולה ס"ק ר' ועיין בש"ך שם ס"ק מ"ו מש"כ בשם רש"ל:

ולפ"ז שפיר הוכיחו התוס' דאם נימא דפשיעה חייב בכל הנך דמיעטן התורה מן דין שומרים א"כ הא הוי מצי הש"ס לאוקמי להא דתני אחריות שבת עליו דמיירי במסרן לש"ח דהא הוי מיעט בשמירתן ואם אחריות שבת עליו דדינו כש"ש:

ואף דאם נגנבו ונאבדו פטור מלשלם מ"מ כיון דלכתחלה מחוייב להיות יושב ומשמר כדין ש"ש א"כ הא הוי מיעט בשמירתן כדין שכר בבעלים שכתבו דהוי מיעט בשמירתן דחייב משום דהוי כמו מזיק בידים אף דפטור בשכר בבעלים על פשיעה מ"מ מה דמסרן לאחר גרע מן פשיעה וכמש"כ הרמב"ם והכ"מ א"כ ה"ה בהנך דמיעטן התורה מן חיוב שומרין דמ"מ בזה דמסרן לאחר חייב משום דהוי פושע דהא לכתחלה מחוייב להיות יושב ומשמר כדין ש"ש והוי מיעט בשמירתו כנ"ל וע"כ אם מסרן לש"ח אף דהוי רגילים הבעלים להפקיד אצלו מ"מ הוי פשיעה ואם אין אחריות שבת עליו פטור משום דאז לא הוי מיעט בשמירתו [ועיין בנתיבות סי' ש"א ס"ק ב' וקצרתי]. ומדפריך הש"ס בפשיטות מן השוכר את הפועל כו' ולא משני דמיירי בכה"ג מוכח דס"ל להש"ס דגם מן פשיעה נתמעטו ואף דס"ל להרמב"ם והמחבר דאע"פ ששאל ושכר בבעלים דפטור גם מפשיעה דהא קיי"ל פשיעה בבעלים פטור ומ"מ ס"ל דאם מיעט שמירתו דחייב משום דהוי כמו מזיק וכמש"כ הכ"מ. י"ל דס"ל להתוס' בזה דלא כהרמב"ם אלא ס"ל דדינו רק כמו פשיעה ולא כמזיק [ועיין בש"ך סי' רצ"א ס"ק מ"ו ובסי' ס"ו בש"ך ס"ק קכ"ז ובסי' ש"א

בש"ך ס"ק ד'] וס"ל להתוס' דכיון דפשיעה פטור בשטרות דה"ה גם כה"ג פטור וע"כ א"ש מה דמקשה הש"ס מן הא דהשוכר את הפועל כו'. ובאמת יש להקשות על שיטת הרמב"ם דס"ל דפשיעה חייב בכל הנך דמיעט התורה מן דין שומרים דתקשה דמאי פריך הש"ס שם מהא דשוכר את הפועל כו'. הא י"ל דמיירי בכה"ג דמיעט בשמירתן ואם אחריות שבת עליו חייב בכה"ג משום דהוי פשיעה ואם אין אחריות שבת עליו פטור משום דהא לא מיעט בשמירה וכש"כ לשיטת הרמב"ם דס"ל דזה גרע מן פשיעה וחייב בכה"ג אף בבעלים א"כ תקשה ביותר דמאי פריך הש"ס מהשוכר את הפועל כו' הא ה"מ לאוקמי כהאי גוונא:

וי"ל דבאמת עיקר מלתא דפסק הרמב"ם דבמיעט שמירתו הוי פושע דזה תלוי בפלוגתת אמוראי דב"מ ד' ל"ו דרב ס"ל שם שומר שמסר לשומר דפטור אף אם גרע לשמירתו משום דהא מסר לבן דעת וריו"ח פליג ע"ז וס"ל דחייב משום אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ועיין בתוס' ד"ה רב אמר פטור כו'. ולקמן ד' צ"ג תוס' ד"ה אי הכי אמאי פטור כו' שכתבו ומהא דאמר רב דשומר שכר שמסר לשומר חנם פטור כו' א"כ י"ל דלרב וודאי אף אם מיעט בשמירה לא הוי פשיעה דהא מסר לבן דעת ועיין בב"ק ד' י"א ואי' בשבת דף מ' דרבה בכל מילי עביד כרב רביה לחומרא וידוע דחומרא בממון הוי דאין מוציאין מן המוחזק וכיון דלרב וודאי אף אם מיעט בשמירה פטור ולא הוי פשיעה א"כ מסתמא ס"ל כן לרבה תלמידו דאין להוציא ממון ולחייבו משום פשיעה ועיין בסוכה רפ"א בראש"ש ובר"נ כעין זה ושיטת איכא דאמר שם בריש"ף דאף במה דלא פליגי רב ושמואל אמרינן דרבה עביד כרב לחומרא א"כ הכא בב"מ ד' נ"ח דרמי ליה רב יוסף ב"ח לרבה הך קושיא מן השוכר את הפועל כו' ע"כ שפיר הקשו ולא תי' דמיירי במיעט לשמירה דהא לרבה דס"ל כרב א"כ הא כה"ג לא הוי פשיעה כלל דהא מסר לבן דעת וע"כ שפיר הקשו לו ואשתיק רבה וא"ל מידי שמיע לך בהא והוכרחו לתרץ בקנו מידו אבל לדינא דלא קיי"ל כרב התם בב"מ שפיר פסק הרמב"ם דבמיעט שמירה הוי פשיעה. ואף דרב חסדא אמר שם בב"מ ד' ל"ו דהא דרב לאו בפי' איתמר כו' עכ"ז הא אביי אמר שם דלטעמיה דרב אף ש"ש שמסר לש"ח פטור כו' א"כ ס"ל לאביי דרב אמר כן להך מילתא ודלא כר"ח א"כ מסתמא ס"ל כן לרבה רבו דאביי וכמש"כ התוס' בשבת ד' מ"א ע"ב בד"ה מיחם שפינה כו' דמסתמא אביי כרבה רביה ס"ל ע"ש ובעיקר הכלל הזה יש לדון הרבה ואכמ"ל] ע"כ שפיר הקשו לרבה מהך דהשוכר את הפועל כנ"ל וא"ש שיטת הרמב"ם ועכ"ז מש"כ לעיל לתרץ דברי התוס' א"ש משום דהא אמרו בב"מ שם ד' נ"ח דכן אריו"ח בקנו מידו. אלמא דגם לריו"ח היה קשה כן והא לריו"ח דס"ל בב"מ

ד' ל"ו דשומר שמסר לשומר חייב ולא מבעיא ש"ש שמסר לש"ח דגרע לשמירתו כו' ופליג שם על רב וכן ס"ל לריו"ח בירושלמי לקדושין פ"א ה' ד' דשומר שמסר לשומר חייב א"כ עדיין תקשה דל"ל לריו"ח לאוקמי בקנו מידו הא י"ל דמיירי במיעט שמירתו דהוי פשיעה לדידיה ומדלא אוקמי כן שפיר הוכיחו התוס' דגם פשיעה פטור בשטרות והקדשות כנ"ל:

ובשיטת הרמב"ם אפשר לומר דכוונת הגמ' דאמרו וכן א"ר יוחנן בקנו מידו דלא על האי מלתא דהקשו מן השוכר את הפועל אמר כן ריו"ח אלא באמת א"ר יוחנן כן בב"ב ד' ג' על מה דמקשה הש"ס שם כי רצו מאי הוי כו' א"ר יוחנן בקנו מידו ועיקר כוונת הגמ' שם להוכיח דאין לומר דדוחק לאוקמי דמיירי בקנו מידו ובאמת חזינן דהיה דוחק להש"ס לאוקמי דמיירי בקנו מידו והיכא דיש לו תירוץ אחר אינו משני דמיירי בקנו מידו דהא הריטב"א בחי' לב"מ שם הקשה דלמה לא משני הגמ' להא דקנו מידו על הא דהקשו שם בגמ' לעיל מן בני העיר כו' ועיין במרדכי פ' הזהב בשם הר"מ כו'. אלמא דהאמת הוא דהיכא דהיה להם תירוץ אחר ראו להדר אחר תי' אחר ומה"ט אמרו שם דרבה אשתיק וא"ל מידי שמיע לך בהא אלמא דלא היה רוצה כ"כ לומר דמיירי בקנו מידו אף דזהו דרך פשוט משום דהיה לו דוחק לאוקמי בכה"ג דא"כ איך סתם התנא בזה וע"ז י"ל דא"ל רב יוסף ב"ח לתרץ דא' ר"ש בקנו מידו וכן א' ריו"ח בקנו מידו הכוונה דמצינו דלא היה דוחק לריו"ח לאוקמי בקנו מידו אף דתנן סתמא שם בב"ב. א"כ ה"ה הכא י"ל דאף דסתם התנא מ"מ יש לפרש דקאי בקנו מידו ונקטו לשון קצרה ועיין ב"מ ד' צ"ד דאמר שמואל בקנו מידו ולעיל ד' ט"ו כן י"ל לכאורה בזה:

אבל באמת אין זה במשמעות הסוגיא ועוד יש לדון בזה דהנה בעיקר הך מלתא דאמרו בקנו מידו תמה האו"ת בסי' ס"ו ס"ק ע"א דאיך משכחת לי' בהקדש דין חליפין דהא ה"ל מועל בהקדש ע"ש ובאמת נראה לי בזה ע"ש מש"כ הקצה"ח בסי' קכ"ג ס"ק ה' ובסי' קצ"ה ס"ק ט' דיש לדון בדין קנין חליפין דקנה בתורת עבד כנעני כמו בקדושין ד' ח' ע"ש א"כ עפ"ז ניחא קושיית האו"ת הנ"ל משום דלא ה"ל דין מועל בהקדש בהך קנו מיניה משום די"ל דאחרים נתנו לו הסודר כדי שיתחייב להקדש ומהני זה בתורת עבד כנעני ומיושב קושיית האו"ת הנ"ל ויש לי להאריך בזה וכן מצאתי בקצה"ח סוף סי' ס"ו שכ"כ ולפ"ז אינו ראיה לזה כ"כ מהא דב"ב די"ל דלכן לא היה רוצים כ"כ לאוקמי בקנו מידו משום דאפשר כסברת האו"ת הנ"ל [וע"פ מש"כ הש"ך לקמן בסי' ס"ו ס"ק קכ"ח לומר דקנו מידו לא מהני על חיוב שבועה כי אם על חיוב תשלומין א"ש למה שהקשה הריטב"א כנ"ל משום די"ל דלעיל דמיירי בחיוב שבועה ע"כ לא משני בקנו מידו משום

דלא מהני קנין על חיוב שבועה רק הכא דמיירי בחיוב תשלומין ע"ז שפיר מהני קנו מידו] ועוד דהא בב"ב שם אמרו אמר רב אסי אמר רב יוחנן בקנו מידו ואלו הכא בב"מ לא הזכירו להא דאמר רב אסי אלא אמרו וכן א"ר יוחנן אך אין להאריך בכ"ז כי באמת בלא"ה אין סברא לפרש בכוונת הסוגיא דנתכוונו להא דריו"ח דב"ב וע"כ שפיר כתבו התוס' להוכיח דמיעטן התורה אף מן פשיעה מדלא מוקי הס"ס בכה"ג ומתורץ קושיית הש"ך מעל התוס' הנ"ל: אך הש"ך לשיטתו דס"ל בסי' רצ"א ס"ק מ"ו דאף מיעט שמירתו לא מקרי פשיעה כיון שמסר לבן דעת ע"כ שפיר דחה כאן לראיית התוס' הנ"ל ועיין בב"מ ד' ל"ו בתוס' שם וקצרתי:

סימן סז

א (שם סעי' יו"ד) המלוה את חבירו וקבע זמן לעשר שנים כו' אינה משמטת:
ולחד לישנא במכות דף ג' משמטת. והקשה הקצה"ח בס"ק ג' תיפוק ליה כשמלוה לעשר שנים הרי התחייב א"ע לפרוע לעשר שנים ולא גרע מתנאי ע"מ שלא תשמטני שביעית דאין בו משום מתנה עמש"כ בתורה משום דיכול לחייב עצמו בדבר שבממון ואף בכתב בשטר בלשון פקדון מהני מכש"כ זה שחייב א"ע לעשר שנים ונדחק ליישב זה:
ולענ"ד אין זה קשה דהא אינו מוכח מן מה שקבע זמן לפרוע לו לעשר שנים דמתחייב א"ע שלא תשמיטני שביעית דהא יכול הלוה לומר דאף דהתחייבתי לפרוע לאחר עשר שנים מ"מ לא נתכוונתי לעקור לשביעית דהא ביד המלוה להשתדל שינצל מן שמיטת שביעית לא מבעיא בחוב בשטר דיכול למסור שטרותיו לב"ד דמוסר שטרותיו לב"ד אינו משמט מה"ת כמש"כ התוס' במכות ד' ג' בד"ה המוסר שטרותיו לב"ד כו'. ועיין בגיטין ד' ל"ו תוס' ד"ה מי איכא מידי כו' ואף בחוב בע"פ הא מהני פרוזבול עכ"פ מדרבנן להנצל מן שביעית שלא יפקיענו שביעית וזהו ביד המלוה לכתוב פרוזבול ומה"ט נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד דזהו דבר בידו וכמש"כ הסמ"ע. ע"כ אין בזה שום התחייבות שלא תשמיטנו שביעית והא דכתב בלשון פקדון אינו משמט שא"ה דהוי כמו אודיתא דזה מהני אף באיסורין וכמש"כ הקצה"ח בסי' קצ"ד:
והא דמביא הקצה"ח לירושלמי שביעית דקאמרי המלוה ע"מ שלא תשמיטנו שביעית אין שביעית משמטתו והתנינן נותנים מכאן ועד עשר שנים ויש עשר שנים בלא שמיטה בכותב פרוזבול ומביא שם פי' הפ"מ ודחהו ומפרש לי' בפי' אחר. באמת כן פי' הפ"מ עצמו בשביעית פ' יו"ד ה"א אלא במכות פ"א פירש באופן אחר כמו שהובא בקצה"ח אך באמת אין ראיה מן הירושלמי כלל די"ל לבסוף דמסיק הירושלמי בכותב פרוזבול

י"ל דמה"ט לא מקרי זה כמו התחייבות לשלם שלא ישמיטנו שביעית די"ל דהא ביד המלוה לכתוב לו פרוזבול וע"כ אין ראיה מירושלמי כלל לדברי הקצה"ח:
ועפ"ז אתי שפיר דברי הרדב"ז דהובא בתומים סי' ס"ז ס"ק כ"ו שכתב לשיטת הרא"ש דכל שנת שביעית אין יכול לתובעו בב"ד ולכן אין כותבין פרוזבול אבל בחוב הנעשה בשביעית כותבין פרוזבול אף בשביעית ובזו הרא"ש מודה ותמה התומים דמ"ש אכן לפי סברא זו א"ש משום דהא בחוב הנעשה בשביעית וקיבל הלוה לשלם לו שייך בזה סברת הקצה"ח הנ"ל דהוי כמו התחייבות שהתחייב הלוה שלא תשמיטנו שביעית. ובזה לא שייך לומר מש"כ לעיל דהא אי נימא דמשמטת:
א"כ אינו יכול לכתוב פרוזבול כל שנת השביעית לשיטת הרא"ש הנ"ל כיון דאינו יכול לתבוע בב"ד ולכן כיון דהתחייב א"ע לפרוע הוי זה כאלו התנה שלא תשמיטנו שביעית וכיון דיכול לתבוע חובו ממילא מהני פרוזבול והא דצריך פרוזבול אף דהוי כאלו התנה מ"מ הא אף לשיטת הרא"ש יש כח וזכות אלימתא בסוף שביעית יותר מן כל שנת שביעית דהא עיקר שביעית אינה משמטת אלא בסופה ונפ"מ אף לשיטת הרא"ש דבכל שנת שביעית א"צ לומר משמט אני ובסוף שביעית צ"ל משמט אני ע"כ י"ל דאף דהוי כמו התנה דלא תשמיטנו שביעית. מ"מ הא אינו מוכח ממנו דעקר לשביעית רק על כל השנה ולא על סוף שביעית דכיון דיש לו אז כח יתירתא י"ל דלא נתכוין לעוקרו ע"כ בעינן לכתוב פרוזבול אבל כתיבת פרוזבול מהני אף לשיטת הרא"ש באם היתה ההלואה בשנת שביעית עצמה וא"ש כל זה: (ב) (שם סעיף ל"ג) נאמן אדם לומר פרוזבול היה לי ואבד ואמרו הטעם דלא שבק היתירא ואכיל איסורא והקשה השער המשפט תיפוק ליה בלא"ה דיהיה חייב הלוה משום איני יודע אם פרעתיך ע"ש. ולדעתי אין זה קשה דעיקר הטעם בא"י א"פ דחייב משום דמוקמינן על חזקה דלא נעשה דבר מחודש הן מעשה הפרעון והן המחילה וכה"ג אבל הכא אדרבה יש לנו לומר חזקה להיפך דלא נעשה מעשה הפרוזבול ע"כ אין זה דומה לא"י א"פ וכל הטוען דבר מחודש עליו להביא ראיה משום דאוקי אחזקה דלא נעשה זה וזה פשוט ובדברי הרמב"ם דכתב טעם דנאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד משום דמן הסכנה כו' כתבתי במק"א לבאר זה היטב והוא בחידושי לעיל סי' ל"ד סעי' כ"ט ענף ו' בהג"ה ע"ש ואכתוב כאן בקצרה:
מה שהקשו על הרמב"ם פ"ט הל' שמיטה דכתב דלכן נאמן לומר פרוזבול היה לי ואבד משום סכנה ולא נקט הטעם דאמר ר"נ בגיטין דף ל"ז דלא שבק היתירא כו' וכמש"כ הסמ"ע דהוי בידו כו' הנה שם כתבתי תירוץ לזה די"ל דר"נ לטעמיה דס"ל בגיטין ד' ל"ג דסגי בשני דיינים לפרוזבול ע"כ הוי בידו משא"כ אי נימא דהלכה כרב ששת דבעי

שלשה דיינים לפרוזבול ובדברי הרמב"ם אין הכרע כ"כ איך דעתו בזה כמש"כ הבית יוסף ע"כ י"ל דזה לא הוי דבר שבידו כ"כ משום דמי יימר דמזדקקי ליה תלתא כמבואר בקדושין ד' ס"ב ובתוס' סוטה ד' כ"ה ע"ב ומשמע דדוקא היכא דבעי תלתא אמרינן מי יימר דמזדקקי כו' וי"ל דהרמב"ם ס"ל דבעינן שלשה ע"כ לא כתב הטעם דלא שבק היתירא משום דאין זה בידו כ"כ ע"כ כתב הרמב"ם הטעם דמן הסכנה כו' ועפ"ז יש ליישב קושיית רע"א וצ"ל בגליון המשניות למכות פ"א משנה א' במעידין על פ' שחייב מכאן עד למ"ד יום כו' שהקשה דלמה צריך הש"ס לאוקמי במלוה על המשכון הא בלא"ה ביד המלוה לכתוב פרוזבול כו' ע"ש ולפמש"כ י"ל דהך סוגיא ס"ל דבעי תלתא ואין זה כ"כ בידו כנ"ל וזה הספק הוא שווה להלוה ביותר מן האומדין כמה אדם כו' דקתני במשנה וע"כ הוכרח התרצן לאוקמי במלוה על המשכון ומוסר כו' ועיין פי' רש"י ותוס' שם ובגיטין ד' ל"ב ע"ב תוס' ד"ה ור"נ כו' מש"כ בשיטת רבא וקצרתי:

סימן סח

א (סעי' א) שטר שכתב כו' וכן צריכים שיעידו על כו' הג"ה וי"א דסתם כו' וזהו פלוגתת הרמב"ם והרא"ש כמש"כ הסמ"ע ס"ק ה' והנה בב"ב ד' מ"ה ע"א מכריז רבא כו' אמימר אמר אפילו כו' ובתוס' ד"ה דינא הוא כו' וקיי"ל כאמימר כמבואר בח"מ סי' רכ"ה סעי' ב'. א"כ משמע מזה כשיטת הרמב"ם והמחבר הכא ועיין בבאר הגולה שם סי' רכ"ה וכן מצינו בגיטין ד' כ"ח ע"ב דאמר רב יוסף לא שנו כו' א"ל אביי כו' א"ל כי שקלי כו' וכש"כ לאיכא דאמרי שם דאמר רב יוסף לא שנו כו' והרמב"ם פסק שם כלישנא בתרא כמש"כ הב"ש בסי' קמ"א ס"ק ק"ט ועיין באה"ע סי' י"ז ומן כ"ז הוי סייעתא לשיטת הרמב"ם והמחבר הכא:

אכן לפמש"כ הרא"ש בגיטין פ"א סי' יו"ד לחלק בין דין ובין עדות אתי שפיר דאינו קשה מכל זה על שיטת הרא"ש הנ"ל:

ויש להאריך בכ"ז אך לפי שבזמנינו אין מקום לחוש לזה כלל וכ"ז אינו רק בזמנים הקודמים כידוע ע"כ קצרתי:

סימן סט

א (סעי' ה') הוציא כתב ידו על יורשיו אנו טוענים להם שהוא פרוע כו' סמ"ע שם ס"ק י"ז ואף כתוב בשטר נאמנות סתם לא מהני הנאמנות לגבי יורשים אם לא שנכתב נאמנות גם נגד יורשיו כו' וכ"כ הש"ך שם ס"ק כ"ד אבל הט"ז שם חלק על הסמ"ע והעלה דאף

בנאמנות סתם גובין בשבועה מיורשים כיון דאביהן לא היה נאמן לטעון פרעתי כו' והנתיבות שם ס"ק ח' כתב להכריע כדעת הט"ז והטעם דכיון דאינו מניח שטר כזה ביד המלוה דין שטר גמור יש לו ושייך בזה שטרא בידי מאי בעי ע"ש:

ענף א:

ולדעתי יש לדון בזה מטעם אחר דגבי בזה מיורשים דהא קיי"ל דאומר איני יודע אם פרעתי חייב לשלם והיכא דלא הוי להלוה למידע וטען איני יודע אם פרעתי יש בזה פלוגתא דרבוותא אם חייב או פטור כמבואר כ"ז במל"מ פ' ד' הל' שאלה ופקדון ופ' י"א הל' מכירה ובאו"ת סי' ע"ה ס"ק כ"ב ובאמת מוכח בסי' ע"ב סעי' י"ד בטור ובשו"ע שם דאף היכא דלא ה"ל למידע חייב דהא כתבו שם היכא דהמלוה טוען דנאבד המשכון באונס חייב הלוה לשלם משום דה"ל כאומר איני יודע אם החזרתי שהרי א"י אם נאבד בפשיעה או באונס כו' והתם ה"ל הלוה כמו לא ה"ל למידע ולא פשע כלל ומ"מ חייב אלמא דאף בלא ה"ל למידע חייב באומר א"י אם פרעתי ויש להאריך בזה הרבה אך לא באתי בענין זה רק בקצרה לפי שיש לי להאריך בזה בשארי ענינים והנה מבואר באו"ת שם בשם בעה"ת דכתב דלכן ביורש האומר א"י אם פרעו אביו דפטור כמבואר בסי' ע"ה סעי' ט"ז משום דלא ה"ל למידע ולא פשע ע"כ מיפטר ולשיטת הסוברים דאף בלא ה"ל למידע חייב הלוה הא דיורש פטור באומר א"י אם פרע אביהם הטעם הוא משום דטענינן ליורש וה"ל כטענת ברי וכמש"כ הרא"ש רפ"ב דכתובות על מה דאמרו התם אבל הכא ברי וברי כו'. ועיין בתומים שם מה שפלפל בזה ע"פ דברי הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"א גבי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דיורשים פטורים בפלוגתת הרמב"ם והתוס' ר"פ שור שנגח כו' ולפ"ז יש לדון בהך דינא דנכתב נאמנות רק נגד הלוה ולא נגד יורשים דיהיו חייבים היורשים משום דה"ל כמו אינו יודע אם פרעתי דחייב אף במקום דלא ה"ל למידע לשיטת הסוברים דחייב אף בלא הל"ל דהא דפטורים יורשים באינם יודעים אם פרע אביהם זהו משום דטענינן להו טענת אביהם דהיה נאמן לטעון פרעתי ויש להם זכות וכח אביהם ע"כ היכא דאביהם לא היה נאמן לומר פרעתי משום הנאמנות א"כ לא היה מעולם זכות לאביהם לטעון פרעתי ע"כ ממילא חייבין היורשים אף דלא נכתב נאמנות נגדם משום דהא ה"ל א"י אם פרעתי דחייב לכמה פוסקים אף במקום דלא ה"ל למידע כן יש לדון לשיטת הסוברים דחייב אף במקום דלא ה"ל למידע:

שוב ראיתי דמש"כ תליא בפלוגתת התוס' ורש"י בשבועות ד' מ"א ע"א ד"ה וכי מה בין זה לפוגם שטרו כו'. והוא דהתוס' הקשו על מה דקאמר התם דאי טען לשתבע לי חייב בעה"ש לשבע והקשו מה בין זה לפוגם שטרו והקשה התוס' דתקשה להו אמתניתין

דהבא לפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה וטעמא משום דאי היה אבוהן קיים הוי טען אישתבע לי אלמא מצי משבע ליה ומיהו נראה דטעמא לאו משום הכי הוא דאפילו לא מצי אבוהן טעין טענינן ליתמי דפרק הכותב אמרינן כתב לאשתו נקי נדר נקי שבועה לא תפרע אלא בשבועה אלמא עבוד רבנן תקנתא ליתמי במקום שאין האב יכול להשביע עכ"ל אבל שיטת רש"י בגיטין ד' נ' ע"א ד"ה לשבועה וז"ל דלכן הבא ליפרע מיתומים צריך שבועה משום דטענינן דאי הוי אבוהן קיים הוי טען ואמר אישתבע לי היה צריך שבועה כמבואר בשבועות ד' מ"א והשתא אנן טענינן בשביל יתמי ואף גדולים נמי עכ"ל וכ"כ רש"י בכתובות ד' פ"ז ד"ה מנכסים משועבדים כו' דלכן מיתומים ולקוחות צריך שבועה משום דטענינן להו טענת אביהן א"כ ס"ל לרש"י דלא כהתוס' הנ"ל. וכ"כ הרע"ב והר"ן בכתובות שם ולשיטת רש"י והר"ן והרע"ב הנ"ל תקשה הוכחת התוס' בשבועות הנ"ל דאמאי בנקי נדר נקי שבועה חייבת לשבע ליתומים והא התם לא היה יכול להשביעה ואפ"ה יורשיו משביעין אותה אלמא דהשבועה הוא מצד עצמה ולא מצד דטענינן להו:

וראיתי בפני יהושע כתובות ד' פ"ז ד"ה מנכסים משועבדים ומנכסי יתומים כו' שהקשה כן על שיטת רש"י והביא בשם נתיבות המשפט הראשון ד' רצ"ו דתירץ שיטת רש"י די"ל דגם בנקי נדר נקי שבועה דיורשיו משביעין אותה זהו ג"כ משום דטענינן להו טענת אביהם דלמא אי היה אבוהן קיים היה טוען פרעתי ואישתבע לי ואף דאביהם לא היה יכול להשביעה זהו רק משום הפטור והנאמנות אבל לולי הנאמנות והפטור היה יכול להשביעה מצד טענה עצמיות וע"כ שפיר טענינן ליורשים לומר אישתבע לי וסיים הפ"י והדברים ראוים למי שאמרן עכ"ל א"כ בנ"ד ג"כ י"ל דאף דנכתב נאמנות נגד הלוה והיה הלוה מחוייב לשלם עכ"ז גם בזה טענינן ליורשיו דהכת"י הוא פרוע ואילו היה אבוהן קיים הוי טען פרעתי ע"כ ה"ל כטוענים ברי פרעתי ואף דאבוהן לא היה נאמן לומר פרעתי מצד הנאמנות עכ"ז הא לשיטת רש"י גם בכה"ג טענינן ליורשים משום דכיון דלולי הנאמנות היה יכול לטעון פרעתי ע"כ גם בזה טענינן ליורשים והוי כמו טענת ברי ופטורים היורשים אבל לשיטת התוס' דס"ל דלא שייך בכה"ג טענינן ליורשים כיון דעכ"פ אביהן לא היה יכול למטען כן' יהיה מאיזה טעם שיהיה ע"כ בנ"ד יש לחייב ליורשים משום א"י אם פרעתיך לשיטות הסוברים דבלא הוי לו למידע חייב בא"י אם פרעתי. ועיין היטב בט"ז הנ"ל ובעיקר שיטת רש"י והתוס' הנ"ל יש להאריך הרבה:

ענף ב:

אמנם בעיקר מלתא דנא יש לעיין הרבה ונקדים מתחלה הא דסוטה ד' ל"א במשנה דמי שקינא לאשתו ונסתרה כו' אמר ע"א אני ראיתי שנטמאה לא היתה שותה ואף עבד ושפחה נאמנין אף לפוסלה מכתובתה חמותה וצרתה ויבמתה הרי אלו נאמנות ולא לפוסלה מכתובתה אלא שלא תשתה. ובירושלמי שם ה"ב איתא פלוגתת ר"ע ור"ט דר"ט אומר ע"א נאמן לטמאותה ואין נאמן להפסיד כתובתה ור"ע אומר כשם שע"א נאמן לטמאותה כן נאמן להפסיד כתובתה חזר ר"ע להיות שונה כר"ט וכן לקמן שם ה' ד' אי' בירושלמי רב אדא בר אחוה אמר ע"א נאמן לטמאותה ואין ע"א נאמן להפסיד כתובתה כו' וקשה בכ"ז הא כיון דקינא לה ונסתרה ונאסרה לבעלה א"כ ממילא הפסידה כתובתה כמו דס"ל לבית הלל לעיל ד' כ"ה גבי מתו בעליהן עד שלא שתו דמתוך שלא שותות אינן נוטלות כתובה דשטר לא הוי כגבוי א"כ הוא הדין הכא דכיון דיש ע"א המעיד דנטמאה ומה"ט אינה שותה. א"כ כיון דאינה יכולה לברר היתירא א"כ תפסיד כתובתה מספיקא דקנוי וסתירה דהתורה עשאו לספק ועיין בתוס' סוטה ד' כ"ה ע"ב ד"ה ב"ה אומרים כו' ותקשה כנ"ל ולקמן יבואר דקושיא זו מצאתי כעת בספר בית מאיר. אך אכתוב בזה כפי שכתבתי כבר טרם מצאתי בספר הנ"ל:

ואפשר לומר בזה לפמש"כ התוס' בב"מ ד' ק' דבדרא דממונא מהני תפיסה כשטוען טענת ברי אך התומים בכללי תפיסה העלה דדוקא בטוען על גוף החפץ שהוא שלו בזה מהני תפיסה אבל בתופס חפץ עבור חובו בזה לא מהני תפיסה בדרא דממונא וכן העלה הנתיבות בכללי תפיסה סעי' ז' אבל אני לעצמי כתבתי במק"א לדחות הוכחת התומים מן ספ"ג דב"ק והעליתי דאף בספק הנולד ע"פ דרא דממונא אף בתופס עבור חוב ג"כ מהני תפיסה בטוען ברי א"כ לפ"ז י"ל דאף לבית הלל דס"ל במתו בעליהן עד שלא שתו דאבדו כתובה עכ"ז אם תפסה מהני משום דכיון דהתורה עשאו לספק מצד רגלים לדבר דקינוי וסתירה אין לך דרא דממונא יותר מזה דהא נולד הספק לב"ד אף בלא טענותיהן כפי' התוס' ע"כ היה מועיל תפיסה היכא שאומרת ברי לי שלא נטמאה ויש לה זכות כתובה עדיין לענין תפיסה ע"כ אמרו שפיר לענין זכותה שיש לה בתפיסה. דלזה לא נאמנין הנך חמש נשים או ע"א לר"ט ור"ע משום דאינן יכולין לגרוע זכותה שיש לה בתפיסה כן יש לפרש להמשנה ולפ"ז יש מזה סייעתא למה דהעליתי במק"א לדון דאף בדרא דממונא בתופס עבור חוב מהני תפיסה בטוען ברי ודלא כהתומים ונתיבות אך יש לחלק דשא"ה דהוי חזקת חיוב על הבעל בחוב כתובה והיכא דיש חזקת חיוב אז שפיר מהני תפיסה בדרא דממונא אבל היכא דנולד ספק בעיקר החיוב אז שפיר י"ל דלא מהני תפיסה בתופס עבור חוב וכמש"כ האו"ת ואף שהתוס' בסוטה ד'

כ"ה ד"ה ב"ה אומרים כו' כתבו דאף למ"ד ברי עדיף לא מקרי בזה טענת ברי ועכ"ז י"ל דלענין תפיסה דבעי טענת ברי מקרי גם בזה טענת ברי:

הגה"ה ויש להעיר לסומכוס דס"ל בכל ממון המוטל בספק חולקין בכל דררא דממונא וגם במוחזק בטוען שמא כמש"כ התוס' בב"מ ד' ק': א"כ אמאי אמרו ב"ה בהא דמתו בעליהן עד שלא שתו דמתוך שלא שותות לא נוטלות כתובה והא הוי לה ליטול פלגא דהא לפמש"כ ה"ל זה דררא דממונא וחולקין לסומכוס ואפשר דסומכוס יפרש להך דב"ה דכוונתם דאינן נוטלות כל הכתובה רק פלגא נוטלות ועיין בב"ב דף קנ"ז וקנ"ח גבי נפל הבית עליו כו' דב"ה אומרים נכסים בחזקתן כו':

ולא יחלוקו כב"ש וי"ל דאפשר דמיירי בברי וברי ועיין ב"מ דף ק' תוס' ד"ה הא מני כו' אך גם ז"א מספיק עדיין לתרץ כ"ז ועיין ביבמות דף ל"ח בכל הסוגיא וקצרתי בכ"ז לפי שאין כאן מקומו ע"כ הגה"ה ומהא דירושלמי דסוטה דהבאתי לעיל בשם ר"ע ור"ט יש מזה סייעתא למה שכתב רש"י בב"מ ד' ל"ז בד"ה אר"ע מודה אני בזה דאע"פ שאני משל ב"ש ואומר בשארי נפילות יחלוקו בזו מודה אני לב"ה שהנכסים בחזקתן כו' עכ"ל אלמא דס"ל לרש"י דר"ע ס"ל כב"ש דס"ל שטר העומד לגבות כגבוי דמי דהא בב"ב ד' קנ"ז גבי נפל הבית עליו ועל אביו והיתה עליו כתובת אשה ובע"ח כו' דב"ש ס"ל יחלוקו ובה"א נכסים בחזקתן ופי' רש"י והתוס' בסוטה ד' כ"ה טעמו דב"ש משום דשטר העומד לגבות כגבוי דמי כמבואר ביבמות ד' ל"ח ע"ש וכיון דכתב רש"י דר"ע סבירא לי' בכל נפילות דהתם כב"ש א"כ ס"ל דכגבוי דמי כנ"ל והשמ"ק בב"מ שם כתב להקשות על רש"י בזה וכתב בשם הרא"ש דדוקא בהך דהתם הוא דס"ל לר"ע כב"ש עיין שם וגם תירץ תי' אחר ועיין בתוס' שם ובב"ב ד' קנ"ח בתוס' ד"ה אמר ר' עקיבא כו' דהקשו ג"כ על רש"י בזה וכן מצינו לר"ט ברכות ד' י"א דאמר והטיתי לקרות כדברי ב"ש א"כ י"ל דר"ע ור"ט ס"ל כב"ש דס"ל שטר העומד לגבות כגבוי דמי ע"כ שפיר אמרו דאין ע"א נאמן להפסיד כתובתה משום דס"ל כב"ש דכתובה דמי כגבוי וע"כ נוטלת כתובה ויש להאריך בזה אך מה דהקשיתי במשנה דסוטה הנ"ל תקשה עדיין. אך לפמש"כ לעיל דמהני תפיסה בזה א"ש כ"ז: אכן ברמב"ם הל' סוטה פ"א הל' ט"ו כתב דחמש נשים נאמנות להעיד דנטמאה לאוסרה ושלא להשקותה אבל לא להפסידה מכתובתה אלא נוטלת כתובתה ויוצאה ע"כ לשון הרמב"ם אלמא דהרמב"ם מפרש דנוטלת כתובה ומוציאה מהבעל א"כ תקשה עדיין קושיא זו דאמאי נוטלת הכתובה והא קיי"ל כבית הלל דלא הוי כגבוי ומספיקא אינה נוטלת את הכתובה. וע"כ נלע"ד לדון בזה והוא דלכן נוטלת את הכתובה אף דהוי בתר קינוי וסתירה ונולד לנו ספק אי זינתה או לא עכ"ז

כיון דהוי חזקת חיוב כתובה על הבעל בעת שנשאה ובתר הכי נולד לנו ספק אם זינתה ומיפטר הבעל או לא א"כ ה"ל כאומר א"י אם פרעתי דהיכא דהתובע טוען ברי חייב הלוה לשלם וה"ה הכא טענת האשה ברי לי שלא זינתה ובצירוף חזקת חיוב ע"כ חייב הבעל לשלם הכתובה ואף שכתבו התוס' בסוטה ד' כ"ה ד"ה ב"ה אומרים או שותות כו' באה"ד שם דכיון דהתורה עשאו לספק ע"כ אינה יכולה לטעון טענת ברי וע"כ אף למ"ד ברי ושמא ברי עדיף עכ"ז מודה הכא דאינה נוטלת הכתובה כו' י"ל דזהו דוקא לענין מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם נתחייבתי אבל היכא דהוי כמו איני יודע אם פרעתי אז אף בכה"ג מקרי זה ג"כ טענת ברי ונוטלת הכתובה משום א"י אם פרעתי ואף דהבעל לא ה"ל למידע עכ"ז באמת מוכח מזה דאף היכא דלא ה"ל למידע ג"כ חייב היכא דנולד הספק בפטור:

והא דמתו בעליהן עד שלא שתו דפטורים היורשים. יש לומר דשאני התם לפמש"כ הקצה"ח בסי' ל"ט ס"ק ה' דהיכא דנולד הספק שמא פרעו מקודם דקנו הלקוחות הקרקע דאז אין דינו של הלקוחות כמו א"י אם פרעתי רק כמו א"י אם נתחייבתי משום דאם נימא דהלוה פרעו מקודם דקנו הלקוחות הקרקע דאז לא הוי מעולם שום חזקת חיוב כלל על הלקוחות ע"כ הוי דינם כמו א"י אם נתחייבתי ופטורים ע"ש בקצה"ח ולפ"ז יש לדון ביורשים היכא דנולד הספק שמא פרע או נפטר מורישן מאיזה טעם מן החוב א"כ אי נימא כן ע"כ לא הוי מעולם שום חזקת חיוב על היורשים והוי היורשים כמו א"י אם נתחייבתי ופטורים דלא הוי דינם כאומר א"י אם פרעתי. משום דלא היה עליהם חזקת חיוב בוודאי אך עדיין יש לומר בעיקר סברת הקצה"ח הנ"ל דהא על הנכסים הי' עליהם שעבוד כבר בוודאי וכיון דהיו הנכסים משועבדים כבר ע"כ היכא דנולד ספק אי פקע השעבוד נכסי אי לא. א"כ הוי דינם ג"כ כמו א"י אם פרעתי משום ברי של הבע"ד בצירוף החזקת חיוב שהיה מוטל על הנכסים וכן מצאתי בנתיבות סי' ל"ט ס"ק יו"ד להשיג על הקצה"ח משום דהא הספק הוא אם יצאו משעבודם שהיו על הנכסים או לא ע"ש:

אך יש להסביר זה ביותר ביאור דהא הר"נ פ' הכותב והסמ"ע סי' ס"ו ס"ק נ"ה כתבו בהא דא' שמואל המוכר שט"ח ומחלו דמחול ושיטת ר"ת הוא לפי דהיכא דליכא שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד נכסי והקשו דא"כ במת הלוה אמאי גבי מיתמי ותירצו שם זה אבל האו"ת שם ס"ק מ"ג כתב בזה מלתא דמסתבר משום דבמת הלוה וזכו יורשיו בנכסים אז אף גוף היורש משתעבד כמו הלוה בעצמו ועליו מוטל לפרוע חוב אביו כו' עכ"ל האו"ת וכ"כ הנתיבות בסי' ק"ז ס"ק ט' וכעין זה הסברא מבואר ברא"ש בב"ק פ"א

סי' ו' דכתב דלכן בטלה מחלוקת משום דיתמי כרעא דאבוהון נינהו לפרוע חוב אביהן בשוה כו' והט"ז בח"מ סי' קע"ה סעי' ד' הביא לדברי הרא"ש הנ"ל בביאור יותר ומצינו עוד כעין זה בב"מ ד' ט"ו ע"א ובש"ד דכתבו התוס' לחלק גבי ב"ח גובה השבח דשאני יורשים דאף דאין להם על מי לחזור מ"מ יורש כרעי' דאבוהין וגבי מינייהו שבח והובא בש"ך ח"מ סי' קט"ו ס"ק ל"ב בארוכה:

ובמק"א ביארתי כ"ז בארוכה לחלק בין יורש ללקוחות ובסוגיות הש"ס כתובות ד' צ"ב ואכמ"ל:

וחזינן דשיטת התומים דלכן גבי בע"ח מיורשים משום דאף דמת הלוה ופקע שעבוד גופו מ"מ לכן גבינין מינייהו משום דמיטל שעבוד הגוף על היורשים. ע"כ היכא דנסתפקנו דלמא מיפטר המוריש באיזה פטור ואי נימא דמיפטר המוריש א"כ אז לא היה חל מעולם שום שעבוד הגוף על היתומים וליכא בזה חזקת חיובא כלל ואדרבה יש לדון בזה חזקת פטור עליהם לשיטת רש"י דס"ל מחזיקין מאיסור לאיסור אף באיסור אחר:

א"כ ה"ה מן פטור לפטור אחר מחזקינן אף בשם פטור אחר. ואף לשיטת התוס' החולק על רש"י בזה עכ"ז חזקת חיוב ליכא עליהם וכיון דלא נתברר מעולם חזקת חיוב ושעבוד הגוף על היורשין בזה ע"כ אף דעל הנכסים היה מוטל מכבר שעבוד נכסי מ"מ כיון דלא היה בוודאי שעבוד על גופם ע"כ לא מצינן לירד לנכסיהם מצד חזקת שעבוד נכסי דהא כיון דמספיקא אין לנו שעבוד הגוף ע"כ ממילא אין לנו שעבוד נכסי כלל דהא הממע"ה וכשיטת התומים הנ"ל:

ולפ"ז יש לומר שפיר דלכן במתו בעליהן עד שלא שתו דס"ל לבית הלל דאינן נוטלות הכתובה דאף דנתבאר בהך משנה דחמש נשים הנ"ל דזה הוי כאומר א"י אם פרעתי ונוטלת הכתובה אבל ז"א רק לגבי הבעל בעצמו אבל גבי היורשים דאי נימא דזינתה א"כ לא היה מעולם שום שעבוד הגוף עליהם. וכיון דלא נתברר בוודאי מעולם חזקת שעבוד הגוף על היורשים ע"כ אף דיש חזקת שעבוד נכסי על הנכסים עכ"ז אין גובין מן היורשים וע"כ אינה נוטלות הכתובה היכא דנולד ספק אי זינתה או לא אבל בחיי הבעל דהיה עליו כבר חזקת חיוב הגוף ע"כ חייב בכתובה משום א"י אם החזרתי כיון דטוענת ברי וע"כ ניחא דברי התוס' בסוטה ד' כ"ה דהקשו דתהא נאמנת משום ברי ושמא ברי עדיף להך מ"ד דס"ל כן ולא הקשו דהא הוי לי' א"י אם פרעתי וכמו דהקשה התומים בסי' ע"ה ס"ק כ"ב אבל לפמש"כ ניחא משום דלגבי היורשים לא הוי זה בדין א"י אם פרעתי כנ"ל ומתורץ מה דהקשיתי על שיטת הרמב"ם הלכות סוטה דכתב דנוטלת הכתובה בהנך חמש נשים הנ"ל:

ואחר כתבי כ"ז מכבר הגיע לידי ספר בית מאיר וראיתי באה"ע סי' קע"ח סעיף ט"ו שהקשה על הא דמבואר שם בחמש נשים דאינן נאמנות להפסיד כתובתה והקשה ע"ז מהא דמתו בעליהן עד שלא שתו וחילק כמש"כ לחלק ע"פ סברת הקצה"ח דשאני ביורשים דלא היה עליהם מעולם חזקת חיוב בוודאי רק שכתב כן בקצרה ולא הרגיש במה דיש לדון בזה דהא נשתעבדו כבר הנכסים וספק לנו אם יצאו מן שעבודם וכמש"כ הנתיבות הנ"ל אבל אנכי בארתי זה בטוב טעם בעז"ה כנ"ל וגם אשתמיט מהבית מאיר הנ"ל דברי הרמב"ם ה' סוטה שכתב דנוטלת הכתובה ויוצאת ע"ש:

ענף ג:

ועדיין יש להעיר ולהקשות דהא בשו"ע אה"ע סימן קע"ח סעיף ט"ו ובטור שם דכתבו זה הדין דחמש נשים אינן נאמנות להפסיד כתובתה רק נאמנות לאוסרה וקשה דהא בזמן דליכא מי המאררים לשתות א"כ הדין בזה וכמו המבואר בסוטה דף כ"ג ע"ב דארוסה ושומרת יבם אינן שותות ואינן נוטלות הכתובה וכתבו התוס' שם ד"ה ושומרת יבם כו' בשם ירושלמי דכיון דגרמה והכניסה א"ע להיות נאסרת על בעלה א"כ אבדה כתובתה אף לב"ש ושאני במתו בעליהן דהיתה יכולה להבדק ע"י שתיה ע"כ ס"ל לב"ש דלא אבדה כתובתה. ועיין ביבמות ד' ל"ח בתוס' ד"ה בש"א כו' ובתוס' סוטה דף ל"א ד"ה מי שקינא לה כו' בסה"ד שם שכתבו בזה"ל ומאחר שהיא גרמה שתיאסר עליו ואין יכולה לשתות הוי כארוסה וש"י כו' ע"ש וחזינן דהיכא דלא היתה יכולה להבדק בעת שנסתרה אז דינה כעוברת ע"ד דאבדה הכתובה אף לב"ש דס"ל כגבוי דמי א"כ ה"ה בזה"ז דאינה שותת בוודאי אחר דנסתרה א"כ אבדה הכתובה אף דנימא דדינה כמו א"י אם פרעתי דהא כיון דגרמה להיות נאסרת ע"י פשיעתה לבעלה א"כ מטעם זה אין לה כתובה בזה"ז א"כ קשה דאמאי נקטו בשו"ע ובטור זה הדין דחמש נשים דאינן נאמנות להפסיד הכתובה דהא בזה"ז ודאי אין לה כתובה כמבואר שם סעי' א' וכן לפמש"כ לעיל דיש לפרש ג"כ דנפ"מ לענין תפיסה כמו דרא דממונא גם זה ליתא בזה"ז כיון דגרמה בפשיעה להיות נאסרת לבעלה א"כ ממילא גם תפיסה לא מהני כמו כל עוברת ע"ד וזה גרע יותר כיון דנסתרה באופן דאסורה לבעלה ותקשה כן על מה דכתבו בטור ושולחן ערוך להך דינא דאינם נאמנות להפסיד הכתובה. והנראה לפענ"ד בכ"ז בהקדם קושית הב"ש באה"ע סי' קע"ח ס"ק י"א שהקשה על מה דכתבו השו"ע שם בא ע"א והעיד שנטמאה מאותו שקינא לה תצא והקשה דהא בזה"ז נאסרה עליו אחר הקינוי וסתירה בלא עדות העד ונשאר בצ"ע וראיתי בספר תפארת ישראל על משניות סוף נשים שכתב לתרץ לקושיית הב"ש הנ"ל דמן קינוי וסתירה לחוד אין כופין לגרשה אבל משום העד

כופין לגרשה עכ"ל אבל באמת זה ליתא לפי המבואר בב"ש סי' י"א ס"ק א' שהביא בשם ר' ירוחם שכתב לחלק כן וכתב עליו הב"ש שם דבאמת אינו כן והטעם כיון דהתורה אסרה עליו בתר קינוי וסתירה כמבואר בסוטה ד' כ"ח בודאי כופין אותו לגרשה אף בלא עדות העד ע"ש: ולענ"ד נראה לדון דנפ"מ גם האידנא בזה"ז מן עדות העד דנטמאה לגבי הא דיבמות ד' י"א דמבואר שם דצרת סוטה טומאה כתיב בה כעריות וסוטה וצרתה פטורות מחליצה ויבום וכן הוא בירושלמי יבמות פ' י' הל' א' וזה אינו אלא בסוטה ודאית אבל ספק סוטה כמו בקינוי וסתירה חולצת ולא מתייבמת והתוס' שם ד"ה צרת סוטה אסורה כו' כתבו דאף דאמרו בסוטה ד' כ"ח דנטמאה דאסרה הכתוב זהו בתר קינוי וסתירה. עכ"ז לא אסר הכתוב רק מספיקא בעלמא דלמא נבעלה ולהחמיר עשה הכתוב סוטה כודאי ולא להקל לפוטרה בלא חליצה וכ"כ הרא"ש ביבמות שם סי' ד' דדוקא סוטה ודאי דכתיב בה טומאה בשם לאו בזה אמרו דטומאה כתיב בה כעריות אבל ספק טומאה דלא נאסרה רק משום עשה ונטמאה לא אמרו בזה דטומאה דכתיב יהיה כעריות ע"ש וכן מבואר בסי' קע"ג סעי' י"א בטור ושו"ע שם דפסקו דזינתה ודאי פטורה מחליצה ויבום אבל ספק סוטה כמו בקינוי וסתירה צריכה חליצה רק הרמ"א שם כתב דעת הראב"ד דאף זינתה ודאי צריכה חליצה. אבל המחבר שם לא הביא כלל שיטה זו רק כתב כנ"ל ולפ"ז י"ל דלכן כתב הטור והמחבר בסי' קע"ח דאם בא ע"א והעיד דנטמאה דנאסרה עליו ואינה שותה דנפ"מ מזה בזה"ז ג"כ אם נפלה לפניו ליבום דאם לא נאסרה עליו רק מספק היתה צריכה חליצה היא וצרתה או חולצת או מתייבמת אבל עכשיו דהעיד ע"א דנטמאה כיון דהתורה הימניה לע"א בתר קינוי וסתירה ואינה שותה כדיליף מקראי דועד אין בה כמבואר בסוטה דף ל"א ע"ב א"כ הוי זה כסוטה ודאית וע"כ פטורה מחליצה ויבום א"כ הוי נפ"מ רבתא גם בזה"ז מזה. ועוד יש לדון נפ"מ בזה דהא מצינו באה"ע סי' קט"ז סעי' ב' דחייבי עשה אף דלא הכיר בה דינה כחייבי לאוין שהכיר בה דיש לה עיקר כתובה ובחייבי לאוין שלא הכיר בה אין לה כתובה משום דחייבי עשה דאיסור קל הוא אפילו לא הכיר בה דינה כהכיר וכמש"כ הב"ש ס"ק ו' וא"כ היכא דגרשה בעלה אחר שנסתרה דאז אין קינויו מחול כמבואר בסוטה ד' כ"ה ושו"ע סי' קע"ח סעי' י"ב ועיין מזה בירושלמי ספ"ב דסוטה והיכא דלא ידע הבעל מן הסתירה עד לאחר שגרשה והחזירה אז אי נימא דאינה רק ספק סוטה א"כ דינה כמו חייבי עשה מן ונטמאה כמש"כ התוס' והרא"ש ביבמות ד' י"א וסוטה ד' כ"ח והמ"מ פ' י"א מהלכות גרושין דין י"ד כמש"כ המל"מ פ' א' ה' אישות ה' ח' א"כ יש לה כתובה אף דלא הכיר בה אבל היכא דע"א מעיד דנטמאה אז נאסרה משום סוטה ודאית ונאסרה

בלאו עליו וכמש"כ הרא"ש והתוס' שם. א"כ אז דינה כמו חייבי לאוין שלא הכיר בה דאין לה כתובה. א"כ הוי נפ"מ גם בזה"ז ועיין בסוטה ד' י"ח תוס' ד"ה מהו שיתנה כו':
ובני הרב הגדול מו"ה צבי שיחיה אמר דזולת כ"ז אינו יודע מאי הרעישו בקושייתם דהקשו דל"ל להשו"ע לכתוב זה הדין דע"א נאמן בזמן דליכא מי המאררים הא בלא"ה נאסרה עליו משום קינוי וסתירה דהא חזינן דהיכא דהוי סוטה ודאית נאסרה עליו בלאו ולוקה אבל היכא דאינו רק בספק סוטה אז אינו לוקה משום דלא הוי רק איסור עשה כנ"ל ע"כ הוי נפ"מ גם האידנא לענין פסולי עדות אם מיפסל לעדות דבעינן דוקא פסולי מלקות כמבואר בסי' ל"ד וכמש"כ הש"ך נפ"מ כזה ביו"ד סי' ט"ז ס"ק י"ז א"כ היכא דנאמן העד לומר דנטמאה אז לוקה ומיפסל לעדות בודאי אם בא עליה הבעל דהוי חייבי לאוין בודאי ומתורץ קושייתם בפשיטות עכ"ל ויפה כתב: ולפ"ז אתי שפיר מש"כ בשו"ע בהא דחמש נשים דאינן נאמנות להפסיד כתובתה משום חשש משקר הואיל ושונאות אותה כמש"כ רש"י בסוטה דף ל"א משום דיש נפ"מ מזה דאז נוכיח מזה דאינה רק בספק סוטה ולא כדין חייבי לאוין ודאי. וכמש"כ המל"מ בהל' סוטה פ"א הל' ט"ו בהגה"ה שם דהא דחמש נשים דנאמנות לאוסרה לא שתהיה אסורה עליו בודאי רק דינה כספק סוטה ואם בא עליה אינו לוקה עכ"ל א"כ הוצרך השו"ע לכתוב היכא דיש לה כתובה והיכא דאין לה כתובה. דאם אין לה כתובה אז ממילא דינה כמו סוטה ודאית א"כ ממילא פסול לעדות אם עבר ובא עליה או דפטורה מחליצה כנ"ל או דהוי כחייבי לאוין שלא הכיר בה דאין לה כתובה אבל היכא דלא הפסידה כתובתה אז דינה כמו ספק סוטה כיון דלא מהימן העד לגמרי ונפ"מ לכל הנ"ל א"כ ניחא בפשיטות מה דהובא כ"ז בטור ושו"ע ובאמת בזמן דליכא מי המאררים אין לה כתובה בכל הנ"ל דכ"ז קאי בזמן הש"ס דהיו מי המאררים לבדוק אותה ונפ"מ לכל הנ':

ענף ד:

נחזור לענייננו דנתבאר דלשיטת הרמב"ם דכתב בהל' סוטה בהנך חמש נשים דאינן נאמנות להפסיד כתובה דנוטלת כתובה ויוצאה דע"כ מוכח דאף היכא דלא ה"ל למידע חייב בא"י אם פרעתי דהא הטעם דאינן נאמנות להפסיד כתובתה זהו משום דה"ל הבעל א"י אם פרעתי כנ"ל. וממילא מוכח עוד לפ"ז דביורשים לא שייך לחייבם משום א"י אם פרעתי כמו דנתבאר בארוכה להוכיח מהא דמתו בעליהן עד שלא שתו וכמו שמצאתי כעת בבית מאיר כנ"ל וכ"ז מוכח לשיטת הרמב"ם אבל מן הבעה"ת דהובא בתומים סי' ע"ה ס"ק כ"ב שהקשה דאמאי ביורשים דאומרים אין אנו יודעים אם פרע אבינו פטורים דמ"ש מכל א"י אם פרעתי דחייב ותירץ דשאני ביורשים דלא ה"ל למידע כו' א"כ כיון

דס"ל להבעה"ת דבכל א"י אם פרעתי פטור היכא דלא ה"ל למידע א"כ לשיטתו ליכא לתרץ להך משנה דסוטה דחמש נשים דלכן אינן נאמנות להפסיד כתובה דזהו משום א"י אם פרעתי דהא ס"ל דהיכא דלא ה"ל למידע פטור אף בא"י אם פרעתי וע"כ מוכח לשיטת הבעה"ת דכוונת המשנה הנ"ל הוא דנפ"מ לענין זכותה דיש לה דמהני תפיסה כמו בכל דררא דממונא כנ"ל דלכן אמרו דאינן נאמנות להפסיד זכותה דיש לה בכתובה לענין תפיסה א"כ יהיה מוכח משיטת בעה"ת דבכל דררא דממונא מהני תפיסה אף בתופס] עבור חובו וכנ"ל ודלא כהאו"ת:

ולפ"ז אין לנו הוכחה לומר דגבי יורשים לא שייך לחייב משום א"י אם פרעתי משום דלא היה עליהם מעולם חזקת חיוב בודאי כנ"ל דהא לשיטת הבעה"ת הנ"ל דס"ל לפטור היכא דלא הל"ל בא"י א"פ ליכא למימר דהא דחמש נשים כו' הטעם הוא משום א"י א"פ דהא הבעל לא ה"ל למידע א"כ לא שייך זה וע"כ מוכח כנ"ל דהכוונה הוא לענין תפיסה א"כ ממילא אין לנו הוכחה לזה ולחדש דביורשים לא שייך לחייב משום זה כיון דאין להם חזקת חיוב כלל מעולם וע"כ כתב הבעה"ת טעם אחר לפטור ליורשים דאמרו אין אנו יודעים אם פרע אביהם משום דלא ה"ל למידע אבל אם היה הדין דאף בלא ה"ל למידע בא"י אם פרעתי הוא חייב ממילא הדין נותן דאף ביורשים יהיו חייבים כמו כל א"י א"פ וכקושיות הבעה"ת הנ"ל דלא ס"ל להחילוק שכתבתי דשאני יורשים ואפשר דהבעה"ת ס"ל כסברת הר"נ והסמ"ע דהובא לעיל שהקשו בכל יורש דחייב והא אין להבעה"ח שעבוד הגוף כיון דמת הלוה וממילא פקע שעבוד נכסי ותירצו דמשום שעבוד הגוף שהיה לו על המוריש ע"כ גבי מן יורשים מצד שעבוד נכסי דנתערבו הנכסים כדין ערב ע"ש א"כ לפ"ז י"ל דגם ביורשים שייך לחייב באינם יודעים אם פרע אביהם משום דהא עיקר מאי דגבינן מיורש אף דליכא שעבוד הגוף עליהם. עכ"ז גבינן מהם משום שעבוד נכסי וכיון דבחייו של המוריש נשתעבדו אז הנכסים וממילא גבינן מה"ט גם מיורש כיון דהוטל שעבוד על הנכסים בחייו ע"כ בהספק שמא יצאו משעבודם דינם כמו כל א"י אם פרעתי דחייב משום ברי וחזקת שעבוד נכסי דהיה מוטל כבר על הנכסים וכמש"כ לעיל בארוכה ע"כ הוכרח הבעה"ת לחלק דלכן אין גובין מיורש משום דשאני היכא דלא ה"ל למידע:

אמנם לשיטת הרמב"ם דס"ל בהא דחמש נשים דאינן נאמנות להפסיד כתובה ונוטלת הכתובה דנתבאר דלפ"ז מוכח דס"ל דאף היכא דלא הל"ל חייב בא"י אם פרעתי. ולפ"ז בע"כ מוכח לחלק דלכן במתו בעליהן כו' פטורין היורשים משום דביורשים לא שייך לחייב משום א"י אם פרעתי דס"ל כסברת התומים דסי' ס"ו ס"ק מ"ג שכתבתי לעיל

בשמו דלכן גבינן מיורשים דכיון דמת המוריש הוטל שעבוד הגוף על היורשים וע"כ לא שייך בזה לומר דכיון דפקע שעבוד הגוף פקע שעבוד נכסי כשיטת הר"ת א"כ בא"י אם פרע אביהם דמספיקא לא נתברר מעולם שהיה עליהם שעבוד הגוף בוודאי ע"כ לא מהני בזה חזקת שעבוד נכסי כיון דעיקרו הוי משום שעבוד גופן וידוע בכמה דוכתי דמה שיש חזקה על ענין אחד דאין מחזיקין מחזקה זו על ענין אחר שאין בו החזקה ועיין באה"ע סי' ל"ה ב"ש ס"ק ל' ובכתובות ד' ע"ו בתוס' שם וביו"ד סי' ק"י בחצי צלע שפירש מקודם שנודע התערובות וחצי הב' פירש אח"ז. ועיין בש"ש שמעתא ד' פ"ג ופ"ד ובפרט דעל העיקר ליכא להחזקה וקצרתי בכ"ז] והשעבוד גופם הוי ספק מעולם מעיקרא אם נתחייבו כלל דשמא פרע אביהם א"כ היו פטורים מעיקרא מחמת פרעון או מחמת פטור אחר דזינתה וכה"ג וע"כ לא שייך לחייב להיורשים משום הך דא"י אם פרעתי כלל ואפשר בעיקר הסברא דהרמב"ם מחייב אף בלא ה"ל למידע בא"י אם פרעתי דאזיל לטעמיה דס"ל כן גבי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לחייב אף בלא ה"ל למידע ודלא כשיטת הראב"ד והתוספות וס"ל להרמב"ם דשאני יורשים דפטירי משום דטענינן להו מה דהיה אביהם יכול לטעון וכמבואר בש"ך סי' ע"ב ס"ק נ"א ואכמ"ל:

ע"כ היכא דבאנו לחייב להיורשים משום א"י אם פרעתי יש לדון דלכל השיטות אין לחייבם משום דהא לשיטת בעה"ת וודאי פטירי משום דלא ה"ל למידע כנ"ל ולשיטת הרמב"ם דס"ל דהא דחמש נשים דנוטלות כתובה זהו משום א"י אם פרעתי אף דלא ה"ל להבעל למידע כנ"ל א"כ הא לפ"ז מוכח מהא דמתו בעליהן עד שלא שתו דביורשים לא שייך לחייב משום א"י אם פרעתי דכיון דלא נתברר עליהם שעבוד הגוף מספיקא ממילא אין אנו יכולים לירד לנכסי שלהם אף דהנכסים נשתעבדו כבר בחיי המוריש כנ"ל לסברת התומים סי' ס"ו כנ"ל וע"כ לכל השיטות פטורים היורשים בכתב יד שלא נכתב הנאמנות רק נגד הלוה ולא נגד היורשים כיון דמצד הנאמנות לא שייך בהו כיון דלא נכתב נגדם ולא מבעיא לשיטת רש"י בכתובות ד' פ"ז דלפי מש"כ הפני יהושע שם בשם הנתיבות דגם בנקי נדר שייך לטעון ליתמי אף דאיהו לא הי' נאמן כיון דזולת הנאמנות היה נאמן לטעון כן רק מצד הנאמנות גרע טענתו על כן גבי יורשים דלא קאי הנאמנות נגדם טענינן להו אם כן ה"ה בנ"ד שייך לומר דטענינן ליתמי כיון דאביהם היה נאמן מצ"ע לטעון פרעתי על כתיבת ידי לולי הנאמנות כנ"ל ואף לשיטת התוספות בשבועות דף מ"א ד"ה וכי מה בין זה כו' דגם בכה"ג לא טענינן ליתמי כיון דעכ"פ אביהם לא היה יכול לטעון פרעתי מצד הנאמנות:

עכ"ז אף אם לא נטעון להו ג"כ אינם חייבים דהא גם מצד א"י אם פרעתי לא נתחייבו היורשים כמו דנתבאר בארוכה ע"פ הוכחת המשניות דסוטה הנ"ל:

ענף ה:

ועדיין יש להעיר בפרט הזה שכתבתי לדון לשיטת הרמב"ם דביורשים לא שייך לחייב היכא דהוי ספק בהפטור בחיי אביהן דהא בסי' פ"ט סעי' ב' בהגה"ה בשם הרשב"א גבי שכיר נשבע ונוטל דאם מת הבעה"ב השכיר נשבע ונוטל מיורשי הבעה"ב ומקורו מירושלמי שבועות פ"ז ה"א וז"ל פשיטא אם מת הבעה"ב השכיר נשבע ליורשיו אלא במת השכיר איבעיא להו אם יורשיו נשבעין כו' והא עיקר תקנתא דשכיר נשבע ונוטל תקנו משום דבעה"ב טרוד בפועליו ומשום כדי חייו כמבואר בשבועות ד' מ"ה ובתוס' שם ד"ה וניתיב לי' בלא שבועה כו' שכתבו דמשום דטרוד בפועליו הוי טענת הבעה"ב כמו א"י אם החזרתי דחייב ע"ש:

א"כ לפ"ז תקשה לשיטת הרמב"ם דנתבאר דגבי יורשים לא שייך לחייבם משום ספק בפרעון א"כ תקשה איך אמרו בירושלמי דפשיטא דאם מת הבעה"ב השכיר נשבע ונוטל דהא ביורשים. לא שייך לחייבם משום א"י א"פ וכיון דאף היכא דטען אביהם בפירוש דאינו יודע אם פרעתי כל זמן דלא נתחייב בדין הדין נותן לפמש"כ דלא גבי מיורשים [ועיין בסוף סי' ס"ט בקצה"ח שם ס"ק ז' גבי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ובסוף סי' פ"ד בסמ"ע וסי' ק"ח גבי אין אדם מוריש שבועה אם עמד בדין כבר ובאמת היכא דנתחייב אביהם בדין יש לדון לפ"ז דגבינן מיורשים] א"כ כיון דעיקר תקנתא תקנו משום דבעה"ב טרוד בפועליו א"כ הא ביורשים לא שייך ה"ט ותקשה ע"ז הכלל מירושלמי. ועיין בב"מ ד' קי"ב ע"ב תוס' ד"ה טרוד בפועליו שכתבו דלכן חייב משום דהוי הבעה"ב איני יודע אם פרעתי וכו' ולכאורה יש לומר דאפשר דהירושלמי ס"ל כמ"ד דמנה לי בידך והלה אמר א"י אם נתחייבתי דברי ושמא ברי עדיף ע"כ אף דנאמר דטענת היורשים בשמא פרע אביהן ה"ל כאומר א"י אם נתחייבתי עכ"ז להך מ"ד הא ברי עדיף מחזקת ממונא וגם בלא ה"ל למידע איכא חד מ"ד דברי עדיף כמבואר בתוס' בכמה דוכתי ולומר דטענינן ליורשים לא שייך בזה כיון דאביהם בעצמו לא היה נאמן לומר דפרע להשכיר ע"כ גבי מיורשים ג"כ אבל גם זה ליתא דהא סתם ירושלמי ר' יוחנן ולר' יוחנן מצינו דס"ל ברי ושמא חזקת ממון עדיף כמבואר בב"ק ד' קי"ח ובירושלמי ב"ק פ' יו"ד הלכה ז' ועוד דאי נימא דלאו כ"ע מודו בזה א"כ לא שייך לומר בזה לשון פשיטא כדקאמר בירושלמי דפשיטא דהשכיר נשבע ונוטל מיורשי הבעה"ב וכמבואר בתוס' גיטין ד' ע"ב ע"ב ד"ה אמר רב הונא כו' דלא שייך פשיטא היכא דלאו כ"ע מודו בזה וכ"כ

בשא"ד א"כ תקשה על הרמב"ם מירושלמי שבועות הנ"ל ואפשר לומר דהא לפי שיטת הר"נ בשבועות ר"פ כל הנשבעין דהא דמחייבינן להבעה"ב משום טרוד בפועליו אין זה משום א"י אם פרעתי רק משום תקנתא בעלמא ע"ש. א"כ א"ש כ"ז אך גם לשיטת התוס' יש ליישב זה דהא חזינן בהך תקנתא דשכיר נשבע ונוטל דאף היכא דלא שייך ה"ט דבעה"ב טרוד בפועליו ג"כ תקנו דשכיר נשבע ונוטל משום לא פלוג בתקנתם כמבואר בתוס' שבועות שם ד"ה בעה"ב טרוד בפועליו דלא פלוג בין פועל א' ליש לו פועלים הרבה וכמש"כ התורת חיים שם על דברי התוס' הנ"ל וכ"כ התוס' בב"מ ד' קי"ב ד"ה טרוד בפועליו ואף לירושלמי דקאמר שם בזה"ל דמפני שעסקיו של בעה"ב מרובה עכ"ז הא אף היכא דאין להבע"ב עסקים רבים ג"כ תקנו לתקנתם ולא מחלקי בזה בע"כ מוכח דתקנו תקנתם בלא פלוג א"כ כש"כ היכא דבעה"ב חייב משום טרוד בפועליו אז אף ביורשים אף דלא שייך בהו לחייבם משום זה דהא א"י א"פ לא שייך בהו עכ"ז חייבים משום לא פלוג חז"ל בתקנתם:

וכן מוכח מהא דאמרו שם דלר' יהודא אף בקציצה השכיר נשבע ונוטל וזהו דוקא במודה במקצת כדס"ל לר"י שם:

והטעם כמש"כ התוס' שם ד' מ"ה ד"ה אפילו קצץ נמי כו' משום דבמודה במקצת ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וע"כ אף דלר"י לא הוי זה כוודאי שכח רק כספק שוכח כמש"כ התוס' שם ד"ה וניתב לי' כו' א"כ אף משום א"י אם החזרתי לא שייך לחייב בספק שוכח אף בחלוקים בפרעון אבל משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם שייך אף בספק שוכח כיון דעכ"פ אינו יכול לשבע ועיין בתוס' בב"מ ד"ה ד"ה שכנגדו קאמינא כו' בשני תירוצים שבתוס' שם גבי חשוד שכנגדו נשבע כו' ואכמ"ל: ולפ"ז יש לדון לפי שיטת הרא"ש והתוס' המובא בח"מ סי' פ"ח בסמ"ע ס"ק נ"ג ובש"ך שם ס"ק נ' דס"ל דאף במלוה ע"פ אינו חייב לשבע במודה במקצת רק היכא דאין לו קרקע דאל"כ הא אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות ולפ"ז לכאורה הדין נותן דלר"י דס"ל דלכן תקנו דשכיר נשבע ונוטל משום דבעה"ב טרוד בפועליו וה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם א"כ היכא דאית לי' קרקע מבעי לומר דלא יהיה שכיר נשבע ונוטל דהא משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לא שייך בזה כיון דאין נשבעים על קרקעות ובוודאי אין סברא לומר כן אליבא דר"י בשכיר דלא מצינו כלל לסלק כן אליביה:

וכן מוכח מהא דמקשה בשבועות שם אי הכי אף קצץ נמי אלמא תניא אומן אומר שתים קצצת לי והלה אומר לא קצצתי לך אלא א' הממע"ה וכן לקמן שם ד' מ"ו ע"א מקשה

הגמ' ואלא הא דתני רבה בר שמואל קצץ הממע"ה מני לא ר"י ולא רבנן וקשה הא י"ל דמיירי הברייתא בדאית להבעה"ב קרקע א"כ לפ"ז לא שייך לחייב בקציצה כיון דעיקר החיוב הוי בזה משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם ומה"ט בעי הודאה במקצת דוקא וכמש"כ התוס' שם הטעם בזה:

וכיון דהיכא דאית לי' קרקע לא דיינינן דין מחוייב שבועה לכן מיפטר וכן מצינו בב"מ ד' ט"ו דמתרץ רב יוסף שם גבי שבח דמיירי ביש לו קרקע א"כ כמו כן הוי מצי לתרץ דהברייתא דקצץ הממע"ה דמיירי ביש לו קרקע וע"כ מוכח מכל זה דאף דעיקר הטעם בקציצה לר"י דנשבע ונוטל הוי משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. עכ"ז ה"ה גם היכא דלא שייך מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ג"כ תקנו לתקנה זו משום לא פלוג וכש"כ ביורשים כיון דהוי מצי לגבות כבר מן הבעה"ב בחייו [ועפמש"כ אליבא דר"י דס"ל מתוך שאינו יכול להשבע משלם יש לדון עפ"ז הרבה בסוגיא דשבועות ד' מ"ז ובב"מ ד' צ"ז בתוס' שם ואכמ"ל ועיין בר"נ בסוגיא דקציצה דר"י דמחייב במודה במקצת דאף בהחזיר ההודאה וא"ל הילך ג"כ מחייב ר"י וע"כ לא נדחה למש"כ אליבא דהרמב"ם דביורשים לא שייך לחייב משום א"י א"פ וכדמוכח מהמשנה דסוטה הנ"ל א"כ נתבאר דהנכון כמש"כ הש"ך והסמ"ע בשם הגהות מיימוני והטור דס"ל דאין גובין מהיורשים אם לא נכתב הנאמנות בכת"י נגד היורשים:

ענף ו:

ועכשיו נבוא לבאר עיקר פלוגתת הש"ך בס"ק כ"ד וסמ"ע ס"ק י"ז עם הט"ז סעי' ה' דהש"ך והסמ"ע ס"ל דאין גובין בכת"י אם לא נכתב הנאמנות נגד היורשים אף דנכתב נאמנות נגדו וטעמם משום דלא שייך בזה שטרא בידי מאי בעי די"ל דכיון דאינו גובה ממשעבדי לא חשש להניח בידו וגם אולי שכח הנאמנות כמש"כ המיימוני בס' משפטים סי' ל"ח רק מהלוה גובה מחמת הנאמנות א"כ נגד היורשים דלא נכתב נאמנות נגדם אין גובין מהם. והט"ז ס"ל דגם בזה שייך לומר שטרא בידי מאי בעי והנתיבות בסי' ס"ט ס"ק ח' הוכיח כהט"ז מהא דמבואר במחבר סי' ס"ט סעי' ב' בזה"ל דכת"י בנאמנות אינו נאמן לומר פרעתי שאילו פרעו לא הי' מניחו בידו כיון שיש בו נאמנות כו' אלמא דגם בכת"י בנאמנות שייך הטעם דשטרא בידי מאי בעי. א"כ מטעם זה גובין ג"כ מיורשים משום דאילו פרע אביהם לא היה מניח בידו עכ"ל הנתיבות ובאמת זה קשה מאוד על שיטת הש"ך והסמ"ע הנ"ל דכיון דגם בכת"י בנאמנות שייך הטעם דשטרא בידי מאי בעי א"כ ממילא גובין גם מיורשים מה"ט:

ועוד דל"ל להשו"ע לכתוב ה"ט וע"כ זהו כדי להורות דגם מיורשים גובין וכשיטת הט"ז דאילו מיני' דידי' גובין אף בלא ה"ט משום הנאמנות דהא אף במלוה ע"פ מהני נאמנות וכמש"כ שם ביאור הגר"א וצ"ל ס"ק י"ח ע"ש: והנלע"ד לתרץ דברי הש"ך והסמ"ע דהא מצינו בערכין ד' כ"ב בהא דאין נזקקין ליתומים קטנים אמר רבא משום שובר דשמא הי' לאביהם שובר ועיין בב"ב ד' קס"ט בהא דשובר אצל לקוחות כו' ולפ"ז אפשר לומר למאי דקיי"ל כותבין שובר דהא דגובין בשטר מיורשים גדולים ולא חיישינן דלמא טען המלוה אבד שטרי וכתבו שובר ואינם יודעים היורשים מקום השובר איה הוא ואפשר דהוא מהטעם דאמרינן דאם היה פורע אביהם ע"י שובר היה פקיד בצוואתו להם מקום השובר היכן הוא כמבואר כעין זה בב"ב ד' ע' ע"ב גבי שטר עסקא דאם איתא דפרעי' מימר הוי אמר ובח"מ סי' ע"ח ש"ך ס"ק י"ד ועיין בש"ך סי' שמ"א ס"ק וא"ו ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"א בסופו ע"כ אפשר דמה"ט גובין מיורשים גדולים ולא חיישינן שמא הי' שובר לאביהם ולא ידעי מקומו משום דאם איתא דפרעי' הוי פקיד להיורשים מקום השובר היכן הוא ומה"ט גובין בשטר גם מלקוחות והא דכתב הש"ך בסי' ע"ח ס"ק י"ד לחלק בין לקוחות ליורשים היינו רק לענין חיוב שבועה וקצרתי ע"כ י"ל דז"א שייך רק היכא דחושש דבלא השובר יהיה יכול המלוה לגבות מן היורשים אבל בכת"י בלא נאמנות כיון דלא יהיה יכול לגבות מן היורשים ע"כ לא חשש לצוות ולשומרו עבור היורשים כיון דבלא השובר ג"כ לא מצי גבי מהיורשים כן יש להסביר דברי הסמ"ע והש"ך דלא תקשה עליהם כ"כ מן השו"ע מפורש הנ"ל אך לפ"ז יש עדיין לדון דבמת פתאום מאי איכא למימר ועיין בתומים סי' ע"ח ס"ק וא"ו וע"כ מוכח דלכן לא חיישינן לשובר משום דאמרינן דבוודאי היו היורשים גדולים מוצאים מקום השובר. ועוד דאכתי תקשה דלמה כתבו בשו"ע הטעם דאילו פרעו לא היה מניחו בידו דלאיזה תועלת כתבו כן וע"כ כדי דיגבה מהיורשים א"כ עדיין הוכחת הנתיבות במקומה:

והעיקר לפענ"ד בזה די"ל נפ"מ אחריתי בזה והוא דהא קיי"ל דבטוען סטראי נאמן במיגו דלהד"מ כמבואר בכתובות ד' פ"ה ובסי' נ"ח ואף דהוי מיגו להוציא עכ"ז היכא דשטרא מסייע לי' אמרינן מיגו להוציא והטעם מבואר באו"ת בכללי מיגו ס"ק ח' שני טעמים בזה חד טעם משום דלגבי זה אמרו דכגבוי דמי ועוד טעם משום דמסייע לי' חזקה דשטרא בידי מאי בעי ואף דחזקה דשטרא בידי מאי בעי לא מהני התם בעצם דדוקא משום מיגו נאמן המלוה כמבואר התם. עכ"ז מהני קצת הך חזקה דשטרא בידי מאי בעי להצטרף עם המיגו דיהיה נאמן אף להוציא א"כ היכא דטוען סטראי בפרעון בלא סהדי ויש להמלוה כת"י בנאמנות דמצד טענת עצמו בלא מיגו אינו נאמן לטעון טענת

סטראי כמבואר בסי' נ"ח ובש"ך ס"ק י"א דאף בכת"י בנאמנות סתם אם פרעו בסהדי איתרע שטרא רק בפרעו בלא סהדי נאמן מצד מיגו וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ב' דהא איכא ריעותא בפנינו כיון דמודה דנפרע רק מצד מיגו נאמן והא דא"צ שבועה בנאמנות זהו משום דיש להמלוה מיגו:

ולא שייך בזה לומר מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן דהא כתב הסמ"ע בסי' רצ"ו ס"ק א' בטעם הסוברין דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה משום דדוקא מיגו לאפטורי מממון אמרינן דקשה להוציא ממון מבעליו אבל שבועה דאין בזה הוצאת ממון לא אמרינן מיגו ע"ש וכיון דעיקר הטעם להסמ"ע הא דלא אמרי' מיגו לאפטורי משבועה הוא משום דבשבועה אין מסייע לו המוחזקות כ"כ ולכן היכא דמהימן ע"י המיגו אף להוציא מהמוחזק כמו היכא דשטרא מסייע ליה אזי הדין נותן דיהיה מהימן אף לאפטורי משבועה בזה וכש"כ לפמש"כ בכללי מיגו שלי לבאר היטב סברת הסוברין דלא אמרי' מיגו לאפטורי משבועה והעליתי שם דלמ"ד דאמרי' מיגו להוציא דלדידיה אמרינן ג"כ מיגו לאפטורי משבועה ע"ש א"כ לפ"ז ודאי הדין נותן היכא דמהימן להוציא כמו בנ"ד דודאי מהימן במיגו לאפטורי משבועה וע"כ שפיר כתבתי דביש בו נאמנות מהימן בלא שבועה משום מיגו כנ"ל ויש לעיין מזה במש"כ לעיל סי' נ"ח וקצרתי:

ובכת"י דאינו גובה מלקוחות לא שייך בו הטעם דאמרו משום דכגבוי דמי דהא מבואר בגיטין דף ל"ז דשטר שאין בו אחריות נכסים גם לב"ש לא הוי כגבוי א"כ ה"ה לדידן היכא דאמרינן דהוי כגבוי אלא מצד דיש קצת הוכחה לזה משום שטרא בידי מאי בעי לכן אמרינן מיגו להוציא אם הכת"י בנאמנות מסייע ליה ע"כ אם לא היה שייך בכת"י בנאמנות הסברא דשטרא בידי מאי בעי לא היה נאמן המלוה לומר סטראי במיגו דלהד"מ משום דהוי מיגו להוציא ומצד טענת עצמו לא מהימן לומר סטראי דדוקא כשאומר להד"מ בזה קאי הנאמנות אבל כשמודה שנפרע רק דטוען סטראי בזה לא שייך הנאמנות סתם ולכן היכא דפרעו בסהדי לא מהימן לומר סטראי אף בנאמנות סתם כמש"כ הש"ך הנ"ל. משום דאיתרע השטר אבל לפי מה דאמרו דשייך בכ"י בנאמנות החזקה דשטרא בידי מאי בעי דאלו פרעו לא היה מניחו בידו ע"כ מסייע בזה הך חזקה ואמרינן בזה מיגו להוציא א"כ הוי נפ"מ מהטעם שכתבו דאילו פרעו לא היה מניחו בידו לגבי הך מילתא אבל באמת י"ל דלא שייך בכת"י בנאמנות הך חזקה דשטרא בידי מאי בעי להוציא מיורשים רק דהוי תועלת מהך חזקה קצת לגבי סטראי וכמו דבסטראי דלא מהני שם כ"כ הך חזקה דשטרא בידי כו' דהא לא מהימן אם לא היה לו מיגו דלהד"מ כנ"ל רק מהני קצת לצירוף לה מיגו הנ"ל וה"ה בכת"י בנאמנות וזה מוכרח דהא הטור

שם כתב כן גבי כת"י בנאמנות עליו ועל יורשיו וסיים דאילו פרעו לא היה מניחו בידו כנ"ל והא בנאמנות על יורשיו לא בעינן לה"ט דהא אף במלוה ע"פ מהני נאמנות א"כ אף להוכחת הנתיבות תקשה לשון הטור אבל לפמש"כ א"ש דגם הטור נתכוין לענין סטראי כנ"ל ומתורץ קושיית הנתיבות:

וע"כ לדינא אין להוציא מהיורשים וכמש"כ הגהות מיימוני והטור וכמו שפסק הסמ"ע והש"ך כנ"ל וגם נתבאר על נכון דלכל השיטות אין לחייב ליורשים משום איני יודע אם פרעתי רק דזהו ע"פ טעמים חלוקים כנ"ל דלשיטת הבעה"ת פטורים היורשים משום דלא ה"ל למידע ולשיטת הרמב"ם נתבאר דלכן פטורים משום דהוי זה כאומר איני יודע א"כ דספק הוא אם נתחייבו בשעבוד גופם כנ"ל ונפ"מ מכל זה דאף היכא דלא שייך לומר טוענין ליורשין טענת אביהם דהיה יכול לומר פרעתי וכנ"ל אפ"ה אין מחייבים להיורשים משום איני יודע אם פרעתי כנ"ל כל זה כתבתי מכבר: ענף ז:

שוב ראיתי דיש לעיין עדיין בטור ח"מ מזה והוא דהטור בסי' ע"ה סעי' י"ט כתב בזה"ל דאם תבע ליורש ואמר איני יודע שאבי חייב לך ואיני יודע אם פרעך או לא פטור כיון שאם היה קיים היה יכול לומר פרעתי אנן נמי טענינן ליה שאביו פרע וכתב הב"י שם דכן כתב הבעה"ת:

והובא זה בשו"ע סי' ע"ה סעי' ט"ז בקצרה דביורשים אין לחייבם אף בטוענים א"י א"פ ע"ש ובבאר הגולה שם ס"ק צ' שכתב דכ"כ הבעה"ת הרי מבואר להדיא בטור דביורשים דפטורי בא"י אם פרע אביהן דהטעם הוא משום דטוענין ליורשים. והוי זה כמו טענת ברי וכמש"כ הרא"ש ברפ"ב דכתובות אבל היכא דלא שייך לדון דטוענין ליורש כגון היכא דאביהם ג"כ לא היה יודע דבזה חייבין יורשים כמו כל א"י א"פ ואף דלא ה"ל למידע א"כ מוכח מן הטור דס"ל דאף בלא ה"ל למידע חייב בא"י אם פרעתי וגם מוכח מן הטור דס"ל דאף ביורש שייך לדון לחזקת חיוב ושעבוד על הנכסים שירשו ודלא כמש"כ לעיל לדון לשיט' הרמב"ם דביורש לא שייך חזקת חיוב על גופם וגם יסתרו דברי הבעה"ת אהדדי דהא לעיל הבאתי בשם בעה"ת דהובא באו"ת סי' ע"ה ס"ק כ"ב דיורשים דפטירי בא"י א"פ זהו משום דלא ה"ל למידע והכא כתבו בשמו דפטירי משום דטוענין ליורש ויש ליישב ואכמ"ל וגוף ספר בעה"ת אינו ת"י] וכ"ז הוא היכא דלא עמד אביהם בדין דבעמד בדין ודאי דנתחייבו נכסים לכ"ע:

ולפ"ז יש להקשות על הטור בזה מן הא דסוטה ד' כ"ה במתו בעליהן עד שלא שתו דס"ל לב"ה דאינן נוטלות הכתובה וקשה דיהיו חייבין היורשים משום א"י אם פרעתי דהא אף היכא דלא ה"ל למידע ג"כ ס"ל להטור דדייניגן לחייב בא"י אם פרעתי וגם הא ס"ל

דגם ביורש שייך לדון לחזקת חיוב ושעבוד על הנכסים דנתערבו כבר וטוענין ליורש לא שייך בזה דהא גם אביהם לא היה יודע מזה אם זינתה או לא וי"ל דס"ל להטור דשא"ה בסוטה די"ל בזה כסברת התוס' בסוטה דף כ"ה ד"ה ב"ה אומרים כו' דמאחר דהתורה עשאה ספק עד שתשתה אינה יכולה לטעון טענת ברי א"כ מה"ט לא מהני ברי שלה לחייבם משום א"י א"פ והא דאמרו בחמש נשים בסוטה דאינן נאמנות להפסיד כתובה וכנ"ל בארוכה י"ל דכוונתם הוא לענין תפיסה וכמש"כ לעיל ואף דהברי שלה לא הוי ברי לענין א"י א"פ כנ"ל עכ"ז י"ל דדוקא לענין הוצאת ממונא מן המוחזק גבי זה לא נחשב לטענת ברי אבל לענין תפיסה בדררא דממונא דבעי טענת ברי זה ג"כ חשוב כמו טענת ברי להחזיק התפיסה מה שתפס כן י"ל בזה וכש"כ דאתי שפיר לפמש"כ האו"ת בסי' ע"ה ס"ק כ"ב לחלק דהתם גבי מתו בעליהן לא מקרי זה כמו א"י א"פ משום דכיון דכתובה לא ניתן לגבות מחיים ולא היה ברור חיובו מעולם ע"כ לא שייך בזה חזקת חיובא כ"כ יעו"ש באו"ת ויש להאריך בזה:

אמנם זה אינו לפי מה דכתב הטור באה"ע סי' קע"ח בזה"ל גבי נשים ששונאות זו את זו מעידות לומר שנטמאה ונאמנות לומר לאוסרה על בעלה אבל לא להפסיד כתובתה אבל נוטלת כתובתה ויוצאה עכ"ל הטור הרי להדיא דס"ל להטור גבי חמש נשים דמוציאין הכתובה מהבעל א"כ לא שייך לומר בכוונת הטור דכוונתו לענין זכות שיש לה ע"י תפיסה כנ"ל. דהא כתב להדיא דמוציאין הכתובה מהבעל (וקאי על זמן הבית דאלו האידנא ודאי כיון דנאסרה עליו ואין לה שום עצה לברר דהיא טהורה וודאי הפסידה כתובתה דגרמה להיות נאסרת עליו כנ"ל) א"כ עדיין תקשה לפי מה דס"ל להטור בהך חמש נשים דנוטלות הכתובה וע"כ הטעם הוא משום דס"ל להטור בסוטה דזה ה"ל כא"י א"פ דג"ז ה"ל כעין חזקת חיוב ודלא כהאו"ת הנ"ל א"כ קשה דמפני מה במתו בעליהן עד שלא שתו אינן נוטלות הכתובה הא לשיטת הטור דס"ל בח"מ סימן ע"ה כנ"ל דאף ביורשים שייך לחייב משום א"י א"פ רק דפטירי משום דטוענין ליורש. א"כ הכא במתו בעליהן דלא שייך לומר דטענינן להו דהא אנן ידעינן דהבעל עצמו ג"כ לא היה יודע אם נטמאה. א"כ יהיו חייבין היורשים משום א"י א"פ וכנ"ל. וכעת מצאתי בתוס' רעק"א זצ"ל על משניות בסוטה פ"ו משנה ב' שהקשה כזה לשיטת הרמב"ם אבל לא הביא לדברי הטור הנ"ל ובאמת שיטת הרמב"ם יש ליישב בפשיטות וכמש"כ לעיל אך עיקר קושיא זו הוא רק לשיטת הטור כנ"ל והיה בהעלם דבר דברי הטור הנ"ל מן הבית מאיר בסי' קע"ח:

אבל באמת אינו קשה על שיטת הטור ג"כ מהא דמתו בעליהן דאין נוטלות כתובה די"ל דגם התם שייך לומר טוענין ליורש דהא זה פשוט דאם הבעל טוען עליה דהיא הודית בפניו דזינתה ברצון דאז אבדה כתובתה אם היה האמת דהודית ע"ז:

כמבואר בנדרים ד' צ"א וכש"כ לאחר קינוי וסתירה כמבואר בסוטה ד' ו' ע"א בתוס' ד"ה האומרת טמאה כו' בשם הירושלמי ולכן אם אומר הבעל דהיא הודית בפניו דנטמאה ודאי דאין לה כתובה ונאמן הבעל בזה כיון דשט"ח לאו כגבוי דמי כבית הלל ולאחר דנולד ספק בקינוי וסתירה אם זינתה דדוקא בטוען הבעל שמא כמו בהא דחמש נשים נוטלות הכתובה ומוציאין מהבעל משום דה"ל כא"י א"פ והיא אומרת ברי לי דלא נטמאתי:

ואף דה"ל הבעל בשמא טוב דלא ה"ל למידע מ"מ הא לשיטת הטור אף כה"ג שייך לחייב בא"י א"פ רק כתב לפטור ליורשים משום טוענין להו אבל אם טוען הבעל ברי לי דהודית בעצמך בפני דזינתה אז נאמן ואין מוציאין הכתובה ממנו דה"ל ברי וברי ומה לי ברי שיודע עצם הענין או ברי מחמת הודאת הבע"ד הכל שקולים הם ועיין בח"מ סי' ע"ה סעי' י"ז ובאו"ת סי' ע"ה ס"ק ח' וכיון דעיקר מלתא דטוענין ליורש זהו משום דכל מה דהיה אפשר להמוריש לטעון טענינן ליורש דלמא היה טעין כן א"כ ה"ה הך טענה דדלמא היה טוען הבעל דהיא הודית בפניו דזינתה דטוענין ליורש דאין לחלק ביניהם ע"כ א"ש דברי הטור ואינו קשה עליו מהא דחמש נשים ומהא דמתו בעליהן כו' ולפ"ז נדחה למש"כ לעיל לדון דמן הרמב"ם מוכח דס"ל דביורשים לא שייך לחייבם משום א"י א"פ די"ל בזה ג"כ כמש"כ לשיטת הטור כנ"ל:

וכיון דשיטת הטור בח"מ סי' ע"ה דאף גבי יורשים שייך לדון להך א"י א"פ לחייבם אך דפטורים משום דטוענין ליורש וכן משמע לשון המחבר בסי' ס"ט סעי' ה' הנ"ל שכתב בהוציא כת"י הלוה על יורשיו דאנו טוענין להם שהוא פרוע וכ"כ הטור שם סעי' י"ג בזה"ל וכמש"כ הט"ז להוכיח כן מלשון המחבר והבעה"ת הנ"ל א"כ לפ"ז הדין נותן אם נכתב נאמנות נגדו דאז לא היה יכול אביהם לטעון פרעתי דיהיו חייבין היורשים משום א"י אם פרעתי וטוענין ליורש לא שייך בזה כיון דאביהם עצמו לא היה נאמן ותקשה מזה על מש"כ הש"ך בסי' ס"ט ס"ק כ"ד דמלשון הטור בסי' ס"ט דכתב ואם כתב בכת"י נאמנות שהאמינו עליו ועל יורשיו כו' דמשמע דאם לא נכתב נאמנות נגד יורשיו אינו גובה מיורשים דהא לשיטת הטור חייבים היורשין משום א"י אם פרעתי ומוכח מזה כמש"ב הט"ז דכתב בכוונת הטור דהיינו לגבות מיתמי בלא שבועה. אכן לפמש"כ לעיל בשם נתיבות המשפט הראשון דהובא בפנ"י לכתובות ד' פ"ז לתרץ שיטת רש"י דגם

בנתן נאמנות נגד הלוה שייך לדון דטוענין כיון דבלא הנאמנות היה נאמן מצד עצמו כנ"ל בארוכה ע"כ יש עדיין לומר בזה דמשום א"י אם פרעתי אין לחייב להיורשים אף לשיטת הטור משום דגם בכה"ג שייך לדון טוענין ליורש וע"כ שפיר כתב הטור דדוקא בנתן נאמנות עליו ועל יורשיו משום דבלא נאמנות על יורשיו טוענין ליורש כמו בכל א"י א"פ לשיטת הטור כנ"ל ונכונים דברי הש"ך: היוצא לנו מכל מה דנתבאר דבכת"י שנכתב נאמנות עליו ולא על יורשיו אין מוציאין מן היורשים אם לא עמד אביהם בדין ודלא כהנתיבות כיון דנדחה ראייתו אכן אם תפס המלוה יכול לומר קים לי כהט"ז וגם לשיטת הש"ך מכ"מ אפשר לומר דיכול לומר קים לי כשיטת הטור דס"ל לחייב ליורשים ג"כ משום א"י אם פרעתי וכיון דעיקר הפטור של היורשים הוי משום טוענין ליורש א"כ בכה"ג דיש בו נאמנות להמלוה נגד הלוה דלא הוי מצי אביהם לטעון פרעתי ע"כ לא טענינן בכה"ג ליורש ואף דלשיטת רש"י לפמש"כ הנתיבות המשפט הראשון לחזק דבריו דבכה"ג ג"כ שייך לומר טוענין ליורש כנ"ל עכ"ז כשתפס מצי לומר קים לי כשיטת התוס' דשבועות ד' מ"א דס"ל דכה"ג לא שייך לטעון ליורש כנ"ל. אך בזה יש לדון דהא איכא ספק ספיקא דדינא המסייע לבעל חזקת בעלים הראשונים שיש על החפץ שתפס. א"כ לפ"ז אפשר לומר דלא מהני התפיסה לשיטת הש"ך וקצרתי בזה לפי דלדינא בלא"ה מהני תפיסה דיכול לומר קים לי כהט"ז דס"ל דגובין כה"ג מיורשים ועיין ב"ק פ"ב ברא"ש סי' ב':

וגם נתבאר דמוכח מן הטור סי' ע"ה דגם ביורשים שייך לחייבם משום א"י א"פ ודלא כמש"כ לעיל וכהבית מאיר להחליט דביורשים לא שייך איני יודע אם פרעתי דהא מבואר בטור להיפך והטעם דהא על הנכסים דיינינן והנכסים הא נתחייבו כבר בחיי אביהם וספק אי יצאו מן שעבודם ואף שכתבתי לעיל לפרש דלפי מה שכתב התומים סי' ס"ו ס"ק מ"ג יש מקום לדברי הב"מ בזה אבל כיון דהעליתי לעיל בסי' מ"ט דהעיקר הוא כמש"כ הר"נ לכתובות והסמ"ע בסי' ס"ו דביורש ליכא שעבוד הגוף עליהם רק לפי דהי' שעבוד הגוף על אביהם ע"כ גובין מהם לכן לפ"ז שייך גם ביורשים דין איני יודע אם פרעתי כנ"ל אך דפטירי משום דטוענין להו כמש"כ הטור א"כ לפ"ז היכא דלא שייך לומר טוענין אז היורשים חייבין אך לפי מה שכתבתי לעיל בשם בעה"ת הטעם דפטירי משום דלא הוי לי' למידע פטורים אף בכה"ג א"כ הוי זה ג"כ ספיקא דדינא דאפשר דהלכה דפטירי משום דלא הוי לי' למידע א"כ אף היכא דלא היה אביהם נאמן מ"מ היורשים פטורים מה"ט דלא הוי לי' למידע וכל זה כל זמן דלא נתחייב אביהם בדין ועיין מזה בקצה"ח סי' ע"ה ס"ק ט"ז:

ב) (שם סעי' ה') הוציא כת"י הלוה כו' אם הוא תוך הזמן כו' הואיל ומודים שהוא כת"י אביהם גובה מהם והש"ך בס"ק כ"ו הקשה דלמאן דס"ל דאף מלתא דלא שכיח טוענין ליתמי א"כ ה"ה בזה אין גובין מיתמי: א והנה הנתיבות בס"ק י"א תירץ זה בטוב טעם דאף להסוברים דטוענין ליתמי נאנסו מ"מ לא טוענין להו בטענת ברי כיון דהוי מלתא דל"ש ע"כ היכא דאף טענת שמא מהני בזה טוענין להו אף במלתא דל"ש:

אבל היכא דבעינן דוקא טענת ברי בזה לא טוענין להו במלתא דל"ש וע"כ שפיר פסק המחבר הכא לדינא עכ"ל הנתיבות ויפה כתב אך שקיצר בזה: ולי נראה להסביר דבריו ביתר ביאור ולחלק דשאני גבי נאנסו דהתם אף טענת שמא מהני דאף דנימא דהוי כאיני יודע אם פרעתי משום חזקת חיוב דאיכא על הנפקד וכמו שהעלה הש"ך בסי' רצ"א ס"ק מ"ד דכל ספק הנולד בפקדון ה"ל כאיני יודע אם החזרתי ע"ש עכ"ז הא כיון דהמפקיד אינו תובע בברי ואינו יודע אם לא נאנסו או לא ע"כ אף בא"י אם החזרתי פטור כיון דשניהם טוענין שמא ועפ"ז יש לתרץ למה שמבואר בח"מ סי' שס"א סעי' זיי"ן דכתב המחבר שם בגזל ומת והוריש לבניו כו' דאם אמרו הגדולים יודעים אנו שעשה אבינו חשבון עמך כו' נאמנים וכתב הסמ"ע שם דוקא באמרו הגדולים ברי כו' אבל בטוענים שמא החזיר לך לא טוענין להו וסתם המחבר כן והש"ך שם הביא שיטת הרמב"ן דחולק בזה וס"ל דטוענין אף בזה כמו דס"ל בכל טענה דל"ש. ובאמת י"ל דלכן סתם המחבר התם אף דבסי' ק"ח הביא פלוגתא בזה עכ"ז י"ל דשא"ה בגזלן דהנגזל תובעו ברי שלא החזיר לו וכיון דיש חיוב גזילה על הגזלן ע"כ אף טענת שמא לא מהני התם דהא ה"ל יורשין ככל א"י אם פרעתי דחייבין ולא מהני התם אלא טענת ברי וכיון דהוי ל"ש לא טוענין להו וא"ש דברי המחבר דסי' שס"א: ועכ"ז י"ל לשיטת הרמב"ן וש"פ דהביא הש"ך בסי' שס"א דס"ל דטוענין להו החזרתי אף דהוי שם מלתא דלא שכיח משום דהא ידוע שיטת המל"מ דהובא באו"ת ובנתיבות סי' ע"ה דבמקום דלא ה"ל למידע אז אף א"י אם החזרתי פטור ע"כ ביורשים אם נטעון להו טענת שמא החזיר אביהן ג"כ פטירי דהא אינהו לא ה"ל למידע ע"כ שפיר כתב הרמב"ן דטוענין להו אף מידי דל"ש דשמא החזיר הגזילה וכש"כ לפמש"כ בחי' לח"מ סי' ס"ט לעיל דיש מקום לומר דא"י אם החזיר אביהם לא מקרי חזקת חיוב גבי יתמי. משום דהא אם נימא דההחזיר אביהם א"כ לא נתחייבו היורשים מעולם והוו היורשים לעולם בחזקת פטור. ע"כ שפיר מהני התם אף בטענת שמא ולכן אין ראי' מן הרמב"ן וש"פ הנ"ל לסתור סברת הנתיבות ולעולם י"ל דכ"ע ס"ל דלא טענינן ליורשים בדין טע"ב במידי דל"ש ונראה לענ"ד להוכיח כסברת הנתיבות הנ"ל מן ירושלמי כתובות פ"ב הלכה א' על המשנה שם האשה שנתארמלה או

שנתגרשה היא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר אלמנה נשאתיך אם יש עדים שיצתה בהינומא וראשה פרוע כתובתה מאתים ומקשה הירושלמי שם וחש לומר שמא מוכת עץ היא אמר ר' יוחנן לא חשו על דבר שאינו מצוי אלמא דלכן לא חיישינן שמא היא מוכת עץ משום דאינו מצוי ומוציאין מן היתומים מאתים וקשה דאם נימא כשיטת הרמב"ן דטוענין ליתמי אף דבר שאינו מצוי א"כ אף דמוכת עץ הוי דבר שאינו מצוי מ"מ נטעון עבורם וקשה מזה על שיטת הרמב"ן וש"פ דס"ל דאף מידי דל"ש טוענין עבורם ואין לומר דס"ל להירושלמי דהולכין בממון אחר הרוב דז"א דהא מבואר בירושלמי שם ריש ה"א דהקשה דניזול בתר רוב נשים בתולות ניסות ומתרץ זאת אומרת שלא הלכו בממון אחר הרוב וכן איתא בירושלמי לב"ק ריש פ' שור שנגח את הפרה יעו"ש וע"כ מוכח דסברת הירושלמי הוא משום דלא טענינן ליתמי מידי דל"ש וקשה על שיטת הראשונים דס"ל דטוענין להו מידי דל"ש בשלמא בנתגרשה וטוען אלמנה נשאתיך אם יצתה בהינומא כתובתה מאתים משום דהוחזק כפרן במה דאומר אלמנה נשאתיך דהא אינו טוען מוכ"ע בברי והיכא דטוען הבעל שמא מוכ"ע מוציאין מאתים ע"פ טענת האשה ברי בצירוף חזקת הגוף כמבואר בכתובות ד' י"ב דהיא אומרת משארסתני נאנסתי נאמנת אבל בנתארמלה דטוענין ליורש והוי טענתייהו כטענת ברי כמבואר בכתובות רפ"ב ד' ט"ז דקאמרי אבל הכא בברי וברי כו' וכפי' הרא"ש שם ע"ש א"כ קשה דלטעון עבורם שמא היה טוען אביהם ברי דהיא מוכ"ע א"כ נחשב טענתייהו כטענת ברי ואין מוציאין מהם מאתים ואין לומר דשאני מוכ"ע דהוי מידי דלא שכיח כלל. דזה אינו דהא באמת קשה מן הירושלמי הנ"ל דקאמרי דמוב"ע לא שכיח על מש"כ התוס' בכתובות ד' ט' ע"א ד"ה ואבע"א כו' דהקשו דהא איכא ס"ס שמא מוכ"ע ושמא באונס או שמא אין תחתיו ואין לומר דמוכ"ע לא שכיח דהא אמרינן לקמן ד' ל"ו דשכיח כו' עכ"ל וקשה עליהם מן הירושלמי הנ"ל דאמרו בפירוש דמוכ"ע אינו מצוי ועיין בכתובות שם ד' ט' ע"ב ד"ה אי למיתב לה כו' דכתבו בשם ר"י דמוכ"ע לא שכיח:

וראיתי בהפלאה שם שכתב דאף דכתבו התוס' להוכיח דמוכ"ע שכיח מ"מ הא אנו רואין דרוב בתולות יש להן בתולים אך דהוי זה רוב גרוע כו' והאריך בזה ותמהני על ההפלאה דה"ל להביא לירושלמי מפורש הנ"ל דאמרו דמוכ"ע לא שכיח ובאמת כבר קדמוהו הרשב"א בחי' והריטב"א שם והר"נ שם ולקמן ד' ל"ו להעיר מן הירושלמי הנ"ל וכן השיטה מקובצת שם ד' ל"ו וכתבו דהפי' כולהו חבוטי כו' היינו דמפיק עלי' קלא דהיא מוכ"ע ובדליכא קלא ניכר דאינה מוכ"ע יע"ש. וע"כ הוי זה כאונס דיש לה קול ואפ"ה מצרפינן לס"ס כמש"כ התוס' שם דזה הוי רוב גרוע וה"ה במה דאמרו מוכ"ע

ל"ש דמ"מ מצרפינן זה לספק ספיקא כמש"כ התוס' הנ"ל להדיא דמוכ"ע שכיח אלמא דהך מילתא דאמרו מוכ"ע ל"ש אין זה רוב גמור אלא רוב גרוע ולכן מצרפינן זה לס"ס ואפ"ה אמרו בירושלמי דלכן מוציאין כתובה מאתים ולא חיישינן שמא היא מוכ"ע משום דמוכ"ע לא שכיח ולא טענינן להיתומים בזה אלמא דאף ברוב גרוע ג"כ מקרי מלתא דל"ש ולא טענינן ליתמי א"כ תקשה מזה על שיטת הרמב"ן וש"פ דס"ל דאף מלתא דל"ש טוענין ליתמי ובוודאי אין סברא לומר דהרמב"ן יסבור בזה דלא כהתוס' והראשונים הנ"ל דס"ל דמוכ"ע מקרי שכיח קצת אלא ס"ל דזהו לא שכיח כלל דזה הוי פלוגתא רחוקה במציאות ע"כ קשה לומר כן ותקשה כנ"ל: ענף ב:

ולכן נראה לפענ"ד להוכיח מירושלמי הנ"ל כסברת הנתיבות הנ"ל דהיכא דבעי טענת ברי דוקא אבל טענת שמא לא מהני דבזה כ"ע ס"ל דלא טענינן ליתמי מלתא דל"ש בתורת טענת ברי ולכן התם בטוענת בתולה נשאתני דאם טוען הבעל שמא נאמנת להוציא מאתים משום ברי וחזקת הגוף כמבואר בכתובות ד' י"ב רק בטוען הבעל ברי דהיתה מוכ"ע אין מוציאין ממנו ע"כ ביתמי כיון דאין טוענין עבורם בתורת טענת ברי דהיתה מוכ"ע משום דהוי לא שכיח לכן מוציאין מהם מאתים א"כ מוכח מזה כסברת הנתיבות: ועדיין יש להעיר דאף דנימא דבתורת טענת ברי לא טענינן ליתמי מלתא דל"ש עכ"ז כיון דס"ל להרמב"ן בתורת טענת שמא טענינן ליתמי אף במידי דל"ש א"כ תקשה לפי מה דאיתא שם בכתובות ד' ט"ז טעמא דאיכא עדים הא ליכא עדים בעל מהימן לימא דלא כר"ג כו' וכיון דרצו מקודם לומר דאתי הך משנה כר' יהושע א"כ תקשה אמאי מוציאין כתובה מאתים אם יצתה בהינומא וראשה פרוע הא יש לחוש שמא היא מוכ"ע כקושיית הירושלמי ובזה אין לומר כתי' הירושלמי דכיון דהוי דבר שאינו מצוי לא חיישינן דאכתי תקשה דנטעון בתורת טענת שמא היתה מוכ"ע דבזה ג"כ אין מוציאין אף אם טוענת האשה ברי דהיתה בתולה ולר' יהושע דס"ל לעיל ד' י"ב דאף בטוענת משארסתני נאנסתי אינה נאמנת להוציא ודוקא ר"ג ס"ל התם דברי בצירוף חזקת הגוף מוציא מאתים אבל לא לר' יהושע א"כ לפי מה דהוי ס"ל הש"ס שם מעיקרא דהך מתניתין אתי כר' יהושע א"כ תקשה עדיין דניחוש שמא היא מוכ"ע ואין לומר דהיכא דהוי רובא בצירוף ברי אף ר' יהושע מודה דנאמנת להוציא ממון דרוב עדיף מחזקה דזה אינו דהא שם בכתובות ד' ט"ז הנ"ל אמרו דקס"ד לומר דרוב נשים בתולות ניסות כברי ושמא דמי. ולא מהני לר' יהושע אף אם הוי רוב וחזקה א"כ כש"ב דרוב וברי לא מהני לר' יהושע דהא כתב הפ"י ברפ"ב דכתובות דרוב וחזקה עדיף מן רוב וברי א"כ תקשה כנ"ל:

וי"ל דגם בקס"ד דהתם היה יודע דהך רוב נשים בתולות ניסות לא הוי רוב גמור משום דיש נגדו הרוב דניסת בתולה יש לה קול כמסקנת הש"ס שם רק דהוי ס"ל כיון דהך רוב נשים בתולות ניסות עדיפא מן רוב בתולות יש להן קול וכמש"כ התוס' בכתובות ד' ט"ז ע"ב וב"ב ד' צ"ב ע"ב הוי ס"ד דזה היי כמו ברי ושמא אבל רוב גמור י"ל דמהני אף לר' יהושע בצירוף ברי להוציא ממון ע"כ לא חשו שמא היא מוכ"ע אף לר' יהושע כן י"ל לכאורה והא דר' יהושע פוסל אף ברוב כשרים כמבואר בכתובות ד' י"ג י"ל דזהו רק משום מעלת יוחסין אבל באמת זה אינו לפי מה דנתבאר לעיל דמצרפינן שמא מוכ"ע לס"ס וכמש"כ התוס' כנ"ל להקשות בסוגיא וראו כהר ש דפ"פ משום דהך רובא דאינם מוכ"ע לא הוי רוב גמור והוי כעין חזקה דדוקא רוב גמור עדיף מן חזקה וכמש"כ התוס' שם בסוגיא דפ"פ ע"כ וודאי לא מהני זה לר"י כמו דברי בצירוף חזקה לא מהני לר' יהושע ושקולים הם רוב שאינו גמור וחזקה א"כ תקשה לפי קס"ד דמתניתין אתי כר' יהושע דאמאי מוציאין ממון מהם הא יש לחוש שמא היא מוכ"ע א"כ לא מהני יצתה בהינומא ואפשר לומר דלפי קס"ד דמתניתין אתי כר' יהושע היה ס"ל דמתניתין אתי כר"מ דמוכ"ע כתובתה מאתים וכמו דאמרו בירושלמי מקודם דמסיק לומר דמוכ"ע ל"ש וזה מוכרח בלא"ה וקצרתי. ואחר כתבי כ"ז הגיע לידי ירושלמי עם פי' שירי קרבן וראיתי שהקשה בירושלמי כתובות פ"ב ה"א הנ"ל על שיטת הרמב"ן והפוסקים דס"ל דמידי דל"ש ג"כ טענינן ליתמי דהא להדיא מבואר בירושלמי דל"ח לדבר שאינו מצוי ונשאר בצ"ע אבל לפמש"כ להוכיח מירושלמי הנ"ל כסברת הנתיבות הנ"ל אינו קשה כלל על שיטת הרמב"ן והרי"ף וש"פ וא"ש הכל:

ענף ג:

כל זה כתבתי כבר להוכיח מירושלמי הנ"ל כסברת הנתיבות וכעת נלע"ד לתרץ באופן אחר לקושיית שירי קרבן הנ"ל והוא די"ל דאף דנימא כשיטת הרי"ף והרמב"ן דאף מידי דל"ש טענינן ליתמי מ"מ אתי שפיר מה דקאמרי שם בירושלמי דלא חשו שמא היא מוכ"ע משום דהוי דבר שאינו מצוי דכוונה אחרת היא דהא בכתובות ד' ט"ז ע"א דמקשה הש"ס דניזיל בתר רוב נשים בתולות ניסות ופי' התוס' דלרב פריך והבעה"מ כתב שם דלכ"ע פריך משום דברוב וחזקה מוציאין ממון כו' והרמב"ן במלחמות שם השיג עליו משום דזה לא מקרי חזקת הגוף לפי דכל אשה עומדת להנשא וגם שמא נכנסה לחופה ולא נבעלה אבל במק"א הלכו בממון ג"כ אחר הרוב היכא דהוי רוב וחזקה מעליא והביא כן בשם הירושלמי רפ"ב דכתובות ע"ש א"כ אף הרמב"ן החולק על הבעה"מ ברפ"ב דכתובות מ"מ מודה דרוב וחזקה מוציא ממון ושא"ה ברפ"ב דכתובות דחזקת בתולה

דלא ניסת עומדת להשתנות דכל הבתולות עומדות להנשא וגם שמא נכנסה לחופה ולא נבעלה דלא נשתנית גופה כדקאמר התם אבל במק"א מודה הרמב"ן דרוב וחזקה מוציא ממון וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' וא"ו ענף זיי"ן:

וכן מבואר בהא דאיתא בכתובות ד' יו"ד האומר פ"פ מצאתי נאמן מ"ט חכמים תקנו כו' והקשה הרמב"ן והובא בשמ"ק שם וברשב"א ובריטב"א ובר"נ שם דל"ל לומר טעם אחר הלא פשוט דאין מוציאין ממון מספיקא דה"ל א"י א"נ ותירץ הרמב"ן דהא ה"ל רובא וחזקת הגוף דלא נשתנית גופה וכן מבואר בירושלמי רפ"ב דכתובות דבזה מוציאין ממון ע"כ אמרו הטעם דחזקה אין אדם טורח כו' עכ"ל והר"נ הביא כן בסוף בשם הרשב"א שם וראיתי בדרוש וחידוש של רע"א זצ"ל לכתובות ד' י' שהקשה על מש"כ הר"נ בשם הרמב"ן דהקשה כן וטרח לתרץ ותמה הגאון הנ"ל על הרמב"ן דהא לקמן רפ"ב סתר הרמב"ן דברי הרז"ה מטעם דליכא חזקת הגוף כו' א"כ הכא דאיכא חזקה שפיר י"ל דהוי רוב וחזקה ומוציאין ממון ונשאר בצ"ע עכ"ל רע"א ובאמת אין זה קשה כלל דהא להדיא מבואר בשמ"ק שתירץ כן בשם הרמב"ן בעצמו ע"ש אלמא מבואר להדיא דהרמב"ן ס"ל דרוב וחזקה מוציא ממון ע"כ י"ל דזהו כוונת הירושלמי דקאמרי דל"ח שמא מוכ"ע משום דהוי אינו מצוי דזהו משום רוב וחזקת הגוף דלא נעשית מוכ"ע ולא נאבדו בתוליה ולא נשתנית גופה ובכה"ג מוציאין ממון אף בברי וברי דהא אינן עומדות להיות מוכ"ע ואפשר דמאי דקאמר הרמב"ן דכן הוא בירושלמי רפ"ב דכתובות כנ"ל בשמ"ק ורשב"א הנ"ל דנתכוונו לירושלמי הנ"ל ג"כ. ע"כ אינו קשה כלל מן הירושלמי הנ"ל על שיטת הרמב"ן והרי"ף דס"ל דטענינן נאנסו ליתמי משום דהא לשיטת הרמב"ן עצמו דס"ל דרוב וחזקה מוציא ממונא ע"כ אינו ראיה מירושלמי הנ"ל כלל דאף דנימא דטוענין ליתומים מידי דל"ש עכ"ז הא גם בברי וברי מוציאין ממון ע"י רוב וחזקה ומתורץ קושיית השירי קרבן הנ"ל ולפ"ז נסתר הוכחתי מן ירושלמי הנ"ל שהבאתי להוכיח מזה כסברת הנתיבות דהיכא דבעי טענת ברי לא טענינן ליתמי לכ"ע במידי דל"ש די"ל דטעמא דירושלמי הוא משום רוב וחזקה כנ"ל:

ועדיין יש להוכיח כסברת הנתיבות הנ"ל מירושלמי הנ"ל לפמש"כ השד"ך בסי' ק"ח ס"ק ח' בשם הב"י דהר"נ ס"ל כשיטת הרמב"ן והרי"ף דאף מידי דנ"ש טוענין ליתמי ואלו בסוגיא דפ"פ בכתובות ד' יו"ד כתב הר"נ לתרץ קושיית הרמב"ן הנ"ל דלכן בעי לחזקה א"א טורח בסעודה כו' משום דאל"כ תהיה קלה בעיניו דכל אדם יאמר כן להפסיד כתובת אשתו ומה הועילו חכמים בתקנתם כו' אלמא דס"ל להר"נ עצמו דלולי זה היה נאמן הבעל מה"ת לומר פ"פ מצאתי אף דאיכא רוב וחזקה אלמא דס"ל דרוב וחזקה

אינו מוציא ממון וע"כ הוצרך לתרץ כנ"ל א"כ לפ"ז תקשה דאמאי קאמר בירושלמי דל"ח למוכ"ע משום דהוי אינו מצוי דהא ס"ל טוענין ליתמי אף בל"ש ומוכח מזה כסברת הנתיבות הנ"ל ונתבאר דהעיקר לדינא כהנתיבות וכמו שכתב המחבר דמוציאין מהיורשים:

הגה"ה ולפמש"כ כסברת הנתיבות הנ"ל דהיכא דבעי טענת ברי כ"ע ס"ל דלא טענינן ליתמי דבר דל"ש יש ליישב סוגיית הש"ס ברפ"ב דכתובות דף ט"ז דמקשה הש"ס שם כיון דרוב נשים בתולות כי לא אתו עדים מאי הוי ופי' התוס' דלרב פריך והבעה"מ כתב שם דלכ"ע פריך כנ"ל ובאמת י"ל בפשיטות דלכ"ע פריך לפי מה דקאמר שם לעיל דמתניתין אתי כר"ג משום דבברי וברי לא אמר וכפי' הרא"ש שם דטוענין ליתמי הוי כטענת ברי ולפ"ז י"ל דשפיר מקשה הש"ס ע"ז דכיון דרוב נשים בתולות ניסות א"כ אי נימא דניסת אלמנה הא זה הוי מידי דל"ש ולא טענינן ליתמי בזה לכ"ע כיון דבעי טענת ברי כנ"ל והוי זה כמו ברי ושמא ולא אתי מתניתין כר"ג ע"כ שפיר מקשה הש"ס כן דלפ"ז מוכח דמתניתין אתי כר' יהושע ויש להאריך בזה ובסוגיית הש"ס דב"ב דף צ"ב דמקשה הש"ס שם אליבא דרב וכן יש לדון בזה לשיטת הבעה"מ ועיין בב"ב ד' צ"ב ע"ב תוס' ד"ה ואמאי לימא כו' וי"ל דאליבא דרב קיימי כו' וקצרתי בכ"ז ע"כ הגה"ה:

ג (שם סעי' ה') הוציא כת"י הלוה על יורשיו כו' ופטורים משבועת היורשים כו' הג"ה ודלא כיש חולקים דיורשי הלוה צריכין לישבע כו' וכתב הסמ"ע בס"ק י"ח והש"ך ס"ק כ"ה דאין היורשים צריכין לישבע אלא ליטול בשטר בשבועה שלא פקדנו כו' אבל להפטר פטורים כו' ולכאורה יש להוכיח כשיטת הסוברים דאף להחזיק ג"כ צריכים היורשים לישבע דהא איתא בשבועות דף מ"ח דהא דתניא שהבן גובה בשבועת יורשים אתי כב"ש דשט"ח הוי כגבוי אלמא דאף דהוי כגבוי והוו היורשים מוחזקים עכ"ז צריכין היורשים לישבע שבועת יורשים אך באמת זה אינו ראי' כלל די"ל דשא"ה דאף דהוי כגבוי עכ"ז כיון דיכולים לסלק להיורשים בזוזי ולהוציא מהם השעבוד שת"י ע"כ שייך בזה סברת הש"ך דלקמן סי' ע"ב ס"ק קמ"ה שכתב על הא דמבואר שם דאף דהמשכון הוא ת"י היורשים חייבין היורשים לישבע שבועה היורשין שלא פקדנו כו' דכיון דבאו ליפרע מן המשכון חשוב ליטול ולא להחזיק כו' וכעין מש"כ הגאונים על שבועת המשכון משום דלאו אגופיה דהמשכון קא טען כו' והובא לעיל בש"ך סי' ע"ב ס"ק ס"ט וכ"כ הסמ"ע סי' ע"ב ס"ק נו"ן ובש"ך שם ס"ק ע"ב דאף לשיטת הרא"ש דס"ל דא"צ היורשים לישבע אלא כשבאין להוציא עכ"ז גבי משכון צריכים לישבע כנ"ל והא מיירי התם בשבועת המשנה כמבואר שם בשבועות דמיירי בשבועת יתומים וכן הא

דסי' ע"ב הנ"ל הא מיירי התם בשבועות דטען אשתבע לי כמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ו והטעם הוא משום דמקרי מוציא קצת והכא בסי' ס"ט הא מיירי לענין שבועת היסת דאין נשבעין היורשים משום דהוי מוחזק גמור והוי להפטר ממש וכ"ז פשוט וראיתי בהרדב"ז ח"א סי' תנ"ה שכתב מילתא חדתא בזה דהיכא דטוען ברי דאז משביעין להיורשים שבועת היורשים ועיקר פלוגתת הראשונים בזה אינו רק בטוען התובע שמא ע"ש ואין זה במשמע דברי השו"ע הכא ויש להאריך בדבריו:

סימן ע

א (סעי' ג') א"ל אל תפרעני אלא בעדים בין שא"ל בשעת הלואה בין שא"ל אחר שהלוהו צריך לפורעו בעדים והש"ך ס"ק ט' הביא שיטת הרא"ש והטור דס"ל דשלא בשעת הלואה בעינן שיקבל עליו הלוה בפי' ולא סגי בשתיקתו כו' והכריע כהרמב"ם דאף בשתק מהני אף לאחר ההלואה והתומים ס"ק ג' העלה דאם הלוהו לזמן ובמשלם זמנו א"ל המלוה או פרע לי תיכף או אל תפרעני אלא בעדים כ"ע מודו דה"ל כמו בעת הלואה וא"י למחות הלוה וחייב לפרוע בעדים והוכיח כן מן הרא"ש בב"מ פ"א סי' מ"ד שכתב גבי טוען אחר מעב"ד בכתובה דלא שייך למימר מה הועילו חכמים בתקנתם דמצי לאתרויי ביה בשעת גירושין אל תפרעני אלא בפני פ' ופ' כו' וקשה דאיך מהני ההתראה הא יכול למחות וע"כ מוכח דא"י למחות בזה עכ"ל האו"ת:

ולענ"ד נראה לדון דאין זה מוכרח בכוונת הרא"ש לפמש"כ החלקת מחוקק באה"ע סי' קי"ט סעי' ו' ס"ק ה' די"ל דגם הרא"ש ס"ל כמש"כ הרשב"א דאינו רשאי לגרש לאשתו אם אין לו לפרוע כתובתה והרא"ש בתשובה מיירי במקום שחייבת לקבל גט שבא בטענת מום גדול כו' עכ"ל הח"מ ועיין בב"ש שם ס"ק ו' וכ"כ הגט פשוט בסי' קי"ט דתשובת הרא"ש לא פליג על הרשב"א דס"ל דאינו רשאי לגרשה אם אין לו לפרוע הכתובה ע"ש ולפ"ז י"ל דבחוב שהגיע זמ"פ אף דא"ל או פרע לי תיכף או אל תפרעני אלא בעדים דאם לא קיבל עליו הלוה בפי' דלא מהני שתיקתו בזה משום דגם בזה שייך לומר סברת הרא"ש שכתב בשבועות פ"ו סי' י"א והובא בטור סעי' ד' דכיון דהימניה מעיקרא לא חשש השתא להשיבו ושאני הא דב"מ בהרא"ש שם דמיירי שם בגט דהא כיון דאינו פורע לה הכתובה בעת הגט א"כ מצית ע"פ דין לעכב הגירושין דהא אינו רשאי לגרשה אם אין לו לפרוע כתובתה כנ"ל אלא דנתרצית לקבל הגט אף דאינו פורע הכתובה וכיון דתלוי ברצונה ע"כ מצית להטיל תנאי שלא יפרע לה אלא בעדים והבעל מחוייב לקבל תנאי זה ואינו רשאי למחות משום דאם ימחה הא יכולת בידה לעכב שלא לקבל הגט

בע"כ כ"ז שאין לו לפרוע הכתובה ולכן שפיר יכולה להטיל תנאי כזה אבל בבע"ח אף דהגיע זמ"פ כיון דאין לו מה לפרוע ואנוס הוא ורחמנא פטריה בזה ממצוה דפריעת בע"ח ע"כ אין המלוה יכול להטיל על הלוה להתנאי דאל יפרענו אלא בפני עדים אא"כ קיבל עליו בפי' לשיטת הרא"ש והטור ולשיטת הרמב"ם וסייעתו עכ"פ בעינן דישתוק ולא ימחה בפירוש ואין ראיה לזה מן דברי הרא"ש הנ"ל:

והיכא דתובע המלוה להלוה בכלות זמ"פ וטוען אין לי ומבקש המלוה שיתן לו הלוה וועקסיל כדי שיהיה בטוח ביותר זה הדין מבואר בהרדב"ז ח"א סי' קט"ז שהביא בשם תשובת הרמב"ם בזה שכתב שיכול המלוה לכופו שיחזק חובו בדיניהם כו' והרדב"ז כתב לחלק דאם המלוה הוא הולך בדרך טובים ושכנגדו אלם ויש לחוש שמא לא ציית דינא בכה"ג כותבים שטר בדיניהם ויבררו בו שזהו החוב בעצמו שנכתב עליו כבר כו' ואם המלוה הוא אלם אין שומעין לו כלל כו' ע"ש וגם יש לדון בזה ע"פ דברי התוס' דב"ק דף פ"ט ע"ב סד"ה כל לגבי בעלה ודאי מחלה כו' שכתבו שם בזה"ל דאם אין לה אין משועבדים לניזק לעשות לו קיומים עכ"ל התוס' וכ"כ הנימוקי יוסף שם וזהו מטעם דכיון דאין לו מה לשלם א"כ מיפטר ממצוה דפריעת בע"ח כיון דאנוס הוא ואין להמלוה חיוב על הלוה לעשות לו קיומים ובטוחות ויש להאריך בכ"ז ולחלק ביניהם והעיקר כמו שכתב הרדב"ז כנ"ל: (ב) (שם סעי' ד') ואם מודה שלא פרעו אלא שאמר לא אפרעך עד שיבוא פו"פ ואפרעך בפניהם אין שומעין לו אלא פורעו בפני ב"ד כו' והקשה האו"ת ס"ק ח' דהא מצי ליקח שובר בכת"י המלוה עצמו ואז ליכא שום חשש והנתיבות ס"ק ד' כתב דאם רוצה ליתן שובר בכת"י המלוה דאז א"צ לילך עמו להב"ד ע"ש:

ולענ"ד נראה לתרץ קושיית האו"ת דיש לדון דלא מהני כת"י המלוה לשובר משום דהא במקום דחב לאחרים אינו נאמן המלוה לומר פרוע הוא כמבואר בסי' מ"ז ומה"ט ה"ה בנתן המלוה שובר בכת"י ג"כ יש לדון דאינו נאמן במקום דחב לאחרים כמבואר כה"ג בש"ך סי' נ' ס"ק ז' באה"ד שם דאיכא למיחש שמא כתב השובר עכשיו והקדים הזמן ואינו נאמן במקום דחב לאחרים וכ"כ הש"ך כה"ג בסי' מ"ז ס"ק ב' בד"ה עוד כתב בסמ"ע וז"ל ומיהו נראה דהיינו דוקא כו' ולכן שפיר יכול הלוה לומר לא אפרעך ע"פ שובר בכת"י לפי דיש לחוש שמא יבא מלוה שלך ליפרע ממני מצד שדר"נ ויטעון כיון דאין נאמן לומר פרעתי כ"ז דלא באו עדים דפרע בפניהם ע"כ לא מהני שובר בכת"י להיות חב לאחרים ומצי להיות נלקה לשלם להמלוה של המלוה שלו ע"י שדר"נ וכה"ג כתב האו"ת בסי' ע"א סעי' ד' באורים ס"ק י"ז במש"כ שם דעושין שובר בכת"י של המלוה ואף לפמש"כ השער המשפט בסי' מ"ז ס"ק ב' דמהני שובר בכת"י המלוה אף במקום דחב

לאחרים דלא שייך בכה"ג שטרא בידי מאי בעי ע"ש מ"מ יש לחוש דלמא יטעון המלוה של המלוה שלו טענת ברי דיודע דהקדים הזמן של השובר לאחר דנתברר לו מן החוב דר"נ ויצטרך לישבע נגדו ובאמת הא כמה אינשי פרשי מן שבועת אמת ג"כ כמש"כ הר"נ בריש פ"ז דשבועות ע"כ לא מהני שובר בכת"י ואף דלזה מהני כת"י המלוה ע"י מה דיראה לעדים את הכת"י מיד שנכתב וכמש"כ האו"ת בסי' ע"א ס"ק י"ז והנתיבות סי' ע"א בחידושים ס"ק יו"ד ע"ש עכ"ז הא טורח זה ל"ל יותר טוב לפרוע בפני ב"ד וגם י"ל בכ"ז דלמא יהיה דיין דיטעה ויפסוק דלא כהשער המשפט בזה וכמש"כ האו"ת בס"ק ח' דלמא יטעה הדיין ויפסוק כהרי"ף ע"ש ובהא דפורעו בב"ד סגי בזה אף ג' הדיוטות כפמש"כ המהרי"ט ח' ח"מ סי' מ"ו ע"ש:

(סעי' ו') השטר שלא ניתן ליכתב אין לו דין שטר דין זה יבואר לקמן בחידושי בסי' ק"ו ש"ך סק"ו ע"ש:

סימן עא

א (סעי' א') סמ"ע (ס"ק ג') בשם הרא"ש דנאמנות סתם מהני נגד ע"א כו' וכמש"כ הרא"ש בכתובות פ"ט סי' ו' והש"ך ס"ק ב' הכריע להלכה דנאמנות סתם לא מהני נגד ע"א והתומים ס"ק א' כתב דהא דברי ר"ח הם דברי קבלה ע"כ העיקר דבמלוה בשטר פטור משבועה וכמש"כ הר"ח ע"ש ועיין מזה באה"ע סי' קמ"ד בב"ש ס"ק י"ד:

ותמהני עליהם איך לא הביאו לדברי התוס' ביבמות ד' ק"א ע"ב ד"ה מרענא שטרא כו' דהביאו דברי ר"ח הנ"ל שכתב דמיירי בכתב נאמנות בשטר וכתבו בשם הר"י דמפרש לדברי הר"ח הנ"ל דר"ל דכתב שיהא נאמן בלא שבועה אפי' פרעו בע"א ופוגם ונפרע שלא בפניו דהיה צריך שבועה אי לא דכתב ליה הכי וכה"ג מיירי הכא עכ"ל התוס' ופשט דברי התוס' נראה דכוונתם דמיירי בכתב בפי' שיהא נאמן בלא שבועה דאז הדין הוא דאף בע"א או נפרע שלא בפניו או פוגם אז א"צ שבועה משום דמן היתור לשון אמרינן דנתכוין לפוטרו מכל שבועות או דפשט הלשון בל"ש משמע על כל עניני שבועה ועיין במש"כ הרא"ש בכתובות פ"ט סי' י"ח מה שהביא שם בשם הראב"ד והר"ח א"כ חזינן דס"ל להר"י בכוונת הר"ח דיש לחלק דדוקא בכתב בפירוש דנאמן בל"ש כה"ג מהני לפטור משבועה במקום ע"א אבל בנאמנות סתם בזה אף הר"ח מודה דלא מהני הנאמנות נגד ע"א א"כ אין ראייה מן הר"ח דיהיה מועיל נאמנות סתם במקום ע"א כ"ז דלא פירש בפירוש דיהא מהימן בל"ש וע"כ העיקר לדינא כמש"כ הש"ך דהכריע דנאמנות סתם לא מהני נגד ע"א ומש"כ האו"ת דדברי הר"ח הם דברי קבלה באמת מן

הרא"ש נראה דס"ל בכוונת הר"ח דאף נאמנות סתם אף דלא התנה בפי' בל"ש ג"כ מהני נגד ע"א אבל מן הר"י דכתב בכוונת הר"ח כנ"ל מוכח כמש"כ הש"ך וע"כ אין להוציא ממון בלא שבועה דהעיקר כמש"כ הש"ך דנאמנות סתם לא מהני נגד ע"א אך אם פירש דיהא נאמן בל"ש אז נאמן נגד ע"א בל"ש ויש לנו יסוד לסמוך על תוס' דיבמות בשם הר"י הנ"ל והפסקי תוס' קיצר בזה ועיין בש"ך לקמן סי' ע"א ס"ק ט"ו דכתב בשם בעה"ת דאף דנאמנות סתם לא מהני נגד ע"א כ"ז בכתב שיהא נאמן בלא שום שבועה נאמן נגד ע"א אכן לפמש"כ מוכח מתוס' יבמות הנ"ל דאף דכתב בקיצור דיהיה נאמן בל"ש ג"כ נאמן נגד ע"א ועיין בר"נ פ' הכותב:

ולמדנו מדברי התוס' יבמות הנ"ל עוד דפוגם שטרו לא מהני נאמנות סתם לפוטרו משבועה אלא אם כתב בפירוש דיהא נאמן בל"ש אז א"צ שבועה בפוגם שטרו וזהו דלא כמבואר לקמן סי' פ"ד סעי' א' ובטור שם וי"ל דהתוס' ס"ל כשיטת איכא דאמרי דהובא בבית יוסף בסי' פ"ד בשם בעה"ת דכתב בשמם דס"ל דפוגם שטרו צ"ש אף בכתב בו נאמנות סתם א"כ מוכח מן התוס' הנ"ל דס"ל כשיטת איכא דאמרי הנ"ל והא דאמרו בכתובות ד' פ"ז דאם כתב לה שבועה אין לי עליך דפטורה מן שבועת פוגמת אין זה קשה על שיטת א"ד הנ"ל:

משום דיש לחלק דשאני היכא דכתב בפירוש אין לי שבועה עליך כמו דמחלקי התוס' הנ"ל בזה ולכאורה יש להעיר ע"ז מהא דשבועות ד' מ"א דאמרו שם מה בין זה לפוגם שטרו הא יש לחלק ביניהם אם כתוב בשטר נאמנות דאז בלא פוגם א"צ לישבע אבל בפוגם צריך לישבע [והא דהקשו דהא הוי נפ"מ לתו"ז א"ש דהא ר"פ ס"ל בב"ב ד' ה' דעביד דפרע תו"ז] אך לפמש"כ הט"ז בסי' פ"ד על מש"כ הטור סעי' ג' בשם רב האי לייישב שיטת הסוברים דפוגם אף בתו"ז צ"ש דכוונת הגמרא הוא דאמאי לא תנינן להך שבועה דאשתבע לי אם לא היה תו"ז ע"ש א"כ ה"ה י"ל הך תירוצא על הך שיטה הנ"ל דכוונת הגמרא להקשות דה"ל למתני הך שבועה דאשתבע לי אם אין בו נאמנות וגם י"ל דבאמת עיקר סברתם הוא לחלק דשאני פוגם דלא מהני נאמנות משום דחמור השבועה בזה דהא אף אם לא טען חייב לישבע וע"כ אמרינן דלא נתן לו הנאמנות אלא על שבועת אשתבע לי דקיל מן פוגם ע"כ בעת שהקשה לו מה בין זה לפוגם שטרו א"כ הא אז לא ידע שיש איזה חילוק ביניהם ע"כ מסתברא דקאי הנאמנות גם על פוגם ולא לחלק ביניהם ואינו קשה כ"ז וקצרתי:

עוד מוכח מן התוס' יבמות הנ"ל דבנפרע שלא בפניו צ"ש בנאמנות סתם אלא אם כתב בפירוש בל"ש אז א"צ שבועה בזה ועיין מזה לקמן סי' ע"א סעי' כ' ובש"ך שם ס"ק מ"ד

ועפ"ז א"ש הא דמבואר באה"ע סי' צ"ח סעי' א' דאם כתב נדר ושבועה אין לי עליך אינו יכול להשביע שום שבועה כו' והב"ש ס"ק ג' ביאר דאף שבועה שלא בפניו וכן שבועת ע"א פטורה ויש לומר דמחלק בין זה לנאמנות סתם דלא מהני בנפרע שלא בפניו כמש"כ המחבר לקמן סעי' כ' וכן בשבועת ע"א כנ"ל אבל אם כתב בפירוש שבועה אין לי עליך אז אינו יכול להשביע שום שבועה ויסוד חילוק זה הוא ע"פ דברי התוס' יבמות הנ"ל ותמהני על האחרונים דלא הביאו לדברי תוס' הנ"ל: והעיקר לדינא כמש"כ הש"ך דבסתם נאמנות חייב שבועה נגד ע"א וכ"כ הרדב"ז חלק ד' סי' קפ"ב ע"ש. אכן אם כתב בפירוש בלא שבועה אז א"צ שבועה נגד ע"א וכן בנפרע שלא בפניו אם כתב בפירוש בל"ש פטור משבועה כמבואר באה"ע ריש סי' צ"ח בב"ש כנ"ל:

וראיתי בהגהות אשר"י לשבועות פ"ו סי' יו"ד שכתב בזה"ל וכתב ר' ברוך ה"מ בשטר שאין בו נאמנות אבל בשטר שיש בו נאמנות אף פוגם גבי בלא שבועה ואינו יודע מהו שטר שיש בו נאמנות עכ"ל ודבריו תמוהים דמי לא ידע מהו נאמנות והא מקורו הוא בשבועות ד' מ"ב אבל לפמש"כ בשם תוס' יבמות הנ"ל א"ש כוונת הג"א משום דההג"א מסתפק אם כוונת ר' ברוך הוא בכתב נאמנות סתם או דכוונתו דדוקא בכתב בפירוש דיהא נאמן בל"ש כמש"כ הר"י בכוונת הר"ח הנ"ל ביבמות אז פטור בפוגם בל"ש אבל בנאמנות סתם אפשר לומר דצריך שבועה אף בפוגם וכמש"כ בכוונת התוס' הנ"ל וזהו שקאמר דא"י על איזה שטר שיש בו נאמנות מיירי הר' ברוך:

ב (סעי' ב') הא דמהני נאמנות בלא קנין דוקא בשעת הלואה כו' והש"ך העלה דנאמנות סתם א"ל קנין ובאה"ע סי' צ"ח סעי' א' כתב נדר ושבועה אין לי כו' וכתבו שם הח"מ והב"ש בשם הריטב"א והנ"י דלאו דוקא כתב דה"ה אמר דכל שהוא פטור או מחילה באמירה בעלמא סגי וכ"כ הר"נ בכתובות פ"ט והנה לפמש"כ המחבר הכא דאף סתם נאמנות צריך קנין שלא בשעת הלואה א"כ לא היה להח"מ והב"ש לסתום ולכתוב כ"כ על דברי המחבר שם באה"ע דלאו דוקא כתב דה"ה אמר והנ"י דכתב ל"ד כתב י"ל דאזיל לטעמי' דס"ל דנאמנות סתם א"צ קנין אף שלא בשעת הלואה כמש"כ הש"ך הכא בשם הנ"י וכעין זה ראיתי בפני יהושע כתובות ד' פ"ו ובהפלאה שם שכתבו דהא דאמרו דה"ה אמר לה סגי דזהו רק לשיטת הסוברים דנאמנות סתם א"צ קנין ע"ש ולפ"ז לפי מה דכתב האו"ת לדינא דלא כהש"ך דאף נאמנות סתם צריך קנין וקודם שאמר המלוה בב"ד מצי הלוה לחזור בו א"כ לפ"ז י"ל דה"ה בלא כתב רק אמר שבועה אין לי עליך דשלא בשעת הלואה לא מהני בלא קנין:

אבל באמת יש להוכיח דלא כהפ"י וההפלאה דאף הסוברים דנאמנות סתם צריך קנין מ"מ מודו באמר שבועה אין לי עליך דאף בע"פ מהני כמו כל מחילה א"צ קנין דהא שיטת הר"נ הוא דאף נאמנות סתם צריך קנין כמש"כ הקצה"ח הכא בס"ק ב' בשם הר"נ ואפ"ה כתב הר"נ בכתובות דאמר ג"כ סגי לפוטרה משבועה ומוכח דמחלק דדוקא לשון נאמנות צריך קנין אבל לשון שבועה אין לי עליך הוי כמו כל פטור ומחילה דא"צ קנין ולכן שפיר כתבו הח"מ והב"ש באה"ע כן וסברת החילוק ביניהם הוא פשוט וכבר כתבתי לעיל בשם הב"ש באה"ע סי' צ"ח ס"ק ג' דבאמר בפירוש שבועה אין לי עליך א"י להשביעה שום שבועה כו' וכן י"ל לענין מה דאמרו בסי' ע"א סעי' י"ג שטר שיש בו נאמנות ונמצא המלוה כפרן בטל הנאמנות די"ל דז"א אלא בלשון נאמנות דכה"ג לא הימני' אבל באמר בפירוש שבועה אין לי עליך דמהני מן דין מחילה ופטור מעיקרא מן חיוב שבועה. דאף אם נמצא כפרן בדבר אחר ג"כ פטור מן השבועה כ"ז דלא הזכיר לשון נאמנות ג"כ: (ג) (שם סעי' י"ט) בע"ח מוקדם צריך לישבע להמאוחר כו' וכ"כ בסי' פ"ב סעי' ב':

וכתב שם הסמ"ע דדין ב"ח מאוחר כדין לקוחות וכ"כ בסי' ק"ד סעי' י"א ומשמע דאף דלא טען המאוחר השבע לי צריך שבועה:

ענף א:

ויש להקשות דהא מבואר שיטת רש"י בכתובות ד' צ"ג במשנה שם הראשונה נשבעת לשניה כו' ופי' רש"י אם שניה טוענת השבע לי כו' וכ"כ הרע"ב במשנה שם וכ"כ הר"נ והריטב"א שם במשנה בשם רש"י דבע"ח אין נשבע להמאוחר בלא טענת השבע לי משום דס"ל דחוב אין דינו כמשעבדי דאלו היה לו דין משעבדי א"כ הא ללקוחות נשבעין אף בלא טענו השבע לי א"כ קשה דהיה להפוסקים בשו"ע להביא הך שיטת רש"י והר"נ והרע"ב הנ"ל לכל הפחות בשם יש אומרים דאין בע"ח נשבע לבע"ח מאוחר אם אינו טוען השבע לי משום דס"ל דאין בע"ח כמשעבדי דהא לא זכה עדיין הבע"ח בגוף השדה המשועבדת לו ושאני לוקח דגוף השדה הוא כבר ת"י והוי מוחזק גמור א"כ אמאי כתבו כולם בפשיטות לחייב שבועה אף בלא טענת השבע לי והנלע"ד בזה די"ל דזה תלוי בפלוגתא דשעבודא דאורייתא או לא דאי ש"ד שפיר י"ל דבע"ח דין משעבדי יש לו כיון דטורף מה"ת בזכות שעבודו דזכתה לו התורה משא"כ אי שעבודא לאו דאורייתא אז בע"ח אין לו דין משעבדי ואינו צריך לישבע בלא טען השבע לי כמו בבע"ד עצמו א"כ י"ל דהמחבר והרמב"ם דס"ל שעבודא דאורייתא ע"כ כתבו דמשביעין לבע"ח המוקדם אף בלא טען השבע לי דדינו כמו לוקח כיון דזכה בשעבודו מה"ת משא"כ רש"י דדרכו

לפרש המשנה דיהא אתי ככ"ע דאל"כ תקשה על אמוראי מן המשנה דהא למ"ד דס"ל שעבודא לאו דאורייתא אין לבע"ח כדין לוקח א"כ תקשה אמאי ראשונה נשבעת לשניה ע"כ פי' רש"י דמיירי בטענה השבע לי וא"ש המשנה לכ"ע על נכון:

והנה לכאורה יש להקשות על שיטת רש"י דפי' דראשונה נשבעת לשניה היינו משום טענת השבע לי א"כ קשה מאי אשמעינן ר"פ בשבועות ד' מ"א דאי טען השבע לי משבעינן לי' והקשו שם בגמ' ע"ז מה בין זה לפוגם שטרו הא לשיטת רש"י כבר מוכח זה מהמשנה דראשונה נשבעת לב' כנ"ל. ולפמש"כ ניחא די"ל דרב פפא לשיטתי' דס"ל ש"ד כשיטת הרי"ף והובא בש"ך סי' ל"ט דהא דאמר ר"פ בב"ב שלא תנעול דלת היינו דלכן אוקמוה אדאורייתא וס"ל ש"ד כמבואר בקדושין דר"פ ס"ל ש"ד ובפרט בכתובה דהוי מלוה כתובה בתורה א"כ לשיטת ר"פ אינו מוכרח מהמשנה הנ"ל דהא דראשונה נשבעת לב' י"ל דזהו משום דיש לו דין משעבדי כנ"ל ע"כ נשבע אף בלא טען השבע לי רק ר"פ חידש זה הדין דאם טען השבע לי כו' וע"ז הקשו לו מפוגם שטרו משום דעל המשנה הנ"ל אינו קשה מה בין זה לפוגם כו' משום דשא"ה דמן דין משעבדי נגעו בו אכן אכתי תקשה על מש"כ רש"י בכתובות ד' פ"ז דהא דנשבעין ליתומים ולקוחות היינו משום דטענינן להו טענת השבע לי דהוי מצי הלוה לטעון א"כ תקשה עדיין מאי קמ"ל ר"פ בשבועות אך כבר העיר זה התוס' בשבועות ד' מ"א ד"ה וכי מה בין זה לפוגם כו' ולפ"ז אינו קשה מה שלא הביא המחבר לשיטת רש"י דבעי דיטעון השבע לי דהא המחבר ס"ל ש"ד א"כ דינו כמשעבדי:

ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשיתי על מש"כ הש"ך בסי' קט"ו ס"ק י"ב דהא דגובה הלוקח חצי שבח זהו משום שגובהו על הקרן דכיון דאין גובה השבח ממשעבדי אינו יכול לגבות השבח עבור חיוב אחריות מצד חוב השבח דהא בע"ח דין משעבדי יש לו וע"כ אינו נוטל השבח במקום הבע"ח אלא על קרנו שקיל לחצי שבח ומאי דאית' בש"ס חוזר וגובה הקרן ממשעבדי היינו קרן פחות חצי שבח כו' ע"ש בש"ך ויש להקשות ע"ז מהא דב"ב ד' קנ"ז דאי' שם לוה ולוה וקנה דשלחו מתם ראשון קנה ורב הונא אמר יחלוקו כו' מיתיבי הרי שמכר שדה והשביחה ובא בע"ח וטרפה כו' ואת השבח מב"ח ואם אי' חצי שבח מבעי לי' ולדברי הש"ך אינו קשה קושיית הגמ' הנ"ל דהא כיון דמה דגובה חצי שבח הוא בשביל חיוב הקרן כמש"כ הש"ך דהא דגיבה הקרן היינו פחות מחצי שבח א"כ בעד השבח הא לא קיבל עדיין הלוקח כלום ע"כ טורף כל השבח מב"ח דהא עדיין חיוב לי' בעד כל השבח א"כ קשה על הש"ך הנ"ל: אכן לפי מה שנתבאר לעיל דהא דבע"ח דין משעבדי יש לו זהו אם ש"ד כנ"ל א"כ מש"כ ה גבי שבח דאינו נוטל עבור חוב

השבח כי אם על קרנו משום דהא הבע"ח יש לו דין משעבדי ואין גובין לשבח ממשעבדי דז"א אלא למאן דס"ל ש"ד ואף בדאקני שייך ש"ד כמש"כ התוס' בכורות דף מ"ט סד"ה ודידי' אזיל וטרף כו' אבל למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא לא מקרי הבע"ח משעבדי א"כ שפיר מצי גבי את חצי השבח בעד השבח דהא אין דין משעבדי להבע"ח:

וכמש"כ רש"י בכתובות הנ"ל דבע"ח אין לו דין משעבדי כנ"ל גבי שבועת משעבדי וה"ה גבי טירפת לקוחות ומצינו לרב דס"ל בסוף ב"ב ובקדושין ד' י"ג דשעבודא לאו דאורייתא ורב הונא תלמיד דרב ומקשינן מן רב עליו כמבואר בשבת ד' קכ"ח א"כ ס"ל לרב הונא כרב רבי' דשעבודא לאו דאורייתא ושם בב"ב אמר רב הונא יחלוקו גבי לוה ולוה וקנה א"כ שפיר הקשו עליו מהא דגובה הקרן ממשעבדי והשבח מב"ח:

דהא לרב הונא דס"ל שעבודא לאו דאורייתא שפיר דהברייתא דגובה הקרן ממשעבדי היינו כל הקרן משום דהשבח שגבה זהו בשביל חוב אחריות עבור שבחו דהא לא מקרי הבע"ח לרב הונא בשם משעבדי א"כ שפיר שקל השבח בשביל חוב אחריות השבח וא"ש הברייתא בפשיטות ולא צריכין אנו לדחוקי כמש"כ הש"ך דהא דתנן דגובה הקרן לישנא קטיע דגובה הקרן פחות השבח דהא לרב הונא א"צ לדחוקי כן א"כ לרב הונא דאמר יחלוקו שפיר הקשה הש"ס דאמאי גבי כולו שבח הא כבר שקיל בשבח ומה דשקיל כבר השבח זהו בשביל חוב שבחו כדי דישאר לו חוב כל הקרן לגבות ממשעבדי וע"ז מתרץ הגמ' מאי גובה נמי חצי שבח אבל למאי דמסיק הש"ך בסי' ל"ט בספיקא דדינא אי ש"ד או לא א"כ מספיקא לא מצי שקיל כל הקרן ממשעבדי דיכולים הלקוחות לומר לו לנכות את חצי השבח שנטל עבור חוב קרנו משום דלמא שעבודא דאורייתא ולא היה יכול ליטול את השבח כי אם בשביל חוב הקרן ולא בשביל חיוב אחריות דשבח דהא אין טורף ממשעבדי לחוב שבח ומתורץ מה שהקשיתי על הש"ך:

ועיקר דברי הש"ך שכתב בפשיטות דחוב יש לו דין משעבדים זה תלוי בפלוגתת הפוסקים המובא בסי' ק"ד סעי' י"ג דמלוה בשטר ומלוה ע"פ מוקדמת דהמחבר פסק שם דמלוה ע"פ קודמת והוא שיטת רב האי והש"ך הביא פוסקים החולקים בזה היינו הרי"ף וש"פ והוא מן הר"נ ר"פ מי שהיה נשוי א"כ לשיטת המחבר והפוסקים דפסקו דמלוה ע"פ קודמת למלוה בשטר ואף דמלוה ע"פ אינו גובה מן משעבדי בע"כ מוכרח לומר דס"ל להמחבר דאין לב"ח דין משעבדי א"כ י"ל דלא כהש"ך וגבי השבח בעד חיוב אחריות שבחו דהא הבע"ח אין לו דין משעבדי ולפי זה צ"ע דברי המחבר דסתרי אהדדי דלגבי שבועה במוקדם הבא לגבות ס"ל להמחבר דב"ח דין משעבדי יש לו וצריך שבועה כמו בלקוחות ואלו במלוה ע"פ דאינו גובה ממשעבדי ס"ל דב"ח אין לו דין משעבדי

ומלוה ע"פ מוקדם למלוה בשטר אבל יש לחלק דשאני גבי מלוה בע"פ המוקדמת למלוה בשטר דקודמת למלוה בשטר משום דהא אמרו כן למאן דס"ל ש"ד א"כ עיקר הזכות דמלוה בשטר טורף ממשעבדי להך מ"ד זהו משום דש"ד א"כ מה"ט הא יש אותו הזכות ג"כ למלוה בע"פ משום דש"ד. ע"כ פסקו דמלוה בע"פ מוקדמת משא"כ גבי שבועה דעיקר חשש הוא דלמא נפרע א"כ פקע שעבודו ע"כ מחוייב לישבע היכא שמדחה לבע"ח אחרים וע"כ פסקו דמלוה המוקדם חייב לישבע אף בלא טענת השבע לי כן יש לחלק: ענף ב:

ובעיקר דברי רש"י דכתב דראשונה נשבעת לב' זהו משום דטענה השבע לי וכתבתי לעיל דזהו דלא כפסק השו"ע בסי' קי"א סעי' ז' שכתב דבע"ח מוקדם צריך לישבע שלא נפרע כדין טורף שהרי טורף מהשני. וכ"כ בסי' ע"א וסי' פ"ב וסי' ק"ד דכתבו דאף בלא טענת השבע לי חייב בע"ח המוקדם לישבע נלע"ד לדון די"ל דלדינא גם רש"י מודה לזה והוא דשם בכתובות ד' צ"ג מבואר בגמ' דת"ק ובן ננס פליגי אם תקנו ביתומים גדולים לתקנתא דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה ות"ק ס"ל דהרביעית נפרעת שלא בשבועה משום דס"ל דבגדולים א"צ לישבע וכמש"כ רש"י במשנה שם ושיטת רש"י בכתובות ד' פ"ז דהך שבועה דיתומים ולקוחות עיקרו לפי דטענינן להו מה דהוי מצי הבע"ק לטעון טענת השבע לי וכ"כ הר"נ בכתובות פ' הכותב שם וכ"כ הרע"ב שם. וכ"כ הרשב"ם והנ"י בב"ב ד' ע' ע"ב ד"ה נשבע וגובה דמצד טענינן להו חייב לשבע בנפרע מיתומים ואף דהתוס' בשבועות ד' מ"א ד"ה וכי מה בין זה לפוגם שטרו כו' הוכיחו ממה דמצינו דאף היכא דפטרה משבועה ג"כ יורשיו יכולים להשביעה א"כ מוכח מזה דלא משום טענינן אתינן עלה ע"ש אך הפ"י בכתובות שם הביא בשם נתיבות המשפט שכתב לתרץ דברי רש"י דבאמת עיקר השבועה דיתומים זהו רק משום טענינן ועכ"ז אף היכא דפטרה משבועה מחוייבת לשבע נגד יתומים משום דשייך גם בזה הך טענה כיון דאיהו ה"מ להשביעה רק דפטרה א"כ לגבי יורשין דלא פטרה שפיר משביעין לה משום טענינן וע"ש בפ"י ונלע"ד לחזק דברי רש"י דהוכיח כן מהא דגיטין ד' נו"ן דאיבעיא להו בהא דאין נפרעין מיתומים אלא מזיבורית אם עבדו תקנתא אף לגדולים או לא וא' ת"ש מן הא דאביי קשישא במה דנפרעין מיתמי בשבועה אף גדולים בכלל ודחו דלמא ה"מ לענין שבועה דגדול במילי דאבוה קטן הוא ופי' רש"י דכיון דעיקר הא דמשביעין בבא ליפרע מיתמי זהו משום דטענינן דאבוהון ה"מ לטעון השבע לי ולהך מלתא אף גדולים נמי עכ"ל רש"י א"כ חזינן להדיא בסוגיא זו דהש"ס מחלק בין תקנתא דזיבורית לשבועה דשאני שבועה דמשום טענינן אתי עלה ולפ"ז תקשה דאמאי אמרו במשנה כתובות

ד' פ"ו בפטרה משבועה מחוייבת לשבע נגד היתומים. ומזה הוכיח רש"י דאף דעיקר שבועת היתומים הוי משום טוענין מ"מ היכא דפטרה תשבע נגד יורשים ע"פ סברת הנתיבות הנ"ל ואף למסקנת הגמ' דגיטין שם דמסקינן דיתומים שאמרו אף גדולים בין לשבועה בין לזיבורית אין לנו הכרח דחזרו ממה דאמרו מתחלה דשבועה הוי משום טענינן להו כנ"ל:

ולשיטת התוס' דס"ל דלאו משום טענינן אתינן על הא דישבע להיתומים לכאורה קשה מסוגיא דגיטין הנ"ל ואפשר לומר דס"ל להתוס' דזהו רק להוי אמינא שם דרצו לומר דלענין שבועה שאני מן תקנת זיבורית אבל למאי דמסקו שם דלכל מילי אף גדולים בכלל א"כ ה"ה לגבי שבועה הוי ג"כ תקנה מצד עצמו לחוס אף על יתומים גדולים דישבעו אף היכא דלא שייך לומר טענינן כגון אף היכא דפטרה ואכתי הקשה לשיטת התוס' דמתחלה דרצו בש"ס לחלק דשאני שבועה דלכן גדולים בכלל לאביי קשישא משום דטענינן להו כמו שאמרו דגדול במילי דאבוה קטן הוא א"כ תקשה מה יענו בהמשנה דכתובות ד' פ"ו דמבואר שם דאף בפטרה משבועה תשבע ליורשיו לפי מה דהוכיחו התוס' מזה דלא שייך בזה לומר דמשום טוענין אתו עלה כיון דאבוהן לא מצי למטען ותקשה לפי ה"א דסוגיא דגיטין מהך משנה דהא לפ"ז אין מקום לחלק בין שבועה לזיבורית ודוחק לומר דבאמת היכא דפטרה משבועה מחלקינן בין קטנים לגדולים אף לאביי קשישא משום דהתם לאו מצד טענינן אתי עלה רק מצד דבקטנים חשו ביותר עליהם. והא דאביי קשישא דלא מחלק מירי בלא פטרה ובזה אף גדולים בכלל משום טענינן וכמו דאמרו מעיקרא שם בה"א. דז"א סברא כלל דהא אביי קשישא א' סתמא דיתומים שאמרו אף גדולים במשמע וע"ז אמרו דלמא ה"מ לשבועה אלמא דלשבועה לא מחלקינן כלל בין קטנים לגדולים דאל"כ הא מצילו גם בשבועה לחלק ביניהם וע"כ מזה הסוגיא הוי סייעתא לשיטת רש"י וכסברת נתיבות המשפט שהובא בפנ"י הנ"ל ועיין בתוס' כתובות ד' צ"ד ד"ה שנמצאת אחת מהן כו':

ענף ג:

ובאמת יש לעיין בשיטת הת"ק דלא ס"ל דאביי קשישא אלא דוקא לקטנים תקנו דתשבע וקשה אטו פליג על כל מה דקיי"ל בכלהו ש"ס דטוענין ליורשים כמבואר בב"ב ד' כ"ג ובוודאי אף לגדולים טענינן ויש לחלק דס"ל לת"ק דשאני שבועה לפמש"כ התוס' בכתובות ד' ל"ו ד"ה החרשית והשוטה דלא טוענין להוציא ממונא וכמש"כ הש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ב דלא טענינן ליורשים רק להחזיק ולא להוציא ע"ש ועיין בסמ"ע סי' רצ"ו ס"ק א' שכתב דדוקא להחזיק ממונא מועיל מיגו משא"כ לאפטורי משבועה לא אמרי'

מיגו משום דבשבועה אין זה הוצאת ממונא כ"כ ע"כ לא מקרי בזה מוחזק כ"כ וע"ש בש"ך אלמא דשבועה לא מקרי מוחזק כמו בממונא דאף דאם לא ישבע יצטרך לשלם מ"מ כיון דיכול להפטר בשבועתו לא מקרי בשם מוחזק דלא שייך לומר בזה דחזקת ממונא מסייעתו דהא אין זה מנגד לחזקת ממונא כיון דיכול להפטר בשבועתו וכן קיי"ל דמיגו לחייב שבועה לא אמרי' כמש"כ הב"ש סי' צ"ו ס"ק ח' וזהו ג"כ מהך טעמא דכיון דיכול חבירו לשבע וליטול ע"כ לא דיינינן ליה בשם מוחזק בזה ולחייב לחבירו שבועה דהא ביד חבירו להוציא ממנו בשבועה עכ"פ כן הוא לשיטת הסמ"ע דסי' רצ"ו ויש להאריך בזה בדברי הש"ך דשם. עכ"פ חזינן דשבועה לא מקרי כ"כ מוחזק רק לענין ספיקא דפלוגתא בחיוב שבועה שאני וי"ל דאף לת"ק דבן ננס דמודה בכל טוענין ליורש דאף גדולים בכלל אלא דס"ל לחלק דשאני שבועה דכיון דלא מסייע בזה המוחזקות כ"כ ע"כ לא טענינן ליורש בזה לת"ק כי אם בקטנים ומשעבדי טוענין אף לשבועה משום דחסו עליהם בזה: א"כ המשנה דת"ק דס"ל דבגדולים לא טענינן להשביע יהיה מאיזה טעם שיהיה ע"כ ה"ה בבע"ח הטורף מבע"ח מאוחרים לא טענינן עבורם להשביע כמו דחזינן לת"ק דס"ל דהך טוענין גבי שבועה אינו דומה לכל טוענין ליורש משום דשא"ה דהוי להחזיק ממון ממש כנ"ל:

ולפ"ז תקשה מפני מה ראשונה נשבעה לשניה אליבא דת"ק דב"נ הא ס"ל לת"ק דלא טוענין גבי בע"ח לענין שבועה כנ"ל. ע"כ פירש רש"י במשנה דמיירו בטענה השבע לי והא רש"י קאי התם לפרש דברי ת"ק ע"ש משא"כ לדינא דקיי"ל דאף גדולים המה בכלל שבועה ולשיטת רש"י הטעם הוא דלכן משבעינן ביתומים משום דטענין להו וכמש"כ רש"י בכתובות ד' פ"ז אלמא דאף בשבועה טענינן וכאביי קשישא א"כ מה"ט אף בבע"ח מוקדם טענינן לבע"ח מאוחר דהא מבואר בח"מ סי' צ"ט דגם לבע"ח טענינן כמו ליורש וללקוחות כמש"כ הש"ך שם ס"ק י"ג דבע"ח דין יורש ולוקח יש לו וצריך הסרסור או בעל החפץ לשבע אף בטענת שמא ע"ש אלמא דגם לשבועה טענינן לבע"ח כמו ביורש א"כ מה"ט אף בלא טענת השבע לי צריך בע"ח מוקדם לשבע משום דטוענין להמאוחר וכמו ביתומים מן יתומים דלא יפרעו אלא בשבועה כמבואר בשבועות ד' מ"ז משום דטוענין עבור מי שטורפין ממנו וה"ה לבע"ח מאוחרין דמפסידי שעבודייהו טוענין עבורם ומשביעין אף בלא טענת השבע לי. וא"ש פסק השו"ע אף לשיטת רש"י הנ"ל דאין לנו הכרח מרש"י דיפלוג על זה ולפ"ז י"ל פסקי השו"ע דסתרי למש"כ בשו"ע סי' ק"ד גבי מלוה בשטר ומלוה ע"פ מוקדמת דפסק המחבר בסי' ק"ד סעי' י"ג דמלוה ע"פ קודמת משום דס"ל דבע"ח אין דינו כמשעבדי וכמש"כ לעיל די"ל דהא דמחויב

שבועה לבע"ח הבא לטרוף גבי בע"ח מאוחר דלאו משום משעבדי אתינן עלה אלא משום דטוענין עבורם אך זה לא יתכן כי אם לשיטת רש"י דנתבאר לעיל בשם הפנ"י בשם הנתיבות דס"ל דאף בפטרו משבועה שייך הסברא דטוענין משא"כ לשיטת התוס' דס"ל דהיכא דפטרו משבועה לא טענין בזה והא שיטת המחבר דאף בפטור משבועה צריך בע"ק המוקדם לשבע א"כ לא יתכן לשיטת התוס' לומר דמשום טענין אתו עלה וע"כ הטעם הוא דמשום שבועת משעבדי אתו עלה וע"כ צריך לומר בסתירת המחבר בזה כמש"כ לעיל ואחר כתבי כ"ז ראיתי בתוס' יו"ט בכתובות פ' יו"ד על משנה מי שהיה נשוי ד' נשים הראשונה נשבעת לשניה דכתב שם הברטנורא ג"כ דמיירי בטענו השבע לי והקשה התוי"ט דהא כיון דדינא כמו נפרעת מנכסים משועבדים א"כ תשבע אפילו לא טענו השבע לי עכ"ל והפ"י כתובות דף צ"ג דמשנה שם כתב לדחות דברי התוי"ט ע"ש והעיקר כמש"כ בעז"ה:

והבית שמואל סי' צ"ו ס"ק כ"ד וס"ק ל"ג כתב דרש"י פליג עם הרמב"ם והטור דהמה ס"ל דבע"ח נשבע שלא בטענה ורש"י ס"ל דאינו נשבע רק בטענה השבע לי ע"ש בב"ש:

אכן לפמש"כ י"ל דלא פליגי משום דלמסקנת הש"ס דקיי"ל כאביי קשישא דטענינן אף לגדולים א"כ ה"ה לבע"ח טוענין ונשבע הא' אף שלא בטענת השבע לי ואף היכא דפטר הלוה להמלוה משבועה ג"כ צ"ש נגד בע"ח מאוחר רק לשיטת התוס' בשבועות זהו משום שבועת משעבדי דלאו משום טוענין אתו עלה ולשיט' רש"י משום טוענים אתו עלה ואף בפטרה שייך לשיטת רש"י לחייב שבועה משום דגם בזה שייך טוענין וכמש"כ הפני יהושע בשם נתיבות משפט כנ"ל וכן יש לומר בדברי הר"נ שם ע"ש. אך עדיין יש לדון במש"כ הרב עובדיה ברטנורה במשנה כתובות דף צ"ג הנ"ל דראשונה נשבעת לב' בטענה השבע לי ובדבריו ליכא למימר כמש"כ לשיטת רש"י דהא הביא שם אוקימתא ראשונה דבגמ' דמוקי בנמצאת שדה א' שאינו שלו ובבע"ח מאוחר מה שגבה גבה פליגי ולא הביא לאוקימתא בתרייתא דפליגי בדאביי קשישא רק כתב טעם אחר דאין אחרונה נשבעת א"כ לדידהו ליכא לפרושי כמש"כ לשיטת רש"י א"כ עדיין מוכח מן הרע"ב דפליג על הרמב"ם והטור וס"ל דבלא טענה השבע לי אין להשביע לבע"ח מוקדם. רק בשיטת רש"י והריטב"א והר"נ י"ל כמש"כ:

אכן לפמש"כ לעיל דדוקא אם שעבודא דאורייתא שייך לומר דמחוייב לשבע מצד שבועת משעבדי וע"כ אף בלא טענה חייבת לשבע רק למ"ד שעבודא לאו דאורייתא י"ל דב"ח אין דינו כמשעבדי כיון דעיקר שעבודו לא אלים מה"ת רק מדרבנן וע"כ אינו חייב לישבע נגד הבע"ח כיון דעיקר השבועה ג"כ אינו רק מדרבנן א"כ הוי כעין תקנתא

לתקנתא דלא עבדינן ושם באוקימתא ראשונה כתב הר"נ הטעם דמאן דסובר שעבודא לאו דאורייתא ס"ל בע"ח מאוחר מה שגבה גבה ע"ש ובמק"א הארכתי בזה די"ל דלמאי דקיי"ל ב"ח מאוחר מה שגבה לא גבה א"כ מוכח מזה דשעבודא דאורייתא ואכמ"ל ע"כ לבן ננס דסובר מה שגבה גבה וטעמו משום שעבודא לאו דאורייתא כמש"כ הר"נ א"כ אין דין בע"ח כמשעבדי לכן הוכרח הרע"ב לומר דמיירי דטענה השבע לי דאל"כ תקשה לבן ננס דאמאי ראשונה נשבעת אבל לדינא דש"ד ולכה"פ ספיקא הוי כמבואר בסי' ל"ט בש"ך שם שפיר יש לדון לדינא דאין להוציא בלא שבועה אף דלא טען השבע לי ונתבאר דלדינא שפיר פסקו בשו"ע דב"ח חייב לישבע אף בלא טענת השבע לי משום דכ"ע מודו בזה (ד) (סעי' כ"א) מלוה שהאמין ללוה מועיל נמי גבי יורשים כו' והקשה הט"ז הא י"ל דלא האמינו אלא בפניו כו' ולענ"ד נראה הטעם דלכן אם מת המלוה אין גובין יורשיו משום דהא מבואר לעיל סי' נ"ט דבמלוה טוען שמא על שטרו דאינו גובה משום דמעלת ברי ומוחזק של הלוה עדיפא מן חזקה דשטרא בידי כו' ולפ"ז יש לדון בכל יורש שתובע ע"פ השטר של אביהם והא אין טוענין ברי א"כ הוי הלוה מוחזק ומעלת ברי אך י"ל דכיון דטוענין ליורש ע"כ הוי זה כמו מעלת ברי כמבואר ברפ"ב דכתובות ברא"ש שם. ואף דאין טוענין להוציא כמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב מ"מ י"ל דכה"ג לא מקרי להוציא כ"כ כמש"כ הפוסקים גבי שטרא מסייע ליה דאמרינן מיגו להוציא משום דשטר הוי קצת כגבוי ואף בשט"ח שאין בו אחריות נכסים ג"כ ס"ל להש"ך סוף סי' פ"ג דמהני מיגו להוציא בשטר כזה ומש"כ הקצה"ח שם במק"א הארכתי בזה ועיין בקצה"ח סי' י"ב ס"ק א' מש"כ בשם הרמב"ן:

ולכן הכא במלוה שהאמין ללוה דלא היה המלוה יכול לגבות מהלוה ע"כ גם יורשיו אין גובין כיון דלא שייך טוענין בכה"ג דהא גם אביהן לא היה יכול לגבות מהלוה עצמו כן י"ל בזה ומטעם זה לא הקשה הסמ"ע כן הכא רק לקמן ס"ק מ"ה הקשה הסמ"ע כעין זה אכן לפמש"כ לעיל בחידושי לסי' נ"ט דהיכא דשמא של המלוה ה"ל במקום דלא ה"ל למידע אז לא שייך הך דין דסי' נ"ט הנ"ל ע"כ כיון דשמא דיורש ה"ל לא ה"ל למידע לכן שפיר הקשה הט"ז הכא:

ובעיקר קושיית הסמ"ע לקמן ס"ק מ"ה על מש"כ המחבר בסעי' כ"ב והטור בשם הרא"ש דאם הביאו עדים שאביהם אמר שהוא פרוע דאין גובה והא י"ל דלא האמינו אלא בפניו כו' לדעתי אין זה קשה דהא הרא"ש בכתובות פ"ט סימן כ"ח דמהני הפטור אף שלא בפניו והובא זה לעיל בש"ך ס"ק מ"ד א"כ י"ל דהרא"ש לשיטתו אזיל דלא ס"ל לחלק בין בפניו לשלא בפניו וע"כ שפיר כתב הרא"ש הכא דאם הביאו עדים שאמר שהוא

פרוע אינו גובה וכן המחבר שהביא כאן דעת הרא"ש שפיר כתב כן בשיטתו וגם לעיל סעי' כ' כתבו כן בשם י"א ע"ש. אך לפמש"כ לעיל בחידושי לסי' ע"א סעי' א' לחלק בין לשון פטור משבועה בפי' ובין נאמנות כמו דכתבתי שם מהא דאה"ע סי' צ"ח להוכיח כן ע"כ יש להעיר בעיקר ראיית הש"ך לעיל ס"ק מ"ד מה שהוכיח מן הרא"ש בפסקיו דלא כמש"כ השו"ע שם משום דיש לחלק בין נאמנות דכ' המחבר שם ובין ל' פטור שבועה דמבואר ברא"ש שם ע"כ לפ"ז שפיר הקשה הסמ"ע הכא:

סימן עב

א (סעי' א) בש"ך (ס"ק ט') שהאריך בדין ב"ח קונה משכון הנה לעיל בקונטרס התפיסה שלי בסי' ב' בענין תפיסה בדרא דממונא הארכתי הרבה מה דיש לדון דבחוב שאינו דרך הלואה דכמו שאין מסדרין בחוב כזה לשיטת יש מי שאומר לקמן סי' צ"ז סעי' כ"ט דה"ה דאין ב"ח קונה משכון בחוב כזה ועפ"ז יש ליישב לקושיית הרמב"ן שהובא בש"ך ס"ק הנ"ל מהא דב"ק ר"פ דו"ה דאמרו דאם תפסו ניזק נעשה ש"ש לנזקין דאלמא דאין ב"ח קונה משכון להתחייב באונסין אכן לפמש"כ שם א"ש משום דשא"ה דהוי חוב נזקין ולא הוי חוב הלואה וע"ש וכן יש לדון עפ"ז בדברי הש"ך דסי' ת"א ס"ק ד' ע"ש (שם סעי' ב') בש"ך (ס"ק י"א) דאף במלוה צריך למשכון ה"ל ש"ש משום פרוטה דרב יוסף ופי' רש"י דהמלוה צריך להשתמש ולפחות מן החוב בנכייתא כמבואר בב"מ ד' פ"ב ע"ב ובשבועות ד' מ"ד. והנתיבות ס"ק ח' כתב דכ"ז הוא בלא התנה דאז משלם כל שכרו הוי מצוה אבל אם התנה בנכייתא שאינו נותן רק דבר מועט בשכרו ויש לו למלוה הנאה בשכר הלואתו ליכא בי' משום מצוה רק שהוא חייב מטעם שוכר ונפ"מ בין שוכר ובין הך כו' עכ"ל:

ולענ"ד נראה לומר דאף בכה"ג ה"ל ש"ש משום מצוה משום דיש להוכיח דאף היכא דיש להמלוה הנאה מהשכר שנוטל דג"כ מקרי מצוה קעביד דהא אי' בפסחים ד' קי"ב במה דצוה ר"ע לרשב"י דמונה שם מצוה וגוף גדול אוכל פירות ולא שכר ופירש רש"י והרשב"ם דאם תרצה לעשות מצוה וגם תשתכר בה הלווה מעות לחבריך על קרקע לאכול פירות בנכייתא בזול שתנכה לו דבר מועט מן הדמים כמשכנתא דסורא והיינו ריוח גדול וגם מצוה היא שיש ללוה שכר ריוח שצריך למעות לסחורה עכ"ל רש"י והרשב"ם ועיין בחדושי אגדות במהרש"א שם הרי להדיא דגם במלוה על משכון בנכייתא בזול ג"כ מקרי מצוה א"כ מוכח מזה דגם בנכייתא בזול הוי ש"ש משום פרוטה דרב יוסף משום דזה ג"כ הוי מצוה ודלא כהנתיבות ויש לומר בזה דר"ע דב"מ ד' פ"ב

ושבועות ד' מ"ד דס"ל שם דאף במלוה צריך למשכון ה"ל מצוה ופליג על ר"א. די"ל דזהו משום דאזיל לטעמי' דס"ל לר"ע בפסחים דגם בכה"ג מקרי מצוה כנ"ל:

ג (שם סעי' ב') בנתיבות ס"ק ח' הביא דברי הט"ז סעיף מ' במכר בהקפה בזבינא מציעא וקיבל משכון דה"ל ש"ש וחולק עליו משום דאינו ש"פ רק דחייב משום הנאה דתפס לי' אזוזי ויש להעיר עליהם מהא שכתב הש"ך בס"ק ט"ז בשם הטור והרא"ש דס"ל דאף הלוהו פירות לא ה"ל ש"ש וכת"ק דר"י וכן מוכח מלשון הש"ס בב"מ ד' פ"ב דאמרו דלת"ק לא שני לי' והא אמרו בירושלמי ב"מ פ"ו ה' ה' דלכן ס"ל לר"י בהלוהו פירות ה"ל ש"ש משום רוצה אדם ליתן כמה ולמכור פירותיו ע"י משכון אלמא דזה מקרי הנאת ש"פ ואפ"ה ס"ל לת"ק דלא ה"ל ש"ש ובוודאי אין סברא לומר דפליגי במציאות. וע"כ מוכח דטעמם משום די"ל כסברת הש"ך ס"ק כ"א דהיכא דאין הריוח בא לו מחמת שמירת המשכון וגם ה"ל ספק ריוח דאינו ש"ש וה"ה י"ל הכא ועוד י"ל דטעמם דאף דאמרו אדם רוצה כו' מ"מ אין זה רק בגדר רוב ומיעוט יש דלא איכפת להו ליתן ש"פ בעד זה ור"י ס"ל כתנא דס"ל הולכין בממון אחר רוב ות"ק ס"ל דאין הולכין בממון אחר רוב ויכול לומר דאני מהמיעוט דלא נחשב להו להנאה ש"פ [ועפ"ז יש להעיר בהא דב"ב ד' ד' דר' יוסי ס"ל מגלגלין הכל דר"י לטעמי' דס"ל בב"ב ד' צ"ג דהולכין בממון אחר רוב אך כיון דשמואל פסק שם הלכה כר"י ושמואל הא ס"ל אין הולכין אחר רוב ומסתמא לא תלי שם בזה וקצרתין וכעין זה כתבו התוס' שם ד"ה דמי קנים בזול וב"ק ד' כ' דאמר לדידי סגי בנטירא בר זוזא ולפ"ז י"ל דשא"ה בנדרים דאמרו דזבינא מציעא ה"ל הנאת שניהם גבי איסור נדר משום דבאיסור הא מהני רובא משא"כ לחייבו בדין ש"ש דאין מוציאין ממון ע"י רובא ובקצרה הא חזינא דפירות ה"ל זבינא דרמי על אפי' מדאמרו רוצה ליתן כו' ואפ"ה לא ה"ל ש"ש וה"ה בנידון הט"ז:

ויש ליישב משום די"ל דטעמא דת"ק דס"ל דהלוהו פירות לא ה"ל ש"ש משום דשא"ה דעדיין לא יצא מחשש דדרכן להרקיב דהא הלוה פירות יכול לשלם ג"כ בפירות דהא הדין הוא דמה שלוה אותו המין משלם כמו בבע"ח דזוזי יהב וזוזי שקל ולכן אף דאמרו בירושלמי דרוצה אדם ליתן כמה ולמכור פירותיו היינו דדוקא במכירה דהא במוכר סחורה מחוייב לשלם במעות כמבואר בסי' ק"א סעי' ו' דעל ריוח וודאי יתן ש"פ משא"כ בהלוהו פירות דה"ל ספק עדיין ולא יצא עדיין מחשש הנ"ל ע"כ ס"ל לת"ק דלא ה"ל ש"ש ולכן נקטו לשון למכור דיהא א"ש גם לת"ק אבל במוכר זבינא מציעא דה"ל ריוח וודאי דהא לא יוכל לומר הש"ל וכן לסלקו בשוה כסף כמבואר כנ"ל דינו במוכר סחורה ואף לפמש"כ הט"ז שם בסי' ק"א דמוכר סחורה דינו רק כבע"ח רק אם יש לו מעות

חייב לשלמן מ"מ הא ישיג עי"ז חיוב הגוף על הלוה דאם יהיו לו מעות יהיה מחוייב לשלמן ע"כ שפיר כתב הכא לחייבו בדין ש"ש וכש"כ לפמש"כ השער אפרים סי' קכ"ב דלא כהש"ך דבהלוה פירות ה"ל ש"ש ואין ת"י ספר הנ"ל וכעת מצאתי באו"ת באורים ס"ק י"ח שהקשה בקצרה כן על הט"ז הנ"ל:

והעיקר כמש"כ כנ"ל מ"מ אין להוציא ממון בזה וכמש"כ האו"ת ועיין בקצה"ח סי' ק"א וקצרתי:

ד) (שם סעי' ג') המלוה על המשכון וחזר המלוה והפקידו ללוה ונגנב ונאבד חיוב המלוה כו' סמ"ע ס"ק י"ז דהלוה אינו אלא ש"ח דהמלוה ופטור מגניבה כו' והש"ך ס"ק כ"ה העלה דהיכא שנתן דבר לש"ש לשמור וחזר הש"ש והפקידו ביד הבע"ד ונגנב ונאבד אצלו לכ"ע חייב הש"ש ומקורו הוא במרדכי ב"מ אבל מפשיעה פטור הש"ש והבע"ד חייב בפשיעה:

ענף א:

ולכאורה יש להקשות דאמאי חייב הבע"ד בפשיעה הא זה הוי פשיעה בבעלים דהא מוטל חיוב על הש"ש לשומרו מגניבה א"כ הוי זה שמירה בבעלים דפטור ובאמת אין זה קשה כלל דיש לומר דדוקא היכא דמוטל על השומר להיות יושב ומשמר לגוף החפץ בזה אמרו דה"ל שמירה בבעלים כמבואר בב"מ ד' פ"א ובב"ב ד' מ"ג אבל הכא כיון דמיפטר השומר להיות יושב ומשמר לגוף החפץ דהא חזר והפקידו ליד הבע"ד ואין מוטל עליו חיוב רק לשלם ממון אם יוגנב ויאבד א"כ ה"ל כמו כל חיוב ממון דיש להשומר על הבעלים דע"י זה לא ה"ל שמירה בבעלים ואין זה דומה להשקיני מיא דה"ל טרחא בגופו וכן כתב הנתיבות בסי' ש"ה ס"ק ג' שהקשה זה ותירץ כנ"ל ועוד תירץ דהא השומר אינו בעלים של החפץ ודמי להא דסי' שמ"ו סעי' י"ז בהג"ה עכ"ל ובזה התירוץ יש לעיין לשיטת הסוברים דבע"ח קונה משכון בקנין גמור וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ט' א"כ אפשר דמה"ט מקרי בעלים של החפץ וה"ל שמירה בבעלים ומכש"כ במשכון שלא בשעת הלואתו ועיין בב"ק ד' מ"ט תוס' ד"ה משכונו כו' ובש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ט ולכן אין זה דומה לחפץ שאול דלא מקרי בבעלים ועיין בנתיבות סי' כ"ה ס"ק א' במש"כ שם לחלק בין משכון שלא בשעת הלואתו לבין מזיק שעבודו מה"ט:

ובעיקר הך דינא יש להוכיח כן מהא דב"מ ד' ל"ה ע"ב דפעמים שהבעלים משלמין כמה פירות להשוכר בראובן ששכר פרה משמעון וחזר שמעון ושאלה כו' דשמעון השואל על תשעים יום נעשה שואל להתחייב באונסין אע"ג דהא יש לו חיוב גניבה על ראובן ששכרה למאה יום ומה"ט כתב רש"י שם דישבע ראובן שמתה כדרכה ואז יפטר משום

דאל"כ ה"ל מחוייב כדין שוכר בגניבה משום דלא מיפטר מחיובו המוטל עליו ועיין במהר"ם שי"ף על רש"י וכן מבואר בירושלמי ב"מ פ"ג ה"ב דאם שאלו בעלים משוכר ומתה כדרכה דישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל משלם לשוכר ולכן מה שהעירו המהר"ם שי"ף והפני יהושע שם על דברי רש"י במש"כ דישבע השוכר שמתה כדרכה דבאמת כן מבואר בירושלמי ועיין בפני משה שם א"כ מוכח מזה דכה"ג לא ה"ל דין שמירה בבעלים דכיון דא"צ להיות יושב ומשמר לגוף החפץ אף דיש לו חיוב תשלומי גניבה על השוכר דמ"מ לא ה"ל דין שמירה בבעלים וכמש"כ הנתיבות כנ"ל וגם סברת תירוץ הב' של הנתיבות שייך כן התם דהא גוף החפץ אינו שלו רק שכור בידו ודמי להא דסי' שמ"ו סעי' י"ז בהג"ה כנ"ל אך יש לומר דתירוץ הב' של הנתיבות לא שייך התם דהא עיקר הסברא שכתבו בסי' שמ"ו הנ"ל דכיון דאין גוף החפץ שלו רק שאול בידו דלא ה"ל דין שמירה בבעלים זה נובע מסוגיית הגמ' בב"מ ד' צ"ו ע"ב גבי דאגרה פרה והדר נסבה דאליבא דרבנן דשואל משלם לשוכר מקרי שאילה בבעלים רק לר' יוסי דמשלם לבעלים הראשונים אין זה דין שאילה בבעלים וכמבואר זה בשמ"ק לב"מ ד' ל"ה בארוכה דהא למי שהוא משלם וה"ל שומר שלו אינו עמו במלאכתו ולכן לדינא לפי מה דקיי"ל כר' יוסי שפיר פסקו בסי' שמ"ו סעי' י"ז בהג"ה דכיון דאין הגוף שלו רק שאול בידו אין זה שמירה בבעלים אבל לרבנן דס"ל דהשואל משלם לשוכר דכיון דהשוכר ה"ל בע"ד דידי' ולכן אם השוכר משועבד למלאכה להשואל מקרי זה שאילה בבעלים ופטור והא האי סוגיא דאמרו דפעמים שהבעלים משלמין כמה פרות להשוכר קאי זה אליבא דרבנן ע"כ שייך בזה שפיר דין שמירה בבעלים כיון דלמי שהוא משלם היינו להשוכר ה"ל השוכר עמו במלאכתו דמחוייב בגניבה כדין השוכר ועיין בש"ך סי' שמ"ו ס"ק י"ב ולכן תירוץ הב' של הנתיבות הנ"ל לא שייך התם:

ולכן בע"כ הטעם התם כמש"כ הנתיבות בתירוץ א' כנ"ל אכן לשיטת רש"י וסייעתו דב"מ ד' פ"א דהובא בסי' ש"ה סעי' ו' דס"ל השאילני ואשאילך לא ה"ל שמירה בבעלים והטעם הוא דמה ששומרו הוא רק לטובת עצמו כיון שצריך להשתמש בהחפץ השאול לו וכמש"כ הנתיבות בסי' ש"ה ס"ק ב' ע"ש וה"ה דשייך ה"ט גבי שוכר דאף שחייב בגניבה דמ"מ כיון ששומרו לטובת עצמו שצריך להשתמש בהחפץ השכור וכמו שכתבו גבי חפץ השאול כנ"ל משום דאין כאן בעלים של חפץ במלאכתו של שומר כפי' רש"י בב"מ שם וזהו כמש"כ הנתיבות כנ"ל א"כ להך שיטה אין הכרח כלל להוכיח מהא דב"מ לנ"ד:

אבל לשיטת החולקים על רש"י בזה וס"ל דהשאילני ואשאילך ה"ל שמירה בבעלים כמבואר בסי' ש"ה שם. שפיר יש להוכיח מסוגיא דב"מ הנ"ל כפי תירוץ א' של הנתיבות הנ"ל:

וכעת שיצא לאורה דברי הט"ז על סי' רצ"א מצאתי וראיתי בהט"ז שם סעי' כ"ג שכתב שם נשאלתי באחד שנתן לחבירו חפץ למכור בחנותו וקצץ לו שכרו ואח"כ הלך המקבל מן החנות ונאבד החפץ וטען המקבל בשעה שהלכתי מהחנות אמרתי לך תשמור לי חנותי ואמרתי הן והנותן כופר שלא קיבל שמירה טען המקבל לפי דבריך אתה מודה שלא שמרת כלל וכיון שלפי טענתי אתה ש"ח שלי נמצאת חייב בפשיעה וכיון שאני מוחזק אני נשבע ואפטור והשבתי דהמקבל חייב דאף לפ"ד פטור הנותן אע"ג דהוי ש"ח מ"מ הוי שמירה בבעלים כו' כי באותה שעה שקיבל עליו להיות ש"ח הוי כבר משועבד לו המקבל שהוא ש"ש שלו כו' מש"ה היה שאילה בבעלים ופטור אף מפשיעה עכ"ל הט"ז ולמדנו מדברי הט"ז דס"ל דמה שהיה הש"ש מחוייב בגניבה הוי זה כמו שמירה בבעלים וזהו דלא כמבואר הכא ולא ס"ל כסברת הנתיבות הנ"ל וזהו סותר להך דסעי' ג' הנ"ל ובאמת לכאורה יש להקשות על הט"ז מהא דסי' שמ"ו סעי' י"ז שהביא הנתיבות דכיון דאין החפץ שלו רק שאול בידו ע"כ אין זה שמירה בבעלים א"כ ה"ה בנידון דהט"ז הא הש"ש אין לו זכות בגוף החפץ רק שהוא ש"ש עליו א"כ אין זה מקרי בבעלים ויש לומר דס"ל להט"ז לחלק דשאני בהא דסי' שמ"ו דכיון דאין גוף החפץ שייך לה ע"כ מחוייב לשלם להבעלים של השוכר כדאמרו בב"מ ד' צ"ו דלר' יוסי דס"ל תחזור לבעלים הראשונים אין זה שמירה בבעלים כיון דאין הבעלים של השוכר במלאכת השואל אבל בנידון דהט"ז דהש"ש תובע מן הש"ח חוב פשיעה שמוטל עליו בזה שפיר אמרינן כיון דהש"ש משועבד להש"ח בחוב גניבה ע"כ פטור הש"ח נגד הש"ש ואין הש"ש יכול לתבוע מן הש"ח דהא לגבי איהו ה"ל שמירה בבעלים ולכן אינו קשה מזה על הט"ז:

וחזינן דהט"ז ס"ל דמה שהש"ש מחוייב בגניבה עושהו לדין שמירה בבעלים וסותר להך דהכא ותקשה על הט"ז מסוגיא דב"מ ד' ל"ה הנ"ל ובאמת הסברא נותנת דלא כהט"ז בזה דהא כיון דהרשהו לבעל החנות שילך מן החנות ואין להש"ח עליו רק חוב גניבה בתשלומי ממון א"כ מאיזה טעם יהיה זה חשוב לדין שמירה בבעלים דהא חוב שיש לא' על חבירו וודאי לא הוי משום זה בדין שמירה בבעלים. ואפשר לומר דס"ל להט"ז דכיון דבחיוב ש"ש דמוטל עליו יש בזה שני חיובים חיוב תשלומי ממון אם יגנב ויאבד וחיוב טרחת גופו ביותר מן מה שמוטל הטרחא על ש"ח כמבואר בב"מ ד' צ"ג ולהשתדל להציל ברועים ומקלות בשכר וכהנה וכמבואר בסי' ש"ג ע"כ י"ל דשפיר כתב הט"ז דזה

מקרי שמירה בבעלים דאע"ג דעל דין ש"ח מפשיעה קיבל ע"ע לשמור מ"מ מן דין טרחת גופו מה שמוטל על הש"ש לא פטרו להמקבל וע"כ מקרי זה שמירה בבעלים:

ענף ב:

אבל עדיין תקשה על הט"ז מהא דב"מ ד' ל"ה הנ"ל והנלע"ד בזה והוא דהא יש לדון במה דמבואר ברש"י ב"מ שם ד' ל"ה גבי פעמים שהבעלים משלמין כו' דישבע ראובן השוכר שמתה כדרכה ושמעון השואל משלם לשוכר דמשמע ממנו דאם נגנבה ונאבדה דמחוייב השוכר לשלם לשמעון משום דאף דמסרה להבעלים בתורת שאלה דמ"מ לא מיפטר ראובן מן חיוב גניבה שמוטל עליו ויש לדון בזה לפי מה דמבואר בסי' ע"ב סעי' למ"ד ובש"ך שם ס"ק קל"ד דבשומר שמסר לשומר דאם רגילים הבעלים להפקיד אצלו דלשיטת הרמב"ם וסייעתו דסי' רצ"א דפטור השומר הראשון אף אם פשע הב' ואין לו לשלם משום דכיון דמסר למי שרגילים הבעלים להפקיד אצלו נסתלקו מן חיוב שמירה ופטירי א"כ לפ"ז ה"ה הכא וכש"כ הוא דכיון דמסר ראובן השוכר הפרה לשמעון הבעלים בתורת שאלה דזהו עדיף מן מי שרגילים הבעלים להפקיד אצלו כמבואר למעיין:

וע"כ י"ל דבאמת מוכח מרש"י דס"ל כשיטת הראשונים דס"ל דאף דמסר למי שרגילים הבעלים להפקיד אצלו דמ"מ לא מיפטר מן חיוב שומרים שמוטל עליו כפי דיני התורה לכאו"א וע"כ חייב ראובן השוכר בגניבה ואבידה ג"כ ועיקר פלוגתת הפוסקים בזה הוא בסי' רצ"א סעי' כ"ד ועיין בסמ"ע סי' ע"ב ס"ק צ"ו ולכן אף ששמעון השואל חייב באונסין ובגניבה מ"מ לא פקע חיוב גניבה מן ראובן השוכר כן הוא לשיטת רש"י דשם ובאמת י"ל דלשיטת הסוברים דאם מסר למי שרגילים הבעלים להפקיד אצלו דמיפטר השומר הראשון דזה הוי כהשבה גמורה דה"ה בהא דאמרו פעמים שהבעלים משלמין כו' דבאמת מיפטר ראובן השוכר לגמרי מכל דיני שומרין שהיה מוטל עליו עד הנה ולכן אף אם לא ישבע ראובן שמתה כדרכה ג"כ מיפטר ואף שכתבתי לעיל בשם הירושלמי דב"מ פ"ג ה' ב' דאמרו בזה ג"כ דישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל משלם לשוכר עכ"ז י"ל דלא גרסי כן שם וכמש"כ הפ"מ שם דזהו מיותר ע"ש:

ולפ"ז א"ש דאינו קשה על הט"ז הנ"ל מהא דב"מ ד' ל"ה הנ"ל והוא דהא לשיטת הסוברים דאם מסר למי שרגילים להפקיד אצלו דמיפטר א"כ כיון דראובן השוכר בעת דמסרה בתורת שאלה לשמעון מיפטר מכל דיני שומרין דהיו עליו ע"כ אין מזה שום קושיא כלל על הט"ז דהא זה לא הוי שום שמירה בבעלים כלל דהא בעת שקיבל שמעון הפרה בתורת שאלה אז לא נשאר שום חיוב שומרין לו על ראובן ושאני נידון דהט"ז דלא קבלו

הבעלים ע"ע רק חיוב פשיעה אבל חיוב גניבה נשאר לו על הש"ש ע"כ שפיר הוי זה שמירה בבעלים:

ועיקר הקושיא על הט"ז תסוב רק לפמש"כ רש"י שם דישבע ראובן שמתה כדרכה דמשמע דאם נגנבה ונאבדה דחייב ראובן השוכר בזה משום דס"ל כשיטת הסוברים לחייב במסר למי שרגילים כנ"ל והא כבר כתבתי לעיל דלשיטת רש"י בב"מ ד' פ"א בהשאילני ואשאילך לא ה"ל שמירה בבעלים משום דאין כאן בעלים של חפץ במלאכתו של שומר וכמש"כ הנתיבות להסביר זה בסי' ש"ה ס"ק ב' דמה ששומרו הוא רק לטובת עצמו א"כ ה"ה שוכר לא ה"ל שמירה בבעלים דהא מה ששומרו הוא לטובת עצמו שצריך להחפץ להשתמש בו ואף שהכא הא חזר השוכר והשאילה היום להבעלים א"כ הא אינו צריך כעת להשתמש בהחפץ עכ"ז הא כיון דבעת שקיבל ע"ע החיוב בגניבה ואבידה בעת ששכרה הא היתה אז עיקר כוונתו להנאתו וגם הא לאחר כלות תשעים יום מן השאלה ישתמש בה בזכות שכירותו עשרה ימים כמבואר שם ברש"י וע"כ שפיר י"ל דלשיטת רש"י אין זה מקרי שמירה בבעלים כלל כמו בהשאילני ואשאילך דאמרו סתמא דלא ה"ל שמירה בבעלים אף היכא דעכשיו א"צ השואל להשתמש בהחפץ רק כיון דבעת שהתחייב א"ע בשמירה היתה אז כוונתו להנאתו כו' א"כ לשיטת רש"י בהשאילני ואשאילך דלא ה"ל שמירה בבעלים ודאי אינו קשה מהתם על הט"ז:

ולשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דהשאילני ואשאילך ה"ל שמירה בבעלים א"כ ה"ה בשוכר ה"ל שמירה בבעלים דתקשה על הט"ז כנ"ל הא גם לשיטת הרמב"ם אינו קשה על הט"ז לפי מה דנתבאר דלשיטת הרמב"ם דס"ל במסר למי שרגילים להפקיד אצלו דפטירי וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קל"ד בשיטת הרמב"ם דהובא בסי' רצ"א סעי' כ"ד. א"כ הא לפ"ז ליכא התם כלל דין שמירה בבעלים דהא פקע חיוב שמירה לגמרי מן ראובן השוכר בעת שמסרה לשמעון בשאלה ועלויי עליי' לשמירתו לכן לכל השיטות אינו קשה מהא דב"מ על הט"ז הנ"ל וא"ש דברי הט"ז:

ובעיקר הראי' שהבאתי לעיל להוכיח מהא דב"מ ד' ל"ה הנ"ל דכתב רש"י דישבע ראובן שמתה כדרכה:

דמוכח מזה דאם נגנבה חייב ראובן השוכר אף דמסרה להבעלים בתורת שאלה דלפ"ז מוכח דס"ל לרש"י דאף במסרה למי שרגילים להפקיד אצלו דחייב אם פשע הב' משום דלא מיפטר מן חיוב שמירה שלו כנ"ל דיש לדחות זה הראי' די"ל דזה תלוי בפלוגתת ר' יוסי ורבנן בשואל אם משלם לשוכר או דתחזור לבעלים הראשונים דאם נימא כר' יוסי כדקיי"ל כוותי' דהשומר הב' נעשה שומר של בעלים הראשונים אז שפיר י"ל דמיפטר

השומר הא' כשמסרה למי שרגילים הבעלים להפקיד אצלו משום דזה הוי כהשבה ליד הבעלים משום אומדנא דאנן סהדי דניחא להבעלים בזה כיון דרגילים להפקיד אצלו ועיין בש"ך סי' שמ"ב ס"ק א' דהא השומר הב' נעשה שומר של הבעלים וע"כ שפיר כתבו דמיפטר שומר א' במה שמסרה למי שרגילים להפקיד כיון דקיי"ל כר' יוסי אבל הסוגיא דפעמים שהבעלים משלמין כמה פרות לשוכר דקאי אליבא דרבנן דס"ל דשואל משלם לשוכר ולא נעשה שומר של הבעלים רק של השומר הא' ע"כ י"ל דשפיר כתב רש"י דלא מיפטר השוכר מן חיוב ש"ש שמוטל עליו כיון דלמי שמסרה לא נעשה שומר של הבעלים וה"ל כמי שמסרה לאחר שאינו שלוחו של הבעלים ולא ה"ל כהשבה ליד הבעלים אלא לר' יוסי דנעשה שומר של הבעלים ה"ל כמו שמסרה לשלוחו של הבעלים וע"כ אינו ראיה ממש"כ רש"י הנ"ל דלא ס"ל לשיטת הראשונים דס"ל לדינא דמיפטר כשמסרה למי שרגילים הבעלים להפקיד די"ל דגם רש"י ס"ל כשיטת הפוסקים הנ"ל לדינא רק רש"י קאי שם לרבנן ולדידהו שפיר י"ל דלא מיפטר כנ' ומ"מ שפיר י"ל כמש"כ לעיל ליישב דלא תקשה מזה הסוגיא על הט"ז הנ"ל דבמש"כ אח"ז לדחות זה אין זה מוכרח כ"כ וקצרתי ועכ"פ למדנו מדברי הט"ז הנ"ל דה"ה בהך דינא דאם חזר הש"ש והפקידו ביד בעליו דפטור הבע"ד מן חיוב פשיעה משום פשיעה בבעלים ודלא כמש"כ הסמ"ע והש"ך ולכן הוי זה ספיקא דדינא ומהני תפיסה בזה:

ענף ג:

ואפשר לומר דאינו סתירה לזה מן דברי הט"ז הנ"ל ע"פ מש"כ בחידושי לקמן סי' ע"ד סעי' ג' בהא דמבואר בסי' רצ"ג דשומר אינו חוזר בתו"ז דזהו דוקא אם היה קנין משיכה אבל אם לא היה משיכה רק סילוק שמירה דאף להסוברים דשומרים חייבים ע"פ מה שנסתלקו הבעלים משמירתן דמ"מ מצי חוזר אף בתו"ז בפני הבעלים ולא להיות שוב שומר והארכתי שם בזה ועיקר הך דינא דש"ש שהפקיד ביד בעליו דאמרינן דהבעלים חייבין בפשיעה ולא אמרי' דהוי פשיעה בבעלים זהו משום דכיון דקיבלו הבעלים ע"ע דין שמירה וממילא נפטר השומר מן דין להיות יושב ומשמר ואין על השומר רק חיוב ממון לשלם אם יוגנב כנ"ל ולפ"ז היכא דהבעלים יכולים לחזור מן חיוב שמירה שקבלו ע"ע אף בתו"ז. וכיון דלאחר שיחזור בו אז ממילא יהיה מחוייב הש"ש לשמור החפץ דהא לא פטרו בפי' אלא כ"ז שמוטל חיוב שמירה על הבעלים אז ממילא מיפטר הש"ש מן גוף השמירה אבל אם יהיה מצי לחזור בו אז יהיה נשאר חיוב על הש"ש לשמור גוף החפץ:

ולפ"ז יש לחלק בין נידון של הט"ז הנ"ל דהא בעובדא דהט"ז הא בדין חיוב ש"ש במה שנתן לו חפצו בחנות לשמור היה זה בדין משיכה דהא חצירו של בעל החנות קונה לו להתחייב בדין ש"ש בדין קנין חצר ואינו יכול לחזור בתו"ז אבל חיוב שמירה של הבעלים מן החפץ בעת שהלך בעל החנות לשוק הא עיקר חיוב שמירה של הבעלים מן החפץ אינו חל עליו רק מן דין סילוק שמירה של בעל החנות דהא לא היה משיכה וחצר בזה דהא החנות אין של הש"ח ועיין בט"ז סי' קפ"ט ולקמן בחי' לסימן ע"ג סעי' י"ט אך להפוסקים דבנסתלקו משמירה מחייב לשומר שפיר יש לחייב להש"ח לאחר שנסתלקו הבעלים משמירתן ואף דהש"ך בסי' רצ"א הכריע דהעיקר כשיטת הפוסקים דבעינן משיכה מ"מ י"ל דהט"ז ס"ל דהוי ספיקא דפלוגתא דרבוותא והיה יכול בעל החנות הש"ש לומר קים לי כשיטת הסוברים דנסתלקו משמירה מחייב לשומר ע"כ אתי עלה מצד דהוי פשיעה בבעלים ופטור מן חיוב פשיעה בודאי וע"כ ממילא חייב הש"ש אף בפשיעה:

וביאור הדברים דלכן מקרי זה פשיעה בבעלים לפי דהא מצינו בדין שומרים בבעלים דאף בעת שאין עושה מלאכתו מ"מ כיון שיש להשומר חיוב על הבעלים אם ירצו שיעשו הבעלים איזה מלאכה יהיו מחוייבים לעשות דזה מקרי שאילה בבעלים כמבואר בסי' שמ"ו סעי' י"ב דהרב לתלמידו אם צריך ללמוד עמהם בכ"מ שירצו מקרי נשאל להם אף שלא בשעת הלימוד כמבואר בב"מ דף צ"ז ע"א וכן מבואר שם סעי' י"ב כה"ג וכן באשה לבעלה הוי שאילה בבעלים אף בשעה שאינה עוסקת במלאכתו כמבואר שם סעי' ט"ז ע"כ יש לדון מה"ט דהש"ש מקרי משועבד למלאכה להש"ח דהא הברירה ביד הש"ח לחזור בו כ"ז שירצה ולשלוח להגיד לו שיבא לשמור את החפץ לפי שאינו רוצה להיות שוב שומר דהא הברירה בידו לחזור בו כל זמן שירצה ואז יהיה משועבד הש"ש לבא ולשמור החפץ לפי דהא הש"ש נעשה שומר ע"פ קנין משיכה ואינו יכול לחזור בו כנ"ל והא משמע שם דאף באינה לפניו מ"מ כיון שאם ירצה יכול לשלוח לה שתבא למלאכתו ע"כ מקריא משועבדת לו וה"ה בזה לכן שפיר כתב הט"ז דזה מקרי שאילה בבעלים כיון דיש לו חיוב מלאכה לשמור החפץ מגניבה אם ירצה הש"ח ויחזור בו מן חיוב שמירה שלו וחיוב גניבה ודאי מקרי שמירה בבעלים כמש"כ המח"א והובא בנתיבות סימן רצ"א סעי' כ"ד ס"ק כ"ג לפי דהש"ש מחוייב להיות יושב ומשמר ע"ש אבל הכא דמיירי דהש"ש הפקיד ביד בעליו דהוי קנין משיכה וחצירו כיון דקיבל החפץ לרשותו ע"כ אינו חוזר בו על הזמן שקיבל לשמור וממילא נפטר הש"ש להיות יושב

ומשמר ואין בידו להטיל שום חיוב על הש"ש להיות יושב ומשמר רק דין תשלומין ע"כ אין זה מקרי שמירה בבעלים ולכן אינו סותר דברי הט"ז להך דינא דהכא:

וידעתי מה דיש לדון במש"כ דכיון דגוף החפץ הוא של הש"ח ע"כ בכה"ג מהני לכ"ע חיוב קבלת שמירה אף שלא היה משיכה וכן יש לדון במש"כ כיון דהרשות בידו לחזור ע"כ מקרי שמירה בבעלים די"ל דזה אינו דומה להך דסי' שמ"ו דהא חזרה מילתא אחריתי וגם אפשר דהוי מחוסר אמנה אם יחזור בו בנ"ד כיון דאין דינו כפועל וגם י"ל בזה לפמש"כ הסמ"ע בסי' שמ"ו ס"ק כ"ו גבי אשה ע"ש עכ"ז העיקר כמש"כ כיון דמיירינן בחיוב שמירה שהתחייב א"ע נגד הש"ש ונעשה שומר שלו ע"כ ממילא בעינן משיכה בזה וכ"ז דלא משך דינו כמו סילוק שמירה באחר דנתבאר דחוזר בו בתו"ז ואף דזהו מצד חזרה מ"מ כיון דבידו לחזור עכ"פ ולהטיל חיוב מלאכה על הש"ש הוי שאילה בבעלים ולכן שפיר י"ל דאין סותר דברי הט"ז לנ"ד דהכא. ויש להאריך בכל זה וכן נלע"ד לדינא כפי מש"כ:

ה (שם סעי' ד') המלוה על המשכון ונתן לו רשות להשתמש בו ונאנס אפשר שאפילו בנתינת רשות בלבד הוי שואל וחייב וזהו מהרשב"א דסיים דה"ל כדמי אבידה והובא בש"ך ס"ק ל"א וכתב דלחיוב אונסין אין לחייבו משום דהא בדמי אבידה ג"כ יש פוסקים דלא הוי רק ש"ש ושארי טעמים אבל בגניבה ואבידה ודאי חייב דלא גרע מדמי אבידה כו':

ולע"ד יש לדון בזה דהא עיקר הטעם בדמי אבידה דה"ל ש"ש לכ"ע זהו משום היתר שימוש וכן במפקיד מעות מותרין דב"מ ד' מ"ג דה"ל ש"ש לכ"ע היינו משום היתר שימוש דיש לו זכות דאי בעי משתמש בהו ע"כ האי הנאה חשיבה לי' כפרוטה לכה"פ ואמדינן לדעתי' דמתחייב בדין ש"ש ככל ש"ש ועיין בסי' ש"ג ש"ך ס"ק א'. א"כ הכא במלוה על המשכון דאף דנתן לו רשות להשתמש מ"מ הא יש בזה איסור רבית כמבואר ביו"ד סי' קע"ב סעי' א' דבמשכנתא בלא נכייתא אסור להשתמש משום איסור רבית רק בספרים שיטת המהרי"ל והאגודה דמותר אף בלא נכייתא דהוי לצורך מצוה אבל שיטת הרשב"א דהובא בט"ז שם ס"ק ג' דר"ק היא ועיין מזה לעיל סעי' א' ובלא התנה בשעת הלואה אף דלא הוי ר"ק מ"מ הא הוי א"ר מדרבנן וכיון דאסור להמלוה להשהמש עכ"פ אף דאינו רק מדרבנן א"כ זה לא מקרי היתר שימוש ומה לי אם אסור לו להשתמש משום איסור גזל או משום איסור רבית ולכאורה י"ל דטעמייהו הוא ע"פ הא דאמרינן בקדושין ד' נ"ח דאמרו דגונב טבלו משלם לו דמי טבלו משום דיכול לומר אנא פטרנא בחטה א' כדשמואל כו' ואף דמדרבנן צריך ליתן כדי נתינה ושיעור הפרשה מ"מ יכול לומר דלא

הייתי חושש לתקנת חז"ל ה"ה הכא כיון דהוי בידו להשתמש ולעבור על איסור דרבנן ע"כ מקרי זה זכות לחייבו בדין ש"ש לכה"פ. אבל באמת ז"א סברא כלל דהא מצינו גבי קידושי אשה דאם קידשה באיסור הנאה דרבנן אינה מקודשת ולכמה פוסקים אף בתרתי דרבנן א"מ ולכמה פוסקים בתרתי דרבנן מקודשת אבל בחדא דרבנן כ"ע ס"ל דא"מ משום דזה לא מקרי ש"פ כיון דאסור לה עכ"פ להשתמש וכמבואר כ"ז באה"ע סי' כ"ח סעי' כ"א וב"ש ס"ק נ"א וס"ק נ"ב א"כ ה"ה הכא אין היתר שימוש מה"ת מקרי ש"פ לחייבו בדין ש"ש כיון דאסור עכ"פ מדרבנן משום איסור רבית וכש"כ הוא נ"ד מהא דקדושי אשה דהא התם קבלה האשה זה ע"ד להתקדש ומ"מ כיון דחז"ל אסרוה בהנאה אין זה מקרי ש"פ כש"כ הכא בדין חיוב ש"ש דהא לא התחייב בפי' להיות חייב בדין ש"ש רק אנו באין לחייבו מצד אומדנא דכל השומרים ע"כ הא אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן ובוודאי לא ניחא להמלוה להשתמש בהמשכון משום איסור רבית דרבנן ולא נחשוד שום איש דיעבור במזיד על איסור דרבנן בקום ועשה ח"ו והא דקדושין הנ"ל שאני דכיון דהוי כבר ממון שלו ע"כ מה"ט דיש לו זכות לומר דאי פטר נפשיה בחטה א' ע"כ מקרי בע"ד להיות יכול לתבוע דמי טבלו וגם הא הוי התם שב ואל תעשה דלא היה נותן להכהן רק חטה א' ובמק"א כתבתי לבאר הא דקדושין ביהד ביאור דאין ראי' משם לנ"ד ואכמ"ל בזה:

וע"כ הדעת נוטה דהיכא דיש איסור רבית אף מדרבנן דלא מבעיא דלא נעשה שואל ואף ש"ש לא הוי כיון דזה לא מקרי היתר שימוש ואין דומה לדמי אבידה ומעות מותרין הנ"ל דמותר לו להשתמש ע"כ נחשב זה לשווי פרוטה לכה"פ לחייבו בדין ש"ש ואפשר לומר לחלק דשאני הכא דכיון דנתן לו רשות כבר להשתמש וכיון דשתק המלוה מסתמא נתרצה אז וממילא קנהו להחפץ בתורת שאלה כמו כל שואל דקונה חפץ השאול לו על זמן ששאלו ע"כ כיון דכבר קנהו ממילא מותר להמלוה להשתמש בו כמו כל א"ר דא"צ להחזירו רק לצי"ש כמבואר ביו"ד סי' קס"א אבל גם ז"א דהא אינו דומה עכ"פ לדמי אבידה והרשב"א כתב לדמות זה לדמי אבידה וגם הא אף דשתק בעת שא"ל להשתמש אין זה אומדנא דנתרצה המלוה דהא יש לנו לומר אחזוקי ברשיעי לא מחזקינן ולא נתרצה המלוה לזה לעבור בקום ועשה על איסור דרבנן וכמו דאמרו כזה ביו"ד סי' קס"ו סעי' א' גבי א"ל הלוה דור בחצרי דמחמת דחזקה דלא עביד איסורא דרבית דרבנן אמרינן דהיה כוונתו בשכר וכמש"כ החוו"ד שם ס"ק ב' וה"ה הכא אף דהלוה נתרצה מ"מ הא אין לנו לדון כן על המלוה ובפרט בא"ר דאין עובר רק המלוה ולא הלוה כמבואר ביו"ד סי' ק"ס סעי' א' ולכן י"ל דדוקא במלוה על משכון ספרים וכהנה דלא הוי איסור רבית

לחד דיעה ע"כ בזה שפיר יש לדון לדמות לדמי אבידה או משום סברת הש"ך דכיון דנתן לו רשות להשתמש והמלוה שתק ה"ל דין שואל אבל היכא דיש בזה איסור רבית להשתמש שפיר יש לדון כמש"כ כן נ"ל לולי דבריהם שסתמו בזה וכעין זה ראיתי במ"מ פ"ד ה' מלוה הל' יו"ד ע"ש:

ובמי שהפקיד חפץ אצל חבירו ואח"כ נתן לו רשות להשתמש העלה הש"ך דה"ל דין שואל כיון דנתן לו בפירוש הנה לדעתי יש לדון בזה דהא יכול המלוה לומר דלא נתרצה מעולם להשתמש בהחפץ משום דאינו רוצה במתנה דשונא מתנות יחיה כמו דאמרו כזה בב"ב ד' י"ג ובח"מ סי' קע"א וזה דומה להא דב"ב ד' קל"ח דשתק ולבסוף צווח דכ"ע ס"ל דקני ופי' הרשב"ם דכיון דקיבל בשתיקה נתרצה כו'. כי פליגי שזיכה לו ע"י אחר ושתק ולבסוף צווח דת"ק ס"ל מדשתיק קנינהו כו' ורשב"ג ס"ל הוכיח סופו על תחלתו והאי דשתק דסבר כי לא מטו לידי מאי אצווח ולדינא קיי"ל דהוי ספיקא דדינא בזה לענין אם קדם אחר וזכה דאין מוציאין מידו שמא קנה וה"ל דין הפקר ואם קדמו הבעלים הראשונים ותפסו אין מוציאין מידם כמבואר בסי' רמ"ה סעי' י"א וכעין זה איתא ביו"ד סי' ד' ובאה"ע סי' ל"ט סעי' ה' במקנה שהשיג על הח"מ ס"ק ט' ע"ש והיכא דהיה החפץ בידו כבר בתורת פקדון שייך ג"כ לדון הך פלוגתא דאי אמרינן הוכיח סופו על תחלתו ה"ה דאמרינן הכא דאף דשתק בעת דאמר דנותן לו החפץ במתנה מ"מ כיון דצווח לאח"ז אמרי' גם בזה הוכיח סופו על תחילתו כיון דלא היה גלוי דעת ממנו שנתרצה לזה ודוקא בקיבל בשתיקה כמש"כ הרשב"ם דהיה גלוי דעת ממנו על הריצוי בזה כ"ע מודו דלא אמרו הוכיח סופו כו' אבל היכא דהיה כבר ת"י בפקדון ג"כ י"ל הך סברא דאמרו בגמרא כי לא מטו לידי כו' דהא הוא בידו בפקדון מכבר ודומה להא דקדושין דף י"ג דאי אתי לידה בתורת פקדון ה"ל כמו שתיקה דלאחר מתן מעות דלאו כלום הוא דאי שדי ומיתבדי חייב באחריות. והתבואות שור ליו"ד סי' ד' ס"ק ה' כתב דבזיכה ע"י אחר ולסוף צווח משמע מסתימות הגמרא ופוסקים דכ"ז שלא באתה המתנה לידו ובבואה לידו אפי' למחר וליומא אוחרא צווח אמרינן הוכיח סופו על תחלתו כו'. ובשמלה חדשה שם כתב דלא ביארו לנו רבותינו גבול בזה כו' ע"כ יש לדין דה"ה הכא דשתק בעת שנתן לו הלוה רשות להשתמש דאם צווח עכשיו וטוען בפנינו שלא נתרצה מעולם להשתמש די"ל הוכיח סופו כו' וגם יש לומר דאף לת"ק דס"ל דלא אמרינן הוכיח סופו ועבדים אוכלין בתרומה היינו משום דיש בזה רוב דאם שותקין דנתרצו אבל בממון דאין הולכין אחר הרוב להוציא מן מוחזק מעיקרא גם ת"ק מודה דנאמן להחזיק ממון ת"י. ודוקא לענין אם קדם אחר וזכה אין מוציאין ממנו משום דזכה מהפקר להת"ק כנ"ל אבל לענין

להוציא מהמוחזק לחייבו באונסין כדין שואל י"ל דגם ת"ק מודה דנאמן לפטור א"ע ולבה"פ ה"ל ספיקא כמו הא דסי' רמ"ה ואפשר לומר דזהו כוונת המחבר הכא דכתב דאפשר דאפילו בנתינת רשות הוי שואל דהספק הוא בזה ג"כ אי אמרינן הוכיח סופו כו' או לא אך בלשון הרשב"א לא משמע כן ומ"מ זהו ענין בפ"ע לכל הדברים שכתבתי לדמות זה להא דזיכה ולסוף צווח ואין לחלק בזה בין מתנה גמורה ובין הא דרשות על שימוש המשכון דגם זהו בכלל מתנה יחשב בפרט במטלטלי הנפחתין ע"י השימוש:

ונתבאר דבמלוה על המשכון דנתן לו רשות להשתמש דהיכא דיש איסור רבית בהשימוש די"ל דאף דין ש"ש אין לו לשיטת הסוברים דמלוה על המשכון הוי ש"ח אך בספרים וכהנה כיון דמותר להשתמש הוי ש"ש בוודאי משום היתר שימוש אבל בנפקד שהרשהו המפקיד להשתמש בוודאי ה"ל ש"ש משום היתר השימוש כדמי אבידה דהוי ש"ש לכ"ע אבל לחיוב אונסין י"ל דאין להוציא ממנו אך בתפס הלוה יכול לומר קים לי כהש"ך דה"ל שואל:

ז (שם סעי' י"ד) ללוה שאמר למלוה על משכון פרעתיך] כך וכך והמלוה אומר אמת שפרעתני אבל א"י כמה הלוה נאמן כו' ואם ע"א מעיד שלא כדברי הלוה נשבע הלוה ונוטל המשכון כו' וכתב הש"ך ס"ק נ"ט דנשבע הלוה שבועת המשנה כעין נשבעין ונוטלין כו' והתומים הקשה דהא אין לו על המשכון רק שעבוד וא"כ תובע המלוה להלוה ע"פ העד וחייב שד"א והנתיבות תירץ דכיון דהלוה תובע להמלוה להחזיר לו משכונו הוי כנשבע ונוטל כו' והרי הלוה נשבע כמו להוציא השעבוד מתחת יד חבירו והוי כנשבע ונוטל עכ"ל וכן הדעת נוטה דכיון דאין הלוה יכול להוציא החפץ מיד המלוה עד שישבע הלוה הוי כמו נשבע ונוטל דאין חייב שבועה מה"ת אלא מדרבנן: ועפ"ז יש לתרץ קושיית הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל ב' ס"ק יו"ד על שיטת הראב"ד דס"ל דאף דמודה בקנס פטור מ"מ בפלגא נזקא קנסא דאף דאין יכולין לחייבו ע"י הודאתו מ"מ אם תפס הניזק מהני הודאתו דאין מוציאין ממנו מה שתפס והובא בש"ך ח"מ סי' ת' ס"ק י"ג שכתב כן בשם המ"מ. וע"ז הקשה הקצה"ח שם דא"כ מה מקשה הגמרא בב"ק דף מ"א על הא דאמר ר"א אין דיני אלא כשהמית ע"פ בעלים או ע"פ ע"א ומקשו ע"פ בעלים מודה בקנס הוא ומשני כופרא כפרה והא אין זה קשה דהא משכחת לה בשתפס אידך דלא פטרה הודאתו ומהני תפיסתו לכן כתיב בעל השור נקי מחצי כופר ונשאר בצ"ע:

אבל לפי דברי הש"ך הנ"ל יש ליישב והוא דהתוס' בב"ק שם ד"ה מודה בקנס כו' כתבו דהוי מצי הש"ס למפרך כן על ע"א דאין סברא לומר שלא יחשוב מרשיע עצמו כשמודה

ואין רוצה לישבע כו' אלא הפשוט יותר נקט וכה"ג כתבו התוס' בב"ק ד' מ"ו ד"ה דאפילו ניזק אומר ברי כו' ועוד י"ל דעל קנס לא יהא מחוייב שבועה גדולה מן הודאת עצמו דמודה בקנס פטור עכ"ל התוספות ובאמת כן מבואר בירושלמי שבועות פ' ו' הלכה א' בזה הלשון והרי שנים מחייבין אותו קנס שנייא היא שאין נשבעין בקנס וקאי זה על מה דקאמר שם לעיל כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון ע"א זוקקו לשבועה וכן הקשה שם בירושלמי והרי שנים מחייבין אותו קרקע ומשני שנייא היא שאין נשבעין בקרקעות ועיין בתוס' שבועות ד' מ' ד"ה דכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון כו' שכתבו לאו דוקא דהא איכא כפירת קרקעות ובאמת כבר הקדימם הירושלמי בזה והירושלמי הנ"ל הובא ברא"ש לשבועות פ"ו סי' ה' וברי"נ בשבועות פ' ו' שם וברשב"א לחידושי שבועות דף מ' ועיין בש"ך ח"מ סי' צ"ה ס"ק א' מזה:

ולפ"ז ע"כ קושית הגמרא בב"ק ד' מ"א הנ"ל דמקשה ע"פ בעלים מודה בקנס הוא הא כמו כן יש להקשות על מה דאמר ר"א שם אין דינו אלא כו' או ע"פ ע"א כו' דהא ע"א לא שייך כלל בקנס כיון דעיקר פעולת ע"א הוא לחייב שבועה ובאמת הא אין אנו יכולין לחייב שבועה בקנס כנ"ל כיון דהודאתו פטרתו וע"כ לא מצי הש"ס לתרץ דר"א מיירי היכא דתפסו הבעלים דמהני תפיסתו ע"י הודאתו לשיטת הראב"ד הנ"ל דאכתי תקשה על מה דאמר ר"א אין דינו אלא כו' או ע"פ ע"א כו' דהא עיקר מלתא תועלת דע"א הוו משום חיוב שבועה דע"א מחייבי שד"א הא היכא דתפס התובע אז אין חייב הלוה שד"א משום דהוי נשבע ונוטל וכ"ז דלא ישבע המזיק להכחיש הע"א לא יוציאו התפיסה מהניזק א"כ מקרי המזיק נשבע ונוטל ובכה"ג אין חיוב שד"א רק שבועה דרבנן וכמש"ב הש"ך הנ"ל ור"א קאי התם על קרא בעל השור נקי דכתיב בתורה ומה"ת אינו חייב המזיק שבועה בזה כיון דהוי נשבע ונוטל וע"כ ממילא מוציא המזיק התפיסה מהתופסו בלא שבועה ואחר שיוציא ממילא דינו כמו כל קנסות דהודאתו פטרתו ואין נשבעין ע"ז וע"כ הוכרח הגמרא לתרץ תי' אחר דיהיה אתי שפיר ג"כ מה דאמר ר"א שם ע"פ עד אחד: ואף דבמה דמקשה הש"ס בלשון ע"פ בעלים מודה בקנס הוא כו' ה"מ לאוקמי דמיירי בתפס מ"מ כיון דמה דאמר ר"א ע"פ ע"א לא יתורץ בזה ע"כ הוכרח הש"ס לתרץ הכל בתי אחר דיהיו מתורצים שני הקושיות בסיגנון אחד דכן הוא דרך הש"ס וכמש"כ התוס' בגיטין דף ע"ז ע"א ד"ה והתניא האומר לחבירו כו' דה"מ לשנויי כו' אלא משום דפרק הכותב אצטריך לשנויי הכי משני נמי הכא כן עכ"ל ונ"ד כש"כ מהתם כמבואר בפשיטות א"כ מתורץ קושית הקצה"ח הנ"ל ומוכח לדינא לפ"ז כשיטת הש"ך דאינו חייב הלוה רק שבועת המשנה:

הגה"ה וע"פ שיטת הראב"ד והמ"מ ספ"ט ה' נ"מ הנ"ל דס"ל דבמודה בקנס בחצי נזק דתם מהני תפיסה כנ"ל יש ליישב מה שהקשו כולם עלה דב"ק ד' י"ד דמודה בקנס ואח"כ באו עדים בח"נ דפטור והא לא מחייב א"ע בכלום כמבואר בב"ק ד' ע"ה אכן לפי שיטת הראב"ד א"ש די"ל דהא כיון דמהני תפיסה ע"פ הודאתו א"כ י"ל דזה מקרי מחייב א"ע לענין תפיסה ועשיתי סמוכין לזה מהא דמבואר ברמב"ם הל' עדות פ' כ"א הל' ד' ובכ"מ שם דאם העידו העדים איזה ענין דיהא מועיל תפיסה וניזומו דמשלמין משום דהא תפיסה הוא דבר קל לתפוס יעו"ש וכה"ג כתב הש"ך בח"מ סי' קכ"א ס"ק ס"א גבי מיגו כעין זה וכה"ג כתבו התוס' גיטין דף ג' ע"ב סד"ה כתב ועיין באו"ת בכללי מיגו ס"ק קכ"ה ואכמ"ל וכ"כ השמ"ק לב"מ דף צ"ז ע"ב ד"ה ביום שהיתה שאולה כו' אכן באמת עיקר קושיא זו אינו קשה כלל דהא שפיר משכחת ליה הודאה בפ"נ דמחייב א"ע והוא דהא כתב הרא"ש פ"ב לב"ק סימן ג' בהא דספ"ק שם דאמרו כלבא דאכל אימרי לא מגבינן בבבל דזהו אפחת מיתה שפחתו קאי אבל דמי הנאתו משלם בוודאי ע"ש א"כ משכחת ליה שפיר דהודה על כלבא דאכל אימרי דזהו קנסא ומחייב א"ע לשלם דמי הנאתו כנ"ל ואכמ"ל ע"כ הגה"ה:

ובני היקר מו"ה צבי הירש שיחיה אמר בזה דהא דב"ק יש לתרץ עפ"ז אף לשיטת התומים משום דדוקא בב"ח דאין לו רק שעבוד וב"ח מכאן ולהבא גובה בזה כתב התומים דמקרי הלוה נשבע ולא משלם דשבועת הלוה הוי שד"א משא"כ גבי תם לר"ע דס"ל יוחלט השור והתם קמיירי לר"ע דהקשה כן לר"א. ודאי דמקרי המזיק נשבע ונוטל משום דאי חייב המזיק שד"א א"כ כ"ז דלא נשבע להוציא יכול הניזק לתופסו וכדין טוען על גוף החפץ דהוא שלו ועיין בב"ק ד' ל"ג תוס' ד"ה איכא בינייהו כו' ובשיטת הרמב"ם המובא בח"מ סי' ת"ז ובקצה"ח שם. ע"כ לכ"ע מקרי המזיק נשבע ונוטל ואין חייב שד"א ומתורץ קושיית הקצה"ח הנ"ל אף להתומים עכ"ל בני שיחיה ויפה כתב:

ויש לעיין בזה הרבה וקצרתי:

ח (שם סעי' ט"ו) ש"ך (ס"ק ס"א) דכתב דמוכח מזה דמחוייב שבועה וא"י לישבע שיש לו ע"א מסייעו דאינו פוטרו משבועה וחייב לשלם כו' ודלא כדמשמע לכאורה בב"י לעיל סי' כ"ח ס"ב ע"ש עכ"ל הש"ך וכן הקשה הט"ז על הב"י הנ"ל בסי' כ"ח:

ובאמת י"ל דגם הב"י מודה דמי שמחוייב שבועה וא"י לישבע דאין עד מסייע פוטרו ושאני התם דהא הב"י מיירי שם בחשוד שנתחייב שד"א דהדין הוא דכנגדו נשבע ונוטל ויש להחשוד עד מסייעו דבזה שפיר כתב הב"י דפוטרו משום דהא התוס' בב"מ ד' ה' ע"א ד"ה שכנגדו קאמינא כו' כתבו בתירוץ שני שם דחשוד כיון דהוא אומר דרוצה

לישבע אם נניחנו ע"כ לא דיינינן בו מתוך שאינו יכול להשבע משלם אלא מצד תקנתא נגעו בה דאמרו דחשוד כנגדו נשבע ונוטל א"כ כיון דבחשוד לא שייך מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דהא צועק וטוען ברי כו' ע"כ שפיר כתב הבית יוסף דע"א פוטרו אבל במי שהוא מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מן התורה וודאי דאין ע"א פוטרו וכמש"כ הרא"ש בב"מ ואפשר דלכן כתב הש"ך בלשון לכאורה כנ"ל משום דנתכוין דיש לחלק כמש"כ:

ולכאורה יש לחלק דדוקא כנעשה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בחיוב ע"י ב"ד דחייבוהו לשלם אחר דעמד בדין בזה שפיר יש לומר דע"א אינו יכול לפטור למי שנתחייב ממון אבל כ"ז דלא עמד בדין יש לומר דבכה"ג כיון דאתי העד להעיד מקודם דחייבוהו ב"ד דכה"ג מהני ע"א ג"כ לפוטרו שלא יחול עליו חיוב ע"י מה שיהיה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לאח"ז. וכש"כ במי שנעשה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"י ע"א וקודם דחייבוהו ב"ד לישבע או לשלם בא עד להכחיש לע"א דבכה"ג ודאי די"ל דמהני עדותו של עד השני לפוטרו משום דהא כתב הר"ן והנ"י בריש פ"א דב"מ דשבועה הבא ע"י ע"א יכול השני לפוטרו משום דמשוי סהדותי' דראשון כמאן דליתנהו כו' והובא בש"ך סי' פ"ז ס"ק ט"ו א"כ לפי טעם זה אף דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"י עד הראשון מ"מ כיון שבא עד השני מקודם דחייבוהו ב"ד לשלם שפיר יכול לפוטרו משום דמשוי סהדותי' דעד קמא כמאן דליתי' והוי כמו דבאו בבת אחת אך לאחר דחייבוהו ב"ד משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם בזה שפיר י"ל דאין עד השני נאמן דהא בזה לא שייך סברת הר"ן והנ"י שם מה שכתבו דכיון דעדיין לא נשבע והוי מחוסר מעשה ע"כ הוי כמו דבאו בבת אחת כו' דזה אינו שייך רק בחיוב שבועה אבל בחיוב ממון ע"י מה דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כיון דאחר דחייבוהו ב"ד א"כ לא הוי מחוסר מעשה כלל ע"כ שפיר י"ל בזה דהראשון נאמן כשנים ואין השני פוטרו אף לטעם של הר"ן והנ"י הנ"ל אבל כ"ז דלא חייבוהו ב"ד שפיר י"ל דיכול עד השני לפוטרו אף אם היה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"י עד הראשון כן יש לדון ולחלק בזה בין עמד בדין ובין לא עמד בדין וכעין חילוק הנ"ל כתב הנתיבות בסי' ס"ט ס"ק י"ג לחלק גבי מודה במקצת שלא נשבע עדיין ומת מקודם שנשבע דאם לא עמד בדין פטורים היורשים אבל בעמד בדין שאני וכדמצינו בקנס דלא נעשה ממון עד גמר דין בב"ק פ' מרובה ועיין בסי' ק"ח סמ"ע ס"ק למ"ד ובנתיבות שם ס"ק ד' ועיין באו"ת סי' פ"ז ס"ק ו':

וראיתי בקצה"ח סי' פ"ז ס"ק ט' דכתב להכריע דאף במחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם עד מסייע פוטרו והא דכתב הרא"ש דלכן אין שומר ב' פוטר לשומר ראשון משום דאינו קם לממון היינו משום דשומר שמסר לשומר דחייב הטעם הוא משום א"י א"פ אבל לא משום אינו יכול להשבע משלם והוכיח כן מהא דס"ל לרב דשומר שמסר לשומר חייב והא רב ס"ל דלא אמרי' מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כו' עכ"ל:

ולענ"ד נראה לומר בזה והוא דכוונת הקצה"ח הוא למה דמבואר בפ' המפקיד ד' ל"ו דא' ר"ח הא דרב לאו בפי' איתמר כו' ולא היא כו' משמע דר"ח ס"ל די"ל דרב ס"ל שומר שמסר לשומר חייב והוכיח מזה דע"כ אין הטעם משום אינו יכול להשבע משלם דהא רב לא ס"ל מתוך שאינו יכול להשבע משלם אבל באמת אין זה ראי' כלל די"ל דאולי ס"ל לרב הטעם דאמרו שם לריו"ח משום אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר ולפי טעם זה הוי כאלו הזיק בידים כמבואר שם בתוס' ד"ה אין רצוני שיהיה כו' ובב"ק ד' י"א תוס' ד"ה את מהימנת לי כו' רק לדידן דקיי"ל דאין לחייבו משום אין רצוני אלא משום את מהימנת לי' כו' שפיר י"ל דעיקר חיובו הוא משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כדקיי"ל והא רבא אמר טעם זה שם בב"מ וב"ק ורבא ס"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמבואר בב"מ ד' צ"ח: ועוד נ"ל לומר מילתא חדתא דהא קיי"ל דנאנסו לא שכיח וכן גניבה ואבידה לא שכיח כמש"כ הש"ך בסי' קכ"א ס"ק ס"א וכ"כ האו"ת בסי' ק"ח ס"ק ה' דשניהם לא שכיח ואין לחלק בין נאנסו לנגנבו בזה ודלא כהכנה"ג ע"ש ולפ"ז יש להעיר לרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב דאמאי מהימן כל שומר לומר נאנסו והא כיון דנאנסו לא שכיח א"כ איכא רובא המסייע להמפקיד דמסתמא פשע בה וי"ל דשא"ה דטוען השומר ברי לי' דנאנסו וה"ל ברי ומוחזק ביחד דזה עדיף מן רובא ודוקא בשניהם טוענים ברי או שמא בזה ס"ל לרב דהולכין בממון אחר הרוב ולפ"ז י"ל דלכן יש מקום לומר דס"ל לרב שומר שמסר לשומר חייב משום את מהימנת לי בשבועה כו' דלרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב ע"כ חייב שומר הראשון משום דהא רוב מסייע להתובע דלא נאנס ונגנב משום דל"ש וכיון דשומר הראשון טוען שמא ומה דטוען שומר הב' נאנסו הא ה"ל שומר הראשון טוען ברי ע"פ אחר דלא מהני כמבואר בב"ב ד' קל"ה ובתוס' כתובות ד' ע"ו ד"ה רישא מנה לאבא בידך כו' וכן קיי"ל לדינא דבעינן דוקא ברי של הבע"ד עצמו ע"כ לשיטת רב דהולכין בממון אחר הרוב ודאי א"ש מה דס"ל לרב שומר שמסר לשומר חייב וע"כ אין הכרח להוכחת הקצה"ח הנ"ל:

ובעיקר הך מלתא נלע"ד דכן מוכח מן מש"כ המחבר בסי' ע"ב סעי' למ"ד דשומר שמסר לשומר חייב משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם דהא כתב שם בזה"ל גם צריך

לישבע שאינו ברשותו ושנאנס ס כו' ולוי אינו יכול לפוטרו כי יאמר לא מהימן לי לוי הילכך ה"ל שמעון מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כו' וכ"כ הטור שם סעי' כ"ד הרי להדיא דס"ל להטושו"ע דחיוב שומר שמסר לשומר הוא משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ושפיר כתב כן הש"ך בסי' רצ"א ס"ק מ"ד משום דדברי הטושו"ע הנ"ל מבואר כן להדיא וכן הוא פשט דברי הרא"ש בב"מ פ"א סי' ג' וכמש"כ הרמב"ן ריש ב"מ ודלא כהקצה"ח וכן יש להוכיח מהא דס"ל לרבא בב"מ ד' ל"ו וב"ק ד' י"א דשומר שמסר לשומר חייב משום את מהימנת לי כו' ואי נימא כשיטת הפוסקים דחיובו הוא משום א"י א"פ קשה לפי מה דס"ל לרבא בב"ב ד' קל"ה להוכיח מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור מהא דאומר זה אחי:

ואביי ס"ל לחלק דשאני התם דכמנה לאחר בידך דמי אבל רבא לא ס"ל לחלק בין ברי של הבע"ד עצמו או ע"פ ברי של אחר ובתוס' כתובות ד' ע"ו ד"ה רישא מנה לאבא כו' משמע דאין לחלק בזה בין ברי של נוגע או ברי שאינו של נוגע יע"ש א"כ לפ"ז י"ל דלשיטת רבא דס"ל דאף ברי של אחר הוי כמו ברי של הבע"ד א"כ לפ"ז אין לחייבו משום א"י א"פ דהא כיון דשומר ב' טוען נאנסו ה"ל השומר הראשון כמו דטוען ברי לי ע"פ ברי של שומר ב' ולכן אין לחייבו משום א"י א"פ ובפרט דהא הוי להחזיק ממונא לעצמו ע"כ יש להוכיח מזה דעיקר חיוב שומר שמסר לשומר הוא משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכ"ז הוא לפי גירסת ש"ס דילן בב"ב ד' קל"ה דגרסי רבא אבל לפי המבואר בתוס' גיטין ד' כ"ו ד"ה התם דצ"ל רבה נדחה ראיה זו ואכמ"ל והעיקר הוא כמש"כ הש"ך דבמחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אין עד מסייע פוטרו:

ט (שם סעי' ה') אבל בזמן שהלוה נשבע כו' לא ינצל המלוה לעולם מלישבע שאינו ברשותו כו' דשמא יוציא את המשכון כו' ואם יש ע"א המעיד דנשרף המשכון אצל המלוה לכאורה יש לומר דמ"מ יש לחוש שמא יוציא את המשכון דאף דע"א מסייע פוטר מן שבועה כדקיי"ל מ"מ הא בחשש זה לא מהני ע"א וכמו בכל ממון דלא מהני ע"א רק לענין שבועה:

אכן באמת מוכח מן הא דב"מ ד' ל"ה דע"א מסייע בכה"ג ליכא חשש דשמא יוציא את המשכון דהא הש"ס פריך התם ואם איתא לדרב הונא כיון דמשתבע מלוה שאינה ברשותו היכי מצי מפיק ליה ומשני שיש עדים שנשרפה ומקשה א"ה מהיכא מייתי לה כו' והא הוי מצי לתרוצי בפשיטות דמיירי שיש ע"א שנשרפה דכיון דע"א מסייע פוטר מן השבועה א"כ אין צריך המלוה לישבע שבועה שאינה ברשותו ומ"מ יש לחוש שמא יוציא את המשכון כו' וע"כ אמרו דלשתבע מלוה כו' וזהו כעין מה שכתבו התוס' שם

ד"ה תהא במאמינו כו' ברישא לא מצי לאוקמי במאמינו כו' משום דאי ה"מ לאוקמי במאמינו הוי א"ש דכיון דהמלוה פטור לישבע שאינה ברשותו ע"כ שפיר יש לחוש שמא יוציא את המשכון כו' ולכן אמרו דלשתבע מלוה כו' וכמו כן יש לומר אם ע"א מסייעו ולמה הוכרחו לאשכוחי גווני אחריני אע"כ מוכח מן הך סוגיא דאם יש ע"א מסייע להמלוה שנשרפה וכה"ג דבזה אין לנו לחוש שמא יוציא את המשכון לפי דע"א נאמן על החשש הזה כמו דקיי"ל דע"א נאמן באיסורין ה"ה בזה וכש"כ לשיטת הר"ח דהחשש הוא דנראה כמו שבועה לבטלה והוי זה כמו כל איסורין דע"א נאמן בזה ודוקא להבעלים דהם בע"ד לא הימנוהו חז"ל משום חשש שמא יוציא את המשכון כו' אבל בע"א מעיד כן לא תקנו חז"ל לחוש חשש הלז ועי' סוף סי' ע"ה וכן יש לעיין בש"ך כאן ס"ק ס"ב וס"ק ס"ג וקצרתי:

י) (שם סעיף לג) דין טוען על המשכון צריך לישבע בנק"ח:

הנה לעיל בסי' נ"ח סעי' א' הארכתי הרבה בענין שבועת הגאונים הנ"ל והעליתי שם דאף היכא דאמרינן מיגו להוציא עכ"ז חייב בעל המשכון לישבע בנק"ח ודלא כמש"כ הנתיבות בסי' פ"ט ס"ק י"א ולכן אף אם הלוה טוען שמא ובעל המשכון טוען ברי צריך שבועה אף דבכה"ג מהני מיגו להוציא כמבואר אך אם הלוה טוען שמא היכא דה"ל להלוה למידע בזה א"צ המלוה לישבע וכמש"כ האו"ת ובעיקר דבריהם שכתבו דלכן חייב לישבע בנק"ח משום לאו אגופיה דמשכון קא טען כו' ומקרי כמו נוטל קצת סמך לזה מהא דמכות ד' ג' מעידין אנו שחייב מכאן עד שלשים יום כו' אומדין כמה אדם כו' ומוקי ליה בגמרא במלוה על המשכון והקשה בני הנחמד מו"ה צבי שיחיה לשיטת הנ"י דהובא במל"מ הל' עדות פ' פ"א ה"ד דאף בממון אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה א"כ הכא דמיירי במלוה על המשכון ה"ל כאשר עשה ולא שייך בזה דין הזמה ע"כ קושיית בני שיחיה אבל באמת אין זה קשה משום דכיון דצריך שומא בב"ד ושייך בזה לדון מי יימר דמזדקקי ליה תלתא לשומו ולהחליטו החפץ כמבואר בקדושין דף ס"ב ובתוס' סוטה ד' כ"ה ע"ב דלכן לאו כגבוי דמי כו' ע"כ לא מקרי כאשר עשה אך כ"ז לפי שיטת הש"ך בסי' ע"ג ס"ק מ' דשומת משכון צריך ב"ד מומחין אבל לפמש"כ המחבר שם דסגי ג' הדיוטות וכפמש"כ האו"ת והקצה"ח שם דשאני משכון דב"ח קונה משכון ע"כ סגי הדיוטות והיכא דסגי ג' הדיוטות מקרי בידו כמבואר בשבת ד' מ"ו א"כ נסתר זה וכן אין לומר בזה דכיון דזמ"פ לפי דברי העדים הוא לאחר שלשים יום ע"כ אין בידו עכשיו לשומו משום דהא ידוע מש"כ המל"מ פ"ו הל' אישות דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה דמי דזמן ממילא קאתי אך לדברי הגאונים הנ"ל א"ש בפשיטות דכיון

דלאו אגופיה דמשכון קטען וביד הלוה לסלקו בשא"ד ע"כ לא מקרי מוחזק גמור ומקרי קצת כמו נוטל ע"כ לא קרינן בזה כאשר עשה וקצרתי בכ"ז:

אך עיקר הקושיא הנ"ל אינו קשה לשיטת הסוברין דאף מה שיתר על המשכון אינו משמט כמבואר בסי' ס"ז סעי' י"ב וגם א"ש לכ"ע דהא שמואל ס"ל בירושלמי שביעית דאפי' הלוהו על המחט אינו משמט והובא ברא"ש גיטין פ"ד סי' י"ז ולכן כיון דהך סוגיא דמכות קאי לשמואל ע"ש ע"כ א"ש מה דלא מקרי כאשר עשה משום דבחוב שהוא יתר על המשכון לא הוי המלוה מוחזק ועיין לקמן בחידושי לסי' ע"ג סעי' ד':

בקונטרס הלז יבואר דין דברים העשויים להשאיל ולהשכיר אם אינן בעין לפנינו:

יא (שם סעי' י"ח) באורים ותומים ס"ק פ"ז באורים כתב להסתפק בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר דקיי"ל דמוציאין מן המוחזק דאם זהו דוקא להוציא גוף החפץ אבל אם החפץ אינו ברשותו רק דאנו דנין על המעות כגון דהזיק המוחזק את גוף החפץ של דברים העשויים להשאיל כו' אם חייב המוחזק לשלם אם הזיק ושרף את החפץ הלז ויש עדי ראה או בעדי פקדון וראה או אפשר דמעלת דברים העשויים להשאיל או עדי פקדון וראה אינו רק להוציא גוף החפץ אבל לא לחייבו דמים והוכיח כן מן תשובת הרשב"א דהובא בב"י מחודש י"ח ובסמ"ע סי' ע"ב ס"ק ס"ב דס"ל דאין לראובן טענה על שמעון שמסר הספרים ללוי ואולי יש לחלק בין דברים העשויים להשאיל ולהשכיר לעדי פקדון וצ"ע עכ"ל האורים בשינוי לשון קצת:

ודברי האו"ת הנ"ל הובא בנתיבות סי' ע"ב בחידושים ס"ק ס"ה וז"ל ולענ"ד נראה דאין חייב להחזיר הדמים וראיה מהרשב"א שהביא הב"י מחודש י"ח וכן אם נשרף החפץ אף שהיו עדי פקדון וראה והוא טוען שלקח ממנו אינו יכול להוציא הדמים רק כל זמן שהחפץ בעין לא הוי מוחזק והוא של תובע עכ"ל הנתיבות וכוונתו דאף דנשרף בפשיעתו או דהזיקו בידים מכל מקום פטור דאי בהזיקו באונס בלא"ה פטור דהא מיירי בפקדון ודבר העשוי להשכיר דפטור מאונסין והטעם דפטור משום דדברים העשויים להשאיל ולהשכיר או עדי פקדון וראה לא מהני רק להוציא גוף החפץ משום דברשות חזקת הבעלים קאי אבל אם אין החפץ לפנינו רק אנו דנין על המעות מזה אין מוציאין מן המוחזק כשטוען שלקחו ממנו והוכחתו מהרשב"א הקדימו בזה האו"ת שם כנ"ל ולפי שזה צריך עיון רב כאשר יבואר בע"ה ע"כ ראיתי לבאר זה בארוכה:

א ומתחלה נבאר מה שיש לדון בעיקר ראיית האו"ת והנתיבות הנ"ל מהרשב"א. וזה לשון הרשב"א חלק ג' סי' ע"ה ראובן תובע משמעון ספרים שהפקיד בידו והשיב שמעון שלא הפקיד בידו רק מסר בידו ספרים שימשכן אותם ויפרע לבע"ח ויעשה מהם חפצו

כו'. תשובה כו' ועל הספרים ג"כ אפי' תדונו אותם כדברים העשוים להשאיל ולהשכיר הם אינן עכשיו ביד שמעון וא"כ אין לו תביעה עליו בגופן של ספרים ומי שהלוה עליהם ושהם בידו עכשיו ג"כ אינו יכולת לו להוציאם עד שיפרע לו כל מה שהלוה עליהם משום תקנת השוק כו' עכ"ל הרשב"א ועיקר ראייתן מן מש"כ הרשב"א דאין לראובן טענה על שמעון כלל ואף דמי המעות שהוכרח לפרוע למי שהם בידו משום תקנת השוק דמבואר בסי' שנ"ו סעי' ב' דהבעלים נותנים ללוקח דמים משום תק"ה והבעלים חוזרים ועושים דין עם הגנב כו' ומ"מ הכא אינו חוזר על שמעון לתבוע ממנו את הדמים שנתן משום תק"ה וע"כ מוכח דדוקא להוציא גוף החפץ מוציאין משום חזקת מרא קמא דגוף החפץ עומד ברשות הבעלים משא"כ להוציא ממון אחר מרשות המוחזק אין מוציאין דבזה לא מהני מה שהם עשויים להשאיל ולהשכיר או בעדי פקדון זהו קוטב ראייתם:. אבל לפענ"ד יש לחלק דשאני התם והוא דכבר כתבתי במק"א ביאור שיטת הסוברים בסי' צ' סעיף י"א דאף טוען גנובים דינו כטוען שאולים ומהימן במיגו דשאולים וזהו שיטת התוס' דשבועות ד' מ"ו והחולקים ס"ל דאינו נאמן במיגו דשאולים טעמייהו משום דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן כמש"כ הרא"ש והובא בש"ך שם ס"ק כ"ב דמשמע דהיכא דמוחזק בגנב נאמן במיגו ואף דהוי מיגו להוציא מסיק הש"ך שם טעם מפני מה לא הוי מיגו להוציא וכ"כ בסוף סי' קל"ג והאו"ת שם כתב טעם אחר בזה אבל לענ"ד נראה טעם אחר פשוט מפני מה ס"ל להתוס' בתי' קמא בב"ב ד' נ"ב ובשבועות ד' מ"ו דלא הוי מיגו להוציא וכן שיטת הסוברים הנ"ל משום דבכללי מיגו של הכנה"ג ס"ק י"א כתב דמיגו להוציא בברי ושמא אמרינן וכמו כן היכא דחזקה מסייע למיגו אמרינן אף להוציא עכ"ל ויש להוכיח מן מש"כ הרמב"ן בחי' לב"ב ד' ל"ד דגם במקום חזקת מרא קמא בברי ושמא לא אמרינן ברי עדיף משום דחזקת מרא קמא עדיף מן ברי וכן פסק הטור סי' רכ"ג וסי' שצ"ט וכיון דברי ושמא אמרינן מיגו להוציא אף היכא דלא ה"ל למידע וכמו בכתובות ד' י"ב דטוענות משארסתני נאנסתי דנאמנת מה"ט כמש"כ הש"ך באות א' בכ"מ א"כ כש"כ היכא דיש לבעל המיגו חזקת מ"ק וודאי דנאמן במיגו אף דהוי להוציא מכש"כ בברי ושמא דאמרינן מיגו להוציא ועיין בב"מ ד' ק' תוס' ד"ה הא מני סומכוס כו' דכתבו שם דחזקת מ"ק חשיבא טפי עכ"ל ובזה מתורץ מש"כ התוס' ב"מ ד' ו' ד"ה אגרת לי' בלא סהדי כו' ואינו נאמן במיגו דאי בעי אמר תקפה ממני דמיגו במקום עדים הוי עכ"ל וקשה תיפוק לי' דה"ל מיגו להוציא כמש"כ התוס' ב"מ ד' ב' בפשיטות ועיין ב"מ ד' קט"ז ד"ה והא רבא כו' וכ"כ הרמ"א בסי' קל"ח סעי' ח' דאם אמר שכרתיה בפני פ' ופ' והלכו למדה"י נאמן במיגו שהיה אומר חטפה ממני וקשה הא ה"ל

מיגו להוציא אבל לפמש"כ אתי שפיר דשא"ה דהא מיירי דאתו לקמי' ב"ד כשתפסו תרווייהו וא"ל זילו פלוגו א"כ אתחזק הטלית לנו בחזקת שניהם והוי כאו"א על פלגא בשם חזקת מרא קמא וע"כ נאמן במיגו להוציא כיון דחזקת מרא קמא מסייע לי' ובמק"א הארכתי בזה:

ועובדא דהרשב"א בתשובה הנ"ל הא מיירי בראובן תובע משמעון ספרים שהפקיד בידו כנ"ל ולא מיירי בתובע משמעון ספרים שהשאילו רק תובע הפקדון וזה ברור דאם א' תובע מחבירו חפץ ואומר דהיה בפקדון ת"י חבירו ואין לו עדי פקדון וודאי אינו נאמן משום דלא תלינן בפקדון בדליכא עדי פקדון לפנינו רק תלינן בשאלה בדברים עשויין להשאיל ולהשכיר ע"כ היכא דלא טען שאולים הם רק פקדון אז אינו מועיל טענתו מצד עצמו רק יש להאמינו ע"י מיגו. כמו דס"ל לחד שיטה דנאמן לומר גנובים במיגו דשאולים היכא דלא שייך חזקה דאחזוקי אינשי בגנבי כו' וכמש"כ ג"כ הרשב"א בחי' לשבועות ד' מ"ו והר"נ שם ומה דיש לדון דה"ל מיגו להוציא כבר נתבאר טעמם דשא"ה דחזקת מ"ק מסייע לי' כנ"ל והאו"ת בסי' צ' ס"ק ז' וס"ק ט' כתב בקצרה דלכן לא מקרי מיגו להוציא הואיל דהוי עשוי להשאיל א"כ עומד החפץ ברשות בעליו ע"ש אבל מש"כ הוא העיקר ואפשר כוונת האו"ת ג"כ לכל מש"כ:

עכ"פ בין לטעמא דידי ובין לסברת האו"ת אינו שייך להאמינו במיגו להוציא רק כ"ז שהחפץ עומד לפנינו בעיני' ברשות התופסו בזה שייך לומר הואיל וחזקת מ"ק מסייע לתובע או כסברת האו"ת דעומד החפץ ברשות בעליו וע"כ לא הוי מיגו להוציא אבל היכא דאין החפץ בעיני' ברשותו רק תובע ממנו הדמים שהזיק וכה"ג אז וודאי מקרי מיגו להוציא כיון דאין אנו דנין על גוף החפץ רק על דמיהם והנתבע הוי מוחזק בשלו ע"כ מקרי מיגו להוציא ולא מהימן במיגו דשאולים כשטוען פקדון להוציא הדמים ממוחזק אבל אם טוען שאולים אז שפיר י"ל דמהימן אף על הדמים כמו שיבואר הסברא בזה לקמן ואף דכתב הש"ך בסי' פ"ג ס"ק ז' דהחולקין דס"ל דאמרינן מיגו להוציא הם הרמב"ן והרשב"א וכמש"כ המ"מ והריב"ש: עכ"פ הא מבואר באו"ת בכללי מיגו סוף ס"ק ג' דהרמב"ן גופא מסתפק בזה אי אמרינן מיגו להוציא וכמש"כ השיטה מקובצת לב"מ ד' ב' ולא החליט את הדין נגד התוס' וסייעתם וכן ראיתי שם וכן כתב הרשב"א בתשובה חלק ג' סי' שנ"ג דהסברא נוטה דלא אמרינן מיגו לאפוקי ממונא דדיו לומר מיגו להחזיק הממון ברשותו ולא הכריע הדבר ע"ש ע"כ שפיר י"ל דהרשב"א ס"ל דאין להוציא ממון ע"י מיגו משום דהא גריר בתר שיטת הרמב"ן דג"כ לא החליט הדין כנ"ל ומספיקא אין מוציאין ממונא וע"כ שפיר כתב הרשב"א בתשובה הנ"ל דכיון דאין אנו

דנין על גוף הספרים ע"כ אין מוציאין הדמים ממנו א"כ נתבאר דאין ראי' מהרשב"א ואף שבסמ"ע סי' ע"ב ס"ק ס"ב דהביא תשובת הרשב"א הנ"ל לא כתב בראובן תובע ספרים שהפקידו רק כתב סתמא. עכ"ז הא מקורו מתשובת רשב"א הנ"ל ושם כתוב כמש"כ לעיל וע"כ נדחה ראייתם בזה:

ענף ב:

ולענ"ד יש לדון בזה טובא והוא דלכאורה יש לעיין בעיקר הך מלתא דדבר העשוי להשאיל ולהשכיר דמוציאין מהמוחזק דהא זה ידוע דחזקת מרא קמא אין בכחו כמו חזקת ממונא דהא בב"מ ד' ק' איתא שם דהא דס"ל לסומכוס ממון המוטל בספק חולקין אין זה רק בקיימא באגם דאינו רק חזקת מרא קמא. אבל במוחזק גמור מודה סומכוס דהממע"ה ועיין בתוס' שם ד"ה הא מני סומכוס כו' אלמא דיש חילוק בין חזקת מ"ק למוחזק גמור ודוחק לחלק דשאני היכא דהוי ב' מעלות ביחד כמו חזקת מ"ק בצירוף מוחזק דז"א דהא בלוקח מוחזק ג"כ ס"ל לסומכוס דהממע"ה ועיין בש"ש שמעתא ד' פ' כ"ד דכתב לחלק דדוקא נגד מוחזק ממש לא מהני רוב אבל בחזקת מרא קמא מהני רוב ועיין מזה בטורי אבן למגילה באבני מלואים ד' ג' ע"ב ד"ה נידון ככפר שהקשה בכל בית בבתי ערי חומה שאנו דנין בא"י ולא חיישינן שמא קדם ישיבתן לחומתן משום דהולכין אחר הרוב כו' ואכתי קשה הא קיי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב כו' וי"ל דה"מ דאין הולכין בממון אחר הרוב היכא שהוא מוחזק כו' ואע"ג דקיי"ל קרקע בחזקת בעלים עומדת כו' עכ"ל הט"א וגם עיין בקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל ו' סי' י"א עכ"פ חזינן דחזקת ממונא עדיפא מן חזקת מ"ק ובמק"א העירותי בכ"ז מן מש"כ הרא"ש פ"ב דקדושין סי' ח' במה שאמרו שם ומודה רב שאם מתה אינו יורשה כו'. וכתב הרא"ש שם לדון להך מלתא דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"ש אלמא דס"ל להרא"ש דאף היכא דלא הוי מוחזק ממש רק כעין חזקת מ"ק מ"מ ס"ל להרא"ש דאם אין הולכין בממון אחר הרוב גם התם לא מהני רובא ודלא כהש"ש הנ"ל וזהו דלא כהקצה"ח בסי' ר"פ ס"ק ב' ע"ש והדברים ארוכים כי יש לדון בכ"ז הרבה ולחלק ביניהם:

ועוד מצינו שם בב"מ ד' ק' במשנה שם זה אומר גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול והקשה בשמ"ק שם דתקשה מזה על מ"ד דס"ל חזקת ממונא עדיף מן ברי ושמא ותי' הראב"ד דכיון דמיירי בקיימא באגם א"כ אינו מוחזק גמור רק חזקת מ"ק ונגד חזקת מ"ק כ"ע מודו דברי עדיף ע"ש אלמא דחזקת מ"ק אינו דומה למוחזק ממש ורק הרמב"ן בחי' לב"ב דף ל"ד כתב דגם במקום חזקת מ"ק לא אמרינן ברי עדיף. והוכיחו מזה הנ"י ור"נ לב"מ שם דהך משנה מיירי להך מ"ד דס"ל דחזקת ממונא עדיף מן ברי ושמא דיפרש

המשנה הנ"ל דמיירי במקום עסק שבועה וטוען על הגלגולים א"י דה"ל מחוייב שבועת ואינו יכול להשבע משלם דמוכח לפ"ז דגם בגלגול שבועה אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם והובא זה בח"מ סי' ע"ה סעי' ט"ו ע"ש ואף דלהך שיטה מוכח דחזקת מ"ק דינו כמו חזקת ממונא דאל"כ אין מקום לקושייתם כלל דהא י"ל כמש"כ הראב"ד וכנ"ל מ"מ גם לדידהו חזקת מ"ק לא עדיפא מחזקת ממון ועיין בתוס' כתובות ד' ע"ו ד"ה על בעל החמור כו' שכתבו דבהך פלוגתא דמוכר שור ונמצא נגחן דס"ל לשמואל דאין המעות חוזרין דלא מוקמינן בחזקת מ"ק אף דרובא מסייע ליה אלא מוקמינן ביד המוחזק:

ולפ"ז תקשה דאמאי מוציאין בדברים העשויים להשאיל כו' מן המוחזק הא חזקת מ"ק אין בכחה כמו המוחזק ממש ואף אם נימא דשקולים המה מ"מ מספיקא אין מוציאין מהמוחזק דהממע"ה וכמו בכל ספיקא דדינא וכה"ג אין מוציאין מהמוחזק אף דיש חזקת מ"ק לחבירו ואף לשיטת הסוברים דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא מ"מ בתפס ברשות מהני וכש"כ בטוען ברי לכ"ע מהני תפיסה בספיקא דדינא או בדררא דממונא אף דיש חזקת מ"ק לחבירו כמבואר בדיני תפיסה א"כ מ"ש דברים העשויים להשכיר וכן בעדי פקדון וראה: וע"כ מוכח דלכן מוציאין מהמוחזק עי"ז משום דהא זה ברור ופשוט דאם בא א' ותפס מחבירו ואומר דידי חטפי דאינו נאמן אף אם אין החפץ בעיניה ברשות התופסו משום דדייניין ליה לגזלן גמור כ"ז דלא נולד שום ספק בפנינו וע"כ אף אם ליכא עדי ראה מ"מ אי נימא דהגוזל צריך להחזיר בעדים ואינו נאמן לומר החזרתי כמש"כ המ"מ והובא בסי' ע"ה ש"ך ס"ק מ"ג רק החולקים ס"ל דנאמן לומר החזרתי כמש"כ הר"נ פ"ז דשבועות וכמבואר בסי' שס"א אבל אם אינו נאמן החזרתי נחתינן לנכסיו וגובין אף אם אין החפץ בעיני לפנינו אלמא דאף במקום דליכא חזקת מ"ק מ"מ נחתינן לנכסיו ואין מאמינים לו משום דהוי טענה גרוע מה שאומר דקנאו כבר מהבעלים וכה"ג וכמו בחוב יש לי בידך דהוי טענה גרוע ואף אם תפס מוציאין מידו וה"ה אתה מכרת לי הוי טענה גרוע ואינו נאמן אף דהוי תפוס ומוחזק ומוציאין מידו א"כ ה"ה בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר או בעדי פקדון וראה דאף דהוי התופסו מוחזק וכמש"כ התוס' ב"ב ד' נ"ב ד"ה דברים העשויין כו'. ובשבועות ד' מ"ו ובב"מ ד' קט"ז בתוס' שם במה דהקשו על משנה דב"ק המכיר כליו וספריו ביד אחר ויצא שם גניבה דישבע כמה הוציא ויטול דל"ל לשם גניבה הא יהיה מהימן במיגו בהשאלתיו לך ותירצו בתי' הב' בשם מורי הר"ד דה"ל מיגו להוציא כו' אלמא דאף בדברים העשוים להשאיל מקרי התופסו בשם מוחזק גמור ואף התי' הא' יודה לזה כמו דכתבתי לעיל דשא"ה משום דחזקת מ"ק מסייע ליה

ומיגו במקום חזקת מ"ק מהני אף להוציא ובאמת ראיתי באו"ת סי' צ' ס"ק ז' וס"ק ט' שכתב דהתוס' בתירוץ א' ס"ל דבדברים העשוים להשאיל ברשות בעלים עומד וע"כ לא מקרי מיגו להוציא ע"ש ועיין בש"ך סוף סי' קל"ג אבל העיקר כמש"כ לעיל ועיין בש"ך סימן צ' ס"ק כ"ב מזה:

עס"ת לתי' הב' של התוס' הנ"ל מוכח בוודאי דאף בדברים העשויין להשאיל מקרי התופסו מוחזק גמור ומ"מ חזינן בדברים העשויין להשאיל מוציאין מן התופסו בע"כ הטעם משום דאמרינן דמכירה הוי טענה גרוע ולא מהימן רק היכא דיש לו מיגו או היכא דלא הוי דברים העשויין להשאיל ולהשכיר וליכא עדי פקדון אז הוי תפיסתו מוכחת עליו משא"כ בעשוי להשאיל או בעדי פקדון דלא הוי תפיסתו מוכחת עליו בזה הוי מכירה טענה גרוע ולא מהימן לומר לקוח וכיון דאתינן להכי א"כ ה"ה אף היכא דליתנהו בעיני' ביד הלוקח ג"כ מוציאין ממון מצד טעם הנ"ל דהא אף היכא דאיתנהו בעיני' ויש חזקת מ"ק אין בכח חזקת מ"ק בעצם להוציא מן המוחזק רק העיקר הוא משום סברא שנתבאר א"כ אף היכא דליתא בעיני' שייך ג"כ סברא זו וע"כ הדין נותן דאף היכא דאינו בעין לפנינו מוציאין מהלוקח ואינו נאמן לומר לקוח משום דהוי טענה גרוע כנ"ל:

ובאה"ע סי' צ' סעי' י"ד בהגה"ה דאם משכן הבעל בגדי אשתו ואמר כי ברשותה עשה נאמן בשבועה כמבואר בתשובת הרשב"א ח"א סי' תתקל"ז והח"מ ס"ק מ"ו כתב שם דגוף החפץ אם הלוקח לפנינו ודאי דמוציאה מהם רק אם אין הלוקח לפנינו ותובעת המעות מהבעל בזה מהימן הבעל לפטור א"ע כו' ע"ש והב"ש שם ס"ק מ"ט כתב דאף גוף החפצים להוציא אינה נאמנת ע"ש אבל הדעת נוטה כהח"מ משום דהא בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר מוציאין מהמוחזק לפי דאין שייך התם תפיסתו מוכחת עליו ע"כ אינו נאמן לומר לקוח וה"ה בבגדי אשתו דהם ת"י הבעל וברשותו ולא שייך בזה לומר תפיסתו מוכחת עליו ע"כ אינו נאמן לומר ברשותה השכין כמו דברים העשוים להשאיל ולא שייך בזה לומר אחזוקי אינשי בגנבי כו' דהא מבואר בש"ך סי' קל"ג ס"ק י"ג דהעיקר כדעת הראב"ד דאם אינו אומר אותו פלוני גנבם רק השאלתיו ומכרם לך זה לא הוי גניבה ולא כשיטת הרמב"ם דשם ע"ש א"כ ה"ה הכא כיון דבא לרשותו דרך היתר לא מקרי גניבה והדין נותן דמהימנה לומר דשלא ברשותה השכין ומוציאה גוף החפץ מהלוקח או מהמלוה ושפיר כתב הח"מ בזה עכ"פ מצינו להח"מ דס"ל דכוונת הרשב"א דאף דמהימנה להוציא גוף החפצים עכ"ז לא מהימנא לתבוע המעות מהבעל וזה כשיטת האו"ת והנתיבות הנ"ל דס"ל בשם הרשב"א דבדברים העשוים להשאיל ולהשכיר אינו נאמן לתבוע המעות היכא דאין אנו דנין על גוף החפצים והוי סייעתא לדבריהם:

אבל גם מזה אינו מוכח משום דז"ל הרשב"א בתשובה ח' א' סי' תתקל"ז דנאמן הבעל לומר דברשותה השכין א"נ שלא ברשותה ונתתי לה המעות כו' ע"ש א"כ י"ל דלכן נאמן על הדמים לומר ברשותה השכין משום דנאמן במיגו דההחזרתי לה המעות וכמש"כ הרשב"א בפירוש בלשון א"נ כנ"ל משום דאף דהוי עדי ראה על החפצים שהם ביד הלוקח והלוה מ"מ על המעות שתובעת מהבעל לא שייך עדי ראה דנאמן במיגו דההחזרתי ונתתי לה המעות אבל היכא דלא שייך מיגו עדיין י"ל כמש"כ דאף המעות יכולין לתבוע ממנו ולפ"ז י"ל דגם בעיקר ראיית האו"ת ונתיבות הנ"ל מהרשב"א סי' ע"ה הנ"ל י"ל דאינו מוכרח כלל זולת ממש"כ לעיל משום דהא התם יש לשמעון מיגו דההחזרתי לך המעות שלויתי על ספרים שלך דלויתי עבורך והחזרתי לך כבר המעות או יכול לומר דהספרים הגיע לרשות המלוה מידך ולא מידי כלל וכיון דאית ליה מיגו ע"כ נאמן על המעות שתובעין ממנו כיון דאין לו תביעה עליו בגופן של ספרים. ודוקא להוציא גוף הספרים שייך לומר דע"י עדי ראה מוציאין כיון דאין לו מיגו דההחזרתי עליהן משא"כ אם תובע רק המעות שייך שפיר מיגו כנ"ל אבל היכא דלא שייך מיגו י"ל כמש"כ להסביר דאף להחזיק המעות אינו נאמן בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר: ג ובשבועות ד' ל"ד איתא מנה מניתיך בפני פו"פ ועדים רואים אותו מבחוץ והלה טוען אין שקלי ודידי שקלי מהימן והובא זה בסי' ע"ט סעי' ד' ע"ש ומיירי שם בתובע מנה הלויתיך בפני פו"פ והלה משיב אמת שקבלתי ממך מנה אבל במתנה היה או בפרעון חוב נאמן. וקשה מ"ש מן דברים העשוים להשאיל ולהשכיר דתלינן בתורת שאלה אתו לידו א"כ מטבע נמי נימא דבתורת הלואה אתי לידו ומצאתי בקצה"ח סי' ע"ט ס"ק ב' שהקשו כן ותי' דשאני בחפץ דהדרא בעיני' להכי בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר מוקי לו בחזקת מ"ק אבל הלואה דה"ל להוצאה לא שייך לומר בחזקת בעלים הראשונים דהא מחזקת בעלים הראשונים ודאי יצאה ואינו תובע ממנו אלא הדמים א"כ נאמן המקבל לומר מתנה או בפרעון חוב עכ"ל הקצה"ח ולפ"ז הוי מזה סייעתא לדברי האו"ת והנתיבות דלא מהני הא דהוי דברים העשוים להשאיל ולהשכיר רק היכא דאנו דנין על גוף החפצים דיש שם חזקת מ"ק אבל היכא דאין אנו דנין רק על המעות לא שייך כן דכללא הוא דהיכא דאין אנו דנין רק על דמיהן ולא על גוף החפצים בזה לא שייך לומר הך דינא דדברים העשוים להשאיל כו' וכדבריהם:

אבל באמת אין מוכרח דברי הקצה"ח משום דלא מבעיא לשיטת הרמב"ם דס"ל דדברים העשוים להשאיל הוא כו' כלים שתחלתן נעשו להשאיל ולהשכיר כפי המבואר בסי' ע"ב סעיף י"ט בודאי לא שייך כן במעות דהא מעות לא מקרי עשייתן להשאיל ואף

לשיטת הרי"ף ור"ת דס"ל דדברים העשוים להשאיל ולהשכיר הוי היכא דרגיל בעה"ח עם השואל והכל תלוי באהבת האיש ומנהג המקום גם לשיטתם אינו קשה די"ל דאף דרגיל להשאיל חפציו היינו היכא דהדרא בעיניה וכמבואר החילוק בין שאלה דהדרא בעיניה להלואה דלא הדרא בעיניה בר"פ השואל שבת ד' קמ"ח ע"ש אבל בהלואה י"ל דמקפיד ואינו רגיל להלוותם ע"כ לא קרינן במעות הך דין דדברים העשוים להשאיל כו' וע"כ אין מזה ג"כ הכרח לדברי האו"ת והנתיבות הנ"ל:

ובב"ב דף מ"ה איתא דרבה ס"ל דהא דאומן אין לו חזקה ל"ש אלא שמסר לו בעדים אבל מסר שלא בעדים כו' והתוס' שם ד"ה אבל מסר כו' הקשו א"כ אף אחר נמי אם יש עדים דאתי לידו בתורת פקדון ותי' דמיירי במסר לפני עדים סתמא ולא פירש בפניהם אם בתורת מכר או בתורת פקדון ולהכי אומן אין לו חזקה דכיון דלא פירש מסתמא לתקנו מסר לו כו' עכ"ל ושם ע"ב תוס' ד"ה המפקיד אצל חבירו כו' כתבו שם דיהיה מהימן במיגו דנאנסו בשבועה ע"ש באה"ד ואי נימא דבדברים העשוים להשאיל כו' אין מוציאין אם אינם בעין לפנינו כשיטת התומים. א"כ ה"ה באומן דמ"ש והכל חדא הוא ובגדר אחד הם וזיל בתר טעמא ועיין במש"כ התוס' שם בד"ה אבל מסר לו שלא בעדים כו' בסה"ד ע"ש ולפ"ז באומן אף דהוי ש"ש כיון דתלינן דבאומנות אתא לידו כדתנן כל האומנין ש"ש הם. מ"מ הא כיון דבדברים העשוים להשאיל אם אינן בעיניה אף שהזיקו בידים מ"מ פטור מלשלם כיון דאינו בעיניה כשיטתם. ע"כ אף באומן דאין לו חזקה הדין נותן ג"כ דז"א רק כשהם בעיניה ולא כשאינן בעיניה דמ"ש כנ"ל א"כ לפ"ז לא יצטרך לישבע דנאנסו דהא אף אם יודה דפשע אין מוציאין ממנו כיון דאינו בעיניה בפנינו ולא יצטרך לישבע כלל דנאנסו דהא כיון דטוען דשלו הוא החפץ במכירה אין מוציאין החפץ אם אינו בעיניה בפנינו וע"כ מוכח מזה דלא כשיטת האו"ת ונתיבות אלא בכל גווני אמרו דאין לו חזקה בין אם הוא בעיניה או דאינו בעיניה לפנינו וה"ה בדברים העשוים להשאיל וזהו סייעתא למה שכתבתי:

ואפשר לחלק דשאני באומן דאין לו חזקה לשיטת רבה דפי' התוס' דמיירי במסר סתמא וכיון דלא פירש לפני העדים אם הוא בתורת מכירה או בפקדון דתלינן מסתמא לתקנו מסר לו דבזה מה"ט אף אם אין החפץ לפנינו ג"כ מוציאין ממנו כדין ש"ש ובשבועה דנאנסו דוקא משום דיש לנו הוכחה גדולה דמדלא פירש בפניהם מסתמא לתקנו מסר לו אבל לדידן דקיי"ל אומן אין לו חזקה אף בדלא מסר בעדים עדיין יש לומר לשיטת האו"ת ונתיבות דאף באומן אם אין החפץ לפנינו אין מוציאין מצד כש"כ מן דברים העשוים להשאיל דכתבו התוס' והרשב"ם שם לחלק לשיטת רבה בין אומן לדברים

העשוים להשאיל דאומן גרע מן דברים העשוים להשאיל וכמש"כ התוס' ב"ב דף מ"ו ד"ה אבל מסר כו' א"כ הוי כש"כ אומן דאינן מוציאין כשאין החפץ לפנינו לשיטתם ואין סתירה מזה לדבריהם:

ענף ד:

וכעת נלע"ד להוכיח כשיטת האו"ת והנתיבות. והוא דבגיטין דף כ' ע"ב בעי רמי בר חמא היו מוחזקים בעבד שהוא שלו וה"ה יוצא מת"י מהו מי אמרי' אקנויי אקני לה או דלמא הוא מנפשיה עייל כו' ת"ש דאר"ל הגודרות אין להם חזקה ועיין בתוס' שם ד"ה ת"ש דאר"ל הגודרות כו' ופסק הרמב"ם ה"ג פ"ד והובא בשו"ע אה"ע סי' קכ"ד סעי' וא"ו דה"ה ספק מגורשת וכ"כ הטור בסי' הנ"ל בשם הרמ"ה והב"י כתב שם על מש"כ הרמב"ם והטור דספק מגורשת הויא וטעמא כיון דבגמרא פשטינן לה מדאמר ר"ל הגודרות אין להם חזקה א"כ מספקא לן אם הם עדיין של בעל ראשון או אם הם של מי שנמצאו בידו ואע"ג דמשום דאין להם חזקה מפקינן להו מיד השני ויהבינן לראשון מ"מ לענין גט אשה מידי ספיקא לא נפקא עכ"ל הב"י ועדיין קשה דכיון דסמכינן על הא דגודרות אין להם חזקה ומפקינן מיד המוחזק בע"כ מוכח דיש לן הוכחה גדולה במה דמוציאין מן המוחזק ואף דאין הולכין בממון אחר הרוב ולהוציא מן המוחזק בע"כ מוכח דהוי לן הוכחה גדולה במה דמוציאין משום דהך מלתא דאמרו הגודרות אין להם חזקה זהו הוכחה רבתא וכיון דמוציאין ממון עי"ז מכש"כ דמבעי להיות מועיל לסמוך ע"ז במקום איסורא וכמש"כ התוס' בב"מ ד' כ' ד"ה איסורא מממונא כו' כעין זה אלא דמצד חומרת חז"ל כמו במים שאין להם סוף נגעו בה כמש"כ התוס' שם וא"כ תקשה דמפני מה אמרו בזה דהוי ספק מגורשת והא כלל ידוע לנו כמש"כ הרמב"ם בה"ג דכל מקום דנקטו הגט בטל הוי בטל מן התורה וכ"מ דנקטו בלשונם הגט פסול לא הוי רק חומרא מדרבנן. אבל במקום דנקטו בלשונם ספק מגורשת משמע דהוי ספק מן התורה וא"כ הבא עליה לא נפסל לעדות בודאי מה"ת אלא כדין מי שעובר על ספק איסור דאורייתא ועיין ביו"ד סי' ט"ז בש"ך סוף ס"ק י"ז ובחידושי ר"ע אייגר זצ"ל ס"ק ג' ע"ש וגם הבא עליה אינו במיתה במזיד ובקרבן בשוגג וגם הוי נפ"מ לענין ירושת הבעל ועיין באה"ע סי' צ' סעי' ה' וסעי' וא"ו וב"ש שם ס"ק כ' וקשה דאמאי הוי ספק מגורשת:

אכן לשיטת האו"ת והנתיבות דכתבו דבדברים העשוים להשאיל כו' דמוציאין מן המוחזק ז"א רק באם הם בעיניה ולא כשאינם בעיניה לפנינו וע"כ טעמם משום דהא דמפקינן הוי הטעם משום חזקת מ"ק וכמש"כ התומים בסי' צ' ס"ק ז' וס"ק ט' דדברים העשוים להשאיל עומדים החפצים ברשות הבעלים אף שהמה ת"י המוחזק בהם וא"כ

י"ל דלכן לא מהני זה רק לענין אפוקי ממונא אבל לא לענין איסור א"א משום דהא כתב הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל א' לדון דחזקת מרא קמא הוי מעין חזקת ממונא ועיקר מלתא דחזקת ממונא לא הוי מצד חזקה המבררת רק משום שאין אנו יכולין להוציא מן המוחזק בלא ראיה ע"ש וכ"כ הנתיבות סי' ל"ד ס"ק ט"ו ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח ע"ש:

ע"כ אין מועיל זה הסברא במקום איסורא והוי שפיר ספק מגורשת והך מלתא דגודרות אין להם חזקה וכן הך מלתא דדברים העשוים להשאיל הוי הכל בחד טעמא וכמש"כ התוס' בשבועות דף מ"ו ד"ה בקונטרס גרסינן ולא אמרו אלא בדברים העשוים להשאיל כו' שכתבו לדמותם להדדי ע"ש משום דהוי הכל מחד טעמא דהיכא דיש לתלות דעיילי מנפשייהו או דבאו לידו בתורת שאלה ולא בתורת מכירה אתו לידו אז מוציאין מרשות התופסן מה"ט:

הגה"ה וראיתי בתומים סי' ע"ב ס"ק ל"ח דחולק על הש"ך וס"ל דבגודרות לא מהני מיגו ומוציאין מהתופסן אף דאית ליה מיגו ע"ש. ותמוהין דבריו דהא בשבועות דף מ"ו באלפס שם כתב בשער העשירי אם ראוהו שנטלן מרשות חבירו שלא בפניו ואמר לקוחין הם בידי אינו נאמן כו' דאי לא תימא הכי קשיא הא דר"ל דאמר הגודרות אין להם חזקה כו' אלא מדאמר הגודרות אין להם חזקה שמעינן דמאן דתפיס מידי מרשותא דחברי' קמי סהדי דלאו באפי חברי' ואמר לקוח בידי אינו נאמן כו' עכ"ל אלמא דטעמא דגודרות הוי משום דזהו כמו נטל שלא בפניו ואלו בנטל שלא בפני חבירו ודאי מהני מיגו וכמש"כ הר"נ פ' כל הנשבעין על הא דנסכא דר' אבא וב"י סי' צ' ובח"מ סי' ע"ה וסי' שס"א א"כ ה"ה בגודרות וע"כ תמוהין דברי האו"ת והעיקר כמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ק"ה דדין גודרות הוי כמו דברים העשוים להשאיל דאין מוציאין רק בדאיכא עדי ראה כו' ודלא כהתומים ע"כ הגה"ה:. ולפ"ז מוכח דלא כמש"כ מתחלה לדון דאף היכא דלא הוי בעיניה ג"כ מוציאין בדברים העשוים להשאיל משום דהוי טענה גרוע מפאת עצמו כמו חוב יש לי בידך וכה"ג ודינו כמו נטל מחבירו שלא בפניו דלא מהימנינן ליה לומר דידי חטפי דלפי זה מבעי להיות דבגט כתוב על ידו של עבד דאינה מגורשת כלל בודאי וכמו אם בא אחד ותפס מרשות חבירו שלא בפניו וקידש לאשה דודאי אף אם אומר דידי חטפי אין חלין להקדישן כלל דהוי כמו קידשה בגזל דא"מ כלל מקודם יאוש וה"ה הכא בגט וע"כ מוכח מכ"ז דעיקר כשיטת האו"ת דאין מוציאין בעשוי להשאיל רק כשהם בעיניה והטעם הוא משום חזקת מרא קמא דהוי מצד מוחזק ולא מטעם חזקה המבררת וע"כ הויא ספק מגורשת וזהו סייעתא לדבריהם והגהות אשר"י לגיטין ד' כ' כתב שם

דהרמב"ם כתב דהיא ספק מגורשת אבל הגהות אשר"י חולק וס"ל דאינה מגורשת כלל עכ"ל ואפשר דהגהות אשר"י ס"ל כעין מש"כ מתחלה דבכ"ז אף דאינם בעיניה מ"מ מוציאין משום דהוי טענה גרוע בעצם ולא מהימנינן ליה על מכירה ע"כ גם גבי גט אינה מגורשת כלל אבל מן פסק הרמב"ם והטור והשו"ע דפסקו דהוי ספק מגורשת שפיר מוכח מזה כהאו"ת: ובאה"ע סי' י"ז בחלקת מחוקק ס"ק מ"ב כתב דאף בכיס וארנקי דלא מושלי אינשי מ"מ חיישינן למכירה ע"ש ובמק"א כתבתי לפלפל בדבריו אם הוי חשש מה"ת או לא ובביאור הסוגיא דב"מ ויבמות ואכמ"ל אבל הקשיתי על הח"מ הנ"ל דהא כיון דחזינן דבדברים העשוים להשאיל מוציאין מן המוחזק משום דמכירה הוי טענה גרוע להוציא החפץ מחזקת מ"ק אלא היכא דשייך לומר תפיסתו מוכחת עליו אין מוציאין אבל היכא דלא הוי הוכחה לפנינו אז הוי מכירה חשש רחוק א"כ ה"ה בעגונה דכיון דלא הוי לנו הוכחה על מכירה ע"כ מבעי לומר דלא חיישינן למכירה ועיין בשמ"ק ב"מ ד' כ"ח דכתב דלא חיישינן למכירה באבידה וקצרתי אבל לפי מה דנתבאר בשם הרמב"ם והטור שו"ע דפסקו גבי גט בגודרות דאף דאין להם חזקה עכ"ז הוי ספק מגורשת משום דאף דמכירה הוי חשש רחוק ומוציאין ממון ע"י חזקת מ"ק מ"מ במקום איסור דא"א לא סמכינן על כלל זה א"כ ה"ה בהיתר עגונה לא סמכינן ע"ז וכש"כ הוא דלהקל שאני משום דכ"ז הוא רק מצד חזקת ממון דזה לא מהני באיסורא וכן יש להעיר בזה ע"פ מש"כ התוס' כתובות ד' ע"ו ד"ה רישא מנה לאבא בידך כו' בסה"ד דלא מהני חזקה דאשה לגבי האב וכה"ג כתב הרמב"ן והובא בר"נ גיטין ד' ס"ד על הא דאומר לשלוחו צא וקדש לי אשה דלא מהני חזקת הקרובות להאחרת והובא בב"ש סי' ל"ה ס"ק ל' וה"ה הכא י"ל דלא מהני חזקת מ"ק לברר רק על גוף החפץ להוציאו אבל להוכיח ממנו דזהו האיש שאנו דנין עליו י"ל דלא מהני חזקת מ"ק לברר זה וא"ש דברי החלקת מחוקק הנ"ל ובתשובה א' הארכתי בכ"ז. היוצא לנו מכ"ז דמזה יהיה סייעתא לשיטת האו"ת והנתיבות:

ענף ה:

שבתי וראיתי דהעיקר כמש"כ מתחלה דאף היכא דאין החפץ בעיניה לפנינו ג"כ מוציאין בדברים העשוים להשאיל או בעדי פקדון וראה מן המבואר בהגהות אשר"י ס"פ המקבל ותשובת מהר"מ מרוטענבורג סי' שט"ז ותשובת מיימוני לספר משפטים סי' ל"ב בשם ר"י דאם ראוהו בידו בעדים חפץ העשוי להשאיל ותבעו מה טיבו אצלך וטען אתה מכרת לי או טענה אחרת כיוצא בו שראוי לעכבו ואין ראוי להחזיר לו לפי אותה טענה נראה לי דחשיב ראה ואין לו מיגו שיכול לומר החזרתי לך שאפילו טען בפירוש החזרתי לך אינו

נאמן כו' עכ"ל וכ"ז הובא בח"מ סי' ע"ב סעי' י"ח בהגה"ה וז"ל דלא בעינן שראו העדים בידו כו' אלא שראו קודם לכן בידו וטען אז שהן מכורין בידו או טענה אחרת שאינן ראויין להחזיר לפי אותה טענה דמעתה אין לו מיגו שיכול לומר החזרתי דאנן סהדי דלא החזירן כו' ועיין בש"ך שם. ויש להקשות ע"ז דאכתי יהיה מהימן במיגו דנאנסו דאף דאנן סהדי דלא החזירן מ"מ אם יטעון נאנסו יהיה מהימן בשבועה א"כ יש לו מיגו דנאנסו ומצאתי זה הקושיא בקצה"ח סי' קל"ג ס"ק ה' שהקשה כן ותירץ דכיון דקרינן בזה עדים וראה ולא מהימן בטענתו א"כ מחזיקין לו בדין כופר בפקדון דחייב באונסין עכ"ל הקצה"ח ואי נימא דעיקר הך מלתא דדברים העשוים להשאיל אינו מועיל רק באם הם בעיני' ולא כשאינם בעיני' א"כ אכתי תקשה על כל הראשונים הנ"ל דאף דלא מהימן לומר החזרתי דאנן סהדי דלא החזירן מ"מ יהיה מהימן במיגו דנאנסו ואין לומר דה"ל כופר בפקדון דחייב באונסין דהא לפי דבריו דטוען לקוח הוא בידי רק דאין מאמינים לו א"כ אם יטעון נאנסו ולקוח בידו ביחד שתי הטענות הנ"ל אז לא יצטרך לשלם מצד כופר בפקדון דחייב באונסין משום דהא אם אינו בעיני' אין מוציאין מידו בדברים העשוים להשאיל כו' ואם יטעון נאנסו ולא יהיו בעיני' אז יפטור לשלם א"כ אף דהחזרתי אינו נאמן משום אנן סהדי דלא החזירן מ"מ נאנסו נאמן ויהיה מהימן לומר לקוח במיגו דנאנסו בצירוף טענת לקוח. כדמצינו כעין זה בשבועות ד' מ"ה דאם שכרו שלא בעדים נאמן לומר דנתתי לך שכרך במיגו דלא שכרתיך מעולם והקצה"ח והנתיבות בסי' פ"ט ס"ק ד' כתבו לבאר זה משום דאם לא שכרו נאמן לומר פרעתיך אם ירד שלא ברשות לשדה חבירו ע"כ נאמן לומר פרעתי במיגו דלא שכרתיך ופרעתיך ע"ש וזהו מוכרח בביאור הסוגיא והפוסקים כמבואר שם ויש לי עוד הרבה ראיות לדון כעין מיגו הנ"ל:

ולפ"ז תקשה דיהיה מהימן לומר לקוח במיגו דנאנסו ולקוח ביחד ויפטור ע"פ שתי הטענות כנ"ל וע"כ יהיה מהימן לומר לקוח בלבד במיגו כנ"ל וע"כ מוכח דהדין הוא דאף היכא דלא הוי בעיני' ג"כ מוציאין בדברים העשוים להשאיל. וע"כ אין לו מיגו דנאנסו משום דיהיה חייב באונסין כדין כופר בפקדון וכמש"כ הקצה"ח כנ"ל דאף דלא הוי בעיניה ג"כ מוציאין ממוחזק ודלא כהתומים והנתיבות ואף שכתבתי לעיל להוכיח דעיקר טעמא דהך מלתא דדברים העשוים להשאיל וגודרות דמוציאין הוי משום חזקת מ"ק דהוי מעין חזקת וממונא כנ"ל והא דמוציאין ממוחזק הטעם כמש"כ האו"ת בסי' צ' ס"ק ז' וס"ק ט' דבדברים העשוים להשאיל אמרו דמאן דתופס לא מקרי מוחזק ועומדים ברשות הבעלים. וע"כ מוציאין ע"י חזקת מ"ק בדברים העשוים להשאיל וגודרות ודלא כמש"כ לעיל דזה הוי כמו חוב יש לי בידך דהוי טענה גרוע דהא נתבאר דז"א כדמוכח

מהא דגט כתוב על ידו של עבד וע"כ מוכח דזה הטעם בע"כ שייך אף היכא דלא הוי בעיני' דמה לי הן ומה לי דמיהן דהא גם דמיהן נגררין בתר חזקת מ"ק כדמצינו כעין זה בהא דקרקע בחזקת בעלים עומדת דאף אם אכל פירות קרקע מוציאין מהמוחזק משום דנגררין בתר הקרקע כמו בב"מ ד' ק"ב וד' ק"י דאף שכירות הקרקע מוציאין מהשוכר משום בחזקת בעלים עומדת ואף בספיקא דדינא דלא שייך בו חזקה לברר בספק בדין כידוע כמו שאמרו אטו בשביל החזקה ישתנה הדין. ומ"מ דיינינן להוציא גם הפירות שאכל משום קרקע בחזקת בעלים עומדת דזה הוי רק מצד מוחזק ואף על הפירות שאכל דיינינן כן וכבר כתבתי דמוחזק לאו מצד חזקה המבררת אתו עלה ואף פירות קרקע נגררין בתר קרקע. יכ"כ התוס' ב"ב ד' ל"ג ד"ה לסוף אודי כו' ובח"מ סי' קל"ט סעי' ד' וסמ"ע ס"ק ח' וש"ך ס"ק ה' ע"ש וכעין זה י"ל בהך מילתא דדבר העשוי להשאיל כו' דאף היכא דאין אנו דנין רק על דמיהם משום דלא הוי בעיניה מ"מ שייך גם בזה חזקת מרא קמא דכיון דאם היה בעין היו מוציאין ע"י חזקת מ"ק ממילא ה"ה דמיהן דינו כמו אם היה בעיניה לגבי זה דהא אתחזק החפץ ברשות הבעלים הראשונים ואין סברא לחלק בזה ויש להאריך בכ"ז ביתר ביאור רק מפני האריכות קצרתי:

והעיקר דמוכח מכל הראשונים והשו"ע בהגה"ה הנ"ל דאף אם אינו בעיניה לפנינו מ"מ מוציאין ממנו בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר או בעדי פקדון וגודרות בדאיכ' עדי ראה ג"כ אף אם אינו בעיני' מ"מ מוציאין ודלא כהאו"ת והנתיבות בזה:

יב (שם סעי' כ"ו) מי שיש בידו משכון ודחקו לפדותו וא"ל יהא המשכון שלך לא קני:

והש"ך ס"ק קי"ד הקשה בסתירת השו"ע דבסי' של"ו פסק דאם הוא ברשות פועל א"י לחזור בו והנלע"ד לחלק ביניהם די"ל דעיקר הטעם דאמרו דלא קני דדחויי קא מדחי לי' דאף דהפועל הוי מוחזק מ"מ כיון דהבעה"ב אומר ברי לי שהיתה כוונתי לדחויי ולא להקנות בל"ש א"כ הוי מעלת ברי וחזקת מרא קמא על החפץ המסייע להבעה"ב דעי"ז ביחד מוציאין מהמוחזק כשטוען שמא כמבואר כעין זה בסי' קפ"ה סעי' ד' דראובן אומר במאה אמרתי למוכרו כו' דאם ידע הלוקח שזה החפץ של ראובן דיחזיר החפץ לבעלים אף דהסרסור אומר בחמשים א"ל למוכרו ולא אמרינן בזה חזקת ממונא עדיף משום דע"י ברי בצירוף חזקת מ"ק מוציאין מהמוחזק וכעין זה כתב הנימוקי יוסף בב"מ פ"י ולפ"ז י"ל דשאני פועל דיש חזקה אחרת הסותרת להך חזקת מ"ק דהא בפועל כשתובע שכרו וא"ל יהא המשכון שלך יש לומר דנתכוין להקנותו בל"ש דאל"כ הא יהיה עובר בבל תלין מיד וכמו דאמרו בשבועות ד' מ"ה וב"מ ד' קי"ב חזקה אין בעה"ב עובר בבל תלין וכיון דהחזקה דאין בעה"ב עובר על בל תלין סותרת להך אוקי אחזקת מ"ק ע"כ אין

כח במעלת ברי בלבד להוציא מן המוחזק ולכן פסקו גבי פועל דאם הוא ברשות פועל א"י לחזור בו. משא"כ הכא בבע"ח דליכא ביה חזקה הנ"ל ע"כ שפיר מוציאין ע"י ברי ואוקי אחזקת מ"ק מן המוחזק וא"ש פסקי השו"ע דלא סתרי אהדדי ומצאתי בתוס' יו"ט בב"מ פ' יו"ד משנה ה' בד"ה משקבל עליו כו' דכתב ג"כ בקצרה דשאני פועל דמסתמא גמר ומקני שלא יעבור בבל תלין ות"ל שנתכוונתי לדבריו. וכן יש להעיר בזה ע"פ מש"כ הנימוקי יוסף סוף ב"מ על משנה מי שהיה כותלו כו' שסברא היא שלא יהיה קנוי לזה מה שהוא של חבירו עד שיודע הדבר שגמר בלבו להקנותו כו' עכ"ל הנ"י ובאמת י"ל בזה לפמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד בארוכה לבאר שיטת הראשונים דספק אומדנא במחשבתו מקרי דברים שבלב ולא מבטלינן למה שאמר בפיו בפי' ע"ש א"כ ה"ה הכא כיון דאמר בפיו שמקנה לו המשכון ע"כ כ"ז שאינו מבורר לנו שהיה במחשבתו לדחותו אף שנולד לנו ספק בזה מ"מ הוי הקנאה מעליא משום דגם בזה י"ל דלא אתי ספק אומדנא במחשבתו לבטל למה שאמר בפיו וע"כ מוכח דמה שאמרו שם די"ל דהיתה כוונתו להדחותו היינו משום דזה הוי הוכחה ברורה לנו דנתכוין להדחותו מדחזינן דלא הקנהו המשכון עד אחר דתבעו ממנו דמוכח מזה דלא היתי' כוונתו רק להדחותו [ועיין בספרי שם מה שכתבתי לדון בהא דאמרו דחיישינן שמא לא ימסרם יפה לציבור ולפ"ז היה מקום לחלק בין פועל לבע"ח משום דבפועל כיון דכ"ז דלא תבעו אינו עובר ע"כ אין לנו הוכחה זו די"ל דלכן לא הקנהו עד עת התביעה משום דהא לא עבר בבל תלין אז ועכשיו שתבעו ועבר בבל תלין ע"כ הקנהו כדי שלא יעבור אבל בבע"ח הא על מצוה דפריעת בע"ח הוא מצווה אף מקודם דתבעו כמש"כ הנתיבות בסי' ק"ד ס"ק א' להשיג על הקצה"ח שם ע"כ שפיר יש לנו הוכחה זו דהוי כמו דנתברר לנו דהיה במחשבתו לדחותו ולא להקנאה גמורה מדלא הקנהו מקודם כן י"ל לכאורה אכן לפמש"כ בסי' ט' דיש להוכיח בכל בע"ח דכ"ז דלא תבעו אינו עובר כמו בפועל ע"כ נדחה זה החילוק והעיקר כמש"כ לעיל גם י"ל דשאני הכא דמיירי בדחקו לפדותו כמש"כ המחבר משא"כ התם בסי' של"ו דלא הוזכר שם דחקו לפדותו והרדב"ז ח"א סי' כ"ב הכריע לדינא כמש"כ השו"ע הכא דאם דחקו לפדותו לא קני ואם לא דחקו וכש"כ קודם ז"פ דקני וכן אם קנו מידו קנה ע"ש:

יג) (שם סעי' כ"ז) ש"ך (ס"ק קט"ו) העלה דאם טוען המפקיד ברי אינו חייב שבועת שומרים ונלע"ד להוכיח כן מהא דשבועות ד' מ"ז אמר רבא דתני ר' אמי שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים ה"ד כו' אלא לאו דא"ל מנה לאבא בידך וא"ל חמשין ידענא כו' וקשה דהא האי קרא דשבועת ה' תהיה בין שניהם כתיב בפרשה דש"ש בשבועת

שומרים א"כ יותר ה"ל להש"ס לומר דרחמנא מיירי בשבועת שומרים מענינא דקרא שטען השומר איני יודע אם נאנסו דחייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ולא בין היורשים דאם אינם יודעים אם פשע אביהם דפטורים ול"ל להש"ס לפרש דקאי על שבועת מודה במקצת אכן לפי שיטת הש"ך דבטוען המפקיד ברי ליכא ש"ש וע"כ עיקר חיוב ש"ש מיירי רק בטוען התובע שמא והט"ז בסי' צ"ב על הטור סעי' י"א כתב דאם התובע טוען שמא לא דיינינן בי' דין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכ"כ הט"ז בסי' ע"ה ולפ"ז א"ש מה דלא אמרו דהך שבועת ה' קאי על ש"ש משום דלא משכחת בש"ש לומר מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דאם טען המפקיד ברי הא אינו חייב כלל לישבע כמש"כ הש"ך ובטוען שמא הא שיטת הט"ז דבתובע טוען שמא לא דיינינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כלל וע"כ אוקמי דמיירי בחמשין ידענא כו' ויהיה מזה סייעתא לשיטת הש"ך והט"ז הנ"ל:

אכן עיקר דברי הט"ז הנ"ל השיג עליו הקצה"ח בסי' ע"ה ס"ק ט' ולקמן בסי' צ"ב סעי' ח' הארכתי בדברי הט"ז והקצה"ח הנ"ל וכן יש לדון אף לשיטת הש"ך הנ"ל ע"פ מש"כ הש"ך בסי' צ"ב ס"ק י"ב במש"כ המחבר שם לפיכך אם טען כו' בפני שלח בו יד או פשע כו' וע"כ עדיין תקשה כן עלה דשבועות הנ"ל וע"כ נלע"ד לתרץ קושיא הנ"ל באופן אחר והוא דמבואר בתוס' ב"מ ד' צ"ז ד"ה כגון שיש עסק שבועה ביניהם כו' בשם ר"ת דר' יוסי דס"ל יחלוקו ס"ל ג"כ מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכ"כ התוס' בב"ב ד' ל"ד ושבועות ד' מ"ז והרא"ש בשבועות שם סי' ז' דעיקר טעמו דר"י דס"ל יחלוקו משום דכיון דאינו יכול הנתבע לישבע ע"כ משלם החצי וס"ל לר"י ג"כ מתוך כו' ולכאורה יש להקשות למאן דס"ל הולכין בממון אחר הרוב דאמאי מהימן השומר לומר נאנסו ופטור והא הרוב מכחישו כיון דנאנסו לא שכיח כמבואר בב"ב ד' ע' ובשא"ד וה"ל למיזל בתר הרוב ויהיה חייב אבל באמת אינו קשה משום דדוקא בשניהם טוענים שמא או טוענים ברי כמו דהא דב"ב ד' צ"ב ורפ"ב דכתובות בזה ס"ל לרב דהולכין בממון אחר הרוב אבל היכא דהמוחזק טוען ברי והתובע טוען שמא בזה אלים לי' ברי בצירוף חזקת ממונא ועדיף מן הרוב וע"כ נאמן השומר לומר נאנסו כיון דהתובע טוען שמא ועיין בהפלאה לכתובות ד' פ"ה ע"ב מזה ובאמת י"ל להמ"ד דהולכין בממון אחר הרוב דאם המפקיד טוען ברי דיהיה חייב השומר בטוען נאנסו היכא דאין לו מיגו דלהד"ם והחזרתי: ואיתא בב"ב ד' צ"ג דר' יוסי ס"ל הולכין בממון אחר הרוב וכ"כ התוס' ביבמות ד' ס"ז ד"ה אין חוששין כו' בסה"ד ולפ"ז מוכרח רבא לאוקמי לקרא דשבועת ה' תהיה כו' על מו"מ בחמשין ידענא משום דאי נימא דהקרא איירי על שבועת שומרים בטוען איני יודע אם

נאנסו דמיירי מזה הקרא דהא פרשה ישני' בש"ש א"כ תקשה דל"ל לחייבו משום מתוך כו' הא בלא"ה חייב בזה למאן דס"ל הולכין בממון אחר הרוב דכיון דאינו יודע הנתבע וליכא ברי ממנו להכחיש הרוב:

א"כ ממילא חייב משום הרוב דנאנסו לא שכיח דמוציאין ע"י זה מהמוחזק אף בלא חיוב שבועה ול"ל הקרא דשבועת ה' כו' לחייבו משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ורבא מהדר לפרש הך קרא דשבועת ה' תהיה כו' דיהא אתי הילפותא לכ"ע אף לר' יוסי דאית לי' מתוך כו' וע"כ פירש דקאי על שבועת מו"מ והא דמצינו בב"מ ד' ל"ו דס"ל לרב דשומר שמסר לשומר פטור אף בש"ש אף דס"ל לרב הולכין בממון אחר הרוב שא"ה דהא השומר הב' אומר ברי שנאנסו ומצרפינן ברי של חבירו לחזקת ממון של השומר הראשון ואף למאן דס"ל בב"ב ד' קל"ה דהברי של אחר לא מהני י"ל דהיינו דוקא להוציא מן המוחזק אבל להחזיק י"ל דלא מחלקינן אליבא דרב כיון דלא ס"ל להסברא דאת מהימנת לי האי לא מהימן לי ע"כ ס"ל דשומר שמסר לשומר פטור:

ואף לשיטת הראשונים וחד תירוץ בתוס' שם דס"ל דר' יוסי דאמר יחלוקו לית ליה מתוך כו' עכ"ז א"ש לכל מש"כ משום דבשבועות ד' מ"ה גרסי' במשנה שם היו שניהם חשודים חזרה שבועה למקומה דברי ר' יוסי רמ"א יחלוקו ובגמ' לקמן ד' מ"ז אמרו דא"ל רבא לר"נ היכא תנן היינו אם ריי"א יחלוקו או ר"י אומר חזרה שבועה א"ל לא ידענא כו' איתמר אמר רב יוסף בר כו' ר"י אומר יחלוקו כו' אלמא דרבא נסתפק מעיקרא אם ר"י ס"ל חזרה שבועה למחויב וס"ל להך מתוך כו' או לא וע"כ הוכרח רבא לאוקמי להא דשבועת ה' תהיה כו' דקאי על שבועת מו"מ דאי נימא דקאי בשבועת ש"ש דא"י אם נאנסו א"כ תקשה אי נימא דס"ל לר"י חזרה שבועה למחויב דזהו מוכח מקרא דשבועת ה' דהא לשיטתו בלא"ה חייב כל ש"ש האומר א"י אם נאנסו משום רוב דהא ס"ל הולכין בממון אחר הרוב כנ"ל וע"כ הוכרח רבא לאוקמי הך קרא בחמשין ידענא כו'. כדי דיהיה אתי שפיר הילפותא לכ"ע דס"ל להך מתוך כו' ומתורץ שפיר מה שהקשיתי ומצאתי בפני יהושע בב"מ ד' צ"ז דהקשה כן וכתב ג"כ מסברא דנפשי' כמש"כ הט"ז כנ"ל. אך לא הביא לדברי הט"ז שהקדימו וכתב ג"כ סברא זו דבטוענו שמא לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אכן בעיקר דברי הט"ז הנ"ל הארכתי הרבה לקמן סי' צ"ב סעי' ח' וכן יש להעיר ע"ז מכל שומר שמסר לשומר דחייב להרבה פוסקים משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ותירצתי שם דברי הט"ז על נכון בע"ה:

ובעיקר דברי הש"ך דבטענת ברי ליכא חיוב ש"ש יש להעיר עליו מן התוס' ב"מ ד' צ"ז ע"ב ד"ה השוכר אומר שכורה מתה והלה אומר א"י פטור שכתבו דאע"ג דבכל ש"ש כו'

הכא שאין יודע אם מתה השאולה אין להשביעו מספק כו' ועוד דהכא אפילו משאיל אומר ברי אמרינן דאינו נשבע אלא ע"י גלגול עכ"ל התוס' ומשמע מדברי התוס' דדוקא הכא דאין זה בכלל חיוב ש"ש כמש"כ שם התוס' לעיל מינה בזה אף משאיל אומר ברי אינו נשבע אלא ע"י גלגול אבל בעיקר חיוב ש"ש בטענת נאנסו משמע דס"ל להתוס' דחייב ש"ש אף בטענת ברי של התובע והוי סייעתא מדברי התוס' הנ"ל לשיטת האו"ת והנתיבות דהכריעו דלא כהש"ך דאף בטוענו ברי חייב ש"ש אכן מן דברי הריטב"א לב"מ ד' א"ז ע"ב ד"ה השוכר אומר שכורה מתה כו' משמע דס"ל ג"כ כמש"כ הש"ך דזה לשון הריטב"א שם דשבועת שומרים דחייבתו תורה זהו לפי דבעל הבהמה לא יוכל לדעת ויכול זה לכפור במה שירצה ולא יתבייש ממנו כו' משמע מזה דהיכא דאם המפקיד טוען ברי אינו נשבע דהא התם לא שייך ה"ט ויש לדחות זה קצת וקצרתי והביאור הגר"א זצ"ל ס"ק קל"א כתב ג"כ כמש"כ הש"ך דבטוענו ברי אין לחייב ש"ש וע"כ אין להזניח שיטת הש"ך וה"ל ספיקא דדינא:

יד (שם סעי' כ"ח) מלוה אומר סלע הלויתיך כו' ולוה אומר מכרתי לך בג' דינרים ולא נתת לי המעות ותובע אותו בהם שניהם נשבעין היסת כו' והקשה האו"ת בס"ק מ"ד דלמה לא ישבע המלוה בנק"ח כמו כל שבועת המשכון כיון דלאו אגופא דמשכון טען ותירץ דמיירי דנאבד המשכון כו' ועוד כיון דהלוה מודה שמכרו רק דתובעו דמיו א"כ אין לו תביעה בגוף החפץ כו' ואף דהמלוה מכחישו מ"מ אזלינן בתר הודאת הנתבע כמבואר בכמה מקומות דבשתי הודאות המכחישין אזלינן בתר המוחזק אך בעיקר דבריו בתירוץ השני יש לדון לפי מש"כ החלקת מחוקק באה"ע סי' ק"כ ס"ק ה' דבמכר חפץ ולא קבע זמ"פ דאם אינו משלם לו הוי החפץ גזול בידו וכ"כ הנתיבות בסי' צ"א ס"ק ט' ובסי' ק"ץ ס"ק ז' בשם השיטה מקובצת והרי"ף ע"ש א"כ לפ"ז יש לדון הכא דיהיה חייב המלוה לישבע בנק"ח דהא אינו רשאי להשתמש בהחפץ בלא שומת ב"ד והחלטתם דאף דהלוה הודה דמכר לו מ"מ כיון דאומר דלא נתן לו המעות א"כ לפי דברי הלוה הוי החפץ גזול בידו אם לא היה קביעות זמ"פ כיון דלא שילם לו ואינו רשאי להשתמש בלא שומא ע"כ אפשר לדון דגם כה"ג חייב לישבע שבועת המשכון בנק"ח ודוקא תפס מעות דא"צ שומא א"צ לישבע בנק"ח ולפ"ז מוכח כמש"כ האו"ת בתי' א' דמיירי דנאבד המשכון וכן מוכח מלשון המחבר שם שכתב הי' שוה או דכוונתו בתי' השני דהודאת הלוה היה על מכירה שהוקבע זמ"פ דאז אף דלא שילם לזמ"פ לא הוי גזל בידו ורשאי להשתמש בהחפץ בלא שומא ע"כ א"צ שבועה בנק"ח ובעיקר דברי החלקת

מחוקק והנתיבות הנ"ל הארכתי לקמן סי' צ"ו סעי' ו' ענף א' והבאתי שם סוגיא דב"ק ד' ק"ו להוכיח כדבריהם ואכמ"ל:

טו (שם סעי' ל') ראובן משכן משכון ביד שמעון והלך שמעון ומשכנו ללוי כו' נמצא שמעון מודה מקצת וצריך לישבע שלא היה שוה אלא ג' דינרים כו' וזה אי אפשר לו לישבע כיון שלא נאנס בידו ולוי אינו יכול לפוטרו בשבועתו שנאנס כי יאמר לא מהימן לי לוי הילכך ה"ל שמעון מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כו' וכ"כ הטור שם סעיף כ"ד והש"ך ס"ק קכ"ט פירש דלא קאי אלא על הדינר הא' אבל מה שאומר שלא היה שוה רק ג' דינרים ישבע שד"א שכן הוא ופטור כו' עכ"ל הש"ך:

ענף א:

ולמדנו מדברי הטור, ושו"ע הנ"ל דהא דקיי"ל שומר שמסר לשומר חייב זהו משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכמש"כ הרמב"ן במלחמות רפ"א דב"מ ובראש פ"א דב"מ סי' ג' ועיין מזה לקמן סי' רצ"א בש"ך ס"ק מ"ד:

וזהו דלא כמו שהכריע הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ט' ותמהני עליהם איך לא העירו בזה מן דברי הטור ושו"ע מפורש הנ"ל:

ועוד למדנו מן דברי הטור ושו"ע הנ"ל דכתבו דישבע שמעון שד"א כדין מודה מקצת וטעמם דאף דלא הודה על החיוב דינר השלישי אלא דחייב דינר השלישי משום מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כדין שומר שמסר לשומר כמו שכתבו בפירוש מ"מ חייב שד"א על דינר הרביעי משום דכיון דהב"ד הם מחייבים לו דינר השלישי משום מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ה"ל כמו העדאת עדים דר"ח ולפ"ז יש להקשות על מה שהכריע הש"ך לקמן סי' פ"ז ס"ק י"ב דמה דמחייבין לו משום מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אין זה כמו העדאת עדים דר"ח וכן פסק הרמב"ם הל' גזילה פ"ד הל' ט"ז שהביא שם שיטת הסוברין דמה דחייב מצד מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם הוי זה כמו העדאת עדים דר"ח לחייבו שד"א על השאר אבל הרמב"ם כתב להכריע דאין זה מחייבו שד"א על המותר רק היסת וכ"כ הטור בסי' שס"ד סעי' ו' וכ"כ המחבר לקמן סי' שס"ד סעי' ו' ועיין בסמ"ע שם ס"ק ו' א"כ תקשה מפני מה כתבו הכא בפשיטות בלא שום חילוק כלל דישבע שד"א על דינר הרביעי משום שבועת מודה במקצת ואין לומר דהא דמחייבין לו הכא שד"א זהו משום גלגול שבועה על מה דה"ל מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם על הדינר השלישי דזה אינו דהא מבואר בסי' ע"ה סעי' ט"ו דאם ה"ל מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם על העיקר תביעה דלא נתחייב שד"א כלל על הג"ש. וגם היש אומרים שם מודו לזה כמו שכתב הסמ"ע

שם ס"ק מ' והש"ך שם ס"ק נ"ב ועוד דא"כ ה"ה בהא דסי' שס"ד נימא כן וע"כ העיקר הוא דמה דחייב כאן שד"א על דינר הרביעי זהו משום דה"ל כעין מודה במקצת כמש"כ בפירוש דנמצא שמעון מודה מקצת כו' והטעם הוא דה"ל העדאת עדים דר"ח ותקשה כנ"ל ובמק"א כתבתי לתרץ זה:

ומן דברי הש"ך דכתב הכא בס"ק קכ"ט דאם טוען ברי שלא היה שוה אלא ג' דינרים דישבע שד"א ואם טוען שמא לא היה שוה רק ג' דינרים ה"ל מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם על דינר ד' דמוכח מדבריו דס"ל דגם בהעדאת עדים דר"ח אמרינן דה"ל מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם על המותר ודלא כמש"כ הבשמים ראש בסי' י"ז לדון דבהעדאת עדים דר"ח לא ה"ל מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כיון דגמרינן מג"ש דע"א אך יש לומר דהש"ך לשיטתו אזיל דהא פסק בסי' ע"ה ס"ק נ"א דגם בגלגול שבועה אמרינן מחושאינ"מ ולקמן סי' ע"ה סעי' ד' הארכתי בזה: ענף ב:

כל זה כתבתי כבר וכעת ראיתי לתרץ למה שהקשיתי לעיל לתמוה על הש"ך והמחבר דס"ל דמשום מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם על חמשים זוז לא נעשה זה כמו העדאת עדים לחייבו שד"א על השאר שכופר א"כ תמוה דאמאי כתבו הכא דמשום דהוי מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם על דינר הג' משום שומר שמסר לשומר דלכן חייב שד"א על דינר הרביעי וכעת ראיתי ב"ה לתרץ זה בפשיטות והוא דהנה לעיל בחידושי לסי' למ"ד סעי' ה' כתבתי לדון די"ל דטעם הסוברין דמה דנתחייב בב"ד ע"י מה דהוי מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דאין זה מחייבו שד"א על השאר דזהו כסברת הט"ז בסי' ל' סעי' ה' דלכן עדות מיוחדת אינן מחייבין שד"א על השאר משום דלא שייך בזה קו"ח דר"ח דמה פיו שאין מחייבו קנס כו' עדים שמחייבין אותו קנס כו' דהא עדות מיוחדת אינן מחייבין קנס ע"כ בעדות מיוחדת דלא שייך הקו"ח הלז ע"כ אינן מחייבין שד"א עי"ז והקצה"ח בסי' ל' תמה על הט"ז דהא גם ע"י עדות מיוחדת מחייבינן קנס כמבואר בב"ק ד' ע"ד והעלה מזה כשיטת הפוסקים והש"ך שלא לחלק בזה בין עדות מיוחדת כו' ולכן א"ש בהא דב"מ ד' ד' דהקשו התוס' בד"ה ר"ח כר"מ ס"ל כו' דנימא הקו"ח אם הביאוהו לידי מיתה לא יביאו לידי שבועה והשמ"ק שם תי' באופן אחר ע"ש אך לפי דעדות מיוחדת אינן מחייבין מיתה ע"כ יותר טוב למילף מן חיוב קנס דלפ"ז אף עדים ע"י צירוף ג"כ מחייבין שד"א על השאר דהא בקנס גם ע"י עדות מיוחדת מחייבין לו: ולפ"ז כתבתי שם לפרש טעם הסוברין דמה דנתחייב משום אינו יכול להשבע משלם דאין זה כהעדאת עדים דר"ח דטעמם דכיון דלא שייך מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בקנס לחייבו כמש"כ התוס' בב"ק ד' מ"ו ד"ה דאפי'

ניזק כו' משום דלא יהא זה עדיפא מן הודאת בע"ד דאין מחייבו קנס וכעין המבואר בירושלמי שבועות פ"ו הל' א' דאין נשבעין על הקנס וכמש"כ התוס' בב"ק ד' מ"א ד"ה מודה בקנס כו' ע"כ לא שייך בזה הך ילפותא דר"ח וכן הא חיוב מיתה ג"כ לא שייך ע"י מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"כ פטור בזה מן שד"א על השאר:

והנה הש"ך סי' רצ"א ס"ק מ"ד כתב להקשות על שיטת הסוברין דלכן שומר שמסר לשומר חייב משום דה"ל א"י א"פ משום דכבר נתחייב השומר בשעבוד נכסי [כמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ט' בשם הנ"י ובסי' רצ"א ובסי' ש"מ] :

והא גם בא"י א"פ אינו חייב רק אם תובע טוען ברי אבל בתובע טוענו שמא אינו חייב אף בא"י א"פ א"כ בשומר שמסר לשומר דגם המפקיד אינו טוענו בברי שפשע א"כ לא שייך בזה לחייבו משום א"י א"פ וכן הקשה המל"מ פ"ד הל' שאלה הל' א' ויש לומר דשאני היכא דשמא דהתובע הוא אינו שמא גרוע משום דלא ה"ל למידע ע"כ בכה"ג אף בתובעו שמא מחייבין לו משום חזקת חיוב לבד וכמש"כ הקצה"ח שם. אך גם זה אינו ברור ולכן נראה לי לומר בטעמם ע"פ מה דקיי"ל דנאנסו לא שכיח כמבואר בב"ב דף ע' ובח"מ סי' ק"ח וכ"כ הש"ך בסי' קכ"א ס"ק ס"א דגם גניבה ואבידה לא שכיח ועיין בכללי מיגו להש"ך ס"ק כ"ב מה שהעיר מהא דר"פ המפקיד ולפ"ז י"ל דלכן כתבו לחייב בשומר שמסר לשומר משום א"י א"פ אף דתובע טוען שמא משום דהא יש בזה רובא המסייע להתובע דע"פ רוב לא שכיח אונסין וכן גניבה ואבידה ואף דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב מ"מ הא מצינו בכתובות ד' ט"ז ע"א דאמרו דכיון דרוב נשים בתולות ניסות ה"ל כמו ברי ושמא ואף דבמסקנא אמרו שם דה"ל התם כמו ברי וברי שאני התם דהך רוב נשים בתולות ניסות לא ה"ל רוב מעליא משום דרוב הניסת בתולה יש לה קול כו' אבל היכא דה"ל רוב מעליא שפיר יש לדון דע"י הרוב ה"ל טענת התובע כמו ברי ושמא ולכן היכא דה"ל חזקת חיוב כמו דס"ל לשיטת כמה פוסקים דבכל שומרים ה"ל חזקת חיוב ע"כ שפיר כתבו לחייבו בשומר שמסר לשומר משום דה"ל כעין א"י א"פ משום דרוב אין בהם אונסין וכן גניבה ואבידה וכש"כ לשיטת הבעה"מ דס"ל ברפ"ב דכתובות דכל רוב וחזקה מוציא מן המוחזק ודאי א"ש רק י"ל דגם טעם של בעה"מ הוא ע"פ הסברא שכתבתי דרוב משוי לטענת התובע כמו מעלת ברי ושמא [וכן בשואל ומסר לשלוחו וספק אי מתה מחמת מלאכה דהא מתה מחמת מלאכה לא שכיח כלל כמש"כ הש"ך בכללי מיגו ס"ק כ"ב] וכן יש לדון בזה אף ע"פ שיטת הרמב"ן במלחמות שם וכמש"כ התוס' בכתובות דף ט"ז ד"ה כיון דרוב כו' ובמק"א הארכתי בכ"ז ואכ"מ: ושיטת הסוברים בחיוב שומר שמסר לשומר דזהו משום מחויב שבועה

ואינו יכול להשבע משלם ולא משום א"י א"פ משום דס"ל דאין זה מקרי בשם חזקת חיוב כמבואר שם אבל רובא ודאי מקרי ע"פ מש"כ דנאנסו לא שכיח וכן גניבה ואבידה ולפ"ז יש לדון מילתא חדתא דדוקא כל מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דאין שם רובא המסייע להתובע בזה שפיר י"ל דאין אנו דנין בזה לחייבו שד"א על השאר משום הא דר"ח דכיון דלא שייך בכזה חיוב קנס וכן חיוב מיתה ע"כ כיון דלא שייך ביה הקו"ח דר"ח לכן אינו מחייבו שד"א על השאר אבל במה שאנו מחייבין לו בשומר שמסר לשומר משום מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דאף דחיוב זה לא שייך בקנס כנ"ל. משום דליכא שבועה בקנס וכן הא אין הולכין בממון אחר הרוב משום דחזקת ממון אלים לן טובא מ"מ יש לנו מקום לחייבו שד"א על השאר דהא כיון דיש בזה רובא דלא שכיח אונסין וכן גניבה והא קיי"ל דבדיני נפשות אזלינן בתר רובא כמבואר בסנהדרין דף ס"ט ועיין בתשובת רע"א סי' ק"ז] ובתוס' סנהדרין דף ג' ע"ב ד"ה דיני ממונות כו' ועיין בשב שמעתתא שמעתא ד' פ"ח ואכמ"ל א"כ לפ"ז שייך הך ילפותא דיליף ר"ח בקו"ח על העדאת עדים לחייבו שד"א ג"כ היכא דיש בזה מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בצירוף הרוב והוא דהא עיקרו מה דיליף ר"ח בקו"ח מן פיו הוא כן דמה פיו שאין מחייבו קנס מחייבו שבועה כו' הכוונה הוא כן דהא חזינן דמה דנתחייב ע"י הודאתו אין זה חיוב אלים כ"כ דהא חזינן דאינו מחייבו בקנס ע"י פיו ומ"מ מחייבו שבועה כש"כ עדים שמחייבין קנס ואלימא חיוב דילהו כש"כ שיחייבו לו שד"א:

ולפ"ז יש לומר ג"כ להך קו"ח הלז להיכא דהוי מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בצירוף רובא דהא בהך חיוב ממון שאנו מחייבין לו ע"י זה הוא ג"כ חיוב אלימא טפי מן פיו דהא באמת יש לנו בזה גם רובא המבררת לנו לאמת הענין דהדין הוא עם התובע ומה דנתברר לנו ע"י מעלת הרוב הא זהו מהני גם לחייבו מיתה כנ"ל רק בממון דחזקת ממונא אלימא טפי אין לנו כח לדון להוציא ממון ע"י סמך הרוב אבל היכא דהוי מתוך שאינו יכול להשבע משלם דבזה גזרה התורה דלא אלימא לן בכזה לחזקת ממונא ומוציאין מהמוחזק ע"י מה דהוי מחויב שבועה ואינ"מ ממילא נתברר לנו הך חיובא טפי משום אנן סהדי דיש לנו לברר ע"י מעלת הרוב דזהו חשוב ג"כ לחייבו מיתה ע"פ הרוב ע"כ שפיר יש לנו לחייבו שד"א על השאר ע"י מה דהוי מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בצירוף מעלת הרוב משום דאף דלא שייך בזה הקו"ח מחייב קנס עכ"ז שייך בזה הילפותא מן חיוב מיתה דמה פיו שאין מחייבו מיתה ולא אלים פיו לחייבו מיתה מ"מ מחייבו שבועה. הנה הך מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בצירוף הרוב

המסייע לו דמה דאנו מחייבין לו על ידי זה להחמשים זוז הא זהו חיוב אלים ומבורר היטב לנו דהא כה"ג אנו מחייבין מיתה ג"כ משום הרוב לבד א"כ כש"כ דיש לנו כח לחייבו שד"א על השאר משום חיוב זה דהוי כמו העדאת עדים דר"ח ולכן שפיר כתבו הכא הטור ושו"ע והש"ך לחייבו שד"א ע"י מה דהוי מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם על דינר השלישי דחייב שד"א על דינר הרביעי משום דהוי זה חשוב ג"כ כמו כל העדאת עדים דר"ח ובעדות מיוחדת יש לנו לחייבו שד"א על השאר משום דאף דלא מהני זה בחיוב מיתה מ"מ שייך בזה הקו"ח מן חיוב קנס כמש"כ הקצה"ח בסי' ל' והיכא דהוי מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בצירוף רובא דאף דזה לא מהני בחיוב קנס מ"מ הא מהני זה לחייבו מיתה משום רובא לבד ע"כ שייך בכזה הילפותא מן חיוב מיתה כנ"ל אבל היכא דליכא רובא לסייע להתובע רק דאנו מחייבין לו משום מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לבד בזה אין אנו מחייבין לו שד"א על השאר כמו דמבואר בסי' שס"ד וסי' פ"ז ובודאי אין לחלק דשאני היכא כא דלא נתחייב ע"פ דין מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מצד טענתו אלא ע"י העד הבא לאח"ז משא"כ היכא דנתחייב מתוך טענתו כמו בשומר שמסר לשומר דמיד דבא לב"ד דנסתפק אי נגנב או נאנסו דחייב משום מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מיד דז"א דמ"ש הא עיקר החיוב הוי הכל משום מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וגם הא מבואר בתוס' ב"ב ד' ל"ד ד"ה הוי מחויב שבועה כו' דיש מקום לומר דהך מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דנסכא דר' אבא הוא אלימא ביותר מכל מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ועיין בש"ך סי' ע"ה ס"ק מ"ג:

וע"כ העיקר כמש"כ והנה בחידושי לסי' פ"ז סעי' ה' כתבתי להעיר בסתירת דברי השו"ע הנ"ל והעליתי שם בקצרה לחלק דשאני היכא דהוי רובא בצירוף למה דהוי מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דהוי זה כמו אנן סהדי אף להרמב"ם והשו"ע בסי' שס"ד והוי זה כמו בא"י א"פ דכתב הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י"ג דכיון דהב"ד מחייבין לו עי"ז הוי זה כמו אנן סהדי וכמו העדאת עדים דר"ח לחייבו שד"א על המותר וה"ה היכא דהוי רובא לצרפו משום דהרוב מברר לנו עיקר הענין והארכתי שם בזה אכן לפי מש"כ כעת אתי שפיר בעז"ה להסביר כל זה על נכון:

ולפ"ז יש לדון במש"כ הש"ך הכא בס"ק קכ"ז דהא דנקטו התם דטוען דנאנסו מיד לוי בטענת שמא דה"ה נגנב ונאבד לשיטת הי"א דמלוה על המשכון ה"ל ש"ח אכן לפמש"כ יש לומר דלכ"ע נקטו דוקא נאנסו משום דלא שכיחא משא"כ נגנבו ונאבדו דשכיח וכמש"כ הכנה"ג והובא בתומים סי' ק"ח ס"ק ה' דכתב בשם מחברים דגניבה ואבידה

שכיח ודוקא אונס לא שכיח לפ"ז י"ל דוקא נאנסו דה"ל רובא דלא שכיח ע"כ על ידי צירוף למה דהוי מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בזה שפיר אנו דנין דזהו כמו העדאת עדים דר"ח אבל נגנב ונאבד כיון דשכיחא וליכא רובא בזה ועיקר חיובו הוא רק משום מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לבד ע"כ אין זה מחייבו שד"א על השאר דזה דומה להא דסי' שס"ד הנ"ל ואפשר לומר דהש"ך לשיטתו דכתב בסי' קכ"א ס"ק ס"א דגניבה ואבידה ג"כ לא שכיח כדמשמע ר"פ המפקיד ע"ש. ע"כ שפיר כתב הש"ך הכא דה"ה בטענת נגנבו כו' היוצא לנו דין מחודש דאף דבמה דהוי מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לא הוי כמו העדאת עדים דר"ח עכ"ז היכא דרובא מסייעו להתובע דזהו חשוב כמו העדאת עדים דר"ח לחייבו שד"א על השאר וגם למדנו מן דברי השו"ע דכתבו להדיא דשומר שמסר לשומר חייב משום אינו יכול להשבע משלם דכל שומר שמסר לשומר חייב משום מחויב שבועה כו' ולא משום א"י א"פ:

טז (שם סעיף ל') ש"ך (ס"ק קל"ג) ונפטר שמעון אבל אין ראובן חייב לשלם מה שלוה ע"פ שבועת לוי כו' כיון שאין שמעון טוען ברי כ"כ הב"ח כו' וגם ע"פ שבועת לוי צ"ע די"ל דחייב ראובן לשלם כו' והאו"ת ס"ק קי"ט באורים כתב דכיון דשמעון נפטר משמירת המשכון ממילא חייב ראובן לשלם כל מה שהלוהו ולרב פשיטתו לא כתבו השו"ע כו' ולא ידעתי מה קצת מקום ספק היה לש"ך בזה דכתב צ"ע עכ"ל:

ענף א:

ולענ"ד נראה להיפך והעיקר כהב"ח דכיון דאין שמעון טוען ברי לי שנאנס ע"כ אינו יכול להוציא מן הלוה דהא לעיל סעי' י"ד אמרו אם המלוה טוען שנאבד באונס ותובע דמי חובו ישבע המלוה כו' וגובה חובו מהלוה שהרי אין הלוה יודע וה"ל כהלויתני וא"י אם החזרתי לך וכ"כ הטור שם אלמא דעיקר חיוב הלוה אם המלוה טוען שנאנס הוי משום א"י א"פ והא מוכח לקמן סי' ע"ה בש"ך ס"ק ל"ה דס"ל דבטוענו בספק ע"פ העד לא הוי כמו ברי לחייב הלוה משום א"י א"פ משום דבעינן בזה דוקא ברי ע"פ בע"ד דוקא וכן מוכח בתוס' כתובות ד' י"ב ע"ב ד"ה רב הונא כו' דכתבו דמאן דאית ליה ברי ושמא ברי עדיף דיפרש להך שבועת ד' כו' דמיירי דתובע ע"פ העד כו' אלמא דהברי ע"פ אחר לא מקרי ברי להוציא ממון וכ"כ התוס' בכתובות ד' ע"ו ע"א ד"ה רישא מנה לאבא בידך כו' דכתב רבינו יצחק לפרש הכוונה ע"פ הא דב"ב ד' קל"ה דאמרו שא"ה דכמנה לאחר בידך דהברי ע"פ אחר לא הוי נחשב לברי ובמק"א כתבתי לבאר בארוכה דאף דמשמע בב"ב שם דרבא לא מחלק בין ברי של בע"ד ובין ברי של אחר רק אביי מחלק בזה ואביי ורבא הלכה כרבא עכ"ז הא העיקר הוא דגרסינן שם בב"ב רבה וכמש"כ התוס' בגיטין

ד' כ"ו ד"ה התם כו' והרא"ש בב"מ פ"א סי' מ"ט ע"ש: וכן יש להוכיח מן שבועות ד' מ"ו ע"ב דאמר רבא אפי' שומר נשבע כו' בעי ר"פ שכירו ולקיטו מהו והנה הא דשומר נשבע ונוטל הבעה"ב ע"פ שבועתו הא זה הוי כמו ברי של הבע"ד לפי דהשומר הוי כמו הבע"ד על החפץ שהיה בשמירה אצלו וכדמצינו בב"ק ד' ק"ח ע"ב תבעו שומר והודה כו' אם באמת נשבע נפטר הגנב בהודאת שומר וכפי' רש"י דתביעתו תביעה כו' וכמש"כ הסמ"ע סי' ע"כ ס"ק ס"א בשם תשובת הרא"ש דראובן תובע הפקיד והפקיד תובע לשמעון. ע"כ שפיר אמרו דהשומר נשבע וע"פ טענתו נוטל הנגזל מן הגזלן ואשתו של שומר דהוי כגופו ע"כ נחשבת כמו טענת השומר אבל ברי ע"פ שכירו ולקיטו כיון דהוי כמו ברי של אחר בזה איבעיא להו אם נוטל ע"פ שבועתו דאפשר דגם בזה שייך לומר להך דין תקנת נגזל דאל"כ לא שבקת חיי דעיקרו נתקן משום זה או אפשר דבזה מוקמינן על הדין דלא מהני ברי של אחר אף דהוי שכירו ולקיטו א"כ מוכח מן רבא עצמו דס"ל לחלק בין ברי של הבע"ד ובין ברי של השומר הוי ג"כ כמו ברי של הבע"ד כנ"ל אבל ברי של אחר לא מהני וכיון דמצינו לרבא דס"ל ג"כ לחלק בזה אף דנימא דלא חולק בזה רק גבי תקנת נגזל דהוי רק מדרבנן מ"מ הא חזינן דס"ל עכ"פ לחלק בזה א"כ תקשה דאיך מוכיח רבא בב"ב ד' קל"ה דזאת אומרת מנה לי בידך כו' והא יש לחלק כמו דמחלק אביי שם דשאני ברי של אחר כו' כיון דאיהו ס"ל ג"כ לחלק בכזה עכ"פ וע"כ מוכח דשם בב"ב גרסינן רבה דס"ל דאין לחלק בין ברי של הבע"ד לברי של אחר אבל רבא ס"ל בזה ג"כ כסברת החילוק של אביי ואכמ"ל: וכיון דנתבאר דהברי ע"פ אחר לא הוי ברי רק לתביעת גוף החפץ ע"פ טענת השומר זה חשוב כמו ברי של הבע"ד לפי דהשומר הוי כמו בע"ד על גוף החפץ שהיה בשמירה ת"י. וכש"כ לפי המבואר בב"מ ר"פ המפקיד דנעשה כמו שאמר כשתשלימני פרתי קנוי לך מעכשיו וכמש"כ מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' ענף ב' ע"פ הרמ"א בתשובה סי' פ"ז יעו"ש:

אך אין אנו צריכים לזה כלל דהא אף היכא דלא שייך כן ג"כ הוי השומר בע"ד על גוף החפץ שהיה ברשותו אבל ז"א רק על תביעת גוף החפץ משא"כ על תביעת החוב דחייב ראובן לשמעון מקרי גבי זה לוי השומר כמו ברי של אחר דהא אין לו שום שייכות להחוב דחייב ראובן לשמעון וה"ל אחר לגבי תביעת שמעון מראובן וכיון דעיקר החיוב מה דחייב הלוה ע"פ טענת המלוה דנאנס המשכון ה"ל זה משום א"י אם החזרתי כמש"כ הט"ו כנ"ל א"כ ז"א שייך רק אם המלוה טוען ברי שנאנס אבל אם אין טוען ברי ע"פ עצמו שנאנס רק ע"פ ברי של לוי השומר הא זה לא הוי חשוב לבע"ד עצמו ע"כ הוי

זה כמו ברי של אחר דלא מהני לחייב הלוה משום א"י א"פ ולכן הנכון עם הב"ח בזה שכתב דכיון דאין שמעון טוען ברי ע"כ אין ראובן חייב לשלם:

ענף ב:

ואפשר דהש"ך דכתב זה בצ"ע טעמו הוא דהא העלה הש"ך לעיל סי' ע"ב ס"ק י"ד דהא דכתב הט"ו בסעיף י"ד לחייב הלוה משום א"י א"פ דמיירי בדאית להלוה מיגו אבל אם אין מיגו להלוה נשבע המלוה ונוטל אף היכא דלא ה"ל כמו א"י א"פ וכ"כ שם ס"ק קכ"ו והנתיבות ס"ק יו"ד ביאר זה היטב ותי' שם לקושיית האו"ת שהכריע עיקר כהסמ"ע:

משום דטענת הלוה ה"ל כמו יש לי בידך דהוי טענה גרוע וה"ה בטענת מכרת דהוי טענה גרוע דאחזוקי בגנבי כו' וכן טענת פשעת הוי טענה גרוע דהא מה"ט ס"ל להמחבר דא"צ השומר לישבע כשיש עדים שנגנבה שלא פשע כו' ע"כ שפיר כתב הש"ך הכא בצ"ע די"ל דחייב הלוה לשלם אף דלא הוי תביעת בע"ד ע"פ ברי שלו דמ"מ י"ל גם בזה דכיון דטענת הלוה הוי כמו יש לי בידך דהוי טענה גרוע ע"כ אף דהמלוה מסופק בזה ג"כ מ"מ אין הלוה יכול לעכב ת"י החוב עבור ספק חוב שיש לו על המלוה וכ"ז לפי שיטת הש"ך שם אבל לפמש"כ האו"ת לעיל סי' ע"ב ס"ק ט' דהעיקר כהסמ"ע שם וכן הב"ח ס"ל ג"כ כהסמ"ע ועיקר חיוב הלוה בהא דסעי' י"ד הוי משום א"י א"פ אבל היכא דלא הוי ליה כמו א"י א"פ פטור הלוה וכן הדעת נותנת דהא יכול לעשות מן ספק חוב שיש לו על המלוה שיהיה לפרעון עבור חובו והא אינו חייב במקום ספק פרעון רק אם המלוה תובע בברי והלוה שמא וע"כ אם הוי ברי של אחר דלא מצינו לחייבו משום א"י א"פ בזה הדין נותן דאין מוציאין מהלוה ומש"כ הנתיבות דכיון דשיטת המחבר הוא דא"צ השומר לישבע שלא פשע ע"כ הוי זה טענה גרוע הא זה הסברא לא שייך רק אם יש עדים שאינו ברשותו אבל אם צריך לישבע שאינו ברשותו דזהו עיקר ש"ש לכ"ע משום דהוי כעין רגלים לדבר דהחפץ הוא ברשותו ומה"ט ס"ל להראב"ד דאף על שטרות וכיוצא צריך לישבע ש"ש שאינו ברשותו והובא בסי' ס"ו ש"ך ס"ק קכ"ד ע"כ היכא דמספקא לן אולי החפץ הוא ברשותו ודאי דזה לא הוי טענה גרוע ולא שייך בזה סברת הנתיבות הנ"ל לכן בהא דנ"ד דכתב המחבר דישבע לוי שאינו ברשותו ושנאנס ממנו אלמא דמספקא לן גם אולי החפץ הוא ברשותו ע"כ בזה הנכון עם הב"ח דאין מוציאין מהלוה ע"פ שבועת לוי דנהי דלוי השומר נאמן להיות נפטר אבל הא אינו נאמן להיות נוטל המלוה ע"פ שבועתו:

וכן יש לדון בזה בהא דלעיל סעי' י"ד הנ"ל דמבואר שם דישבע המלוה שאינו ברשותו ונאנס וגובה חובו משום דה"ל כא"י כו' דכיון דמיירי באופן דמסופקים אולי לא נאבד

כלל החפץ והוא ברשותו ע"כ לא מצינן לחייב הלוה רק משום א"י א"פ ולא שייך בכזה סברת הנתיבות הנ"ל שכתב לחייבו משום דהוי טענה גרוע ובאמת פשט דברי הטור והמחבר שם משמע דאם לא היו מצינן לחייבו משום א"י א"פ הוא פטור הלוה ואף דהתורה הימניה להמלוה להיות נשבע ונפטר על דמי המשכון שהיה ת"י וכן הא הימניה הלוה להמלוה דהא שוה המשכון יותר מדמי חובו כמבואר שם וכמו הא דב"מ ד' ל"ה דלוה מקיים במלוה תומת ישרים תנחם ואפ"ה אם לא היה הסברא דחייב משום א"י א"פ לא היה חייב הלוה אף דהמלוה נשבע שנאנס א"כ הכא כיון דהמלוה אין לו טענת ברי שלו אף דלוי נשבע שנאנס וגם דרך ראובן להפקיד פקדונותיו ביד לוי דמ"מ כיון דלא מצינן בזה לחייבו משום א"י א"פ כנ"ל הדין נותן דאין מוציאין מהלוה ע"פ שבועת לוי השומר וע"כ העיקר לדינא בזה כהב"ח ודלא כהאו"ת ובאמת האו"ת סתר שיטתו בזה לפמש"כ:

וראיתי בספר שער המשפט בסי' ע"ב ס"ק כ"ט שהביא לדברי הש"ך בשם הב"ח ומה שנסתפק הש"ך בזה והביא בשם בעה"ת שער מ"ט ח"ג שכתב להדיא דאם המלוה מסר המשכון לאשתו והיא טוענת שלא פשעה נשבעת והבעל נוטל ע"פ שבועת אשתו הרי להדיא דאף דאין הבעל טוען ברי רק ע"פ ברי של אשתו ג"כ נוטל מהלוה אם תשבע האשה א"כ ה"ה לכל מי שדרך הבעלים להפקיד אצלו עכ"ל הש"מ ולענ"ד נראה דאין מזה הוכחה לדחות לדברי הב"ח משום דשאני אשתו בזה מן אחר דהא מצינו בשבועות ד' מ"ו דאמר רבא אפי' שומר נשבע אפי' אשתו של שומר נשבעת בעי ר"פ שכירו ולקיטו מאי וכן פסקו בח"מ סי' צ' וברמב"ם וטור שם אלמא דאף דאחר היה ברור להם דלא מהני טענת ברי שלו אף דנשבע רק בשכירו ולקיטו איבעיא להו אבל באשתו של שומר היה ברור להם דנוטל ע"פ שבועתה דכיון דכבר נתבאר לעיל דהשומר ה"ל בע"ד על גוף החפץ דהיה ת"י וברשותו ע"כ ממילא ה"ה אשתו של שומר ה"ל כמו טענת הבע"ד עצמו ונוטל ע"פ שבועתה אף דהתם אין זה רק מדרבנן משום תקנת נגזל נשבע ונוטל מ"מ דינו של אשתו כמו הבע"ד ממש לכל דיניו א"כ כש"כ היכא דמהני טענתו להיות נוטל מה"ת ודאי דמהני ה"ה טענתו ע"י אשתו ואף דיש מקום לומר דשא"ה דזהו גופא הוי מצד התקנה דאל"כ לא שבקת חיי כו' עכ"ז הא כמו דמצינו שם עכ"פ חילוק בין אשתו לאחר ה"ה דיש ממילא לחלק כן בנ"ד:

לכן אין הכרח מן הבעה"ת לדחות לדברי הב"ח הנ"ל כי יש לומר דדוקא באשתו של הבע"ד כתב הבעה"ת כן אבל באחר ס"ל ג"כ כמש"כ הב"ח דאין נוטל ע"פ שבועת לוי כיון שאין שמעון טוען ברי ובמק"א כתבתי לדון בכ"ז ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח'

אה"ע סי' ו' ענף ה' די"ל דלכן לא מהני ברי של אחר דזהו משום דאינו רשאי לסמוך על ברי של אחר כיון דהוא בעצמו אינו יודע יע"ש ע"כ היכא דמהימן האחר להבע"ד כעין הא דיו"ד סי' קכ"ז ובאה"ע סי' קט"ו וכמו הא דכתובות ד' פ"ה דקים לי בגווה כו' בזה י"ל דמהני אף ברי של האחר היכא דמהימן להבע"ד להיות נוטל ע"פ ברי של האחר וקצרתי בכ"ז לפי דלדינא אין זה ברור כ"כ והעיקר דינא כדברי הב"ח הנ"ל:

יז (שם סעי' ל' בהג"ה) ואם פשע לוי ואין לו לשלם חייב שמעון לשלם לראובן אע"ג שראובן רגיל להפקיד אצל לוי עכ"ל וכתב הסמ"ע בס"ק צ"ו דאף לדעת הרמב"ן דס"ל בבנו או באשתו הפושעים הם חייבים ולא הבעל כו' מודו בזה דמסרו ללוי דהוא איש אחר לגמרי כו' והש"ך ס"ק קל"ד העלה דלהרמב"ם והמחבר ה"ה הכא פטור וכ"כ הבית יוסף. והט"ז פסק כהסמ"ע: ולפענ"ד נראה להוכיח שלא לחלק ביניהם והוא דבב"מ ד' ל"ו ע"ב אמרי נהרדעי דיקא נמי דקתני או שמסרן לבנו ובתו הקטנים חייב הא לבנו ובתו הגדולים פטור מכלל דלאחרים ל"ש גדולים חייב כו' והתוס' ד"ה דא"כ ליתני קטנים סתמא הקשו לרב כו' ואי נימא כשיטת הסמ"ע והט"ז שחילקו בין בנו ואשתו ובין איש אחר לגמרי דבבנו אף אם ודאי פשעו עכ"ז פטור שומר הראשון לשיטת הרמב"ם משא"כ במסרן לאחר אף אם רגילים הבעלים להפקיד אצלו ג"כ חייב השומר הראשון אם פשע השומר השני בוודאי א"כ אין שום הוכחה ממאי דלא קתני קטנים סתמא די"ל דאשמעינן התנא זה הדין עצמו דאם מסרן לבניו הגדולים מיפטר בכל גווני אף דפשעו בוודאי משא"כ באחר אם פשע השני אז חייב שומר הראשון אף אם רגילים הבעלים להפקיד אצלו ומדהוכיחו כן בש"ס מוכח כהש"ך דאין לחלק ביניהם ואי נימא כשיטת הרמב"ן דבבנו ואשתו פטור הראשון אף אם וודאי פשעו דלפ"ז ה"ה באחר אם רגילים הבעלים להפקיד אצלו דפטור השומר הראשון וה"ה לרב דס"ל שומר שמסר לשומר פטור משום דהא מסר לבן דעת דאף אם ידוע דהשני פשע והעני ואין לו מה לשלם דמ"מ פטור שומר הראשון משום דמצי אמר גברא אשלמית לך בחריקאי וכמש"כ כן להדיא הר"נ בחי' לב"מ ד' ל"ו ד"ה איתמר שומר שמסר לשומר רב א' פטור וכו' וכ"כ הנימוקי יוסף שם להדיא לשיטת רב וה"ה לדידן אם רגילים הבעלים להפקיד אצל השני וכ"כ השמ"ק שם וע"כ לדינא העיקר כמש"כ הש"ך שלא לחלק ביניהם דלהרמב"ם וסייעתו דה"ה הכא פטור הראשון אף אם פשע השני בוודאי וכ"כ הר"נ והנ"י בסוגיא דשומר שמסר לשומר דב"מ ד' ל"ו והביאו כן בשם הרמב"ן דאף ברגילים הבעלים להפקיד אצלו אם פשע השני דפטור השומר הראשון ועיין במל"מ פ"ד הל' שאלה הל' ח' שהביא לדברי הסמ"ע והש"ך הנ"ל והאריך בזה ולבסוף הביא לדברי המ"מ בפ"א ה' שכירות והנ"י דאין לחלק ביניהם

וע"כ אין מוציאין מהמוחזק וראיתי בנתיבות סי' רצ"א ס"ק כ"ג שכתב על הא דמבואר שם סעי' כ"ד בשומר שמסר לשומר הרגילים להפקיד אצלו דאם אין להשומר השני מה לשלם די"א דפטור הראשון דז"א רק בש"ש וש"ח אבל בשואל שמסר לשואל אחר שרגיל להשאיל לו דחייב הראשון לשלם כשאין להשני לשלם כו' עכ"ל והנה מן התוס' ב"ק ד' ק"ד ע"א ד"ה הכי קא"ל אינש מהימנא הוא כו' מוכח דס"ל שלא לחלק כן דהא הקשו שם בתימא אמאי חייב הוא מן הדין באחריות אונס הדרך והא אין יכול לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כיון דתפיס לי' באינש מהימנא כו' עכ"ל התוס' והא להנתיבות דס"ל דהיכא דחייב באונסין לא שייך הך דינא דיהא פטור במסר למי שרגילים הבעלים להפקיד אצלו א"כ הא התם בב"ק דמיירי בגזלן ובשואל דחייבין באונסין א"כ לדברי הנתיבות אין התחלה כלל לקושיית התוס' ומדהקשו כן והוכרחו לתרץ בגווני אחריני מוכח דאין לחלק בזה בין שואל ובין ש"ש וש"ח אך עיקר דברי התוס' הנ"ל צריכים ביאור דהא ש"ש שמסר לש"ח אף ברגילים להפקיד אצלו דחיוב גניבה שאין חייב השני דזה מוטל על הראשון בגרועי גרעי לשמירתו כמבואר בכ"ד א"כ התם אף דה"ל אינש מהימנא להבעלים מ"מ הא אינו אלא ש"ח ולכן כל חיוב גניבה ואונסין מוטל רק על הראשון וא"ש מה דחייב הראשון באחריות אונסין וע"כ קושייתם צריך ביאור ובאמת כן ראיתי בחידושי הרשב"א לב"ק ד' ק"ד שכתב כן לתרץ קושיית התוס' הנ"ל ע"פ מה שכתבתי ות"ל שכוונתי לדבריו והש"ך בסי' קכ"א ס"ק י"א הביא לדברי התוס' הנ"ל ולא העיר בכל מש"כ ולדברי הרשב"א הנ"ל וגם מן הש"ך שם משמע דלא כהנתיבות בסי' רצ"א הנ"ל דהא קאי שם על הלוה דחייב באונסין וראיתי להנתיבות בסי' קכ"א ס"ק ה' שכתב דט"ס הלוה וצ"ל הנפקד כו' ואזיל לשיטתו בסי' רצ"א הנ"ל ובאמת יש לדון בזה טובא ואכמ"ל:

יח (שם סעי' ל"ב) אם הוא מסופק אם נאבדו המשכונות מקודם שבאו המעות ליד לוי הלוה אין מוציאין המעות מיד לוי:

ענף א:

והקצה"ה הקשה דכיון דקיי"ל זה גובה וזה גובה וטענת יש לי בידך הוי טענה גרוע ואינו נאמן רק במיגו וכיון דטוען הלוה ספק ליכא מיגו והוי המלוה כאינו יודע אם נתחייבתי ותי' הקצה"ח דמש"ה אין מוציאין מהלוה לפי דהוי דררא דממונא ובזה מהני תפיסה כו' עכ"ל ועיין בנתיבות שהשיג עליו וכן יש לדון לשיטת הרמ"א דס"ל בכ"מ דספיקא דדינא לא מועיל תפיסה וה"ה בדררא דממונא כמש"כ הקצה"ח סי' רכ"ג. א"כ לא אתי שפיר תירוצו של הקצה"ח לשיטת הרמ"א אכן יש לחלק דהיכא דתפיס ברשות כמו הכא ע"כ

אף הרמ"א מודה דמהני תפיסתו אף בטוען שמא ולענ"ד נראה לתרץ קושיית הקצה"ח ע"פ המבואר בס"פ המדיר ובח"מ סי' רכ"ד וסי' רל"ב סעי' י"א דכל הנולד ספק ברשותו עליו להביא ראי' ואף אם לא נתן הדמים מוציאין ממנו והנה בסי' רכ"ד הנ"ל העליתי בקונטרסי באריכות להכריע כהנתיבות שם בחידושים ס"ק ב' דל"ד כשמת דה"ה בנאבד נמי דינא הכי דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראי' והבאתי הרבה ראיות לזה ודלא כהקצה"ח שם והוכחתי לדינא בספק נגנב מקודם מכירה דלא מבטלינן להקנין וחייב הלוקח לשלם דמי המכירה:

והתוס' בחולין ד' נ"א ובנדה ד' נ"ח כתבו דבספק אי נולד הכתם מקודם השאלה ופטור לכבסו או אח"כ וחייב לכבסו דגם בזה שייך לדון הכלל דכל הנולד ספק ברשותו אלא דחילקו דשאני שאלה ממכירה בזה דהא אף בעת שהוא שאול אצל אחר עומד החפץ ברשות בעלים הראשונים וע"כ לא שייך בזה דברשות שואלה נמצאת ולא ברשות בעלת חלוק ועוד דדוקא לקיים המכירה אמרינן הכי כו' ואין לנו לבטל המעשה הזה כו' כמש"כ התוס' בחולין [ודברי התוס' בנדה בתי' הב' הוא צע"ג] א"כ כל זה לא שייך רק בחפץ השאול משום דהא אף בעת שהוא שאול עומד החפץ ברשות בעליו וכדקיי"ל דאף חפץ השאול או שכור מקרי ברשות הבעלים ויכולים בעליו להקדישו ולמוכרו כמבואר בסי' רי"א ובקצה"ח שם וע"כ לא שייך בשאלה לדון להך כללא דכל הנולד ספק ברשותו עליו להביא ראי' דעיקרו הוא משום דאין מחזיקין מרשות לרשות וכיון דהוא עדיין ברשות המשאיל לענין הקנאה לאחר וכה"ג ע"כ לא דיינינן בזה להכלל הנ"ל אבל בבע"ח דקונה משכון דאי נימא דקני המשכון מצד דרחמנא אקני לי' ואף בשעת הלוואתו ס"ל לכמה ראשונים דקני משכון ואף הש"ך ריש סי' ע"ב ס"ל דקני לכמה מילי ע"ש א"כ אין המשכון עומד ברשות בעליו וכמבואר במרדכי ב"ב ס"פ המוכר את הספינה דמה שנגד החוב אינו יכול להקדיש המשכון שביד חבירו ועל המותר ממה שנגד החוב הוא פלוגתת הפוסקים ביו"ד סי' רנ"ח ובח"מ סי' רי"א:

ובחידושי לח"מ סי' רי"א העליתי לחלק בין משכון מטלטלי למשכנתא מקרקעי בזה והבאתי שם דברי ההפלאה והפ"י בכתובות ד' נ"ט על תוס' ד"ה שדה זו שמשכנתי כו' שהקשו על התוס' שם שהקשו עלה דמשמע שם דבעודה ממושכנת אינו יכול להקדיש מהא דב"מ ד' ע"ג דרב מרי משכן לי א"י האי ביתא אזיל זבני' לרבא כו' והקשו הא יש לחלק דשאני התם כמבואר בפסחים ד' ל"א דלא קני משכון כו' וע"ש ובאמת אין זה קשה כלל לפמש"כ התוס' בב"מ ד' ס"ז ע"ב ד"ה ושביעית משמטתו כו' דשאני מטלטלי דקני משכון כו' אבל קרקע לא עכ"ל והתם בכתובות ד' נ"ט הא מיירי בשדה דלא קני

כלל להמשכון ושפיר הקשו התוס' ואחר כתבי זה מצאתי בפני יהושע לק"א לכתובות ד' נ"ט שהרגיש בזה ועפ"ז כתבתי במש"כ הרמ"א ביו"ד סי' רנ"ח סעיף זיי"ן בשם המרדכי בזה"ל אם יש לו משכון ביד חבירו אינו יכול להקדיש כו' דלשון ביד חבירו אתי למעוטי לא"י כמש"כ התוס' שבת ד' ק"נ ע"א ד"ה אומר אדם לחבירו כו' משום דכיון דלא קני משכון ע"כ מהני הקדישו לגוף החפץ אף למה שנגד החוב אם פדאו מהמלוה אך היכא דקני משכון אז לא חל הקדישו מה שנגד החוב דהוי כמו דאינו ברשותו והארכתי בכ"ז במק"א ואכ"מ:

נחזור לענייננו דכיון דמשכון מקרי אינו ברשותו דהבעלים הראשונים ויצא מרשותן ע"כ שפיר יש לדון במשכון להכלל דכל שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראי' וגם לתי' הב' דכתבו התוס' בחולין דדוקא לקיים המכר אמרינן הכי ולא מבטלין למעשה הקני' כו' זה שייך ג"כ במשכון אם נולד ספק שמא נגנב מקודם דקני להמשכון ואז לא הוי קנין כלל או לאחר דקני להמשכון והוי קני' גמורה וכמש"כ המחנה אפרים הל' זכי' מהפקר סי' ט' דהא דבע"ח קני משכון הוי קני' גמורה וכמש"כ רש"י פסחים ד' ל"א ע"ש: ע"כ שפיר יש לדון בזה ג"כ דאין מבטלין מעשה הקני' ואין מחזיקין מרשות לרשות כיון דבע"ח קני משכון דינו בזה כמו כל קניות חפצים וע"כ שפיר פסקו בשו"ע דאם מסופקין אם נגנב המשכון מקודם הלוואת המעות דאין מוציאין המעות מהלוה משום דכלל דכל הנולד ספק ברשותו שייך ג"כ בזה ומחזיקין דנאבד אחר דקני להמשכון אלא היכא דטען המלוה ברי דנאבד מקודם דבאו המעות להלוה אז חייב הלוה לשלם להמלוה כמבואר שם משום דכבר ביארתי במק"א דהיכא דהבע"ד טוען ברי לא דיינינן בזה להכלל דכל הנולד ספק ברשותו וכמש"כ ג"כ הפני יהושע לקדושין ד' ע"ט: אכן לשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' רכ"ד דכתבו דהך כללא דהמחליף פרה כו' וכאן נמצא כאן היה לא שייך אלא אם מת החמור ברשות הלוקח דהוי רשות אחר אבל היכא דמת באותו הרשות דמתחלה לא שייך כלל זה א"כ נסתר כל מש"כ לדון בכ"ז משום כאן נמצא כו' דהא הכא היה נתינת המשכון מקודם שהגיע המעות ליד הלוה דאז ודאי לא קני לי' בתורת בע"ח קני משכון וכיון דלא נתהווה החפץ לאח"ז ברשות אחר אלא הכל ברשות א' עומד א"כ לשיטתם לא שייך בזה הכלל דכאן נמצא כו':

ועכ"ז שפיר כתבתי כל זה דהא שיטת הרמ"א בסי' רכ"ד כשיטת הרא"ש והטור דס"ל דאף היכא דהוי הכל ברשות אחת ג"כ דיינינן להך כללא דכאן נמצא כו' ולא מבטלינן למעשה הקני'. ע"כ א"ש לכל השיטות דהא לשיטת המחבר דס"ל כשיטת הרמב"ם דמהני תפיסה בכל ספיקא דדינא כידוע שיטתם א"כ ה"ה גבי דררא דממונא וכמש"כ

הקצה"ח כנ"ל ובוודאי יפה פסק המחבר ועיקר קושייתי היה דלמה סתם הרמ"א הכא כהמחבר כיון דשיטתו בכ"ד דלא מהני תפיסה בספיקא א"כ ה"ה בדררא דממונא כנ"ל וע"ז שפיר תירצתי דהא לשיטת הרא"ש והטור דס"ל דלא מהני תפיסה בכל ספיקא עכ"ז מודו בזה מטעם אחר דהא לשיטתם דס"ל דהא דכאן נמצא כו' לא תלי כלל באיזה רשות כמבואר שיטתם בסי' רכ"ד בהרמ"א שם ע"כ שפיר סתם הרמ"א בזה וא"ש לכ"ע לכ"א מטעם אחר ומתורץ קושית הקצה"ח:

ענף ב:

ועכשיו נבאר דברי התוס' נדה ד' נ"ח ד"ה ולענין דינא תנן כו' דהקשו אמאי דקאמרי בברייתא שם בדקה חלוקה והשאילתו לחברתה דחברתה תולה בה ואינה חייבת לכבסו והא אי' בכתובות ד' ע"ו כל הנולד ספק ברשותו עליו להביא ראי' ותי' משום שאצל השני' הוא בתורת שאלה לא מקרי נולד ברשותו ועוד תירצו די"ל דהתם קאמר שאם ירצה להוציא יביא ראי' אבל הכא לא תתחייב האחרונה לכבסו עכ"ל ותי' הב' הוא תמוה דהא מסקנת הש"ס בכתובות ד' ע"ו דמוציאין מהטבח דמי המכירה אף דהיה מוחזק א"כ קשה אמאי קאמרי דלא תתחייב לכבסו ומצאתי בסדרי טהרה שהניח בצ"ע דברי התוס' הנ"ל:

ומחמת חומר הקושיא נלע"ד לבאר דברי התוס' שלא יהיו סותרים סוגיא מפורשת כ"כ והוא דהא השמ"ק לכתובות ד' ע"ו והריב"ש בתשובה סי' שע"ג ובחידושיו פירשו דעיקר הטעם דכל הנולד ספק ברשותו עליו להביא ראי' זהו לפי שמספק בא לבטל להקנין שאנו מוחזקים בקיומו כו' וכמש"כ התוס' חולין ד' נ"א בתי' הא' דשם וכתבו שם דמה"ט א"ש הא דנדה דלא היה מעשה המכירה רק שאלה דזה לא הוי מעשה כ"כ ע"ש אבל הכא בנדה דלא תירצו התוס' כן משום דס"ל להתוס' הכא בנדה דגם הכא בהשאילה חלוקה כו' י"ל כן דכיון דהוחזק ענין שאלה בכל החיובים ע"כ אין לנו לבטל השאלה מספק וחייב בכל חיוב אחריות כמו התם בכתובות דכיון דאיתחזק חיוב כתובה או חיוב דמי המכירה על הטבח מוציאין מהמוחזק וה"ה בהך דהשאילה חלוקה אכן בתי' הב' בנדה ס"ל להתוס' לחלק ע"פ שיטות הראשונים והובא בח"מ סי' רצ"א אי כל שומר מקרי איני יודע אם החזרתי או דהוי כא"י א"נ ושיטת התוס' העלה הקצה"ח סי' ש"מ ס"ק ד' במש"כ התוס' ב"מ ד' צ"ז דאף בפרה א' שאינו יודע אם מתה בעידן שאלה או בעת שכורה דהוי כאינו יודע אם נתחייבתי וביאור הקצה"ח שם דס"ל להתוס' כשיטת הריטב"א דהובא בשמ"ק לב"מ ד' צ"ז דכל שומר הוי כא"י א"נ אף למ"ד דנכסי שומר

מעידן משיכה נשתעבד משום דכ"ז דלא נתברר החיוב הוי בחזקת פטור ורק כ"ז שאנו דנין על החפץ בעיני' מקרי חזקת חיובא אבל על מה שאינו בעין אינו בחזקת חיובא ע"ש:
ולפ"ז יש לחלק דדוקא בטבח שנתחייב בדמי המכירה בעת שקנה הבהמה או הבעל שנתחייב בהכתובה בעת שכנס לאשתו בזה דנין להכלל דכל הנולד ספק ברשותו כו' משום דהוי כמו דאתחזק חיובא עליו דהא בעת שקנה או שנשאה הוחזק אז לפנינו חזקת חיוב עליו במה שנתחייב אז ע"כ אין אנו מבטלין ע"י ספק למה שהוחזק לנו כן כיון דיש לתלות הריעותא מצד סיבת הרשות שנמצא בו משום כאן נמצא כו' [ומצינו בכמה פוסקים דס"ל דהיכא דהוי כאינו יודע אם פרעתי אף בשניהם טוענים שמא לא מצי לטעון קים לי ומוציאין הממון ממנו וכמש"כ המל"מ פ"א הל טוען דין ט' ובקצה"ח סי' ש"מ סוף ס"ק ד' בשם הראנ"ח ע"ש וכ"כ הנתיבות סי' שמ"א ס"ק ז' בשם האו"ת דאע"ג דבשניהם טוענים שמא פטור אף בספק פרעון אבל היכא דהוי דררא דממונא חייב אף בספק פרעון ע"ש ואכמ"ל בכ"ז וה"ה בנ"ד דהוי כעין דררא דממונא היכא שנולד ספק אם נטרפה או נולד הכתם מעיקרא או לאח"ז וכמו הא דהמחליף פרה בחמור דב"מ ד' ק' דהספק אי ילדה מקודם או אח"ז דהוי דררא דממונא אבל בחיוב שומרים לענין כיבוס הכתם דעד עת שנמצא הכתם היה עומד בחזקת פטור דהא שיטת התוס' כנ"ל דכל שומר הוי כא"י א"נ והוי חיוב כיבוס הכתם עליו כמו חיוב חדש ע"כ לא דנין בזה להכלל דכל הנולד ספק ברשותו כו' משום דכלל זה לא שייך רק היכא דאיתחזק חיוב עליו ואנו דנין אם יכול ליפטר ולצאת מן חזקת חיוב בזה דנין לכלל הלז דא"י להוציא מחזקת חיוב אבל לענין שיתחייב בחיוב חדש להבא כמו לכבס הכתם בזה לא שייך כלל הנ"ל דאדרבה בחזקת פטורא קאי ועומד ומוקמינן לי' בחזקת פטור:
ומה שכתבו התוס' דהתם קאמר שאם ירצה להוציא יביא ראי' כוונתם שירצה להוציא א"ע מחזקת חיוב שמוטל עליו. דהא לא קאמרי שיוציא מחבירו רק להוציא סתמא ע"כ י"ל דכוונתם הוא להוציא מחזקת חיוב וכן מש"כ התוס' אבל הכא לא התחייב האחרונה לכבסו דמשמע דטעמם משום דהוי חייב להבא ונקטי לשון תתחייב דזהו לשון להבא ולא נקטו בלשונם דהכא אינה חייבת לכבסו אלא נקטו בלשון תתחייב דזה מורה דכוונתם דכיון דהוי חיוב להבא ע"כ אינו חייב בזה משום דקאי בחזקת פטור וא"ש כוונת התוס' שלא יהיו מוקשין כ"כ ובעיקר כל הענין הנ"ל הארכתי במק"א וכאן לא באתי רק בקצרה:
והא דכתובות ד' ע"ו ע"ב דמקשה הגמ' על הכלל דכל הנולד ספק ברשותו עליו הראי' מהא דמחט שנמצא בבית הכוסות כו' לא הוגלד פי המכה המוציא מחבירו עליו הראי':

ואי דלא יהיב טבח דמי בעל הבהמה בעי לאתויי ראי' ומפיק ואמאי ספיקא ברשות טבח איתיליד כו' ומאי פסקא כו' ולא משני דהכוונה דהמוציא כו' היינו שמי שמוציא מחזקת חיובא וכמו שפירשתי לכוונת התוס' דנדה כנ"ל דזה אינו דהא קתני התם המוציא מחבירו עליו הראי' דזהו במשמע דהמוציא מחבירו המוחזק צריך להביא ראי' ושפיר מקשה הגמ' אבל לשון התוס' בנדה הוא שאם ירצה להוציא יביא ראי' שפיר יש לפרש שיוציא מחזקת חיובא להפטר כנ"ל:

וכן מצאתי להמרדכי בכתובות פ' המדיר דכתב ג"כ כמש"כ התוס' בנדה בתי' הב' הנ"ל ושם כתוב בזה"ל שאם ירצה השני להוציא מן הראשון יאמר המום והטריפות נולד ברשותך אבל להתחייב הב' לא מתוס' נדה עכ"ל וי"ל ג"כ כעין מש"כ לפרש להתוס' נדה הנ"ל ולכן קאמר בלשון להתחייב בו דזה לשון להבא וע"פ כל מש"כ יש לתרץ למה דיש להקשות ביבמות ד' ס"ה ע"א בתוס' ד"ה נישאת למי שאין לו בנים כו' דכתבו דלענין ממון מודה ר' דלא הוי חזקה עד דאתחזק ג' זימני וקשה מן הא דב"מ ד' ק"ו ע"ב דפעם ראשונה ושניה זורעה וכרבי דבתרי זימני הוי חזקה אלמא דאף בממון ס"ל לרבי כן אכן לפי מה דנתבאר יש לחלק ביניהם וקצרתי בכ"ז:

יט (שם סעיף ל"ה) ש"ך (ס"ק קמ"ג) במשכון שת"י יורשים דאם אין טוענין ודאי הדין עם הלוה דהמלוה על המשכון אין לו עליו רק שעבוד בעלמא ואינו יכול להוציא בטענת ספק וכ"כ הש"ך לקמן ס"ק קמ"ו והתומים חולק על הש"ך והכריע דהעיקר כהסמ"ע דאף בטוענים ספק אין להוציא מהם דאל"כ לא שבקת חיי דמי שהניח משכנות א"צ לשלם רק פ"א והנתיבות ס"ק נו"ן כתב לתרץ קושייתו והוא די"ל דלענין להחזיק גוף המשכון ת"י עד שיפרע להם זה ודאי יכולין לתפוס אבל לענין לגבות מגופו של משכון זה הוי כמו להוציא ולא מגבינן להו מגופו של חפץ וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ע"א ע"ש:

ולדעתי י"ל לכאורה דהנכון עם הסמ"ע והאו"ת ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' דהיכא דאין יכולת בידו לגבות מן החפץ ע"פ גוביינא דב"ד בשום אופן בעולם דאז אינו יכול לעכב הגוף החפץ ת"י משום איסור גזל ולפ"ז י"ל דדוקא היכא דאינו רוצה המלוה לישבע בנק"ח דכתב הר"נ דאינו גובה מגוף החפץ אלא יכול להחזיק החפץ ת"י בשבועת היסת כמש"כ הש"ך בשמו בסי' ע"ב ס"ק ע"א הנ"ל התם הא ביד המלוה לישבע ולטול ע"כ לא שייך בזה כלל הנ"ל אבל ביתומים שטוענים שמא הא לאחר דטענו שמא בפני הב"ד אין יכולת בידם לזכות ולגבות מן גוף החפץ בשום אופן בעולם כלל ולכן כיון דאין יכולת בידם בשום אופן בעולם לגבות מן גוף החפץ ע"כ הדין נותן דאין יכולין אף לתפוס ולעכב גוף החפץ ת"י משום דהוי איסור גזל וכמו הכלל שכתבתי בספרי שם

כנ"ל. וע"כ תקשה עדיין קושיית התומים הנ"ל דא"כ מי שהניח משכונות א"צ לשלם כו' וכה"ג כתב הרשב"א בתשובה סי' תתקל"ט ע"ש:

והחילוק של הנתיבות אינו ברור לפמש"כ בספרי כנ"ל:

אך יש לחלק דשאני היכא דשייך לומר ביה דין בע"ח קונה משכון. ע"כ אף היכא דלא משכחת ביה דין גובייגא דב"ד בשום אופן מ"מ יכול לתפוס ולהחזיק את החפץ ת"י דלא שייך בזה לומר דהוי באיסור גזל כיון דהא קונה משכון והוי כמו דגוף החפץ הוא שלו ומה"ט אמרו בפסחים גבי חמץ דאם קני משכון לא קעבר על בל יראה ולא אמרינן בזה חמץ מפקיע מידי שעבוד וכמבואר בפסחים ד' ל"א ע"ש משום דהוי כמו קנין קצת להמלוה וכן מצינו גבי קונה משכון בכמה ענינים משום דאין זה בתורת שעבוד בעלמא ע"כ בנ"ד כיון דטוענין להיורש להחזיק גוף החפץ ת"י לכן דוקא לגבות מגוף החפץ בזה לא טענינן להו משום דזה הוי כמו להוציא דלא טענינן אבל להחזיק לגוף החפץ ת"י עד שיפדנו הלוה דזה מקרי כמו להחזיק דטענינן בזה ע"כ שפיר טענינן להו דהיה החפץ בתורת משכון ע"ס רב כפי שיווי החפץ דאינו יכול להוציא גוף החפץ מהם ולא שייך בזה הכלל שכתבתי בספרי כנ"ל דהא בתפס לאח"מ מהיורש דמיירי שם בספרי לא שייך בזה לומר בע"ח קני משכון כיון דמת הלוה כבר ע"כ שפיר כתבתי שם וע"כ לדינא י"ל כמש"כ הנתיבות דאף לפמש"כ הש"ך מ"מ יכול היורש לתפוס ולהחזיק החפץ ת"י ואין זה סתירה למש"כ בספרי שם ועפ"ז יש לדון במש"כ לעיל בחי' לסי' א' סעיף א':

אך לפ"ז יש לדון במש"כ הש"ך לעיל ס"ק ע"ב שכתב בשם הסמ"ע והב"י דכתבו דאפילו מת הלוה ואח"כ מת מלוה נפרעין יתומיו ממה שהוא ח"י ומיהו צריכים היורשים לישבע שלא פקדנו כו' אף בלא טען השבע לי כו' עכ"ל הש"ך וכ"כ הש"ך בסי' ק"ח ס"ק כ"ה ע"ש והא מיירי בע"כ באין טוענים ברי בכמה הוא ממושכן ת"י דאם טוענין ברי בכמה הוא ממושכן ת"י הא לא שייך בזה שבועת שלא פקדנו כו' ובוודאי אין לומר דקאי על שבועה בפרעון דהא בחשש פרעון א"צ לישבע א"א טוען אשתבע לי משום דאביהן עצמו לא היה צריך לישבע אלא כשטוען אשתבע לי וכמש"כ הש"ך שם וכן לקמן ס"ק קמ"ו וקשה לפי שיטת הש"ך דבטוענים היורשים שמא בכמה הוא ממושכן ת"י דאינם גובין מן המשכון אלא יכולים להחזיק ת"י עד שיפרע לו וכמש"כ הנתיבות בכוונתו כנ"ל א"כ הא גם אביהם לא היה צריך לישבע בנק"ח כשאינו רוצה ליפרע מהמשכון רק להחזיק כמבואר לעיל בש"ך ס"ק ע"א בשם הר"נ ולא היה צריך רק היסת א"כ ממילא פטורים היורשים מן שבועה דלא פקדנו דהא להחזיק פטורים היורשים מן שבועה דלא פקדנו וכדקיי"ל בס"ס ס"ט וכמש"כ הש"ך כאן דלא תקנו שבועת יורשים אלא כשבאים

להוציא כו' ובאמת הש"ך בס"ק קמ"ו כתב בזה"ל דצריכים לישבע שהוא ממושכן ביד אביהם במאה אע"פ שלא טען אשתבע לפי משכ בס"ק קמ"ג דמיירי בטוענים ברי עכ"ל הש"ך דמשמע ממנו דאם אין טוענים ברי לא משכחת להשבועה שלא פקדנו בזה וזהו באמת כשיטתו וכנ"ל אבל לעיל בש"ך הנ"ל דכתב דגם בספק בכמה הוא ממושכן ישבעו היורשים שלא פקדנו ולכן אף בלא טען אשתבע לי ג"כ חייבים שבועה משום דזהו שבועת המשכון א"כ תקשה דלא יצטרכו לישבע אי נימא דאינם יכולים לגבות מגופו של המשכון בטוענים שמא דלפ"ז א"צ שבועה וכדין כל ליפטר דאינם חייבים היורשים לישבע היסת כדקיי"ל א"כ מוכח ממש"כ הש"ך שם דהעיקר לדינא דיורשים יכולים לגבות מן המשכון אף בטוענים שמא ולכן כתבו דצ"ש שלא פקדנו משום דזה מקרי כמו ליטול וכמש"כ הש"ך ס"ק ע"א כן בטעם שבועת הגאונים על המשכון א"כ מוכח מכל זה דאף הש"ך עצמו ס"ל כן לדינא דיורשים יכולים לגבות מגוף החפץ אף בטוענים שמא ובאמת הש"ך בס"ק קמ"ג כתב בלשון דלכאורה הדין עם הלוה כו' וסיים בצ"ע אלמא דזה גופא לא ברירא ליה להש"ך. ע"כ העיקר לדינא כמש"כ האו"ת דאף בטוענים שמא יכולים היורשים לגבות מן גוף המשכון:

כ (שם סעיף ל"ח) ויש מי שאומר דה"ה למעות שהלוה כו' ונפלו המעות כו' ומצאם כו' יחזיר כו' ותמהו כולם והא מלוה להוצאה ניתנה כו'. ובספרי באר יצחק ח' י"ד סי' כ"ג ענף זיי"ן כתבתי לתרץ קושייתם והוא דהך יש מי שאומר ס"ל כשיטת הרמב"ן דכתב דאף מתנה דליכא חסרון כספא אינה נקנה במשיכה למאן דס"ל דמשיכה אינה קונה ע"כ י"ל כיון דמי שלוה המעות לאו בר קנין ע"י משיכה ע"כ ה"ה אף מעות הלואה בעיניה ג"כ לא קנהו ע"י משיכה ולכן שפיר כתב דיחזיר כו' והארכתי שם בזה:

כא (שם סעיף מ"ם) ש"ך (ס"ק קס"ב באה"ד) הביא בשם הרשב"א שכתב גבי חיוב מזונות בפוסק לזון בת אשתו דאע"ג דחיוב מזונות נתחייב בהם כל יום ביומו מ"מ חל השעבוד עליו משעה שקיבל ע"ע המזונות כו' והנה באה"ע סי' צ"ג סעיף כ"ב הניח נשים רבות אע"פ שנשאן זו אחר זו ניזונות בשוה שאין קדימה במזונות והוא מן הרמב"ם פ' י"ח הל' אישות הל' י"ד. והראב"ד כתב שם דאף ניזונית מן הקרקע לפי שאין חיוב מזונות אלא לאח"מ וה"ל כלוה ולוה ואח"כ קנה דיחלוקו ועיין במ"מ שם והובא שם בב"ש ס"ק מ"א וכן מוכרח לפמש"כ המחבר בח"מ סי' ק"ד דאף מלוה בע"פ יש לו קדימה למלוה המאוחרת א"כ ה"ה חייב מזונות אלמנה אף דאין טורף ממשעבדי מ"מ יהיה לו קדימה ואפ"ה חזינן דאין לזה קדימה וע"כ הטעם הוא כנ"ל א"כ זה סותר למש"כ הש"ך הכא בשם הרשב"א דחיוב מזונות חל עליו למפרע מן עת שנתחייב בהם אך יש

לחלק דשאני חוב מזונות במה שפוסק ע"ע ובין חוב מזונות מה דחייבוהו חז"ל והדברים ארוכין וקצרתי ועיין לעיל בחי' לריש סי' ס"ו בבית יוסף:

כב (שם סעיף מ"א) משכונו של כו' והפקידו ראובן כו' יש להסתפק כו'. והש"ך ס"ק קס"ג כתב דאין בזה ספק כלל ועיין לקמן בחידושי לסי' ע"ג סעיף י"ט בריש קונטרסי שם שבארתי מקום הספק הנ"ל על נכון ע"פ דברי הט"ז לקמן סי' קפ"ט דמקום שמונח הפקדון יש לו דין חצירו של המפקיד וכש"כ לשיטת המחבר לקמן סי' קצ"ב כהרמב"ם דקרקע נקנה ע"י שימוש: א"כ ה"ה הכא יש מקום לומר דע"י שימוש שמשתמש המפקיד ע"י מה דמונח שם חפץ שלו דנקנה בשאלה מקום של הנפקד להמפקיד כסברת הט"ז וע"כ אינו יכול הנפקד לזכות ע"י חצירו כן יש מקום לומר ולהסתפק בזה אכן לדינא העליתי שם דלא כהט"ז בזה וע"כ העיקר כמש"כ הש"ך הכא דזכה בו הנפקד וכבר הוכיח הקצה"ח בסי' קפ"ט מקדושין ד' מ"ז דלא כהט"ז: וכן יש להוכיח מהא דב"ב ד' פ"ה דברשות המופקדים לא קנה עד שיקבל הנפקד עליו לזכות ע"י חצירו להאחר וכמבואר בסי' קכ"ה ובסי' ר' הרי דלא אמרינן לכללא דרשות הנפקד כרשות המפקיד דאי נימא דהנפקד אינו יכול לזכות לעצמו א"כ מה"ט לא יהיה יכול לזכות לאחר וקצרתי:

סימן עג

א (סעיף ד') אם היה מלוה בשטר או על המשכון וטען המלוה שלא קבע לו זמן או שהיום סוף זמן שקבע ישבע המלוה היסת כו' והש"ך ס"ק יו"ד הקשה דהא במלוה על המשכון חייב שבועה בנק"ח כו':

ולענ"ד נראה דשפיר פסקו דאינו חייב רק היסת במלוה על המשכון דהא במה שמחולקים אם לא קבע לו זמן כלל או שהיום סוף זמן שקבע לו והלוה טוען כי קבע לו זמן על זמן המאוחר א"כ לפי דברי הלוה הוי זה כמו טענת מחילה דקיי"ל דהוי טענה גרוע ואינו נאמן רק ע"י מיגו וה"ה בטענת הלוה דהרויח לו זמן דהוי זה כמו טענת מחילה דמה לי אם טוען מחלת לי עיקר החוב או דמחל לו הזמן דכל זה הוי טענה גרוע דהא אין שיעור לזה וכל מחילה בשווי פרוטה הוי טענה גרוע וע"כ א"צ המלוה לישבע בנק"ח כשטוען דלא הרויח לו הזמן כלל דזהו כמו דטען דלא מחל כלל מעולם והוי טענתו טענה מעולה ביותר מן טענת הלוה ולא שייך להאמין להלוה במיגו דאי הוי כפר לי' עיקר החוב דהיה חייב המלוה שבועה בנק"ח דזה אינו דהא מיגו לחיובי שבועה לא אמרינן כמש"כ הב"ש סי' צ"ו ס"ק ח' וכדמוכח בח"מ סי' פ"ב דבשטר אם טוען טענה שאין השטר עומד לכך פטור המלוה משבועה ולא אמרינן דיהיה מהימן במיגו דהוי

טען השבע לי על פרעון: ולכן העיקר כמש"כ המחבר דא"צ המלוה לישבע בנק"ח בטוען כי לא קבע זמן כלל ה וכש"כ לשיטת הסמ"ע בסי' ע"ב ס"ק פ"ז דס"ל דעיקר שבועה בנק"ח אינו רק במחולקים בעיקר הלוואה ואף לפי שיטת הש"ך שם ס"ק קכ"א דחולק על הסמ"ע שם מ"מ י"ל דבנ"ד דהוי כמו טענת מחילה ודמצינו בכמה דוכתי דאינו נאמן ע"פ טענת עצמו וע"כ העיקר לדינא כמש"כ המחבר דאף במלוה על המשכון א"צ לשבע בנק"ח רק סגי בהיסת:

ולכאורה יש להקשות בעיקר דבריהם דבשטר או משכון נאמן המלוה על הזמן דהא במכות ד' ג' אמרו מעידין אנו בפלוני שחייב ע"מ ליתן עד ל' יום כו' ומוקי הש"ס התם במלוה על המשכון ומוסר שטרותיו אלמא דאם נמצאו זוממין אינו נאמן המלוה על הזמ"פ אף דיש לו משכון או שטר אך באמת אינו קשה דהא י"ל דמשכחת לי' באופן דטען המלוה שמא והלוה אומר ברי על הזמ"פ דלא מהני בזה מעלת שטר ומשכון כמבואר בסי' נ"ט ובסי' ע"ב סעיף כ"ד וע"כ בנמצאו זוממין אינו גובה ע"פ טענת ספק וכן י"ל דמיירי בהיה המשכון מדברים העשוים להשאיל ויש לנו עדי ראה דאינו נאמן המלוה כ"ז דאין לו עדים או הגדאת הלוה כיון דאין לו מיגו דלוקח והחזרתי ונאנסו וכן י"ל דהא דמוסר שטרותיו דשם מיירי בנמצא מחק בזמן שכתוב בו דכה"ג גרע משום דהא נולד לנו ריעותא בהזמן ועיין בסי' מ"ד וקצרתי וכש"כ להסוברים גבי שמיטה דאף מה שיתר על המשכון אינו משמט כמבואר בסי' ס"ז סעיף י"ב בוודאי א"ש בפשיטות הא דמכות במלוה על המשכון די"ל דמיירי בכה"ג שוב מצאתי באו"ת סי' ס"ז ס"ק י"ג שהעיר בזה ג"כ וכן י"ל דהך דמלוה על המשכון דמכות מיירי דאחר דעבר השמיטה החזיר המלוה המשכון להלוה והלוה מודה דהיה להמלוה משכון בעת השמיטה. (ב) (שם סעיף ה') ראובן נשבע שלא למכור משלו לפרוע שום חוב כו' בש"ך ס"ק ט"ו כתב הב"ח דב"ד יש להם רשות לירד לנכסיו כו' והאו"ת כתב דזהו דוקא בקרקע אבל לא במטלטלי אכן לעיל בחידושיי לסי' ל"ט ענף ח' בסי' ב' בש"ד העליתי דאין לחלק בזה בין קרקעי למטלטלי ושפיר סתמו הש"ך והב"ח בזה:

ג (שם סעיף ז") הבש הנשבע לפרוע ביום פ' ואירע אותו יום בשבת כו' צריך ליתן באותו יום משכון כו':

ועיין בש"ך ס"ק כ"א וס"ק כ"ב ובמג"א סי' ש"ו ס"ק ט"ז והשער המלך הל' שבת פ' כ"ג הל' י"ד העיר בזה דמ"ש ממה דקיי"ל דאסור לפדות בנו בשבת הא זהו בכלל חפצי שמים דזמנו קבוע ע"ש:

ולענ"ד יש לחלק לפמש"כ הקצה"ח והנתיבות בסי' רמ"ג סוף ס"ק ד' לחלק בין פרעון דב"ח דאף בע"כ חשוב לפרעון אבל במתנות כהונה בעינן דרך נתינה ואינו יוצא בנתינה בע"כ ע"ש ועיין בשער המלך מזה בהל' אישות וכן מצינו בכ"ד גבי מצות מתנות כהונה דבעינן שיקנהו הכהן ע"פ דרכי ההקנאה וכמבואר בב"מ ד' י"א וקדושין דף כ"ו ולפ"ז י"ל דהא דהתירו הכא ליתן משכון בשבת דזהו דהא אין אנו צריכין לדעת המלוה ושיזכה בו בתורת קנין ע"כ כיון דהמצוה הוא על הלוה ושרינן לדידיה שיתן המשכון בשבת אף בתורת פרעון כיון דאיהו הא קעביד המצוה אבל במתנות כהונה דבעינן שיזכה הכהן בו בתורת דין קנין ואל"כ אינו מקיים מצות נתינה ליד הכהן ע"כ לא התירו להכהן לזכות בתורת קנין בשבת כיון דעיקר המצוה הוא על הנותנו ולא על הכהן לזכותו ועיין ברא"ש סוף בכורות וביו"ד סי' ש"ו סעי' ד' ואכמ"ל ואף דהתירו לשומו בשבת הא באמת כתב הש"ך ס"ק כ"ב לחלוק על הסמ"ע משום דאין אומרים לאדם חטא כדי שיזכה חבירו [ועיין בתשובת ר"ע איגר זצ"ל סי' קע"ד בד"ה וגם מההיא דפ"ק דמציעא כו' במאמר המוסגר שם] וגם לשיטת הסמ"ע דאמרינן הכא חטא כדי שיזכה בה חבירו משום דחפצי שמים י"ל דזה אינו רק בשומא וכה"ג דכיון דהוי חפצי שמים ע"כ לא אסרו בזה משום ממצוא חפצך ודבר דבר דיבור אסור כמבואר בשבת ד' קי"ג דלדבר בחפצי שמים לא מיתסר ועי' בפ' לפני כו' דף ט"ו בפי' רש"י ובספרי באר יצחק ח' או"ח סי' י"ג ענף ט' אבל בשבות גמור כמו לזכות בשבת בתורת קנין לא מצינו דאמרו כן ועי' ביומא ד' ל"ט ובת"י מזה ובסוף פסחים וגם יש לחלק בקצרה עוד דדוקא בפרעון דאף הלוה לא קעביד איסור דמקח וממכר בשבת דהא אינו יוצא החפץ מרשותו לרשות המלוה כ"ז דלא קנהו בתורת קנין רק דמיפטר מן מה שמחויב לפרוע בשבת ע"י מה דנותן לפניו בתורת פרעון וכמו כל פרעון בע"כ ע"כ זה דוקא התירו בשבת אבל שיתן בתורת קנין בשבת דיהיה יוצא החפץ מרשותו לרשות הזוכה זה האיסור לא מצינו דהתירו בשבת אף לגבי הלוה דקעביד המצוה ולא התירו רק לפרוע בתורת פרעון וכנ"ל ועיין במג"א סי' ש"ו ס"ק ט"ו ובטור יו"ד סי' ה ובריב"ש סי' קל"א בשם הרא"ש דהכהן אינו עושה שום מצוה והעיקר בזה כמש"כ השעה"מ שם לחלק דדוקא היכא דזמנו קבוע ולא יתקן להאיסור במה שיפרע ביום מחר זה התירו בשבת משא"כ פדיון הבן דיכול לעשותו לאחר שבת ויהיה יוצא ג"כ להמצוה זו וכעין זה כתבו התוס' בשבת ד' כ"ה בת"י ד"ה ה"ל יו"ט עשה כו' והתוס' ביבמות ד' ה' ע"ב ד"ה כולה משעטנז כו' והדברים ארוכין:

ד (שם סעי' ח') הנשבע לחבירו לפרעו ביום פלוני והמלוה איננו בעיר פטור עד שיבא המלוה או שלוחו כו' וכתב הסמ"ע שם ס"ק כ"ד בשם הרשב"א דאף למסור ביד ב"ד

א"צ כו' עכ"ל והובא תשובת הרשב"א הנ"ל בב"י סי' ע"ג מס"ה וסיים שם הרשב"א דאף אם עבר ומסר ביד ב"ד לא עשה ולא כלום והא דערכין דף ל"א התקין הלל שיהא חולש מעותיו ללשכה אלמא חולש מעותיו לב"ד לאו דינא אלא תקנתא דאתקין התם הא בעלמא לא כו' עכ"ל. וכ"כ הגר"א זצ"ל בס"ק כ"ה וסיים בזה"ל דלעשות ב"ד לא מהני דנתינה שלא בפניו לא הוי פרעון כו' עכ"ל והש"ך לקמן סי' ע"ד ס"ק ט' כתב דאם הלוה נותן הפרעון ליד הב"ד או ליד נאמן ב"ד הוי פרעון וכן היה המנהג כו' עכ"ל הש"ך והנה האו"ת סי' ע"ד ס"ק ג' כתב לדון דזהו מן הדין ולא כמש"כ המהרש"ך דזהו בתורת תקנה ע"ש והנתיבות שם ס"ק ג' כתב בקצרה ובפשיטו' לדחות דברי האו"ת הנ"ל ע"פ דברי הרשב"א הנ"ל:

ולענ"ד יש לדון בזה ע"פ הא דב"ק ד' ק"ג הגוזל חבירו ונשבע לו יוליכנו למדי כו' אבל נותן לשליח ב"ד ופי' רש"י דתקנתא הוא דעביד רבנן מפני תקנת השבים כו' והתוס' שם ד"ה אבל נותן לשליח ב"ד כו' פליגי על רש"י והעלו דמתניתין מיירי לענין אחריות הדרך דמיפטר כשיתן לשליח ב"ד ויש לו כפרה מיד וא"צ להמתין עד שיגיע ליד הנגזל כיון שקבלו שליח ב"ד אבל בתקנתא זו לא מיירי מתניתין כלל עכ"ל התוס' ופי' הפנ"י דכוונתם דלענין אחריות לחוד מהני נתינתו ליד השליח אבל ההוצאה צריך ליתן עד שיגיע ליד הנגזל וכ"ז מדינא אבל אח"ז התקינו שיתן לב"ד שבעירו ומיפטר עכ"ל הפ"י א"כ חזינן דשיטת רש"י הוא דהא דנותן לשליח ב"ד זהו מצד התקנה מפני תקנת השבים א"כ מוכח מן שיטת רש"י דס"ל כמש"כ הרשב"א בתשובה הנ"ל דרק מפני תקנת השבים הוא הא דנותן לשליח ב"ד הא בעלמא לא אבל שיטת התוס' הוא דהיכא דנותן ההוצאה להשליח שיוליכנו ליד הנגזל אז מהני מן הדין מה שנותן ליד שליח ב"ד והוי פרעון מעליא ומיפטר מן הדין אלא היכא דאינו נותן שכר ההוצאה אז אינו אלא מצד התקנה א"כ לפ"ז ה"ה בכל חוב אם נותן הפרעון ביד שליח ב"ד שימסרנו ליד המלוה אז ודאי חשוב פרעון גמור מן הדין כיון דלשיטת התוס' הוי זה פרעון מעליא מן דין תורה וכמש"כ הפ"י בכוונתם אך אם המלוה הוא מן עיר אחרת שלא במקום הלוה אז צריך ליתן שכר הוצאות השליח להוליכו למקום המלוה דהא הלוה מחויב להוליכו למקום המלוה וכמש"כ המהרי"ק סי' י"ז והובא בנתיבות סימן רל"ב ס"ק יו"ד ע"ש ב והא דגיטין דף ע"ה דתיקן הלל שיהא חולש מעותיו ללשכה ותיקן דפרעון שלא בפניו הוי פרעון י"ל דשא"ה דע"י הפרעון צריך להחזיר הבית וכמש"כ התוס' בגיטין שם ד"ה מכלל דבעלמא נתינה בע"כ כו' לחלק דהיכא שאין המלוה מפסיד בקבלת הפרעון אזי הוי פרעון כו' וכ"כ הרשב"א והרא"ש שם לחלק ביניהם. וכעין מש"כ האו"ת בסי' ע"ד ס"ק ג' לחלק

כן ע"פ סברת התוס' דגיטין הנ"ל דשאני היכא דהוי פסידא הניכרת בזה הוצרכו לתקנה ע"ש וה"ה יש לומר כן במה דמצינו לשיטת התוס' דנתינה ליד ב"ד הוי פרעון וע"כ אינו קשה על זה מן סוגיא דגיטין הנ"ל:

והרשב"א בחידושיו לב"ק ד' ק"ג כתב דהא דנותן לשליח ב"ד דזהו תקנתא דר' אלעזר בר' צדוק דאמר תקנה גדולה התקינו שאם הוצאה יתירה על הקרן מביא קרן וחומש לב"ד ומביא אשם ומתכפר לו כו' עכ"ל הרי דהרשב"א ס"ל כשיטת רש"י דשם ולא ס"ל כשיטת התוס' דשם ע"כ שפיר כתב הרשב"א בתשובה הנ"ל דנתינה ליד ב"ד לא הוי פרעון דדוקא בגזלן משום תקנת השבים תקנו דנותן ליד שליח ב"ד אבל בעלמא דלא עביד תקנתא לא מהני וזהו משום דאזיל הרשב"א לטעמיה דס"ל כשיטת רש"י בב"ק הנ"ל אבל לשיטת התוס' הנ"ל עדיין יש לדון דגם בחוב יהיה פרעון לב"ד חשוב לפרעון גמור כיון דס"ל דזהו מן הדין וכן כתב הרשב"א בחי' לב"ק שם דנתינה לב"ד לא הוי נתינה גבי חוב דדוקא בגזילה תקנו כן וכן בבית בבתי ע"ח תיקן הלל כו' הא בעלמא דלא עבוד תקנתא נתינה ליד ב"ד לא מהני עכ"ל הרשב"א בחי' וזהו הכל משום דאזיל הרשב"א לטעמיה:

א"כ לפ"ז יש להעיר על מה שפסק המחבר הכא בנשבע לפרעו ביום פ' והמלוה איננו בעיר דפטור והא ה"ל לחוש לשיטת התוס' דס"ל דנתינה ליד הב"ד הוי פרעון מעליא ע"פ דין א"כ ממילא חייב להשלישׁ ולמסור ליד הב"ד ויהיה זה נחשב לפרעון גמור ויהיה יוצא ידי שבועתו וכעין מה שכתב הש"ך בס"ק כ"ד דלמ"ד דנפטר ע"י פרעון לאשה הנו"נ כו' דחייב לתת לה כדי לצאת ידי שבועתו וה"ה במה דימסרנו ליד הב"ד כיון דיהיה יוצא בזה חובת שבועה שלו לשיטת התוס' א"כ ה"ל למסור ליד הב"ד וגם הא הרשב"א לב"ק שם כתב בזה הלשון דנתינה ליד ב"ד אפשר דלאו נתינה היא כו' אלמא דהרשב"א בחי' נסתפק בזה גופא וכן כתב השיטה מקובצת בב"ק שם בשם הרשב"א שכתב ג"כ בזה הלשון דנתינה ליד ב"ד אפשר דלאו נתינה היא כו' אלמא דהרשב"א נסתפק בזה ולפ"ז צריך למסור ליד ב"ד מספיקא לחוש לשבועתו אבל הרשב"א בתשובה כתב בפי' דלמסור ביד הב"ד א"צ כו' אלמא דס"ל להרשב"א בתשובה דנתינה ליד הב"ד ודאי דלא הוי נתינה ולכן שפיר פסקו כן בשו"ע הכא ולא כתבו דצריך למסור ליד הב"ד אבל לפמש"כ בשם התוס' דב"ק וכן לפי מה דנסתפק הרשב"א בחי' לב"ק א"כ יש לדון דיהיה חייב להשלישׁ ביד הב"ד דדלמא יהיה יוצא בזה ידי חובת שבועה ואפשר דהא דנסתפק הרשב"א בחי' לב"ק בזה הוא ע"פ שיטת התוס' דב"ק הנ"ל דדלמא הלכה כשיטתם דזהו ע"פ דין ואף שכתב שם בהא דנותן לשליח ב"ד דזהו מצד תקנה כשיטת רש"י עכ"ז נסתפק בזה

דדלמא הפירוש כשיטת התוס': ואפשר לומר דלכן לא כתבו הכא דיהא צריך למסור ליד הב"ד דכיון דהרא"ש בב"ק פ"ט סי' כ"א כתב לפרש להא דנותן לשליח ב"ד דזהו מפני תקנת השבים וכפירוש רש"י וגם במה שכתב התוס' יו"ט שם דמלשון הרמב"ם נראה כפי' התוס' הא כתב הפנ"י בב"ק שם דהמעיין יראה שהרמב"ם כוון לפי' רש"י ע"ש ע"כ נקטו לדינא דהעיקר דנתינה ליד ב"ד לא הוי נתינה ע"פ דין רק מפני תקנת השבים ולכן היכא דלא שייך תקנת השבים אינו יוצא ידי חובת פרעון במה דימסרנו ליד הב"ד. ומה"ט שפיר הביא הסמ"ע לדינא דברי הרשב"א בתשובה שכתב דלעשות ב"ד ולמסור בידם א"צ דכיון דלשיטת רש"י והרא"ש והרמב"ם והרב ר' עובדיה ברטנורה במשנה שם וכן הנימוקי יוסף לב"ק במשנה שם מוכח דס"ל בזה כמש"כ הרשב"א בתשובה דהא דנותן לשליח ב"ד זהו מצד תקנת השבים א"כ בעלמא לא הוי נתינה במה שמוסרו להב"ד וכן הב"ש באה"ע סי' קמ"ג ס"ק ז' כתב לעיין בתשובת הרשב"א בב"י בח"מ סי' ע"ג ועיין בב"ש שם ס"ק י' שהביא בשם מהרש"ך דפסק דנתינה ליד הב"ד הוי נתינה וגוף ספר מהרש"ך אינו ת"י וכן הובא תשובת מהרש"ך הנ"ל לקמן בסי' ע"ד ש"ך ס"ק ט' ובאו"ת סי' ע"ד ס"ק ג' דמשמע דמתורת תקנה אתי עלה ע"ש ומן הב"ש שם משמע דס"ל דיש מקום לומר דנתינה ליד הב"ד יהיה נתינה היכא דלא גילה המלוה דעתו בזה אך לא הביאו לשיטת התוס' הנ"ל כלל:

ואפשר לומר לפמש"כ השמ"ק בב"ק דף ק"ג בשם הרא"ש דשני תקנות הוו מעיקרא תקנו שישכור הגזלן שליח להוליך הגזלה ליד הנגזל ויפטר מאחריות הדרך מפני תקנת השבים כו' ומיד שמסרו לשליח יוכל להביא כפרתו כו' ושוב תקנו היכא שיציאה מרובה שיתנו ליד הב"ד כדי שלא יהא נמנע הגזלן מלשוב מפני הוציאה הרא"ש ז"ל כו' עכ"ל השמ"ק ולפ"ז י"ל דגם כוונת התוס' בב"ק הוא כן דהא דמהני נותן ליד שליח ב"ד דזה מצד תקנה אך לא משום תקנתא דר' אלעזר בר' צדוק אלא משום תקנה הקדומה דתקנו משום תקנת השבים דאם נותן שכר השליח להוליכו להנגזל דיוצא בזה מיד ידי חובת הכפרה ואח"ז התקינו לתקנתא דר"א בר' צדוק שנותנו ליד הב"ד וא"צ ליתן שכר הוציאה להוליכו להנגזל וכן מדוקדק בלשון התוס' שם שכתבו בלשונם אבל בתקנתא זו לא איירי מתניתין כלל ולא כתבו בקצרה אבל בתקנתא לא איירי מתניתין כלל ומלשון זו שכתבו משמע דס"ל דגם הא דנותנו לשליח ב"ד הוי זה מצד תקנה אלא דמתניתין לא מיירי מתקנה זו ומשמע מזה הלשון דלא כמש"כ הפנ"י בכוונת התוס' דס"ל דהא דנותן לשליח ב"ד זהו מדינא אלא י"ל דכוונתם דזהו ג"כ מצד תקנה הקדומה וכן במש"כ התוס' בב"ק שם דף ק"ג ע"ב ד"ה ור' טרפון כו' באה"ד שם דצריך להוליך עד מדי או

עד מקום ב"ד כו' י"ל דזהו הכל מחמת התקנה ועיין בש"ך סי' שס"ז ס"ק ח' במש"כ בכוונת התוס' דב"ק דף ק"ג וד' ק"ד ולפ"ז י"ל דאינו ראיה מן התוס' דב"ק דיהיה ס"ל דנתינה ליד הב"ד יהיה חשוב לפרעון וכמש"כ הפ"י בכוונתם משום די"ל דאינו הכרח מדבריהם דפליגי על שיטת הראשונים הנ"ל דנתבאר דס"ל דהא דנותן לשליח ב"ד זהו רק מפני תקנת השבים וע"כ שפיר פסקו הכא בנשבע לפרעו דא"צ למסור ליד הב"ד משום דנתינה ליד הב"ד לא הוי נתינה:

ועדיין יש לדון בכ"ז לפמש"כ רש"י בגיטין ד' ע"ה ע"א בד"ה מכלל דבעלמא נתינה בע"כ כו' וזה לשונו וגבי גט דאיסורא הוא לא תיקן הלל עכ"ל רש"י הרי דרש"י במתק לשונו כתב בקצרה בכוונת הגמרא דשם דאמרו מדאיצטריך להלל לתקוני כו' מכלל דבעלמא נתינה בע"כ לא הוי נתינה דהחילוק הוא דשאני גט דהוי איסורא ולא ילפינן איסורא מממונא אבל בממונא שפיר ילפינן מתקנת הלל דחולש מעות ללשכה דה"ה בכל דוכתי דייניגן להך תקנת הלל דנתינה ליד ב"ד הוי נתינה והא דהצריכו לתקן גבי גזלן דנותן לשליח ב"ד מפני תקנת השבים י"ל דזהו כדי שלא יצטרך ליתן ההוצאות להוליכו להנגזל למדי והא בגיטין ד' נ"ג פליגי שם רב ושמואל אי ילפינן קנסא מקנסא ועיין בב"ק דף קי"ז והש"ך בסי' שפ"ה ס"ק א' העלה דילפינן מקנסא וכ"כ הש"ך בסי' שפ"ו ס"ק א' אבל תקנתא מתקנתא ודאי ילפינן וי"ל דזהו כוונת הרשב"א בחי' לב"ק דכתב דאפשר לומר דנתינה ליד ב"ד לא מהני דספיקו הוא משום די"ל דכוונת הגמ' דגיטין דאמרו דבעלמא לא תקן הלל דזהו גבי גט דהוי איסורא וכפי' רש"י א"כ בממונא שפיר יש למילף מהתם דיהי' נתינה ליד ב"ד חשוב לפרעון ועיין בט"ז ח"מ סוף סי' ע' ולפ"ז יש מקום לומר בנשבע לפרוע דמחויב למסור ליד הב"ד דיהיה יוצא ידי חובת פרעון לפי שיטת רש"י בפירושו להא דגיטין הנ"ל אך לדינא אין לנו להאריך בזה לפמש"כ הש"ך לקמן סי' ע"ד ס"ק ט' דהמנהג הוא דמהני הפרעון במוסרו להב"ד ומצד התקנה ודאי מהני כמש"כ המהרש"ך שם ע"כ ודאי חייב בנשבע לפרוע ואין המלוה בעיר דימסרנו להב"ד ולא מבעיא לשיטת הסוברים דע"י קנין דרבנן יכול לצאת ידי קנין מה"ת ואף להסוברים דלא הוי קנין חשוב מה"ת ועיין במחנה אפרים הל' מכירה קנין משיכה סי' ב' עכ"ז כיון דמיפטר עכ"פ מצד התקנה מן חוב שלו ע"י מה דמוסרו להב"ד א"כ דומה זה להא דמבואר שם בסי' ע"ג סעיף ז' דמי שנשבע לפרוע לזמן והגיע שמיטה בנתיים דפטור משבועתו דכל שפטור מן דין הפרעון אינו חייב לשלם מכח השבועה וכ"כ בח"מ סי' ס"ז סעי' ו' א"כ ה"ה במה דתקנו דנתינה ליד ב"ד יהיה חשוב פרעון ומיפטר בכך מן החוב וע"כ פטור ממילא מן השבועה ואין לחלק דשאני שמיטה בזה"ז דהוי מדרבנן

ע"פ תקנת חז"ל משא"כ הך תקנה דמוסרו לב"ד דהוי תקנה בתר חתימה הש"ס דמ"ש וגם הא יש מקום לדון ולמילף זה מן תקנת הלל ודוקא בגט דהוי איסורא לא ילפי' וכפי' רש"י בגיטין ע"כ לדינא נלע"ד דמחויב למסור להב"ד ולחוש לשבועתו דהוי עליו חיוב מה"ת אם תבעו מקודם שיצא לפמש"כ האורים בסי' ע"ג ס"ק כ"ח ע"ש וכש"כ לפמש"כ האו"ת די"ל דנתינה ליד ב"ד הוי נתינה מן הדין וכן לפמש"כ לדון בזה ע"פ התוס' דב"ק כפירש הפני יהושע ואף דזה אינו ברור כ"כ אכתי יש לנו לחוש לחומרא בזה וע"כ מכל הלין טעמי מחויב למסור ליד הב"ד כדי שלא יהיה נכשל באיסור שבועה וכמש"כ הש"ך דלמאן דס"ל דמיפטר בפרע לאשה הנו"נ דמחויב לתת לה ועדיין אפשר לחלק בזה דכיון דנימא דמה"ת לא מיפטר במוסרו להב"ד אלא מצד תקנה א"כ אפשר דיכול לומר הלוה א"א בתק"ח דתקנו לטובת הלוה דהוי פרעון במה דמוסרו להב"ד והוי כמאן דאין לו שום עצה על הפרעון לזמן פ' דמיפטר מן השבועה ולכן שפיר סתמו הפוסקים הכא בסי' ע"ג בנשבע לפרוע ולא הצריכו להשליש ביד הב"ד דהא נתבאר דגם מן התוס' בב"ק אינו הכרח דס"ל דיהיה זה פרעון ע"פ דין ויש לדון בזה הרבה משום דאין זה ברור כיון דבידו עצה להיות פטור כנ"ל ע"כ אין זה מקרי אונס כ"כ ומחויב להשתדל וליתן ליד הב"ד כדי שיפטר מהשבועה כיון שתבעו קודם שיצא או שתבעו ע"י אגרת כמש"כ האו"ת באורים ס"ק כ"ח ועיקר הפטור שלו משום דהוי אנוס ולכן בכה"ג לא מקרי אנוס עכ"פ כיון דמהני הנתינה ליד ב"ד מצד התקנה עכ"פ ע"כ נראה דחייב ליתנן ליד הב"ד כמש"כ לעיל:

ה (שם סעיף י"ט) אבל כשיש לו ביד חבירו חפץ לא שייך לשון מחילה אלא לשון מתנה ולקמן סי' קפ"ט כתב הט"ז דבפקדון ביד חבירו אינו קונה הנפקד אף אם נתן לו בלשון מתנה אכן המהרי"ט בתשובה חולק עליו וכן מוכח כאן דקנה אם היה בלשון מתנה והקצה"ח שם והנתיבות ריש סי' ר' הוכיחו כהמהרי"ט דקונה הנפקד ע"ש ובאמת כן מבואר להדיא בסי' רמ"א סעיף ב' וברמב"ם פ"ג הל' זכייה הל' ב' בזה"ל מחל לחבירו חוב שיש לו עליו אי נתן לו הפקדון שהיה מופקד אצלו הרי זה מתנה הניקנית בדברים בלבד וכעין זה הוא לעיל סי' ע"ב סעי' כ"ו ע"ש ותמיהני עליהם דלא הביאו לזה כלל ועפ"ז אפשר לומר בהא דמבואר לעיל סי' ע"ב סעי' מ"א משכונו של כו' ביד ראובן והפקידו כו' יש להסתפק כו' ע"ש. ויש לומר דהכוונה הוא ע"פ שיטת הסוברים הנ"ל דרשות הנפקד כרשות המפקיד וע"כ כל זמן דלא נתן לו בפירוש י"ל דלא קנה משום דהא הוי חצירו של המפקיד ואכמ"ל:

ויש לעיין במי שגזל חפץ מחבירו אם מועיל הקנאת הנגזל להגזלן את החפץ בעיניה שהוא ת"י הגזלן דאפשר דכמו דאין יכול הגזלן להקנות דבר הגזול לאחר מטעם דהוי דבר דאינו ברשותו דה"ה מה"ט אינו בהקנאה אף להגזלן עצמו וגם אם מועיל לשון מחילה על דבר הגזול להגזלן ונבאר כ"ז: ענף א:

הנה הב"ש באה"ע סי' כ"ח ס"ק ט"ז כתב בשם השארית יוסף דאף להגזלן בעצמו אינו יכול להקנות והב"ש חולק וס"ל דלגזלן עצמו יכול להקנות והנתיבות בסי' ר"ה ס"ק י"ד הוכיח כדעת הב"ש דלגזלן עצמו יכול להקנות ולענ"ד יש להוכיח כן מהא דקדושין ד' י"ג דאמרו שם אם קידשה בגזל דידה מקודשת היכא דשדיך משום דאמרינן דמחלה לו דבר הגזול וקשה הא הוי דבר שאינו ברשותה ואינו בהקנאה ע"כ מוכח דלהגזלן עצמו יכול להקנות וכעת מצאתי להמקנה סי' כ"ח סעי' ה' שהביא ג"כ ראי' זו להשיג על הש"י אכן לפמש"כ השמ"ק לב"ק ד' ל"ג כלל מחודש בהא דגזל ולא נתייאשו דאינו יכול להקדיש לפי שאינו ברשותו דהיכא דאתי ליד הבעלים בסופו אז מועיל ההקדש שהקדישו בעליו שלא היה ברשותו וחל ההקדש למפרע ע"ש א"כ לפ"ז אין מזה השגה על הש"י די"ל דשאני התם בקידשה בגזל דידה דהא עכשיו דאתי לרשותה לאחר הקדושין ממילא חל הקנין דנתנה לבעלה למפרע אבל היכא דלא אתי מעולם לרשותו אז אינו מועיל הקנין אף להגזלן בעצמו ולפ"ז י"ל דהיכא דהוציא מהגזלן בדיינים אז ממילא מועיל הקנאתו להגזלן בעצמו משום דמקרי למפרע דבר ברשותו אבל היכא דאין כעת החפץ בעיניה ולא אתי לידו לאח"ז אז שפיר יש לדון כשיטת הש"י ואפשר לומר בזה דהוי כמו אטרוחי בי דינא בכדי דהא לבתר דיוציאו בדיינים אז תחול הקנאתו למפרע ויש לדון עפ"ז בהא דכתובות ד' צ"ה וקצרתי גם יש לדון דהיכא דלא אתי ליד הנגזל בתורת השבה רק אתי ליד האשה בתורת קדושין כמו בהא דקדושין דבזה גם השמ"ק מודה דאינו חל הקנין משום דהוי דבר דאינו ברשותו אך אין רצוני להאריך בזה לפי דכבר כתבתי בקונטרס אחד להוכיח דלדינא נא קיי"ל כהשמ"ק הנ"ל ע"כ בוודאי מוכח מהא דקדושין כהב"ש: וביותר מוכח כן מהא דיבמות ד' צ"ט דכהנת שנתערב ולדה בוולד שפחתה הגדילו התערובת משחררין זא"ז וקשה הא קיי"ל ממון שאינו יכול להוציאו בדיינין אינו יכול להקדיש ולהקנות אף בקרקע כמבואר בב"מ ד' ז' והתם הא גבי אדון האמיתי הוי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינין לקנין הגוף דיש לו בעבדו לפי שלא נודע לנו מי הוא האדון: א"כ קשה איך מועיל להשחרור להקנין הגוף דיש לו בעבדו ועיין בגיטין ד' ל"ט בסוגיא דמה אשה איסורא ולא ממונא כו' ואף דעבד הוי כקרקע עכ"ז הא גם בקרקע בעינן שיהיה יכול להוציא בדיינין וע"כ מוכח מזה דיש לחלק דדוקא לאחר אינו יכול להקנות

דבר שאינו ברשותו במטלטלין וממון שאינו יכול להוציאו בדיינין אף בקרקע אבל להמוחזק והתופסו בעצמו יכול להקנות אף ממון שאינו יכול להוציאו בדיינין א"כ ה"ה דבר דאינו ברשותו במטלטלין ואף דמצינו בגיטין ד' מ"ב גבי כהנת שנתערב ולדה בוולד שפחתה דמשחררין זא"ז משום דמקרי קנין כספו אם יבוא אליהו ויאמר בחד מינייהו דעבד הוא קנין כספו קרינא בי' אבל זה אינו רק לענין לקרות זה בשם קנין כספו אבל לא שיהיה נקרא ממון שיכול להוציאו בדיינין דאל"כ תקשה בהאי מסותא דב"מ ד' ז' דאמרו שם דמשום דהוי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינין אינו חל הקדישו ומותר ליהנות מהמסותא ואינו עובר על איסור מעילה ואף המקדיש בעצמו דאמר דידי הוא מותר ליהנות ולא אמרינן אילו יבא אליהו ויאמר דהוא דידי' דיהיו מחמת זה ממון שיכול להוציא בדיינים וע"כ מוכח דכיון דאין לו עדים שיעידו בב"ד מקרי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים ועיין ביבמות ד' צ"ט בתוס' ד"ה ואין מוציאין כו' דרש"י ס"ל דתערובות דהתם מקרי לא מצי עביד דלא מצי משוי שליח והתוס' חולקים וס"ל משום דאם יבא אליהו ויאמר שהוא כהן ע"כ מצי משוי שליח והביאו בשם ירושלמי שם אבל וודאי לא מקרי משום זה ממון שיכול להוציאו בדיינין כנ"ל א"כ תקשה דאמאי מועיל בתערובות הנ"ל שחרור לקנין הגוף של העבד כנעני הא הוי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים וע"כ מוכח דלהתופס בעצמו לא שייך כלל זה ודלא כהשארית יוסף הנ"ל:

ובסי' ע"ה ש"ך ס"ק פ"ג כתב שם דמי שיש ת"י משכון וא"י כמה הלוה דנותן הרשאה לקרובו וקרובו נשבע ונוטל וע"ש בתומים ובקצה"ח ונתיבות שם מש"כ ע"ז ולדעתי יש לדון דהרשאה בתורת שליחות לא שייך בזה כמש"כ שם האחרונים הנ"ל ובתורת קנין לא שייך בזה דהא הוי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים דהא הבע"ד בעצמו כיון דאינו יודע כמה הלוה א"כ הוי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים דאינו יכול להקנות אכן לפמש"כ דלהתופס בעצמו מהני ההקנאה א"כ הא התם דמוסר המשכון לקרובו ע"כ מהני ההקנאה. ויש לדון בזה הרבה:

ענף ב:

ויש להעיר בהא דב"ב ד' קכ"ז ע"א בתוס' ד"ה מדדרש רבא כו' דהקשו על הא דשתי נשים שילדו במחבואה דכותבין הרשאה זה לזה והקשו הא רבא ס"ל אין לבכור קודם חלוקה ואומר ר"י דאין זה בא אלא מכח שליחות דהלכתא שליח שוויי' עכ"ל התוס' אלמא דאם יש לבכור קודם חלוקה היה מועיל הרשאה בתורת קנין וקשה הא הוי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים כיון דיכול להדחות לכל או"א בפ"ע א"כ כיון דאין ביד הבכור האמיתי להוציאו בדיינים ע"כ לא יהיה מועיל הקנאתו בתורת קנין כלל ואף

דע"י הקנאתו לאחר יוציא האחר בדיינים אבל עכ"פ המקנה בעצמו אינו יכול להוציאו לעצמו ואפשר לומר בזה ע"פ מש"כ התוס' בבכורות ד' מ"ט ד"ה ה"מ היכא דכפרי' כו' בסה"ד דהיכא דשניהם לפנינו ומצוים לתת לא' חייב להחזיר לו ולא הוצרך להעמיד בבא בהרשאה אלא כדי שיוכל א' להוציאו מידו בפ"ע עכ"ל התוס'. וכ"כ הש"ך ביו"ד סי' ש"ה ס"ק ל"ה בשם המע"מ שכתב שסברא מעלייתא היא. ע"כ י"ל דמה"ט מקרי התם בב"ב ממון שיכול להוציאו בדיינים דהא יכול להוציאו בדיינים בצירוף עם חבירו דיבואו ביחד להב"ד לתבוע דאזי יהיו יכולים להוציא מידו ע"כ מקרי זה ממון שיכול להוציאו ואף שהוא לבדו אין בידו לתבוע לחבירו מ"מ כיון דחבירו רוצה עכשיו לתבוע ג"כ א"כ הא הוי ביד שניהם לתבוע ולהוציא ע"כ מקרי זה ממון שיכול להוציאו בדיינים דמהני בי' קנין:

ומה"ט א"ש למש"כ התוס' ב"ק ד' ע' ע"א ד"ה אמטלטלי דכפרי' בסה"ד דאין לדקדק מהא דבכורות ד' מ"ח גבי פדיון הבן שיכול להרשות כו' דהתם לאו ע"מ להוציא ניתנו לו דקיי"ל כשמואל דא' הפודה בנו בתוך למ"ד יום ונתאכלו המעות אין בנו פדוי עכ"ל ועיין מזה בכורות ד' מ"ט תוס' ד"ה ה"מ היכא דכפרי' ובשבועות ד' ל"ג תוס' ד"ה היכא דלא כפרי' שכתבו דהתם לא שייך פקדון אבל אם היה שייך פקדון היה מועיל בתורת הקנאה ולא אמרינן דהא הוי ממון שא"י להוציאו בדיינין כ"א בפ"ע וע"כ מוכח מזה כמש"כ דזה מקרי ממון שיכול להוציאו בדיינין כשיבואו שניהם בב"ד לתבוע ביחד ואף דגבי מטלטלין לא מהני יכול להוציאו בדיינין אלא בעי שיהיה דבר ברשותו עכ"ז הוכחתי במק"א דזה מקרי כמו פקדון דהוי דבר ברשותו כיון דיודע דהחפץ שייך לאחר ואינו רוצה לגוזלו רק דמצי להדחות לכל או"א לומר לאו בע"ד דידי את. ע"כ אם הוי ממון שיכול להוציאו בדיינים סגי בזה כמו שהארכתי בזה במק"א. וע"כ דווקא גבי מעמד שלשתן כתבו התוס' בב"ק ד' ע' ע"א בד"ה אמטלטלי דכפרי' כו' בזה"ל ומיהו בההוא דבכורות צריך לדקדק אם יכול ליתן במעמ"ג כיון דהוא עצמו לא היה יכול להוציא מידו כמו דבכתובה אין יכול ליתן במעמ"ג כיון דלא ניתנה לגבות מחיים כמפורש בהחובל כו' עכ"ל התוס' דדוקא גבי מעמ"ג דהוי תקנתא דרבנן דנין בזה דמקרי אינו יכול להוציא בעצמו דלא תקנו בזה להך תקנתא וכמו בכתובה דמשום דלא ניתנה לגבות מחיים לא תקנו למעמ"ג כמש"כ שם התוס' ועיין בסי' קכ"ו בש"ך ס"ק א' אבל שארי קנינים חלין בכתובה וה"ה בהך דא"י להוציאו לבדו דדוקא במעמ"ג לא תקנו בזה משום דהוי הלכתא בלא טעמא אבל באמת אין זה מקרי ממון שאינו יכול להוציא בדיינין כנ"ל. ועדיין יש לדון בכל מה שכתבתי דזה מקרי דבר שבידו לבוא עם חבירו המרשהו ביחד לב"ד דהא

כיון דאיהו בעצמו אינו יכול להוציא בדיינים רק ע"י צירוף דעת חבירו אף דחבירו בוודאי יתרצה בזה כיון דמרשהו עכ"ז אין זה מקרי דבר שבידו וראי' לזה מהא דמצינו בקדושין ד' ס"ב ע"ב דהנותן פרוטה לאשתו וא"ל ה"א מקודשת לי לאחר שאגרשיך אינה מקודשת דנהי דבידו לגרשה אבל אינו בידו לקדשה: והקשה הרשב"א בחידושיו שם כיון דהיא מתרצה להתקדש לו עכשיו לאחר שיגרשה א"כ הא ביד שניהם לזה ולא מקרי מחוסר מעשה ותי' כיון דאינו בידו לבד וצריך לדעת האשה ג"כ ע"כ אין זה מקרי בידו עכ"ל וכ"כ הרשב"א בתשובה סי' אל"ף רי"ב בזה"ל דכיון דאין בידו לבדו ע"כ אין מקרי בידו אף דעכשיו שניהם מתרצים בכך כיון דאין זה בידו לבד ע"כ לא מהני זה בדשלב"ל עכ"ל אלמא דמה שאין בידו לבד רק צריך לדעת חבירו אף דחבירו רוצה בזה מכ"מ כיון דלא הוי בידו לבד לא מקרי זה דבר שבידו א"כ ה"ה בהא דיכול להוציאו בדיינים כיון דאין יכול בעצמו להוציא רק צריך להסכם חבירו המרשהו אין זה מקרי ממון שיכול להוציאו בדיינים: אבל יש לחלק דדוקא במה דאמרו דבעינן שיהיה דבר שבידו זה שפיר מוכח מהא דקדושין וכמש"כ הרשב"א הנ"ל דכיון דאינו בידו לבד אין זה מקרי בידו אבל במה דאמרו הלשון דיכול להוציאו בדיינין ולא אמרו בזה לשון בידו ע"כ אף מה שאינו בידו כ"כ ג"כ קרינן בי' הלשון דיכול להוציא בדיינין וראי' לזה מהא דקדושין ד' ס"ב במה דאמרו שם בדבר שלב"ל דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי והקשו שם ע"ז מהא דהאומר התקדשי לאחר כו' דא"מ והא הוי בידו ותירצו משום דמי יימר דמזדקקי לי' תלתא וע"כ אין זה דבר שבידו והתם י"ל דשאני התם דקשין כספחת כו' אבל התוס' בסוטה ד' כ"ה כתבו דלכן ס"ל לב"ה דשט"ח לאו כגבוי דמי משום דאין זה דבר בידו דמי יימר דמזדקקי לי' תלתא. אלמא דאף דמצווים הב"ד ע"ז אפ"ה אמרו בזה דאין זה דבר שבידו כו':

ואפ"ה חזינן דהיכא דיכול להוציאו בדיינין אמרו דמהני הקדשו והקנאתו כמו בב"מ ד' ז' ואף די"ל בזה דמי יימר דמזדקקי לי' תלתא כמש"כ התוס' בסוטה ד' כ"ה הנ"ל גבי שט"ח:

אף דמצווין הב"ד לשפוט בין אדם לחבירו אפ"ה אמרינן מי יימר ועכ"ז כיון דיכול להוציאם בדיינים אף דלא הוי בידו כ"כ מ"מ הוי כמו דבר ברשותו כיון דיכול לעשות כן: וכן מצינו בסוטה ד' כ"ד דאילונית וזקנה אינה שותת ר"א אומר יכול הוא לישא אשה אחרת כו' ואף דזהו אינו בידו כ"כ דלמא לא תתרצה שום אשה להנשא לו ובעי דעת אחרת של איזה אשה שתרצה להנשא לו וכמש"כ התוס' בכתובות ד' כ"ב ד"ה מנין לאב שנאמן כו' דזהו אינו בידו דשמא לא ימצא מי שיקדשנה כו' ואפ"ה אמרו בזה בלשון

דיכול הוא לישא אשה אחרת משום דענין יכול וענין בידו הם שני דברים מחולקים ועפ"ז תירצתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף ט' בד"ה ויש לדחות כו' למה שהקשה התויו"ט שם בסוטה לעיל מינה דתנן שם מעוברת חבירו ומנקת חבירו לא שותת ולא נוטלת כתובה וחכמים אומרים יכול הוא להפרישה ולהחזירה לאחז"מ והקשה דא"כ אמאי פליגי רבנן על ר"א באילונית וזקנה דלא ס"ל סברת ר"א דיכול לישא אשה אחרת כדס"ל שם גבי מעוברת דיכול להפרישה ולהתירה וכתבתי לתרץ דטעמא דרבנן משום דס"ל דזה לא מקרי יכול דלמא לא ישיג מי שתנשא לו. ודווקא יכול להחזיר לאשתו מינקת אמרו בזה דיכול משום דזה הוי בידו וביד אשתו ולא צריכין לזולתו כו' עכ"ל שם בספרי:

ואף דמצינו בקדושין ד' ס"ב הנ"ל דאמרו נהי דבידו לגרשה:

אבל אין בידה לקדשה אף דעכשיו שניהם מתרצין בזה וכמש"כ הרשב"א הנ"ל א"כ קשה האיך אמרו רבנן הכא בסוטה דיכול להחזירה לאח"ז ועיין בתוס' יבמות ד' ל"ו ד"ה ולא קתני יפריש כו' שכתבו בתירוץ קמא שם דהא דיכול להפרישה דסוטה הנ"ל היינו שיוציאנה בגט וכ"כ הרא"ש שם בתירוץ קמא ואפ"ה אמרו בזה בלשון דיכול להחזירה וע"כ מוכח לחלק כמו שנתבאר דדוקא בדשלב"ל או באינו ברשותו דאמרו בלשון דכל שבידו לאו כמחוסר כו' ע"כ היכא דבעי דעת אחרת אין זה בידו וכמש"כ הרשב"א אבל היכא דלא בעינן שיהיה בידו רק בלשון דיהיה יכול גם כה"ג מקרי יכול הוא לעשות כן ע"י איזה טצדקי א"כ ה"ה במה דאמרו הלשון יכול להוציאו בדיינין אף דאין זה בידו משום מי יימר כו' עכ"ז שייך בי' לומר יכול להוציאו כו' וה"ה היכא דבעי דעת אחרת כיון דבאמת שניהם מתרצים עכשיו לתבוע לחבירו וביד שניהם לבא ביחד לב"ד ע"כ מה"ט מקרי זה יכול להוציאו בדיינין דיחול הקנאתו מה"ט וכמו בהא דסוטה דאמרו רבנן יכול להחזירה לאח"ז כנ"ל ומתורץ מה דהקשיתי על התוס' דב"ק וב"ב ובכורות:

אבל כ"ז אינו שייך בהא דתערובת עבד וכהן דהוכחתי דלהמוחזק בעצמו מהני הקנאה משום דהא אף אם יתרצה כ"א להקנות א"ע לחבירו בתורת קנין עבד אין זה בידו למכור א"ע בתורת עבד כנעני כמבואר בב"ב ד' י"ג ע"א שאני הכא דאגוד איכא גוד ליכא ופי' רש"י אין העבד יכול לומר לרבו קנה חלקי שאין דמים לב"ח שאין עבד עברי נמכר אלא לשש עכ"ל רש"י ע"כ אין זה ביד שניהם כלל אף אם יתרצו בזה ואפ"ה אמרו דיכול כ"א לשחרר לחבירו א"כ שפיר מוכח מזה דלהקנות להתופס לא בעינא שיהיה יכול להוציאו בדיינין וה"ה בדבר דאינו ברשותו כנ"ל:

ולכאורה יש לדון ג"כ דלכן היכא דמקנה דבר דאינו ברשותו להתופסו כנ"ל מהני משום דהא ביד התופסו להחזירו לבעליו ואז יהיה בידו ורשותו דזהו רצון שניהם וכש"כ בפקדון כאשר יבואר לקמן אבל ז"א דהא כבר נתבאר לעיל דהיכא דבעי שיהיה דבר בידו ע"כ כיון דבעי דעת אחרת אף דעכשיו שניהם מרוצים אפ"ה אין זה מקרי בידו א"כ ה"ה גבי דבר שאינו ברשותו דתלוי במה דהוי בידו הא כה"ג לא מקרי דבר בידו כנ"ל דהא עכ"פ הוי דבר דאינו ברשותו רק גבי שיהיה מקרי יכול להוציאו בדיינים שפיר כתבתי דגם כה"ג מקרי יכול להוציאו בדיינים כנ"ל:

ענף ג:

וכן יש להוכיח מהתוס' ב"ק ד' ע' ד"ה לא כתבינן כו' דהוכיחו דפקדון דלא כפרי' הוי דבר ברשותו והוכיחו זה בראיות וכ"כ הנימוקי בב"ב בסוגיא דמסותא אבל באמת לכאורה הלא מפורש הוא בפשיטות בקדושין ד' מ"ז בהא דתניא התם האומר לאשה התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך כו' אם נשתייר שוה פרוטה מקודשת והוא תוספתא דקדושין. וקשה אי נימא דפקדון הוי דבר דאינו ברשותו ואינו יכול להקנותו א"כ האיך קנתה להפקדון ובוודאי אין סברא לומר דהך תוספתא אתי כצנועין דס"ל בב"ק ד' ס"ט דיכול להקנות לדבר הגזול אף דהוי אינו ברשותו דז"א דהא התם בהך תוספתא איתא שם. דרשב"א משום ר"מ פליג שם על ת"ק דהתם. א"כ מסתמא ת"ק דהתם הוא ר' יהודה וכמש"כ התוס' בכתובות ד' ל"ו ד"ה ואם איתא כו' ובשארי דוכתי ולר' יהודה מצינו בפירוש בב"ק ד' ס"ט דאחר כל שילקוטו עניים יהיה הפקר ואף דר' יהודה לית לי' ברירה. עכ"ז בתולה בדעת אחרים אית לי' ברירה כמבואר שם ובגיטין ד' כ"ה תוס' ד"ה ולכי מיית הוי גיטא או דשאני התם בהלוקח כו' משום שמא יבקע הנוד ור' יהודה פליג שם על ר' דוסא דס"ל התם כל שלקטו עניים כו' משום דס"ל לר' יהודה דאין יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו וכמסקנת הסוגיא דב"ק שם א"כ הוי ליה להתוס' להביא ראיה זו דפקדון מקרי דבר ברשותו משום דאם הוי כמו דבר דאינו ברשותו לא היתה מתקדשת בפקדון שת"י אכן אי נימא דלהגזלן בעצמו מהני הקנאה משום דתופסו ורק לאיש אחר אינו בהקנאה ע"כ אינו ראיה מהא דקדושין דשא"ה דהנפקד תופסו ומוחזק בו ולהנפקד עצמו ודאי דיכול להקנותו אבל למילף מיניה להקנות לאיש אחר איננו ראיה ולכן הוכרחו התוס' להוכיח זה משארי ראיות ועיין בקצה"ח סי' קפ"ט דהוכיח מהא דקדושין הנ"ל דלא כשיטת הט"ז סי' קפ"ט א"כ מוכח מזה לחלק דשאני היכא דקיימא ברשות בעל הפקדון או ברשות הגזלן ומקנהו לאחר אכן לפמש"כ התוס' בב"ק ד' ע' ד"ה כסתם יחידאה כו' בתירוץ קמא שם די"ל דר' יהודה ס"ל ג"כ כל שלקטו עניים

יהיה הפקר נדחה ראיה זו: והא דריש פ' המפקיד כשתגנב ותשלימני פרתי קנוי' לך סמוך לגנבתי איכא בינייהו דקיימא באגם אבל בקיימא ברשות בעל הפקדון ודאי קנוי להשומר לכו"ע אין זה שייכות לנ"ד ולהוכיח מזה דפקדון מקרי דבר ברשותו או דהיכא דמקנה להתופסו מהני הקנאתו כנ"ל דאין זה ראיה די"ל דשאני התם דהא היה בידו להקנותה מקודם שמוציאה מרשותו לרשות בעל הפקדון ודומה להא דכתובות דף נ"ט ונדרים ד' פ"ה באומר לחבירו שדה זו שאני מוכר לך כשאקחנה ממך תקדש דקדשה משום דבידו להקדישה עכשיו וה"ה התם הוי בידו להקנות מקודם שמוציאו מרשותו וע"כ לא הביאו התוס' ראיה משם: ובעיקר דברי התוס' דב"ק הנ"ל ובבכורות ד' מ"ט ד"ה ה"מ היכא דכפריה כו' דהוצרכו להוכיח בראיות דפקדון מקרי דבר ברשותו יש להקשות דאמאי לא הוכיחו התוס' כן מראיה מפורשת מב"מ דף ל"ח דאיתא שם בברייתא המפקיד פירות דיכול הבע"ב לעשותן תרומה ומעשרות על מקום אחר. אלמא להדיא דפקדון מקרי דבר ברשותו א"כ קשה על התוספות דלמה לא הביאו סוגיא מפורשת הנ"ל ויש ליישב דאפשר לומר דמה דמבואר בברייתא בב"מ שם דלפיכך בע"ב עושה אותן תרומה ומעשר על מקום אחר דאפשר דהברייתא הנ"ל ס"ל כצנועין ור' דוסא דמועיל חילול וקנין על דבר דאינו ברשותו רק דהוי שלו וכמו סתם משנה דמעשר שני דמבואר שם דס"ל דחל קנין על דבר דאינו ברשותו רק ר' יוחנן סתמא אחרינא אשכח כמבואר בב"ק ד' ס"ט וע"כ הוכיחו התוס' שם מסתמא דגמרא דוודאי אזיל אליבא דהלכתא והא דהוכיחו התוס' בב"ק שם מהא דב"מ דגונב מבית הנפקד משום כפל לבעלים כדתניא בהמפקיד כו' ט"ס הוא וצ"ל כדתנן בהמפקיד דהא זהו משנה שם ד' ל"ג ואין לומר דהך סתם משנה אתי כצנועין וכר' דוסא דא"כ ה"ל להש"ס להביא הך סתם משנה התם בב"ק ד' ס"ט גבי הא דשקיל וטרי אליבא דר' יוחנן ומי אריו"ח הכי והא אריו"ח הלכה כסתם משנה כו' ותנן כרם רבעי היו מציינין כו' והצנועין כו' דה"ל להש"ס להביא הך סתם משנה דב"מ דמשלם כפל להבעלים בגנב מרשות הנפקד וע"כ שפיר הוכיחו התוספות דפקדון מקרי דבר ברשותו:

והא דלא הוכיחו התוס' בב"ק שם מהא דאר"נ בר יצחק שם בב"מ ד' ל"ח בטעם הדין דהמשנה דהמפקיד פירות לא יגע בהם דחיישינן שמא עשאן המפקיד תרומה ומעשר על מק"א י"ל דאינו ראיה מהתם משום דכוונת הגמרא שם דיש לחוש שמא עשאן תרומה בעודן שהיה ברשותו מקודם דהפקיד ואף למאי דקאמרי שם לקמן לרב נחמן בר"י דאי אמרת נזבנינהו זימנין דקדים ומזבין להו וכי עביד להו בע"ב תרומה ומעשר על מק"א לא ידע דזבנא וקא אכל טבלים אלמא דאף לאחר שהפקידן יכול לעשותם תרומה על

מק"א י"ל דגם מזה אינו ראיה לפי המבואר בכתובות ד' נ"ט ונדרים דף פ"ה באומר לחבירו שדה זו שאני מוכר לך כשאקחנה ממך תקדש דקשה משום דבידו להקדישה עכשיו. ע"כ חל ההקדש לאח"ז כשאקחנה ע"כ י"ל דה"ה היכא שאומר המפקיד שיחול שם תרומה בעת שיקרא שם תרומה לאח"ז כשיהיה הפקדון ביד הנפקד דודאי בזה אף דנימא דפקדון מקרי דבר שאינו ברשותו עכ"ז בכה"ג חל התרומה משום דהא בידו לקרות שם תרומה עכשיו מקודם שיצא מרשותו ע"כ שפיר לדינא י"ל דאף דקיי"ל דלא כצנועין עכ"ז כה"ג חל קריאת התרומה אף לאח"ז וע"כ שפיר יש לחוש דלמא עשה המפקיד עצה זו דאז הוי תרומה אף שקרא שם תרומה לאחר שהפקידו וע"כ לא הוכיחו התוס' מהא דב"מ הנ"ל והוצרכו להוכיח משארי דוכתי:

ענף ד:

ולפי מה דנתבאר להוכיח מהא דיבמות ד' צ"ט דיכול להקנות דבר הגזול להגזלן עדיין יש לדון לפי מה דמבואר כאן בסי' ע"ג ובסי' רמ"א דלא מהני לשון מחילה רק היכא דהחפץ אינו בעין אבל היכא דהחפץ בעין לא מהני לשון מחילה רק לשון מתנה א"כ יש לעיין בגזל חפץ אם מהני ביה לשון מחילה אם החפץ בעין או דבעינן דוקא לשון מתנה והנה ראיתי בספר קהלת יעקב שחיבר הגאון מליסא זצ"ל על אה"ע סי' כ"ח סעיף ה' שכתב בהא דקידשה בגזל דידה מקודשת דהוכיח המקנה מזה דהנגזל יכול להקנות להגזלן וכתב הקהלת יעקב די"ל דשא"ה דהא ודאי יכול הנגזל למחול הגזילה להגזלן כמבואר בב"ק ד' ק"ג מחל לו על הקרן כו' ומדלא מחלקי בין גזל חפץ לגזל מעות משמע דאף בגזל חפץ מהני מחילה וכמבואר בש"ך סי' רמ"א ס"ק ד' דמהני מחילה לתביעה דיש לו עליו וכש"כ בגזילה דקני להגזילה רק דנתחייב בהשבה ודאי דיכול למחול להגזלן אבל בלשון קנין להגזלן לא מהני כו' עכ"ל הק"י אבל בספרו נתיבות סי' רמ"א ס"ק ד' כתב דבגזל חפץ לא מהני לשון מחילה דהוי בזה כמו פקדון דלא מהני מחילה בחפץ בעין כמבואר שם וגם כתב שם דאף במעות בעין דינו כמו חפץ היכא דאין לו רשות להשתמש וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ג ס"ק נ"ד ובסמ"ע שם ס"ק מ"ט ע"ש והנתיבות סותר למש"כ בעצמו בספרו קהלת יעקב ולפמש"כ בנתיבות דלא מהני לשון מחילה בגזילה בעיניה יש לומר דיפרש להא דב"ק דמחל לו על הקרן הנ"ל דמירי באין גזילה קיימת:

אבל באמת זה אינו דהא שם בב"ק ד' ק"ה על מה דתני שם במתניתין מחל לו על הקרן והחומש חוץ מפחות ש"פ בקרן א"צ לילך אחריו ואיתא שם בגמרא דאר"פ דלא שנו אלא שאין גזילה קיימת אבל גזילה קיימת צריך לילך אחריו חיישינן שמא תייקר א"ד ל"ש גזילה קיימת ול"ש אין גזילה קיימת א"צ לילך אחריו לשמא תייקר לא חיישינן

עכ"ל והשמ"ק פי' שם בשם הרא"ש והתוס' שאנ"ץ טעם דלג"ק דאף דפחות מש"פ ניתן למחילה עכ"ז שא"ה דמידי דמצי לאוקורי לא מחול כיון שיכול להתייקר ולעמוד על ש"פ או כיון דהיתה גזילה אחת מעיקרא ביותר מש"פ ועד דמתייקר אינו מוחל עכ"ל ועיין בטור ח"מ סי' שס"ז בשם הרמ"ה דאם נתייקר חייב להחזיר כיון דהיה גזל הרבה אלא דאח"כ מחלו הבעלים חוץ מש"פ בקרן כו' והנה להך לישנא דאמר דל"ש גזילה קיימת כו' אלמא דאף בגזילה קיימת מיירי הך מתניתין דמחל לו הקרן א"כ בוודאי מוכח דמהני מחילה בגזילה בעיניה ואף להך לישנא דלא שנו אלא באין גזילה קיימת כו' ג"כ מוכח כן דהא לא מחלק בין גזילה קיימת לאין גזילה קיימת רק במה דלא מחל לו על פחות מש"פ אבל במה דתנן מחל לו על הקרן משמע דזה מצי מיירי אף בגזילה קיימת וכן בהא דפחות מש"פ בגזילה קיימת דצריך לילך אחריו היינו בלא מחל לו על זה אבל במחל לו א"צ לילך אחריו ואף דהוי בעין ודינו כמו ש"פ וכמש"כ השמ"ק הנ"ל אפ"ה אם מחל לו היה פטור א"כ מוכח מזה דאף בגזילה בעיניה מהני לשון מחילה ושפיר כתב הקהלת יעקב הנ"ל: וכן מוכח שם בכולי סוגיא ובגזל ג' אגודות כו' ובכולי ש"ס דאף בגזל פחות מש"פ אף במה דהוי בעיניה אין מוציאין והטעם הוא משום דניתן למחילה כמבואר בסנהדרין דף נ"ז וד' נ"ט אלמא דאף בבעיניה מהני לשון מחילה דהא לא מצינו בזה ללשון הקנאה וכה"ג כתב התומים בסי' פ"ח סעי' י"ב גבי טענו חטים והודה בשעורים דפטור לפי שיטת הסוברים משום טעמא דמחיל א"כ היכא דטוען הפקדתי בידך חטים וזה משיב פקדון שעורים דלא שייך טעמא דמחיל כיון דהשעורים בעין וכל היכא דאיתא ברשותא דמארי' איתיה א"כ ל"מ לשון מחילה רק דוקא לשון מתנה וזה אינו מבורר בלשון שלו שיהיה כאומר אני נותן לך כו' עיין שם וה"ה בפחות מש"פ כנ"ל:

אכן לפמש"כ המחנה אפרים הל' גזילה סי' א' דכל שגזל פחות מש"פ אף שלא ידעו הבעלים או שידעו ולא מחלו מ"מ אינו חייב להחזיר דלא חייבו רחמנא להשיב אלא דבר דמקרי ממון ופחות מש"פ לאו ממון מקרי כו' עכ"ל ולפ"ז מכל גזל פחות מש"פ אין להוכיח כלל דמהני מחילה בגזילה בעיניה משום דעיקר הטעם הוי דהתורה לא החשיבתו לפחות מש"פ לממון. אבל מהא דאמרו שם בב"ק בגזל הרבה ומחל לו חוץ מפחות מש"פ דמשמע שם דאף בבעין אם מחלו כ"ע מודו דמהני לשון מחילה א"כ הנכון עם הקהלת יעקב הנ"ל: הגה"ה ובעיקר דברי המחנה אפרים הנ"ל שכתב לדון ולהסתפק בכל גזל פחות מש"פ אף אם הבעלים לא מחלו או שלא ידעו ג"כ אין ב"ד נזקקין יש להוכיח כן מהא דפסחים ד' ל"ב ת"ר האוכל תרומה פחות מכזית משלם הקרן ולא החומש ומקשה הגמרא ה"ד אי דלית ביה ש"פ אפילו קרן לא לישלם כו' ואי נימא

דהיכא שלא מחלו אין נזקקין א"כ ה"מ הש"ס לומר דמיירי בנטל התרומה שלא בידיעת הבעלים או דצעקו מתחלה ועד סוף דאינם מוחלין דאז משלם הקרן ולא החומש וע"כ מוכח דלעולם אינו משלם הקרן בפחות מש"פ וכן אמרו בב"מ דף נ"ה מתיב רבא ואת אשר חטא מן הקדש ישלם לרבות פחות מש"פ להשבין לקודש אין אבל להדיוט לא והא בהקדש לא שייך מחילה דהא דעת שכינה מי איכא וכמש"כ השמ"ק בב"מ ד' נ"ז עלה דאמרו שם דבהקדש אף פחות מכדי אונאה חוזר לחד אוקימתא שם וכן פסק הרמב"ם הל' ערכין פ"ז הל' יו"ד דהקדש אפי' הונה בכל שהוא ה"ז חוזר וכמש"כ הלח"מ שם והשמ"ק שם כתב ביאור זה משום דעיקר הטעם דפחות משתות מחילה זה לא שייך בהקדש דמאן מחל והגזבר א"י למחול משום לתקוני כו' ובמק"א הארכתי בזה ועיין בב"ק דף כ"א תוס' ד"ה כהדיוט מדעת כו' ואפ"ה דוקא בהקדש אמרו דפחות מש"פ ניתן להשבון ע"פ גזה"כ אבל בהדיוט אף בכה"ג דלא ניתן למחילה מ"מ מיפטר מהשבה כיון דאין בו דין ממון:

ובמק"א הארכתי בזה בדברי הרמב"ם הל' ערכין פ"ג הל' י"א ובתוס' כתובות דף צ' ד"ה ש"מ בע"ח מאוחר כו' במה דהקשו מערכין דף ז' וכתבו עוד תירוץ לחלק בין מטלטלין לקרקע ומה דיש לדון בזה מהא דחולין ד' קל"ט דס"ל לרב במקדיש תרנגלתו לבדק הבית דלאו קדושת הגוף הוי כיון דמרדה פקע קדושתו וזהו מצד יאוש והפקר כמש"כ התוס' שם ור' יוחנן ושמואל דפליגי שם טעמם משום דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא והוי כמו יאוש ברשות בעלים דלא מהני יאוש אבל מצד יאוש היה מהני יאוש של הגזבר והמקדיש אך לפמש"כ הריטב"א שם בחולין דלכן במקדיש תרנגלתו לבדק הבית כיון דמרדו פקע קדושתו משום דבהקדש בדק הבית כל זמן שהוא ברשות בעליו אין להקדש בו רק שעבוד בעלמא והקנין הגוף הוא לבעליו ע"כ מהני יאוש של הבעלים עי"ש וכן יש לדון בזה ע"פ מש"כ התוס' במנחות דף ע"א ד"ה ומתירין גזמיות כו' דדוקא בעליו יכולין לפדותו על ש"פ כו' וביבמות דף פ"ח ד"ה אי קדושת דמים כו' אלמא דמצינו חילוק בין בעלים לאחרים בזה משום דיש קצת שם בעלים ע"ז וכן יש לדון בזה ע"פ הא דפסחים ד' מ"ו דאמרי' הואיל אי בעי מיתשל והוי ממונו ובתוס' שם ד"ה הואיל אי בעי מיתשל כו' בתירוץ הא' שם ובתירוץ הב' דהיכא דאתי ליד גזבר לא אמרינן הואיל אבל כל זמן דהוא ביד הבעלים אמרינן הואיל כו" ועיין בסוטה דף ו' ע"ב תוס' ד"ה כי קדוש כו' ובמל"מ הל' מעה"ק פ' י"א הל' ד'. ועיין בב"ק ד' ע"ו ובדף ט"ז בתוס' שם והדברים ארוכין וקצרתי:

וע"כ שפיר י"ל דשא"ה בהא דחולין דלכן מהני יאוש של הבעלים דעדיין קנין הגוף שייך להו וכמש"כ הריטב"א דאין להקדש בד"ה רק שעבוד כ"ז שהם אצל הבעלים אבל היכא דלא שייך כן שפיר י"ל דלא מהני מחילת הגזבר וה"ה בחוב שמגיע להקדש דאף מטלטלי משתעבדי כיון דמה"ת אף מטלטלי משתעבד כמש"כ הרשב"א והובא בקצה"ח סי' ל"ט וכ"כ התוס' בכורות ד' נ"ב דתקנת הגאונים הוא דאורייתא ע"ש. וי"ל בהרא"ש בכתובות פ"ט סי' ב' בשם ירושלמי הגע עצמך שפטרום משבועה זו תורה וזו אינו תורה כו' וקצרתי והא דמטלטלי לא משתעבדי זהו מצד דלא סמכה דעתו והוי כסילוק ומחילה וכמש"כ התומים בסי' ל"ט ע"כ בהקדש דמאן מחל והגזבר אין בכחו למחול ע"כ הדין נותן דהקדש גבי מן מטלטלין ואף דהתוס' בתי' הב' ר"פ מי שהיה נשוי לא ס"ל כן עכ"ז בתירוץ הא' דשם דכתבו לחלק דשא"ה דהכל להקדש וכן הרמב"ם פ' הל' ערכין הל' י"א י"ל דס"ל כן ומתורץ קושיית הלח"מ שם ועדיין יש לעיין בסתירת דבר זה מן הירושלמי חגיגה פ"א הלכה א' בסופו ובלח"מ פ"א הל' חגיגה הלכה יו"ד אבל במק"א תירצתי זה הסתירה ואכמ"ל ע"כ הגה"ה:

ולפמש"ב הקצה"ח סי' פ"ח ס"ק י"ג להשיג על התומים בטענו חטים בפקדון והודה על פקדון שעורים דפטור ג"כ אף להטעם משום מחילה משום דדוקא באומר בפירוש לשון מחילה בדבר המסוים לא מהני אבל סתמא מה דמוכח משתיקתו נעשה כלשון מתנה וה"ה בלשון מחילה היכא דשייך עכ"ל הקצה"ח ולפ"ז נדחה ראייתו מה שהוכחתי מכל גזל פחות מש"פ דפטור אף דאמרו בש"ס בלשון דניתן למחילה. משום דכיון דלא אמר בפירוש בלשון מחילה ורק אמדינן דעתו כן א"כ היכא דאינו מועיל מחילה אמרינן דנתכוון בלשון מתנה. וכש"כ לפי דברי המח"א הנ"ל וודאי דנדחה זה אבל מה שהוכחתי מן ב"ק ד' ק"ג דמחל לו על הקרן דמיירי באמר בפירוש בלשון מחילה שפיר הוכחתי דאף בבעין מהני מחילה בגזל וכמש"כ הקהלת יעקב כנ"ל:

ענף ה:

ועדיין יש לדון בזה הראי' דב"ק ד' ק"ג דתני מחל על הקרן כנ"ל דהא מצינו בכתובות ד' מ"ד גבי שני שטרות היוצאים זה אחר זה ביטל שני את הראשון הן במכר וכן במתנה מ"ט רפרם אמר כו' רב אחא אמר אימר אחולי אחלי' מאי בינייהו לשלומי פירי כו' והתוס' שם ד"ה אימר אחולי אחלי' לשעבודי' הקשו מאי אחלי' לשעבודו שייך גבי מתנה ונראה לר"י כו' ועוד אומר רשב"א דנפ"מ אם לוה נותן בין זמן ראשון לזמן שני שיטרפו בעלי חוביו מאותו שדה א"נ אם יאכל הנותן פירות בין זמן ראשון לשני עכ"ל התוס' הרי חזינן להתירוץ של התוס' דנפ"מ דיטרפו בע"ח להשדה דס"ל דמוכיחין מחמת ההוכחה של

השני שטרות דמסתמא היה קנין חליפין או חזקה מן המקבל להנותן דאל"כ הא איך קנה הנותן להמתנה בגוף השדה וכמו שהקשה הר"נ שם דהא אף אם החזיר השטר לא חזרה מתנתו ולכן העלה הר"נ שם שיטה אחרת בזה ע"ש ולפ"ז קשה על שיטת התוס' הנ"ל בזה דהא אמרו בגמ' שם בלשון אחולי אחלי' והא לשון מחילה לא מהני בחפץ בעיני' וכש"כ בקרקע וע"כ מוכח מזה דאף דמחילה לא מהני בזה מ"מ נקטו בגמ' לשון מחילה משום דבשני שטרות על מכירה הא שייך לשון מחילה על חיוב אחריות עד זמן שני והיכא דלא מהני לשון מחילה כמו במתנה דנפ"מ לענין גוף השדה כמש"כ התוס' אמרינן דמסתמא היה בלשון המועיל היינו במתנה בפירוש והש"ס לא דקדק בזה כ"כ וכ"כ הרא"ש כתובות שם כהך תירוץ התוס' הנ"ל וכ"כ הטור בסי' ר"מ והובא בסמ"ע שם דאף אם הפירות הם בעין נוטלן הנותן אף להטעם דאחולי אחלי' א"כ ה"ה י"ל בהא דב"ק הנ"ל דאמרו לשון מחל על הקרן כו' די"ל דהמשנה מיירי בין בגזילה קיימתו בין באין גזילה קיימת ובאין גזילה קיימת שייך לשון מחילה והיכא דהוי בעיניו י"ל באמת דבעי לשון מתנה ומה דנקטו במשנה לשון מחילה הוא לאו דוקא. ע"כ נדחה ראייתי במה דהארכתי בהא דב"ק הנ"ל וכן נדחה מש"כ הקהלת יעקב בקצרה להך ראייה דב"ק הנ"ל כי באמת אין זה הוכחה כלל: אכן מן לשון רש"י בקדושין ד' נ"ב ע"ב גבי הא דקדשה בגזל דידה או שחטף סלע מידה מקודשת בדשדיך. ופי' רש"י משום דכי קבילתו לגזל דידה בשם קדושין אחילתי' עכ"ל ואף דהתם קאי רק בבעין אפ"ה כתב רש"י בזה ללשון מחילה א"כ מזה סייעתא לדברי הקהלת יעקב דאף בגזל בעין מהני לשון מחילה וביותר מוכח כן מן מש"כ הרשב"א לב"ק ד' ס"ט גבי כל מה שילקטו עניים יהיה הפקר והקשה בשם הראב"ד על מה דאמרו שם לקט כיון דליתי ברשותו לא מצי מפקר לי' והקשה הראב"ד הא מצי למחול ואטו מאי דליתא ברשותו לא מצי למחול גבייהו ותירץ הוא ז"ל אין וודאי מצי מחיל מיהו טבל הוא גבי עניים כיון דאין בו דין הפקר כו' עכ"ל אלמא דמיירי התם רק היכא דהחפץ הוא בעיני' אפ"ה מהני התם לשון מחילה דהא כתבו בלשון מחילה א"כ מוכח מזה דאף בחפץ הגזול בעיני' ג"כ מהני מחילה: שוב ראיתי דיש להוכיח מן לשון הש"ס דנקטו ללשון מחילה אף היכא דלא מהני אלא בלשון קנין והוא דהא מצינו בב"ב ד' מ"א ע"א גבי רב ענן שקל בידקא בארעי' אזל הדר גודא בארעא דחבריה אתא לקמי' דר"נ א"ל זיל הדר כו' א"ל והא אחיל דאתא וסייע בגודא בהדאי כו' א"ל מחילה בטעות הואי כו' והא התם אנו דנין על גוף הקרקע דבזה לא מהני לשון מחילה אלא הקנאה דוקא ואפ"ה אמרו בזה לשון מחילה בע"כ מוכח דהך לישנא הוא לאו דוקא דהש"ס לא דקדק בזה כ"כ. וגם הא שם מיירינן רק על הקרקע בעיני' ולא

על ענין חוב ג"כ ואפ"ה נקטו בלשון אחיל אלמא דזה הלשון הוא לאו דוקא וכמש"כ הרשב"ם שם בד"ה והא אחיל כו' הא יש לו טענה ודאית שהקנה לי הקרקע כו' וכמאן דאמר לך חזק וקני דמי עכ"ל הרשב"ם:

וכן מצאתי בהריטב"א לכתובות ד' מ"ד בד"ה רב אחא אמר אחולי אחיל לשעבודי' כו' דיש שפירשו דאחולי אחלי' לאחריות דהוי לי' עליו דאלו לגופא דארעא לא מהני מחילה כו' לכך יש לפרש דה"ק אקנויי אקני לי' מעיקרא ולהקנאה קרינן אחולי כדאמרינן בפ' חזקת אחולי מחיל לי' דאתא וסייע גודא בהדי' דבעינן למימר אקנויי לי' והכא חיישינן דבתר דזבנא מיני' הדר אקנויי ניהלי' בקנין או בשטר והדר השתא וקבלה במתנה או זבנא מיניה דאמרינן עכ"ל הריטב"א וכ"כ השמ"ק שם בשם הריטב"א:

אלמא דהראשונים הנ"ל הביאו ההוכחה מהא דב"ב הנ"ל דמצינו ללשון מחילה על ענין ההקנאה וכמש"כ לעיל וי"ל דמזה הוכיחו התוס' והרא"ש שם בכתובות לומר דהך אחולי אחיל שייך ג"כ לענין לקנות גוף השדה וכמש"כ לעיל הרי דמצינו דנקטו בש"ס לשון מחילה אף היכא דלא מיירי רק בקרקע בעיני' דהא שם לא מיירי רק בקרקע בעיני'. ולפ"ז עדיין י"ל כמש"כ הנתיבות בסי' רמ"א הנ"ל דלא מהני מחילה על גזילה בעיני' ומ"מ אינו קשה על זה מהא דתני בב"ק ד' ק"ג מחל לו על הקרן כו' די"ל בזה ג"כ דהך לישנא הוא לא דווקא כנ"ל:

ועוד י"ל בהא דב"ק דמיירי שם בקרן וחומש וגבי חומש הא הוי חוב על הגזלן דשייך בזה לשון מחילה וע"כ אגב זה תני גבי קרן אף דהוי בעיני' ג"כ לשון מחילה וע"כ עדיין י"ל כמש"כ הנתיבות דלא מהני מחילה בגזילה בעיני' ושא"ה בב"ק כנ"ל והא דתני התם במשנה מחל על הקרן ולא מחל על החומש י"ל דכיון דתני מחל על החומש אגב זה תני מחל על הקרן וע"כ אינו ראי' מהתם כלל ודלא כמש"כ הקהלת יעקב להוכיח מהא דב"ק הנ"ל ומ"מ מן מש"כ הרשב"א לב"ק ד' ס"ט בשם הראב"ד דהבאתי לעיל משמע מלשונו דגם לשון מחילה שייך על גזילה בעיני' ג"כ וגם יש לחלק דשאני היכא דהוי בתורת אומדנא על קנין דבזה מצינו דנקטו לשון מחילה על הקנאה כמו הא דב"ב הנ"ל משא"כ היכא דמיירינן בהיה קנין מפורש בזה לא שייך למנקט לשון מחילה ואתי שפיר שיטת הראשונים דס"ל שם בכתובות לפרש דהך אחולי אחלי' דשם לא קאי רק על האחריות בלבד וכן כתב הר"נ שם וכ"כ הרמב"ן והובא בשמ"ק שם בכתובות די"ל דס"ל דלא שייך למנקט לשון מחילה על מה דהיה הקנאה בפירוש כדהתם אך הריטב"א והשמ"ק בכתובות שם דהוכיחו כן מהא דב"ב לא ס"ל להחילוק הנ"ל אך לולי דברי הריטב"א והשמ"ק הנ"ל שהוכיחו כן מהא דב"ב הייתי אומר דאין ראי' מהא דב"ב והוא דהא שם

בב"ב גבי רב ענן דהדר גודא בארעא דחברי' ורב נחמן א"ל זיל הדר לגודא היינו הוצאות סתירת הכותל והטרחא מזה דחל על רב ענן וע"ז שפיר אמר לי' רב ענן והא אחולי אחיל דהא בהחיוב שמוטל על רב ענן לנקות הקרקע של חבירו ולסתור הכותל שהעמיד על קרקע של חבירו בזה שפיר מהני לשון מחילה דהא זה הוי כמו כל התחייבות וחובות. ע"כ אמר רב ענן בלשון זה משום דהא רב נחמן א"ל זיל הדר וצוה לו לסתור הכותל וע"ז הקשה לו רב ענן והא אחיל דלכה"פ הוי הוכחה על מחילה ממה דסייע גודא בהדאי דאף דנימא דעל גוף הקרקע לא שייך לקנות מחמת האומדנא הנ"ל דאפשר דזה לא הוי רק כמו ספק אומדנא משום דקרקע בחזקת בעלי' עומדת ומספק מעמידין הקרקע בחזקת הבעלים עכ"ז הא על חיוב לסתור הכותל ולנקות הקרקע בזה הא מהני ספק ג"כ כמו דאמרינן בכמה דוכתי דהממע"ה וע"כ א"ל רב ענן לשון מחילה ובאמת י"ל דאף לענין לקנות גוף הקרקע אם סייע גודא בהדי' ג"כ קנה וכמבואר בסי' קמ"ב ובנימוקי יוסף לב"ב שם. אך רב ענן הקשה לו במה דאין לסתור דבריו בשום אופן ונקט לי' מה דפשיט יותר וע"ז השיבו ר"נ מחילה בטעות כו' כי היכי דאת לא הוי ידעת כו' דהא קיי"ל דיותר יש לו לשמור שלא יזיק משלא יוזק כמש"כ התוס' בב"ק ד' כ"ז בד"ה אמאי פטור כו' וכמבואר כזה בח"מ סי' קכ"ו בש"ך ס"ק ס"ז ובנתיבות שם ס"ק ו' וע"כ החיוב על רב ענן לסתור הכותל ולנקות הקרקע ומכש"כ דמוטל על רב ענן להחזיר לו הקרקע ג"כ כנ"ל:

וע"כ שפיר י"ל דהש"ס דקדקו בלשונם כי באמת הדוחק לומר דלא דקדקו בזה כ"כ ובפרט מה שנוגע לענין דינא ולפ"ז אתי שפיר שיטת הראשונים דס"ל שם בכתובות דהך אימר אחולי אחלי' לשעבודי' דאמרו שם. לא קאי רק על חוב אחריות משום דלענין לקנות גוף השדה הא לא מהני לשון מחילה משום דס"ל דאינו ראי' מהא דב"ב הנ"ל ולא כדברי הריטב"א והשמ"ק ולפ"ז שפיר מדוקדק הלשון שם בכתובות דאמרו אחולי אחלי' לשעבודו דמשמע דלא מיירי שם רק לענין השעבוד ולא לענין לקנות גוף השדה ולא ס"ל למש"כ התוס' והרא"ש שם ולפי שיטת הראשונים הנ"ל דס"ל דאין סברא לפרש דלאו דוקא נקטו בגמ' כעין זה א"כ לפ"ז שפיר יש להוכיח מהא דב"ק דאמרו מחל על הקרן כו' וכיון דמיירי שם גם בגזילה קיימת כנ"ל ע"כ שפיר יש להוכיח מזה דמהני מחילה אף על גזל בעין ושפיר כתב הקהלת יעקב כנ"ל ועיין בב"מ ד' כ"ו ע"ב אחולי אחלי' למנתי' כו' וקצרתי:

והא דב"ב ד' קכ"ו ע"א דאמרו ויתר באותה שדה כו' ומה דאתא לידי' אחיל אידך לא אחיל כו' ומדאחיל בהא אחיל בכולהו אף דחלק בכורה הוא בעיני' ומ"מ אמרו לשון מחילה אין זה שייכות לנ"ד משום דהא זכות בכורה הוא כמו חיוב על היורשים וכמש"כ

הנתיבות בסי' ע"ו ס"ק ד' ובסי' רע"ח ס"ק ט' ומה"ט מועיל שם מחילה וסילוק בלא קנין ע"כ שפיר נקטו שם לשון מחילה וגם הא כתבו הראשונים שם גבי בכור דאם אמר אינו נוטל דאינו זוכה בחלק בכורה משום דהוי כמו דזיכו מתנה לאחד ואמר איני רוצה דלא זכה:

ענף ו:

והנה בב"ב ד' מ ע"א גבי בני עיר שנגנב ס"ת שלהן אין דנין בדייני העיר ומקשי וליסלקו ולידיינו כו' פי' הרשב"ם דליסקלו דיכתבו דין ודברים אין לנו על ס"ת זו ויקנו מידם עכ"ל והקצה"ח בסי' ל"ז ס"ק יו"ד הקשה דאיך מועיל הסילוק בקנו מידו הא קיי"ל גזל ולא נתייאשו אינו יכול להקנות כיון דאינו ברשותו כו' ואפשר דקושיית הש"ס וליסלקו היינו שיקנו אותו להגנב ולהגנב וודאי מהני הנתינה אלא דמפי' רשב"ם לא משמע הכי שכתב ויקנו מידם ואי להגנב לא בעי קנין דזוכה בדבור כיון שהוא ת"י ועוד דהגנב לא ירצה במתנה זו כי היכא דלא ליהוי עליו סהדי וצ"ע עכ"ל הקצה"ח:

ויש ליישב כ"ז והוא דקושיא ראשונה של הקצה"ח דל"ל לקנין דהא זוכה בדיבור כיון שהוא ת"י אינו קשה כלל דהא הרשב"ם הוכרח לפרש כן משום דהגמ' שם קאמר בלשון וליסלקו כו' ובאמת הא קיי"ל דסילוק לא מהני בחוב הלואה דכתב לי' דו"ד אין לו עמך או ידי מסולקת ממך אם לא שקנו מידו וכמש"כ המהרי"ק בסי' פ"ט והובא בנתיבות סי' ר"ט ס"ק וא"ו א"כ כש"כ בגזילה דהחפץ בעין דלא מהני סילוק ועיין בכתובות ד' צ"ה תוס' ד"ה וכי כתבה לי' מאי הוי כו' אלא בקנין מהני לשון סילוק וכמו בכתובות ד' פ"ג דאיבעי להו קנו מידו מאי ואמרו דמגופה של קרקע קנו מידו ופי' רש"י דהקנה לי' המכר או המתנה ועל גופה של קרקע קנו מידו ומתנה גמורה היא ועיין בתוס' שם ד"ה קנו מידו כו' דתמהו שם התוס' על רש"י ובאמת תמוה מאד דברי התוס' הנ"ל דהא כן מבואר להדיא בב"ב ד' מ"ג גבי שותפין מעידין זל"ז דכתב לי' דו"ד אין לי על שדה זו וכי כתב לי' מאי הוי ומשני בקנו מידו כו' אלמא להדיא דמהני קנו מידו אף דאמר לשון רו"ד כו' ונכונים דברי רש"י הנ"ל וכן כתב הרא"ש לכתובות שם רפ"ט סי' א' דיש לקיים פי' רש"י דכיון שאומר לחבירו שהוא שותף עמו והקנה לו בקנין מוכח שמקנה לו השדה עכ"ל הרא"ש ומצאתי במגיני שלמה ובפ"י דתמהו ג"כ על התוס' בכתובות בזה:

ולפ"ז ה"ה בסילוק מחוב הלואה או בסילוק מגזילה היכא דקנו מידו אמרינן דהוי כמו הקנאה גמורה ובחוב תלינן במחילה וע"כ בהא דהקשה הגמ' בלשון וליסלקו ולידיינו בע"כ מוכח דכוונת הגמ' דליסלקו ע"י קנין דאז יועיל הקנין דיהיה מועיל הסילוק אבל לולי הקנין לא מהני לשון סילוק ושפיר הוכרח הרשב"ם לפרש כן והא דקאמר הש"ס

בלשון וליסלקו כו' י"ל דזהו כמו דאמרו בב"ב שם לעיל גבי שותפין מעידין זל"ז דמוקי לי' דא' דו"ד כו' וקנו מידו דכתב הרשב"ם שם בד"ה דכתב לי' כו' דה"מ לתרוצי כשהקנה לו חלקו אלא רבותא נקט לאשמעינן דכה"ג הוי לשון מתנה עכ"ל וכ"כ התוס' בב"ב ד' מ"ט ד"ה בכותב לה כו' וכ"כ הרמב"ן והמהרש"א שם. ולפ"ז י"ל דה"ה בהא דאמרו שם גבי ס"ת בלשון דליסלקו דזהו אגב גררא דלעיל מיניה דאמרו שם בלשון סילוק וגם הוי רבותא דאף בגזל דהוי דבר דאינו ברשותו אפ"ה מהני סילוק בקנין כאשר יבואר להלן א"כ א"ש דברי הרשב"ם:

ומה שהקשה הקצה"ח קושייתו השניה דהא הגנב לא ירצה לקנות הגניבה ואין מזכין בע"כ יש לתרץ זה ג"כ ע"פ מש"כ המח"א ה' זכייה מהפקר סי' י"א דהיכא דמחל לחבירו והלוה לא רצה במחילתו דעכ"ז זכה הלוה דהוי הקנאה דממילא ואף בע"כ של הלוה מהני עכ"ל ולפי מה דנתבאר לעיל דלשון מחילה מהני ג"כ להגזלן א"כ י"ל דמה"ט אף דהגנב לא ירצה לזכות בהגזילה דמ"מ זכה ע"י מחילת הבעלים אף בע"כ של הגנב אך אי נימא דמן דין הקנאה נגעו ביה בוודאי אין סברא לומר דיועיל ההקנאה בע"כ של הגנב אבל לפי מה דנתבאר דמחילה ג"כ מהני בגזילה אף בבעין א"כ א"ש דברי הרשב"ם משום דהיכא דכתב דו"ד כו' וקנו מידו אמרי' דנתכוין למחול לו הגזילה והקנין מתקן הלשון גרוע דסילוק:

ואין להקשות דמנלן דנתכוין למחילה דמועיל אף בע"כ דלמא היתה כוונתו להקנות החפץ דלא מהני בע"כ די"ל בזה דהא מבואר בח"מ סי' מ"ב סעי' ט' דהיכא דהענין בטל לגמרי לא אמרינן יד בעהש"ט על התחתונה רק היכא דאיכא למיתלי בטעות וכמש"כ הש"ך שם דזהו בדבר דאיכא פלוגתא אבל במה דלא פליגי כלל לא תלינן בטעות ע"ש א"כ ה"ה הכא דכו"ע יודעים דאין מזכין לאדם בע"כ ובוודאי לא ירצה הגנב לזכות כנ"ל ע"כ מסתמא נתכוונו הבעלים למחילה דזה מהני אף בע"כ של הגנב וכש"כ הא דב"ב הנ"ל דקאי על מה דתניא אין דנין בדייני אותה העיר דע"ז מקשי הש"ס וליסלקו ולידיינו ובדיינים וודאי לא חיישינן שמא נתכוונו ללשון הקנאה דלא מהני בע"כ ואמרי' דלב"ד טועין לא חיישינן כמבואר ביבמות ד' ק"ו ובח"מ סי' ל"ט ש"ך ס"ק ל"ו ובש"ך ובוודאי ידעי הדין דקנין לא מהני בע"כ ומסתמא נתכוונו למחול הגנב דזה מהני אף בע"כ לכן מהני הסילוק בקנו מידם והש"ס דנקט כה"ג י"ל דנתכוונו להך רבותא יתירתא כנ"ל ומוכח מזה הך דינא של המח"א דכתב דמועיל מחילה אף בע"כ של הלוה וה"ה בגזילה ואתי שפיר דברי הרשב"ם הנ"ל:

ולפ"ז מוכח דלשון מחילה מהני אף בגזילה בעין וכמש"כ הקהלת יעקב אך במש"כ הקהלת יעקב לחלק דקנין לא מהני להקנות להגזלן וכמש"כ כה"ג השמ"ק ב"מ ד' כ' ד"ה אביי לטעמיה בשם הריטב"א דאף דמהני מחילה בהלואה מ"מ כשכותב המלוה שטר מכירה על השט"ח שלו להלוה בעינן קנין כתיבה ומסירה ע"ש אבל כבר נתבאר לעיל להוכיח דאף בתורת קנין מהני להתופסו ודוקא להקנות לאחר אינו יכול להקנות בדבר שאינו ברשותו אבל להגזלן עצמו שהוא ברשותו מועיל הקנין וכ"כ הנתיבות בסי' ר"ה ס"ק י"ד ודלא כהשארית יוסף ודלא כמש"כ בעצמו בספרו ק"י הנ"ל וכ"כ השאגת אריה בסי' צ"ג בסוף דלהגזלן עצמו מועיל הקנאתו וע"כ לדינא נתבאר דיכול להקנות להגזלן בתורת קנין וגם מהני בזה לשון מחילה להגזלן אף בגזילה בעינא:

והא דב"מ ד' מ"ח ע"ב דהנותן עירבון לחבירו וא"ל אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך כו' אין מזה ראיה לנ"ד והב"ש סי' צ' ס"ק ס"א כתב גבי נצ"ב שהם באחריות שלו ע"כ מהני לשון מחילה בזה אף בבעין ומ"מ יש לחלק דשא"ה דמן הדין אף גוף החפץ שייך להבעל רק דרבנן תקנו דמשום שבח בית אביה הם שלה כמבואר ביבמות דף ס"ו ע"כ מהני בזה מחילה: בזה הקונטרס יבואר מה שיש לדון בעיקר דברי השמ"ק הנ"ל:

1 ענף א ועכשיו נבאר בעיקר דברי השיטה מקובצת בב"ק דף ל"ג דהובא בקונטרס הקודם וזהו דבב"ק דף ל"ג הנ"ל במה דאמרו שם הקדישו ניזק איכא בינייהו דלר' עקיבא קדוש והקשה בשם הרמ"ה והא ריו"ח א' גזל אינם יכולים להקדיש לפי שאינו ברשותו וא"כ הניזק שמעולם לא בא לרשותו איך יכול להקדישו וי"ל דאחר שגבאו ובא ברשותו ולא קיבל דמים לר"ע אנו רואין כאלו מעיקרא בעת שהקדישו היה כבר ברשותו וכן בגזל אם הקדישו הנגזל ואח"כ הוציאו בדין הכי נמי דקדוש והא דא' ריו"ח דאינו קדוש הוא היכא שלא הוציאו בב"ד עכ"ל וזהו כלל חדש:

הגה"ה ועפ"ז תירצתי כבר דברי השארית יוסף דהובא בב"ש סי' כ"ח ס"ק ט"ז דכתב גבי אשה שחטפה מעות מאיש וא"ל ה"א מקודשת כו' דאפילו אמרה הן לא מהני משום דלא מהני הקנאת הבעל להאשה משום דהוי דבר דאינו ברשותו ויש לתמוה עליו מהא דקידשה בגזל דידה ואמרה הן מקודשת בשדיך משום דהקנתה לו כמבואר בקדושין ד' י"ג: אלמא דאף דהוי אינו ברשותה אפ"ה מהני הקנאתה להגזלן עצמו וכן מצאתי במקנה סעי' ה' דתמה כן על הש"י בזה ועיין בספר קהלת יעקב על ה' קדושין שכתב לתרץ דברי הש"י אבל להכלל של השמ"ק הנ"ל יש ליישבו והוא דשאני באשה שחטפה סלע דלא יכול להקנות לה משום דלא יבא לעולם לרשותו ומיירי היכא דלא אתי מעולם בעיניה ליד הבעל משא"כ בקדשה בגזל דידה דהקנתה לו דאמרה הן או דשדיך ואף דאז לא

הוי עדיין ברשותה עכ"ז אח"כ דהגיע לידה אז מהני מחילתה והקנאתה למפרע וכמש"כ השמ"ק דאחר דאתי לרשותו מהני הקדישו דהקדיש בעת שלא היה ברשותו ואף דבעת דאתי לרשותה בא לידה בתורת קדושין ולא בתורת חפץ שלה הא גם גבי הקדישו ניזק דב"ק הנ"ל בעת דאתי לרשותו שייך כבר להקדש ואפ"ה מקרי אתי לרשותו משום דאם לא יחול ההקדש הוי חפץ של הבעלים וה"ה בהא דקידשה בגזל דידה דאם לא יחולו הקדושין הוי חפץ דידה ומקרי אתי לרשותה וא"ש דברי השארית יוסף וגוף הספר הנ"ל אינו ת"י אך יש לחלק דשאני הא דהקדישו ניזק דההקדש הוא מצד הניזק א"כ מקרי אתי לרשותו לסוף. משא"כ בהא דקדושין דהבעל הגזלן הוא מקדש לה ונותן לה בתורת קדושין ע"כ אינו דומה זה להא דב"ק הנ"ל ויש להאריך בזה ע"כ הגה"ה:

אמנם ראיתי להפנים מאירות סי' מ"ו שכתב בד"ה והשתא ג"כ ממילא נדחה קושיית הרא"ש על הרמב"ם כו' שכתב שם באה"ד גבי גזל דאף שהוציאו אח"כ בדיינים אפ"ה כיון דבעת ההקדש לא היה ברשותו אינו חל הקדישו למפרע משום דילפינן זה מכי יקדיש ביתו מה ביתו ברשותו כו' דבתר שעת הקדש אזלינן כו' עכ"ל הפמ"א וכן נראה דברי הנו"ב במ"ק ח' או"ח סי' כ' במה דחידש שם בגזל חמץ כיון דאינו ברשותו לענין הקנאה ע"כ לא קעבר על בל יראה ולא נאסר חמצו אף דקאתי לרשות הנגזל כו' עכ"ל ואי נימא דאחר שהגיע לרשותו אז חל הקדישו למפרע א"כ ה"ה לגבי חמץ כמבואר בפסחים דף ל"א דאי נימא למפרע גובה נאסר החמץ משום זה א"כ מוכח מהנו"ב דלא ס"ל להכלל של השמ"ק הנ"ל. והטעם י"ל דלכן דחו דברי השמ"ק הנ"ל מהלכה דהא מבואר בתוס' ב"ק ד' ל"ג ד"ה איכא בינייהו כו' דהקשו דאמאי אין קדוש לר' ישמעאל הא לאביי למפרע הוא גובה ותירצו דלמ"ד למפרע הוא גובה היינו היכא דגבאו לבסוף אבל הכא אם נתרצה ניזק לבסוף לקבל המעות ולא גבאו לר"י אינו קדוש ומ"מ לר' עקיבא קדוש דשותפין נינהו ועוד כו' אלמא דס"ל להתוס' דהסוגיא מיירי בלא גבאו לסוף ואפ"ה אמרו דלר"ע בהקדישו ניזק חל ההקדש א"כ תקשה עלייהו קושיית השמ"ק הנ"ל דאיך חל ההקדש הא הוי ליה כהקדיש דבר שאינו ברשותו ותירץ השמ"ק הנ"ל לא שייך לפמש"כ התוס' כנ"ל דהא כיון דגוף החפץ לא אתי לרשותו אף דמקבל דמיו מ"מ בזה גם השמ"ק מודה דמקרי דבר שאינו ברשותו ואינו חל ההקדש. כמבואר שם במש"כ השמ"ק דאחר שגבאו ולא קיבל דמים אנו רואים כו', וע"כ מוכח דס"ל להתוס' דגם כה"ג מקרי דבר ברשותו וע"כ בהקדישו ניזק לר"ע חל ההקדש וכמש"כ הפנ"י שם דף ל"ג בד"ה שחטו ונתנו במתנה כו' בסה"ד דלר"ע דס"ל הוחלט השור כו' יכול להקדישו אע"ג דקיי"ל אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו כו' הכא שאני דחשיב כאילו ברשותו

לגמרי כו' עכ"ל הפ"י ולא ס"ל להתוס' כמש"כ השמ"ק דהכא מיירי שגבאו לבסוף. וכיון דלשיטת התוס' אין מקום לראיית השמ"ק בהכלל שחידש ע"כ לא סמכו האחרונים על דברי השמ"ק הנ"ל:

וזה פשוט דאין לומר דלכן לר"ע הקדישו קדוש משום דאזיל לטעמיה דס"ל ביבמות ד' צ"ג אדם מקנה דשלב"ל וה"ה אינו ברשותו דזה אינו דהא לפ"ז לא חל ההקדש רק בעת שיבוא לעולם כמבואר בב"מ ד' ס"ז דמוכר פירות דקל עד שבא לעולם יכול לחזור בו והכא קאמר הגמרא דלר"ע הקדישו הניזק קדוש מהשתא וע"כ בסוגיא דב"ק ד' ס"ח במה דשקיל וטרי שם בהא דר"ל דס"ל אדם מקנה ד"ש ברשותו לא אמרו שם דלהך תנאי דס"ל אדם מקנה דשלב"ל ס"ל להא דר"ל דיכול להקנות דבר שאינו ברשותו מעכשיו משום דזה פשוט כנ"ל. וגם למ"ד דא"א מקנה דשלב"ל מ"מ יכול לסבור להא דר"ל דיכול להקנות דבר שאינו ברשותו כיון דהוי שלו והם שני ענינים נפרדים וכן הך כלל של השמ"ק אינו רק במה שהוא שלו רק דאינו ברשותו וכ"ז פשוט ובאמת בלא ראיה מוכרחת הדעת נוטה דגם היכא דאתי לרשותו לאח"ז מ"מ כיון דבעת ההקדש לא היה אז ברשותו אינו חל הקדישו דהא לא היה ביתו בעת ההקדש וראיה לזה מהא דב"ק ד' ס"ט דאמרו שם דר' יוחנן סתמא אחרינא אשכח דלא ס"ל כצנועין דהא תנן אין הגונב אחר הגנב משלם כפל משום דלא קרינן וגונב מבית האיש כו' ומזה הוכיחו הש"ס דגזל אינם יכולים הבעלים להקדיש לפי דלא קרינן בזה מה ביתו קודש כו' מה ביתו ברשותו כו' וכ"כ התוס' שם ד' ע' ד"ה לא כתבינן אמטלטלי דכפריה כו' דבפקדון דלא כפריה מקרי ברשותו דהא גנב מבית הנפקד משלם כפל לבעלים אלמא דהש"ס והתוס' מדמין כ"ז להדדי והא מצינו בב"ק ד' ס"ח גנב ובא אחר וגנבו הראשון משלם תשלומי כפל והשני אינו משלם אלא קרן בלבד וכן בהא דאין הגונב אחר הגנב הנ"ל ומשמע אף דהוי הגניבה בעיניה אלמא דאף לאחר דאתי הגניבה לרשות הבעלים אפ"ה פטור מכפל ולא קרינא ביה וגונב מבית האיש ולדברי השמ"ק דס"ל דהיכא דאתי לידו לאחר זמן קרינן אז בעת ההקדש דמקרי מה ביתו ברשותו כו' א"כ ה"ה מבעי לן לומר בגנב היכא דאח"ז אתי לרשותו דאז הוי וגונב מבית האיש למפרע ובוודאי אין לחלק ביניהם לפי סוגיית הגמרא והתוס' הנ"ל דס"ל דכיון דמועיל ההקדש ממילא הוי ברשותו והוי וגונב מבית האיש א"כ ה"ה בזה דאי נימא דמועיל ההקדש למפרע א"כ הוי למפרע ביתו וברשותו אלא ע"כ מוכח דלא אמרינן כן כיון דבאותו העת לא היה ברשותו אזלינן בתר אותו זמן וכן לדיני הקנאה ומוכח מזה דלא כהשמ"ק הנ"ל:

וכן מוכח ממש"כ התוס' בב"ק דף ע' ד"ה לא כתבינן אורכתא אמטלטלי דכפריה כו' והוכיחו דפקדון מקרי דבר ברשותו ויכול להקדיש פקדון שיש לו מהא דב"ב ד' פ"ח גבי ההוא גברא דאייתי קארי אתו כ"ע שקול קארי אמר להו הרי הן מוקדשין לשמים אתו לקמיה דרב כהנא א"ל אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו והני מילי הוא דקיצי דמייהו אבל לא קיצי דמייהו ברשות מרייהו קיימי ושפיר אקדיש אלמא דיכולים להקדיש פקדון וכן הוכיחו בראיה זו הנ"י ב"מ ד' ז' והשמ"ק ב"ק ד' ס"ט בשם המאירי. ולדברי השמ"ק הנ"ל דכתב דאף בגזל אם בא אח"כ לרשות הבעלים חל ההקדש למפרע א"כ י"ל דמיירי התם בבא אח"כ לרשות המוכרים ובכה"ג אף בגזל הוי קדוש וכמו הא דב"ק דהקדישו ניזק דקאמר השמ"ק דמיירי בבא אח"כ לרשות הניזק רק בקייצי דמייהו אף דאירע דבא אח"כ לרשות הבעלים עכ"ז לא חל ההקדש משום דהוי מקדיש דבר שאינו שלו ובזה מודה השמ"ק דאף דבא לרשותו אינו חל ההקדש למפרע רק בדבר שלו ואינו ברשותו בזה חידש השמ"ק להכלל שלו ובלא קיצי דמייהו דבשעת ההקדש הוי אז מבורר דהוא שלהם ולכן מהני בזה מה שהגיע אח"ז לרשותו ומדהוכיחו התוס' לראיה זו על פקדון מוכח דס"ל דלא כהש"מ [והא דלא הוכיחו התוס' דפקדון מקרי דבר ברשותו מהא דב"ק ד' ק"ד דר' פפא הוי מסיק זוזי מבי חוזאי וכמש"כ ראיה זו הרב המ"מ בה' מכירה פכ"ג והובא בבאר הגולה סי' רי"א ס"ק סמ"ך ע"ש י"ל דהא להגרסא דגרסי הוי מסיק זוזי דהיה הלואה דזה ודאי אינו בהקנאה רק בתורת הרשאה אתי עלה וכמש"כ התוס' בב"ק ד' ע' ד"ה אמטלטלי דכפריה והרא"ש שם וע"כ לא הביאו ראיה זו] ואפשר לדחות ראיה זו דהא בקיצי דמייהו איך יבא החפץ לרשות המוכר דהא נגמר המקח ונשאר החפץ להלוקח וע"כ מיירי בלא אתי לרשות המוכר ואי דנימא דמיירי דאירע דבא החפץ לרשות הבעלים ה"ל להש"ס לפרש דמיירי בבאו לרשות הבעלים משא"כ בהקדישו ניזק הא עומד לבא לרשותו:

ענף ב:

ומצאתי במרדכי פ"ק דב"מ עלה דאמרו שם דף ז' כל ממון שאין יכול להוציאו בדיינים אינו קדוש וז"ל ראובן היה מחזיק בבית א' ושמעון היה מערער והלך שמעון ונתנה במתנה ללוי בעוד הבית ביד ראובן לסוף הלך שמעון והוציא מיד ראובן בדיינים עתה תובעו לוי וא' כי הבית נתת לי במתנה ושמעון משיבו כי לא היתה ברשותי דין זה פסוק מהא דאמרו שם ממון שא"י להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש הא יכול להוציאו בדיינים הקדישו קדוש וכיון דשמעון יכול להוציאו בדיינים מתנת לוי מתנה ודוקא אם הוציאה שמעון בדיינים אבל אם אין יכול להוציאו בדיינים שאין לשמעון עדים והוציאה

שמעון מלוי בחזקה אין מתנת לוי מתנה ודוקא מתנת קרקע אבל מתנת מטלטלי אע"ג שיכול להוציאו אין מתנתו מתנה דאריו"ח גזל כו' לפי שאינו ברשותו ואוקימנא דריו"ח במטלטלי כו' עכ"ל הרי להדיא דבמטלטלי גזולים אף היכא דאתי ליד הנגזל דומיא דעובדא דבית הנגזל הנ"ל ואפ"ה כתב להדיא דאין מתנתו מתנה משום דהיתה המתנה בעת דלא אתי לרשותו וכן בקרקע היכא שאין לו עדים שיכול להוציאו בדיינים אף דאתי ליד הנגזל אפ"ה אין המקבל מתנה מוציא מיד שמעון ואין המקבל מתנה יכול לומר להנגזל הא אתה תופס חפץ שאינו שלך דהא שייך אלי אחר דאתי לרשות וע"כ מוכח מהמרדכי דאף דאתי לרשותו לסוף לא חל ההקנאה למפרע ודלא כהשמ"ק הנ"ל ולכן שפיר סתם הטור ושו"ע סוף סי' שנ"ד סעי' ו' דגנב וגזל א"י להקדיש ולא כתבו לחלק דהיינו בלא באו לרשותו אבל בהגיע לרשותו חל ההקדש ושפיר נקטו לדינא דלא כהשמ"ק הנ"ל:

והנה רש"י פסחים ד' ל' כ' דהא דמלוה טריף משדה המשועבדת משום דמחמת השעבוד הוי כמו דבר דאינו ברשותו וע"כ אין מכירתו והקדישו מהני כלל משום דמה ביתו כו' עכ"ל וקשה לי דא"כ אף סילק הלוה להמלוה במעות וכה"ג דלא בא המלוה לטרוף מ"מ יתבטל המכירה משום דעכ"פ בעת המכירה היה דבר שאינו ברשותו מחמת השעבוד לשיטת רש"י הנ"ל:

וראיתי להקצה"ח סי' קי"ז ס"ק ב' שכתב דזה הוי כמו באומר שדה שמשכנתי כשאפדנה תקדש דקדשה משום דבידו לפדותה דבכתובות ד' נ"ט עכ"ל הקצה"ח אבל זה לא נהירא לי דהא מוכח בכתובות ד' הנ"ל דלא חל ההקדש במה דאמר שדה זו שמשכנתי כשאפדנה כו' רק בעת שפדה ולא למפרע דהא אמרו שם גבי קונם שאני עושה לפיך לכי מגרשה דמי איכא מידי דהשתא לא קדיש ולקמיה קדיש ומדמו זה לאומר שדה זו שמשכנתי כשאפדנה כו' אלמא דלא חל מעכשיו ההקדש וכמו בקונם מ"י דדוקא לכי מגרשה חייל ולא למפרע בעודה תחת בעלה. דאל"כ איך מדמין אותן הש"ס להדדי וע"כ מוכח דגם שדה שמשכנתי שהקדיש אינו חל ההקדש רק בעת שפדאה וכן מבואר ברמב"ם פ"ו ה' ערכין ה' כ"ט דבשדה הממושכנת והקדישה כשאפדנה דחל ההקדש מעת שפדאה וכ"כ התוס' כתובות שם ד"ה שדה זו שמשכנתי כו' דבעודה ממושכנת לא חל ההקדש והקשו ע"ז מהא דרב מרי בר רחל דב"מ ד' ע"ג וכמש"כ הש"ך ביו"ד סי' רנ"ח ס"ק ט"ז בשדה זו שמשכנתי תקדש כשאפדנה דקדוש כשיפדה ולא מקודם ע"ש בסעי' ז' וע"כ תי' הקצה"ח הנ"ל אינו מספיק לתרץ דברי רש"י הנ"ל: ואפשר לומר דשיטת רש"י הוא דלמסקנת הש"ס דאמרו שם בכתובות דשאני בשדה המושכנת דבידו

לפדותה א"כ לפ"ז באמת אף מהשתא קדוש ולא כמו דדימו זה מעיקרא להא דקונם מ"י לכי מגרשה אלא באמת לפי סברא זו דבידו לפדותה ממילא הוי קדוש למפרע בעת שהקדישה והיה מתורץ לפ"ז קושיית התוס' שם מהא דרב מרי כו' אבל זהו נגד כל הפוסקים הנ"ל וע"כ נראה לי לומר דרש"י יסבור כשיטת השמ"ק הנ"ל דאף בדבר שאינו ברשותו היכא דאתי לרשותו לאח"ז אז חל הקדישו ומכירתו למפרע וע"כ אף דמחמת השעבוד הוי זה לאינו ברשותו לשיטת רש"י הנ"ל עכ"ז כשסילק להמלוה הוי למפרע ברשות הלוה וחל מכירתו שפיר אבל גם זה אינו מספיק לתרץ שיטת רש"י הנ"ל דא"כ מבעי להיות דמקודם שיסלק להמלוה יהיה יכול הלוקח או הלוה לבטל המכירה וכמו כל מוכר חפץ הגזול:

וע"כ יותר נראה לומר דס"ל לרש"י דדוקא בהא דכתובות גבי שדה ממושכנת דס"ל להרבה ראשונים דלכן אינו חל ההקדש מעכשיו משום דאינו יכול להפקיע שעבוד של חבירו דאם יוקדש אז יאסר המלוה לאכול הפירות וע"כ אינו חל ההקדש מיד כמש"כ בקונטרס אחד מכבר בארוכה בכ"ז ולכן אף דנימא דזה הוי דבר שבידו מ"מ הא לא מצי להפקיע שעבוד חבירו. אבל היכא דע"י המכירה לא יפקיע זכות חבירו דהא יהיה מצי המלוה טריף מלקוחות משום ה"ט דכתב רש"י דע"י השעבוד הוי דבר דאינו ברשותו ע"כ היכא דסילק להמלוה אז אמרינן דחל המכירה למפרע ובכה"ג דפדה לא מקרי זה דבר דאינו ברשותו ודומה להא דקדושין דף ס"ב באמר פירות ערוגה זו מחוברת יהיה תרומה על פירות ערוגה זו תלושים כשיתלשו ונתלשו מהו א"ל כל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי ופי' רש"י דאחר שנתלשו הוי תרומה למפרע כו' וע"כ מוכח דהא דקאמרי בגמרא שם יהיה תרומה כשיתלשו היינו משום דבלא אמר כשיתלשו הוי דינו כמו מחובר דלא מהני בזה קריאת שם לתרומה אף דהוי בידו לתלושי רק כשאמר כשיתלשו אז מהני למפרע קריאת שם על התרומה מעת ההיא משום דהוי בידו לתלוש וכשיתלש ומקיים כן אז מהני סברא דבידו על למפרע ובמה דהוי בידו לא שייך בזה לומר אין ברירה וכמש"כ התוס' בגיטין ד' כ"ה ד"ה ולכי מיית הוי גיטא כו' ועיין ביו"ד סי' של"א סעי' נ"ה וברמב"ם פ"ה ה' תרומות וידעתי דיש לדחוק בכוונת רש"י דקדושין הנ"ל אבל האמת פשטת דברי רש"י כמש"כ:

ולפ"ז ה"ה במוכר שדה משועבדת לאחר שפדה אז מהני הסברא דבידו לפדותו על למפרע דחל המכירה אז דהא לא הוי בזה הפקעת השעבוד של המלוה דהא אף דיחול המכירה אם פדה לאח"ז מ"מ אם לא פדה לא חל המכירה וע"כ לא הוי בזה הפקעת השעבוד כלל ודוקא במשכנתא דהמלוה אוכל הפירות לא חל ההקדש מהשתא כלל

משום דיפסיד אכילת פירות כנ"ל ולכן שפיר כתב הקצה"ח בשיטת רש"י דס"ל דזה דומה לאומר כשאפדנה כו' רק לא כמש"כ הקצה"ח דגבי שדה שמשכנתי כו' ג"כ חל למפרע דז"א אלא יש לחלק בין שדה ממושכנת ובין שדה המשועבדת כנ"ל ודוקא כל זמן דלא קיים סילוק המעות אז אמרינן דזה הוי מחוסר ממונא דלא אמרי' הואיל אכן כשמקיים ופודה אז מהני סברא דבידו לפדותו למפרע ואף דלא אמר בפירוש כשאפדנה הוי בזה סתמא כפירושו משום דזה ידוע לכל דכ"ז שלא פדה לא חל המכירה וא"ש דברי רש"י דפסחים הנ"ל:

ענף ג:

ולכאורה יש להקשות על שיטת רש"י דפסחים הנ"ל מהא דב"מ ד' י"ד דמקשה הש"ס על שמואל דס"ל בלא הכיר בה דמעות יש לו שבח אין לו משום ריבית מהא דלשבח קרקעות כיצד כו' א"ל תריץ בבע"ח כו' ופירש רש"י דמכירה מעלייתא הוי כל זמן שלא טרפה כו' ולשיטת רש"י דהא דבע"ח טורף משדה משועבדת זהו משום דהוי כמוכר דבר שאינו ברשותו משום דרש"י ס"ל דמצד סברא דשעבוד לא מצי טריף לפי דס"ל כעין סברת התוס' בגיטין דף מ' דכיון דחל שעה א' תו לא פקע רק התוס' ס"ל כן דוקא גבי קדושת הגוף: ורש"י ס"ל כן גבי מכירה להדיוט רק קדושת הגוף לשיטת רש"י שאני משום דחל אף על דבר דאינו ברשותו וכיון דלשיטת רש"י טורף מלקוחות משום דהוי כמוכר דבר שאינו ברשותו דלא חל המכירה כלל כמו כל מוכר דבר דאינו ברשותו א"כ גם בבע"ח הטורף לא ה"ל להלוקח לגבות השבח והפירות לשיטת שמואל דס"ל בלא הכיר שהיא גזולה ה"ל ריבית א"כ ה"ה בבע"ח הטורף דלא חל המכירה כשלא פדה ה"ל כמו ריבית ואפשר לומר דדוקא למאן דס"ל שעבודא דאורייתא דמה"ת טריף מלקוחות בזה הוכרח רש"י לומר דמחמת השעבוד דאורייתא הוי כמו אינו ברשותו אבל למאן דס"ל שעבוד לאו דאורייתא ומה"ת הוי מכירה מעלייתא ע"כ שפיר שרינן בבע"ח הטורף מהלוקח דיטול הלוקח שבח ופירות ולא מקרי ריבית כיון דמה"ת חל מכירתו ולכן לשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא כמבואר בסוף ב"ב וקדושין ד' י"ג אין בבע"ח הטורף חשש ריבית אף לשיטת שמואל דס"ל בלא הכיר בה אין לו שבח ושפיר תי' שם הגמרא בבע"ח ולטעמיה דשמואל:

והעיקר מה דנראה לי פשוט לשיטת רש"י הנ"ל והוא דלכאורה יש להוכיח לשיטת שמואל דס"ל בלא הכיר אין לו שבח ובמשנה מיירי בבע"ח כנ"ל א"כ יהיה מוכח דשמואל ס"ל דלא כאביי דאמר למפרע גובה דלאביי דס"ל למפרע גובה ואחר שגבה הוי של המלוה למפרע וא"כ יש לדון דהוי ג"כ מקח טעות גבי הלוקח והוי ריבית אם יטול

הלוקח השבח והפרי לשיטת שמואל והא לא מצינו לרב דפליג בזה על שמואל ע"כ אין סברא לומר דאביי יפלוג בזה על שמואל ועיין ברש"י ב"ק ד' ל"ג ע"ב ד"ה הא נמי רבה אמרה כו' אבל באמת ז"א הכרח כלל דהא כתבו התוס' בב"ק ד' ל"ג ד"ה איכא בינייהו כו' דלר"י אף למ"ד למפרע גובה לא קדיש השבח עד שיגבנו עכ"ל משום דזכות הפירות והשבח של השדה הוי כמו דשייר הלוה לעצמו. רק גוף השדה בזה אמרו למפרע גובה דהוי כהקנה לו השדה בתנאי אם לא יסלקו מעות וכעין זה העיר כבר בני היקר וכו' מו"ה צבי שיחיה בהא דב"ב ד' קל"ג ברשב"ם ד"ה וחכמים אומרים תקרע כתובתה ותעמוד על מתנתה וכתב הרשב"ם דמחילה בטעות ליתא משום דהא בע"ח מכאן ולהבא הוא גובה עכ"ל ותקשה עדיין לאביי דס"ל למפרע גובה מהא דחכמים אומרים הנ"ל ובאמת יש לתרץ זה ואכמ"ל]. ולפ"ז י"ל ה"ה אף לשיטת רש"י דמחמת השעבוד הוי כמוכר דבר שאינו ברשותו די"ל דז"א רק על גוף השדה:

אבל על זכות הפירות שיש להלוה עד זמן שיגבנו המלוה זה ודאי הוי ברשות הלוה ומהני מכירתו בזה משום דזכות הפירות עד זמן הטירפא של הלוה הוא ברשותו וע"כ מהני מכירתו בזה ואף דמצינו בח"מ סי' קפ"ב סעי' ח' במכר לו סאתים ונמצא שאין לו רק סאה דיכול הלוקח לחזור ולומר לכולו הייתי צריך עכ"ז היכא דלא ירצה הלוקח לחזור חל מקחו ועיין בט"ז סי' רט"ז ובמח"א ה' זכייה סי' א' וה"ה הכא י"ל דבאמת מכר הלוה להלוקח שני קנינים א' לקנין הגוף של השדה והב' לקנין פירות שיש להלוה בהשדה עד שיטרוף ממנו ומסתמא לא ירצה הלוקח לבטל מכירתו לזכות הפירות כדי שיהיה יכול לטרוף הפירי והשבח מהלוה וע"כ לא מצי הלוה לחזור וליטול השדה מהלוקח כ"ז שלא טרפו ממנו השדה משום דהא חל המכירה לשעתו כנ"ל. ואתי שפיר דברי רש"י הנ"ל:

הגה"ה ולפי שיטת רש"י הנ"ל יש לדון בהא דמבואר בח"מ סי' קט"ז בבא בע"ח וטריף מהלוקח דשיטת המחבר בשם בעה"ת והטור דאם לקח באלף והוזלה בשעת טירפא ואינו שוה אז רק ת"ק דכותבין לו טירפא באלף. והש"ך הביא שם שיטת הרבה פוסקים החולקים וס"ל דלא מגבינן רק כפי מה שהיא שוה בעת הטירפא והקצה"ח שם הוכיח מדברי התוספות דפ"ק דב"ק וב"מ בראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליו עסיקין משהחזיק אינו יכול לחזור בו ודווקא שלא באחריות אבל באחריות לא והקשו התוס' משהחזיק בה לימא לו שקול ארעך בזוזך ותי' בב"ק כגון שהוזל וא"כ למה חילקו בין אחריות או לא הא גם משום חיוב אחריות אינו משלם אלא כפי שהוא שוה עכשיו ויכול לומר שקול ארעך בזוזך וע"כ מוכח דהתוס' ס"ל דכותבין הטירפא

כפי שעה שקנו עכ"ל הקצה"ח ולדעתי יש לדחות ראיית הקצה"ח משום די"ל דדוקא בבע"ח הטורף בזה כתבו הפוסקים דכותבין הטירפא רק כפי שהוא שוה עכשיו משום דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ולא נתבטל המקח אבל בהא דב"ק דיצאו עליו עסיקין דפי' רש"י שם דעסיקין היינו עוררין לומר שלנו היא אלמא דמיירי בשדה הגזולה דהנגזל בא וטורף דבזה הוי מקח טעות כמש"כ התוס' בב"מ ד' י"ד ד"ה שעבוד צריך לימלך כו' וכיון דהוי מקח טעות במכר שדה גזולה ע"כ בודאי חייב להחזיר להלוקח כל דמיו שנתן וכמו כל מקח טעות או מום במקח דהדמים חוזרים לבעליהם. משא"כ בבע"ח הטורף דמכאן ולהבא גובה לא הוי ביטול מקח ובני היקר מו"ה צבי שיחיה הוסיף בזה דהא אביי קאמר שם בם כן ואביי הא ס"ל למפרע גובה א"כ לדידי' גם בע"ח הטורף י"ל דהוי מק"ט עכ"ל והנ"י בב"מ בסוגיא דשבח כתב ג"כ לחלק בין גזילה ובין ב"ח הטורף ע"ש:
אבל לשיטת רש"י דפסחים הנ"ל דהא דבע"ח טורף ממשעבדי משום דהוי כמוכר דבר דאינו ברשותו ולפ"ז יש לדון לפי מה דנתבאר לעיל דלכן חל המכירה לשעתו כ"ז דלא בא הבע"ח וטרף. משום דהוי כמו שדה שמשכנתי לכשאפדנה תקדש משום דבידו לפדותה. א"כ זה אינו שייך רק בסילק להבע"ח. משא"כ אם בא הבע"ח וטרף מן השדה בזה י"ל דנתבטל המקח למפרע דהא כ"ז דלא פדאה א"כ הא הוי מחוסר ממונא דלא אמרינן הואיל כמבואר בפסחים ד' מ"ו בר"ן שם ובמג"א סי' תמ"א א"כ הוי כמו מכר דבר דאינו ברשותו דבטל המקח למפרע וכן לפמש"כ דלא נתקיים המקח רק בזכות קנין פירות שיש להלוה אבל קנין הגוף הוי כמוכר דבר דאינו ברשותו א"כ בבא הבע"ח וטריף יכול הלוקח לומר לכולו הייתי צריך כנ"ל א"כ נתבטל המקח למפרע משום מוכר דבר דאינו ברשותו והוי מק"ט דכל הדמים חוזרים לבעליהם דכותבין הטירפא כפי הסך שנתן להמוכר וכן יש לדון לשיטת רש"י הנ"ל. וקצרתי בכ"ז, ע"כ הגה"ה:
א"כ נתבאר דמשיטת רש"י דפסחים הנ"ל אינו מוכח דס"ל כשיטת השמ"ק הנ"ל וכן מוכח לפמש"כ בקונטרס א' לבאר דלשיטת הרמב"ם והמרדכי בשם ר"ת בב"ב ס"פ המוכר את הספינה דמוכח דס"ל דלכן אינו יכול להקדיש שדה הממושכנת כ"ז שהוא ממושכן ת"י המלוה משום דמחמת המשכנתה הוי כמו דבר דאינו ברשותו של הלוה כ"ז דלא פדאה ואינו יכול להוציאו בדיינין משום דמצד השעבוד הא ס"ל דאף הקדש דמים מפקיע מידי שעבוד והארכתי לבאר כל זה בקונטרס א' א"כ ממילא מוכח מזה דלא ס"ל להכלל של השמ"ק הנ"ל משום דלהשמ"ק אף בלא טעם דבידו לפדותה דאמרו בכתובות ד' נ"ט חל ההקדש בתר דאתי לרשותו כשפדאה לפי הכלל של השמ"ק הנ"ל ובאמת הא אמרו בכתובות ד' נ"ט דדוקא משום דבידו לפדותה חל ההקדש במשכנתא

וע"כ מוכח דס"ל דמוכר דבר דאינו ברשותו דאף דאתי לרשותו לאח"ז אינו חל המכירה או ההקדש וכן הוכחתי לעיל מהמרדכי פ"ק דב"מ דלא ס"ל כהשמ"ק בזה וכן שארי הוכחות לכן שפיר דחו הפוסקים להכלל של השמ"ק הנ"ל דלדינא לא קיי"ל כן:

סימן עד

(סעי' ב') ש"ך (ס"ק ט') דמהני כשיתן ליד ב"ד עיין לעיל בחידושי לסי' ע"ג סעי' ח' מזה:

א (שם סעי' ג') ש"ך (ס"ק י"ב) הביא בשם הש"ג שהלואות שעושים בזה"ז בעלי החנויות וקובעים ליתן להן ריוח עד זמן זה הוקבע נמי לטובת המלוה ומצי המלוה לעכב מלקבל הפרעון דניכר לעינים הוא עכ"ל וכ"כ הסמ"ע ס"ק ז' והקשה האו"ת בס"ק ו' דמ"ש ממקבל עיסקא דמבואר בסי' קע"ו סעי' כ"ג וביו"ד סי' קע"ז סעי' ל"ו דיכול לחזור כדין פועל שחוזר בחצי יום וכן הקשה הקצה"ח ס"ק א' והנתיבות ס"ק ד' תירץ דמיירי בעיסקא שעושין בזה"ז שמפשרין עם המקבל ליתן סך קצוב לשנה וכשחוזר בו מ"מ מחוייב לבא לחשבון וליתן לו חצי ריוח כו' עכ"ל:

ענף א:

והנלע"ד בזה והוא דהקצה"ח בסי' קע"ו ס"ק ח' כתב בשם השמ"ק פ' המקבל דהא דהמקבל עיסקא חוזר בתו"ז דמ"מ אין לו חצי הריוח דרווחא לקרנא משתעבד ואין לו בריוח עד שישלים פעולתו לזמן הקצוב ועפ"ז תירץ לקושיית הב"ש באה"ע סי' ל"ח סעי' י"ח:

אכן הנתיבות בסי' קע"ו ס"ק מ"א השיג על הקצה"ח והעלה דא"א לומר כך דהא כשפועל חוזר באמצע חייב הבעה"ב לשלם לו השכירות עד שעת החזרה כו' והשמ"ק לא כתב כן רק בשני מקבלים שהשני עדיין עוסק בהמעות ולכן שייך לומר רווחא לקרנא משתעבד שאפשר שיהיה היזק בהקרן אבל במקבל אחד כשאומר לא אעסוק בהקרן ודאי דנוטל חלקו בהריוח שהיה לו עד עכשיו עכ"ל הנתיבות ולכן הנתיבות שכתב הכא דאם חוזר מחויב ליתן להנותן את חצי הריוח אבל חצי הריוח של הפלגא מלוה נשאר להמקבל ונוטלו זהו משום דאזיל הנתיבות לטעמי' דס"ל בסי' קע"ו דהמקבל נוטל חצי הריוח שעלה, על חלקו מן פלגא מלוה וחולק על הקצה"ח כנ"ל:

אבל העיקר הוא כמש"כ הקצה"ח בסי' קע"ו דאם חוזר בתו"ז אין לו חלק בהריוח דמש"כ הנתיבות דהשמ"ק מיירי בשני מקבלים זה אינו דהא כן כתב הר"נ בחידושיו ב"מ ד' ק"ה על מה דאמר רבא שם האי מאן דקביל עיסקא מן חברי' ופסיד טרח ומלייי' ולא אודעי' לא מצי אומר לי' וכתב וא"ת אפי' אודעי' כל כמיני' והא אמרינן בסמוך רווחא

לקרנא אשתעבד כו' וי"ל דשאני הכא דאכתי ליתא לרווחא כו' אבל ההיא דבסמוך דאיתי לרווחא אשתעבד לקרנא דנהי דמצי מיהדר בי' אפ"ה לא מצי למיפלגי' לרווחא מקמי זימני דלקרנא משתעבד עכ"ל הר"נ וכ"כ הנימוקי יוסף שם בשם הר"נ וכ"כ השמ"ק שם בשם הר"נ על האי מימרא דרבא דמיירי בחד דמקבל עיסקא מן חברי' והקשו כולם ממה דאמר אח"ז בהני בי תרי דעבדי עיסקא דרווחא לקרנא משתעבד ולא כתבו לחלק דשא"ה בשנים שקבלו עיסקא וכמש"כ הנתיבות לחלק דשא"ה שהשני עדיין עוסק בהמעות כו' משא"כ לעיל מינה דמיירי בחד דמקבל עיסקא דחוזר בו כדין פועל לא אמרינן בזה רווחא לקרנא משתעבד ומדלא כתבו לחלק כן אלא כתבו דשאני הכא דליכא רווחא אבל אם יש רווחא אף ביחיד העוסק בו אינו נוטל הריוח אלא אמרינן רווחא לקרנא אשתעבד א"כ מבואר להדיא בכל הראשונים הנ"ל דהמקבל עיסקא החוזר אינו נוטל הריוח משום דאין לו חלק בהריוח עד שישלים פעולתו לזמן קצוב והעיקר כהקצה"ח בזה:

ומה שהקשה הנתיבות דמ"ש מפועל החוזר דנוטל שכר פעולתו עד העת דחזר בו יש לומר דס"ל להראשונים הנ"ל לחלק בין רווחא לשכר פעולתו דהא מצינו כעין זה בב"מ ד' ק"ט דרב יוסף ה"ל ההוא שתלא שכיב ושבק חמשה כו' דאמר ר"י האי שתלא דשכיב יורשי דילי' מסתלקין בלא שבחא ולאו מילתא היא ולכאורה קשה על מימרא דר"י כו' דאמר דשתלא דשכיב מסתלק בלא שבחא דהא מצינו בב"מ ד' ע"ז דהשוכר הפועל ושמע שמת לו מת או שאחזתו חמה אם שכיר הוא נותן לו שכרו ואם קבלן הוא נותן לו קבלנותו ולא אמרינן בזה ידו על התחתונה משום דאנוס הוא וכמו דפסקו בח"מ סי' של"ג סעי' ה' דבנאנס נוטל שכרו מה שעשה וידו על העליונה וזהו מברייתא מפורשת בב"מ הנ"ל א"כ קשה על האי מימרא דר"י איך אמרו דאם מת דיורשיו מסתלקי בלא שבחא הא לא גרע מן אונס דאירע לפועל דאף דאינם יכולים לגמור מלאכתן מ"מ לא הפסידו שכרן אף בקבלנות ומ"ש שבחא דס"ל לר"י דאם מת אין היורשין נוטלין בשבח אף במה שעשה אביהן להשבח עד מיתתו ובוודאי לא יפלוג ר"י על ברייתא מפורשת:

וע"כ מוכח לחלק בין שכירות פעולתו ובין רווחא דשבחא שייך לומר אומדנא דלא נתן לו השבח אלא באופן דיגמור כל זמן פעולתו ואונסא לא חייבי' רחמנא כמבואר בסי' כ"א משא"כ בשכירות פעולתו דאף בלא קציצתו מגיע לו שכירותו אף בירד שלא ברשות ע"כ לא שייך אומדנא בזה כן י"ל בסברת ד"י דס"ל דאם מת מסתלק בלא שבחא והא דקיי"ל דלא כר"י בזה אלא דיורשיו נוטלים השבח במה שעשה אביהן כמבואר בסי' שכ"ט היינו אם מת דהוי אונס ע"כ נוטלין להשבח כי בזה לא היה האומדנא כיון דנאנס אבל אם חוזר בו באמצע זמנו שייך שפיר אומדנא בזה כי על אופן שיחזור בו

בתו"ז לא הבטיח לתת לו הריוח ואין לחלק דשאני התם בשבחא דנוטל המקבל מן שדה של הנותן ע"כ שייך התם שפיר לומר אומדנא דלא הבטיח לתת לו חלקו בהשבח רק באופן שיעשה כל זמנו משא"כ הכא בעיסקא שנוטל המקבל חלק הריוח שלו מהפלגא מלוה שהלוהו דזה אינו דהא גם בזה גופא שייך לומר האומדנא הנ"ל דהלוהו רק באופן שיעשה השתדלות העיסקא בכל זמנו כדמצינו כה"ג בח"מ סי' ל"ט סעי' ד' דאם הלוה חוזר מהשטר דיכול המלוה לחזור בו וליטול מעות ההלואה. וזהו ע"פ אומדנא דלא הלוהו אלא ע"מ כן וכעין זה כתב הקצה"ח בסי' קצ"א ס"ק ג' בקידשה לאחר שלשים יום דאם חוזרת בה לאחר למ"ד דנעשית גזלן למפרע דעל אופן שתחזור בה לא הרשה לה ע"ש ומה שהשיג הנתיבות שם יש לחלק בזה וקצרתי וכן מצינו במכר חפץ לחבירו כיון שחבירו אינו מקיים לשלם לו המחיר אז הוי החפץ גזל בידו למפרע כמש"כ השמ"ק והרי"ף בתשובה והובא בנתיבות סי' ק"ץ ס"ק זיי"ן ובאה"ע סי' ק"כ בח"מ ובמח"א. וזהו מטעם אומדנא דאם אינו מקיים עיקר פרטי המכירה דנתבטל המכירה למפרע וכמו בעייל ונפק אזוזי אלמא דמצינו אומדנא כזה:

וה"ה יש לומר כן לאומדנא זו הכא שהלוהו ומסר לו העיסקא דהוי פלגא מלוה וכיון שהתנה עמו דיעסוק בה בתורת עיסקא שיהיה פלגא מלוה א"כ הוי אומדנא כמו שהתנה עמו שאם יחזור בתו"ז שלא יהא כל המעות שבידו רק בתורת פקדון ומה שהרויח במעות שייך הכל לבעל המעות כמבואר בסי' רצ"ב סעי' זיי"ן בהג"ה ע"ש בסמ"ע ואף דמצי לחזור בו כדין פועל עכ"ז לא יטול הריוח דיהיה חלק הריוח של הפלגא מלוה משועבד לקרנא כמו שמשועבד הריוח של הפלגא פקדון כיון שנעשה העיסקא באופן שאין בו איסור ריבית ועכ"פ כמו דמצינו חילוק בין שבחא לשכר פעולה בשתלא כנ"ל לחד מ"ד ה"ה דס"ל מה"ט לכל ראשונים לחלק בין רווחא לשכירות פועל גבי המקבל עיסקא ולכן כיון דס"ל לכל הפוסקים הנ"ל דאם חוזר בו המקבל בתו"ז דאינו נוטל חלק הריוח כן נקטינן לדינא וכן משמע בטור ח"מ סי' ק"ח סעי' ז' ובמחבר שם סעיף ד' במקבל עיסקא שמת דאם יש ריוח יורשי הלוה נוטלים חלקם וכתב הסמ"ע ס"ק י"ט דפירושו הוא דלא אמרי' רווחא לקרנא משתעבד עד כלות הזמן ועדיין לא כלה זמן העיסקא עכ"ל דמשמע דדוקא במת המקבל בתו"ז דהוי אונס בזה נוטלים היורשים הריוח כמו הא דב"מ דף ק"ט דפסקו דנוטל היורש בהשבח דלאו מילתא היא כנ"ל וכמבואר בסי' שכ"ט אבל אם המקבל חי וחוזר בתו"ז מלהתעסק משמע דאז אינו נוטל חלק בריוח דאל"כ למה נקטו הך דינא ביורשים דוקא וכ"כ הרי"ף לב"מ פ"ט והובא ג"כ ברא"ש פ"ט ב"מ סי' ט' ע"ש

שכתבו בזה"ל דאי איכא רווחא בהאי שעתא דמית שקלי מיני' היורשים דמשמע מזה דבמקבל עצמו דחוזר בתו"ז אינו נוטל חלק הריוח ומוכח מזה כמש"כ הקצה"ח:

ענף ב:

אמנם מן התוס' דב"מ ד' ק"ה ע"א ד"ה הני בי תרי כו' שכתבו שהמקבל יכול לחזור קודם הזמן ולומר לא אטרח עוד ואטול מה שיגיע לידי עד הנה דפועל חוזר כו' עכ"ל אלמא דס"ל להתוס' דאם חוזר בתו"ז דמ"מ נוטל חלק הרווח שלו וזהו כמש"כ הנתיבות ודלא כהקצה"ח. ומ"מ י"ל דגם מן התוס' אינו סתירה להקצה"ח והוא דהא כבר כתבתי בשם הנימוקי יוסף לב"מ בסוגיא ד' ק"ה במימרא דרבא דהאי מאן דקביל עיסקא כו' דאם היה רווחא אינו נוטל אם חוזר בתו"ז אף שמתעסק ביחיד כנ"ל. ואלו שם במימרא דאמר רבא הני בי תרי דעביד עיסקא כו' כתב הנ"י בזה"ל אמר המחבר מהכא דמוקמינן בשותפין שקבלו עיסקא מבעה"ב ולא נקט האי מאן דמקבל עיסקא כו' ונראה לי דטעמא דלא גרע מפועל שיכול לחזור בו ואם הוא אינו משתעבד נכסוהי לא משתעבדי כו' עכ"ל הנ"י וכוונתו במש"כ הנ"י נכסוהי לא משתעבדי דזהו במה שנוטל חלקו בהריוח וכמש"כ התוס' דאל"כ איך שייך לומר דנכסוהי לא משתעבדי:

ועיין בח"מ סי' קע"ו סעי' ט"ו בטור וב"י שם א"כ לפ"ז סתרי דברי הנ"י למש"כ שם לעיל מינה דאם איכא רווחא אינו נוטל אם חוזר בתו"ז אף אם מתעסקו ביחידי כנ"ל:

וע"כ נ"ל לפרש לדברי הנ"י והתוס' הנ"ל ע"פ מש"כ לעיל לתרץ מה שהקשה הנתיבות על הקצה"ח דמ"ש מכל פועל דחוזר בתו"ז דנוטל כל שכירותו עבור מה שעשה וכתבתי לחלק דס"ל להראשונים הנ"ל דשאני רווחא דאיכא אומדנא בזה דנותן לו אם לא יחזור בתו"ז אבל שכירותו נוטל דהא בזה לא שייך אומדנא כלל דהא אף אם לא קצץ לו שכירותו ג"כ חייב לו שכירותו כמו לכל יורד שלא ברשות ואף דהוי נפ"מ אם לשלם לו כפחות שבפועלים או כפי הקצבה עכ"ז כיון דזהו אין נפ"מ רק במילתא זוטרתי ע"כ לא אמרו בזה האומדנא הלז ולפ"ז הדין נותן בקבלן עיסקא החוזר בתו"ז דאין נוטל חלק הריוח אבל שכירות משלם נוטל דאף דאמרו במקבל עיסקא דאינו משלם לו רק כפועל בטל כמבואר בב"מ ד' ס"ח וביו"ד סי' קע"ז דזהו לפי דנתרצה בתשלומים הללו ומשום אבק ריבית הקילו בי' כמש"כ הרא"ש וש"פ שם וכ"ז אם מקבל חלקו בהריוח אבל אם אין נוטל חלקו בהריוח דאז מגיע לו שכיר משלם עבור מה שעשה וכדין כל פועל החוזר בתו"ז דנוטל כל שכירותו כפי שקצבו לו בעד מה שעשה דכיון דאין נוטל חלקו ריוח ע"כ לא נתרצה על שכירות כפועל בטל אלא נוטל שכירותו משלם:

וי"ל דזהו כוונת הנ"י שכתב דהמקבל חוזר בתו"ז וגם נכסוהי לא משתעבדי דזהו לפי דנוטל שכירותו משלם ואין הנותן יכול לעכבו להשכירות שלו אף דחוזר בו וכדין כל פועל. וכן הוא כוונת התוס' במש"כ דהמקבל יכול לחזור בו ולומר לא אטרח עוד ואטול מה שיגיע לידי עד הנה היינו דנוטל כל שכירותו משלם המגיע לו עד הזמן שעשה ומש"כ שיגיע לידי זהו לאו דוקא דהכוונה הוא דמה שמגיע לו שכירותו זהו נוטל אבל הריוח אינו נוטל דאין סברא לחדש פלוגתא ולומר דהתוס' יפלגו על כל הפוסקים שהובא לעיל וסעד לדברינו הוא מן מש"כ המרדכי בב"מ פ' המקבל על הא דדף ק"ה שם בהאי מימרא דהנהו בי תרי דעביד עיסקא כו' דכתב ג"כ דהמקבל חוזר בו בתו"ז ולומר לא אטרח עוד ואטול את טרחי שעד הנה ואין בעל עיסקא יכול לעכב כמו פועל שיכול לחזור בחצי היום ואינו מפסיד כו' הרי שכתב אטול את טרחי דזהו על שכירותו דנוטל דהא על רווחא לא שייך לומר לשון דזהו טרחי ומוכח מן המרדכי ג"כ דהריוח אינו נוטל רק השכר טרחתו נוטל וכמו כל פועל דאינו מפסיד שכירותו מה שעשה וכמש"כ הנתיבות לדמות זה לפועל שנוטל שכרו בעד מה שעשה אבל הריוח אינו נוטל דהא הריוח אינו בעד טרחתו רק בעד חלק מלוה שלו שמעותיו הם מרויחין ולכן ברור הוא דמן המרדכי הנ"ל משמע כמש"כ בכוונת התוס' ועיין במרדכי שם דיש גורסין ואטול מה שיגיע לידי עד הנה וזהו כמש"כ התוס' בלשונם ובאמת הכל חדא הוא:

ונתבאר דהעיקר לדינא הוא כמש"כ הקצה"ח דמקבל החוזר בתו"ז דאינו נוטל חלק הריוח שעל חלקו רק שכירותו משלם בעד מה שעשה נוטל ודלא כהנתיבות דהא כן הוא שיטת הר"נ והנ"י והשמ"ק והרי"ף והרא"ש והטור והשו"ע בסי' ק"ח כנ"ל וכן הוא שיטת המרדכי וגם מן התוס' אין הכרח דיפלגו בזה ולפ"ז א"ש מה שכתב הש"ג בבעלי החנויות דאין יכולים לחזור בתו"ז ולסלק להמלוה דזהו באם איכא רווחא אינו יכול לסלק להמלוה וליטול הריוח לעצמו משום דהזמן נתקן לטובת המלוה ורווחא לקרנא משתעבד וראיתי בפסקי תוס' בב"מ ד' ק"ה שכתב דהמקבל סחורה חוזר בו קודם הזמן ונוטל כפי מה שעלה לחלקו עכ"ל הנה מן לשון זה משמע דנוטל את הריוח של חלקו דאלו על שכר טרחתו לא שייך לומר בזה שעלה לחלקו ועכ"ז הא נתבאר דמן לשון התוס' עצמו אין ראי' לזה ומש"כ התוס' והמרדכי שם דהמקבל עיסקא חוזר בו כו' אבל בעל העיסקא יכול להיות שאין יכול לחזור כו'. אין זה סתירה לדברינו וקצרתי:

ענף ג:

ועוד י"ל לפי המבואר לקמן סי' של"ג סעי' ד' דפועל החוזר מחמת יוקר אין יכול לחזור א"כ יש לדון דה"ה במקבל עיסקא אם חוזר בתו"ז מחמת שרוצה שיתן לו יותר מן מה

שנתפשר עם הנותן דאז אינו חוזר. ולכן אתי שפיר מש"כ הש"ג דבעלי החניות אינם יכולים לחזור בתו"ז דמיירי דאם רוצים שהנותן יקבל ריוח פחות ממה שנתפשר דבכה"ג אינו חוזר אמנם בעיקר דברי הרמ"א דסי' של"ג דכתב דאם חוזר מחמת יוקר אין שומעין לו יש לדון טובא בזה והוא כי המהרי"ט ח' יו"ד סוף סי' נו"ן הביא דברי הטור הנ"ל דס"ל דאם חוזר מחמת יוקר אינו חוזר משום דס"ל דלא פטרתו תורה אלא אם רוצה לנוח ולא להשתכר כו' וה"ה אם משכיר א"ע במק"א אין שומעין לו כו' עכ"ל המהרי"ט והובא דברי המהרי"ט הנ"ל במחנה אפרים ה' שכירות פועלים סי' ז' והעיר בזה מהא דריש האומנים דמשמע דאף אם חזר מחמת יוקר שומעין לו ותירץ שם:

ולענ"ד יש לדון בזה והוא דהא שיטת תשובת מיימוני בספר קנין סי' ל"א דהא דפועל חוזר בחצי היום זהו משום דיש לו דין עבד עברי דיוצא בגרעון כסף דהא קולי דע"ע יהבינן לפועל מקו"ח השתא ע"ע דעבד איסורא ועבר על לי עבדים כו' וגופו קנוי מקילין בי' כו' והובא בקצה"ח סי' של"ג ס"ק ו' וכן כתב הרא"ש בב"מ פ"ד סי' ט' דהא דפועל חוזר זהו משום דהוי כמו ע"ע שמגרע פדיונו ויוצא עכ"ל. וכעין זה מצינו בתוס' קדושין ד' י"ז ד"ה חלה שלש כו' דיש שרצו ללמוד מזה לאותן שכירים אם חלו חצי זמן לא יהיה משלימים את זמנן כמו ע"ע דהכא כו' ודחו דאין לדמות כלל לע"ע דע"ע גופו קנוי לאדונו כו' אבל מלמד אין גופו קנוי ועוד יש לחלק כו' ועיין מזה ברא"ש בב"מ פ"ו ובתשובת מיימוני והובא כ"ז בח"מ סי' של"ג סעי' ה' ובש"ך ס"ק כ"ה אלמא דס"ל להתוס' לדמות פועל לע"ע רק דלגבי הא דחלה שלש דאינו משלים כתבו לחלק דשא"ה דגופו קנוי וע"כ אמרינן דמזלו גרם משא"כ בפועל אבל לענין יוצא בגרעון כסף שפיר יש למילף פועל מקו"ח מן ע"ע דגופו קנוי מ"מ יוצא בגרעון כסף כש"כ פועל דאין גופו קנוי דיכול להפקיע א"ע מהאדון ע"י גרעון כסף ונפ"מ למה שיבואר:

ולשיטת הפוסקים דס"ל דהא דפועל חוזר זהו משום יוצא בגרעון כסף דע"ע א"כ לפ"ז יש לומר דאף בחוזר מחמת יוקר או אם רוצה להשתכר א"ע במק"א ג"כ שומעין לו דהא זה ברור דע"ע היוצא בגרעון כסף אף ברוצה לצאת מחמת יוקר וגם רוצה להשתכר במק"א דודאי גם בכה"ג יוצא בגרעון כסף דהא זהו נלמד מן קרא והפדה כמבואר בקדושין ד' ט"ז וד' ט"ו ע"ב רש"י ד"ה ומה מי שאינו נגאל באלה כו' וכן במשנה קדושין ד' י"ד תנן וקונה א"ע בשנים וביובל וגרעון כסף. א"כ ודאי דהוי דומיא דכל הנך דתני התם דקונה א"ע אף דרוצה למכור א"ע תיכף אח"ז לאחר ומחמת יוקר וה"ה גרעון כסף דהוי קנין מצד עצמו דגזרה התורה בזה דיכול לקנות א"ע אף אם ימכור א"ע לאחר ומחמת יוקר א"כ ה"ה מה דפועל חוזר בו דזה נלמד מן ע"פ דודאי אף ברוצה לחזור בכל גווני דשומעין

לו והריטב"א בב"מ ריש פ' האומנין ס"ל דאף בחזר מחמת יוקר שומעין לו ודלא כשיטת הטור בסי' של"ג י"ל דזהו משום דאזיל לטעמי' דהריטב"א בב"מ ד' יו"ד כתב ג"כ דהא דפועל חוזר בו זהו משום דין ע"ע דיוצא בגרעון כסף והובא במחנה אפרים ה' שכירות פועלים סי' א' ע"ש ע"כ ס"ל להריטב"א דאף בחזר מחמת יוקר שומעין לו והמחנה אפרים ה' שכירות פועלים סי' א' הביא שיטת כמה פוסקים דס"ל דהא דפועל חוזר בו זהו מן דין ע"ע יוצא בגרעון כסף וגם הביא שיטת הירושלמי ב"מ פ"ו ה"ב פלוגתת רב ור' יוחנן בזה והנתיבות בסי' של"ג הביא לירושלמי הנ"ל ובאמת כבר הקדימו המחנה אפרים בזה ולפ"ז י"ל לשיטת ר' ישעי' בשם ר"ת דהובא בריטב"א לקדושין ד' כ"א דס"ל דהא דע"ע יוצא בגרעון כסף זה אינו רק אם נקנה בכסף אבל אם נקנה בקנין אחר אז אינו יוצא בגרעון כסף ועפ"ז א"ש סוגיית הש"ס בקדושין ד' י"ד דהוכיחו דע"ע נקנה בכסף מן קרא והפדה כו' וכיון דפועל חוזר בו זהו מן דין גרעון כסף א"כ היכא דקנין פועל לא היה ע"י קנין כסף י"ל דלא יהיה יכול לחזור בו ובאמת ז"א סברא לומר כן ועיין בש"ך סי' של"ג ס"ק י"ד מש"כ בשם הריטב"א בפועל שהשכיר א"ע בקנין אכן כבר השיג הריטב"א שם בקדושין על שיטת הראשונים דס"ל כן והעלה דאף בנשכר ע"י קנינים אחרים ג"כ יוצא בגרעון כסף והובא במל"מ ה' עבדים פ"ג ולשיטת הסוברים דפועל חוזר בו זה מן דין יוצא בגרעון כסף אינו קשה דל"ל לטעמא דלי עבדים די"ל דזהו לטעם על זה דלא נימא כיון דאין דין ע"ע נוהג בזה"ז כן לא יהיה נוהג זה ג"כ ע"כ נקט הך טעמא דלי בני ישראל עבדים כן י"ל בזה:

והעיקר מה שנלע"ד בזה דאף להרשב"א בתשובה סי' ע"ב דכתב דהא דפועל חוזר בו זהו משום לי עבדים כו' וע"ע דיוצא בגרעון כסף זהו מן קרא והפדה כו' דמשמע דהא דפועל חוזר בו זה לא נלמד מן ע"ע עכ"ז י"ל דגם איהו מודה דלמדין להא דפועל חוזר בו מקו"ח מע"ע כנ"ל וכן י"ל בשיטת הרבה פוסקים דהביא המח"א ה' שכירות פועלים סי' א' דס"ל דפועל חוזר בו לא נלמד מן ע"ע י"ל דגם אינהו מודו דיש ללמוד זה מקו"ח דע"ע והא דילפי פועל חוזר בו מן לי עבדים כו' לפי דמזה למדין קולא בפועל חוזר בו מה שאינו נוהג בע"ע והוא דהנה המחבר בסי' של"ג סעי' ג' כתב דפועל חוזר בו אפילו קיבל כבר דמי שכירותו ואין בידו לשלם וכ"כ הבית יוסף בשם המהרי"ק והובא בש"ך שם ס"ק ט"ו והקצה"ח שם ס"ק ו' כתב דלשיטת המיימוני דכתב דפועל חוזר בו הוא מן דין גרעון כסף א"כ אינו יכול לחזור רק כשנותן מעות או ש"כ לאדונו אבל היכא שאין לו מה לשלם ודאי אינו חוזר בו עכ"ל הקצה"ח ולפ"ז י"ל דאף להראשונים דס"ל דהא דפועל חוזר זהו לא נלמד מן ע"ע רק מקרא דלי עבדים גו' וכמבואר בב"מ ד' יו"ד ע"כ ממילא

יכול לחזור אף אם אין משלם מעותיו וישאר המעות חוב עליו ולכן הוצרכו למילף לזה מן קרא דלי עבדים אבל היכא דמשלם המעות או ש"כ אז י"ל דכ"ע מודו דקונה א"ע מן קו"ח דע"ע דגופו קנוי דקונה א"ע בגרעון כסף אף אם חוזר מחמת יוקר וכה"ג ופועל הא לא גרע מן ע"ע: ולפ"ז א"ש בפשיטות מה דאמרו בגמ' דחוזר משום לי עבדים ואמאי לא אמרו דזה נלמד מן ע"ע דיוצא בגרעון כסף וכמש"כ לעיל מזה משום דנפ"מ מטעם הלז דאף אם אין מחזיר המעות וישאר המעות בחוב עליו ג"כ חוזר בו משום לי עבדים כו' ושאני ע"ע דגופו קנוי ע"כ אינו חוזר כל זמן דאין נותן המעות ולכן אם חוזר מחמת יוקר או דרוצה להשכיר א"ע במק"א וכה"ג אינו חוזר כיון דעיקר טעם חזרתו הוא משום לי עבדים ובכה"ג דלא שייך טעם הנ"ל ע"כ לא מצי הפועל חוזר בכה"ג אבל אם מסלקו במעות וש"כ דאז חוזר בו מן דין ע"ע יוצא בגרעון כסף כיון דע"ע יוצא בכה"ג אף בחוזר משום יוקר ומשכיר א"ע במק"א ע"כ ה"ה פועל אם מסלקו במעות דאף בחזר משום ייקר וכה"ג מצי לחזור בו דלא גרע מן ע"ע ויש לומר דהשו"ע דכתב הרמ"א בשם הר"י בטור דאם חוזר מחמת יוקר אין שומעין לו ומה"ט אם רוצה להשכיר א"ע במק"א כנ"ל ג"כ אין שומעין לו דיש לומר דזה קאי על מה דכתב השו"ע שם מקודם בסעי' ג' דפועל חוזר אף אם קיבל שכירותו ואין לו מה לשלם והמעות חוב עליו ע"ז כתבו דאם חוזר מחמת יוקר אין שומעין לו דכיון דאינו מסלקו במעות דעיקר חזרתו הוא מן לי עבדים וע"כ בכה"ג לא מצי חוזר בו כיון דגילה בדעתו דרוצה להיות עבד אבל היכא דמסלקו במזומן או בש"כ או אם לא קיבל כלל מעולם שכירותו כיון דזהו נלמד מן גרעון כסף דע"ע מצי לחזור בו אף בחוזר מחמת יוקר וכה"ג דלא גרע מן ע"ע דאף ברוצה למכור א"ע לאחר וחוזר מחמת יוקר דודאי יוצא בגרעון כסף אף בזה וכש"כ פועל דאין גופו קנוי. ולפ"ז מתורץ מה שהקשה המח"א מן הא דב"מ ד' ע"ז דאמרו לא צריכא דאייקר עבידתא ואימרו פועלים כו' דמשמע דאף בחזר מחמת יוקר שומעין לו ולפמש"כ א"ש די"ל דמיירי התם היכא דלא קבלו לידם השכירות שיש להם ביד הבעה"ב או במסלקי להשכירות שקבלו ואז מצי לחזור אף מחמת יוקר משום דין ע"ע יוצא בגרעון כסף אבל הרמ"א קאי בקבלו השכירות ואין להם לשלם כנ"ל אז אם חזר מחמת יוקר אין שומעין לו והארכתי בזה הרבה בחידושי לסי' של"ג וע"כ לדינא יש לדון הרבה בפועל החוזר בתו"ז ומסלק לאדונו במעות או בש"כ דכיון דיוצא בזה מן דין גרעון כסף כמש"כ הרמב"ם פ"ב ה' עבדים ה' ח' דע"ע יוצא בש"כ ג"כ ע"כ ה"ה פועל ומצי לחזור בו אף ברוצה להשכיר א"ע במק"א ומחמת יוקר:

אלא אם אין מסלק לו לחוב שכירות שקיבל מהבעה"ב בכה"ג שפיר יש לחלק דאם חוזר מחמת יוקר ורוצה להשכיר במק"א דאינו חוזר ועיין בתשובת כנסת יחזקאל סי' ח' ובחוות יאיר סי' ק"ג וסי' ק"מ ולכן ה"ה במקבל עיסקא דחוזר כדין פועל דאף בחוזר מחמת שרוצה ליקח חלק ריוח ביותר דג"כ יכול לחזור אם מסלק כל העיסקא להנותן וע"כ העיקר בדברי הש"ג שכתב דבעלי החנויות אינם יכולים לסלק להמלוה בתו"ז דהכוונה הוא אם יש ריוח דבכה"ג אין נוטל חלקו בריוח אם חוזר בתו"ז וכמש"כ לעיל בארוכה דהעיקר כהקצה"ח דכתב דאין נוטל הריוח בחזר תו"ז ולכאורה יש להעיר בזה מהא דב"מ ד' ס"ט דת"ר השם בהמה לחבירו חייב לטפל בה כו' ואם בא לחלוק בתו"ז חבירו מעכב עליו והוא ביו"ד סי' קע"ז סעי' כ"ג הנותן בהמה לחבירו חייב לטפל י"ח חודש כו' ובתו"ז כ"א מעכב על חבירו אלמא דהמקבל עיסקא אם חזר בתו"ז אין נוטל חלק בהריוח דאל"כ איך אמרו דכ"א מעכב על חבירו הא יכול המקבל לחזור בו כדין פועל בתו"ז וע"כ הכוונה הוא התם לענין חלק הריוח שלו אך באמת אין זה ראי' כלל די"ל דשא"ה דה"ל כמו פועל בדבר האבוד דאינו חוזר ומחויב גם להתעסק כל הזמן כדמוכח שם:

ובעיקר קושייתם על הש"ג דמ"ש מכל מקבל עיסקא דחוזר בתו"ז נ"ל דיש לחלק דוקא היכא דמחויב להתעסק בהעיסקא כל היום כדין פועל בזה אמרו דחוזר בו וכן אמר ביו"ד סי' קע"ז סעי' כ"ט דהמושיב חבירו בחנות לא יהיה לוקח ומוכר דברים אחרים ממעותיו וכן מבואר בח"מ סי' קע"ו סעי' יו"ד וע"כ אמרו בזה דהמקבל עיסקא חוזר בתו"ז אבל היכא דאין מוטל עליו חיוב התעסקות כל היום רק כדין קבלן שמבואר דאינו חוזר בזה וכמש"כ הסמ"ע בח"מ סי' קע"ו ס"ק נ"ז בדין קבלן לחרוש שדה וכה"ג וה"ה בחיוב התעסקות היכא דהרשות בידו לעסוק בה כל זמן שירצה בתוך הזמן שקבעו. כה"ג אין לו דין פועל ואינו חוזר ומה"ט עיסקא שלנו י"ל דאין לו דין פועל ובכה"ג מיירי הש"ג דהתחייב להלוות על ריבית ולקבלן מהלווים לזמ"פ ועד זמ"פ פטור שוב מן דין התעסקות וע"כ אין לו דין פועל ואינו חוזר בתו"ז מן מה שקיבל ע"ע התחייבות שיהיה המעות בהלואה על ריוח היוצא לנו מכל מה שנתבאר דהמקבל עיסקא דחוזר בתו"ז דאין לו ליטול חלק הריוח שלו וכמש"כ הקצה"ח. רק דנוטל שכרו כדין פועל עד זמן שעסק ונוטל שכירותו משלם וגם נתבאר דמה דמבואר בסי' של"ג דפועל החוזר מחמת יוקר או ברוצה להשכיר א"ע במק"א דאינו יכול לחזור בזה דכל זה הוא אם קיבל שכירותו ואין לו מה לשלם אבל בלא קיבל שכירותו או אף בקיבל שכירות ומסלקו דבכה"ג יוצא בדין גרעון כסף כמו ע"ע וחוזר אף בכה"ג:

ב (שם סעי' ג') בקצה"ח (ס"ק א') הביא לקושית הריטב"א פ"ק דקדושין דמפני מה שומר שהפקידו אצלו לזמן אינו יכול לחזור בתו"ז כמבואר בסי' רצ"ג והא פועל חוזר כו' ותי' הקצה"ח דהא התחייב א"ע לשלם אם יאבד הימנו בתו"ז וע"כ לא פקע ממנו חיובו עכ"ל אבל זה אינו ברור דהא בכל שומרין אף אם ירצה לשלם בממון אם יאבד ממנו ג"כ אינו יכול לחזור מן עצם שמירה שהטילה התורה עליו לשמור לגוף החפץ ע"כ אין תירוצו מספיק בזה וקושיא זו הובא ג"כ באו"ת ס"ק ו' בשם הרשב"א בחי' לקדושין: ולענ"ד בטעם הראב"ד והראשונים דס"ל דשומר א"י לחזור בתו"ז משום דס"ל דשומר אינו כפועל בזה דעיקר הטעם דפועל חוזר בתו"ז משום לי עבדים כו' אבל בשומר יש לומר דאין נקרא בשם עבד כלל דהא בב"מ ד' צ"ג אמרו דרב ס"ל דשומרי גיתות וערימות אוכלין מן התורה דקסבר משמר כעושה מעשה דמי ושמואל ס"ל דאינן אוכלין מה"ת אלא מהלכות מדינה משום דמשמר לאו כעושה מעשה דמי ומקשו ע"ז בגמ' מהא דהמשמר הפרה מטמא בגדים כו' ומסקי דמשום גזירה כו' וכן פסקו לדינא בח"מ סי' של"ז סעי' ו' דשומר בתלוש אינו אוכל מה"ת משום דמשמר לאו כעושה מעשה דמי אלמא דאף ש"ש ג"כ לאו כעושה מעשה דמי אף דמחוייב להיות יושב ומשמר כל היום מכל מקום לא מקרי עושה מעשה ואף דמשכחת לפעמים טרחא בש"ש בגופו כגון אם יכול להציל בשכר ברועים ומקלות דב"מ ד' צ"ג וכה"ג כעין שיטוח וניעור כמבואר בסי' רצ"ב סעי' ט"ו ובסי' רס"ז סעי' י"ז וי"ח וכה"ג מ"מ ס"ל להגמ' כיון דעיקר חיוב של השומר הוא להיות יושב ומשמר ולא לעשות שום מלאכה רק בדרך מקרה ע"כ לא מקרי הא דהמשמר הפירות לעושה מעשה והא סתמו בזה ומשמע דבכל גווני לא מקרי עושה מעשה משום דלא נחת אדעתא דעשיית מעשה ע"כ י"ל דמה"ט אין שומר יכול לחזור בו משום דאין דינו כמו עבד כיון דאין עושה עבדות כלל כן י"ל בטעם הפוסקים דס"ל דשומר אינו חוזר בו בתו"ז:

ובסי' רצ"א וסי' ש"ג וסי' ש"ז הובא פלוגתת ראשונים אי שומרים מתחייבים מן עת משיכה או מן עת שנסתלקו הבעלים מן שמירתן והקשה הקצה"ח בסי' ש"ז ס"ק א' על הסוברים דבעינן דוקא משיכה בשומרים הא אף בלא משיכה רק דהתחילו לשמור יהיה מהני משום דהתחלת המלאכה הוי קנין בפועלים ונדחק בזה:

אכן לפמש"כ במק"א לבאר דלכן התחלת המלאכה בפועלים הוי קנין משום דזה הוי כמו קנין חזקה דמהני בעבד וה"ה פועל דדמי לעבד כמבואר בסי' רכ"ז גבי אונאה. ע"כ דינו דנקנה בהתחלת המלאכה משום דבשכירות לכ"ע קונה בשימוש ואכילת פירות אבל קבלן דדינו כמטלטלין גבי אונאה כמבואר שם וכמו שכתב התה"ד סי' שי"ח דכיון

דאינו חוזר ע"כ דינו כמטלטלין ואינו דומה לעבד ע"ש והובא במל"מ פ' י"ג ה' מכירה ה' י"ח ע"כ קבלן אינו נקנה בהתחלת מלאכה כמבואר שיטת הפוסקים והובא שיטתם במח"א ה' שכירות פועלים סי' ה' משום דקבלן דינו כמטלטלין ואין מטלטלין נקנין בחזקה והארכתי בכ"ז בחידושי לסי' ל"ט סעי' י"ז ע"ש:

לפ"ז יש לדון דשומר דאינו יכול לחזור כדקיי"ל משום דשומר לאו כעושה מעשה דמי כנ"ל וע"כ אין דינו כעבד משום דאין שם עבדות עליו ואינו בשם פועל כנ"ל ע"כ י"ל דאין נקנה שומר בהתחלת המלאכה דהא עיקר סברא דפועל נקנה בהתחלת מלאכה דהוי כמו קרקע דנקנה בחזקה אבל שומר דאין דינו כפועל לכן אין דינו כמו קרקע אלא כמטלטלי דאינן נקנין בחזקה וע"כ ס"ל דבעי דוקא משיכה בשומרים כן י"ל בטעמם ולכן יש לדון בהא דקיי"ל דשומר אינו חוזר בתו"ז דזה אינו רק אם היה משיכה כדקיי"ל וכמש"כ הש"ך בסי' רצ"א ס"ק י"ג. אבל אם לא היה משיכה רק שנסתלקו הבעלים משמירתן והתחילו השומרים לשמור דבזה אף להסוברים דסילוק שמירה מחייב להשומרים בדיניו מ"מ ז"א רק כ"ז דלא חזר בו דמתחייב משום ערבות וכמש"כ הר"נ בחי' לב"מ ד' צ"ט עלה דהכישה במקל כו' ובנ"י שם ועיין במח"א ה' שומרים סי' זיי"ן מזה אבל בחזר בו בפני הבעלים ואמר שאינו רוצה לשמור ביותר א"כ הא לא שייך בזה דין ערבות כמבואר כה"ג בסי' קל"א סעי' ד' דאם היה הלוה מוכן ליתן המעות להמלוה דפטור הערב ע"ש. רק כ"ז דלא חזר בפני הבעלים וסמכו הבעלים על שמירתו חייב מן דין ערבות אבל בחוזר בפניהם יכול לחזור אף בתו"ז:

ולפ"ז יש לתרץ מה שיש להקשות על הסוברים דסילוק שמירה מבעלים מחייב בשומרין והא מבואר להדיא בירושלמי שבועות פ"ח ה"א דארבעה שומרין אינן חייבין אלא דרך קנין אלמא דבעינן דוקא משיכה לחיוב שומרים דלפמש"כ י"ל דכוונת הירושלמי הוא בשומר לזמן דאינן חייבים לשמור כל הזמן ולא מצי לחזור בתו"ז אלא אם נתחייבו בדרך קנין אבל כ"ז דלא היה קנין אף דהיה התחלת שמירתן מ"מ הא זה לא מהני בשומרין רק בפועלין אך לא ידוקדק זה בירושלמי שם למה דקאמרי אח"ז דאף לענין גזילה אינן חייבין אלא דרך קנין והתם הא לא שייך כן וכן יש לדון עפ"ז בסוף בירושלמי שם וקצרתי.

ועיין במח"א ה' שומרים סי' י"ח דמשמע ממנו דס"ל דדוקא בקנין משיכה אינו יכול השומר לחזור בתו"ז אבל כ"ז דלא היה משיכה אף דהיה סילוק שמירה מ"מ חוזר אף בתו"ז ע"ש:

רק שקיצר בזה ולפמש"כ נתבאר זה היטב:

ולפמש"כ דשומר אין דומה לפועל וע"כ אינו חוזר לכן יש לדון במה דמבואר בסי' רכ"ז דבפועל אין בו דין אונאה משום דדמי לעבד אבל קבלן יש בו אונאה כיון דאינו חוזר בו ע"כ אין דינו כקרקע וכמש"כ הרמב"ם והתה"ד בסי' שי"ח כנ"ל ע"כ י"ל דה"ה שומר כיון דאינו חוזר בתו"ז כדקיי"ל משום דמשמר לאו כעושה מעשה דמי כדקיי"ל בב"מ ד' צ"ג ובאמת ראיתי בריטב"א לב"מ שם ובשמ"ק שם שכתב הסברא דשומר פעמים שהוא צריך לעשות בהם מעשה ע"ש:

ואפ"ה הא קיי"ל דמשמר לאו כעושה מעשה דמי וכמו שפסק הרמב"ם בריש פ"ה ה' פרה דמשמר הפרה טמא משום גזירה כו' ועיין בירושלמי ב"מ פ"ז ה"ו והא דב"מ ד' צ"א ע"ב במה דאמרו מהלך לאו כעושה מעשה אין זה ענין לנ"ד. לכן י"ל דבשומרים בשכר דין אונאה נוהג בהם משום דדינם כמטלטלין וכמו בקבלן כן יש לדון בזה ועיין בחוות יאיר סי' ק"מ במש"כ שם במלמד בשכר שימור אך שכר שימור התינוק שאני מן שומר חפצים ומטלטלין שאינן בע"ח:

ג (שם סעי' ז') המלוה את חבירו על המטבע ונפסל אם יכול להוציאה במדינה אחרת ויש לו דרך נותן לו ממטבע שהלוהו כו' וכ"ז שהתנה ליתן לו מעות אבל לא התנה כו' זה זמן כביר שנשאלתי באחד שהתחייב למכור יי"ש לבני עירי כל טא"פ במקח ארבעה זהובים והקונים רוצים לסלק להמוכר במטבע בילעטין והמוכר אינו רוצה לקבל זה בתשלומין לפי שמטבעות נחושת וכסף היו אז חריפים ביותר מן הבילעטין שהוזלו קצת וטוען שיקיימו כפי הכתוב ביניהם ליתן לו במטבעות כל טא"פ במקח ארבעה זהובים לפי דיש לו הפסד מזה ונשאלתי בזה מן רב גדול א' ואכתוב כאן מה שהשבתי לו בזה והעיקר מה שנראה לי לבאר כאן כמה פרטי דינים השייכים לסי' זה כי כמה הלכתא רבוותא איכא למשמע מינה:

ענף א:

וזהו מה שהשבתי והוא דאיתא בב"ק ד' צ"ז המלוה על המטבע ונפסל המטבע דנותן לו מטבע היוצא באותה שעה וכתבו התוס' שם דמיירי בהתנה ליתן לו מעות אבל בלא התנה ליתן לו מעות יכול ליתן לו מטבעות שנפסלו כו' אך מן הרמב"ם והרי"ף נראה דאפילו בסתמא חייב לשלם ממטבע היוצא דמסתמא על חשיבות מטבע הלוהו כו' וכן כתב הרב המ"מ והובא בסמ"ע שם והנה המחנה אפרים בדיני ריבית סי' כ"ו כתב להוכיח כשיטת הרמב"ם והרי"ף: דאם איתא דכל שלא התנה אינו נותן אלא מטבע שנפסל עד שיתנה לתת מטבע היוצא א"כ אף התנה נמי במה מתחייב לתת מטבע היוצא דהא בר"פ הזהב אמרו הזהב קונה הכסף ופירשו בגמ' שם דמחייב קתני וה"ק במשיכת

הזהב דהוי פירא מתחייב לתת לו כסף כמו שהתנה אבל במשיכת הכסף דהוי טבעא אינו מתחייב לתת מה שהתנה עמו א"כ הכא נמי אי סתמא אינו מחוייב לתת לו אלא מטבע שנפסל משום דהוי כהוזל א"כ איך מתחייב כשהתנה לתת לו מטבע היוצא כיון שלא משך עכ"ל המח"א:

ונלענ"ד דלא כהמח"א בזה דא"כ במה מתחייב הלוה והמוכר שהתנה עם המלוה והלוקח לגבות ממנו מעדיות כמבואר בב"מ ד' ס"ו בההוא גברא דזבין לחבירו ארעא באחריות ואמר לו אי טרפא מינאי מגבית לי מעידי עדיות כו' דמבואר שם דחייב לשלם לו מעדיות אם נשתדיף עידי עדיות וכן מבואר בח"מ סי' ק"א וכן אמרו בב"מ ד' ס"ו שם גבי הא דא"ל אי לא פרענא ביום פלוני לך גבי מהאי חמרא דאם לא הוי אסמכתא היה גובה מהחמרא א"כ קשה דבמה מתחייב לתת לו בתנאו דאף דהלוקח נותן מעות להמוכר וכן המלוה להלוה הא עכ"ז הכסף אינו מחייב הזהב וכי תימא דמיירי התם בקנה ממנו בקנין חליפין א"כ מאי הקשה המח"א על התוס' דלמא מיירי ג"כ דקנו בק"ס ליתן לו מטבע היוצא וע"כ היה דוחק להמח"א לאוקמי בהכי א"כ ממילא תקשה התם בב"מ דאמאי חייב לשלם לו מן העדיות ומהאי חמרא בהתנה כיון דמן הדין אינו חייב לשלם רק מבינונית א"כ האיך מועיל תנאי להתחייב בעדיות הא הכסף אינו מחייב ואין לחלק בזה בין חיוב על קרקע לחיוב על מטלטלין כמבואר לקמן:

וכן תקשה בהא דב"מ ד' י"ד דאמר שמואל שבח ושפר ושעבוד צריך לימלך וכן הא דב"מ שם ד' ס"ה דההוא גברא דזבין ארעא שלא באחריות וא"ל אי טרפי מינך מוגבינן לך שופרא ושבחא ופירי דאם לא היה פטומי מילי היה חייב באחריות על השבח דקשה במאי מחוייב על אחריות השבח דהא אף אם היה כתוב בשטר התחייבות זו אינו מועיל לפי מה דמסיק הש"ך בסי' מ' ס"ק ד' דהתחייבות בשטר אינו מועיל היכא דהיה תנאי כמו בשומרין על קרקעות דמתחייב אם יאבד כו' ע"ש א"כ ה"ה הכא בשבח וכה"ג דמתחייב אם יטרפו ממנו הבע"ח דהוי זה התחייבות בתנאי א"כ הא אינו מועיל בזה התחייבות בשטר וכן במה דמצינו דעושה שדיהו ושורו לאפותיקי וכהנה רבות בש"ס ודוחק לומר דכל הנך מיירי בקנין חליפין דא"כ מה הקשה המח"א על התוס' שם דלמא מיירי בחליפין וע"כ מוכח מכל הנ"ל דבכסף יכול להתחייב בכל התחייבות בעולם ועדיף משטר דבשטר אינו מועיל התחייבות בתנאי כמש"כ הש"ך בח"מ סי' מ"ם כנ"ל ועיין בסי' ס' ש"ך ס"ק כ"ו ובתומים בסי' ס' שם אבל בכסף מועיל התחייבות אף בתנאי וכש"כ בלא תנאי וכמש"כ הר"נ בכתובות ר"פ הנושא להדיא בסוגיא דאומר לחבירו חייב אני לך מנה אי דא"ל אתם עדי כו' דבדברים בעלמא אי אפשר להתחייב

אלא בקבלת כסף או בקנין או בשטר כו' עכ"ל ועיין בש"ך סי' מ' ס"ק ב' מזה אלמא דבכסף יכול להתחייב עכ"פ כמו בשטר:

ובחיוב בשטר כתבו התוס' בכתובות ד' ק"ב בד"ה אליבא דבן ננס כו' להקשות דאיך מהני חיוב בשטר הא אין מטלטלין נקנין בשטר ותירצו משום דהואיל דטרח למכתב בשטרא גמר ומשעבד נפשי' עכ"ל אלמא דאם היו מטלטלין נקנין בשטר, היה מועיל חיוב בשטר דשוה הוא חיוב מטלטלין לקנין מטלטלין אך דקושייתם היה דהא אין מטלטלין נקנין בשטר א"כ ממילא כמו בכסף דקונה למטלטלין וכמו בשכירות כלי דלא שייך בי' חשש דנשרפו חטיך בעליי' כמבואר בח"מ סי' קצ"ח סעי' ו' דקנה דה"ה בחיוב שמחייב א"ע אף במטלטלין כיון דלא שייך בי' נשרפו חיטך בעליי' דהא חייב באונסין א"כ כש"כ משכירות מטלטלין בוודאי יכול להתחייב בקבלת כסף לא מבעיא על העיקר הקרן אף על מותר ממה שקיבל ג"כ מועיל כנ"ל: וי"ל דהר"נ בכתובות שפסק דבכסף יכול להתחייב בחיוב מחדש אזיל לשיטתו דס"ל להר"נ דשכירות מטלטלין נקנין בכסף כמש"כ הנימוקי יוסף בשם הר"נ בפ' הזהב וכן הובא זה בשם הר"נ בטור ח"מ סי' קצ"ח בב"י ובבאר הגולה שם ובאמת אף שהמחבר לא הביא שם דעה החולקת ע"ז. עכ"ז הא מוכח ברש"י ב"ק ד' ע"ט ד"ה שכירות דמטלטלין דס"ל לרש"י שם דגם שכירות מטלטלין אינן נקנין בכסף וכן הנימוקי יוסף בב"מ פ' השואל כתב להדיא דשכירות מטלטלין לא ניקנה בכסף וכן מבואר בטור ח"מ סי' ש"י סעי' ב' שכתב בשם הראב"ד גבי משכיר חמור סתם ומת החמור דחייב להעמיד חמור אחר דכתב הראב"ד דדוקא שהקנה לו בקנין דאי לאו הכי במה נתחייב אין כאן אלא מי שפרע כו' ע"ש א"כ יש לתמוה דלמה סתמו בזה בסי' קצ"ח ולא הביאו לכל הנך דפליגי על זה ומצאתי במראות הצובאות בליקוטים בסוף ספרו שתמה ג"כ על המחבר בזה וכן מצאתי במחנה אפרים ה' מכירה דין משיכה סי' יו"ד מזה אך לא הביאו לדברי הטור בשם הראב"ד הנ"ל ואכמ"ל:

עכ"פ יש לומר דהר"נ דס"ל שכירות מטלטלין נקנין בכסף ע"כ פסק דחיוב מחדש מהני ג"כ בכסף ועיין בנתיבות סי' שי"ב ס"ק ה' שכתב לדון בכל שכירות דיש עליו שעבוד הגוף על המשכיר להעמיד לו לדבר המושכר כו' ובמק"א הארכתי בזה ואכ"מ משא"כ להסוברים דשכירות מטלטלין אינן נקנין בכסף יש לדון לכאורה דה"ה חיוב ג"כ לא מהני ע"י כסף וכמו דהקשו התוס' בכתובות התם דכמו מטלטלין לאו בני שטרא נינהו דכמו כן לא מהני חיוב בשטר על מטלטלין א"כ ה"ה בכסף ותי' התוס' שתירצו מדטרח לכתוב שטרא גמר ומשעבד נפשי' זה לא שייך בכסף ובעיקר קושיית התוס' דהקשו דהא מטלטלין לאו בני שטרא נינהו י"ל בזה לפי מה שהעלה הש"ך בסי' צ"ה

ס"ק י"ח דעבד עברי הוקש לקרקע וידוע דחוב שמחייב א"ע היינו משום דמשעבד גופו וכמש"כ התוס' בכתובות ר"פ אעפ"י א"כ כמו דשעבוד קרקע יכול לשעבד בשטר משום דהא יכול להקנות קרקע בשטר ושעבוד קרקע דומה לקנין ע"כ חל ג"כ שעבוד בחיוב שמשעבד גופו בשטר אך אפשר דהתוס' אזלי לטעמייהו דס"ל בקדושין ד' ז' דבן חורין לא אתקש לקרקע א"כ שעבוד על גופו ג"כ לא נקנה בשטר דהא מטלטלין לאו בני שטרא נינהו ושפיר הקשו התוס' ולפ"ז י"ל דאף אם נימא דשכירות מטלטלין אינו נקנה בכסף משום לא פלוג רבנן עכ"ז חיוב על גופו חל בכסף משום דהא משעבד גופו דהוי כקרקע להכרעת הש"ך הנ"ל דב"ח הוקש ג"כ לקרקע וקרקע הא נקנית בכסף ועיין לקמן סי' צ"ה באו"ת שם במש"כ לדון דהא דב"ח אי הוקש לקרקע דזה תלוי בהא דסי' רכ"ז דפועל אין לו אונאה וקבלן יש לו אונאה הגה"ה ובעיקר מלתא מה שכתבו לדון דבן חורין לא אתקש לקרקע י"ל בזה דזה אינו אלא לפי מה דאמרו בש"ס דילן גבי כלל ופרט דיצאו קרקעות שאינן מטלטלין ויצאו עבדים דהוקשו לקרקעות. אבל לפי המבואר בירושלמי ב"ק פ"ז ה' א' גבי כפל דיצאו עבדים שאין לך בהם אלא תשמיש ויצאו קרקעות שאינן מטלטלין כו' ופי' הפני משה שם דיצאו עבדים דלא דמי להני שהוא נהנה מגופן כו' ובירושלמי לשבועות פ' ו' ה' ו' גבי כלל ופרט דהתם אמרו דיצאו עבדים דאין דמיו קצובין עיין בפ"מ שם א"כ לפ"ז יש לדון דגם בן חורין דינו כקרקע לגבי אונאה וכפל ושבועה וכה"ג דהא האי טעמא דאינן אלא לתשמיש ואין דמיו קצובין כפי' הפני משה שם שייך גם בבן חורין ויש להאריך בכ"ז ואכ"מ להאריך עד כאן הגה"ה:

אך באמת מוכח דאף מאן דס"ל משיכה קונה מה"ת ולא כסף דעכ"ז מודה דבכסף יכול להתחייב מהא דכתובות ד' ק"ב דר"ל דס"ל התם דאינו יכול להתחייב בשטר מוקי התם להא דפסק לזון את בתה בשטרי פסקתא כו' והטעם משום בההיא הנאה דקמיחתני אהדדי גמר ומקנה ע"ש אלמא אף דר"ל דס"ל משיכה מפורש מה"ת כמבואר בב"מ ד' מ"ז עכ"ז ס"ל דבהאי הנאה מצי לחייב א"ע כדמצינו בב"מ ד' צ"ד דבהאי הנאה דקא נפק לי' קלא דאינש מהימנא גמר ומשעבד נפשי' וכן אמר רב אשי בב"ב ד' קע"ג גבי ערב דבהאי הנאה דקא מהימן לי' גמר ומשעבד נפשי' ובח"מ סי' ק"צ סעי' ו' כתב שם הקצה"ח והנתיבות גבי אדם חשוב דקדושין ד' ז' דלא מהני זה רק בקידושי אשה דנקנית בכסף וכן בקרקע דנקנה בכסף אבל במטלטלי דאין נקנה בכסף לא מהני הך הנאת אדם חשוב כלל רק להך דעה דס"ל דחליפין שוה בשוה מהני גם בפירי אף דלא הוי כלי א"כ מהני זה ג"כ במטלטלי משא"כ למאן דס"ל דחליפין שוה בשוה אינו מועיל ג"כ ובעי דוקא כלי והך הנאה לא מקרי כלי וע"כ לא שייך בי' דין חליפין א"כ לפ"ז תקשה

דאיך יכול הערב או השומר חנם להתחייב א"ע בחיוב חדש מחמת האי הנאה כו' הא האי הנאה לא הוי בי' דין חליפין משום דהא לא הוי בי' תורת כלי ובע"כ מוכח דזה מהני משום דאמרינן דהאי הנאה הוי כקבלת כסף לידו ואי נימא דקבלת כסף אינו יכול להתחייב א"ע בחיוב חדש א"כ אמאי מהני התם להתחייב משום האי הנאה הנ"ל וע"כ הוכח כסברת הר"נ דכסף מועיל להתחייב לכ"ע. אך מהא דב"מ ד' צ"ד קאמר לה ר' יוחנן שם להך הנאה דקא נפק עליו קלא כו' א"כ י"ל דריו"ח לטעמיה דס"ל ד"ת מעות קונות אבל מהא דר"ל דכתובות הנ"ל וכן מהא דא' רב אשי בב"ב ד' קע"ג כנ"ל וכן בהא דב"מ ד' ס"ה בהעובדא דזבין ליה שלא באחריות דהוזכר שם רבי אשי וכדהובא לעיל ורב אשי הא ס"ל בע"ג ד' ע"א ובכורות ד' י"ג דמשיכה מה"ת וכסף אינו קונה ואפ"ה ס"ל דמהני חיוב בכסף ומוכח דלכ"ע קונה בכסף לחיוב מחדש. ואפשר לומר לפי מה דמסיק הש"ס בב"מ ד' מ"ו וקדושין ד' כ"ח דריש לקיש ס"ל כרב ששת דפירי עבדי חליפין א"כ לפ"ז י"ל דהאי הנאה דאמרו בש"ס כנ"ל זה נחשב כחליפין ואליבא דר"ל ור"ש דהא עיקר הטעם דהך הנאה לא ה"ל כחליפין כתב הקצה"ח בסי' ק"ץ משום דלא מקרי כלי. והא פירי איכא הנאה ג"כ ואפ"ה לא מהני אבל להנך דס"ל דפירי עבדי חליפין לא שייך כן ונדחה ראי' זו מהא דר"ל הנ"ל ועיין בב"ב ד' ק"ו דא' רב אשי בהאי הנאה דצייתי אהדדי כו' ובשארי דוכתי טובא מזה וקצרתי:

אכן לדינא דס"ל דפירי לא עבדי חליפין ואף שוה בשוה ס"ל לכמה פוסקים דלא מהני וכן בשכירות מטלטלי מצינו לכל הנך פוסקים דפליגי על הר"נ וס"ל דאינו קונה בכסף ואפ"ה ס"ל לכ"ע לכל הנך האי הנאה כו' דמצינו בש"ס פעמים רבות דמשום זה מועיל התחייבות ומוכח מזה דאף להסוברים דשכירות אינו נקנה בכסף מ"מ התחייבות מהני ע"י כסף ועיין בח"מ סי' ע"א גבי נאמנות בשעת הלואה וקצרתי בכ"ז:

וכיון דנתבאר דלא מצינו למי שיפלוג על הר"נ דס"ל דבכסף יכול לחייב א"ע בחיוב מחדש ועכ"פ לא גרע משטר דקיי"ל בסי' מ' דמהני וגם הא נתבאר דכסף עדיף משטר ואף בתנאי מהני התחייבות בכסף כמו שהוכחתי לעיל א"כ מה"ט מהני קבלת כסף בעת הלואה להתחייב על איזה חפץ לחבירו כדמוכח מהא דהבאתי לעיל דמעות הלואה או מעות מכירה דינם כקבלת כסף כנ"ל דמה לי אם מתחייב חיוב מחדש על מעות או על חיוב איזה חפץ דהא עיקר הטעם דחיוב הוא משום דמשעבד גופו לתת לחבירו וכיון דחזינן דשעבוד חל על גופו בחיוב לתת מעות כמו כן מועיל חיוב על גופו לתת איזה חפץ ולכן מהני בהתנה לתת מטבע וכמש"כ התוס' וש"פ א"כ מתורץ קושיית המח"א הנ"ל: והא דהקשה המח"א מהא דב"מ דהכסף אינו קונה הזהב:

אינו קשה כלל משום די"ל באמת דאם היה אומר לשון חיוב בפירוש וודאי היה מועיל רק דהתם מיירי דלא אמר בפירוש בלשון חיוב שמחייב גופו לתת חטים או זהב. רק אמרו סתמא בלשון מכירה שנותן לו הכסף בעד שיתן לו חבירו את הזהב דבזה שפיר אמרינן דאינו מחויב ליתן לו הזהב משום דלא נקנה גוף הזהב עבור קבלת הכסף לידו משום דמעות אינן קונות משא"כ בנתן לחבירו זהב דאז ממילא נתחייב חבירו לתת מעות כפי שהתנה בין חדשים בין ישינים משום דבזה א"צ לומר בפירוש בלשון חיוב דממילא מתחייב גברא במשיכת החפץ לרשותו לסלק דמי המכירה לחבירו. דמיד שקנה את החפץ במשיכתו לרשותו ממילא נתחייב על דמיו אף דלא אמר בלשון חיוב בפירוש משא"כ במשיכת המעות לא נתחייב גברא ממילא לתת החפץ לחבירו משום דבזה צריך דיני קניה דהא לא הוציא מפיו לשון חיוב בפירוש וסתמא לא נתחייב כ"ז דלא אמר בלשון חיוב וכיון דמעות אינן קונות בדין מכירה לכן אינו מחויב לתת הזהב משום כיון דכוונתו היתה להקנות עבור הכסף את הזהב וכיון דמעות אינן קונות לכן פטור מליתן הזהב דהא לא נקנה לחבירו וגם בלשון חיוב לא אמר בפירוש משא"כ אם אמר בפירוש בלשון חיוב וודאי מועיל ג"כ על נתינת איזה חפץ כמו שהוכחתי לעיל דמה לי אם נתחייב לתת מעות או נתחייב על איזה מטלטלין:

והא דכתב המח"א שם להוכיח מן הר"ן בע"ג פ' השוכר את הפועל שכתב הר"ן שם דאם התנה ליתן חפץ עבור שכר הפועל דאינו מחוייב לתת לו החפץ. ג"כ אינו ראי' כלל דהא התם לא אמר בלשון חיוב בפירוש רק אמר אתן חפץ זה בשכרך והיתה כוונתו להקנות לחבירו בתורת קנין עבור שכירות המגיע לו את החפץ דאז שפיר אמר דלא קנה משום דהא לא עדיף מן נתן מעות על חפץ דלא קנה משא"כ באם אמר לשון חיוב אז וודאי מועיל לשון חיוב בפירוש ג"כ על מה שהתחייב א"ע לתת חפץ זה לחבירו ולכן בבע"ח שהתחייב א"ע לתת להמלוה איזה חפץ או מטבע פלונית או עדיות' או שורו אפותיקו דודאי מחויב ליתן זה לחבירו ואין מקום לקושיית המח"א הנ"ל ושפיר כתבו התוס' וש"פ דמיירי בהתנה לתת מעות ודי בזה כעת:

ענף ב:

ולפענ"ד נראה להוכיח כשיטת הרי"ף דאף בלא התנה ג"כ מחויב לתת מטבע היוצא באותה שעה מן הא דב"ב ד' קס"ו דההוא שטרא דהוי כתוב בו שית מאה וזוזא דשלח רב שרביא להסתפק דדלמא שית מאה פריטי וזוזא א"ל אביי דל פריטי דלא כתבו בשטרא דאסוכי מסכי להו כו' ופי' הרשב"ם דבמקום קצ"ב פרוטיות היו כותבים דינר והוא בשו"ע סי' מ"ב סעי' ט"ו וזה כמה שנים שנסתפקתי אם א' לוה מחבירו מטבע רוביל אם

יכול הלוה לפרוע להמלוה במטבע אחרת שלא כאותן שלוה ממנו או דמחוייב לסלק לו באותן המטבעות בעצמן כפי שלוה ממנו וזה כמה שנים ששמעתי בזה אומרים להוכיח זה מהא דב"מ ד' ד' סלעים דינרין מלוה אומר חמש כו' אך ידוע שאין לבנות יסוד על דקדוקים כאלה ונלפענ"ד להוכיח זה מהך סוגיא דב"ב ד' קס"ו הנ"ל דאי נימא דמחויב לסלק באותן מטבעות כמו שלוה ממנו א"כ מאי קאמרי שם בגמ' דאסוכי מסכי להו דלמא לכן לא היה מצרף להפרוטות לעשותן לחשבון זהובים משום דאפשר דהמלוה חפץ יותר בפרוטות ולכן כתב בשטר שהלוהו פרוטות כדי שיחויב הלוה לסלק לו בפרוטות דהא הדין הוא שמחויב לסלק באותן המטבעות בעצמן כפי שלוה ממנו ואם היה כותב שלוה ממנו זהו' היה יכול לסלקו במטבעות זהו' ומכש"כ באתרא דסגי וחריפי פריטי טפי מכספא כדאי' בב"מ ד' מ"ד א"כ י"ל דלכן נכתב בשטר שלוה שית מאה וזוזא לפי דבאמת היה הלואה שלוה ממנו שית מאה פרוטות וזהוב א' והמלוה מקפיד שיסלק לו כאותן מטבעות שלוה ממנו לכן נכתב כן בשטרא בדקדוק אלא ע"כ מוכח מזה דאף דלוה ממנו מטבע אחרת עכ"ז יכול לסלקו במטבע אחרת דאף דבע"ח דינו בזוזי עכ"ז שם מטבע אחת היא וגבי פרעון לא מדקדקינן בזה משום דעכ"פ כל המטבעות נקראו בשם מעות ומוכח שפיר הך דינא מזה הסוגיא ועיין בסנה דרין ד' ל' גבי א' אומר מנה שחור וא' אומר מנה לבן די"ל לחד מ"ד דאין מצטרפין הואיל דבעיקר גוף העדות מתכחשי לכאורה משמע מזה דצריך לשלם באותה מטבע שלוה ממנו אך יש לדחות זה בפשיטות:

אך לפי שיטת התוס' והרא"ש והרמ"א שכתבו דאם לא התנה לשלם במעות יכול לסלקו אף במטבע שנפסל משום דדומה לסאה בסאה חטים והוזל דמשלם כזולא דהשתא כמו שכתבו שם וזה שייך דווקא אם לוה מטבע זהו' ונפסלו הזהו' ואז יכול לסלקו בזהו'. משא"כ אם לוה רוביל והזהו' נפסלו: דבזה ברור ופשוט דאינו יכול לסלקו במטבעות אחרות שנפסלו והוזלו דהא עיקר טעמא משום סאה בסאה והוזל א"כ אם לוה חטים והוזלו השעורים דוודאי אינו יכול לסלקו בשעורים כשהוזל דהא אותו המין שלוה ממנו לא הוזל וה"ה מטבעות מחולקים דהוי כמו שני מינים מחולקים כמש"כ התוס' בשבועות ד' מ' ד"ה בטוענו בדינר מטבעות וכמבואר בח"מ סי' פ"ח סעי' י"א דשני מטבעות מחולקים הוי שני מינים גבי מודה מין הטענה ע"ש וכיון דקיי"ל לדינא דמטבעות מחולקים הוי כשני מינים א"כ י"ל דלכן לא כתבו העדים בהשטר לצרף חשבון הפרוטות על דינרין משום חשש שמא יופסלו הזהו'. ואזי יהיה יכול לסלקו במטבע זהובים שנפסלו אם לא התנה לשלם במעות כשיטת התוס' ולכן כתבו העדים שלוה

פרוטות דאזי צריך לשלם בפרוטות וחשו העדים שלא יצא קלקול מעדותם אם יארע סבה דיופסלו הזהובים יעברו על מדבר שקר תרחק ועיין בב"ב ד' צ"ד תוס' ד"ה הכי השתא כו'. ואף אם נימא דשינוי המטבעות ונפסלו המטבעות זהו מידי דלא שכיח עכ"ז הא אינם רשאים העדים לכתוב דבר שקר אם יוכל להיות איזה נפ"מ מן עדותן לאיזה ענין אף בחשש רחוק ואין לומר דהא גם עכשיו דכתיב שית מאה סתמא יהיה יכול הלוה מספק לסלק לו בשית מאה זוזי שנפסלו זה אינו דהא מטבע זהו' אף שנפסל הוא שוה יותר מפרוטה שלא נפסלה וגם הא יהיה צריך עכ"פ לסלק בשית מאה זוזי שנפסלו ולא בפחות וקצרתי בכ"ז פשוט] וע"כ מוכח כשיטת הרי"ף דאף אם לא התנה לשלם במעות ג"כ מחוייב לשלם במטבע היוצא באותה שעה ע"כ לא הוי נפ"מ כלל אם לוה פרוטות או זהו' וכיון דכל הראשונים סתמו בזה ומוכח דמיירי זה אף בלא התנה:

והא דתקשה דאכתי קשה גם לשיטת הרי"ף דהא עדיין הוי נפ"מ מן עדותן אם היו כותבין זהו' ונפסלו הזהובים דאם יש לו דרך למישן קיי"ל כשמואל דיכול לומר לך והוציאן במישן משא"כ אם לוה פרוטות אין יכול לסלקו במטבע זהו' אף דיש לו דרך להוציאו למישן בזה י"ל דבאמת כה"ג אף אם לוה פרוטות ג"כ יכול לסלקו במטבע זהובים שנפסלו אם יש לו דרך להוציאו למישן דהא סברת שמואל הוא דיכול לומר לך והוציאו במישן משום דאכתי שם מטבע עליו וגם יכול לחלל עליו מעשר שני כמבואר בב"ק שם וכיון דנתבאר דאף דלוה זהו' עכ"ז יכול לסלקו במטבע אחרת א"כ ה"ה בכה"ג דמטבע האחרת שמסלקו הוא יוצא במישן ויש לו דרך לדהתם: דגם אם לוה פרוטות יכול לסלקו בזהובים אם יש לו דרך למישן דהא אכתי שם מטבע עליו ולית לי' פסידא בזה. כן י"ל לכאורה בכ"ז ומוכח מכ"ז כשיטת הרי"ף והרמב"ם:

אך כיון דחזינן דשיטת הרמ"א סי' ע"ד דדוקא בהתנה לשלם במעות וכשיטת התוס' והרא"ש ועכ"ז סתמו בסי' מ"ב גבי הך עובדא דכתב שית מאה וזוזא ולא כתבו דזה מיירי דוקא בהתנה לשלם במעות בע"כ מוכח לומר דכיון דפסול מטבעות לא שכיחא כלל ע"כ אין להעדים לחוש כלל לזה או דלמא כוונת הגמ' הוא דאיבעי להו לכתוב בשטרא דלוה פרוטות דעולים לכך וכך זהובים ואז לא היה יוצא מהם שום תקלה כלל מעדותם. וידעתי מה דיש לדון בהא דב"ב הנ"ל דלא אמרינן דילמא שית מאה פריטי דזהו לפי דלא היה מנהגם לכתוב סך הפרוטות רק לכוללן לדינרין ע"כ לא מסתפקינן בזה משום דהוי כמו כל הטוען נגד המנהג דאינו נאמן אבל באמת שפיר כתבתי להוכיח כנ"ל משום דאם היה איזה נפ"מ במה שנכתב שהלוהו פרוטות א"כ לא שייך בזה לומר דהיה המנהג מכולם שלא לכתוב פריטי דהא יכול להיות דהמלוה הקפיד שיכתבו דוקא פרוטות לפי

דרוצה יותר בפרוטות ובמקום דסגי וחריפי טפי מכספא כמבואר בב"מ ד' מ"ד ואף אם היה רק מיעוט שיקפידו בזה עכ"ז הא אין הולכין בממון אחר הרוב ולכן שפיר כתבתי להוכיח דיכול לסלקו אף במטבע אחרת. והא דמצינו בח"מ סי' פ"ח סעיף י"א דשני מיני מטבעות מחולקים לא הוי הודאה מן מין הטענה היינו דוקא גבי הודאה במקצת אבל גבי דין דבע"ח בזוזי כיון דשם מטבע עליו שפיר יכול לסלקו אף במטבע אחרת:

ענף ג:

ובכתובות ד' ק"י אמרו שנים שהוציאו שט"ח זע"ז דס"ל לרב נחמן זה גובה וזה גובה ורב ששת אמר הפוכי מטרתא ל"ל ומקשה על ר"ש מהא דתנן במשנה שם וחכמים אומרים זה גובה וזה גובה תרגמה ר"נ אליבא דר"ש שלוה זה לעשר וזה לחמש ורמב"ם אמר הכא ביתמי עסקינן כו' ומקשו התם ולוקמי דאית להו ליתמי זיבורית כו' אלמא דהש"ס היה מהדר אחר איזה נפ"מ בזה: א"כ תקשה דאמאי לא משנה דמיירי דא' לוה מחבירו סלעים והשני דינרין ואי נימא דמחויב לסלק באותן מטבעות שלוה מחבירו א"כ הא זה מחויב לסלק לחבירו דווקא סלעים. וזה שלוה דינרים מחויב לסלק מטבעות דינרין וע"כ מוכח כמש"כ לעיל דיכול לשלם לחבירו בסלעים אף בעבור הלואת זהו' ואין לדחות ולומר דאי מיירי המשנה בלוה מחבירו מטבעות אחרות כאותן שלוה חבירו ממנו א"כ לא שייך בזה לומר אילו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני די"ל דהיה רוצה ונצרך למטבעות זהו' ואלו היה תובע מחבירו היה יכול לסלקו בסלעים כמו אותן שלוה ממנו ובע"כ מוכח דהמשנה מיירי שהיה הלואת מטבעות שוים דז"א משום דמוכח מסתימת הגמ' והפוסקים דאמרו שם באתרי דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא כולי עלמא לא פליגי דיכול לומר היה לך לעכובי בחובך. הא י"ל אם קיבל מטבעות סלעים מחבירו עבור דמי המכירה. והלואה היה זהו' דיכול לומר אלו הייתי מעכבן בחובי להסלעים היה יכול הלוה לומר דיתן לי בפרעון החוב מטבעות כאותן שלוה ממנו ולא סלעים והוא היה נצרך לסלעים ולכן הוכרח למכור השדה עבור הסלעים ומדלא מפלגי רק כתבו סתמא לחלק בין אתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא ובין כתבי שטרא והדר יהבי זוזי לבד ובע"כ מוכח דמחמת זה אינו הכרח למכור שדהו דזה לא הוי אמתלא לתרץ להך דאלו הייתי חייב לך כו' ומכש"כ דזה לא הוי אמתלא על הוכחה דאלו הייתי חייב לך כיצד אתה לוה ממני ולשעבד נפשו להיות עבד לוה כדמצינו בב"ב ד' נ"א א"כ שפיר הוכחתי דיכול לסלקו אף במטבע אחרת כנ"ל:

ולשיטת התוס' והרא"ש דס"ל בלא התנה לשלם במעות דיכול ליתן לו מטבעות שנפסלו א"כ אכתי תקשה דאמאי לא מתרץ הגמ' התם דהמשנה מיירי דא' לוה סלעים והשני

לוה זה' ונפסלו הסלעים ומיירי בלא התנה ליתן מעות א"כ מאן דלוה זהובים חייב לשלם מטבע זהובים ואינו יכול לסלקו בסלעים שנפסלו משום דהני כשני מינים חטים ושעורים. ומאן דלוה סלעים יכול לסלקו בסלעים שנפסלו לשיטת התוס' ומוכח מזה דגם בלא התנה אינו יכול לסלקו בסלעים שנפסלו ושייך שפיר הפוכי מטרתא ל"ל ומוכח מזה לכאורה כשיטת הרי"ף:

אך עדיין יש להקשות ג"כ לשיטת הרי"ף דאמאי לא מתרץ הגמ' התם דמיירי דיש לו דרך להוציאם למישן ומוכח מזה כמש"כ לעיל דאף מי שלוה זהו' עכ"ז יכול לסלקו בסלעים שנפסלו אם יש לו דרך למישן משום דגם בזה קרינן זוזי יהב זוזי שקל כנ"ל אבל מ"מ קשה דהא הוי מצי הש"ס לתרץ דמיירי דמטבעות הלואה היה מטבע אחת כגון סלעים ואחר הלואה נפסלו ולאחד יש לו דרך להוציאם למישן ולחברו ליכא דרך למישן וא"כ המלוה דיש לו דרך למישן יכול הלוה שלו לסלקו בסלעים שנפסלו ולומר לו לך והוציאן במישן והמלוה דלית ליה דרך למישן מחויב הלוה שלו לסלק לו במטבע היוצא באותה שעה ואינו יכול לומר לו לך והוציאן במישן דהא לית לי' אורחא להתם וא"כ תקשה עדיין לשיטת הרי"ף ג"כ, ובפרט דהא בב"ק ד' צ"ז א' ר"נ מסתברא מילתי' דשמואל באית לי' אורחא למישן אלמא דר"נ ס"ל כשמואל דיכול לומר לך והוציאן במישן ובכתובות התם איתא דר"נ תי' אליבא דר"ש דלוה זה לעשר וזה לחמש א"כ תקשה דהא הוי מצי ר"ל לתרץ כן כפי שיטתי' דסובר כשמואל:

ועוד יש להקשות לפי מה דמבואר בסוף כחובות דאם כתב בשטר בבבל מגבהו ממעות בבל ואם כתב בו א"י מגבהו ממעות א"י א"כ קשה אמאי לא מתרץ הגמ' דמיירי דזה לוה מחבירו מעות בבל וזה לוה מחבירו מעות א"י דזה גובה וזה גובה אך בזה י"ל דאפשר דלא שייך בזה לומר אילו חייב הייתי לך כיצד אתה לוה ממני די"ל דדוקא בשני מיני מטבעות דשניהם הוי מעות א"י או מעות בבל בזה לא שייך לומר דלכן לוה ממנו כדי להשיג מטבע פלונית דזהו לא הוי אמתלא כלל משום דיכול לומר דהיה בידך להשתדל בעד מעות אלו להשיג להמין מטבע פלונית משא"כ במעות א"י ומעות בבל דיכול לומר דהייתי נצרך למעות בבל ולא יכולתי להשיג עבור מעות א"י למעות בבל אבל מה דהקשיתי דדילמא מיירי באית לחד אורחא למישן ולהשני לית לי' אורחא להתם תקשה עדיין:

ויש לומר בזה לפמש"כ הרמב"ן במלחמות בסוגיא דכתובות ד' ק"י דלכן לר"נ דס"ל זה גובה וזה גובה אינו קשה דלמה צריך למיתני פלוגתא דאדמון ורבנן שנית הא כבר תנא פלוגתתם גבי משנה דלעיל התם ותירץ דכוונת המשנה הוא לאשמעינן דבשלו הן שמין

כו' והובא דבריו בש"ך סי' פ"ה ע"ש ולכן לפ"ז י"ל דלכן לא רצה הגמ' לתרץ בהנך גווני כגון דזה לוה מעות קפוטקיא והב' לוה מעות א"י דזהו מילתא יתירתא ומאי קמ"ל דהא זה תלינן לקמן במשנה גבי נשא אשה בא"י דלמאן דס"ל כתובה דאורייתא אזלינן בתר המקום שנשתעבד וממילא ידעינן דמי שלוה מעות בבל מחויב לשלם מעות בבל א"כ מאי קמ"ל התנא פשיטא וכן מה שהקשיתי לשיטת התוס' דהוי לי' להגמ' לתרץ דמיירי דזה לוה סלעים והב' לוה זהו' ונפסלו הסלעים ג"כ י"ל דזהו מלתא יתירתא דזה הוי פשיטא להגמ' ותקשה עדיין מאי קמ"ל המשנה וכמש"כ הרמב"ן כנ"ל וכה"ג כתב הש"ך בסי' ס"ה ס"ק נ"ט ע"ש אך מה דהקשיתי דה"ל לתרץ דמיירי דיש לא' דרך להוציאו במישן ולהב' לית לי' דרך קשה עדיין דא"ל גם בזה פשיטא דהא כיון דרב פליג בזה על שמואל וס"ל דמחויב לשלם לו מטבע היוצא באותה שעה א"כ אשמעינן התנא אליבי' דר"ש דהדין כשמואל דיכול לומר לך והוציאן במישן ובמה דפליגי אמוראי לא שייך לומר פשיטא וכמש"כ התוס' בגיטין ד' ע"ב ע"ב ד"ה אר"ה כו' דכתבו להקשות דאמאי פריך פשיטא כיון דר"ה ס"ל אם עמד אינו חוזר וכ"כ בכמה דוכתי וה"ה בזה וי"ל דהש"ס דכתובות שם רצה לתרץ לשיטת ר"ש דיהא א"ש גם לשיטת רב דס"ל דנותן לו מטבע היוצא באותה שעה ואינו יכול לומר לו לך והוציאם במישן דאל"כ תקשה עדיין מן רב דס"ל כן א"כ יהא מוכח אליבי' דרב דבשלו הן שמין ורוצה הש"ס לתרץ דברי ר"ש דיהא אתי כצ"ע כן י"ל בזה ויש להאריך הרבה בכ"ז:

שוב ראיתי דיש לדון במה שכתבתי לעיל דיכול הלוה לפרוע אף במטבעות אחרים שלא מאותו מין מטבע שהלוהו דאכתי י"ל בהלוהו מטבעות כסף דאינו יכול לסלק לו במטבע נחושת דהא מבואר בב"מ ד' מ"ד הנחושת קונה הכסף והכסף אינו קונה הנחושת משום דנחושת הוי פירא גבי כסף אף באתרא דסגיי אינהו חריפי טפי מכספא וכן קיי"ל בסי' ר"ג וכיון דעיקר הטעם דבע"ח דינו במעות משום דמעות יהיב ומעות שקיל כמבואר בב"ב ד' קכ"ד וב"ק ד' מ"ג ברש"י ועיין בתוס' שם ובפרט לפמש"כ הנתיבות בסי' ק"ז ס"ק ד' דבע"ח דדינו במעות זהו מה"ת ובמק"א הארכתי בזה ולפ"ז י"ל אם הלוהו מטבע כסף דאינו יכול לסלקו במטבע נחושת כיון דנחושת הוי פירא גבי כסף ע"כ לא קרינן בזה מעות יהיב מעות שקיל דהא בנחושת שמסלק לו הוי זה כמו פירא גבי מטבע כסף דהלוהו והוי דינו כמו מטלטלי דאינו יכול לסלק לו בהו לפי דבעינן מעות שיהיה כמו אותו המין שהלוהו וכיון דנחושת הוי פירא גבי כסף ע"כ לכאורה הדין נותן דאינו יכול לסלקו בנחושת אם הלוהו כסף רק בהלוהו מטבע נחושת יכול לסלקו במטבע כסף דהא כסף הוי מטבע גבי נחושת. וכן יש לדון בהלוהו מטבע כסף דאינו יכול לסלק לו במטבע

זהב מה"ט דהא הזהב קונה הכסף והכסף אינו קונה הזהב כמבואר בב"מ ובסי' ר"ג וכן יש לדון בהא דשבועות ד' מ"ם בתוס' ד"ה בטוענו בדינר מטבעות כו' שהוכיחו מהא דשתי כסף יש לי בידך אין לך בידי אלא פרוטה דאין זה הודאה מין הטענה די"ל דדוקא בכסף ונחושת הוי הודאה שלא ממין הטענה משום דפרוטה נחושת הוי בשם פירא גבי כסף. וכן י"ל במה דמבואר בירושלמי שבועות פ"ו ה"ג בטוענו דינרי זהב והודה לו דינר כסף דאין זה הודאה מין הטענה משום דכסף הוי בשם מטבע גבי זהב דהוי פירא ולכן הוי כמו שני מינים חלוקים ועדיין יש לדון דמטבע זהב הוי שפיר הודאה מין הטענה אם טענו מטבע זהב מן מטבע אחרת אך באמת ז"א כמבואר ברא"ש שבועות פ"ו סי' ה' דמסיק שם דאף בתובעו דינר זהב והודה לו חצי דינר זהב דלא הוי זה הודאה מין הטענה וכן מבואר בסי' פ"ח סעי' י"א ובטור שם אכן י"ל דדוקא גבי הודאה מין הטענה אמרו כן אבל גבי בע"ק דדינו במעות שפיר יש לכאורה לדון כמש"כ ולפ"ז אף לפמש"כ לעיל בענף בי"ת להוכיח מהא דב"ב ד' קס"ו דיכול לסלק לו במטבע אחרת. עכ"ז אכתי יש לדון דמהתם אינו מוכח רק בהלוהו פרוטות נחושת דיכול לסלקו במטבע כסף אבל בהלוהו כסף יש להסתפק דאינו יכול לסלקו במטבע נחושת ועיין בתה"ד בפסקיו סי' נ"ד וביו"ד סי' קס"ב ש"ך ס"ק ד"ן:

אבל מן ראייתי דלעיל מן כתובות ד' ק"י שפיר יש להוכיח מזה דבכל גווני יכול לסלקו במין מטבע אחרת ואף בהלוהו כסף יכול לסלקו בנחושת וכן מוכח ממה שאמרו שם בב"ב גבי מעות יש לו וגבי קרקע אין לו דבגבי מעות אף דלא הוי כאותן המין שהלוהו ג"כ יש לו וזהו ג"כ מה"ט וכן ברור לדינא ועיין בחידושי לעיל לסי' נ"ז רק דשא"ה במעות דיוצא ע"י הדחק דיש בו מקום להקפיד אבל במעות היוצא שאני וכמבואר בב"מ ד' נ"ב האי מאן דמוקים אזוזי מקרי נפש רעה והני מילי הוא דסגי להו: ד ועכשיו נחזור לנ"ד שקצב התחייבות מכירת כל טאפ יי"ש במקח ארבעה זהו' דיש לדון בזה לפי שיטת התוס' והרא"ש שכתבו דבעי דוקא התנה לשלם במעות א"כ בנ"ד לא מקרי זה התנה משום דהא דוקא התנה לשלם במעות דהוי יתור לשון אמרינן דכוונתו היתה לשלם במטבע היוצא משא"כ במכירת יי"ש דהוכרח לקצוב המקח כדי שנדע המקח קצבה מכל טאפ ובמוכר פרקמטיא שכתבו ג"כ דבהתנה לשלם מעות דחייב לשלם במטבע היוצא הוי ג"כ יתור לשון דאין לומר דהתנאי היה כדי לשלם במעות ולא במטלטלין משום דגם בלא תנאי ע"ז מבואר בח"מ סי' ק"א במוכר סחורה דחייב לשלם במעות אם יש לו משום דאומדנא הוא לשלם במעות וגם עדיף מבע"ח כמבואר שם. ולכן אף במוכר פרקמטיא הוי ג"כ יתור לשון ולכן חייב לשלם במטבע היוצא משא"כ בנ"ד דלא הוי יתור

לשון דהא הוכרח לקצוב המקח מכל טאפ א"כ לפ"ז יכול לשלם לו בהבילעטין אבל לשיטת הרי"ף והרמב"ם דס"ל דלא בעי התנה ובכל גווני מחויב לשלם במטבע היוצא א"כ אף בנ"ד מחויב לשלם במטבע היוצא והרמ"א סתם בח"מ סי' ע"ד דבעי דוקא התנה אך י"ל דוקא היכא שהלוה מוחזק ומן הסתם הוי הלוה מוחזק בזה סתם הרמ"א דאין להוציא מן הלוה משום דבעי התנה. ומשא"כ בנ"ד דרוצים להוציא מן המוכר ולכופו שיתן במטבע שהוזל בזה י"ל דהמוכר הוא המוחזק ויכול לומר קים לי כשיטת הרי"ף והרמב"ם דלא בעי התנה ובפרט במוכר סחורה דס"ל להרבה פוסקים לחלק בין הלואה למוכר פרקמטיא וכעין זה כתב הש"ך סי' פ"ז ס"ק למ"ד גבי הא דסוגיא דעלמא שלא להפך שבועות המשנה דנשבעין ונוטלין די"ל דזהו משום שאין יכולין להוציא מספק אבל היכא דהמלוה מוחזק מהני תפיסתו ע"ש וה"ה בזה י"ל דהרמ"א דסתם דבעי התנה היינו כדי שלא להוציא מן הלוה אבל היכא דהבע"ד הוא מוחזק יכול לומר קים לי כהראשונים דלא בעי התנה ובכל גווני מחויב לשלם מטבע היוצא ולא מטבע שהוזל א"כ בנ"ד שהמוכר מוחזק יכול לומר קים לי דלא בעי התנה: אך יש לדון בזה לפמש"כ הנתיבות והחוות דעת ביו"ד סי' קס"ה דדוקא בנפסל המטבע לגמרי בזה חייב לשלם מטבע היוצא משא"כ אם הוזל המטבע דבזה אף דהתנה לשלם מעות הרי זה דומה לסאה בסאה ויכול לשלם לו במטבע שהוזל. א"כ בנ"ד שהמטבע בילעטין לא נפסל רק הוזל י"ל דלכל השיטות יכול לשלם לו בהם דאף בהתנה לשלם מעות מ"מ בהוזל יכול לשלם לו בהם כמש"כ הנתיבות הנ"ל:

אך באמת יש לעיין על הך דינא שכתב הנתיבות הנ"ל מהא שכתב השלטי גבורים בב"ב פ' י' גבי עובדא דהיה כתוב בי' שית מאה וזוזא דב"ב ד' קס"ז דבהתנה לשלם במטבע היוצא דאף דאית לי' אורחא למישן חייב לשלם במטבע היוצא משום דאל"כ למה ליה להתנות לשלם לו במטבע היוצא ע"ש. ולהנתיבות הנ"ל י"ל דלכן התנה לשלם במטבע היוצא כדי שיחויב לשלם מטבע היוצא אף בהוזל ולא נפסל מטבע ראשונה. ומנלן לחייבו לשלם במטבע היוצא אף באית לי' אורחא להתם דהא י"ל דכיון דיש לו אורחא למישן ממילא לא הוזל לגבי' כלל ונקרא עדיין מטבע היוצא בהוצאה לגבי' ומנלן להש"ג להוכיח מן היתור לשון לכופו לשלם במטבע היוצא פה אף דיש לו דרך למישן ודלמא היתה כוונתו בהיתור לשון לשלם במטבע היוצא אם יוזל המטבע ומוכח מהש"ג כהמר"מ אלשיך דהובא בחוו"ד שם דס"ל דהוזל דומה לנפסל דמחויב לשלם במטבע היוצא אך אפשר לומר עדיין דאי נימא דיתור לשונו היה לשלם במטבע היוצא אף בהוזל

א"כ מה"ט אף באית ליה אורחא להתם ג"כ שייך כן דהא הוזל קצת כיון דכאן אינו יוצא בהוצאה רק במק"א:

ולעיל כתבתי להעיר בהא דב"ב ד' קס"ז בהאי שטרא דהוי כתוב שית מאה וזוזא כו' דא"כ אסוכי מסכי להו דמבואר התם דמותרין העדים לצרף חשבון הפרוטות על דינרים ולכתוב בלשון דינרים והקשיתי לשי' התוס' דהא יהיה נפ"מ מעדותם אם יפסלו הזהובים ואיך יכתבו עדות שקר וכמבואר כה"ג בסי' מ"ג סעיף כ"א דאם המטבע משתנה ממקום המסירה למקום הכתיבה לא יכתבו אלא שם מקום שמסרו הדברים שם ע"ש. ובאמת י"ל לשיטת התוס' דמיירי התם בהתנה כו' דאז חייב לשלם במטבע היוצא אכן לפמש"כ החוו"ד והנתיבות דבהוזל יכול לסלק במטבע שהוזל אף בהתנה כו' א"כ תקשה עדיין דאיך קאמרי דאסוכי מסכי להו הא יכול לצאת תקלה מעדותם לענין אם יוזלו הזהובים דיכול לסלק לו בהם. משא"כ אם נכתב פרוטות לא יהיה יכול לסלקו בדינרים שהוזלו ומוכח מזה לכאורה כהמהר"ם אלשיך הנ"ל. אכן לפמש"ר לעיל דכוונת הגמ' דהי' להם לכתוב דלוה פרוטות דהיו עולים לכך וכך דינרים ע"כ אין להוכיח לנ"ד מהתם או אפשר כמש"כ לעיל דכיון דפסול וזול המטבע לא שכיח כ"כ ע"כ ליכא להו למיחש בזה:

ולכאורה יש להעיר בהא דכתובות ד' ק"י דשנים שהוציאו שט"ח זע"ז דאר"נ זה גובה וזה גובה ור"ש או' הפוכי מטרתא ל"ל ומוקי הש"ס לפלוגתתם אי בשלו הן שמין הא ה"מ הש"ס לאוקמי פלוגתתם בלוה זה מטבע אחרת והב' מטבע אחרת ונפסל מטבע א' ויש לו דרך למישן. דר"נ דס"ל בב"ק ד' צ"ז שם כשמואל דאמר מסתברא הא דשמואל כו' וע"כ ס"ל זה גובה כו' משום דנפ"מ מן גבייתם של כאו"א ור"ש ס"ל כרב דאמר שם נותן לו מטבע היוצא וע"כ אין נפ"מ בגביות כ"א ולכן אמר הפוכי מטרתא אך אפשר לומר דכיון דמצינו בב"ק דאר"נ מסתברא מלתא דשמואל כו' וכבר פליגי בזה רב ושמואל א"כ לא ה"ל לרב נחמן ור"ש לפלוג בכתובות בזה בסתמא מעצמם וכן יש לדון בזה עוד לפמש"כ לעיל וקצרתי:

ה אכן אף לפי שיטת החו"ד הנ"ל עכ"ז נראה בנ"ד דחייב לשלם במטבעות היוצאות בשופי דהא חזינן שיטת רש"י וכמה ראשונים דס"ל במוכר פרקמטיא דחייב לשלם במטבע היוצא וחילקו דשאני הלואה דבעינן דוקא התנה והטעם משום דבהלואה בלא התנה יכול ליתן מטבע שנפסל דדומה לסאה בסאה והוזל כמש"כ התוס' משא"כ בפרקמטיא אף דקצב מקח הפרקמטיא לכל מדה א' רו"כ עכ"ז כיון דלא הי' הלואת רו"כ רק היה סחורה א"כ בזה לא שייך לומר דהוי כסאה בסאה והוזל דהא באמת נתן

לו מין אחר ולא מטבעות רק היתה קצבת המכירה למעות כך וכך א"כ זה לא הוי כמו סאה בסאה לכן מחוייב לשלם שיווי הפרקמטיא כפי שהם שוין באותו הזמן א"כ לפ"ז השיטה אף דהיה הקצבה של פרקמטיא למטבע רו"כ ונפסל הרו"כ לאח"ז עכ"ז חייב לשלם שיווי הסחורה כאותו הזמן שמשך לרשותו דהא אין לחלק בין הוזל לנפסל המטבע דהא גם בנפסל שמטבע הדין בהלואה שיכול לסלק במטבע שנפסל משום דהוי כסאה בסאה והוזל רק התנה שאני משום יתור לשון או אפשר שמטבע שנפסל לאו שמו מטבע ומעות כמש"כ התוס' והרא"ש שם. ועכ"ז במוכר פרקמטיא מחויב לסלק מטבע היוצא משום דסחורה אינו דומה לסאה בסאה והוזל. א"כ ה"ה בהוזל המטבע ג"כ חייב לשלם במטבע היוצא דזה אינו דומה לסאה בסאה ועיקר הטעם של החוו"ד הוי משום שזה דומה לסאה בסאה והוזל כמבואר בנתיבות וחוו"ד ע"ש ויכול המוכר שהוא מוחזק לומר קים לי כשיטת הראשונים דס"ל דמוכר סחורה אינו דומה לסאה בסאה והוזל וחייב לשלם שוויים מה שהיו שוים בעת המכירה והשמ"ק בב"ק ד' צ"ז כתב בשם חכמי הצרפתים דפרשו דוקא כשמכר פרקמטיא שהרי אומר לו אלו היתה פרקמטיא שלי בידי הייתי מוכרה במטבע היוצא עכשיו. הא אם הלוהו מעות אפילו אין לו דרך לאותה העיר רשאי להחזיר לו מה שהלוהו שהרי אומר לו אלו הי' בידך נפסל בידך ג"כ כו' עכ"ל א"כ זה הטעם שייך ג"כ בנ"ד כנ"ל:

ועוד אף לשיטת הפוסקים דס"ל דגם מוכר פרקמטיא בעי דוקא התנה היינו דוקא בקצב הסחורה בעד סך כך וכך מטבעות היינו במאה רוביל ואח"ז נפסלו או הוזלו הרוביל הישנים דבזה שפיר ס"ל להרבה ראשונים דיכול לסלק במטבע שהוזלו דכיון דקצב בס"ה לנ"ח מאה רוביל הוי כמו דלוה רוביל והוזלו דדומה לסאה בסאה והוזל משא"כ בקצב הס"ה לזהובים שיתן לו בעד הסחורה כך וכך זהובים והזהובים לא נפסלו והוזלו כלל רק מטבע אחרת כגון הרוביל הוזלו בזה כ"ע מודו דאינו יכול לשלם לו במטבע רוביל משום דבזה הסברא פשיטא דזה אינו דומה לסאה בסאה והוזלו משום דאם אתה הולך בתר הסחורה א"כ הא הסחורה והמטבע רוביל הוי שני מינים. ודומה להלואת חטים והוזלו השעורים דוודאי אינו יכול לסלקו בשעורים שהוזלו כעת על מקח הראשון שהי' שוה בעת הלוואת חטים וה"ה תשלום מטבעות בעד סחורה ואם אתה הולך בתר המטבע שקצב את החוב בעד הסחורה הא גם בזה הוי שני מינים. דהא קצב החוב לזהובים ומה בכך דהמטבע רוביל הוזלו כיון דהזהובים לא הוזלו א"כ הא כבר נתבאר דשני מטבעות מחולקים הוי שני מינים כמבואר בסי' פ"ח וזה ברור ופשוט דאה לוה זהו' ואח"ז הוזלו מטבע רוביל דוודאי אינו יכול לסלקו במטבעות רוביל משום דהוי כמו חיטין ושעורים

ואף דכבר כתבתי דאף דלוה זהו' יכול לסלקו במטבעות רוביל היינו דוקא בלא הוזלו דעיקר הטעם דמחויב לסלק לבע"ח במעות משום דזוזי יהב וזוזי שקל א"כ זה הטעם שייך גם במטבעות מחולקים דעכ"פ שם זוזי עליהם והיינו דווקא באם השיווי הוא שוה כמו מטבעות שלוה משא"כ בהוזלו דעיקר הטעם הוי משום סאה בסאה והוזל א"כ הא זה לא שייך רק במין אחד ולא בשני מינים וה"ה בקצב החוב לזהובים דהוי שני מינים דבין דניזיל בתר גוף הסחורה או בתר סך המטבע שקצב החוב ג"כ הוי שני מינים ובזה גם החוו"ד מודה דאינו יכול לסלקו במטבע שהוזלו דהא זה לא הוי כמו סאה בסאה וזה פשוט:

ולפ"ז נראה דבנ"ד כ"ע מודו דאינו יכול לסלקו במטבע בילעטין דאף לשיטת הסוברים דבעי דווקא התנה הא כתבו הטעם משום דהוי כמו סאה בסאה והוזל א"כ הא בנ"ד דקצב סך כל טא"פ במקח ארבעה זהו' א"כ בין אם נלך בתר גוף הסחורה או בתר מטבעות זהובים הוי שני מינים ובפרט מטבע בילעטין גבי זהו' דזה הוא מנייר וזה הוי של כסף וכיון דבזה לא שייך סברת התוס' שכתבו דדומה לסאה בסאה והוזל וודאי דאין יכול לסלקו במטבעות של בילעטין שהוזלו וכ"ע מודו דנ"ד לא בעי התנה דהא דכתבו דבעי התנה היינו בקצב הסחורה לחשבון רוביל ואח"ז הוזלו הרוביל. משא"כ בקצב החוב לחשבון זהובים דכ"ע מודו דאינו יכול לסלקו במטבעות רוביל שהוזלו וזה פשוט:

ועוד דהא כיון דקצב והותנה דבעד כל טא"פ יי"ש המקח ד' זהובים א"כ אף שהלוקח רוצה לקנות כמה טא"פ יי"ש:

עכ"ז כל טא"פ בפ"ע הוי מכירה בפ"ע וכדאיתא בב"ב ד' פ"ו ע"ב גבי סאה בסלע דראשון ראשון קנה שכתב הרשב"ם שם דכל סאה הוי מכירה בפ"ע וכן מצינו בע"ג ד' ס"ה גבי העבר לי חביות חביות בפרוטה דהוי כל חביות שכירות בפ"ע ע"ש. א"כ אם בא הלוקח לקבל היי"ש מן המוכר יכול המוכר לומר סלק לי בעד כל טא"פ וטא"פ בפ"ע כיון דכל טא"פ הוי מכירה בפ"ע ובעד כל טא"פ צריך ליתן הלוקח ד' זהובים כמו שקצב המקח וכיון דאינו נותן הלוקח רק מטבע רוביל בבילעטין א"כ יכול המוכר לומר אין אני חפץ להחזיר המותר מן עודף הרו"כ על הד' זהובים ואף דיש להמוכר מטבעות קטנות ליתן המותר. עכ"ז יכול לומר אין אני חפץ ליתן מכיסי הנ"ח לחשבון הרוביל וכן מצינו בח"מ סי' ק"ג סעיף ה' דאם הלוה אומר טול השדה שאין מגיע להמלוה בחובו בשלימות ואומר להמלוה תן לי מעות הנ"ח לתשלום דמי מחיר השדה יכול המלוה לומר אין אני חפץ ליתן מעות מכיסי ודוקא אם המטבע לא הוזלו כלל אזי יכול לומר הלוה ולכוף להמלוה שיתן לו הנ"ח בחזרה משום דהא אין פסידא להמלוה כלל דהא יכול להחליפו אצל

אחרים בקל משא"כ היכא שיהי' להמלוה או להמוכר פסידא מכיסו וודאי אין כופין להמוכר בזה דהא אם יתן המטבע לאחר יפסיד מכיסו ע"כ בוודאי אינו מחויב המוכר ליתן לו הנ"ח מכיסו ויכול המוכר לומר קיים תנאך ליתן לי בעד כל טא"פ ד' זהו' וכעין זה יש לדון בב"ק דף ל"ז גבי עובדא דחנן בישא ע"ש ועיין ברשב"א שם:

וגם היכא דהמעות אינם יוצאין רק ע"י הדחק מבואר בב"ב ד' ל"ב ובח"מ סי' נ"ז דאינו מחויב המלוה לקבלם ולא מבעיא בחוב הלואה ואף בחוב שלא היה דרך הלואה ג"כ מבואר בקדושין ד' ח' ובאה"ע סי' כ"ט סעי' ז' וב"ש ס"ק כ' דאינו מחוייב לקבלו וכש"כ לפי מה דמבואר בסי' ר"ג סעי' ח' ברמ"א שם דמעות הרעות שאינן יוצאין בהוצאה להדיא נקראו מטלטלין וכן נראה עיקר עכ"ל ע"ש ועפ"ז יש לדין בהא דסי' רכ"ז סעי' י"ז וקצרתי וכיון דבע"ח דינו בזוזי וודאי אינו מחויב לקבלן והא דב"ק ד' ל"ז גבי הא דחנן בישא ה"ל זוזא מכא כו' תקע ליה אחרינא ויהב ניהלי י"ל דהי' מתרצה בכך ועיין ברשב"א שם מה שהעיר בזה ואכמ"ל ועיין לעיל בחידושי לסי' נ"ז ולפ"ז נדחה כל מה שהאריך כת"ר להוכיח דבנ"ד יכול לסלקו במטבע בילעטין אף במדינה שהוזלו ובאמת אינו כן ולכן הארכתי בדברים פשוטים בזה ועיקר כוונתי בכ"ז לברר דיותר נוטה שיטת הרי"ף והרמב"ם דלא בעי התנה וכמו שהוכיח המח"א רק לא מטעמי' כנ"ל אלא כמש"כ דסוגיא דב"ב ד' קס"ז וכתובות ד' ק"י נוטה יותר כשיטת הרי"ף והרמב"ם כנ"ל: וע"כ בתפס המלוה יכול לומר קים לי דאף בלא התנה אינו יכול לכופו לקבל מטבע שנפסל ואף דמטבע שהוזל כתב החוו"ד דאין הדין כן עכ"ז בנ"ד גם החוו"ד מודה כנ"ל:

ענף ו:

ועתה נשוב לעיין במה שהעיר כת"ר בנ"ד לומר לך והוציאן במישן כיון דיש מדינות חלוקות דלא הוזל שם המטבע של רוביל בילעטין כלל א"כ אם יש להמוכר דרך להוליכן שם. ע"כ אפשר דעדיין יכול הלוקח לומר לך והוציאן לאותן מדינות וכן הדעת נוטה דהא חזינן דכה"ג מחללין מעות מע"ש על מעות של ירושלים והן בבבל משום דסופו למיסק להתם כמבואר בב"ק ד' צ"ז והגמ' מדמה זה שם להיכא דאית ליה אורחא למישן ומבואר שם דהיכא דיש לו אורחא להתם ע"כ הוי שם מטבע עליו א"כ ה"ה בנ"ד אם יש להמוכר דרך לאותן מדינות להעלות שם הבילעטין דנראה דכה"ג יכול לסלקו אף כאן במטבע בילעטין דיכול לומר לך והוציאן שם וכן כתבתי לעיל להוכיח דהיכא דלוה מטבעות אחרות ומטבע אחרת נפסל ויש להמלוה דרך להוציאן למישן דיכול לסלקו במטבע אחרת דכיון דיש לו דרך להתם א"כ גם בזה שייך זוזי יהב וזוזי שקל כנ"ל אך בעיקר הדין שאמרו לך והוציאן במישן יש להעיר דהא גבי שומת מטלטלין לבע"ח מבואר בח"מ סי'

ק"ג וסי' ק"ט דאינן נישומין רק כפי שוויים של אותו המקום ולא כפי מה שהם שווים במקום אחר ולא מחלקינן ביש להמלוה דרך לאותו המקום ששווים שם הסחורה ביותר ועיין בסי' ק"א סעי' ט' בט"ז מה שהביא לתשובת הרא"ש שם] והוציאו כן מהא דערכין ד' כ"ד דאמרו שם גבי מרגלית דאם מעלין אותה לכרך משובחת אפ"ה אין להקדש אלא מקומו ושעתו וכ"כ הבית שמואל באה"ע סי' ל"א ס"ק ו' גבי קדושי אשה בפרוטה דאם הוא פחות מש"פ בכאן אך יש להאשה דרך למק"א דשם הוא ש"פ אפ"ה אינה מקודשת מה"ת משום דאין להקדש אלא מקומו ושעתו ומה שהקשה הב"ש שם מן סוגיא דקדושין ד' נ"ג גבי המקדש במע"ש שכתבו התוס' שם לחד פירושא דהקדושין חלין מיד באותו המקום שמקדש אע"ג דשם אינו ש"פ אפ"ה כיון שש"פ בירושלים מקודשת וקשה הא אין להקדש אלא מקומו ושעתו כו' ונשאר הב"ש בצ"ע ובאמת כבר הקדימו הריטב"א בקדושין שם והקשה כן אך הריטב"א כתב שם לפרש להא דמבואר בירושלמי שם דמקדשין בפרוטה של מ"ש דמיירי ביש בו שיווי פרוטה להיות מוכר כאן שאיש אחר יקחנו שיתן פרוטה בעדו להעלותו לאוכלו בירושלים לפי דמיירי דיש בו שיווי פרוטות הרבה והוי בר דמים על פרוטה אבל באין בו שיווי פרוטה רק בצמצום בזה אינה מקודשת משום דאין להקדש אלא מקומו ושעתו וכ"כ המהרש"א בשם התוספות ישנים שם בקדושין ע"כ אין מקום לקושיית הב"ש הנ"ל:

עכ"פ כיון דמבואר שם גם בהכרעת הב"ש דאף אם יש לו דרך להעלותו למקום שיהיה ש"פ אפ"ה אינה מקודשת מה"ת משום דהא במקום הקדושין הוא פחות מש"פ וכן מוכח באמת מן הא דמגבין לבע"ח ע"י שומא דאינו נישום רק מה ששוה באותו המקום ואין להקדש כו' א"כ תקשה דאמאי אמרינן גבי בע"ח דאם יש לו דרך למישן לך והוציאו במישן אם אית ליה אורחא להתם דנימא בזה ג"כ דאין לו אלא מקומו ועיין בח"מ סי' ק"ט סעי' ג' בט"ז ונתיבות שם ובהרא"ש ב"ק פ"א סוף סי' ה' ובח"מ סי' ק"א סעי' ט' אך אין להעיר בהא דסוף כתובות דכתוב בו בבבל מגבהו ממעות בבל כתוב בו א"י מגבהו ממעות א"י והוא בח"מ סי' מ"ב ועיין בירושלמי שם ולא מחלקינן התם דאם יש להמלוה דרך לא"י יהי' יכול להגבותו אף בבבל ממעות א"י ולומר לו לך והוציאם בא"י כמו במעות שנפסלו וכמו הא דמע"ש בב"ק שם. ועיין בשיטת הראב"ד שהובא ברא"ש בב"ק שם גבי הוסיפו על מטבע כו' וקצרתי דבאמת אין זה קשה כלל דשאני מעלת מעות בבל דאף בא"י הם יקרים וחשובים ביותר מן מעות א"י לפי דהם כבדים במשקלם לכן לא שייך בזה לומר לך והוציאן שם וכן יש לדון בזה הרבה חילוקים ועיין בתוס' בב"ק ד' צ"ז ד"ה א"ה של בבל כו' ובלא"ה אין זה הכרח אך מה שכתבתי לעיל שפיר הקשיתי.

והעיקר מה שנ"ל לומר בזה דבאמת הדין נוטה בכל מקום גבי שומא וגבי הקדש דאין לו אלא מקומו ואף דאית ליה אורחא להתם עכ"ז אינו נישום רק לפי מקומו ובאשר הוא שם ושאני הא דכתובות ד' ק' דמקרב שוקא והא דב"ק ביש לו דרך למישן שאני משום דהא מן הדין אינו צריך ליתן רק מטבע שנפסל משום דנפסל דומה להוזל גבי סאה בסאה דאינו משלם רק כזולא דהשתא וכמש"כ התוס' התם רק בהתנה ליתן מעות שאני משום דהא אין שם מטבע עליו אם נפסל המטבע לכן חייב לתת מטבע היוצא משא"כ אם יש לו דרך למישן אזי יש על המטבע שנפסל שם מטבע גבי המלוה כמש"כ התוס' והמהר"ם מרוטאנבורג סי' קע"ה ולכן יכול לומר לך והוציאו במישן משום דמקיים תנאו עדיין דהא יש עליו שם מטבע:

וכן הוא לשיטת הרי"ף והרמב"ם דלא בעי התנה משום דיש אומדנא ע"ז וכמש"כ גבי התנה כנ"ל] והא דהקשה הש"ס בב"ק שם ע"ז מן הא דאין מחללין מע"ש על מעות של ירושלים והם כאן בבבל אע"ג דסופו למיסק להתם ולא מחלקי דשאני מע"ש דבעינן שיחלל על מטבעות שיהיו שווים בשיוויים כמו המעשר שני וכיון דבבבל אינם שווים המטבעות של ירושלים כמו הפירות לכן אין מחללין אע"ג דסופו למיסק להתם משום דאין להקדש אלא מקומו ושעתו כנ"ל יש לומר דשפיר מקשה הש"ס משום דס"ל להש"ס דאם הי' עליהם שם מטבע בכאן במקום החילול שפיר מחללין עליהם דהא לא הוי מזה שום פסידא למע"ש כלל דהא עיקר המע"ש קאי להוליכן לירושלים ומחויב בזה ע"פ מצות התורה להעלותן שם ע"כ לא שייך בזה לומר אין להקדש אלא מקומו ושעתו כיון דעיקר מקומן הוא רק בירושלים ע"כ כל מה דשייך לזכות ענין המע"ש שפיר דייניגן כפי שהם בירושלים ולכן כיון דבירושלים שווים המטבעות כפי שיווי הפירות ע"כ שפיר מחללין על מעות א"י כאן בבבל אם הי' עליהם שם מטבע כאן במקום החילול מחמת דיוצאין בהוצאה בא"י כדס"ל לשמואל הכא דמחמת דיוצאין במישן הוי עליו שם מטבע כאן ג"כ לענין דיכול לפרוע בהם להבע"ח:

אך אי נימא דהמלוה על המטבע ונפסל המטבע דאע"ג דיש לו אורחא למישן אפ"ה נותן לו מטבע היוצא באותה שעה ואינו יכול לומר לך והוציאו במישן והטעם הוא דכיון דהתנה לתת מטבע או מעות וכאן אין שם מטבע עליו כיון שנפסל כאן וע"כ אינו יכול לומר לך והוציאו במישן משום דאין שם מטבע עליו כאן במקום הפרעון וכמש"כ התוס' והרא"ש שם אליבא דרב (ומה דיש לדון בסתירת הברייתות שם עיין ברשב"א ופ"י שם ואכמ"ל וע"כ א"ש הא דאין מחללין על מעות של ירושלים והם בבבל אע"ג דסופו למיסק להתם משום דהא בעינן וצרת הכסף דבשעת החילול מיד יהי' שם מטבע

על מעות החילול וכמש"כ רש"י שם דבעי מצוי בידיך וליכא וכיון דאין שם מטבע עליו בכאן לשיטת רב לכן אין מחללין עליהם כיון דאינן יוצאין במקום החילול וכמש"כ הראב"ד פ"ד ה' מע"ש ה' י"ד ע"ש אבל לשמואל דס"ל דכיון דיש לו אורחא למיסק למישן יכול לומר לך והוציאו במישן ומקיים תנאו שהתנה לתת שם מטבע משום דשם מטבע עליו כאן במקום הפרעון כיון דיש לו אורחא להתם וע"כ הקשו על שמואל מן הא דאין מחללין על מעות של כאן והם בבבל משום דמוכח מזה דאין שם מטבע עליו כאן בבבל דהא שמואל ס"ל דביש לו אורחא להתם הוי שם מטבע עליו כאן וכמש"כ התוס' בד"ה המלוה את כו' דלשמואל מקרי בשם מטבע א"כ לפ"ז הדין נותן דמחללין על מטבעות דסופו למיסק להתם והוי שפיר וצרת הכסף בידך ומצוי בידך כפירוש רש"י ומשני במלכיות מקפידות דאז אין שם מטבע עליו כאן בעת ובמקום החילול:

ונתבאר דלא מהני הך סברא דלך והוציאו במישן רק גבי מטבע שנפסל דדומה להוזל סאה בסאה דנותן כזולא דהשתא כמש"כ התוס' רק כיון דהיה התנאי בשם מטבע ע"כ אין נותן לו מטבע שנפסל לכן אם יש לו דרך למישן הוי שפיר שם מטבע עליו גבי המלוה אבל בכל מקום אמרינן דאין להקדש אלא מקומו ושעתו אף דיש לו אורחא להתם וכמש"כ הב"ש הנ"ל ולכן יש לדון דלא מהני הך סברא לך והוציאו במישן רק משום סברת התוס' דהוי כמו סאה בסאה והוזל. א"כ זה לא שייך רק במין מטבע אחת כגון דהלוהו זהובים ונפסלו הזהובים משא"כ בלוה סלעים אינו יכול לסלקו בזהובים אף דיש לו אורחא למישן משום דע"פ דין אין להקדש אלא מקומו ושעתו ולא מהני הא דאית ליה אורחא להתם רק לפי דהוי כסאה בסאה אבל במטבעות מחולקים לא שייך כן דהוי כשני מינים כמבואר בסי' פ"ח סעי' י"א ובשבועות ד' מ' תוס' ד"ה בטענו כו' וכש"כ במכר פרקמטיא וזקף בחוב על זהובים ועכשיו הוזלו הרוביל באיזה מדינה ובמקום שהמוכר שם אף דאית להמוכר דרך למדינה שלא הוזלו מ"מ אינו יכול לסלקו בהרוביל.

דזה וודאי הוי שני מינים מצד כש"כ ועוד דהא רוביל בילעטין הוא מן נייר והזהובים הוא מן כסף ובפרט לפמש"כ לעיל דכל טא"פ הוי מכירה בפ"ע ואינו מחויב לתת היתרון מן ד' זהובים להלוקח דברור ופשוט דאף דבמקום אחר הם בלא פחת כלל עכ"ז אינו יכול לומר לך והוציאו שם משום דבעינן שיהא שוה בשיווי דמי המחיר העודף על ד' זהובים בכאן במקום המכירה כמו בכל שומות בגביות לבע"ח דאין להקדש אלא מקומו ושעתו אף דיש לו אורחא להתם וכמש"כ הב"ש כנ"ל ומחויב ליתן לו ארבעה זהובים לפי דמחויבים הקונים לסלק במטבע טובה והיוצא בהוצאה בלא פחת כלל ועיין בח"מ סי' ק"א גבי מוכר סחורה:

והנה לעיל הקשיתי בהא דב"ב ד' קס"ז דאסוכי מסכי לפרוטות לחשבון זוזי דהא נפ"מ לענין אם יפסלו הזהובים ויהיה לו דרך למקום שיוצאין בהוצאה שם וכתבתי לעיל דבאמת יכול לסלקו בהם אכן לפי מש"כ אח"ז דאין הדין כן ובארתי דאם הלוהו סלעים ונפסלו זהובים כאן ובמקום אחר יוצאין בהוצאה ויש להמלוה דרך שם דאינו מסלקו בזהובים משום דלא שייך לומר בזה דהוי כסאה בסאה והוזל לפ"ז מוכח דאין ראי' מהא דב"ב לפי דלא שכיח פסול וזולא במטבעות כ"כ ע"כ לא חשו לזה וכה"ג ראיתי באו"ת בסוף סי' מ"ב שכתב דלכן אין לפסול שטר מאוחר אף דיש לחוש לנפסל המטבע משום דזהו לא שכיחא ע"ש וה"ה במה שכתבתי עד כאן הקונטרס שהשבתי לרב גדול א' בזה:

היוצא לנו בקצרה מכל זה דאף דמבואר בח"מ סי' פ"ח סעי' י"א דשני מיני מטבעות מחולקים הוי כמו שני מינים וכמש"כ התוס' בשבועות ד' מ' ע"א ד"ה בטוענו כו' וחלקו על פי' רש"י שם עכ"ז אם לוה א' מין מטבע אחת דיכול לפרוע מין מטבע אחרת אף דיש ת"י לאותו מין מטבע דלוה מהמלוה דאף דבע"ח דינו בזוזי לפי דזוזי יהב זוזי שקל וכמש"כ הרשב"ם בב"ב ד' קכ"ד עלה דגבו מעות יש לו ועיין בתוס' שם וב"ק ד' מ"ג ד"ה ולר"נ כו' עכ"ז גם במה דמסלק לו במטבעות אחרים שייך גם בזה ה"ט דזוזי יהב זוזי שקל ובפרט לפי המבואר בסמ"ע סי' ק"צ ס"ק י"א דהא דב"ח דינו בזוזי זהו רק מדרבנן ולא כפי מש"כ הנתיבות בסי' ק"ז ס"ק ד' ואכ"מ] אכן אם נפסל הך מין מטבע שלוה ממנו דקיי"ל דיכול לומר לך והוציאן במישן אם יש לו דרך להתם דעכ"ז זהו דוקא בהך מין מטבע שלוה ממנו אבל אם לוה איזה מין מטבע אחת ומין מטבע אחרת נפסלה ויוצא בהוצאה במקום אחר ויש להמלוה דרך שם דנתבאר דבזה אין הלוה יכול לסלק במין מטבע אחרת שלא כאותו המין שלוה אף אם הלוה רוצה לקבל אחריות ההליכה עליו וכעין הא דסי' קע"ו סעי' י"ג אלא מחויב לסלק לו במין המטבע שלוה ממנו אם יש לו לאותו מין מטבע ת"י או במטבע אחרת כפי שהם שווים כאן במקום הפרעון או במטלטלי בשומא אם אין לו מעות כלל אבל אינו יכול לסלקו במטבע שנפסל כאן ויוצא בהצואה במדינה אחרת כמו שנתבאר בארוכה ועוד כמה חידושי דינים נתבארו בקונטרס הזה בעז"ה ואכתוב כאן קונטרס אחד מן חידושי לאה"ע סי' ע"ז השייך קצת לענין פרעון בע"כ ולענין מש"כ הש"ך בסי' ע"ד ס"ק ט':

באה"ע סי' ע"ז סעי' א' ח"מ ס"ק ג' הביא בשם המזרחי והב"ח דגם בזמן הזה אם רוצה לגרשה וליתן לה הכתובה פטור ממזונותיה אבל מתשובת הרא"ש והמהרי"ק משמע דחייב ליתן לה מזונות והובא זה בב"ש שם ס"ק ו' וכן הובא פלוגתא זו בקצרה בב"ש סוף סי' ע"ז בדיני מורד בקצרה והנני לבאר כ"ז היטב בעז"ה:

ענף א:

וראיתי בספר משכנות יעקב ח' אה"ע סי' ט"ז שכתב לדון במי שרוצה ליפטר מן מזונות אשתו בהשלשת כתובה והגט והביא פלוגתת הפוסקים הנ"ל. והעלה דאף בזמן הש"ס אין ביד הבעל ליפטר ממזונות אשתו כי אם בהגיע הגט לידה דוקא ולא סגי באמירה בעלמא ובהשלשת כתובה והכי משמע פשטא דמתניתין גבי רפואה כו' דכתובות דף נ"א דאם אמר הרי גיטה וכתובתה תרפא א"ע רשאי דהכוונה דרשאי לגרש וממילא מיפטר מרפואתה וכפירוש רש"י שם דאין חייב לזון גרושתו ואשמעינן דרשאי לגרש בימי חליה וגם דרפואה שאין לה קצבה ה"ה כמזונות ולא אמרינן דכבר נתחייב לרפאותה כעין דאמרו בפדיון דלא מהני גירושין למיפטר ולכן לא נקט התנא כן במזונות דאם אמר ה"ז גיטה וכתובתה ותזון א"ע רשאי משום דבמזונות פשיטא דאחר דגירשה פטור וגם פשוט דיכול לגרש בע"כ כו' עכ"ל ולע"ד מוכח להיפך מן התוספתא דכתובות פ"ד דמיירי שם ברפואה דאין לה קצבה ה"ה כמזונות ואח"ז תני שם בזה"ל היו שני בצורת וא"ל ה"ז גיטך וכתובתך צאי ופרנסי א"ע הרשות בידו אלמא דתניא בתוספתא להך דינא גבי מזונות ואדרבה מוכח מהתוספתא דאף דתני שם מתחלה לדין רפואה כנ"ל אפ"ה שבק ליה ותני להך דינא במזונות אלמא דודאי בזמן הש"ס היה מועיל השלשת כתובה וגט למיפטר ממזונות אף דלא קיבלה עדיין להגט דאילו קיבלה להגט א"כ מאי אשמעינן התוספתא דהא ודאי פטור ממזונות לאחר דגירשה וכמש"כ המשכנות יעקב דהא יכול בודאי לגרש בע"כ. א"כ מוכח מזה כמש"כ הפוסקים ברישׁ סי' ע"ז הנ"ל דבזמן הש"ס ודאי מועיל השלשת כתובה וגט אף דלא קיבלה להגט והא דתנן במשנה להך דין גבי רפואה י"ל דאשמעינן דלא נימא דרפואה שאין לה קצבה יהיה דינה ג"כ כמו פדיונה דלא מצי למימר הרי גיטה וכתובתה:

ובאה"ע סי' קי"ט סעי' ו' ברמ"א שם הביא בשם תשובת הרא"ש דבזמן הש"ס יכול לגרשה בע"כ אף דלא שילם הכתובה והב"ש שם ס"ק ו' הביא בשם הרשב"א סי' אלף רנ"ד דאין יכול לגרש אשתו אם אין לו לשלם הכתובה והביא ראיה מדתני לקתה חייב לרפאותה ואם אמר הרי גיטך וכתובתך כו' טעמא דמסלק הכתובה אבל אם אינו מסלק הכתובה אינו יכול לגרש עכ"ל ובאמת תקשה לשיטת הרא"ש דס"ל דיכול לגרש אף אם אינו מסלק הכתובה דל"ל הרי גיטה וכתובתה כקושית הרשב"א אכן אי נימא כמו שפירשו הפוסקים בסי' ע"ז הנ"ל להך דהרי גיטה וכתובתה דמיירי בהשליש ולא במגרשה ממש:

אתי שפיר שיטת הרא"ש די"ל דבאמת אם מגרשה ממש יכול לגרשה אף אם אינו משלם הכתובה והמשנה דהרי גיטך וכתובתך מיירי במשליש לבד דבזה אינו יכול ליפטר ממזונותיה כ"ז דלא משלם הכתובה אלא כשמשליש הכתובה עם הגט בזה היה תקחז"ל ליפטר ממזונות וע"כ שפיר י"ל דבמגרשה ממש יכול לגרשה אף דלא שילם הכתובה והרשב"א דהוכיח כן מוכח דס"ל לפרש להמשנה דכתובות הנ"ל כמש"כ המשכנות יעקב דמיירי במגרשה ממש דאל"כ אין מקום להוכחת הרשב"א הנ"ל ואפשר דלכן ס"ל להרא"ש בתשובה כלל מ"ב שהובא בח"מ ס"ק ג' דבזה"ז דתיקן ר"ג שלא לגרש בע"כ מחויב בשאר וכסות ואינו יכול ליפטר כו' ומשמע דמיירי בהשלשת גט וכתובה דבזמן הש"ס היה מועיל ליפטר די"ל דאזיל לטעמיה דס"ל להרא"ש דיכול לגרשה אף בלא סילוק הכתובה א"כ מוכח לפ"ז דהא דאמרו הרי גיטה וכתובתה כו' דזה מיירי בהשלשה לבד דאל"כ תקשה קושית הרשב"א הנ"ל דל"ל סילוק הכתובה וע"כ ס"ל להרא"ש דדוקא בזה"ז אינו יכול ליפטר אבל בזמן הש"ס היה מועיל השלשתו כנ"ל ועוד י"ל בסברת הרא"ש דס"ל דיכול לגרשה בע"כ אף דלא שילם הכתובה דלא תקשה עליו מהא דהרי גיטה וכתובתה תרפא א"ע כמו שהוכיח הרשב"א די"ל דהרא"ש אזיל לטעמיה דהנה בב"מ פ"א סי' ל"ד הביא הרא"ש בשם הירושלמי דמי שגירש אשתו ולא נתן לה כתובה חייב במזונותיה עד שיתן פרוטה אחרונה ושיטת האלפס שם דלא כהירושלמי משום דהוכיח מש"ס דילן דלא כהירושלמי והרא"ש העלה שם להלכה כהירושלמי ע"ש ועיין בכתובות ברא"ש פ' י"ג סי' ד' ולפ"ז י"ל דלכן נקטו במשנה הרי גיטה וכתובתה כו' משום דאשמעינן הך דינא דירושלמי הנ"ל דדוקא בשילם הכתובה מיפטר ממזונות אבל כל זמן דאינו משלם הכתובה אף דגירשה חייב במזונותיה אם תתבע וכמש"כ הב"ש בסי' צ"ג ס"ק ה' לשיטת הרא"ש ע"ש ולכן שפיר י"ל דמצי לגרשה אף דלא שילם הכתובה וכשיטת הרא"ש אכן לשיטת הרי"ף הנ"ל דהובא באה"ע סי' צ"ג בח"מ ס"ק ד' ובב"ש שם ס"ק ד' דס"ל דגרושה אף שלא נתן כתובתה אין לה מזונות א"כ ליכא למימר כנ"ל ותקשה קושית הרשב"א מהא דהרי גיטה וכתובתה על מה דפסק הרמ"א בסי' קי"ט סעיף ו' דיכול לגרשה אף דלא שילם הכתובה וע"כ מוכח לחלק דשא"ה דמיירי בהשליש הגט והכתובה ע"כ בעינן גט וסילוק הכתובה אבל במגרשה ממש מיפטר ממזונות אף דלא נתן הכתובה וכשיטת הרי"ף הנ"ל כן י"ל בכ"ז:

ענף ב:

ובעיקר הך מילתא דאמרו דע"י השלשת גט וכתובה מפסדת מזונות יש להעיר בזה מהא דגטין דף י"א ע"ב דתן גט זה לאשתי ושטר שחרור לעבדי דחכ"א דחוזר בגטי נשים ולא

בשחרור כו' שאם ירצה שלא לזון עבדו רשאי ושלא לזון אשתו אינו רשאי ופי' רש"י כיון דשלא לזון אשתו אינו רשאי הלכך כי מגרש לה מפסיד לה מזוני ולקמן שם דף י"ב ע"ב בתוס' ד"ה וכי תימא אי בעי זריק ליה גיטא שביק ליה ועריק ואזל לעלמא דהקשה המהרש"ל שם דא"כ בגט אשה אמאי הוי חובה נימא אי בעי זרק לה גטה ותי' המהרש"ל שם דעכ"פ זכות לא הוי והמהרש"א שם תירץ דבאמת גם רבנן ס"ל להך סברא דשבקת ליה וערקת לעלמא ע"ש ועיין בתוס' שם דף י"א ד"ה בגטי נשים בשם הירושלמי ובמהרש"א שם. [ובמק"א הארכתי עפ"ז במה דאמרו בכ"ד דבעל שאמר יש לי בנים וגרשתי דנאמן במיגו דבידו לגרשה והא מציא ערקת לעלמא כמש"כ הכא אך באמת אין זה קשה כלל ואכמ"ל עכ"פ לפי הטעם דנקטו במשנה שם דלכן מקרי הגט חובה להאשה וכפשטות המשנה דכיון דאם ירצה שלא לזונה אינו רשאי וכשמגרשה מפסיד לה מזוני וכפי' רש"י שם במשנה ע"כ הוי גט אשה חובה וכפי שכתב המהרש"א כנ"ל וקשה לשיטת הרא"ש ולהירושלמי דס"ל דאף בגרושה כ"ז דלא מסלק הכתובה לא מיפטר ממזוני כנ"ל א"כ מאי קאמרו שם דגט הוי חובה כשמגרשה משום דמפסידה ממזוני. הא כ"ז דלא משלם הכתובה אף בגרושה ממש אינה מפסדת המזונות ואף לפמש"כ הב"ש בסי' צ"ג ס"ק ה' דלשיטת הרא"ש הנ"ל בעינן דתתבע הכתובה דוקא עכ"ז הא בידה לתבוע הכתובה וכ"ז דלא ישלם הכתובה יהיה חייב לה המזונות וע"כ מיירי במה דאמרו שם דע"י הגט תפסיד המזונות דקאי בשילם הכתובה דאז שפיר מפסדת המזונות לאחר גירושין א"כ תקשה במה דאמרו בפשיטות דגט אשה הוי חובה משום דמפסיד לה מזוני עי"ז דהא כיון דמיירי במשלם הכתובה א"כ אף בלא הגיע הגט לידה ג"כ מפסדת מזוני כשמשליש הגט עם הכתובה אף אם לא היה מהני בזה תורת זכייה א"כ תקשה דאיך אמרו בפשיטות שאם ירצה שלא לזונה אינו רשאי דהא בכה"ג דאיירי התם רשאי שלא לזונה ע"י השלשת גט עם כתובה [ואי נימא דבעינן שישליש דוקא ת"י הב"ד היה אתי שפיר ע"פ מש"כ התוס' בסוטה דף כ"ה ע"ב ד"ה לאו כגבוי דמי כו' דזהו לאו בידו דמי יימר דמזדקקי ליה כו' ובמק"א הארכתי בכ"ז ואכמ"ל אך באמת לא בעינן דוקא ההשלשה ביד ב"ד בזה] אכן אי נימא דהמשנה דכתובות דאמרו הרי גטה וכתובתה תרפא א"ע דקאי במסר לה הגט דוקא אבל ע"י השלשה לא מצי למיפטר נפשיה ממזונות היה אתי שפיר הא דקאמרי רבנן שאם ירצה שלא לזון את אשתו אינו רשאי א"כ לשיטת הרא"ש דס"ל דע"י השלשת הגט וכתובה מיפטר ממזונות כנ"ל תקשה לשיטתו דס"ל דגרושה כ"ז דלא מסלק הכתובה חייב במזונות מהך דגיטין הנ"ל:

והנלע"ד בכ"ז בהקדם להמבואר בכתובות (דף נ"ג ע"א) דמוחלת כתובתה לבעלה אין לה מזונות ופי' רש"י שם באלמנותה דתנאי כתובה ככתובה והרא"ש והר"ן שם כתבו בכוונת רש"י דטעמו משום דמזונות בחיי הבעל אין זה תנאי כתובה כו' והרמב"ם ס"ל דאף בחיי הבעל אין לה מזונות והובא פלוגתא זו באה"ע סי' צ"ג סעיף ט' ודעה קמייתא הוא בסתם דבחייו יש לה מזונות ודעה שניה הוא בשם י"א דהפסידה מזונות וזהו דעת הרמב"ם ואפשר דטעמו דס"ל דאף מזונות בחיי הבעל הוא מתנאי כתובה ועיין בב"ש שם ס"ק י"ט:

והנה בני יקירי כו' מו"ה צבי שיחי' הקשה על מה דמבואר בשיטת רש"י הנ"ל דהמזונות בחיי הבעל אין זה מתנאי כתובה דהא בגטין דף י"ב ע"א איתא בגמ' שם על מה דתנן במשנה שם שאם ירצה שלא לזונו אינו רשאי ש"מ יכול הרב לומר לעבד עשה עמי ואיני זנך כו' אשה בדלא ספקה ופירש רש"י בד"ה ופרכינן עבד נמי בדלא ספיק כו' אבל אשה כך התנה עמה בכתובתה ואת תהא יתבא בביתי ומיתזנא מנכסי עכ"ל רש"י. אלמא דס"ל לרש"י דאף מזונות בחיי הבעל ג"כ הוא מתנאי כתובה דכתב את תהא יתבא בביתי כו' א"כ סתרי דברי רש"י דגיטין לדברי רש"י בכתובות הנ"ל דכתבו הרא"ש והר"ן בטעמו דס"ל דאין זה מתנאי כתובה עכ"ל בני שי':

ואנכי לעצמי הקשיתי ע"ז מהא דיבמות דף פ"ה ע"א דאמרו שם בעא מיניה ר"א מריו"ח אלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט יש להם מזונות או אין להם מזונות ה"ד אילימא דיתבא תותיה בעמוד והוצא קאי מזונות אית לה ל"צ שהלך למדה"י ולותה ואכלה מאי מזוני תנאי כתובה נינהו מדאית לה כתובה אית לה מזוני או דילמא כתובה דלמשקל ומיפק אית לה מזוני דילמא תיעכב גביה לית לה כו' ופי' רש"י בד"ה מזוני תנאי כתובה נינהו שכך כתב לה בכתובה את תהא יתבא בביתי ומתזנא מנכסי כל ימי מיגר ארמלותך עכ"ל רש"י אלמא מבואר להדיא בגמ' דאף מזונות בחיי הבעל הוי ג"כ מתנאי כתובה וכפי' רש"י והא מיירי התם במזונות בחיי הבעל ואפ"ה קרי ליה תנאי כתובה א"כ תקשה על מש"כ רש"י והרא"ש והר"ן בכתובות דמזונות בחיי הבעל אין זה מתנאי כתובה:

ענף ג:

והנראה לי לתרץ זה והוא דהא קיי"ל מגורשת ואינה מגורשת בעלה חייב במזונותיה משום דאגידא ביה ומעוכבת בשבילו להנשא כמו דפי' רש"י בכתובות דף צ"ז ובב"ב דף מ"ז ועיין בכתובות דף צ"ז ע"ב בתוס' ד"ה לאתויי מגורשת ואינה מגורשת כו' והא התם אין זה מן תנאי כתובה דהא הוי ספק שמא נתגרשה ומספיקא אין מוציאין מהיורשים

אם מת בעלה כמבואר בכתובות שם ובאה"ע סי' צ"ג סעי' ב'. רק כל זמן דהבעל קיים מוציאין מזונות מבעלה משום דמעוכבת בשבילו להנשא ועיין ביבמות דף מ"א דיבמה ג' חדשים ראשונים ניזונית משל יבם מה"ט כפירוש רש"י שם ולפ"ז י"ל דכש"כ בחיי הבעל דחייב ליתן לאשתו מזונות אף בלא טעמא דתנאי כתובה משום דהא מעוכבת בשבילו בודאי והוי כש"כ מן ספק מגורשת הנ"ל ולכן יש לומר דזהו טעמא דרש"י בכתובות הנ"ל דכתב דמוחלת כתובתה אין לה מזונות באלמנותה אבל בחייו יש לה משום דבחיי הבעל אף בלא הטעם דתנאי כתובה ג"כ מגיע לה מזונות משום דהא אגידה ביה ולמ"ד מזונות מה"ת הוי מה"ט ג"כ ולמ"ד דרבנן ג"כ הוי מה"ט אף זולת הטעם דתנאי כתובה ולכן אף היכא דמחלה כתובתה או נפרעה כתובתה דאז אין לה תנאי כתובה דהא אף בפרעון כתובה הוי כמוחלת לגבי זה כמבואר ברמב"ם והובא ברא"ש פ' י"ג כתובות סי' ו' שהביא בשם הגאונים דאין פוסקין מזונות לא"א כ"ז דאין הכתובה יוצא מת"י שמא נטלה כתובתה או מחלה והובא באה"ע סי' צ"ג סעיף י"ח מ"מ בחייו דאגידא ביה ומעוכבת בשבילו להנשא חייב במזונות אך באלמנותה דלא אגידא ביה דאין לה מזונות רק מצד תנאי כתובה ע"כ בזה דוקא אמרו דבמחלה כתובה אין לה מזונות מהיורשים כפי' רש"י אבל בחיי בעלה אית לה מה"ט ולכן ניחא הא דגיטין דף י"ב דכתב רש"י שם דחייב הבעל ליתן לה מזוני משום תנאי כתובה משום דהא התם מיירי באמר תן גט זה לאשתי והנה יש לומר נפ"מ בין הטעם דמעוכבת בשבילו להנשא ובין הטעם דתנאי כתובה זולת הנפ"מ במחלה כתובתה כנ"ל והוא דהא זה ברור דבמגורשת וא"מ דבעלה חייב במזונות דאם הבעל משליש גט עבורה אף דבורחת ואינה רוצה לקבל להגט דמ"מ פקע ממנו חיוב מזונות דהא עיקר הטעם דחייב במזונות הוי משום דאגידא בשבילו להנשא א"כ היכא דרוצה להתירה מכבלי העיגון אינו חייב במזונות כיון דעיקר הטעם הוי משום דמעוכבת להנשא בשבילו ובאמת הא אינו רוצה לעכבה וכן מצד תנאי כתובה אין לה כיון דהוי ספק מגורשת וע"כ היכא דמשליש גט עבורה בא"א ודאי אז אינו חייב במזונות משום הטעם דמעוכבת בשבילו להנשא אבל משום תנאי כתובה אז חייב במזונות אף במשליש גט אם אינה מרוצית לקבלו ובמחלה כתובה הוי נפ"מ להיפך דלהטעם דמעוכבת להנשא חייב במזונות ולהטעם דתנאי כתובה אין לה כנ"ל ומה"ט במחלה כתובתה והבעל משליש גט עבורה והיא אינה רוצית לקבלו בזה ברור דמיפטר הבעל ממזונות אף בחייו דהא מצד תנאי כתובה לא שייך במחלה כתובה וכן משום דאגידא ביה לא שייך בזה כנ"ל:

וע"כ אתי שפיר הא דפירש רש"י שם בגיטין דהא דקאמרי רבנן התם דאף באמר תן גט לאשתי חייב במזונות דזהו משום תנאי כתובה דאת תהא יתבא בביתי כו' דהא כיון דמיירי התם ברוצה לזכות גט עבורה א"כ לא שייך בזה הטעם דמעוכבת בשבילו להנשא דיהי' חייב משום טעם זה במזונות וע"כ עיקר הטעם דחייב שם במזונות הוי משום תנאי כתובה דהא כ"ז דלא מחלה כתובה חייב במזונות משום תנאי כתובה והתם הא לא מיירי במחלה כתובה ומתורץ על נכון דברי רש"י דלא סתרי אהדדי ועפ"ז אתי שפיר מה דהקשיתי מהא דיבמות ד' פ"ה דאמרו דמזוני בחייו הוא משום תנאי כתובה דהא שם איבעיא ליה באלמנה לכה"ג יש לה מזונות או אין לה מזונות ואמרו ה"ד אילימא דיתבא תותי' בעמוד והיצא קאי כו' ל"צ שהלך למדה"י ולותה ואכלה מאי מזוני תנאי כתובה נינהו מדאית לה כתובה אית לה מזוני או דילמא כו' מזוני דילמא תיעכב גביה לית לה כו' א"כ י"ל דלכן נקט במזונות בחייו החיוב משום תנאי כתובה לאשמועינן רבותא דאפשר ג"כ להסתפק ולומר דאף היכא דלא שייך הטעם דאגידא בי' ומעוכבת בשבילו להנשא כגון היכא דקודם שהלך למדינת הים רצה ליתן לה גט והאשה לא רצתה אז לקבל הגט א"כ משום הטעם דאגידא ביה אין לחייבו במזונות דהא רצה לגרשה ולהתירה לשוק אך המניעה היתה מצדה דלא רצתה לקבל אז הגט ועכ"ז יש סברא להסתפק ולומר דיהי' חייב במזונות עכשיו שלא נתגרשה ממנו והוא במדינת הים דהא מזוני תנאי כתובה ומדאית לה כתובה אית לה מזוני או דילמא משום תיעכב גבי' לית לה ואף היכא דלא נתרצה מעולם ליתן לה הגט ג"כ לית לה משום דילמא תיעכב גביה וכן ס"ל לדינא וזהו דרך הש"ס לאשמועינן רבותא יתירא בצד הספק של האיבעיא ועיין בכתובות ד' ס"ט ע"א דרב תרווייהו מיבעי ליה א"כ מתורץ מה דהקשיתי מהא דיבמות על דברי רש"י דכתובות הנ"ל. והא דנדה ד' י"ב ע"ב דאמרו באשה שאין לה וסת דלית לה כתובה ולא פירות ולא מזונות ולא בלאות משום דתנאי כתובה ככתובה דמי דמשמע דגם מזוני הוא משום תנאי כתובה אין זה ענין לנ"ד דהא התם אף מזוני לאחר מיתה לית לה משום דהוי מקח טעות ומה"ט אף תוספות כתובה לית לה כמבואר באה"ע סי' קי"ז סעיף ח' ומזוני לאחר מיתה ודאי הוא רק מתנאי כתובה וגם יש לעיין בזה מן הא דמעשרות פ"ג משנה א' בתוי"ט וירושלמי שם:

ענף ד:

נחזור לענייננו במה דס"ל להפוסקים דאם משליש גט וכתובה דמיפטר ממזונות אף דלא הגיע הגט לידה. דבאמת זה טעמא בעי דמאיזה טעם יהי' פטור ממזונות כל זמן דלא הגיע הגט לידה דאף בזמן הש"ס דיכול לגרשה בע"כ מ"מ כל זמן דלא נתגרשה עדיין

איך יפטר ממזונות אכן לפי מה דנתבאר בעז"ה אתי שפיר דהא בעיקר חיוב מזוני יש שני טעמים טעם א' משום דמעוכבת בשבילו להנשא וטעם ב' משום תנאי כתובה דאת תהא יתבא בביתי וכדמצינו ברש"י לגיטין ד' י"ב דאף בחיי הבעל שייך לחייבו משום את תהא יתבא בביתי משום דגם מזונות בחייו נכלל בהך את תהא יתבא בביתי:

אך במחלה כתובתה דאין לה הכתובה אז אין לה המזונות משום תנאי כתובה אלא משום דהוי אגידא ביה ומעוכבת בשבילו להנשא חייב במזונות עדיין כמו מגורשת וא"מ כנ"ל וה"ה בנפרעה הכתובה כיון דאין לה כתובה מה"ט אין לה מזונות בתורת תנאי כתובה כמבואר ברא"ש כתובות פ' י"ג סי' ו' בשם הרמב"ם והגאונים ע"ש אך לפי דאגידא ביה עדיין לכן יש לה מזונות מה"ט לחוד ואף לפי שיטת הרמב"ם דהובא באה"ע סי' צ"ג סעי' ט' דמחלה כתובה אף בחייו הפסידה מזונות י"ל דשא"ה דהיא גרמא לזה וע"כ אף דעדיין אגידא ביה מ"מ אין לה מזונות אבל בנפרעה כתובתה דלא הוי זה מצדה דהא אף בע"כ יכול לסלק הכתובה ושייך בזה פרעון בע"כ דשמי' פרעון כמבואר בגיטין ד' ע"ה ובח"מ סי' ק"כ וה"ה בכתובה בפרעון בע"כ דהוי שמי' פרעון דבזה אף להרמב"ם מ"מ שייך לחייבו במזונות משום דאגידא ביה. אך זה אינו לפי מה דיבואר לקמן בשם הר"נ בכתובות פ"ח לסוגיא דשם ד' פ"א דכל זמן דאינו מגרשה לא מצי לסלק הכתובה בע"כ ואלו כשרוצה לגרשה הא לא הוי אגידא ביה כמו שנתבאר לעיל וקצרתי בזה ועיין בב"ש סי' צ"ג ס"ק י"ח אך דמוכח לחלק להרמב"ם בין מכרה לנפרעה דדוקא בקיבלה רק דמי טובת הנאה בעד המכירה בזה אמרו דמסתמא הוי זה באונס וקצרתי:

ולפ"ז אתי שפיר מה דאמרו דבמשליש גט וכתובה מיפטר ממזונות דהא כיון דמשליש גט ורוצה להתירה לשוק א"כ לא שייך לחייבו במזונות משום דאגידא ביה כנ"ל וכן משום תנאי כתובה אין לחייבו דהא במחלה כתובה וה"ה בנפרעה הכתובה כיון דאין לה כתובה ממילא אין לה מזונות משום תנאי כתובה דהא אבדה כל תנאי כתובה. ע"כ בנפרעה כתובה משליש לה גט אין לה מזוני ואף דאינה רוצית בהפרעון מ"מ הא אף פרעון בע"כ הוי שמי' פרעון כמבואר בגיטין ד' ע"ה ובח"מ סי' ק"ך ולכן כיון דנתן לה הכתובה אף בע"כ של האשה הוי פרעון להפטר מחוב כתובה וכיון דמיפטר מהכתובה ממילא אבדה כל תנאי כתובה וכן מחמת דאגידא ביה לא שייך אם רוצה להתירה ע"י גט ומה לו במה דאינה רוצית לקבל להגט לכן שפיר מועיל הרי גיטך וכתובתך להיות פטור ממזונות דהא לכל הטעמים של חיוב מזונות ליתא בזה וזהו טעם נכון על מה דאמרו דמועיל השלשת הגט וכתובה להיות פטור ממזונות:

הגה"ה ובכתובות דף נ"ד איבעיא ליה לר"פ בת אנוסה יש לה מזונות או אין לה מזונות דכיון דל"ל כתובה לית לה מזוני או דילמא כו' ובתוס' שם ד"ה בת אנוסה מהו תימא אנוסה גופא תיבעי עכ"ל ויש לתרץ קושייתם דהא באנוסה עצמה בחיי הבעל וודאי דיש לה מזונות משום דהא הוי אגידא ביה ומעוכבת בשבילו להנשא וכמו במגורשת וא"מ ואי בנתאלמנה הא בזה י"ל לפי מה דנתבאר דהיכא דנפרעה הכתובה דכיון דלית לה הכתובה ע"כ אין לה תנאי כתובה א"כ ה"ה אפשר לדון כן באנוסה לרבנן דאמרי יצא כסף קנסה בכתובתה דאפשר דזה הוי כמו דנפרעה כתובתה דאין להאלמנה מזונות רק על חוב מזונות הבת שפיר יש להסתפק דהא זה ברור דבמתלה הכתובה וכן בנפרעה הכתובה דאף דאין לה מזונות מ"מ חייב במזונות הבת והא דאמרו שם ד' נ"ד דהיכא דאין לה כתובה אין מזונות להבת היינו היכא דלא היו מעולם חוב כתובה כמו בשניי' ובת ארוסה אבל היכא דהי' לה חיוב כתובה רק דמחלה או נפרעה אח"כ בזה וודאי דלא פקע חיוב מזונות הבת כי אם חוב מזונות של האשה עצמה ע"כ אף דנימא דאנוסה עצמה אין לה מזונות בנתאלמנה משום דמה דיצא כסף קנסה בכתובה הוי זה כמו פרעון עכ"ז במזונות הבת עדיין אפשר לומר דחייב כמו בנפרעה הכתובה כנ"ל ע"כ שפיר איבעיא ליה ביותר בבת אנוסה דהא הוי רבותא יתירה בבת אנוסה. דהא מצינו בנפרעה הכתובה ובמחלה דאף דאין לה מזונות חייב במזונות הבת ולכן אם היו פושט ליה הדין של אנוסה עצמה דאין חייב לה מזונות לא הוי ידעינן על בת אנוסה לכן קא מיבעיא ליה בפירוש על בת אנוסה מהו ומתורץ קושיית התוס' ועיין בתוס' כתובות ד' ל"ט ד"ה טעמא מאי כו' דהקשו שם דאמאי תני יצא כסף קנסה בכתובתה ליתני מת אין לה עליו כלום כו'. ואי נימא דאנוסה כשנתאלמנה אין לה מזונות שפיר הוי מצי למיתני מת אין לה עליו כלום אבל אי נימא דיש לה מזונות בנתאלמנה א"כ לא הוי מצי למתני מת אין לה עליו כלום. משום דאי הוי תני כן הוי אמינא דאין לה עליו אף חיוב מזונות כמשמעות הלשון דאין לה עליו כלום. ע"כ לא תני כן רק תני יצא כסף קנסה בכתובתה. אך דא"כ ה"מ הש"ס למיפשט בהך בעיא דאי בת אנוסה וה"ה אנוסה עצמה אי יש לה מזונות כמש"כ התוס' והרא"ש שם. ע"כ שפיר הקשו התוס' כן והוכרחו לתרץ זה. (ע"כ הגה"ה): ולפי מה דנתבאר דלכן מועיל אמירת הרי גיטה וכתובתה דכיון דפרעון בע"כ שמי' פרעון מיפטר ממזונות א"כ זה אינו שייך רק באומר כן בפני האשה אבל באומר כן שלא בפני האשה לא מהני הפרעון להפטר מכתובתה דהא מבואר בגיטין ד' ע"ה דשלא בפניו לא הוי פרעון בע"כ שמי' פרעון ועיין בסי' ע"ד ש"ך ס"ק ט' שכתב דרק מצד התקנה מהני הפרעון ליד הב"ד שלא בפני המלוה וכמש"כ הנתיבות שם דלא כהאו"ת שם ולפ"ז

מדוקדק לשון התוספתא דכתובות פ"ד דתני בלשון נוכח היו שני בצורת ואמר לה הרי גיטך וכתובתך צאי ופרנסי א"ע הרשות בידו משום דבעינן שיאמר כן בפני האשה ואף דבלשון המשנה לא תני בלשון נוכח דהא תני הרי גיטה וכתובתה תרפא א"ע אפ"ה י"ל דמיירי ג"כ בפני האשה ועיין בהרמב"ם פ' י"ד הל' אישות הל' י"ז ובאה"ע סי' ע"ט דאמרו בזה"ל הריני מגרשך ונותן כתובה כו' אלמא דמיירי הכל בפני האשה דאז יכול להפטר מכתובה ע"י פרעון בע"כ וממילא מיפטר ממזונות. ולכן מתורץ מה דהקשיתי מהא דגיטין ד' י"א דאמרו דלכן לא מהני תן לה גט זה לאשתי משום דהוי חובה שאם ירצה שלא לזון אשתו אינו רשאי והא לשיטת הירושלמי וכפי מה שפסק הרא"ש בב"מ פ"א סי' ל"ד דאף בגרושה כל זמן דלא סילק לה כתובתה חייב במזונות בע"כ מיירי התם בנותן לה הכתובה א"כ יכול לפטור א"ע מן חיוב מזונות במשליש גט והכתובה ע"י אמירת הרי גיטה וכתובתה אבל לפמש"כ אתי שפיר דהא עיקר הטעם הוא משום פרעון בע"כ דשמי' פרעון א"כ זה אינו רק בפני האשה אבל שלא בפני האשה לא מהני למיפטר ע"י הרי גיטה וכתובתה ממזונות דהא שלא בפני הבע"ח לא מהני פרעון בע"כ א"כ התם בגיטין דמיירי שלא בפני האשה ע"כ לא מצי לפטור בהשלשת הכתובה מן חוב הכתובה דהא עדיין חוב הכתובה עליו. ע"כ לא מצי לפטור א"ע ממזונות ולכן אמרו בזה דלא מצי לזכות הגט משום דהוי חובה לה שאם ירצה שלא לזון אשתו אינו רשאי ומתורץ שפיר:

ענף ה:

אכן בעיקר מלתא דנא דאמרו הפוסקים דבזמן הש"ס וודאי מהני אמירת הרי גיטה וכתובתה למיפטר עי"ז ממזונות וכמו שנתבאר עדיין יש לדון בזה דלאו כ"ע מודו בזה והוא דהא בגיטין ד' ע"ה ע"א ללישנא קמא ס"ל לרבא דנתינה בע"כ לא הוי נתינה אף בפניו ולישנא בתרא ס"ל דנתינה בע"כ הוי נתינה בפניו והתוס' שם ד"ה מכלל דבעלמא נתינה בע"כ לא הוי נתינה כו' כתבו דאף דבכל בע"ח וודאי דאף פרעון בע"כ הוי פרעון זהו משום דאין המלוה מפסיד בקבלת הפרעון אבל היכא דהמלוה מפסיד בכה"ג לא הוי נתינה בע"כ חשוב נתינה והובא התוס' הנ"ל בחילוקם בש"ך סי' ע"ד ס"ק י"א ע"ש. א"כ להך לישנא קמא דס"ל לרבא דנתינה בע"כ לא הוי נתינה היכא דמפסיד המלוה ע"י פרעון ע"כ י"ל דלא מהני פרעון בע"כ בחוב כתובה למיפטר נפשו מהחוב דהא עי"ז תפסיד האשה לחוב מזונות והיכא דהוי פסידא לה לא הוי נתינה אם הוי בע"כ ע"כ הדין נותן דלהך לישנא קמא דגיטין דלא מהני אמירת הרי גיטה וכתובתה למיפטר מן חוב מזונות ואפשר לומר דבאמת להך לישנא דס"ל דבמקום פסידא לא מהני פרעון

בע"כ להיות חשוב פרעון דיפרש להך משנה דכתובות דהרי גיטה וכתובתה תרפא א"ע דמיירי במגרשה ממש וכמו שכתב המשכנות יעקב לפרש כן והא דהבאתי לעיל בשם התוספתא דכתובות דתני כן בשני בצורת וא"ל הרי גיטך וכתובתך פרנסי א"ע י"ל ג"כ דמיירי במגרשה ממש אך דאשמעינן דאף דהוי בשני בצורת ואין לה ממה לפרנס א"ע אפ"ה יכול לגרשה בע"כ ועיין בגיטין ד' י"ב ע"א גבי עבד בשני בצורת אמנם לדידן דקיי"ל דנתינה בע"כ הוי נתינה אף היכא דמפסיד לחבירו כמבואר שם בגיטין ד' ע"ד גבי ה"ז גיטך ע"מ שתתני לי ר' זוז דמה"ת אף בע"כ מגורשת אלא מדרבנן ה"ז גט פסול כמו שפסק הרמב"ם והובא באה"ע סי' קמ"ג סעי' ד' א"כ ה"ה אם אמר הרי גיטך וכתובתך אף ע"י השלשה ובע"כ של האשה ג"כ מהני משום דהא אף במקום פסידא מהני פרעון בע"כ למיפטר נפשיה וממילא מיפטר עי"ז ממזונות כנ"ל ואף לדעת הרא"ש והרשב"א דס"ל שם דהוי ספק מגורשת והובא בב"ש סי' קמ"ג ס"ק זיי"ן ע"ש ובתפארת שמואל לגיטין פ"ו סי' ז' ברא"ש שם מ"מ מספיקא אין מוציאין המזונות מהבעל דהא כיון דמיפטר משום ספיקא מן חוב כתובה ע"י פרעון בע"כ ממילא מיפטר מן חוב מזונות דאין לה תנאי כתובה כנ"ל ואף תפיסה לא מהני לשיטת הרא"ש דבספיקא דדינא דבזמן הש"ס לא מהני תפיסה וע"כ שפיר ס"ל להרא"ש בתשובה דבזמן הש"ס היה מהני בודאי הרי גיטך וכתובתך לפטור א"ע ממזונות כנ"ל:

ועוד דהא הרא"ש בגטין פ"ו סי' ז' כתב לחלק דלל"ק דס"ל לרבא דנתינה בע"כ לא הוי נתינה דהא דבפרעון חוב אף בע"כ הוי נתינה הטעם הוא דשאני התם בגט בתנאי וכן בבית בבתי ע"ח דחבירו יש לו לזכות כנגדו כגון גט ע"ת ומוכר בע"ח כו' ע"ש א"כ לפ"ז י"ל דבפרעון כתובה וחוב אף היכא דהמלוה נפסד ע"י הפרעון בע"כ דמ"מ אף ללישנא קמא דרבא דשם הוי פרעון ושאני הא דגט ומוכר בע"ח דחבירו זוכה כנגדו כנ"ל ע"כ לפ"ז שפיר מהני הרי גיטך וכתובתך למפטר א"ע מן חוב כתובה אף בע"כ דהא בזה לא שייך לומר דחבירו זוכה כנגדו כו' וכן לפמש"כ הר"ן והריטב"א שם בגיטין לחלק דשאני הא דגט על תנאי ומוכר בית בע"ח דכיון דהוי קצת דומה למתנה ע"כ ס"ל לל"ק דלא הוי נתינה בע"כ משא"כ בפרעון חוב דלא הוי שום דמיון למתנה ע"כ לכ"ע הוי פרעון בע"כ חשוב לפרעון ע"ש ולפי זה החילוק ג"כ ודאי בנ"ד בסילוק חוב כתובה דלא הוי שום דמיון למתנה אף ל"ק מודה דהוי פרעון בע"כ חשוב לפרעון למפטר מכתובה וממילא ממזוני אף דהוי פסידא להאשה ועפ"ז יש לדון בדברי הב"ח שהביא הש"ך בסי' ע"ד ס"ק י"א:

וכן הש"ך שם דתפסו דעיקר החילוק הוא בגיטין שם בין היכא דמפסיד המלוה מיד דאז לא הוי פרעון בע"כ חשוב פרעון יעו"ש ובאמת לפי סברת הרא"ש והר"ן והריטב"א שם אינו תלוי בזה כ"כ רק התוס' שם מחלקים בזה ויש להאריך בכ"ז ולפ"ז שפיר נקטו רוב הפוסקים דהעיקר לדינא דבזמן הש"ס ה"מ למפטר בודאי נפשיה ממזוני ע"י הרי גיטך וכתובתך אף דהוי בע"כ של האשה וכן הרא"ש בתשובה דאזיל לטעמיה לפי מה דמחלק הרא"ש בפסקיו בגיטין כנ"ל דלפ"ז אף אם הוי פסידא להמלוה ג"כ מהני פרעון בע"כ למפטר אם אין חבירו שכנגדו צריך לזכות בשום דבר כמו הא דגט ע"ת ומוכר בית בבתי ע"ח כנ"ל. אך כ"ז באומר כן בפני האשה אבל שלא בפני האשה אינו יכול למיפטר ממזוני ע"י הרי גיטך וכתובתך כמו דהוכחתי מהא דגיטין דף י"א דתני התם שאם ירצה שלא לזונו אינו רשאי דמשמע דאין לו שום עצה למפטר נפשו ממזוני והסבר הטעם הוא על נכון לפמש"כ משום דפרעון בע"כ שלא בפניו לא הוי נתינה לכ"ע וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ד ס"ק ט' דרק מצד תקנה נגעו בה וכנ"ל וכן כתב הב"ש בסי' קמ"ג ס"ק זיי"ן וס"ק יו"ד דשלא בפניו לא הוי נתינה כלל לכ"ע וכמבואר בגיטין דף ע"ה וכמש"כ לעיל:

ולפי מה דנתבאר טעם הדבר במה דמהני הרי גיטך וכתובתך למפטר עי"ז ממזונות דלא הוי זה גזירת חז"ל בלא טעם ע"כ הדעת נוטה דאף בזה"ז דאינו רשאי לגרש בע"כ מ"מ מועיל השלשת גט וכתובה להיות פטור ממזונות דהא לא שייך בזה לומר הטעם דמעוכבת בשבילו ואגידא ביה כיון דמוכן לגרשה ולהתירה לשוק וכן משום תנאי כתובה לא שייך דהא פרעון בע"כ חשוב לפרעון ונפטר מהכתובה ממילא פקע ממנו חיוב מזוני והא דכתובות דף נ"ב דאנשי גליל דהיו כותבין את תהא יתבא בביתי ומיתזנא מנכסי כל ימי מיגר אלמנותך יכולין היורשין לסלק לה הכתובה ולפטור ממזונות בע"כ של אין להקשות דאמאי לא היו יכולין לסלק לה הכתובה בע"כ דהא פרעון בע"כ שמיה פרעון כנ"ל דזה אינו קשה דהא במכוון לא היו כותבין כאנשי יהודה דהיה דרכם לכתוב עד שירצו היורשים ליתן לך כתובתך דזהו כדי דיהיה כלול בלשון הזה כמו דהתנה בפירוש דלא יהיו יכולין היורשין לפרוע הכתובה בע"כ כי כן היה התקנה באלמנה אבל בהבעל עצמו בחייו לא היה תקנה זו ומוקמינן אדינא דפרעון בע"כ שמיה פרעון ומיפטר מהכתובה וממילא מיפטר ג"כ ממזונות דהוא תנאי כתיבה וכש"כ לאנשי יהודה דהיו כותבין עד שירצו היורשין ליתן כתובתך וכפי מה שנהגו האידנא כמבואר בסי' צ"ג סעיף ג' וכמבואר שם באחרונים א"כ כמו דביורשין יכולין לסלק לה בע"כ הכתובה להיות פטור ממזונות ה"ה בבעל עצמו היכא דמוכן לגרשה ולהתירה לשוק דיכול לסלק לה הכתובה להיות פטור ממזונות דהא כתב רש"י בגיטין דף י"ב גבי מזונות בחייו דהוא

מתנאי כתובה דהתנה בכתובתה את תהא יתבא בביתי ומיתזנא מנכסי וביבמות דף פ"ה מבואר ברש"י שם דמזוני תנאי כתובה הוא שכך כתב בכתובתה את תהא יתבא בביתי ומיתזנא מנכסי כל ימי מיגר אלמנותך עכ"ל רש"י אך לאנשי גליל צריך לומר ולחלק בין אלמנה לבין אשה בחיי בעלה דהא דלא כתבו עד שירצו היורשין ליתן כתובתך זהו בשביל אלמנה משא"כ באשה בחיי בעלה כנ"ל:

ענף ו:

ולכאורה יש לדון בזה לפי המבואר בכתובות ד פ"א דמקשה הגמ' ומי ניתנה כתובה לגבות מחיים והתניא ר' אבא אומר כו' ואי ניתנה כתובה לגבות מחיים נייחד לה כתובה והשאר ליזבון וכתב הר"ן שם דיש שסמכו מכאן ללוה שרצה לפרוע בתו"ז כדי לסלק השעבוד מעליו שאינו רשאי ולאו ראיה הוא דהכא הזמן אף לתקנת האשה הוא שהיא רוצה שלא יוכל לפורעה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה אבל בחוב בעלמא כיון שהזמן אינו אלא לתועלת הלוה כל שאמר טול מעותיך שאינו רוצה בו רשאי עכ"ל הר"ן א"כ יש לדון בכתובת אשה דכ"ז שאינו מגרשה ממש דכיון דלא קרינא ביה כשתנשא לאחר כו' ע"כ הוי כמו דלא הגיע הזמן של חוב פרעון הכתובה וכיון דהזמן הוא לטובת האשה ע"כ לא מצי לפרוע בע"כ של האשה ולפטור מהכתובה אכן באמת לפי מה שכתבו דמהני אמירת הרי גיטך וכתובתך לפטור נפשו ממזונות וכש"כ מכתובה בודאי מוכרח מזה דס"ל דיכול לומר הרי גיטך וכתובתך אף דלא מגרשה עדיין ויכול למסור לה הכתובה בע"כ של האשה דכיון דמצדו דנותן לה הגט תוכל להנשא לאחר אם תתרצה לקבל את הגט ע"כ מהני בזה פרעון בע"כ להיות פטור מן הכתובה וקרינן בזה שפיר כשתנשא לאחר תיטול כו' והא מצדו דיכולה להנשא לאחר אם תקבל הגט הוי כמו דהגיע זמן הפרעון ודוקא אם אינו נותן לה הגט רק הכתובה לבד בזה אמרו דכיון דלא קרינן בה כשתנשא לאחר כו' ע"כ לא מצי לפטור ע"י פרעון בע"כ משא"כ בנותן לה גט וכתובה:

והנה בכתובות דף פ"א הנ"ל דאמרו שם הרוצה שימכור בנכסי אחיו כיצד הוא עושה אם כהן הוא יעשה סעודה ויפייס אם ישראל הוא מגרש בגט ומחזיר ואי ניתנה כתובה לגבות מחיים נייחד לה שיעור כתובה והשאר ליזבון ופי' רש"י מגרשה בגט ומגבה את כתובתה ומוכר כו' ואי נימא דאם משליש גט וכתובה יוצא ידי חובת כתובה אף בע"כ של האשה משום פרעון בע"כ שמיה פרעון וזה מקרי כשתנשא לאחר כיון דמצדו הוא מוכן לגרשה אם תתרצה לקבל הגט א"כ תקשה דלמה אמרו בישראל מגרש בגט ומחזיר ובכהן יעשה סעודה ויפייס הא יכול לפרוע כתובה בע"כ של האשה עם השלשת הגט ויוצא ידי

חוב פריעת הכתובה ופקע חוב כתובה עם תנאי כתובה וממילא נתבטל שעבודה מעל נכסי היבם ויהא יכול למכור כל נכסי אחיו ולא יצטרך לגרשה בגט ולהחזירה דהא אם מגרשה בגט ממש לידה לא יוכל להחזירה בלא רצונה א"כ הא יותר טוב שלא לגרשה רק שישליש גט וכתובה ואחר שישליש כן יראה להשתדל עמה שתהיה עמו וכמו כן קשה בכהן דלמה צריך לעשות סעודה ויפייסנה הלא יכול להשליש גט וכתובה בע"כ והא קיי"ל כבית הלל דגטין ד' פ' בכתב לגרש אשתו ונמלך ולא גירשה דלא פסלה מהכהונה א"כ מוכח מזה דאף ע"י השלשת גט וכתובה לא מצי למיפטר נפשיה מן חוב הכתובה בע"כ של האשה אכן כיון דבאמת משמע מהפוסקים דמהני השלשת גט וכתובה לפטור א"ע מן חוב הכתובה ומזוני משום דבכה"ג הוי פרעון בע"כ שמיה פרעון כנ"ל בארוכה בע"כ מוכח לומר דאין ראיה מזה לסתור למש"כ משום די"ל דיותר טוב לעשות סעודה ויפייסנה משום דאם ישליש הגט יש לחוש דלמא תקבל את הגט ותאסר לכהן וכן י"ל דהא דאמרו בישראל מגרש בגט ומחזיר דגם השלשת הגט הוא בכלל מגרש בגט ומחזיר והא דאמרו שם דגירושין גנאי הם לשניהם די"ל דגם השלשת גט מקרי גנאי וכן הא דאמרו לקמן דף פ"ב ע"ב גירשה אין לא גירשה לא דגם השלשת גט וכתובה נכלל בזה אך התנא לא נחת לזה ונקט בקצרה מגרש בגט ומחזיר וכן י"ל בכוונת הירושלמי יבמות פ"ד ה"ד ובכתובות פ"ח הל' י"א דאמרו כיצד הוא עושה כונס ומגרש ומחזיר כו' דג"כ הוא לאו דוקא ובאמת גם ע"י השלשת גט וכתובה מיפטר מחוב כתובה דקרינא בזה כשתנשא לאחר כו' והוי כמו דהגיע הזמ"פ כנ"ל:

וביותר יש לומר בזה ע"פ מש"כ האו"ת בסי' ע"ד ס"ק ג' דפרעון שלא בפניו ג"כ הוי פרעון היכא דלא הוי פסידא להמלוה אלא היכא דהוי פסידא להמלוה בזה אמרו בגטין דף ע"ה דפרעון שלא בפניו לא הוי פרעון וע"פ החילוק שכתבו התוס' בגטין שם ולפ"ז יש לומר דהוי נפ"מ רבתא בין מגרשה ובין לא מגרשה רק דמשליש גט וכתובה לגבי פרעון בע"כ שלא בפני האשה דכל זמן שלא מגרשה דע"י השלשת גט וכתובה מיפטר ממזוני א"כ הוי פסידא להאשה את הזכות מזונות שיש לה ע"כ אינו יכול לסלק הכתובה שלא בפני האשה ולפטור עי"ז ממזונות ומכתובה דהא אם יהיה חשוב לפרעון על הכתובה א"כ תפסיד המזונות ע"כ בכה"ג לא הוי פרעון ולא נפטר מן חוב הכתובה אבל במגרשה ממש דאין מגיע לה מזוני ואף לשיטת הירושלמי דבגרושה כ"ז שאינו מסלק הכתובה חייב במזונות כנ"ל היינו באם שתובעת הכתובה וכמבואר בב"ש סי' צ"ג ס"ק ה' ע"ש וזהו היכא שאינו רוצה לפרוע הכתובה ומשמט א"ע מזה אבל היכא שאינו מדחה א"ע מלפרוע הכתובה אם תובעת ממנו הכתובה בזה כ"ע מודו דאינו חייב במזונות בגרושה.

ע"כ הדין נותן דבגרושה ממש מהני הפרעון על הכתובה אף שלא בפני האשה דזה מקרי אין לה פסידא דבזה מהני פרעון בע"כ אף שלא בפניו כנ"ל לשיטת האו"ת ולפ"ז י"ל דלכן אמרו בלשון מגרשה בגט ומחזיר משום דזהו עצה טובה ביותר משום דאם ישתדל לגרשה בגט לידה אז אח"ז אף שתהיה משמטת א"ע ממנו ותהיה שלא בפניו מ"מ יכול למסור הפרעון ביד ב"ד וכהנה דבזה אף פרעון שלא בפניו הוי פרעון וממילא יהיה יכול למכור כל הנכסים של אחיו אבל אם לא ישתדל לגרשה בגט לידה ממש אז תוכל להשמט ממנו ותהיה שלא בפניו ולא יהיה מועיל השלשת גט וכתובה משום דהא שלא בפני האשה לא מהני הפרעון על הכתובה כ"ז שלא נתגרשה ואם אין בידו להשתדל שיהיה הפרעון בפני האשה לכה"פ ישתדל שיגרשה בגט לידה ואז יהיה יכול לפרוע לאח"ז אף שלא בפני האשה. וי"ל דמה דתנו שם מגרשה בגט ומחזירה זהו לאשמעינן הך דינא דכיון דישתדל לגרשה תו לא איכפת ליה אף אם תברח כדאמרו בגיטין דף י"ב גבי עבד דשביק ליה ועריק ואזל לעלמא וכמבואר שם במהרש"א כה"ג גבי גט אשה כנ"ל משום דבכה"ג לאחר הגירושין מהני הפרעון שלא בפני האשה וכמש"כ האו"ת כנ"ל. ואז יהיה יכול למכור בנכסי אחיו וע"כ אין מזה סתירה לכל מה שנתבאר כי באמת מוכרחים הדברים כמש"כ ויהיה מזה סייעתא למש"כ האו"ת דבחוב שאינו מפסיד המלוה הוי פרעון שלא בפניו ג"כ פרעון:

ענף ז:

והנה באה"ע סי' קי"ט סעיף ו' הביא המחבר בשם הרמב"ם דבנשתטית שיודעת לשמור גיטה ואינה יודעת לשמור עצמה פטור ממזונות וכסות ופירש הח"מ שם דזהו ברוצה ליתן לה הכתובה ולעיל בסי' ע' מיירי באינו נותן לה הכתובה וכ"כ הח"מ לעיל בסי' ע' ס"ק ט"ו בשם המ"מ פ' יו"ד מה"ג והרמ"א פסק כשיטת הראשונים החולקים בזה וס"ל דחייב במזונות ורפואה ולפמש"כ יש להסביר שיטת המחבר והרמב"ם על נכון דס"ל דאף דלא נתגרשה עדיין מ"מ מיפטר ממזונות משום דמחמת תנאי כתובה אין לחייבו דהא מיפטר ע"י פרעון דכתובה ומצד דאגידא ביה אין לחייבו כיון דמוכן לגרשה וגם בדיעבד בעבר וגרשה מגורשת כדס"ל להמחבר שם ע"כ לא מקרי אגידא ביה והחולקים ס"ל כיון דאף דתרצה לקבל הגט אינה מגורשת לשיטת כמה פוסקים כפי שהובא בהרמ"א שם לקמן ע"כ לא קרינא בה לעולם כשתנשא לאחר ולא הוי בכה"ג פרעון בע"כ שמיה פרעון וכמש"כ הר"ן בכתובות דף פ"א עלה דהרוצה שימכור בנכסי אחיו כנ"ל וגם הא הוי אגידא ביה כיון דאף בדיעבד אינה מגורשת וי"ל דהמחבר והרמ"א אזלי לטעמייהו דפליגי שם אי עבר וגירשה מגורשת כנ"ל והדעת נותנת כהרמ"א דחייב

במזונות כיון דאמרינן נסתחפה שדהו א"כ מזל הבעל גרם שנשתטית ואינה ראויה להתגרש ולהנשא וכיון דבדיעבד ס"ל דאינה מגורשת לכן מקריא אגידא ביה וחייב במזונות וגם לא קרינא ביה כשתנשא לאחר ומה שכתבתי דאם עבר וגירשה מגורשת ע"כ מקריא כשתנשא לאחר לשיטת המחבר הנה מצינו כעין זה באה"ע סי' י"ז סעיף ל"ה דיש מי שאומר דמי שנפל למים שאין להם סוף גובה כתובתה משום דהא כיון דבדיעבד מותרת ואין זה אלא חומרא דרבנן ע"כ קרינא בה כשתנשא לאחר כו' ועיין שם בב"ש ס"ק ק"ז מש"כ שם בשם הרמב"ם ויש לחלק דבנ"ד אף הרמב"ם מודה וקצרתי. והרב המ"מ פ' יו"ד ה"ג ה' כ"ג כתב בטעמו של הרמב"ם דס"ל דפטור ממזונות משום דכיון דרוצה לגרש אלא שחכמים מנעוהו לגרש בנשתטית אבל בחיוב ממון לא חייבוהו כו' עכ"ל והובא בח"מ סי' קי"ט ס"ק ט' ובב"ש ס"ק יו"ד וי"ל דנתכוין למה שכתבתי ולכן אף בזה"ז דיש איסור דר"ג שלא לגרש לכל הנשים בע"כ הדין נותן דעכ"ז כשמשליש הגט והכתובה דמיפטר ממזונות דהא גם בזה שייך סברת המ"מ הנ"ל דכיון שהוא מוכן ורוצה לגרשה אלא שחכמים מנעוהו כו' ולא מבעיא לפי מש"כ הרמ"א באה"ע סי' קי"ט סעיף ו' דעבר וגירשה בזה"ז מגורשת וכמו שכתב הגט פשוט בסי' הנ"ל ס"ק כ"ד ע"ש: ואף לפי המבואר בתשובת מהר"ם מרוטנבארג בסופו בהתקנות ר"ג דהיה התקנה דאף בדיעבד אינה מגורשת בגירשה בע"כ:

עכ"ז הא כיון דאם תתרצה לקבל הגט תהיה מותרת להנשא לאחר וקרינא ביה כשתנשא לאחר כו' וגם לא מקריא אגידא ביה כיון דמצדו מוכן לגרשה ועיין בב"ש סי' קי"ט ס"ק י"א. וע"כ הדין נותן דאף הסוברים גבי נשתטית דחייב במזונות מ"מ הא שא"ה דאין בידה לקבל הגט כלל מצד תקחז"ל ואף אי נימא דבדיעבד אם גירשה מגורשת מ"מ כיון דאסור לו לגרשה ע"כ שפיר מקריא אגידא ביה ולא ס"ל לסברת המ"מ בזה אבל בנ"ד דהוי בידה לקבל הגט רק דתלוי ברצונה ע"כ הדין נותן דאף בזה"ז מהני השלשת גט וכתובה להיות פטור ממזונות [וכמש"כ הב"ש להסתפק בזה משום ספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא כמבואר בב"ש סי' ע"ז ס"ק ו' ובדיני מורד בקצרה ובסי' ע"ט ב"ש ס"ק ד'] ואפושי פלוגתא בין השיטות דסי' קי"ט הנ"ל לא מפשינן ועיין בנו"ב במ"ת סי' קכ"ט באמצע התשובה בד"ה ומעתה אחר אשר העמדנו כו' שכתב שם לדון בעבר וגירשה בזה"ז דיהיה הגט כשר וכתב דהא דמבואר בתשובת מהר"ם מינץ דאם עבר וגירש בע"כ אין הגט כלום הכוונה הוא שלא הועיל הגט ועדיין חייב בשאר וכסות וכדעת הח"מ בסי' ע"ז ס"ק ב' כו', ועכ"ז לדינא מבואר בנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' י"ב באמצע התשובה בד"ה ובדין אם הבעל יכול לומר כו' שמסכים להב"ש לפי שדחה השגות של הח"מ והסכים

לדברי הרמ"א וכן פסק הב"ח עכ"ל הנו"ב שם וגם י"ל דמה דמבואר בהתקנות זהו בלא נתן לה הכתובה דאף דמצד הדין ס"ל כשיטת הרי"ף דהובא בסי' צ"ג בח"מ ס"ק ד' עכ"ז מצד התקנה חייב במזונות משום דכיון דעשו לגבי זה לבטל למעשה הגט ע"כ חייב במזונות וכמו בכל אשה מקודם שנתגרשה אבל במשליש גט וכתובה דנתבאר דבזמן הש"ס הוי מצי למיפטר נפשיה עי"ז ממזונות ע"כ ה"ה האידנא דהא אף דנימא דלא הועיל מעשה הגט מ"מ מיפטר ממזונות ע"פ הטעם שנתבאר וע"כ לדינא אין להוציא מזונות אף בזמן הזה אם השליש גט וכתובה דקשה להוציא בזה מהמוחזק:

ענף ח:

ולכאורה יש להעיר עפ"ז בהא דכתובות דף ק"ז דס"ל לרב פוסקין מזונות לאשת איש ושמואל ס"ל אין פוסקין מזונות ופריך הגמ' מ"ט דשמואל ר"ז אמר אימא צררי אתפסה ר"פ אמר חיישינן שמא א"ל צאי מע"י במזונותיך והטעם הוא כמש"כ התוס' שם משום דמוכחא מדאינו חוזר שנסתלק ממנה כו' ולפמש"כ דע"י השלשת גט וכתובה מיפטר ממזונות א"כ תקשה דאמאי ס"ל לרב דפוסקין מזונות וכדקיי"ל כן לדינא. הא יש לחוש שמא השליש גט וכתובה לפטור א"ע ממזונות והיא לא נתרצתה לקבל הגט ונפטר ממזונות ואף דלרב אין זה קשה כ"כ משום דס"ל דזה הוי בכלל הטוען אחר מעב"ד כו' אכן מאי פריך התם מ"ט דשמואל הא י"ל דטעמיה דשמואל הוא משום ה"ט אך בלאו הכי תקשה מ"ט פוסקין מזונות לא"א אמאי לא ניחוש שמא גירשה בעלה וכדמצינו בכתובות דף פ"ט דמקשה הגמ' אלמנה מנישואין במאי גביא בע"מ וליחוש דלמא גירשה ומפקא לגיטא וגביה בה כו' אלא במקום דלא אפשר כותבין שובר ועיין ברש"י שם ד"ה אלא במקום דלא אפשר כו' דלא תימא ביושבת תחת בעלה אפילו הלך למדינת הים נמי כו' אלמא דחשו לשמא גירשה אכן לפמש"כ הפני יהושע בכתובות דף פ"ט ע"ב בגמ' בד"ה וליחוש דילמא גירשה ומפקא גיטא כו' דמדלא פריך דלמא גירשה וכבר פרע לה מוכח מזה דבאמת לא חיישינן להכי ולהוציאה מחזקת א"א ולהפסידה כתובתה אלא דעיקר קושיא לרב אעיקרא דתקנתא כו' דלמה תקנו שתגבה בגט ולא בכתובה כו' וטפי ה"ל לתקוני איפכא כו' ע"ש בפ"י ולפ"ז נדחה קושיתי משום דבאמת לא חיישינן לשמא גירשה וי"ל הטעם בזה משום דאף דע"י אוקי אחזקה בלבד אין מוציאין ממון כידוע עכ"ז שאני בחשש גירושין דאמרינן אם איתא דגירשה קלא אית ליה וכדאמרו מה"ט בב"ב דף קל"ד דס"ל לכמה אמוראי דאינו נאמן לומר גרשתי אשתי במיגו דבידו לגרשה משום דאי איתא דגירשה קלא אית ליה ומבטלינן למיגו משום זה [ואפשר דהך סברא דאי אית' דגירשה כו' ה"ל כמו רוב ובצירוף חזקת א"א דמוציאין ממון ע"י רוב וחזקה

כמבואר רפ"ב דכתובות בבעה"מ והרמב"ן שם] והא דכתובות דף כ"ג דאמרו אבל גבי גירושין אם איתא דאיגרשה קלא אית לה קמ"ל דעבידי אינשי דמגרשי בצנעא. היינו בתרי אומרים נתגרשה דלא מכחישין משום הסברא דאי אית' דאיגרשא קלא אית ליה להך תרי האומרים נתגרשה דהא איכא מיעוטא דמגרשי בצינעא וכעין הא דכתובות דף ט"ז ע"ב דאי כל הניסת בתולה יש לה קול קשה דאי אתו עדים מאי הוי ומסיק דרוב הניסת בתולה יש לה קול כו' וה"ה בהך דנתגרשה דרוב המגורשות יש להם קול אבל מיעוטא יש וע"כ אין לחוש לשמא גירשה משום דהוי רוב וחזקת א"א ולכן שפיר פוסקין מזונות לא"א ועיין במקנה לקדושין דף ע"ט ע"ב עלה דאשה נשאתי במדה"י כו' א"צ להביא ראיה על הבנים דכתב שם דלא חייש לשמא גירשה כו' ויש להאריך בזה ואף לפמש"כ הפני יהושע לכתובות דף פ"ט הנ"ל דלשיטת התוס' שם ד"ה לדידך דאמרת כו' דמן הדין חיישינן לשמא גירשה עכ"ז י"ל דלכן פוסקין מזונות לא"א ולא חיישי שמא גירשה משום דהא באשה היושבת תחת בעלה לא חיישינן לגירשה כמבואר שם ד' פ"ט הנ"ל וכיון דבעת שהלך בעלה למדה"י היתה יושבת תחתיו ע"כ אין לחוש דגירשה ואח"ז דהלך למדה"י י"ל דלכן לא חיישינן שמא שלח גט ע"י שליח דהא מצינו בגטין דף י"ח דבגטין הבאין ממדה"י אמרינן הנהו קלא אית להו ופי' התוס' שם ד"ה עד שעת נתינה כו' דלא שייך לומר הנהו קלא אית ליה אלא כשמגרש ע"י שליח ולכן אין לנו לחוש שמא שלח ע"י שליח ממדה"י דא"כ הוי קלא לזה וכיון דחזינן דל"ל קול ע"כ לא חשו לשמא גירשה ובפרט לשיטת רב דס"ל בגיטין דף פ"ו דהלכה כר"א בגיטין וכן ס"ל לשמואל ועדי מסירה מפקי לקלא וגם הא שיטת התוס' בשם הר"ת בגיטין דף ד' דאף לר"מ בעי עדי מסירה ואינהו מפקי לקלא ע"כ לא חשו לשמא גירשה ע"י שליח כיון דחזינן דליכא קלא ולכן שפיר פוסקין מזונות לא"א במי שהלך בעלה למדה"י אבל עדיין תקשה לשיטת הפוסקים דע"י השלשת גט וכתובה מיפטר ממזונות אף דלא קיבלה הגט לידה דא"כ תקשה אמאי פוסקין מזונות לא"א דהא יש לחוש שמא שלח לה גט כתובה ע"י שליח והיא לא רצתה לקבל וממילא נפטר ממזונות ועיין בטור ח"מ סי' ק"ו שהשיג על בעה"ת ובזה לא שייך לומר דאי אית' קלא אית ליה דהא זה לא שייך רק היכא דגירשה ממש לידה והעדי מסירה מפקי לקלא אבל כ"ז דלא נתגרשה ממש לא שייך בזה שיצא הקול א"כ תקשה דניחוש לזה ועיין בר"נ ופ"י שם שכתבו דעיקר הטעם הוא דחיישינן שמא שלח צררי ע"י שליח ואפשר לומר דלכן לא חיישינן שמא השליש הגט והכתובה משום דאמרינן בזה חזקה א"א פורע תו"ז ואף לר"פ דאמר שם בכתובות ד' ק"ז הטעם על מה דס"ל לשמואל אין פוסקין מזונות כו' ור"פ הא ס"ל כאביי ורבא דב"ב

ד' ה' דעביד דפרע תו"ז כמבואר בב"ב שם. עכ"ז הא בחוב כתובה דלא הוי חוב ברור דשמא תמות בחייו ע"כ לכ"ע לא אמרינן בזה עביד דפרע תו"ז כמבואר כעין זה בב"ב ד' ה' בתוס' ד"ה כי היכי כו'. והא דחשו שם לשמא צררי אתפסה י"ל דשא"ה בחוב מזונות דהוי זמנים הרבה ובזה שפיר חשו לשמא פרע תו"ז וכעין סברת הש"ך בסי' ע"ח ס"ק י"ב גבי קונטרסים ע"ש ועיין בכתובות ד' צ"ו בר"נ שם בהא דבעי ריו"ח יתומים אומרים נתנו כו' ואכמ"ל וגם הא חשש צררי הוי מילתא דשכיחא כמ"ש האשרי בב"ב פ"א סי' ט' בשם הר' יונה אבל לפרוע הכתובה זהו מידי דלא שכיח כלל מחמת חזקה א"א פורע תו"ז ואלו ע"י משכון צררי הא לא מיפטר מחוב הכתובה כמבואר אלא ע"י פרעון גמור דמיפטר מכתובה בזה ממילא פטור ממזונות ע"כ לא חשו לזה ומזה יש להוכיח דאף בחוב עיסקא הנהוגים האידנא דכתב האו"ת בסי' ע"ח ס"ק ח' די"ל דבזה לא שייך חזקה בתו"ז משום די"ל דרצה לפרוע בתו"ז כדי שיפטר מהרווחים ע"ש באורים ס"ק ח' וכ"כ בתשובת הר הכרמל ח' ח"מ סי' כ"ה ע"ש אכן מן מש"כ דמוכח מזה הסוגיא דלכן לא חשו לשמא השליש גט וכתובה משום דהוי חוב כתובה חוב דתו"ז ואף די"ל דרצה לפרוע הכתובה כדי לפטור א"ע ממזונות בע"כ מוכח דגם בכה"ג דייניגן לחזקה דתו"ז והדברים ארוכין ואכמ"ל ולכן הוכרחו להדר אחר טעמים אחרים אליבא דשמואל דס"ל אין פוסקין מזונות:

ועוד י"ל בזה ע"פ מש"כ הנו"ב דגט בע"כ ע"י שליח לא מהני משום דה"ל תופס לב"ח במקום שחב לאחרים (ואף דהתורה נתנה לו זכות להבעל לגרשה בע"כ עכ"ז ע"י שליח לא מהני) א"כ ה"ה מה דמצינו דפרעון בע"כ הוי פרעון עכ"ז ע"י שלוחו לא מצי לעשות לפרעון בע"כ אם הוי פסידא להבע"ח כמו בנ"ד דמפסיד לה מזוני ואף דאיהו יש לו זכות ע"ז וכנ"ל ולפ"ז י"ל דלכן שפיר פוסקין מזונות לא"א במי שהלך בעלה למדינת הים. משום דהא עד העת שהלך למדה"י היתה אשתו יושבת תחתיו ונפרד ממנה שלא בקטטה. וכמבואר באה"ע סי' ע' סעיף ה' בשם המרדכי ע"ש ע"כ לא חיישינן שמא השליש כבר גט וכתובה מקודם שהלך למדה"י ועכשיו שהלך למדינת הים הא אין בידו לשלוח שליח לפרוע לה בע"כ ולהפסיד לה המזוני משום דה"ל תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים כנ"ל דלא מהני ואף דלהטעם דאגידא ביה אין לחייבו במזונות דהא רוצה להתירה לשוק עכ"ז חייב משום תנאי כתובה כ"ז דלא מיפטר מן חוב הכתובה כיון דלא מיפטר ע"י פרעון בע"כ על ידי שלוחו לכן שפיר פוסקין מזונות לא"א ומה דיש לדון בעיקר דברי הנ"ב הנ"ל עיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ד ענף ב' ואכ"מ ונראה לי

דהעיקר כמש"כ כעת דלכן לא חשו שם לשמא השליש גט וכתובה ע"י שליח משום דזה לא מהני ע"י שליח כנ"ל ויש להאריך בכ"ז:

היוצא לנו מכל זה דהדין נותן דבזמן הש"ס וודאי היה יכול לפטור א"ע ממזונות ע"י השלשת גט וכתובה וכן עתה דאסור לגרשה בע"כ מ"מ מהני השלשת גט וכתובה למיפטר א"ע ממזונות אך זהו דוקא בפני האשה אבל שלא בפני האשה לא מהני משום דבמקום פסידא וודאי לא מהני פרעון בע"כ שלא בפניו למיפטר נפשיה ואף דהש"ך בסי' ע"ד ס"ק ט' כתב בשם המהרש"ך דמצד תקנה מהני פרעון ליד הב"ד אף דהוי שלא בפני הבע"ח מ"מ י"ל דז"א רק היכא דאינו מפסיד להמלוה אבל היכא דמפסיד להבע"ח כמו בנ"ד דמפסיד להאשה המזונות בכה"ג לא תקנו כדמצינו בתוס' גיטין ד' ע"ה דמחלקים התוס' שם בין היכא דמפסיד המלוה או לא. ע"ש באו"ת בסי' ע"ד ס"ק ג' וכיון דמן הדין לא מהני בוודאי פרעון ע"י ב"ד שלא בפניו לכן כיון דלא מצינו שהתקינו שיהיה פרעון שלא בפניו יהיה פרעון ע"כ מוקמינן על דין תורה דאינו מיפטר ממזונות בזה וכן נתבאר דע"י שלוחו לא מהני השלשת גט וכתובה למיפטר נפשיה ממזונות: