הלכה · שולחן ערוך · מפרשים · נחל יצחק

נחל יצחק חלק ב

רבי יצחק אלחנן ספקטור

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

נחל יצחק חלק ב

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-ב/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611160902 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן עה 5
סימן עו 246
סימן עז 256
סימן עח 275
סימן עט 338
סימן פ 345
סימן פא 353
סימן פב 449
סימן פג 582
סימן פד 590
סימן פה 607
סימן פו 621
סימן פז 645
סימן פח 748
סימן פט 764
סימן צ 800
סימן צא 802
סימן צב 864
סימן צג 966
סימן צד 983
סימן צה 1033
סימן צו 1051
סימן צז 1090
סימן צח 1118
סימן צט 1133
סימן קא 1137
סימן קג 1138
סימן קד 1172
סימן קו 1186
סימן קז 1199
סימן קח 1213

סימן קי 1239
סימן קיא 1250

סימן עה

הקדמה:

אמר המחבר הן ראה ראיתי לגדולי המחברים אשר הפיצו אור תורתם על פני תבל והיה טרם יסבו בלכתן לגלות פניני אמרותם בחדושי הלכות ולשוטט בים התלמוד והפוסקים. זה דרכם להקריב פרי תנובתם בחלקי אגדתא. ובמקרא יטיפו מלתם. כמו שמצינו (בשבת דף ל' ע"ב) כן הרימותי אני בפתיחתי בחלק אגדתא ודרוש בפתח השער הנכתב למעלה. ות"ל יש לי עוד אריכות דברים ולבאר עי"ז כמה מאמרי חז"ל ופסוקים. אך לא לדרשא קא אתינא לכן שמתי קנצי למלין בחלק הזה. ועתה אשוב למטרת הקדמת ספרי בע"ה. והוא חסדי ה' אזכיר תהלות ה' כעל כל טוב אשר גמלני. וברוב חסדיו הפליא עמדי. וזכני לישב באהלו של תורה מעודי עד היום הזה. ולחדש חדושי תורה הראוין לאומרן. ואמרו חז"ל אין לו להקב"ה בעולמו אלא ד' אמות של הלכה. לכן הנני נותן הודאה על חלקי לשעבר אשר שם אותי מיושבי בית המדרש ומבקש על להבא שבתי בבית ה' כל ימי חיי. וזה רבות בשנים הראני ה' חסדו להוציא לאור ראשית פרי תנובתי ספרי: באר יצחק על שו"ת. ואח"ז את ספרי:

נחל יצחק על ח"מ ה' דיינים ועדות והלואה. וכאשר מבקשים ממני כמה גדולי ואדירי התורה להוציא לדפוס את יתר חידושי כי כמה הלכתא רברבי איכא למשמע מינייהו לפי שרוב הענינים הם נוגעים להלכה ולמעשה. ע"כ מצאתי א"ע מחוייב בדבר ובפרט בהלכות ולא אהי' ח"ו מונע בר. ובפרט בעת הזאת כפי מאמרם (ברכות ד' ס"ג) בשעת המכנסין פזר וכפי' רש"י. וע"כ העמסתי עלי עול כבד ולסדרן קמא קמא דמטי לידי להוציא לאור בע"ה כעת חדושי על ח"מ ה' טוען ונטען וה' גביית מלוה וחוב כי טרדותי הרבות סבבוני הן במשא קהל עדתי יצ"ו והן משא עיירות הרחוקות והקרובות. הא במילי דשמיא להשיב לשואלי דבר ה' זו הלכה והא במילי דמתא. ע"כ אין ביכולתי להוציא לאור הדפוס רובי תורתי יתר ההלכות והתשובות אשר רבים המה בכתובים אתי בע"ה. ורק מעט הדפסתי כעת מה שלקטתי מחידושי על ה' טוען ונטען וה' גביית מלוה וחוב וכמעשהו בנחל יצחק הראשון כן מעשהו בספרי נחל יצחק השני בע"ה. ואקוה לה' כי רבים חקקי לב ימצאו מרגוע ועונג בספרי זה ויהא רעוא דאימא מילתא דתתקבל בבי מדרשא וימצאו חן וחסד בעיני אלהים ואדם ויפוצו מעיינותי חוצה וישתו התלמידים ממי הנחל אשר חפרתי בעזר השי"ת אשר חנן לי יצחק אלחנן:

ואני תפלה לאל חיי יה"ר שיתקבלו דברי בעיני חכמי דורנו והנני נותן הודאה לעבר ומתפלל על להבא. כן לא יסיר חסדו מאתי כל הימים ויזכני להדפיס החידושים אשר

הנם בכתובים ת"י ואת קונטריסים הרבים שהשבתי בעז"ה להלכה למעשה אשר חנני בם החונן לאדם דעת והמה עמדי. ואשא כפי אל ה' שיתן לי מהלכים בין עמודי הדת וההוראה ולא אכשל ח"ו בדבר הלכה ואזכה לישב בארבע אמות של הלכה הליכות עולם. ואל יבהלוני טרדות הזמן גל עיני ואביטה נפלאות מתורתך ודברי ד' לא ימושו מפי ומפי זרעי אמן סלה:

אלה דברי המצפה לתשועת ה'. יצחק אלחנן בהרב כו' מו"ה ישראל איסר זצ"ל חופ"ק קאווא:

הודעה:

כבר כתבתי בארוכה בפתיחתי לספרי נחל יצחק הנדפס בשנת תרל"ב לבאר כי כל הדינים והפלפולים הנאמרים בספרי בענין דיני ממונות הכל נאמר בזמנים הקודמים. אולם בזמן הזה ענינים כאלו הם רק כפי חוקי אדונינו הקיסר ירום הודו וכפי חוקי המדינה שחקק לנו הכל לטובת המדינה וטובתינו. ועלינו החיוב על פי דיני התורה לשמור משפטיו וחוקיו הן מצד הדין כי דינא דמלכותא דינא וכן משום חיוב שבועה שהשביע הקכ"ה אותנו כמאמר חכמינו ז"ל (בכתובות דף קי"א). ואין לנו לערער חס ושלום אחר יסודתם ומטרתם. ועכ"ז מקור הדינים לא זזו ממקומם על דרך דרוש וקבל שכר. וכמו כל העוסק בהלכות שאינם נוהגים בזמנינו וכמו שכתבו כמה גאונים בספריהם היקרים כידוע לכל באי שער. וגם תועלת רב מזה לכמה דיני איסור והיתר הנוהגים בכל זמן:

פתח השער:

יתברך היוצר וישתבח הבורא ית"ש כעל כל טוב אשר גמלנו כרחמיו וכרוב חסדיו הגדיל עמנו ורב טובו לבית ישראל אשר נתן לנו תורת אמת זו תורה שבכתב וחיי עולם נטע בתוכנו זו תורה שבע"פ ויצונו ה' אלהינו להגות בה כל ימי חיינו לטוב לנו כל הימים ולחיותינו כהיום הזה כדכתיב (דברים ו'). וכהיום הזה אין לנו שיור כי אם התורה הזאת אשר חומה היא לנו מחסה ומגן בעדינו כל הימים וכמו שאמרו בילקוט בחקתי פ' כ"ו על פסוק ואף גם זאת כו' וכי מה נשתייר להם כו' מה נשתייר להם זה ס"ת כו'. ומעת שגלינו מארצנו לא עזבנו אלהינו ויט עלינו חסד לפני מלכנו ושרינו לתת לנו מחי' לחיותינו ונוכל להגות בתורתינו כל ימי חיינו. ואף דעברו כמה סיבות ותלאות על אבותינו מ"מ אף דבר א' מתורתינו הק' לא נתבטלה כדכתיב ויבא יעקב שלם. שלם בתורתו כמבואר בשבת (דף ל"ג) ומעשה אבות סימן לבנים:

א והנה בפתח השער לתרומת הכרי אות למד כתב בזה"ל להבין דברי חז"ל מ"ר פ' ראה אמר הקב"ה לישראל כסבורים אתם לרעתכם נתתי לכם את התורה לא נתתי לכם אלא לטובתכם שנא' כי לקח טוב נתתי לכם. והוא משולל הבנה וכי ס"ד ח"ו נתן לנו תורתינו הק' הנחמדה מזהב ומפז לרעה וי"ל כו' עכ"ל התרומת הכרי. ולענ"ד נראה בכוונת המ"ר והוא דהנה המדרש הזה הוא בנצבים פ"ח בזה"ל אם תאמרו שמא לרעתכם נתתי לכם את התורה לא נתתי אותה לכם אלא לטובתכם שמלאכי השרת נתאוו לה ונעלמה מהן כו' עכ"ל המ"ר. וצ"ב במה שסיים שמלאכי השרת נתאוו לה. ונראה לי לפרש זה בהקדם למש"כ בפתח השער לספרי נחל יצחק אות א' בכוונת מ"ר (יתרו פ' כ"ח) עלית למרום שבית שבי לקחת מתנות בנוהג שבעולם הנכנס למדינה נוטל דבר שאין עין בני המדינה עליו ומשה עלה ונטל התורה שהיו הכל נושאין עיניהם עליו כו' לקחת מתנות כו' בלקיחה נתנה לו כו' במתנה נתנה לו כו'. וניתנה התורה במכירה ובמתנה וזהו כמו הא דקידושין (ד' כ"ו) וב"ב (ד' נ"א) במתנה בקש ליתנו ולמה כתב לשון מכר כדי לייפות כחו דמכר הוא משום חיוב אחריות ומתנה הוא כדי דלא יהיה בו דינא דבר מצרא. כן י"ל במה דניתנה התורה במכירה ובמתנה דאמרו בשבת (ד' קל"ח) ח"ו שתשתכח תורה שנא' כי לא תשכח מפי זרעו כו'. ובמ"ר משפטים (פ' ל"א) ואף בדורות הללו אין התורה זזה מהן כו'. ועניין חיוב אחריות הוא שמחוייב להעמיד דבר הנמכר ביד הלוקח שתעמוד בשופי והשקט בידו אף על מה שיארע לאחר המכירה כמבואר בח"מ (סי' רכ"ה סעי' ג') בהתנה בפי'. כמו כן הבטיח הקב"ה לנו דהתורה תהיה נצחי בידינו ולכן אף דעברו כמה תלאות על אבותינו עכ"ז אין הדור יתום מתורת קדמונינו הנשארת לנו ת"ל מן חיבוריהם ומן אורם אור ראינו. זהו התועלת במה דנתנה התורה במכירה. ומה שנתנה התורה במתנה הוי ייפוי כח לטובתינו שלא יהיה למלאכים טענה על מה שהוריד מרע"ה תורה לארץ כמבואר בשבת (דף פ"ח) בשעה שעלה משה למרום אמרו מלאכי השרת מה לילוד אשה כו' תנה הודך על השמים וטענתם היה משום הטוב והישר כו' כעין הא דב"מ (דף ק"ח) שכני העיר כו' שכני העיר קודמין כי טוב שכן קרוב כו'. וטענת המלאכים שהם שכנים להתורה כו' ע"כ הוי ייפ"כ במה שנתנה התורה במתנה שלא יהיה להם טענה דמתנה לית בי' דינא דבר מצרא וה"ה בשכן. וכמש"כ שם בארוכה:

ב וזה שאמרו במ"ר אם תאמרו שמא לרעתכם נתתי לכם התורה.

הכוונה הוא דתאמרו דמה דנתתי לכם במתנה הוא כדי שלא יהיה באחריות על השי"ת שתקום התורה לנו לעולם ואולי יהיה הדין כמו מתנה דלית ביה אחריות ע"ז אמר השי"ת לא נתתי לכם התורה במתנה אלא לטובתכם שמלאכי השרת נתאוו לה והיה להם טענות

שכנים וזהו עשיות הטוב והישר וע"כ נתתי התורה דזהו לשון מתנה כדי דלא יהי' להם טענה תנה הודך על השמים. אבל עדיין דינם כמו כל מכירה דיש אחריות על המוכר ולא נתכוין מעולם לאפקועי חוב אחריות וכמו בכותב שדי מכורה ונתונה לך דלייפות כחו עביד. וזהו דכתיב כי לקח טוב נתתי לכם תורתי אל תעזובו. דלקח הוא לשון מכירה וכמו דאמרו במ"ר יתרו הכל בלקיחה נתנה לו במתנה נתנה לו. ומפרש כי לקח טוב נתתי כו' דהך טוב נדרש לפניו ולאחריו דלקח הוא בשביל טובתם דיהיה באחריות. והך טוב קאי גם על לאחריו דמה דנתתי במתנה היה זה לטובתינו דלא יהיה להמלאכים טענה ולייפות כוחינו אמר כל זה. ומסיים תורתי אל תעזובו דהקב"ה מבטיחנו כי לא תעזובו את התוה"ק לעולם ולא תשכח מפינו וזרעינו וכדכתיב ואני זאת בריתי אותם כו' לא ימושו מפיך וכמו דפי' רש"י בישעיה נ"ט דכרת להם ברית דלא תשכח התורה מהם וכדכתיב בישעי' ח' צור תעודה כו' וחכיתי לה' וקויתי לו. וכמבואר במ"ר ריש פ' שמיני וברות א' וכ"כ הרמב"ן בזאת הברכה פי' הפסוק תורה צוה כו' מורשה קהלת יעקב ע"ש:

ג ובפשוטו י"ל בכוונת המדרש וכי תאמרו שמא לרעתכם נתתי התורה. דאמרו בביצה (דף כ"ה) מפני מה נתנה תורה לישראל מפני שהן עזין ולהתיש כחן נתן להם התורה. וראיתי בהקדמה של הגט מקושר שכתב בשם גאון א' לפרש למה דאמרו במכות (דף כ"ג) רצה הקב"ה לזכות את ישראל לפיכך הרבה להם תורה ומצות ופירש לזכות הוא לשון נצחון וכמו שכתב הברטנורה על אמרם לא זכיתי לא נצחתי ואמרו חז"ל דניתנה התורה לישראל מפני שהן עזין והתורה הוא להתיש כחן. וזה שאמר רצה הקב"ה לזכות ר"ל לנצח את ישראל לפיכך הרבה תורה ומצות להתיש כחן עכ"ל ועפ"ז יש לפרש למה דאמרו בברכות (דף י"ז) נשים במאי זכיין באקרויי בנייהו ובאתנויי גברייהו כו'. דהא אמרו בקידושין (דף ל') בראתי יצה"ר בראתי תורה תבלין אם אתם עוסקין בתורה אין אתם מסורים בידו. וכן אי' בברכות (דף ה') ובע"ג (דף ה') בזמן שעוסקין בתורה יצרם מסור בידם. א"כ נשים דאין להם מעלת עסק התורה במאי זכיין. הכוונה במה מנצחים את היצה"ר וכמו ולא זכיתי דפי' הוא לשון נצחון. ע"ז השיבו דבמה דמחזקין הנשים ידי בניהם ובעליהן שיעסקו בתורה דג"כ יש להם כח עי"ז לנצח את היצה"ר דגם המחזקים ידי העוסקים בתורה יש להם כל זכות של לומדי תורה וכמש"כ בטוש"ע יו"ד (סימן רמ"ו סעיף א') דמי שמספיק לאחרים הלומדים נחשב כאלו לומד בעצמו וכמו שבארתי זה במק"א בארוכה וגם המה נקראים עוסקים בתורה דיצרם מסור בידם. וכעת ראיתי ביערות דבש דרוש א' שכתב כן לפרש למה דאמרו הני נשים במאי זכיין ע"ש. וזה שאמר

שמא תאמרו כי לרעתכם נתתי התורה דעיקר נתינת התורה היה בשביל רעתכם דלא תהא נמסרים ביד היצה"ר או בשביל דהם עזין ולהתיש כחן כנ"ל. ע"ז אמר כי לטובתכם נתתי התורה דבעצם התורה הוא טובתינו כדכתיב הנחמדים מזהב ומתוקים מדבש. ומלאכי השרת התאוו לה רק בשביל ערבת התורה וכמש"כ במק"א:

ד ונבאר להא דמכות (דף כ"ג) רצה הקב"ה לזכות את ישראל לפיכך הרבה להם תורה ומצות כו' וכבר כתבתי לעיל למש"כ בהקדמת גט מקושר בזה. ונקדים למה שהקשה הבל"ע דרוש ל"ז בדרוש ד' לפרקים ע"ז המאמר שאמר רצה הקב"ה לזכור כו' דהא רבוי התורה והמצות לכאורה הוא עול כבד כו' והביא שם בשם פי' המשניות להרמב"ם שם שהעיר בזה דהא יותר טוב הי' לצוות על דברים מועטים שבנקל היו משיגים שלמותם ותי' זה. ועפ"ד כתב הבל"ע לפרש הפסוקים (ואתחנן ו') ויצונו ה' לעשות את כל החוקים כו' לטוב לנו כל הימים לחיותינו כו' וצדקה תהי' לנו כי נשמור לעשות את כל המצוה הזאת כו' כאשר צונו ע"ש בבל"ע. ולפירושו דחוק במה דכתיב כל המצוה הזאת כמו דיראה המעיין שם. ולענ"ד נראה לפרש הפסוקים ולתרץ קושיות הבל"ע על הא דרצה הקב"ה לזכות. בהקדם למש"כ בדרשות מהר"י מינץ דרוש א' ביאור הפסוק (תהלים ס"ב) ולך ד' החסד כי אתה תשלם לאיש כמעשהו. ע"פ הך דסוכה (דף נ"ב) יצרו של אדם מתגבר כו' ואלמלא הקב"ה עוזרו אינו יכול לו כו'. ועיקר גמר במעשה המצות זהו רק ע"פ עזר של הקב"ה א"כ אינו מגיע לו ע"פ דין שכר רק מפאת החסד כו'. וביאר עפ"ז להפסוק (תהלים י"ח) יגמלני ה' כצדקי כו' והאריך בזה. ועפ"ז פרשתי להך דסוכה (דף נ"ב) בפסוק אם רעב שונאך כו' וה' ישלם לך א"ת ישלם אלא ישלימנו. משום דאין לפרש ישלם כמשמעו דהא אמרו בחולין (דף ק"ל) תנא תני ישלם ואת אמרת מדת חסידות שנו כאן. הרי דלשון ישלם משמעו דנוטל שכרו בדין. וכיון דאמרו ולך ה' החסד כו' ואינו נוטל שכרו ע"פ דין רק מצד החסד א"כ אינו שייך לשון ישלם לך דהא ישלם משמעו דנוטל שכרו ע"פ דין ולכן אמרו אל תקרי ישלם אלא ישלימנו. ועיין בפר"ד דרוש כ"ו בביאורו למדרש רות בפסוק ישלם ה' פעלך כו'. ולפי מה שכתבתי יש לפרש עפ"ז לכוונת מדרש רות הנ"ל באופן אחר וקצרתי:

ה וזהו כוונת הפסוק באיוב ל"ד כי פועל אדם ישלם לו וכאורח איש ימציאנו. משום דמה דמשלם שכרו אף דאינו ע"פ דין עכ"ז הוי כמו דמגיע לו שכרו ע"פ דין וכדכתיב ולך ה' החסד כי אתה תשלם לאיש כמעשהו כמו דעשה האדם בעצמו אף גמר המעשה וזהו גופא מצד החסד כדי דלא יהי' להנשמה נהמא דכיסופא דעיקר ביאת הנשמה בעוה"ז הוא כדי דלא יהי' נהמא דכיסופא כידוע. ועפ"ז פירשתי להמ"ר בראשית (פ' ס"ב) כד

דמך ור' אבהו אחוו ליה י"ג נהרי אפרסמון א"ל אילין דמאן א"ל דידך. אמר אילין דאבוה ואני אמרתי לריק יגעתי כו' אכן משפטי את ה' ופעלתי את אלהי והארכתי בזה. וזה שאמר באיוב כי פועל אדם ישלם לו דמשלם שכרו כאלו הוא פעולת אדם בעצמו דישלם משמעו ע"פ דין. וסיים וכאורח איש ימציאנו דאף כשנעשה היצה"ר דהיה מתחלה בשם אורח דלבסוף הוא בשם איש כמבואר בסוכה (דף נ"ב). ובעת דהיצה"ר הוא בשם אורח אז בנקל ביד האדם לנצח את היצה"ר אך אח"כ כשנעשה בשם איש אז אין ביד האדם לנצחו רק ע"י עזר של הקב"ה. וזה שאמר וכאורח איש ימציאנו דבעת שהאורח נעשה איש אז הקב"ה ממציא בידו את היצה"ר לנצחו ועכ"ז מחשב לו כאלו הוא פעולת האדם בלבדו ומשלם שכרו מצד הדין כדי דלא יהיה עדיין נהמא דכיסופא. וזהו כפלים מצד החסד א' במה שמשלם שכרו ב' במה שמחשב זה כמו דמגיע שכרו ע"פ דין:

ו ועיקר קבלת השכר הוא משום מחשבתו של האדם דהמחשבה הוי מצד האדם בלבדו ואף דאין הכח בידו לגמור במעשה בלא עזר של הקב"ה מ"מ מקבל שכרו מצד הדין מפני המחשבה דזהו שלו ממש. ומה"ט מחשבה טובה מצרפה למעשה כמבואר (בקידושין דף מ') דחישב לעשות מצוה ונאנס ולא עשאה מעלה עליו כאלו עשאה. משום דאם לא נאנס וודאי היה עושה כיון דהקב"ה עוזרו. והנה בחישב לעשות ואינו מהדר לעשות אז לא הוי המחשבה כמעשה כדכתיב מי יאמר זכיתי לבי טהרתי מחטאי דבמה דזיכה בלבו לעשות ואינו מהדר לעשות מי יוכל לומר דע"י המחשבה לבדו נטהר מחטאיו רק העיקר להשתדל אחר עשיית המצוה ונאנס ולא עשאה אז מעלה כאלו עשאה. ועפ"ז יש לתרץ קושיות הבאר אברהם לשבת (דף נ"ו) על הא דכל האומר שלמה חטא אינו אלא טועה כו' והכתיב אז יבנה שלמה במה לכמוש כו' שבקש לבנות ולא בנה והקשה דהא בעובדי כוכבים מחשבה רעה כמעשה א"כ נחשב זה לחטא. ותי' זה ע"פ דברי הרא"ש ספ"א דר"ה וכדברי הנחלת עזריאל. ע"ש בב"א. ולדעתי אין זה קשה דהא בקידושין (דף מ') אמרו מתחלה שם חשב לעשות מצוה ונאנס ולא עשאה כו' דדוקא בנאנס ולא עשה המצוה בזה מעלה כאלו עשאה. ובמחשבה רעה אינו כמעשה אף בנאנס ולא עשה כדאמרו שם מקודם דמיירי בנאנס כו'. ואח"ז דאמרו שם דבעובדת כוכבים אינו כן קאי הכל בנאנס ולא עשה דבזה הוי מחשבת עבודת כוכבים כמעשה. ולכן עדיין י"ל דהיכא דלא נאנס אז אף בעבודת כוכבים בחשב לעבוד ולסוף לא עשה דבכה"ג לא הוי כמעשה כלל אף בעבודת כוכבים. גם י"ל דזה מועיל מצד דהוי כבעל תשובה. וזולת זה י"ל דלא נחשב לחטא כלל מעולם דהוי כאלו לא חטא כלל מעולם. וע"כ שפיר אמרו כל האומר שלמה חטא טועה דבקש לבנות ולא בנה דהא הי' יכולת ביד שלמה להוציא מחשבתו

לפועל ועכ"ז לא בנה א"כ לא נחשב זה לחטא כלל מעולם אף בעבודת כוכבים ורק בנאנס אז הוי כמעשה בעבודת כוכבים. וכן י"ל בהא דחולין (דף קמ"ב) וקצרתי. ומתורץ קושיות הבאר אברהם:

ז ולפ"ז יש לתרץ לקושיות הבל"ע על הא דרצה הקב"ה לזכות לפיכך הרבה תורה כו' דהא אין כל אדם יכול לקיים כל המצות והוי עול כבד במה שהרבה תורה ומצות. משום דלפי מש"כ עיקר השכר הוא עבור מחשבתו דהמעשה הוא ע"י סיוע של הקב"ה. ובמחשבה הוא בקל ביד כל אדם להעלות בדעתו בעת שלומד תורה דאם יבוא לידו אלו הדינים והמצות דיקיימן ומהדר מתי יבאו לידו ויקיים אותן ובנאנס ולא עשה מעלה עליו כעשאה א"כ זהו בנקל ביד כל. וכדכתיב בפ' בלק לא הביט און ביעקב ולא ראה עמל בישראל ה' אלהיו עמו כו'. י"ל כוונתו לא הביט און ביעקב דמחשבה רעה אינו כמעשה וכדאמרו בקידושין (דף מ') בפסוק און אם ראיתי בלבי כו'. ועוד חסד דלא ראה עמל בישראל דמיד דמקבל במחשבתו לעשות המצוה הקב"ה עוזרו כדכתיב נותן ליעף כח ועוזרו שיגמור במעשה המצוה לאשורו. וסיים ה' אלהיו עמו דאלהים הוא בעל כח כי ד' הוא בעל כח שלו להוציא מחשבתו למעשהו. ותרועת מלך בו. כי מיד שמקבל במחשבתו ובלבבו לעבוד השי"ת אז ה' בעל כח שלו ובעזרו. וכל הדברים הללו הוא כעין דברי הר"ן בדרשותיו בהך דברכות (דף ל"ג ע"ב) דמקשו בגמ' אטו יראה מילתא זוטרתא וע"ז כתב הר"ן להסביר דלולי דברי הגמ' י"ל דיראה הוי מילתא זוטרתא לפי דהרכיב ה' בנו כח הגוף וכח הנפש כו' וביאר עפ"ז המאמר דת"ח כל זמן שמזקינים דעתן נתוספת עליהן כו' ע"ש. וזהו הכל למטרה אחת במה דאמרו הבא לטהר מסייעין לו. ועפ"ז בארתי הך דברכות (דף ז') בקש משה שלא תשרה שכינה כו' ובמק"א הארכתי בכ"ז:

ח ולכן אף דאין ביד כל לקיים כל המצות מ"מ ע"י עסק התורה בעת שעוסק בתורה ומקבל עליו במחשבתו מתי תבא לידו המצוה הזאת והדינים שהוא עוסק בלמוד התורה בדיניהם אז נחשב לו כאלו קיים אותן. וכעין הך דמגילה (דף כ"ז) דכ"ז שקוראין בהן מעלה אני עליהן כאילו מקריבין לפני קרבן כו' וזהו ונשלמה פרים שפתינו. וכדאמרו במנחות (דף ק"י) דת"ח העוסקין בהלכות עבודה מעלה הכתוב כאלו נבנה מקדש. וכל העוסק בתורת חטאת כאלו הקריב חטאת כו'. וכולהו מחד טעמא דכיון דהקב"ה בעזרו לעשות אם יזדמן המצוה הזאת לידו ע"כ נחשב לו כאלו עשאה. ולכן הוי זכות גמור במה שהרבה תורה ומצות משום דבנקל בידו לקיים במעשה אם יבא לידו וע"כ בעת שעוסק בתורה נחשב לו אז כאלו קיים המצות והדינים שעוסק בהם. וידוע מש"כ בספרי יראים דבעת עסקו בתורה בכל תיבה ותיבה שהוציא מפיו דמקיים מ"ע של ת"ת בכל תיבה

ותיבה. וזולת זה י"ל לפי מש"כ דאם לומד ומחשב מתי יבאו לידו ויקיימן דנחשב לו כאלו קיים הרבה מצות אז משום דנחשב לו כאלו עשאן. וזה שאמר רצה הקב"ה לזכות ישראל לפיכך הרבה תורה ומצות שנא' ה' חפץ למען צדקו יגדיל תורה ויאדיר. דהוי זכות רב במה שריבה תורה ומצות כנ"ל. וזה שאמר ה' חפץ למען צדקו דרצה בחסדו ובצדקתו לזכות אותנו והגדיל התורה ואף דרבו המצות מ"מ הוי ביד כל לקיימן דנחשב לו כעשאן לפי דהקב"ה בעזרו. ויאדיר. ומגביר את היצ"ט על היצה"ר שינצח אותו וכ"ז צדקתו של השי"ת שעושה עמנו לזכותינו ולטוב לנו ומתורץ קושיות הבל"ע:

ט וזהו כוונת הפסוקים ויצונו ה' לעשות את כל החוקים האלה לטוב לנו כל הימים ולחיותינו כו'. דכל אלו החוקים הוא לטובתינו ולזכותינו. ולא תקשה דהא אין ביד כל לקיים כל המצות וכמו שהקשה הבל"ע. ע"ז אמר וצדקה תהיה לנו כי נשמור לעשות את כל המצוה הזאת כאשר צונו. הכוונה דהא אף במי ששמר ועשה כל המצות כראוי אינו נוטל שכרו מצד הדין רק מצד החסד והצדקה. וכפי שנתבאר. וע"ז נאמר ולך ה' החסד כו'. ועיקר שכרו הוא בעד מחשבתו הטהורה דזהו שלו לבדו ובמחשבה הלא יכול לקבל עליו כל המצות ולקבל עליו מתי יבאו לידו ויקיימן. וכדכתיב בדברים ל"א ועתה כתבו את השירה הזאת ולמדה את ב"י שימה בפיהם. דבעת שילמדו ויעסקו בהתורה בפיהם ויקבלו עליהם לעשותן כשיבוא לידם אז נחשב לשימה ולמעשה בעודו בפיהם למען תהיה לי זאת לעד בבנ"י שזהו בטח דאם יבא לידם ודאי יקיימו. וע"כ הוי שפיר לטוב לנו במה שצוה לנו על כל החוקים וכמו דאמר רחב"ע רצה הקב"ה לזכות כו'. וכפי שנתבאר לעיל לתרץ קושיות הבל"ע. וקושייתו וכל מה שכתבתי לתרץ קושייתו נכללו בכוונת הפסוקים הללו:

והנה לעיל הבאתי להך דמנחות (דף ק"י) דאמר ר"ל כל העוסק בתורת חטאת כאלו הקריב חטאת כו' ורבא אמר כל העוסק בתורה א"צ חטאת כו'. ונלע"ד דלשיטת רבא הוא דאף מי שאינו עוסק בדיני קרבנות ג"כ א"צ חטאת משום דס"ל דעסק התורה בעצמותה מכפרת עונותיו וכמש"כ הנפש החיים שער ד' פ' ל"א עלה דמנחות דעסק התורה מכפרת גם העונות החמורות שאין קרבנות מכפרים מ"מ תורה מכפרת וכדאמרו בר"ה (דף יח) בזבח ומנחה אינו מתכפר אבל מתכפר בד"ת כו' ועפ"ז פרשתי לכוונת הפסוקים (ישעי' נ"ו) ואל יאמר בן הנכר הנלוה אל ה' הבדל יבדילני כו' ואל יאמר הסריס הן אני עץ יבש כי כה אמר ה' לסריסים אשר ישמרו שבתותי ובחרו באשר חפצתי ומחזיקים בבריתי ונתתי להם בביתי כו' ובני הנכר הנלוים על ה' ולאהבה את שם ה' להיות לו לעבדים כל שומר שבת מחללו ומחזיקים בבריתי כו'. וצריך ביאור מפני מה בהסריסים אמר שלשה

דברים שישמרו שבתותי ובחרו באשר חפצתי ומחזיקים בבריתי. ובבני הנכר אמר רק שני דברים שומר שבת מחללו ומחזיקים בבריתי ולא אמר ובחרו באשר חפצתי. וגם מפני מה מחלק הסריסים בפני עצמן מן בני הנכר ועוד דקדוקים רבים:

יא והנלע"ד בהקדם להא דיומא (דף פ"ו) ארבע חלוקי כפרה שהיה ר"י דורש עבר על עשה כו' עבר על ל"ת כו' עבר על כריתות ומיתות ב"ד תשובה ויוה"כ תולין ויסורין ממרקין ובחלול ה' כולן תולין כו'. ובזמן שהיה בהמ"ק קיים היו קרבנות יו"כ מכפרים אף על חמורות בעשה תשובה וכמש"כ הרמב"ם ה' תשובה פ"א וכמבואר בפ"ק דשבועות. א"כ בימינו דאין לנו מזבח כפרה אין לנו עצה להנצל מיסורין ומיתה אם עבר על חמורות וחילול ה' אכן מצינו עצות ותחבולות אף האידנא דיהא מועיל תשובתו לגמור כפרתו מיד לגמרי. והוא דהט"ז באו"ח סי' רמ"ב ס"ק א' כתב בהך דשבת (דף קי"ח) כל המשמר שבת כהלכתו אף עובד עבודת כוכבים כדור אנוש מוחלין לו ופי' הט"ז דקאי בעשה תשובה דמהני אף דעבר על החמורות וא"צ ליסורין ע"ש בט"ז. א"כ מצינו עצה וסגולה אף בזה"ז לגמור כפרתו אף שעבר ח"ו על חמורות שישמור השבת כהלכתו. וביארתי עפ"ז לכוונת המ"ר (בראשית כ"ב) ויצא קין מלפני ה' כו' פגע בו אדם הראשון א"ל מה נעשה בדינך א"ל עשיתי תשובה ונתפשרתי כו' עמד אדם הראשון ואמר מזמור שיר ליום השבת והארכתי בזה ובשארי מאמרים הרבה בהוכחות לזה. הרי דמצות שמירת שבת כהלכתו היא תחבולה להיות ניצל מיסורין אף דעבר על חמורות בעשה תשובה:

יב עוד עצה יש לנו אף בזה"ז לכפר על החמורות לגמרי בלא יסורין והוא דהרי"ף בע"י ליומא (דף פ"ו) דתשובה מאהבה מכפר מיד בלא יסורין כו' והובא באגודת אזוב דרוש ר"ה דף י"ב ותשובה מאהבה הוא בחינת בן ותשובה מיראה הוא בחינת עבד וכמש"כ הרי"ף שם להוכיח כן מדכתיב שובו בנים שובבים ומוקמינן בתשובה מאהבה שחביבין לפני ית"ש כבנים ע"ש. וכ"כ אגודת אזוב דרוש ש"ת ד' י"ד לבאר זה בארוכה דתשובה מאהבה דזדונות כזכיות א"צ לשום דבר ונגמר כפרתו מיד. ויש לי אריכות דברים בזה. וכן נאמר למעלה כי עסק התורה גומרת הכפרה מיד כשעשה תשובה וכמש"כ הנפש החיים. ולכן הזהירו כל ספרי יראים לבע"ת שיעסוק בתורה דאז יהיה פטור מהיסורין. וכמאמרם ברכות (דף ה') כל העוסק בתורה יסורין בדלין הימנו כו'. וכל שאפשר לו לעסוק בתורה ואינו עוסק הקב"ה מביא עליו יסורין כו'. דמי שאפשר לעסוק בתורה ואינו עוסק עליו נאמר כי דבר ה' בזה. וכדאמרו בסנהדרין (דף צ"ט) וברמב"ם הלכות תלמוד תורה פ' שלישי הלכה י"ג וביו"ד (סימן רמ"ו סעיף כ"ה). וזהו מחטאים החמורות

כדאיתא בסנהדרין שם בפסוק כי דבר ה' בזה הכרת תכרת. הכרת בעולם הזה תכרת לעוה"ב וכמש"כ הנפש החיים שער ד' פ' כ"ד ע"ש. וכיון דמי שאפשר לו לעסוק בתורה ואינו עוסק הוא מהחמורות ע"כ אף בעשה תשובה מתייסר ביסורין לגמור כפרתו. והארכתי עפ"ז בסוגיא דברכות (דף ה'). וכל הדברים הללו ארוכים והקיצור הוא דבזה"ז דאין לנו קרבנות יוה"כ אין לנו עצה אף בעשה תשובה להיות ניצל מיסורין ומיתה בעבר על החמורות ובחילול ה' ומי יאמר זכיתי לבי כו'. רק ע"י שמירת שבת כהלכתו. ותשובה מאהבה. ועסק התורה:

יג ונקדים לדברי הרמב"ם פ"ז ה' תשובה ה"ז שכתב במעלת התשובה וז"ל אמש היה האיש הזה מובדל מן ה' כו' ועושה מצות וטורפין אותן בפניו שנא' מי בקש זאת מידכם כו'. וכיוצא בזה כתבו בספרי מוסר בפסוק כי תצא למלחמה על אויביך ונתנו ה' אלהיך בידך ושבית שביו דזהו הזכיות שלך שהיו עד עתה כשבוים ביד היצה"ר והובא כ"ז באהבת ציון דרוש ה' שהאריך בכ"ז והקשה מיומא (דף פ"ו) דאמר ר"ל דתשובה מאהבה זדונות כזכיות שנא' ובשוב רשע ועשה משפט וצדקה עליהם חי' יחיה. והקשה דשמא כוונת הפסוק עליהם חי' יחיה דקאי על המשפט וצדקה שעשה מקודם שעשה תשובה דאז היו טורפין המצות ממנו כמש"כ הרמב"ם וע"כ אמר דכשיעשה תשובה יציל את המצות מן השביה וכדכתיב בכי תצא למלחמה ונתנו ה' כו' ושבית שביו. וחי' יחיה על המשפט וצדקה שעשה בעת שהיה רשע והאריך הדורש לציון שם בזה:

יד ונראה לע"ד ליישב קושייתו והוא דאי' בב"ב (ד' י') שאלו את שלמה עד היכן כחה של צדקה א"ל צאו וראו מה פירש דוד אבא פזר נתן לאביונים צדקתו עומדת לעד קרנו תרום בכבוד רבא אמר מהכא הוא מרומים ישכון מצודות סלעים משגבו לחמו ניתן מימיו נאמנים. ופירשתי זה המאמר ע"פ מש"כ בפתח השער לספרי נחל יצחק אות י"ט ביאור הפסוק יראת ה' טהורה עומדת לעד. דהעושה לשמה זוכה לשכר הנצחי כדאי' בפסחים (דף נו"ן) דבלשמה על השמים חסדך וכדאמרו בשבת (דף ס"ג) אורך ימים למיימינים בה כו' והארכתי בזה במק"א. ובצדקה אמרו האומר סלע זו לצדקה ע"מ שיחיה בני ה"ז צ"ג כדאי' בפסחים (דף ח') וברי"ה (דף ד'). והתוספות שם ובע"ג (דף י"ט) הקשו מהך דאל תהיו כעבדים המשמשין ע"מ לקבל פרס כו'. והאהבת ציון דרוש יו"ד הביא בשם אביו הגאון בעל נו"ב זצ"ל שמחלק דשאני צדקה משארי מצות דבצדקה אף שלא לשמה עשה פעולת תכליתו דהא עכ"פ היה מחיה נפש א' מישראל ולהעני אין נפקותא אם הוי לשמה כו' ע"ש. ומסוגיא דפסחים (דף ח') גבי בדיקת חמץ דאין מחייבין אותו להכניס ידו לחורין ולסדקין מפני הסכנה כו' שמא תאבד לו מחט ופריך וכה"ג לאו מצוה והתניא

האומר סלע זו לצדקה בשביל שיחיה כו'. ולדברי הנו"ב איך מדמה הש"ס צדקה לבדיקת חמץ והא יש לחלק ביניהם כדברי הנו"ב. ומוכח מזה כדברי התוס' דאינם מחלקים ביניהם ובמק"א הארכתי ליישב דברי הנו"ב ואכ"מ. וכדברי הנו"ב כן הוא בפר"ד דרוש ג' בשם המהרי"ט. ועפ"ז יש לפרש הפסוק בפ' ראה ולא ירע לבבך בתתך לו כי בגלל הדבר הזה יברכך ה'. משום דאמרו עשר בשביל שתתעשר והוי צ"ג ולבבך הוא שני יצרך וזהו כוונת הפסוק ולא ירע לבבך בתתך לו למען שיברכך ה' בגלל הדבר הזה דשני יצרך יתרצו לזה דזוכה עי"ז לשכר בעוה"ב ובעוה"ז וכן כתב בנחלת יעקב להגאון מליסא זצ"ל. לפי דהיצ"ט יתרצה לפי דהוי צ"ג וכן היצה"ר כיון דעושה להנאתו והדברים ארוכין: טו ולדברי הנו"ב דצדקה בלא לשמה דינו כמו לשמה א"כ גם בצדקה שלא לשמה זוכה לשכר הנצחי ועל השמים חסדך. וזה שאמר במעלות הצדקה פזר נתן לאביונים צדקתו עומדת לעד קרנו תרום בכבוד. דבמפזר לאביונים צדקתו אף דמכוון להנאתו וטובתו החוזרת לעצמו מ"מ עומדת לעד דשכרו נצחי. ומפרש אף דקרנו תרום בכבוד דעושה צדקה למען כבודו שיהיה מכובד בשביל זה עכ"ז עומדת לעד ושכרו כמו כל שכר המצות בלשמה. וזהו כחה של צדקה דאמר שלמה כך פירש דוד אבא במעלת צדקה דשכרה יותר משארי מצות שלא לשמה. ורבא א' מהכא הוא מרומים ישכון מצודות סלעים משגבו לחמו ניתן מימיו נאמנים. דפירש לנו מעלה אחרת דיש לכחה של צדקה יותר משארי מצות. והוא דהאהבת ציון דרוש ה' העלה דבמצוה לשמה אין טורפין אותה ורק בלא לשמה טורפין והביא ראיה ממה דכתיב בתהלים נו"ן ולרשע אמר אלהים מה לך לספר חוקי ותשא בריתי עלי פיך דהוא רק עלי פיך בלא כוונת הלב עכ"ל האהבת ציון. וכן נראה להוכיח ממש"כ הרמב"ם פ"ז ה' תשובה דלעיל שכתב דטורפין המצות שנא' מי בקש זאת מידכם רמוס חצרי כו'. והוא פסוק בישעי' א' ושם אח"ז כתיב לא תוסיפו הביא מנחת שוא כו'. א"כ מפרש להדיא דהך מי בקש זאת מידכם האמור שם למעלה קאי על מנחת שוא דאין לבבם אל ד' וזו היא מנחת שוא ונחשב לתועבה וכמש"כ שם הרד"ק וע"ז אמרו מי בקש זאת מידכם כו'. ומשמע דבמצוה לשמה אין טורפין וכמש"כ האהבת ציון. ולכן כיון דנתבאר דצדקה אף בלא לשמה דינו כמו שארי מצות לשמה ע"כ הדין מתן דבצדקה אף בלא לשמה אין טורפין אותה אף שעשה בעודו ברשעתו וכמו בכל המצות לשמה דאין טורפין ממנו. וזהו כוונת הפסוק תהלים קי"ט ערוב עבדך לטוב אל יעשקני זדים. כי ערב הוא מתוק וכמו הערב נא כו' דבקשתינו דהמתק לנו דברי תורתך וזהו מדרגת מאהבה. ואז בל יעשקני זדים דאין טורפין ממנו. וכן כוונת הפ' שם עשיתי משפט וצדק בל תניחני לעושקי וקאי על מעלת צדקה כנ"ל וקצרתי:

טז וכן ראיתי כעין זה בסידור תיקוני שבת במאמר עניני צדקה אות ס"ג שכתב בשם גדול א' שאמר דבצדקה אין שום עבירה מכבה אותה וכדכתיב צדקתו עומדת לעד ואין שום עבירה מכבה אותה עכ"ל וכתב זה בקצרה. ובעיקר דברי הרמב"ם וספרי מוסר במש"כ דטורפין המצות בפניו יש לבאר עפ"ז למה שאמרו בסוטה (דף כא) דעבירה מכבה מצוה כו'. דזהו לפי דטורפין המצוה ממנו. וע"פ מש"כ דבלשמה אין טורפין ממנו י"ל שם בסוגיא דסוטה. וראיתי באהבת ציון שם שהקשה בהך דסנהדרין (דף ק"ב) אחאב וותרן בממונו היה ומתוך שההנה ת"ח כיפרו לו מחצה והקשה דהא טורפין המצות ממנו ע"ש. אכן לפי מש"כ דצדקה אף בלא לשמה אין טורפין ממנו. אינו קשה דהא במה שההנה ת"ח מנכסיו דזהו מצות צדקה שאני כנ"ל. ועוד י"ל בזה לפי מה דאמרו בסוטה (דף כא) דעבירה מכבה מצוה ואין עבירה מכבה תורה. ע"כ באחאב שההנה ת"ח מנכסיו דזה הוי כמו תורה ממש כיון דהחזיק ביד לומדי תורה. ודינו כמו הת"ח העוסקים בתורה וכמבואר בטוש"ע יו"ד סי' רמ"ו סעיף א' דהמספיק לאחרים הלומדים נחשב כאלו לומד בעצמו וכפי שכתבתי במק"א לבאר זה בארוכה. וכיון דאין עבירה מכבה תורה ה"ה מצות החזקת לומדי תורה אין עבירה מכבה אותה והדברים ארוכין. וזהו מה שאמר בב"ב (דף יו"ד) רבא אמר מהכא הוא מרומים ישכון מצודות סלעים משגבו לחמו ניתן מימיו נאמנים. דהוא מרומים ישכון הכוונה דמעלת הצדקה הוא למעלה מהשמים ועל השמים חסדך ועוד מעלה דמצודות סלעים משגבו זהו על מעלת צדקה דאין טורפין ממנו וסיים לחמו ניתן מימיו נאמנים דאף שנתן צדקה כדי שיהיו מימיו נאמנים דיהיה קיום לנכסיו ולא יפסוק ממנו השפעה לטוב ונתן צדקה להנאתו. מ"מ זוכה לשני מעלות הללו דמרומים ישכון ומצודות סלעים משגבו ואין ביכולת שום דבר לנצחו רק מצודות סלעים משגבו ויהיו תמיד ברשותו דאין טורפין ממנו לעולם כלל. כן נלע"ד בכוונת הגמ' דב"ב:

יז וזהו שאמרו בב"ב (דף יו"ד ע"ב) אמר משה במה תרום קרן ישראל א"ל בכי תשא. הכוונה במה יזכו לשכר דעל השמים דמי יאמר זכיתי לבי לעשות לשמה ע"ז השיבו בכי תשא זהו מצות צדקה. ואמרו בב"ב (דף י"א) ואני גנזתי למעלה כו' דשכרו למעלה מהשמים. וכן אמרו שם ואני גנזתי במקום שאין היד שולטת בו שנא' צדק ומשפט מכון כסאך דאין טורפין מצות צדקה ממנו כלל. ולפי מש"כ לחלק בין צדקה לשארי מצות דבצדקה אף בלא לשמה זוכה לשכר הנצחי א"כ מדוקדק עפ"ז הפסוק (בישעי' נ"ו) כה אמר ד' שמרו משפט ועשו צדקה כי קרובה ישועתי לבא וצדקתי להגלות. במשפט אמר שמרו משפט ובצדקה אמר עשו צדקה לפי דבמשפט אם אינו לשמה עד השמים

חסדך ואינו זוכה לשכר הנצחי וממילא אין זה ממהר הגאולה העתידה דיהי' גאולה נצחית רק אם יעשו לשמה לכן אמר שמרו משפט לעשותו כתיקונו אבל בצדקה דאף בלא לשמה זוכה לשכר הנצחי ע"כ אמר ועשו צדקה דהעיקר תלוי שיעשו צדקה עכ"פ וממהר לגאולה העתידה וכדאמרו בבבא בתרא (דף י') גדולה צדקה שמקרבת הגאולה שנא' שמרו משפט ועשו צדקה כי קרובה ישועתי לבא כו'. ועיקר החילוק בין צדקה לשארי מצות. מצאתי שכבר הקדימו הפרשת דרכים דרוש שלישי בשם המהרי"ט פ' קדושים שכתב כן ע"ש:

יח נחזור לענינינו דצדקה אף בלא לשמה הוי כמו לשמה של שארי מצות דאין טורפין ממנו וזהו מה דאמרו בשבת (דף קי"ט) עשר תעשר עשר בשביל שתתעשר ובתענית (דף ט) ובחנוני נא בזאת כו'. ולפ"ז מתורץ קושיות האהבת ציון דהקשה עלה דיומא דהוכיח ר"ל מן פסוק ובשוב רשע מרשעתו ועשה משפט וצדקה עליהם חיה יחיה דזדונות כזכיות והך עליהם חיה יחיה קאי על העבירות דאין לומר דקאי על המצות דפשיטא. וע"ז הקשה דילמא אשמועינן דיציל את המצות דהיו טורפין ממנו כו' ולפי מש"כ דצדקה שאני א"כ שפיר הוכיחו מזה דזדונות כזכיות דאין לומר דקאי על המצות דעשה בעודו ברשעתו. דז"א דהא כתיב ועשה משפט וצדקה ובצדקה הא אף בלא לשמה אין טורפין ממנו לעולם אף בעת שהיה רשע ע"כ מוכח דהך עליהם חיה יחיה קאי על העבירות שעשה וזהו משום דנעשו כזכיות ומתורץ קושיות האהבת ציון. ועיין בנפש החיים שער א' פ"ו בהגה וקצרתי: יט ובמק"א כתבתי לדון דלמ"ד מצות צריכות כוונה לא משכחת כלל למה דאמרו דטורפין המצות. דהא כתב האהבת ציון דרק במצות אנשים מלומדה בזה טורפין המצות כמו שהוכיח מהפסוק ולרשע אמר אלהים מה לך לספר חוקי ותשא בריתי עלי פיך רק מהשפה ולחוצה כו'. וכמש"כ להוכיח מפסוק מי בקש זאת מידכם רמוס חצרי לא תוסיפו הביא מנחת שוא דאין לבו כפיו. א"כ להסוברין מצות צריכות כוונה לא שייך כלל לומר דטורפין המצות ממנו דהא אם לא עשה בכוונה לא נחשבו לעולם למצוה כלל. ובעשה בכוונה הא אין טורפין ממנו לעולם. ועפ"ז יש מקום לתרץ קושיות האהבת ציון שהקשה על מה שהוכיח ר"ל מן ובשוב רשע ועשה משפט וצדקה עליהם חיה יחיה דזדונות כזכיות הא י"ל דקאי הך עליהם על המצות שעשה דהיו טורפין ממנו. אכן לפי מה שכתבתי כעת יש ליישב בפשיטות והוא דהא ריש לקיש ס"ל מצות צריכות כוונה כמבואר בפסחים (דף קי"ד). ומה שהקשה טורי אבן בר"ה פ"ג (ד' כ"ט) עלה דפסחים מנזיר (דף כג) דאר"י מאי דכתיב כי ישרים דרכי ה' כו' א"ל ר"ל האי רשע קרית ליה נהי דלא עבד מצוה מן המובחר פסח מיהא עבד כו'. א"כ מוכח דר"ל ס"ל

מצות אין צריכות כוונה כו' ובמק"א כתבתי ליישב קושייתו ע"פ דברי התוס' פסחים (דף ק"ז ע"ב) ד"ה דילמא אתי למיכל אכילה גסה כו' שכתבו בתי' השני דאין לו לקרות רשע כיון שקיים מצות פסח אע"פ שלא קיים מצות אכילה דאכילת פסחים לא מעכבא עכ"ל. וכעין זה קיי"ל בפסולי עדות דאם לא עבר רק על עשה אינו מיפסל דלא מיקרי רשע. ומה שהביא הטורי אבן מן יבמות (דף כ') ונדה (דף י"ב) כתבתי לחלק ואכ"מ. א"כ לריש לקיש דס"ל מצות צ"כ לא שייך כלל לומר דטורפין המצות ממנו לכן שפיר הוכיח ר"ל מהך ובשוב רשע מרשעתו ועשה משפט וצדקה עליהם חיה יחיה דזדונות כזכיות ומתורץ קושיות האהבת ציון. אך לפ"ז יש לדון במש"כ הרמב"ם דטורפין המצות ממנו והא הרמב"ם פסק דמצות צ"כ והובא באו"ח בבית יוסף סי' תקפ"ט ובסי' סמ"ך. ובמק"א הארכתי בכ"ז הרבה:

כ ונשובה לבאר כוונת הפסוקים שהתחלנו. (בישעיה נ"ו) ואל יאמר בן הנכר הנלוה אל ה' לאמר הבדל יבדילני ה' מעל עמו ואל יאמר הסריס הן אני עץ יבש כו' ורבו הדקדוקים בזה. אכן אחרי כל ההקדמות יש לבארו על נכון. והוא דבן נכר הוא מי שנתנכרו מעשיו לאביו שבשמים דעבד עבודת כוכבים כמבואר בפסחים (דף כ"ח). ובעשה תשובה על חטא עבודת כוכבים דהוא מהחמורות לא מהני יוה"כ ותשובה לגמור כפרתו אם אין בהמ"ק קיים וכ"ז דלא נתייסר ביסורין לא נגמר כפרתו ועדיין הוא נבדל מן ה' ועמו וכמש"כ הרמב"ם ה"ת פ"ו ה"ז דהרשע מובדל מן ה' כדכתיב עונותיכם היו מבדילים ביניכם לבין אלהיכם. וכן הסריס הוא מי שעבר על עונות החמורות ואז אף המצות שעשה ג"כ אינן ברשותו כ"ז דלא נגמר כפרתו ונקרא סריס למי שאין לו תולדות מצות ומע"ט והוא כעץ יבש שאין בו לחלוחית כלל. וע"ז ראה הכתוב לפרש עבורם עצות ותחבולות המועילות אף בזמן שאין בהמ"ק קיים דיהי' מספיק תשובתן. ומוכח דמתחלה קאי שם על זמן שאין בהמ"ק קיים דהא בסופו שם אמר והביאותים אל הר קדשי כו' עולותיהם וזבחיהם כו'. הרי דמתחלה קאי בזמן שאין לנו מזבח כפרה. [ועיין בשבת (דף קי"ח ע"ב) שאמרו אלמלי שמרו שתי שבתות נגאלין שנא' כה א' ה' לסריסים כו' וכתיב בתרי' והביאותים אל הר קדשי כו' וקצרתי] ועכ"ז יש בידם סגולות להיות דבקים בד' מיד שעשה תשובה. ולהציל מהשבי את המצות שעשה כבר בעודו ברשעתו וכדאמרו ביומא (דף פ"ו) גדולה תשובה שמגעת עד כסא הכבוד ועד ועד בכלל כו'. דאחר התשובה נתחבר בחיבור גמור לאביו בשמים. וזהו כוונת הפסוק כי כה אמר ה' לסריסים אשר ישמרו את שבתותי ובחרו באשר חפצתי ומחזיקים בבריתי ונתתי כו' יד ושם טוב מבנים ובנות שם עולם אתן לו אשר לא יכרת. הכוונה הוא כה א' ה' לסריסים זהו בעלי תשובה

דעדיין לא נגמר כפרתן ותשובתן לפי דחטאו בחמורות והם עדיין בשם סריסים דאף המצות שעשה אינן ברשותו לפי דלא נגמר כפרתו ותקונו לגמרי ע"י התשובה לפי דעדיין לא נמחק החטא לגמרי כ"ז שלא נתייסר ביסורין לגמור הכפרה ותקונו כנ"ל:

כא וע"ז אמר כה אמר ה' לסריסים כו' ואמר עצה וסגולה א'. אשר ישמרו את שבתותי. כי סגולות מצות שמירת שבת כהלכתו היא מגנת להנצל מיסורין אף דעבר על החמורות וכמש"כ הט"ז. עצה שניה ובחרו באשר חפצתי וזהו תשובה מאהבה דיעשו תשובה ומצות לשמה וכפי רצונו וחפצו של הקב"ה וכדאמרו בב"ב (דף י') דנקראים בנים בעושין רצונו של מקום. שיעשו למען רצונו וחפצו של הקב"ה ולא למען טובת עצמו. עצה שלישית ומחזיקים בבריתי זהו שישתדלו לעסוק בתורה דבריתי זו היא תורה כדכתיב אם לא בריתי חקות שמים וארץ כו'. ונכלל בלשון מחזיקים בבריתי. דאף אותן שאינן בני תורה מ"מ כשישתדלו לחזק ידי לומדי תורה יזכו ג"כ למעלת התורה דמי שעוסק בה א"צ חטאת כו' וכמש"כ הנפש החיים כנ"ל דהעוסק בתורה ומחזיק בה נגמר כפרתו מיד שעושה תשובה אף בלא יסורין. וזהו בכלל כל מי שעוסק בתורה יסורין בדלין ממנו כנ"ל. וגם המחזיקים בידי הת"ח נקראים עוסקים בתורה וכדאיתא בכתובות (דף קי"א) בפסוק ואתם הדבקים בה' אלהיכם כו' ובפסוק ולדבקה בו דכי אפשר לדבוקי בשכינה אלא כל המהנה לת"ח מעלה עליו כאלו מודבק בשכינה. וכן בעל תשובה כשעוסק בתורה או שמחזיק לומדי תורה נדבק מיד להשכינה וכמש"כ הרמב"ם ה' תשובה פ"ז ה"ז דאמש היה מובדל מן ה' כו' והיום הוא מודבק בשכינה שנ' ואתם הדבקים בה' אלהיכם כו'. הרי דפירש דזה קאי גם על בעלי תשובה. ואמר לנו כל השלשה סגולות דנתבאר לעיל היינו שמירת שבת כהלכתו. ותשובה מאהבה. ועסק התורה דהם מועילות אף בזמן שאין לנו קרבנות יוה"כ דג"כ מתכפרים לגמרי אף על החמורות. ואף אחת מן השלשה סגולות הם מועילות וכל אחת מהם בפני עצמה היא מכפרת לגמרי על החמורות: כב ואחרי דהורה לנו שלשה עצות הללו אמר ונתתי להם בביתי יד ושם טוב מבנים ובנות שם עולם אתן לו אשר לא יכרת. הכוונה דאחרי כל אלו סגולות דאמר מקודם דבכל אלו יוגמר מיד כפרתו ותיקונו כי יומחקו חטאיו מיד לגמרי וע"כ ממילא לא יהיה בשם סריס ועץ יבש כי גם המע"מ והמצות שעשה בעת שהיה רשע יציל אותן מן השבי' וכדכתיב בכי תצא למלחמה על אויביך ונתנו ה' אלהיך בידך ושבית שביו כנ"ל. וזה שאמר דיזכו לשם טוב מבנים ובנות דתולדותיהן הם מצות ומעש"ט. ושם עולם אתן לו דיזכו לשכר הנצחי. וסיים אשר לא יכרת דזהו להורות דקאי במי שחטא בכריתות דהוא מן עונות

החמורות דג"כ יתכפר לו מיד ע"י כל שלשה עצות הללו ויוגמר תקונו מיד דיומחק חטא כריתות לגמרי ויהי' זוכה להמעלות הללו:

כג ובני הנכר הנלוים על ה' לשרתו ולאהבה את שם ה' להיות לו לעבדים כל שומר שבת מחללו ומחזיקים בבריתי. וצריך ביאור במה שאמר לאהבה את שם ה' להיות לו לעבדים. וכן מפני מה בסריסים אמר שלשה דברים ובבני הנכר לא אמר רק שני דברים שומר שבת ומחזיקים בבריתי ולא אמר ובחרו באשר חפצתי. אכן לפי מש"כ לעיל אתי שפיר ונקדים לדברי המקנה בקידושין (דף מ') והערבי נחל דרוש לשבת שובה תקנ"ב שנתכוונו שניהם לדבר אחד במה דאמרו דבתשובה מאהבה זדונות כזכיות דבחטא עבודת כוכבים אף בעושה תשובה מאהבה דינן כמו בתשובה מיראה דאין זדונות כזכיות רק כשגגות וביארו טעמו של זה לנכון ע"ש. ולפ"ז לא מהני העצה דתשובה מאהבה שנתבאר דגם בחמורות ינצל על ידי זה מהיסורין לפי דמיד דעושה חשובה מאהבה נמחק חטאו לגמרי. אבל בחטא עבודת כוכבים אף בעושה תשובה מאהבה לא נמחק חטאו לגמרי ועדיין נכתם עונו והוי כמו בתשובה מיראה ולא נגמר כפרתו מיד. ועדיין צריך יסורין למרק עונותיו וכן בחילול ה' כו'. וכבר נתבאר בשם הרי"ף בע"י ביומא דלכן בתשובה מאהבה גומרת כפרתו משום דכתיב שובו בנים שובבים דמוקמינן בתשובה מאהבה שחביבין כבנים:

והובא בא"א דף י"ב בביאורו היום הרת עולם אם כבנים אם כעבדים כו' וכמש"כ לעיל. וכדאמרו בב"ב (דף י') דבעושים רצונו של מקום קרוים בנים כו'. א"כ בחטא עבודת כוכבים דגם בתשובה מאהבה הוי כמו מיראה א"כ אינו נקרא בשם בן רק בשם עבד וכמו בכל תשובה מיראה דהוי בבחינת עבד וכמבואר שם ע"פ פסוק אם אב אני איה כבודי ואם אדונים אני איה מוראי כו' ע"ש:

כד ולכן במי שחטא בעבודת כוכבים לא שייך בי' העצה ובחרו באשר חפצתי דאמר למעלה בהסריסים דנתבאר דזהו על תשובה מאהבה. אלא שני העצות דלמעלה שם בשמירת שבת כהלכתו ועסק התורה ומחזיק ידי לומדי תורה אלו שני הענינים שייכים ומועילים גם במי שחטא בעבודת כוכבים לתקנו ולהיות ניצול מהיסורין ומיתה דנגמר מיד כפרתו בשלימות. וזה שאמר הכתוב ובני הנכר הנלוים על ה' דמיירי בעבד עבודת כוכבים שנתנכרו מעשיו ומתחרט ועשה תשובה כדי להתחבר אל ה'. ולאהבה את שם ה' להיות לו לעבדים. הכוונה דבחטא חמור כזה אף דיעשה תשובה מאהבת ה' מ"מ לא יהיו בבחינת עבדים דהוא לא נמחק חטאו לגמרי ע"י התשובה רק יסורין גומרין כפרתו וכמו בתשובה מיראה דנקראו עבדים. וע"כ לא אמר בהו מעלת ובחרו באשר

חפצתי רק שני ענינים היינו שומר שבת מחללו ומחזיקים בבריתי. זהו שמירת שבת כהלכתו ומחזיקים בעסק התורה ואם אינו בן תורה או כי מחמת חולשתו אינו יכול לעסוק בתמידות בתורה יחזק ידי לומדי תורה. וע"י הנך שני ענינים ינצל מהיסורין ויהיה מיד דבוק לה' בחיבור גמור כנ"ל. ומסיים והביאותים אל הר קדשי כו' עולותיהם וזבחיהם לרצון על מזבחי כו'. לפי דעד הנה הורה לנו להנך עצות על זמן שאין בהמ"ק קיים. אכן כשנזכה בע"ה שיהא הבהמ"ק והמזבח כפרה על מכונו אז אף ע"י תשובה מיראה יוגמר כפרתם מיד ע"י קרבנות יום הכפורים להנצל מיסורין ולתקנו בתיקון גמור להיות דבוק מיד להשי"ת וכדכתיב השיבנו ה' כו' חדש ימינו כקדם:

כה ובתפלת נעילה אנו אומרים ותקבלנו בתשובה שלמה לפניך כאשים וכניחוחים כו' וראיתי בסידור עיון תפלה שהקשה ע"ז דהא כל הקרבנות אינם מכפרים בלא תשובה א"כ אנו עושים מהעיקר טפל ומן הטפל עיקר ע"ש. אכן לפי הנתבאר בשם הרמב"ם דקרבנות יוה"כ היו מכפרים מיד כפרה גמורה אף על החמורות ובלא יסורין כלל משא"כ בזה"ז דאין לנו קרבנות יוה"כ אין לנו עצה להנצל מן היסורין רק ע"י תשובה מאהבה וחיזוק התוה"ק. אתי שפיר מה שאומרים ותקבלנו בתשובה שלמה הכוונה על תשובה מאהבה דיטהר ד' לבבינו לעבדו מאהבה ויהיה נחשב לפני ה' כאשים וכניחוחים של קרבנות יוה"כ דיהיה כפרה שלמה מיד דלולי זה הא אין קץ לאשי חובותינו ואין מספר כו' דבתשובה מיראה יצטרך לכפרה ע"י יסורין על כל חטא וחטא א"כ אין סוף וקץ לכל זה ח"ו ע"כ אנו מבקשים שיקבל תשובתינו שתהיה שלמה. ובכלל זה הוא תשובת ציבור ביחד וכמש"כ במק"א לבאר דע"י תשובת ציבור נחשב כמו שהקרבנו לקרבנות יוה"כ ונשלמה פרים שפתינו וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' כ"ו בהא דיומא (דף ל"ה) דאחר שכלתה עבודת ציבור כהן לובשה ועובד עבודת יחיד. דדוקא עבודת יחיד אבל עבודת ציבור אף שמוסרה לציבור מ"מ חיישינן בעבודת יוה"כ וכמו שכתבתי שם ע"ש. ותשובת ציבור הוא כשיש שלום ואחדות ביניהם וכמש"כ במק"א לבאר זה. וכן י"ל דתשובת ציבור בעצמו היא סגולה לכפרה גמורה מיד ולהיות דבקים להקב"ה בלא קרבנות יוה"כ וכמו שהארכתי מזה בהא דיומא (דף פ"ו) דתשובת ציבור נוגע עד כסא הכבוד ועד בכלל כו'. וכן בהך דר"ה (דף י"ז) דתשובת ציבור מקרעת גז"ד כו'. וכן בהא דתענית (דף ח') דבציבור נאמר ויפתוהו בפיהם כו' ואעפ"כ והוא רחום יכפר. וכל אלו המאמרים בחדא מחתא מחתינהו. וה' יזכינו לאחד לבבינו ולעבדו בטהרת הלבב ובאהבה ולחזק התוה"ק ולומדיה ונזכה לתשובה עילאה ונהיה דבקים להשם יתברך ולתורתו כי אורייתא וקב"ה וישראל חד הוא וכדאמרו בכתובות (דף קיא) על פסוק

ואתם הדבקים בה' כו' ולדבקה בו כו' ונזכה לביאת גואל במהרה בימינו ולחזות בנועם ה' וכדכתיב כי מציון תצא תורה אמן כן יהי רצון:

ואשר הבאתי למעלה כי החזקת ידי לומדי תורה מכפרת אף על עונות החמורות. חברתי בעז"ה קונטרס מיוחד בראיות ברורות וחזקות על גודל מעלתה בקודש וביארתי שם בארוכה כאשר יראה המעיין שם ות"ל אשר יתענג הקורא בהם. ויזכינו ה' להמצוה הרמה הזאת אשר עי"ז נוכל להדבק בה' ובתורתו ויקוים בנו המקרא ואתם הדבקים בה' כו' אכי"ר:

סימן עה:

הלכות טוען ונטען:

א (סעיף ב):

ואם יש ע"א מסייעו י"א שפוטרו משבועה כו'. והכי קיי"ל:

ענף א:

נשאלתי איך הדין בגלגול שבועה דקיי"ל דמגלגלין והביא ע"א מסייעו לפוטרו דפוטרו מן עיקר שבועתו ועל הג"ש אין לו עד מסייע אי אמרינן כיון דמיפטר מן עיקר השבועה ע"י ע"א המסייעו דממילא אין כאן חיוב שבועה כלל ומיפטר ממילא מן הג"ש ג"כ דהא אין לנו על מה לגלגל. או אפשר דאמרינן כיון דנתחייב כבר בב"ד לישבע על הגלגול ע"כ כ"ז דאין לו עד מסייע על הגלגול לא מיפטר מן ג"ש. והוי כמו דאם נשבע כבר על עיקר שבועה במ"מ לא מיפטר מן ג"ש לאחר שנתחייב לישבע בג"ש. וכן נשאלתי דאפשר לומר כן גם אם הביא הנתבע שני עדים המעידים שהאמת הוא כדבריו בעיקר התביעה מי אמרינן דאזדא שבועה ממקומה וממילא מיפטר מלישבע אף על הג"ש. או דלמא דאמרינן כיון דהב"ד חייבוהו לישבע כבר כדין על הג"ש. ע"כ כ"ז דאין לו בירור על הג"ש מחוייב לישבע הג"ש אף לאחר שבאו שני עדים על עיקר תביעתו. והא דסי' ע"ה סעי' ט"ו דאם הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם על עיקר שבועה דפטור על הג"ש אין זה דומה לנ"ד דהא הוי כמו דלא נתחייב שבועה מעולם כלל: אבל באמת אין בזה שום ספק כלל דהא זה מבואר להדיא בב"מ (דף ו' ע"א) תוס' ד"ה שבועה שלא שלחתי בה יד כו' דשלא שלחתי כו' אין זה רק ע"י ג"ש וכשיש רואה שנאנסה פטור לגמרי. וכ"כ הרא"ש בב"מ פ"ג סי' כ' בשם הירושלמי דאם יש עדים דלא פשע פטור אף מן השבועה שלא שלח בה יד. וכ"כ הטור בסי' רצ"ד ובש"ע שם סעי' ב'. אלמא דאף דנתחייב כבר לישבע ג"כ שלא שלח בה יד משום ג"ש מ"מ אם מביא עדים לפוטרו מן עיקר שבועתו דמיפטר ממילא ג"כ מן הגלגול שבועה. וכעין זה מצינו בחי' הריטב"א

לב"מ (דף פ"ג) ד"ה דתני איסי שבועת ה' תהיה כו' אין רואה הא יש רואה יביא ראיה ויפטר. וכתב הרב אלפסי מאי אתא לאשמועינן איסי וכי עד השתא לא שמעינן דמאן דאית ליה ראיה מיפטר כו'. אך הרב משה כהן פירש דלעולם אפי' משבועה איפטר וכי תימא מאי אשמועינן איסי כו' הא קמ"ל אפילו בעא למכפי' תובע לנתבע לאשתבועי כי היכי דנגלגל עליו שבועות טובא לא מצי כייף ליה דבעדים מצי מיפטר ותו לא מגלגל עלי' כו' עכ"ל הריטב"א:

והנה קודם שהגיע לידי ספר הריטב"א הייתי רגיל לפרש הך שיטה המובא ברי"ף ספ"ו דב"מ דכתב בזה"ל הא דתני איסי חזינא בי' תרי טעמא איכא מאן דאמר לאפטורי נתבע משבועה הוא דתני איסי כו' ואיכא מ"ד אטו אנן לא ידעינן דמאן דאית ליה ראיה דמייתי ראיה ומיפטר כו'. והייתי רגיל לפרש דכוונת איכא מ"ד הנ"ל הוא לאשמועינן דאף ע"א מסייעו פוטרו מן השבועה וכמו דשקלו וטרו בזה הראשונים בריש ב"מ וברא"ש שם. אכן הריטב"א בשם הרב משה כהן כתב לפרש דאשמועינן דאם מביא ראיה על עיקר השבועה דמיפטר אף מן הג"ש. דהיה ה"א לומר דלא מיפטר מן ג"ש כיון דנתחייב כבר בב"ד ע"פ דין ע"כ אשמועינן דכיון דמיפטר מן עיקר שבועה ממילא מיפטר מן הג"ש. א"כ מוכח מכל זה דבשני עדים בוודאי אם מיפטר מן עיקר שבועה דמיפטר ממילא מן הג"ש. ושיטת הרי"ף בשם איכא מ"ד דס"ל דידעינן אף בלא הכתוב דאין רואה כו' דאם מביא ראיה מיפטר י"ל דאינו חולק על זה משום דס"ל דזה גופא דאם מביא ראיה על העיקר שבועה דמיפטר מן הג"ש דזה ידעינן ג"כ מסברא אף בלא הוכחה מן הפסוק. וכמו שפסקו כולם בח"מ סי' רצ"ד כנ"ל. וכ"כ הרמב"ם פ"ו ה' שאלה ה"ג ש"ח שהביא ראיה שלא פשע פטור משבועה ואין אומרין שמא שלח בו יד כו'. וכתב המ"מ שם דכן נראה מפ' האומנין (דף פ"ג) הא יש רואה יביא ראיה ויפטר כו' פי' יביא ראיה שלא פשע ונפטר בכך עכ"ל המ"מ. וזהו כמש"כ הרב משה כהן הנ"ל. ועיין תוס' ב"מ (דף ו') ד"ה שבועה כו' א"כ נתבאר דאם איכא ראיה על העיקר שבועה דמיפטר ממילא מן הג"ש. ולפ"ז ה"ה אם מביא ע"א מסייעו על עיקר שבועה דמיפטר מן ג"ש דאין סברא לחלק בזה בין שני עדים לע"א דהא ע"א לשבועה דינו כמו ב' לממון:

ובודאי אין סברא לומר דהא דאמרו כולם דאם מביא ראיה שלא פשע ונפטר מן ג"ש דזהו דוקא אם הביא ראיה מקודם דחייבוהו ב"ד לישבע שבועת שלא שלחתי בה יד. דהא באמת משמע התם דכל זמן דיביא ראיה שלא פשע יהיה פטור ג"כ משבועה שלא שלחתי בה יד. ולכן כמו דבשני עדים כל זמן דיבואו להעיד על עיקר שבועה דנפטר ג"כ מן הג"ש ולא אמרינן דהא כבר נתחייב לישבע על הג"ש. אלא אמרינן דכיון דמיפטר מן

עיקר שבועה דמיפטר ממילא מן הג"ש ואין כאן שבועה גוררת שבועה דאי' בב"מ (דף ד' ע"א). א"כ ה"ה בע"א כיון דמיפטר מעיקר שבועה דמיפטר ג"כ מן הג"ש דאין כאן שבועה גוררת שבועה. ודוקא במשלם עיקר תביעתו בזה אמרינן או תן לו כל מה שגלגל עליך או השבע כמבואר בסי' רצ"ד סעיף ג' כיון דלא מיפטר מן עיקר שבועה. אבל אם נפטר מן עיקר התביעה ע"פ דין מיפטר ג"כ מן ג"ש:

וכן נ"ל להוכיח מן שמ"ק לב"ק (דף י"א ע"א) ד"ה יביא עדים שנטרפה באונס כו' תימא לפר"ת דפי' דע"א פוטר מן שבועה א"כ ל"ל עדים בע"א סגי ול"ל דלאו דוקא נקט עדים כו' הרא"ש ז"ל עכ"ל השמ"ק. וכ"כ המרדכי בריש ב"מ וז"ל ויש דוחין דברי ר"ת דס"ל עד מסייע פוטר משבועה דיש בירושלמי אימתי ש"ח חייב שבועה בזמן דליכא עדים אבל אי איכא עדים דלא פשע פטור. משמע אבל בע"א חייב שבועה ושוב אמרו לי בשם רבינו פרץ כו' עכ"ל. א"כ מוכח מן דברי הרא"ש שבשמ"ק ומן המרדכי שהקשו דל"ל עדים הא בע"א שלא פשע יפטור השומר משבועה. דמוכח דהדין הוא דאם ע"א מסייעו על עיקר שבועתו דמיפטר גם מן ג"ש דאי נימא לחלק דדוקא שני עדים יכולין לפוטרו מן ג"ש אבל ע"א לא מהני לפוטרו מן ג"ש אם אינו מעיד רק על עיקר התביעה. א"כ אינו קשה כלל דל"ל עדים שלא פשע הא י"ל דלכן נקטו עדים משום דדוקא שני עדים המעידין דלא פשע אז מיפטר אף מן שבועה שלא שלח בה יד אבל ע"י ע"א דלא פשע לא מיפטר מן ג"ש שלא שלח כו'. ומדהקשו כן והוכרחו לתרץ מוכח דס"ל דכמו דשני עדים מועילים בזה ה"ה ע"א אם יעיד על עיקר השבועה נפטר ממילא מן הג"ש ג"כ. ויש לדחות ראי' זו דהא שיטת הר"ת והובא בתוס' ב"מ (דף ו') ד"ה שבועה שלא שלחתי כו'. דשלא שלחתי הוא שלא אכלה. ע"כ שפיר הקשו לשיטת הר"ת דס"ל עד מסייע פוטר דל"ל עדים הא אף ע"א אם יעיד שלא פשע היינו שנאנסה יפטור ג"כ:

ענף ב:

והנה הרא"ש בב"מ פ' א' סי' ג' הביא בשם הר' יונה שהקשה מהא דתנן בשבועות (דף מ"ה) לענין שבועה שלא פקדנו אמר רשב"ג אם יש עדים שאמר האב ששטר זה אין פרוע גובין שלא בשבועה ומדקתני עדים משמע דבע"א שאמר האב ששטר זה אין פרוע אין גובין אלא בשבועה כו' ונ"ל דלאו פירכא כו' עכ"ל הרא"ש. והנה לכאורה י"ל דאף דיש עדים שאמר האב שטר זה אינו פרוע דאף דמיפטר מן שבועה שלא פקדנו. מ"מ יהי' חייב לישבע עדיין שלא מצינו בין שטרותיו שטר זה פרוע. דהא אף דטוען ברי על השטר דהוא שטר מעליא אם מצאו השטר בין שטרות קרועין השטר בטל כמש"כ הש"ך בסי' ס"ה ס"ק נ"ח. ואין לומר דהא היה לו מיגו דאי בעי היה נוטל השטר מן שטרות הקרועין

כיון דלא היו עדים על זה. לבד די"ל דזהו כעין מיגו להוציא ולא שייך בזה לומר שטרא מסייע לי' כמו בסטראי כיון דאיתרע שטרא דנמצא בין קרועים. הא היכא דאמר האב כן בשעת מיתתו לא היה לו אז מיגו דאי בעי הוי שקלי'. וכעין שכתבו התוס' בב"ב (דף נ"א ע"ב) ד"ה קבל מן האשה כו' דבשעת מיתה לא שייך מיגו דאי בעי שקלה כו'. והא תנן סתמא אם יש עדים שאמר האב בשעת מיתתו כו'. וע"כ הדעת נותנת דאף דיש עדים שאמר האב כן מ"מ צריכים לישבע שלא מצינו שטר זה בין שטרות קרועים. רק דע"י עדים מיפטר מן שבועה שלא פקדנו כו' אבל שבועה שלא מצינו שטר זה בין שטרות הקרועין חייבין לישבע לעולם: וכ"ז לדינא דקיי"ל כר' יוחנן בן ברוקה דס"ל בשבועות ד' מ"ה דאפי' נולד הבן לאחר מיתת האב ה"ז נשבע. ופי' רש"י דנשבע שלא מצא שובר. ופי' הבית יוסף בסי' ק"ח סעי' יו"ד משום דשלא פקדנו אינו נשבע דהא אנן סהדי דלא פקיד לי'. ועיין בב"ח שם. והנה ת"ק דריב"ב משמע דס"ל דנולד לאחר מיתת האב אינו נשבע י"ל דטעמו משום דס"ל דהך שבועה שלא מצינו שטר זה בין שטרות קרועין י"ל דזה אינו רק בתורת ג"ש כיון דנשבע על שלא פקדנו ממילא נשבע בכולל שלא מצינו כו'. וע"כ ס"ל לת"ק דריב"ב דבנולד לאחר מיתת האב אינו נשבע כלל דכיון דאינו חייב לישבע עיקר שבועה דלא פקדנו כו'. ע"כ פטור לישבע שלא מצינו כו'. וריב"ב ס"ל דשבועה שלא מצינו הוי ג"כ עיקר שבועה. ולפ"ז י"ל דהיכא דיש עדים שאמר האב בשעת מיתתו ששטר זה אינו פרוע. דלריב"ב דס"ל דגם נולד לאחר מיתת אביו נשבע שלא מצינו כו' משום דזה הוי עיקר שבועה. דלפ"ז ה"ה אם יש עדים שאמר האב כן בשעת מיתתו כו' דמ"מ חייב לישבע שלא מצינו כו'. אבל לת"ק דריב"ב כיון דס"ל דשבועה שלא מצינו אינו רק שבועה ע"י גלגול לכן כיון דיש עדים שאמר האב כן מיפטר גם מן שבועה שלא מצינו כיון דמיפטר מן עיקר שבועה כנ"ל. ועיין במשניות תפארת ישראל לשבועות פ"ז משנה זיין ובתוי"ט שם וקצרתי:

ולפ"ז יש להעיר במה שהקשו הר' יונה והרא"ש עלה דשבועות דאמר רשב"ג אם יש עדים שאמר האב שטר זה אינו פרוע כו' דמשמע דע"א לא מהני לפוטרו משבועה. הא יש לומר דלכן נקט רשב"ג אם יש עדים להורות דאם יש עדים אז פטורין אף מן ג"ש דשלא מצינו משום דס"ל לרשב"ג כשיטת הת"ק דריב"ב דהך שבועה דשלא מצינו הוי בתורת ג"ש וע"כ נקט דוקא אם יש עדים כו' להורות דדוקא ע"י שני עדים פטורין לישבע אף שלא מצינו ג"כ. אבל ע"י ע"א דאף דיהי' פטור משבועה שלא פקדנו אבל שבועה שלא מצינו יהיה חייב עדיין לישבע. משום דע"א אם אינו מעיד רק על העיקר שבועה אינו יכול לפטור מן הג"ש. ובאמת פשט הלשון דאמר רשב"ג אם יש עדים כו' נוטל שלא

בשבועה. משמע דא"צ לישבע שום שבועה כלל וע"כ א"ש ומדוקדק לשונו דנקט דוקא אם יש עדים לאשמועינן זה גופא. ומדחזינן דרבינו יונה והרא"ש הקשו כן על מה דנקט רשב"ג אם יש עדים דמשמע דע"א לא מהני דהוכיחו מזה דע"א אינו פוטר משבועה רק ע"פ טעם של הרא"ש די"ל דלא דקדק התנא לשונו כו'. ובאמת זה דוחק קצת א"כ מוכח מדבריהם דס"ל דאם ע"א פוטר משבועה דה"ה דאף אם אינו מעיד רק על עיקר שבועה דממילא נפטר גם מן ג"ש ג"כ. וע"כ שפיר הקשו והוכיחו גם מלשון זה דע"א לא מהני והוכרחו לתרץ כנ"ל:

אך עיקר ההוכחה הנ"ל יש לדחותה והוא דהא הבית יוסף בסימן ק"ח סעיף יו"ד כתב בשם המ"מ דס"ל דנחלקו ת"ק דריב"ב עם ריב"ב. אבל רבינו מאיר ס"ל די"ל דליכא מאן דפליג עליו דריב"ב ע"ש. ועיין ברא"ש שבועות פ"ז סי' י"ב דגרס העיד ריב"ב כו'. וי"ל דס"ל להרא"ש ג"כ כשיטת ר' מאיר הנ"ל דלא פליגי ריב"ב עם הת"ק בזה וכן ס"ל לר' יונה ע"כ שפיר הקשו ונדחה הוכחתי:

שוב ראיתי דעדיין יש להוכיח מהתם דגם מן ג"ש מהני ע"א לפטור אם מעיד על עיקר התביעה והוא דהא מבואר בסי' קי"ד סעי' ד' דמלוה הבא לגבות מלקוחות צריך לישבע שלא נפרע חוב זה כו' וכולל בשבועתו שאין זה שטר אמנה. וכ"כ הטור שם שכולל לישבע שאין זה שטר אמנה ושלא מכרו לאחר ושלא מחלו. ועיין בש"ך שם ס"ק ג'. ובאה"ע סי' צ"ו סעי' ב'. אלמא דהטורף מלקוחות צריך לישבע ע"י ג"ש שאינו שטר אמנה וכמש"כ הסמ"ע בסי' קי"ד ס"ק י"ג. וגם שייך לומר בזה דטענינן ללקוחות דלמא היה טוען הלוה ברי שהוא שטר אמנה ע"כ מגלגלין אף דהוי טענת שמא. ועיין בסי' צ"ד סעי' ב' וקצרתי. ולפ"ז יש לדון דה"ה המלוה שבא לגבות מיתומים דצריך לישבע בכולל שאין זה שטר אמנה ולא מחלו ולא מכרו כמו בלקוחות דאגב דנשבע שלא נפרע דבתורת ג"ש נשבע שלא מחלו כו'. דמ"ש לקוחות מיתמי בזה וגם בהו שייך לומר דטוענין להו כן. אך הפוסקים קיצרו בזה וכעין זה מבואר בסי' ק"ח סעיף ה' דצריכים לישבע בכולל שלא אמר להם אביהם שהי' לו שטר פרוע בין שטרותיו:

ולפ"ז יש לדון דה"ה ביורשים המוציאים שטר על יתומים דכמו דחייבין לישבע שלא פקדנו כו' ושלא אמר לנו שטר זה פרוע ושלא מצינו דכמו כן צריכין לישבע בכולל שלא אמר להם אביהם שהוא שטר אמנה וכן לא אמר להם שמכרו או מחלו. ולפ"ז אף אם יש עדים שאמר להם שאין זה שטר פרוע מ"מ עדיין יש לחוש ולהסתפק דלמא הוא אמנה או שמא מכרו ומחלו ואמר להם שהוא שטר אמנה או שאמר להם שמכרו או מחלו. ואף שאמר להם שאין זה שטר פרוע מ"מ לא הוציא מפיו דבר שקר דיכול

להיות שהוא אמנה או מכרו ומחלו. וכמו דאם נשבע שלא נפרע מספקינן לומר דלמא אכתי הוא אמנה וכה"ג כ"כ יש להסתפק עדיין בזה. ודוחק לומר דשאני הכא דאם היה אמנה או מכרו ומחלו דהיה מודיע זה להעדים בעת שא"ל שהוא אינו פרוע. דז"א מכמה טעמים הפשוטים. ולפ"ז י"ל דנקט רשב"ג בלשון אם יש עדים כו' לאשמועינן דבשני עדים מעידים שא"ל אביהם כן דאז א"צ שום שבועה כלל דכיון דפטור מן שבועה שלא פקדנו וכן מן שלא מצינו כו'. דהא באמת משמע דא"צ שום שבועה כלל ודלא כמש"כ לעיל. משום דס"ל דכיון דאמר להם שהוא אינו פרוע ע"כ אין מקום להסתפק דלמא היה השטר בין שטרות קרועין ומצאו שובר משום דמסתמא אינו משקר קודם מותו. וכן א"צ שבועה שלא אמר להם שהוא אמנה או מכרו ומחלו משום דכיון דמיפטר מן עיקר שבועה ממילא פטירי אף מן ג"ש. אבל עד אחד שאמר להם אביהם כן שהוא אינו פרוע אז י"ל דעדיין חייבין לישבע שלא שמעו ממנו שהוא אמנה או מכרו ומחלו דהא בחשש הזה לא יצא שקר מפיו כנ"ל דהא אף דלא נפרע מ"מ יכול להיות כנ"ל. וע"כ היכא דנתחייבו כבר לישבע שבועה זו בתורת ג"ש לא פטירי מזה ע"י עד אחד. ומדהקשו הר"י והרא"ש כן מוכח דס"ל דאף ע"י עד אחד אם מעיד על עיקר השבועה דה"ה דנפטר אף מן ג"ש וע"כ הקשו שפיר כן: וכן מוכח מן ב"מ (דף ד') דיליף הא דר"ח מן פיו וע"א והוכיח הרא"ש בפ"א דב"מ סי' ג' דע"א פוטר דאל"כ המ"ל מה לע"א שכן אין כיוצא בו פוטרו כו'. א"כ אי נימא דע"א המעיד על העיקר אינו מועיל לפטור מן הג"ש שנתחייב כבר א"כ יש עדיין למפרך מה לע"א דג"ש דיליף מיניה דג"ש. דאם העיד ע"א להכחיש את עיקר שבועתו דחייבו העד הראשון דמ"מ חייב לישבע על הג"ש. משא"כ בחיוב שבועה דר"ח אף דנאמר דמחייבין שבועה. דאם יבואו עדים להכחיש לעדים הראשונים על החמשים זוז דנפטר מן שבועה על חמשים זוז השניים. וכעין דברי הרא"ש ע"ש. ומדלא פריך כן מוכח דה"ה בג"ש דאם העיד הע"א לפוטרו מן עיקר שבועה דנפטר ממילא גם על הג"ש. וע"כ א"ש. ובודאי אין לחלק דשאני חיוב שבועה דע"י הע"א דבזה הוי כמו דליתנהו לעדותו דאוקי חד להדי חד. דהא זהו שיטת הר"נ והנ"י אבל הרא"ש לא ס"ל לחלק בזה. ודוחק לומר דבאמת לפי מה דאמר שכן שבועה גוררת שבועה שאני. דהא באמת ילפינן מן ג"ש ופיו גם במסקנא: וכל אלו הראיות הם רק לרווחא דמילתא דבאמת אין צריכים לראיות בזה דזהו דין פשוט דכמו דאם היה בא הע"א להעיד על העיקר שבועה מקודם דחייבוהו ב"ד לעיקר חיוב שבועה דוודאי אין יכולים לגלגל עליו שבועה. דה"ה אם בא הע"א אחר דחייבוהו שבועה דמיפטר מג"ש. ואין לומר דשאני בזה דנתחייב כבר ג"ש. דא"כ אף אם יבואו שני עדים על עיקר שבועה לאחר דחייבוהו להג"ש לא היו יכולים

למיפטר אותו מהג"ש. דהא גם בזה נתחייב כבר הג"ש כדין ואפ"ה אמרינן דאם נתברר לאח"ז דהוא פטור מן השבועה דממילא מיפטר מן הג"ש א"כ ה"ה ע"י מה שנתברר כעת ע"י הע"א המסייעו על העיקר שבועה דממילא נפטר על הג"ש ג"כ דהא ע"א לשבועה דינו כמו שני עדים:

ענף ג:

כ"ז כתבתי מכבר וכעת ראיתי דיש להוכיח כן בקצרה ממה שהוכיח הרא"ש בפ"א דב"מ סי' ג' דיש מקשין הבל מהא דאמר לקמן שומר שמסר לשומר חייב דא"ל את מהימן לי בשבועה כו' ואמאי חייב יפטרנו שומר השני בעדותו כו'. והרמב"ן במלחמות ריש ב"מ הביא לזה ההוכחה באמת. וכבר הקשו האחרונים על ראיה זו דהא השומר השני הוא נוגע בעדות כו'. והעיקר בזה כמש"כ בחדושי רע"א זצ"ל על ב"מ (דף ל"ו) דעיקר ראייתם הוא מהא דאמרו לא מבעיא ש"ש שמסר לש"ח דחייב דגרעי לשמירתו כו'. ומשמע דאף אם ידוע בעדים דנאבד שלא בפשיעה רק הספק אם נאבד באונס דבזה ודאי לא הוי נוגע ומ"מ חייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כו' עכ"ל. ולפ"ז תקשה בראייתם הא י"ל דלכן חייב שומר הראשון משום ספק שמא שלח בה יד השומר השני דהא אם שלח בה יד השומר השני חייב השומר הראשון על זה וכמש"כ הסמ"ע בסי' רצ"א ס"ק מ"ט. ועיין בש"ך שם ס"ק מ"ח. אך להרא"ש דס"ל דלא אמרינן בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמבואר ברא"ש פ"ח דב"מ סי' י'. והובא בטור ח"מ סימן ע"ה סעי' י"ח א"ש. אבל לשיטת הרמב"ן דס"ל דאף בג"ש אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם כמש"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק נ"א בשם הרמב"ן. א"כ לפ"ז י"ל דלכן שומר שמסר לשומר חייב משום דהא חייב השומר הראשון לישבע על שלא שלח השומר השני בה יד בתורת ג"ש וכיון דאינו יכול להשבע משלם אף על הג"ש כדס"ל להרמב"ן א"כ מנלן להרמב"ן להוכיח מזה דעד מסייע אינו פוטרו משבועה והא י"ל דחייב משום ה"ט ובזה ודאי דה"ל שומר הב' נוגע בעדות להעיד שלא שלח בה יד. ומדהוכיחו כן מוכח דס"ל להרמב"ן דאם ע"א מסייע פוטר משבועה דה"ה דמיפטר ממילא מג"ש. ועיין ברמב"ם פ"ד ה' שאלה ה"א שכתב המ"מ בשם הרמב"ן. דמשמע דס"ל להרמב"ן ג"כ כשיטת רוב הפוסקי' דשלא שלח בה יד הוא ג"ש ע"ש. אך כ"ז הוא לשיטת הסמ"ע בסי' רצ"א ס"ק מ"ט. אבל לשיטת הריטב"א בב"מ (דף ל"ה) דס"ל דאינו חייב השומר הראשון על שליחות יד דשני. והובא דבריו בקצה"ח סי' רצ"א ס"ק י"ד נדחה ראייתי זו. וכן לפמש"כ הש"ך בסי' שד"מ ס"ק ה' דהיכא דעיקר התביעה היא שמא דבזה ס"ל להרמב"ן דלא אמרינן על הג"ש מתוך שאינו יכול להשבע משלם. וכ"כ הש"ך בסי' ע"ה

ס"ק נ"א בשיטת הרמב"ן בקצרה. נדחה ראי' זו דהא בשומר שמסר לשומר ה"ל עיקר השבועה ע"י טענת שמא ולכן לשי' הרמב"ן ג"כ לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם על שבועה שלא שלח בה יד וא"ש בפשיטות ראייתו: והנה הרא"ש בפ"א דב"מ סי' ג' הוכיח מהא דאמרו המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים דהא סגי בע"א לפוטרו מן השבועה ודחי זה דלאו דוקא נקטו עדים. ואי נימא דע"א על העיקר לא מהני לפוטרו מן הג"ש ע"כ יש לומר בפשיטות דלכן נקטו עדים כדי שיהיה פטור אף מן ג"ש. והא מצינו בכ"ד שהיו משתדלים עצות להיות פטורים אף מן הג"ש. ועיין בירושלמי ספ"ז דשבועות ובח"מ סי' צ"ד סעי' ג' ובסי' ע"ה ש"ך ס"ק נ"ז ובריטב"א ב"מ דף פ"ג מה שהביא בשם הר' משה כהן כנ"ל. ומוכח מזה כמש"כ:

ואיתא בירושלמי ב"מ פ"ב ה' א' אמר נשבע אני וראה שמגלגלין עליו שבועות אחרות וחזר ואמר משלם אני חוששין א"ר יוסי לא חייבה אותו התורה שבועה להחמיר עליו אלא להקל שאם רצה לשלם ישלם ואם רצה לישבע ישבע עכ"ל. והובא ברי"ף ספ"ז דשבועות ופסק דהלכה כת"ק. ועיין ברא"ש פ"ז דשבועות סי' י"ט מזה. ובח"מ סי' צ"ד סעי' ג' דהלכה דאומרים לו או תן לו כל מה שגלגל עליך או השבע. והנה בתשובת מהר"ם מרוטנבורג החדשות סי' רל"ח הביא ירושלמי הלז וכתב לפרש דר' אסי פליג וס"ל לא חייבתו תורה שבועה להחמיר אלא להקל עליו שאם ירצה לשלם ישלם פי' דכיון שרוצה לשלם העיקר תביעה אין כאן חיוב שבועה ולא ישבע על השאר א"כ פלוגתא היא עכ"ל. ולא הכריע ביניהם א"כ חזינן דס"ל לר' אסי. או ר' יוסי. דאם רוצה לשלם עיקר תביעתו מיפטר מן הג"ש משום דדוקא בנשבע על עיקר השבועה בזה חייב ממילא לישבע על הג"ש דשבועה גוררת שבועה כמו דאמרו בב"מ (דף ד'). אבל היכא דמשלם עיקר תביעתו אז פטור מן הג"ש. א"כ לפי דברי ר' יוסי ודאי דה"ה מה"ט אם בא ע"א להעיד על עיקר שבועה דכיון דאינו נשבע העיקר שבועה פטור ממילא על הג"ש. ולפ"ז י"ל דה"ה לת"ק דפליג עליה היינו דוקא היכא שמשלם עיקר התביעה דלא פרחה שבועה ממקומה דהא לא מיפטר ממנה ע"כ חייב הג"ש. אבל היכא דמיפטר ע"פ דין מן עיקר התביעה דע"א מסייעו פוטרו דבזה י"ל דאף הת"ק מודה לר' יוסי ואפושי פלוגתא לא מפשינן. ועוד דהא טעמו דת"ק הוא דאמר חוששין שמא לפטור א"ע מן השבועה הוא מתכוין. א"כ בע"א מסייעו על עיקר שבועה דלא שייך כן גם איהו מודה דמיפטר מן הג"ש:

ועפ"ז יש להעיר בהראיות שכתבתי לעיל להוכיח דאם יש עדים על העיקר דמיפטר מן הג"ש מהא דאם יש עדים על עיקר שבועה שלא פשע דפטור מן שבועה שלא שלחתי

כו' וכהנה ע"פ ראיות שכתבתי לעיל. דיש לדון בזה לפי מה דאמרו בסי' צ"ד סעי' ג' לחלק דאם טענת הג"ש הוא טענת ספק ורצה לשלם עיקר תביעתו אינו חייב על הג"ש לשלם. כ"כ יש לחלק אם באו עדים על עיקר התביעה דאם טענת הג"ש הוא טענת שמא דבזה פטור על הג"ש. אבל אם טענת הג"ש הוא טענת ברי בזה לא מיפטר אף אם באו עדים על העיקר. וע"כ גבי שבועה שלא שלח בה יד דהוי טענת שמא דאם באו עדים על העיקר דמיפטר מן ג"ש דשלא שלח בה יד. אבל אין למדין מזה על טענת ברי. דנ"ד דומה לכאורה לאם משלם עיקר התביעה כנ"ל. אך גם הא דסי' צ"ד אם משלם דנפטר בטענת הספיקות אין זה ברור כ"כ לכ"ע וכמש"כ האו"ת בסי' צ"ד ס"ק ו' ע"ש. וגם הא נתבאר זולת הראיה הנ"ל דנ"ד עדיף מן משלם עיקר התביעה כנ"ל וכ"ע מודו ביה דנפטר אף על טענת ברי מן הג"ש כנ"ל. וכן יש להעיר עפ"ז בהא דסוטה דנשבעת אמן שלא שטיתי מן איש זה ומן איש אחר. דאם באו עדים שהיא טהורה דאין לאוסרה משום ספק שמא זינתה מן איש אחר. ועיין בסוטה (דף ל"א ע"ב) ובנזיר (דף נ"ז ע"א) וקצרתי. וכעת ראיתי בשער המשפט סי' צ"ד ס"ק ב' שנסתפק אם יש לו עד מסייע על הג"ש ולא על העיקר אם פוטרו מג"ש או לא. ולפי מה שכתבתי יש להעיר ג"כ בדברי השער המשפט. ואחר כותבי כ"ז ראיתי בהגהות ר' עקיבא איגר זצ"ל על ח"מ סי' צ"ד סעי' ה' שכתב בזה"ל ואם הביא ע"א מסייע על עיקר שבועה י"ל דלגבי שבועה ע"א כשנים והוי כבאו ב' עדים דליכא שבועה כלל ובטל הגלגול עכ"ל. הרי שכתב ג"כ כמו שהעליתי בעז"ה בארוכה והגאון הנ"ל כתב כן בקצרה:

וכן מבואר בסי' ע"ב סעי' י"ב דאם יש עדים שנאבד או במאמינו דמיפטר מן ג"ש דכמה היה שוה ועיין בב"מ (דף ל"ה) הרי מבואר דאף בג"ש מטענת ברי ג"כ הדין הוא דאם הביא עדים על עיקר שבועה דמיפטר מן ג"ש. וממילא ה"ה בע"א משום דלגבי שבועה הוי ע"א כשנים כנ"ל:

סעיף ד:

(שם סעיף ד):

כפר בכל ועדים מעידים שחייב לו חמשים ישלם חמשים וישבע על השאר כו':

ענף א:

וכתב הבשמים ראש סי' י"ז בהעדאת עדים דר"ח אם טען על השאר איני יודע דלא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דהא הך דינא יליף לי' ר"ח מקו"ח דגלגול ובשבועת גלגול שטען בה איני יודע אינו חייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"כ ה"ה בהעדאת עדים דר"ח. עכ"ל. ועיקר הך מילתא אם טען איני יודע על

הגלגול דאם הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם או לא זהו פלוגתת ראשונים והובא בח"מ סי' ע"ה סעי' ט"ו. ולהסוברים דלא אמרינן בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם שפיר כתב הבשמים ראש דה"ה דלא אמרינן כן גבי העדאת עדים. אך זה גופא לא ברירא לכ"ע אם ילפינן להא דר"ח מן גלגול שבועה דע"א. דהא הריטב"א לב"מ דף ד' והשמ"ק שם כתבו דשיטת רש"י הוא דיליף זה מן ע"א ופיו רק מעיקרא סברי למילף מן ג"ש דע"א והא דקאמר פיו יוכיח כו' הוי כמו דאמרו אלא פיו יוכיח. וכ"כ הר"נ בחי' לב"מ שם בשיטת רש"י כנ"ל. ולפ"ז אין דברי הבשמים ראש מוכרחין בזה אף להסוברים דבג"ש לא דיינינן דין מתוך שאינו יכול אינו יכול להשבע משלם. דהא באמת לפי המסקנא דהתם נדחה הילפותא דמן ג"ש. אלא ילפי מן ע"א ופיו ועיין בפני יהושע בחי' לב"מ שם. והר"נ והריטב"א והשמ"ק כתבו שם דלא כשי' רש"י אלא דגם במסקנא ילפי זה מן ג"ש דע"א ופיו. ולפ"ז שפיר כתב הבשמים ראש כן:

ונראה לי להוכיח מן הרא"ש דלא ס"ל כמש"כ הבשמים ראש בשמו.

דזה לשון הרא"ש בשבועות פ"ו סי' ה' יש מדקדקין דאין נשבעין בע"א אלא ע"י טענת ברי אבל לא בטענת שמא כו' וכן הי' אומר ה"ר אפרים כו' והביא ראי' מהא דב"מ ד' ד' הצד השוה שבהן שע"י טענה וכפירה הן באין אלמא בטוענו ברי דוקא ולא בטוענו שמא. ודחה הרא"ש לראי' זו דטענה וכפירה פי' רש"י שזה תובע וזה כופר ואפי' בטענת שמא מ"מ תובע הוא. והנה הר"נ בפ"ו דשבועות שם וכן בחי' הרשב"א לשבועות פ"ו שם כתבו לדחות זה הראי' של ה"ר אפרים הנ"ל דהא באמת הילפותא שם בב"מ הוא מן ג"ש דע"א ובג"ש וודאי דנשבעין אף על טענת שמא. וכ"כ הריטב"א והשמ"ק ובחי' הר"נ לב"מ ד' ד' דכיון דילפינן שם בב"מ מן גלגול דע"א א"כ אין התחלה כלל לראי' זו ע"ש. ואם נימא דהרא"ש ס"ל ג"כ כמש"כ הבשמים ראש דילפינן העדאת עדים דר"ח מן ג"ש דע"א א"כ לפ"ז אין התחלה כלל לראי' של ה"ר אפרים:

ומדלא הזכיר הרא"ש להוכחה זו כמש"כ הר"נ והרשב"א וש"פ הנ"ל לדחות לראי' של ה"ר אפרים הנ"ל ע"כ מוכח דהרא"ש ס"ל בזה ג"כ כשיטת רש"י דלסוף חזר בו הש"ס שם בב"מ ויליף לי' זה מן ע"א ופיו. וכן הוא שי' ה"ר אפרים. ע"כ כתב הרא"ש בלשון ולאו ראי' היא כו'. אבל לא כתב הכרח לזה. משום דגם הרא"ש ס"ל בזה כשיטת ה"ר אפרים ושי' רש"י דלפי מסקנת הסוגיא בב"מ שם ילפינן מן ע"א ופיו ע"כ כתב בלשון די"ל דלאו ראי' היא כו'. וכן מורה לשון הרא"ש בב"מ פ"א סי' ד' שכתב אתיא מג"ש דע"א מדבעי למילף העדאת עדים מפיו וג"ש דע"א אלמא דפוסקין שבועה אע"פ שאין התובע טוען שיגלגל עליו לישבע כו'. וכתב בלשון מדבעי למילף כו' ולא כתב בקצרה

מדיליף העדאת עדים כו'. אלמא דס"ל להרא"ש כשיטת רש"י דלבסוף נדחה הך ילפותא דבעי למילף מן ג"ש דע"א רק מעיקרא הוי בעי למילף מן ג"ש דע"א. ומדבעי למילף מן ג"ש דע"א מזה מוכיח הרא"ש דפוסקין שבועה אע"פ שאין התובע טוען כו':

וכן מוכח מן מש"כ הרא"ש בב"ק פ"ו סי' ט"ז דהביא שם לירושלמי ספ"ו דב"ק חד בר נש אפקד גבי חברי' חד שק צרור ואירעו אונס הדין אמר סיגין הוה מלא והדין אמר מטכסין הוה מלא אתא עובדא קמי' דרב ואמר ה"ז נשבע ונוטל כו'. והקשה אמאי לא נימא מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ויטול המפקיד בלא שבועה כו':

הגה"ה:

ויש להקשות הא מבואר בירושלמי שם דרב אמר ה"ז נשבע ונוטל:

ומבואר בשבועות ד' מ"ז דרב לית לי' מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. אך בגי' ירושלמי שלפנינו ס"פ הכונס לא הוזכר שם דאתא עובדא לקמי' דרב רק ברי"ף והרא"ש גרסי רב ותקשה דמה הקשה הרא"ש כנ"ל. אכן בחי' הרשב"א שבועות פ"ו ד' מ"ג הובא הירושלמי דס"פ הכונס הנ"ל וגרס דאתא עובדא קמי' דרבא ואמר ה"ז נשבע ונוטל. ורבא אית לי' מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמבואר בב"מ ד' צ"ח ובשבועות ד' מ"ז: והר"נ בשבועות פ"ו ד' שי"א גרס דאתא עובדא לקמי' ר' אמי ואמר ה"ז נשבע ונוטל וע"כ הקשו שם שפיר דנימא מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום דר' אמי ס"ל ג"כ מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמבואר כן בשבועות ד' מ"ז ע"ש. וי"ל דכן הי' הגירסא ברא"ש וצ"ל אתא עובדא לקמי' דרבא וע"כ הקשה הרא"ש שפיר דנימא מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ע"כ הגה"ה:

ולדברי הבשמים ראש דס"ל דבהעדאת עדים דר"ח לא דיינינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ולפ"ז י"ל דה"ה אף במודה ג"כ לא אמרו מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אם יש עדים על המקצת שהוא חייב. דהא כתב הבדק הבית בסי' פ"ז סעי' ה' דלא מקרי מודה רק במודה דבר שהי' יכול לכפור אבל מודה דבר שלא הי' יכול לכפור לא מקרי מודה כו'. ולפ"ז הדין נותן דבהעדאת עדים דר"ח כיון דלא אמרינן בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"כ ה"ה אף במודה הבע"ד עכשיו ג"כ דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כיון דהודה בדבר שלא היה יכול לכפור דלא מקרי מודה. ועיקר חיוב שבועה שלו הוא ע"י העדאת עדים ע"כ לא דיינינן בי' מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לשי' הבשמים ראש הנ"ל. ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשה הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ה' על הבדק הבית הנ"ל דהא אף דלא מקרי מודה מ"מ יהי' חייב שד"א ע"י העדאת עדים דר"ח:

אכן לפמש"כ י"ל דכוונת הבדק הבית דכיון דלא קרוי מודה דיהיה חייב שד"א מחמת מודה במקצת אף דאכתי חייב שד"א מחמת העדאת עדים מ"מ נפ"מ דלא דיינינן ביה דין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום חיוב שד"א הבא ע"י העדאת עדים. אך באמת משמעות הבדק הבית הוא דכיון דאינו קרוי מודה ע"כ מיפטר מן שד"א ולכן שפיר הקשה הקצה"ח. אבל לדינא שפיר י"ל כן. ולפ"ז יש לדון בראיות הרא"ש וש"פ שהוכיחו מהך ירושלמי דאפקיד גבי' שק צרור כו' דמוכח מזה דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם היכא דלא ה"ל למידע. הא י"ל דמיירי הירושלמי באופן דהיה חוב ידוע בעדים דהפקיד גבי' שק צרור ונאבד רק דלא היה ידוע אם היה מלא סיגין או מטכסין. ועיין בפני משה שם ד"ה ואירעו אונס כו' שכתב ג"כ שהיו עדים בענין אונס כו'. ולכן אף דאומר דהיה שק צרור מלא סיגין מ"מ לא מקרי מודה להתחייב שד"א משום מודה במקצת לפמש"כ הבדק הבית דלא מקרי מודה בכה"ג כיון דהיו עדים ולא היה יכול לכפור. וחיוב שד"א מחמת העדאת עדים הא לא הוי עי"ז מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמש"כ הבשמים ראש. והא שיטת הרא"ש בב"מ (ד' צ"ח) והובא בטור סי' ע"ה סעי' י"ח דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בשבועת ג"ש ע"ש. ע"כ מנלן להוכיח לשיטתו הך דין דבלא ה"ל למידע לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם הא י"ל דלמא היה עובדא דהך ירושלמי בהאי גוונא ולפ"ז ליכא ראיה. והר"נ שהוכיח כן מירושלמי י"ל דאזיל לשיטתו דס"ל בחי' לב"מ (דף צ"ח) דאף בג"ש אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"ש:

ומדחזינן דהרא"ש הוכיח כן לדינא מן הירושלמי מוכח דס"ל דלא כהבשמים ראש דאף דס"ל דבג"ש לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מ"מ בהעדאת עדים דר"ח אמרינן שפיר מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום דס"ל להרא"ש כשיטת רש"י דב"מ (דף ד') דלמסקנת הש"ס יליף להא דהעדאת עדים דר"ח מן פיו וע"א ולא מן ג"ש דע"א. וכמש"כ לעיל וכמש"כ הרא"ש בב"מ פ"א סי' ד' בזה"ל דהא דר"ח יליף ליה מן פיו וע"א ולא הזכיר ג"ש כלל. רק לבסוף כתב בלשונו מדבעי למילף העדאת עדים מן פיו וג"ש דע"א כו' כנ"ל. וע"כ שפיר הוכיח הרא"ש מן ירושלמי דב"ק ספ"ו דבלא ה"ל למידע לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום דאין לחלק בזה בין מודה במקצת ובין הא דר"ח: שוב ראיתי דראיה זו יש לדחות לפמש"כ הש"ך בסי' פ"ח ס"ק נ"א דהא דאין יכול לכפור הוי הטעם משום הילך ולא ס"ל להטעם של בדק הבית וכמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ה'. וכן מורה לשון הרא"ש בכתובות רפ"ב סי' א' שכתב דמודה בדבר שאין יכול לכפור ה"ל הילך. אלמא דלא ס"ל להטעם של

הבדק הבית ע"כ נדחה ראיה זו. אך מש"כ לעיל להוכיח מהרא"ש דס"ל דאתי' מע"א ופיו ולא מן ג"ש דע"א זהו ראיה אלימתא דהרא"ש לא ס"ל הך דינא של הבשמים ראש: ענף ב:

והנה התוס' בב"ק (דף מו) ד"ה דאפילו כו' הקשו דנימא מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם שם. והתם הא מיירי ע"י העדאת עדים דר"ח דאל"כ הא ה"ל מודה בקנס למאי דקיי"ל פלגא נזקא קנסא וכ"כ הנימוקי יוסף שם. וכ"כ הגהות אשרי שם. ועיין במהר"ם לובלין שכתב לפרש להדיא דעיקר קושיות התוס' הוא דמחמת העדאת עדים ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכ"כ בחידושי אנשי שם להנימוקי יוסף שם. אלמא דס"ל בפשיטות דגם בהעדאת עדים דר"ח דיינינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ודלא כהבשמים ראש. אך י"ל דהתוס' והנימוקי יוסף אזלי לשיטתייהו דס"ל דגם בג"ש אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמבואר בב"מ (דף צ"ז) ובנימוקי יוסף שם. והובא בש"ך סי' ע"ה ס"ק נ"א ע"כ שפיר כתבו דגם בהעדאת עדים דר"ח אמרינן כן. וכן י"ל בשיטת תשובת מהר"ם מרוטנבורג סי' קס"ח ובסי' רצ"ט. דכתב ג"כ להקשות דאמאי לא נימא בהך דר"פ שור שנגח כו' הך דינא דמתוך שאינו יכול להשבע משלם אלא דכתב די"ל דשמואל לטעמיה דלית ליה דר' אבא ע"ש. וכ"כ בתשובת מיימוני לספר קנין סי' י"ח ע"ש. וי"ל דזהו משום דס"ל דגם בג"ש אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כנ"ל. וע"כ אין ראיה מדבריהם לדחות למש"כ הבשמים ראש דעדיין י"ל לפי מה דהביא הטוש"ע בסי' ע"ה סעי' ט"ו פלוגתת הראשונים אם אמרינן בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ומספיקא אין מוציאין ממון בג"ש. ועיין בש"ך שם. וע"כ י"ל דמה"ט אף בהעדאת עדים דר"ח לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ובאמת הש"ך בח"מ סי' שצ"ט ס"ק ב' משמע דס"ל דאף בהעדאת עדים דר"ח אמרו מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וי"ל דזהו משום דאזיל לטעמי' דס"ל בסי' ע"ה ס"ק נ"א דהכריע לדינא דאף בג"ש אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם:

ובשבועות (דף מ"ו ע"א) תוס' ד"ה בטוענו כלים כו' והוכיחו דמדקאמר ר' יהודה בנגזל נשבע ונוטל עד שתהא שם מקצת הטענה ומשמע דהעדאת עדים אינו מחייב שבועה. ולפמש"כ הבשמים ראש דבהעדאת עדים דר"ח לא דיינינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. א"כ יש לתרץ קושיות התוס' והוא די"ל דטעמו דר' יהודה דס"ל דבעי הודאה במקצת. משום דהא כתבו התוס' בב"מ (דף ה' ע"א) ד"ה שכנגדו קאמינא דבחשוד על השבועה דנגדו נשבע ונוטל ולא אמרינן ביה מחוייב שבועה ואינו יכול

להשבע משלם משום דאי אמרת משלם בל"ש לא שבק ליה חיי כו' כ"כ בתי' קמא שם. ולפ"ז י"ל דלפמש"כ הבשמים ראש דבהעדאת עדים דר"ח לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"כ י"ל דמה"ט ס"ל לר' יהודה בכל חשוד דשכנגדו נשבע ונוטל דזה אינו רק במודה במקצת דשייך בי' מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"כ אמרו בחשוד דכנגדו נשבע ונוטל. אבל בהעדאת עדים דר"ח כיון דלא אמרינן ביה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"כ לא אמרו בכנגדו נשבע ונוטל. דהא לתי' קמא דהתו' הנ"ל שייך דין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם גם בחשוד. אך ת"ק דר' יהודה דס"ל בנגזל נשבע ונוטל אף ע"י העדאת עדים י"ל דלא ס"ל לדון בחשוד משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם או די"ל דס"ל דאף בהא דר"ח שייך מתוך כו'. אבל בטעמו דר' יהודה שפיר י"ל דס"ל להטעם כנ"ל. והא דתקשה דהא בכל חשוד דעלמא הדין כן. י"ל בזה כמש"כ הש"ך בסי' צ' ס"ק א' בשם הלח"מ דמיירי בא"ל הילך ע"ש. וכ"כ הנתיבות שם בשם הר"נ. וכיון דאיכא כוותי' שד"א בשא"ד ע"כ תקנו דנגזל נשבע ונוטל אף בא"ל הילך. ות"ק דר"י ס"ל דאף בהעדאת עדים כיון דאיכא כוותיה שד"א בשא"ד ושייך מתוך כו' אף בהא דר"ח ע"כ תקנו דנגזל נשבע ונוטל אף בא"ל הילך או שהחזיר לו אחת מהן כבר. ומתורץ שפיר קושיות התוס':

והנה הש"ך בסי' צ"ד ס"ק ב' הביא בשם הריטב"א בקידושין דס"ל דבשבועת גלגול שבועה לא אמרינן דחשוד שכנגדו נשבע ונוטל. וי"ל דטעמו דהריטב"א הוא דס"ל כתירוץ קמא של התוס' בב"מ (דף ה') דשייך דין מתוך שאינו יכול להשבע משלם גם בחשוד וי"ל דלכן אמרו דכנגדו נשבע משום דהא ע"פ דין ה"ל לשלם משום מתוך כו'. רק דתקנו שבועה על שכנגדו משום דלא שבקת כו'. ע"כ בג"ש כיון דלא אמרינן בג"ש מתוך שאינו יכול להשבע משלם וכשיטת הראב"ד דהביא הריטב"א בחי' לב"מ (דף צ"ח) ע"כ לא אמרינן בג"ש דחשוד כנגדו נשבע ונוטל. כן י"ל בסברת הריטב"א. והש"ך דס"ל שם לדינא דגם בג"ש אמרו כן בחשוד י"ל דאזיל לטעמיה דהכריע בסי' ע"ה ס"ק נ"א דגם בג"ש אמרו מתוך שאינו יכול להשבע משלם כנ"ל:

ובב"מ (דף ה' ע"א) אמרו בהא דר"ח דכנגדו נשבע ונוטל בחשוד. וכן הוא בסי' ע"ה סעי' ד' וסי' למ"ד סעי' ה'. א"כ מוכח מזה דלא מדמין העדאת עדים דר"ח לג"ש. ואף דהריטב"א ס"ל בחי' לב"מ (דף ד') דהעיקר הוא דילפינן העדאת עדים מן ג"ש דע"א. ובאמת לפי שיטת התוס' בתי' קמא לב"מ דבחשוד שייך לדון מתוך שאינו יכול להשבע משלם כו'. א"כ לפ"ז מוכח מן האי סוגיא דב"מ (דף ה') הנ"ל דאמרו דגם בהא דר"ח אם הנתבע הוא חשוד דכנגדו נשבע ונוטל. וקשה מנלן להש"ס דגם בדר"ח אמרו כן הא לפי

סברת התוס' דס"ל דשייך דין מתוך שאינו יכול להשבע משלם אף בחשוד. א"כ לפ"ז יש לדון דלא אמרינן כנגדו נשבע ונוטל רק במודה במקצת לפי דשייך בחשוד ג"כ מתוך שאינו יכול להשבע משלם ע"כ אמרו כנגדו נשבע ונוטל רק הצריכו שבועה לשכנגדו משום דאל"כ לא שבקת חיי כו'. [והא דאמרו שם בשבועה דרבנן תקנתא לתקנתא כו' יבואר זה במק"א ובקצה"ח סי' ע"ה ס"ק י"א]. א"כ לפ"ז קשה מנלן להש"ס דגם בדר"ח אמרו בחשוד דכנגדו נשבע ונוטל הא י"ל דלא אמרו כן רק במודה במקצת דשייך ביה דין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"כ אמרו ביה דכנגדו נשבע ונוטל אבל בהא דר"ח כיון דלא שייך ביה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לא אמרו דכנגדו נשבע ונוטל. וע"כ מוכח דגם בדר"ח שייך מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"כ אמרו ביה ג"כ דכנגדו נשבע ונוטל ועיין בסמ"ע סי' צ"ב ס"ק כ"א ובט"ז וב"ח שם ס"ק י"ב:

ונתבאר דלפי תי' קמא דהתוס' (דף ה') הנ"ל מוכח מן הש"ס דגם בדר"ח אמרו מתוך שאינו יכול להשבע משלם. וכן מוכח מן שיטת הריטב"א דאף דס"ל דבחשוד גבי ג"ש לא אמרו כנגדו נשבע ונוטל ומ"מ בדר"ח אמרו דנגדו נשבע ונוטל. א"כ מוכח דאין מדמין הא דר"ח לג"ש דע"א בזה. ואפשר לומר דס"ל להש"ס דכיון דהוכיחו דיש חיוב שבועה בדר"ח ע"כ ממילא מוקמינן אדיני' דדינו כמו הודאה במקצת דשייך ביה דין מתוך שאינו יכול להשבע משלם ואין לחלק ביניהם. וכעין זה כתבו התוס' בב"מ (דף ה' ע"א) ד"ה אי איתא כו' בסה"ד שכתבו דאחרי שלמד שיש שבועה בהעדאת עדים כו' מעתה אין לחלק כו'. וכן ראיתי בהרא"ש פ"ז דשבועות סי' ז' שכתב דגם בחשוד שייך לדון מתוך שאינו יכול להשבע משלם רק משום חיותי' דחשוד תקנו כו' א"כ לפ"ז מוכח גם מן שיטת הרא"ש דגם בדר"ח אמרינן שאינו יכול להשבע משלם דאל"כ אמאי אמרו ביה שכנגדו נשבע ונוטל כנ"ל:

ענף ג:

ובח"מ סי' צ"א סעי' ו' אמר החנוני אתה אמרת לי ליתן לפועליך מנה והוא כופר כו' נשבע שבועת התורה כו' ואם אמר חמשים צויתיך ליתן וחמשים איני יודע מתוך שאינו יכול להשבע משלם. והש"ך ס"ק כ"ו הקשה דהא אין נוטל אף מה שהודה לו רק בשבועה א"כ לא שייך בזה שד"א. והקצה"ח ס"ק ח' כתב דכיון דמדינא החנוני נוטל בלא שבועה לדעת הש"ע וע"כ חייב שד"א כו'. וכעין זה כתב האו"ת שם. ולפ"ז מוכח דלדינא אף בהעדאת עדים אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם דהא הך מילתא דאמרו דחנוני נוטל מן הדין זהו מסברא דאמרו דשייך ביה חזקה שליח עושה שליחותו.

כמש"כ הש"ך בס"ק ב' לבאר לשיטת הסוברים דחנוני נוטל מדינא מה"ט. והא דאמרו דאם הודה שציוהו ליתן לו חמשים דחייב שד"א על השאר זהו משום חיוב ב"ד משום דאנן סהדי היכא דהימנוהו חז"ל הוי זה כמו העדאת עדים דר"ח כמבואר בסי' ע"ה סעי' ה' ובש"ך שם ס"ק ט' ובסי' פ"ז ש"ך ס"ק י"ג ע"ש:

ואי נימא כסברת הבשמים ראש דבדר"ח לא אמרו מתוך שאינו יכול להשבע משלם. א"כ לפ"ז ה"ה התם גבי מה שהודה הבעה"ב שציוה להחנוני ליתן לפועל חמשים זוז דחייב הנך חמשים בוודאי הא זה לא הוי כמו הודאה דהא באמת אינו יודע הבעה"ב אם נתן החנוני להפועלים רק מחמת הסברא דאמרו בזה כנ"ל ה"ל החיוב ב"ד כמו העדאת עדים. ומ"מ אמרו בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אלמא דאף בהעדאת עדים ג"כ אמרו מתוך שאינו יכול להשבע משלם:

ובעיקר דברי הבשמים ראש הנ"ל נלע"ד לדינא לדון דגם בהעדאת עדים הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. והוא דהא לעיל נתבאר דלשיטת ר' אפרים וה"ר יוסף הלוי בן מיגש דהובא בר"נ שבועות פ"ו. ובחי' הרשב"א שבועות (דף מ'). וברא"ש פ"ו דשבועות סי' ה'. ובריטב"א לב"מ (דף ד'). דס"ל כפי' רש"י דלפי מסקנת הש"ס שם בב"מ יליף להא דהעדאת עדים דר"ח מן פיו וע"א ולא מן ג"ש כדבעי למימר שם מעיקרא. א"כ לפי שיטתם וודאי ברור הוא דאף בהעדאת עדים אם טען על מחצה השניה איני יודע וודאי דשייך בי' מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמו בע"א ופיו. רק עיקר דבריו הוא לפי מה דחלקו על פי' רש"י והגאונים הנ"ל וס"ל דגם להמסקנא ילפינן הך דר"ח מן ג"ש דע"א. ולפ"ז שפיר יש לדון דלשיטת הסוברים דבג"ש לא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם דה"ה בדר"ח לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וע"כ אם טוען איני יודע מיפטר:

והנה הא שיטת הבית שמואל בסי' נ"ג ס"ק ט' דמוציאין ממון אם יש ספק ספיקא דפלוגתא. וכ"כ הב"ש בסי' ע"ז ס"ק י"ז. אך כבר חלקו עליו האחרונים והעלו דכמו דאין הולכין בממון אחר הרוב כמו כן לא מהני ספק ספיקא בממונא דהא ס"ס הוא מן דין רובא. אך אם התובע טוען ברי והנתבע טוען שמא בזה שפיר יש לנו למיזל בתר ס"ס אם הוא מסייע להתובע דהוי ברי וס"ס דבכה"ג מוציאין ממון כמש"כ התוס' בכתובות (דף ט') ד"ה אי למיתב לה כו' וכמש"כ הפני יהושע שם ובק"א להוכיח דס"ס וברי מוציא מן המוחזק ע"ש. וכמו דאי בכתובות (דף י"ב ע"ב) דאוקי אחזקה וברי מוציא מן המוחזק אף היכא דלא ה"ל להנתבע למידע. א"כ כש"כ בס"ס דהוי מן דין רוב דעדיף מן חזקה

וגם הא טענת הנתבע הוא שמא גרוע אם ה"ל למידע וודאי דמוכח מכש"כ מן מש"כ התוס' בכתובות דס"ס וברי מוציא מן המוחזק:

א"כ בנ"ד הא הוי ס"ס דפלוגתא המסייע להתובע היינו ספק א' דלמא הלכה כמש"כ בשם רש"י ור' אפרים ור"י בן מיגש דלשיטתם ודאי דאף בהעדאת עדים דר"ח אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ואת"ל כשיטת הסוברים דלא חזרו בסוף הסוגיא דב"מ ממה דקא ילפי להא דר"ח מן ג"ש דע"א. אכתי ספק דלמא הלכה דגם בג"ש דע"א אמרו דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דהא זהו פלוגתת ראשונים והובא דבריהם בסי' ע"ה סעי' ט"ו. א"כ הא הוי בזה ס"ס וברי דהא התובע טוען ברי ודאי דמוציאין עי"ז מן המוחזק. וכן מצאתי בחי' הרשב"א לקדושין (דף כ"ז) ד"ה אשכחן ברי כו' דכתב ג"כ להוכיח מב"מ דאמרו שע"י טענה וכפירה כו' אלמא דס"ל ג"כ דיליף מן ע"א ולא מג"ש:

והנה לעיל כתבתי דלשיטת הבשמים ראש ה"ה אף במודה עכשיו הנתבע ג"כ לא ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לפי מש"כ הבדק הבית בסי' פ"ז. הנה כעת ראיתי דבכה"ג אף להבד"ה חייב משום דהא עושה פעולה הודאתו לזה גופא דיהי' שייך בי' מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. והא עיקר הטעם דלא יליף לי' הא דהעדאת עדים דר"ח מן פיו לבד זהו משום פירכא דמה לעדים שישנו בהכחשה ובהזמה וע"כ היה מוכרח למילף במה הצד מג"ש דע"א. א"כ עכשיו שמודה דוודאי אין זה בהכחשה ובהזמה דבזה לא צריכין למילף מן ג"ש דע"א וודאי דדייניו מתוך כו'. ועיין בקצה"ח סי' ע"ה ס"ק ב' מש"כ שם בשם הר"נ. וקצרתי לפי דהאמת הוא לדינא דבכל העדאת עדים אף באינו מודה הנתבע לאח"ז דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וכש"כ לפי הכרעת הש"ך בסי' ע"ה ס"ק נ"א דאף בג"ש ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם:

ולכאורה יש לסתור למש"כ לדון ספק ספיקא ספק שמא הדין כשיטת הר' אפרים ור"י בן מיגש דילפינן הא דר"ח מן ע"א ולא מן ג"ש כנ"ל כו'. דהא חזינן להלכה דקיי"ל דבטוענו בספק ע"פ העד חייב שד"א ולא מצי המוחזק לומר קים לי כו' וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק פ' ע"ש. א"כ הא נדחית שיטתם ואין אנו יכולים לצרפם לס"ס. אבל באמת זה אינו הוכחה לסתור הך ס"ס שכתבנו דהא חזינן בשיטת הרא"ש דאף דלא הביא כלל שיטת הסוברים דגמרינן הך דר"ח מן ג"ש דע"א כמש"כ לעיל בשם הרא"ש דשבועות פ"ו סי' ה'. אפ"ה דחה לשיטת הר' אפרים ור"י בן מיגש וס"ל דאף בטענת שמא נשבעין ע"פ ע"א. רק דלמאן דס"ל למילף הא דר"ח מן ג"ש דע"א מוכרחים לפרש הא דב"מ (דף ד) דאמרו

הצד השוה שע"י טענה וכפירה כו' דאף בטענת שמא שייך לומר טענה. ולהך שיטת הסוברים דילפינן שם מן ע"א אין זה מוכרח כ"כ. ומ"מ כתב הרא"ש שם דאין מוכרח לפרש דע"י טענה הוי ע"י טענת ברי אלא יכולים לפרש דאף בטענת שמא מ"מ תובע הוא וכמו דפירש רש"י כו'. ע"כ שפיר כתבתי לדון הך ס"ס. דדלמא הלכה בזה כדס"ל לרש"י ור' אפרים ור"י בן מיגש והרשב"א בחי' לקדושין (דף כ"ז) בד"ה אשכחן ברי כו' דכתבו כולם דהך ע"י טענה וכפירה כו' דב"מ (דף ד') קאי על ע"א ולא על ג"ש. ואת"ל דאין הלכה כגירסתם אכתי ספק דלמא אף בג"ש אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם. וכן מוכח מן הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קכ"ט שכתב דאם טוען שמא לא היה שוה רק ג' דינרין ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. והא התם מה דמחייבינן ליה על דינר השלישי אין זה רק מפאת אנן סהדי דהוי ע"י חיוב ב"ד דדינו כמו העדאת עדים דר"ח: אלמא דס"ל להדיא דגם בדר"ח אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וכן נתבאר לעיל די"ל דהש"ך לשיטתו דהכריע בסי' ע"ה דאף בג"ש אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ולדברי הש"ך אנו שומעין בכל זה. וכן הוא עיקר לדינא:
(השמטה מלעיל):
ועוד י"ל דאף לשיטת הסוברים דילפינן העדאת עדים מן פיו וג"ש דע"א דג"כ י"ל דבהעדאת עדים הדין הוא דאמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אף דנימא כהסוברים דבג"ש לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. דהא שיטת הרא"ש בב"ק פ"א סי' א' בהא דאמרו שם דילפינן אבנו וסכינו כו' מן בור ואש דיש לו דין בור בכל דיניו כיון דתחלת הדין הוא מן בור ע"ש. וכן מוכח מן התוס' בב"ק (דף וא"ו ע"א) ד"ה תאמר בהני כו' וכמש"כ המהרש"א שם. ודברי התוס' הובא בהרא"ש שם. אך שיטת התוס' בב"ק (דף ג' ע"ב) ד"ה משורו למדנו כו' דלא כדברי הרא"ש בזה הכלל וכמו שהעיר בזה המהרש"א והפלפלא חריפתא להרא"ש שם בב"ק פ"א סי' א' אות י"ד. א"כ לשיטת הרא"ש ה"ה בהעדאת עדים דר"ח דתחלת דינו הוא מן פיו כמו שאמר דלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מק"ו א"כ ממילא יש להעדאת עדים דין פיו ע"כ ממילא ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בהעדאת עדים כמו בפיו ולכן שפיר ס"ל להרא"ש דגם בהעדאת עדים הדין הוא דאמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום דאף להסוברים דילפינן מן פיו וג"ש דע"א עכ"ז כיון דתחלת דינו הוא מן פיו ע"כ יש לו כל דין פיו. אך לשיטת התוס' בב"ק (דף ג') ד"ה משורו למדנו כו' וכן לשיטת יש מן הגדולים שהובא בהרא"ש לב"ק פ"א סי' א' דס"ל דלא חייב באבנו וסכינו אלא מה שחייב בשניהם כו' שפיר י"ל דלשיטת הסוברים דילפינן להעדאת עדים

מן פיו וג"ש דע"א דלא נימא מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בהעדאת עדים להסוברים דבג"ש לא דיינינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כנ"ל. אבל לפ"ז יש בנ"ד עוד ספק שלישי להצטרף לספק ספיקא דדינא דכתבתי לעיל המסייע להתובע להוציא מן הנתבע המוחזק. דהא לכה"פ הוי ספיקא שמא הלכה כהרא"ש דילפינן מן תחלת דינא:

ובאמת הא מבואר בח"מ סי' תי"א בטור ובש"ע סעיף א' דכתבו לדינא דאבנו וסכינו ומשאו שהניחן בגגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו אחר שנחו דיש לו כל דין בור כו' וזהו כשיטת הרא"ש דילפינן מתחלת דינא ולא הובא שם כלל דעת החולקים א"כ חזינן דנקטינן לדינא כדברי הרא"ש הלז דילפינן מתחלת דינא. ועיין ביש"ש לב"ק פ"ק סי' ח' והובא בביאור הגר"א זצ"ל לח"מ שם ס"ק ג' וע"ש. וידעתי מה דכתב בספר גנת וורדים כלל ט"ז בעיקר כלל הלז ע"ש אבל אין דבריו ברורים כ"כ ואכמ"ל. סיומא דפסקא כבר נתבאר דהעיקר לדינא דדיינינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ג"כ בהעדאת עדים:

ענף ג:

(שם סעיף ט'):

מנה לי בידך כו' וא"י אם החזרתי חייב כו'. והיכא דה"ל במקום דלא ה"ל למידע הביא האו"ת בס"ק כ"ב דזהו פלוגתא דרבוותא דהרדב"ז והמל"מ פ"ד ה' שאלה כתבו דפטור בזה אף דאומר א"י אם פרעתי. ובאמת מן דברי הטור סי' ע"ב סעי' ה' והמחבר שם סעי' י"ד במשכון שאומר המלוה שנאנס מידו דישבע המלוה שנאנס וגובה חובו מהלוה שהרי אין הלוה יודע כיצד נאבד וה"ל כהלויתני ואיני יודע אם החזרתיו לך. אף דשם לא ה"ל להלוה למידע מ"מ חייב באיני יודע אם החזרתיו לך. א"כ מוכח דס"ל להטוש"ע דאף היכא דלא ה"ל למידע ג"כ חייב. ובאמת להסוברים דבלא ה"ל למידע פטור תקשה מן הא דב"מ ד' פ"א ע"ב ושבועות ד' מ"ג דתניא המלוה את חבירו על המשכון ואבד המשכון ישבע ויטול מעותיו. דלהסוברין דבלא ה"ל למידע פטור אף בא"י א"פ תקשה דאמאי נאמן המלוה בשבועה להוציא מן הלוה הא התם לא ה"ל להלוה למידע:

ויש לומר דבאמת להך שיטה מוכרח לומר טעם אחר דלכן נאמן המלוה בשבועה דנאנסו להוציא מן הלוה משום דהא מצינו בב"מ ד' נ"ח דנשבעין השלוחין שנאנסו ונוטלין שכרן. וכן כתב הש"ך בסי' ש"ג ס"ק ה'. ולכאורה קשה דהא בני העיר הוי כמו אינם יודעים אם נתחייבו דהא לא נתחייבו השכירות רק בתנאי שישמרו כדין ש"ש. ודומה לאומר פ"פ מצאתי דכתובות דף י' דכתבו דמן הדין מהימן משום דהוי כמו איני יודע אם

נתחייבתי כמבואר שם בהר"נ בשם הרמב"ן במה דהקשו שם על מה דקאמרי חכמים תקנו כו' והם האמינוהו כו'. ועוד דהא בתנאי דקום ועשה צריך להביא ראי' שקיים תנאו כמבואר בח"מ סי' רמ"א. וע"כ מוכח דהא דאמרו נשבעין ליטול שכרן דזהו משום תקנת חנוני נשבע ונוטל נגעו בה. דהא לכ"ע נאמן החנוני לומר דנתן להפועל. ולכמה פוסקים הוא משום תקנת חז"ל כמבואר בח"מ סי' צ"א. וכמו שהאמינו לחנוני להיות נשבע שקיים שליחותו ונוטל. ה"ה בזה דמהימן לומר דשמר כהוגן ונאנסו ונוטל שכרו: ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשה ר"ע איגר זצ"ל בכתבים סי' קע"ה בהא דשבועות ד' מ"ה דקאמרי ש"ש דחייב רחמנא היכי משכחת לי'. דבש"ש אינו קשה זה די"ל דאינו רוצה לומר להד"ם כדי שלא יפסיד שכרו דעכשיו שאומר נאנסה נוטל שכרו כמו בב"מ הנ"ל. ולכן הוכיח מזה דקושיות הגמ' אינו רק בש"ח ושוכר. אכן לפמש"כ י"ל דהא מה"ת גם באומר שנאנס אינו נאמן ליטול שכרו דהא ברי ושמא חזקת ממונא עדיף כמו דס"ל לרבא בב"ב דף קל"ה דמנה לי בידך והלה אומר א"י פטור. וכן מצינו בב"מ ד' צ"ח דאמר רבא מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים והשאר איני יודע מתוך שאינו יכול להשבע משלם. משמע דלולי זה ס"ל דחזקת ממונא עדיף. [ועיין בתוס' שם ד"ה דאמר רבא כו' ובכתובות ד' י"ב ד"ה רב הונא כו' ובתוס' שבועות ד' מ"ז ד"ה אי אמרת כו'. ובמה דנרשם בצידו בב"ב שם דצ"ל רבה וקצרתי]. ולכן שפיר הקשה רבא בשבועות שבועת שומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה גם על ש"ש דהא אינו נאמן מה"ת להיות נשבע ונוטל את שכרו רק מצד תקנת חז"ל. ולכן אמרו דחייב רחמנא היכי משכחת כו'. וכן מצאתי בנתיבות סי' ש"ג ס"ק ג' שכתב דהא דנאמנים ליטול שכרן דזהו משום תקנת חנוני ע"ש:

א"כ לפ"ז יש לומר דהא דנאמן המלוה בשבועה דנאנסו ליטול חובו מן הלוה דזהו ג"כ משום תקנת חנוני והוא כש"כ מן חוב שכירותו דהא בחוב שכירותו הוי איני יודע אם נתחייבתי דהוי ספק בעיקר החיוב ואפ"ה הימנוהו חז"ל כמו בחנוני דהוי ספק בעיקר החיוב. כש"כ בחוב הלואה דהוי חזקת חיוב על הלוה דודאי הימנוהו חז"ל להמלוה להיות נשבע ונוטל. דכללו של דבר דכמו דהימנוהו חז"ל במה שאומר דנתן להפועל וכן במה שאומר דטרח בגופו להיות שומר שלו והוציא כ"ז ע"פ ציווי חבירו דציוה לו לעשות כן. דאין סברא דיצטרך עדים ע"ז ע"כ הימנוהו חז"ל. כמו כן במה שהוציא המלוה ונתן מעותיו להלוה על המשכון דאינו אלא ש"ח או ש"ש ופטור לכ"ע מן אונסין. דאינו סברא דיצטרך להביא עדים שנאנס המשכון ויאבדו מעותיו. וע"כ משום תיקון העולם שלא יונעל דלת כו' הימנוהו חז"ל כמו בחנוני. ולכן אתי שפיר מה דאמרו במלוה

על המשכון ואבד המשכון דישבע ויטול מעותיו אף דע"פ ד"ת הי' פטור הלוה משום דלא ה"ל למידע מ"מ נוטל מעותיו משום תקנת חנוני:

ומ"מ לדינא כיון דכתבו הטוש"ע לחייב שם משום א"י אם החזרתי בע"כ מוכח דס"ל לדינא דגם היכא דלא ה"ל למידע חייב בא"י א"פ. וכן יש להוכיח מהא דכתובות ד' י"ב דאמרו דלכן בהיא אומרת משארסתני נאנסתי נאמנת אף דנימא חזקת ממונא עדיפא מן ברי משום דשא"ה דאמרינן אוקמי אחזקה ועיקר הטעם דמפקינן ממונא הוי משום ברי שלה בצירוף אוקי אחזקה. והא התם הוי שמא של הבעל לא ה"ל למידע ואפ"ה אם יש לנו אוקי אחזקה בצירוף ברי מוציאין מן המוחזק. א"כ ה"ה בכל א"י א"פ דיש לנו חזקת חיובא בצירוף ברי של התובע וודאי סמכינן ע"ז אף במקום דלא ה"ל למידע. ואפשר לחלק קצת דשא"ה דחזקת הגוף חשיבא טפי מכל אוקי אחזקות כמש"כ התוס' בכתובות ד' ע"ה בד"ה אבל היכא דליכא חזקה כו' בסה"ד. והדברים ארוכין. אבל מן הטוש"ע מוכח דס"ל שלא לחלק ביניהם: (זה הקונטרס כתבתי מכבר ולקמן סי' זה סעיף יו"ד העליתי עוד בארוכה בענין הזה ע"ש):

ענף ד:

(שם סעיף ט' ש"ך ס"ק כ"ו):

ונראה דאפי' בספק פרעון קודם הלואה כגון כו' חייב הלוה לשלם כו'. וכן משמע מסתימת דברי הפוסקים עכ"ל הש"ך. והאו"ת שם ס"ק ו' כתב להוכיח כן מהא דב"מ (דף ו') דאמרו דלכן לא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' משום דחיישינן שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו. ואי נימא דספק פרעון קודם להלואה דינו כא"י אם נתחייבתי א"כ הא מותר לו לתפוס ולהחזיק של חבירו בידו אף בטענת שמא כו'. והוכיח מזה דדינו כא"י אם פרעתי עכ"ל האו"ת:

ענף א:

ולענ"ד יש לדחות זה הראיה דהא בב"ב (ד' קל"ה) משמע דאביי אית לי' דמנה לי בידך והלה אומר א"י דחייב ועיין בתוס' שם ד"ה אביי אמר כו'. וכ"כ התוס' בכתובות (דף י"ב ע"ב) ד"ה רב הונא כו'. דאביי אית ליה מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב ע"ש. דלפ"ז שפיר אמר אביי הך דספק מלוה ישינה בב"מ שם. דאף דנימא דדינו כמו א"י אם נתחייבתי. מ"מ הא אביי לטעמי' דס"ל דא"י א"נ חייב שפיר אמר דחיישינן לשמא ספק מלוה. וע"כ אין ראי' מהתם. ואפשר דכוונת האו"ת הוא לפי מש"כ הרא"ש בב"מ שם דמוכח מן הרי"ף דלדינא קיי"ל כהך דאביי דאמרינן מיגו דחשוד אממונא היכא דלא שייך אשתמוטי כו' אלא שא"ה דמשום ספק מלוה ישינה נגעו בה. וכ"כ הטור בח"מ סי'

צ"ב ובש"ע שם. ע"כ לדינא לפי מה דקיי"ל דמנה לי בידך והלה אומר א"י דפטור. ואפ"ה נותנין שבועה למי שטוען כולה שלי וכה"ג. וע"כ הטעם הוא משום ספק מלוה ישנה א"כ שפיר הוכיח מזה האו"ת דספק פרעון קודם להלואה ה"ל כאינו יודע אם פרעתי: ומ"מ לדינא אין זה ברור כ"כ דעדיין יש לחלק דשא"ה בתופס גוף החפץ עבור ספק חוב דבזה י"ל דוודאי אינו יכול לתפוס ולהחזיק חפץ בעיני' של חבירו עבור ספק חוב. דהא גוף החפץ כל זמן שלא הגבוהו ב"ד. הוא ברשותא דמרא קמא וברשות הבעלים הוא על כן אינו יכול לתופסו מספק. והא כן מצינו בספק בדררא דממונא דאף דמהני תפיסה בטוען ברי לכ"ע. עכ"ז היכא דאינו טוען על גוף החפץ דהוא שלו אלא תופסו עבור חוב ושעבוד. בזה לא מהני תפיסה. וכמש"כ האו"ת בכללי תפיסה להוכיח כן מן הא דס"פ המניח והובא בנתיבות בכללי תפיסה סעיף ז' ע"ש. וכיון דמצינו להאו"ת בעצמו דמחלק בזה בדררא דממונא כש"כ דיש לחלק כן בספק שאינו דררא דממונא אלא דנולד הספק אליו מעצמו. דוודאי יש לחלק כן. וכעין זה מצינו לשיטת מהרש"ל והמהרי"ט והובא בכללי תפיסה ובקצה"ח קונטרס הספיקות כלל ט' דס"ל דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא ג"כ אלא היכא דטוען על גוף החפץ דהוא שלו. ולא בטוען ותופסו לגוף החפץ עבור חובו. ואף להפוסקים החולקים על הישש"ש והמהרי"ט עכ"ז י"ל דאינם חולקים עליהם רק בספיקא דדינא אבל בספק הנולד לו מעצמו כ"ע מודו דיש לחלק ביניהם. וזהו כש"כ מדררא דממונא כמו שנתבאר:

ויש להסביר זה ביתר ביאור והוא דהא עיקר הטעם מה דא"י אם פרעתי חייב לשלם. זהו משום דהברי של התובע בצירוף אוקי על חזקת חיוב. מוציאין עי"ז מן המוחזק וכעין הא דכתובות (דף י"ב) א"נ עד כאן לא קאמר ר"ג התם אלא דאמרינן אוקי אחזקה כו'. ובמק"א הארכתי בזה. ועיין בט"ז ח"מ סוף סי' ע"ה מזה. ולפ"ז אפשר לדון לכאורה בכל ספק פרעון הנולד מקודם הלואה כמש"כ הש"ך. דבזה י"ל דאין לחייבו משום א"י אם פרעתי. דהא עיקר הטעם דחייב א"י אם פרעתי. זהו משום חזקת חיוב שהיה עליו מקודם לידת הספק. והא בספק פרעון קודם להלואה לא הי' עליו מעולם חיוב ברור לשלם לחבירו כיון דנולד לו הספק על החוב מקודם הלואה. וכיון דאם היה ברור דחבירו חייב לו איזה חוב בוודאי דאז יכול לעכב ת"י החוב שמגיע ממנו לחבירו כמבואר בסי' ע"ב סעי' י"ז בהגהת רמ"א שם. ע"כ לא היה עליו מעולם שום חזקת חיוב כלל ולכן לא שייך בזה א"י אם פרעתי ולחייבו משום חזקת חיוב. כיון דהספק הוא בעיקר החזקת חיוב הנ"ל. אבל בתופס חפץ מחבירו אף דנולד לו ספק באיזה חוב על חבירו מקודם התפיסה. מ"מ הא אף דיהיה לו חוב ברור על חבירו אינו רשאי להשתמש בגוף החפץ

מעצמו בלא גוביינא דב"ד. וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ע"ח בשם כמה ראשונים דאסור לעכובי למשכון או לפקדון ת"י משום דמאן שם לך שהרי החפץ צריך שומא ע"ש. וכ"כ הנימוקי יוסף בריש ב"מ:

וכיון דאף בחוב ברור אינו רשאי לעכב ולהשתמש בהחפץ בלא גוביינא דב"ד. ע"כ בספק חוב דכיון דמקודם דהגבוהו ב"ד בתורת גוביינא היה אסור לו להשתמש בגוף החפץ בוודאי ע"כ אינם יכולים הב"ד להגבותו לו גוף החפץ בספק חוב משום דאמרינן בזה אוקי אחזקה. דכמו דעד העת שמגבין לו הב"ד היה אסור לו להשתמש בגוף החפץ כן עכשיו אסור לו להשתמש בגוף החפץ א"כ יש חזקה המבררת לנו דאסור לו להשתמש בגוף החפץ. וכיון דיש כאן ברי של התובע בצירוף חזקה הנ"ל. ע"כ מוציאין עי"ז מהתופס. וא"ל דאף דגוביינא דב"ד ליכא בזה מחמת חזקה הנ"ל. אבל עדיין יהיה יכול לתפוס ולעכב החפץ ת"י אף בלא שומא וגוביינא עד שישלם לו חבירו ובזה לא שייך אוקי אחזקה הנ"ל. דז"א לפי מה דכתבתי בספרי באר יצחק ח' חו"מ סי' ב' דהיכי דלא משכחת ביה גוביינא ואחלטתא דב"ד בשום אופן בעולם כלל אז אינו יכול לעכב החפץ ת"י משום איסור גזל ע"ש. א"כ ה"ה בזה כיון דלא משכחת ביה גוביינא דב"ד כנ"ל ע"כ ממילא אינו רשאי לתופסו ת"י משום איסור גזל. לכן שפיר יש לחלק בין תופס חפץ עבור ספק חוב. ובין מעכב ת"י חוב וודאי עבור ספק חוב. והא דכ' הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ע"א ע"פ דברי הר"נ דאם אינו רוצה לגבות מגוף החפץ רק מעכבו ת"י ובזה אף בלא שבועה בנקיטת חפץ יכול לעכבו ת"י. שא"ה דהא בידו לישבע בנק"ח ע"כ לא שייך בזה הכלל הנ"ל. משא"כ היכא דאינו בידו להגבות לעצמו החפץ כנ"ל. בזה שפיר כתבתי דכיון דאינו יכול להיות בו גוביינא. דאסור לו לעכב החפץ ת"י משום איסור גזל כמש"כ בספרי כנ"ל ולכן ראיות האו"ת מהא דב"מ אינו ברור כ"כ. כ"ז אמרתי מכבר בימי טל ילדותי לדון בראיות האו"ת הנ"ל:

אמנם לפמש"כ לעיל בסי' ע"ב ש"ך ס"ק קמ"ג והעליתי דהיכא דשייך לומר בע"ח קונה משכון. דבזה אף היכא דלא משכחת בי' גוביינא דב"ד בשום אופן בעולם כלל אפילו הכי יכול לעכבו תחת ידו לגוף החפץ בתורת משכון דקני ליה לזה עכ"פ כמבואר שם בארוכה. ע"כ עדיין יש לדון בנ"ד דאף דטוען ספק. עכ"ז יכול לעכב מספק לגוף החפץ ת"י עבור הספק חוב דנולד לו. דבזה לא שייך לומר להחזקת איסור גזל הנ"ל. דהא אנו דנין בעיקר החזקה הנ"ל והוי ספק בעיקר החזקה. וזהו דלא כמש"כ לעיל לסתור ראיות האו"ת הנ"ל. אך הא כבר נתבאר בלא"ה דמצינו דהאו"ת עצמו מחלק בזה גבי ספק דררא דממונא כנ"ל. וכמש"כ הישש והמהרי"ט לחלק כזה בכל ספיקא דדינא כנ"ל.

ע"כ שפיר כתב הש"ך דכן משמע מסתימות דברי הפוסקים. כי ראי' ברורה אינו על זה. דהא יש לדון כן בעיקר ראיות האו"ת הנ"ל:

ענף ב:

ולפענ"ד נראה להוכיח כהש"ך דספק פרעון קודם הלואה דינו ככל א"י אם פרעתי. מהא דב"מ (ד' ל"ה ע"ב) דאי' שם בסוגיא דפעמים שהבעלים משלמין כמה פרות לשוכר כו' ופי' רש"י שם בד"ה כיצד אגרה מיני' מאה יומי כו'. ראובן ששכר פרה משמעון על מאה יום וחזר שמעון ושאלה ממנו על צ' יום כו' הרי שוכר פטור בשבועה והשואל משלם לשוכר חזר ראובן ושכרה כו' חזר שמעון ושאלה ממנו ע' יום כו' וישבע ראובן שמתה כדרכה ושמעון השואל משלם לו כו'. עכ"ל רש"י. ועיין בפני יהושע שם שכתב להקשות דלמה צריך ראובן השוכר לישבע כיון שמתה אצל השואל גופא עכ"ל הפ"י. ולא ראה דברי הירושלמי שכ"כ ע"ש בפ"מ. אבל באמת אינו קשה לפמש"כ המהר"ם שיף דמיירי דהשואל אינו יודע אם נגנבה או מתה באונס. וע"כ צריך השוכר לישבע שמתה וודאי דאלו אם לא ישבע דמתה בוודאי. חייב הש"ש משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וכמש"כ הש"ך בסי' רצ"א ס"ק מ"ד כן בשם רש"י ע"ש. ומש"כ המהר"ם שיף שם עוד די"ל דמיירי דהשואל אומר ברי לי דנגנבה ונאבדה ע"ש. לדעתי זה אינו דא"כ אמאי השואל משלם לשוכר והא נאמן להחזיק הממון ת"י ע"פ טענת ברי שלו דנגנב ונאבד דאז הש"ש חייב לו וא"צ לשלם להשוכר. וכמו כל טענת יש לי בידך דמהימן במיגו לכה"פ. [ועיין בסי' ע"ב בסמ"ע ס"ק י"ג שכתב דבחוב ידוע דאין להלוה מיגו דבטוען הלוה על המלוה דאתה מכרת המשכון או אתה פשעת וכה"ג דנאמן הלוה. א"כ ה"ה בנ"ד וודאי נאמן השואל לומר דנגנבה א"כ יכול להחזיק את חוב שאלה ת"י ולא יצטרך לפרוע לראובן המשאיל. אך הש"ך שם ס"ק י"ד חולק על הסמ"ע והעלה דאם אין לו מיגו אינו נאמן לומר בזה משום דהוי כמו חוב יש לי בידך דהוי טענה גרוע וכמש"כ הנתיבות שם ס"ק יו"ד עי"ש. ולפי שיטת הש"ך הנ"ל א"ש דברי המהר"ם שיף הנ"ל]. ובאמת מוכח דהעיקר בכוונת רש"י כמש"כ המהר"ם שיף מתחלה דמיירי דהשואל טוען שמא נגנבה או נאבדה. וע"כ צריך השואל לשלם להשוכר. משום דהוי כמו כל איני יודע אם פרעתי דחייב מספיקא לשלם. ולכן אף דמספקא להשואל דשמא נגנב או נאבד דאז חייב השוכר לשלם לו והוי יש לו בידו כנגדו. מ"מ חייב השואל לשלם להשוכר משום דהא הוי ככל א"י אם פרעתי:

אך זה א"ש במה דשאל שמעון הפרה מן ראובן השוכר בראשונה דבמה דנולד הספק לאח"ז אם מתה או נגנבה ונאבדה. דזה הוי כמו כל איני יודע אם החזרתי דחייב משום

חזקת חיוב של הלוה. וה"ה בזה ששאל הפרה דנתחייב בכל האונסין מיד בעת ששאלה וע"כ כל ספק דיארע אח"ז דינו דחייב וככל א"י אם פרעתי. אבל במש"כ רש"י שם כן על הא דחזר שמעון ושאלה בפעם שני דראובן השוכר נשבע שמתה ויפטר ואז השואל ישלם לראובן השוכר כנ"ל. ואי נימא דספק פרעון שמקודם הלואה הוי דינו כאומר איני יודע אם נתחייבתי. א"כ קשה דאמאי שמעון ישלם לראובן השוכר על שאלה השני'. הא כיון דמספקא לן דשמא נגנב ונאבד מעיקרא אצל ראובן השוכר דאז חייב ראובן לשמעון עבור חובו בתורת ש"ש. א"כ אף דאח"ז במה דשאל שמעון מן ראובן בפעם הב' נתחייב בתורת שאלה. מ"מ הא כיון דמספקא לשמעון השואל אם מתה או נגנבה מעיקרא בעת שהיתה שכורה לראובן והוי לי' ספק חוב על ראובן מקודם חיוב שאלה דיליה. ואי נימא דספק פרעון הנולד מקודם ההלואה דינו כמו איני יודע אם נתחייבתי דקיי"ל דפטור א"כ קשה דאמאי חייב שמעון השואל לשלם לראובן על השאלה השניה דאף דראובן נשבע שמתה מכ"מ הא אינו נאמן בשבועתו רק לפטור א"ע ולא להוציא מחבירו. ודוחק לומר דהך סוגיא דב"מ וכפירש רש"י הנ"ל אתי להך מ"ד דס"ל דא"י אם נתחייבתי חייב. ולא אליבא דדינא:

ומוכח מן רש"י הנ"ל דס"ל לדינא כמש"כ הש"ך דספק פרעון שמקודם הלואה דינו כא"י אם החזרתי דחייב. וע"כ שפיר כתב רש"י דאף דהוי ספק לשמעון השואל על שכירות הראשונה דשכרה ראובן דשמא נגנבה א"כ חייב לו ראובן ג"כ מצד דין שוכר. מ"מ דינו על מה דשאל מן ראובן אף בפעם שני כמו כל איני יודע א"פ דקיי"ל דחייב. א"כ מוכח מן רש"י הנ"ל כהש"ך דספק פרעון קודם להלואה דחייב אם התובע טוען ברי והנתבע טוען שמא. ואי נימא בכוונת רש"י דב"מ הנ"ל כמש"כ המהר"ם שיף דמיירי דשמעון השואל טוען ברי דהשוכר חייב לי ואפ"ה מחוייב השואל לשלם לראובן השוכר. וכמש"כ הנתיבות שם ס"ק י' וזהו היכא דאין לו מיגו. דלפ"ז וודאי דחייב בנ"ד מכש"כ דהא אף בנתבע טוען ברי על הפקדון דהיה לו ת"י המלוה דפשע י"ל דחייב היכא דאין לו מיגו דפרעתי. אך יש לחלק דשאני בהא דכתב הש"ך הכא בסי' ע"ה דנולד לו ספק כמה היה הפקדון שידוע שפשע בוודאי דבזה י"ל דוודאי מהני טענת ברי לי לפטור א"ע. אך באמת העיקר הוא כמש"כ לעיל בשם המהרש"פ דכתב בתירוץ קמא דרש"י מיירי בטוען השואל שמא כנ"ל:

ובמש"ב הש"ך דדוקא במלוה טוען ברי בזה גובה אף בספק פרעון קודם להלואה. אבל אם המלוה מסופק אינו גובה. והקצה"ח חולק עליו והנתיבות הכריע כהש"ך. הנה לעיל בסי' נ"ט העלתי דאף לפמש"כ הש"ך כנ"ל. דמ"מ בחוב שכירות דתובע הפועל מן

הבעה"ב והבעה"ב מודה לו על החוב. אך הבע"ה טוענו להפועל בספק חוב אחר עליו וגם להפועל הוי ספק בהחוב כי מסופקים שניהם בהחוב האחר. דבזה אף הש"ך מודה דהפועל גובה להחוב שכירות מן הבעה"ב. דבזה שייך סברת הקצה"ח במש"כ דכיון דזה גובה וזה גובה. דהוי הפועל כאיני יודע אם נתחייבתי דפטור וכמו שהוכחתי לעיל כ"ז יע"ש:

ה (שם סעיף ט'):

מנה לי בידך כו' והלוה אומר איני יודע אם הלויתני כו' ישבע שאינו יודע ופטור:

נשאלתי מרב גדול א' אם התובע טוען כי הוא חושד להנתבע שהוא מאמין לו אך אינו רוצה לגלות זה ובפרט היכא שמוחזק התובע לגברא מהימנא אם יכול התובע להטיל ח"ס על הנתבע שאינו מאמין לו או שאינו יכול להטיל עליו זה. והעיר מן ב"מ (דף ל"ה) דקאמרי תהא במאמינו ונהמני' לוה למלוה נמי בהא כו' הרי דמצינו מפורש בגמ' דאם הלוה מאמין להמלוה דחייב לשלם עכ"ל:

ענף א:

וזהו אשר השבתי כי כיוצא בזה מצינו בשבות יעקב ח"ב סי' קס"ט בצוואת שכ"מ שנעשה בפני ע"א אינם מחויבים היורשים לקיים והביא בשם המבי"ט ח"ב סי' קמ"ח שכתב בצוואה ע"פ ע"א שיוכלו לומר ליורש שיקבל בחב"ד שאינו מאמין שהוא אמת כמו שאומר העד עכ"ל המבי"ט. אבל הדבר תמוה דמה לו ולקב"ח כיון דהתורה לא הימני' לע"א להוציא ממון ואף באיסורין אם אומר איני מאמינך א"נ העד כמבואר ביו"ד סי' קכ"ז כו' וע"כ ישתקע הדבר ולא נאמר עכ"ל השבות יעקב. ולפי מש"כ הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק ט"ו לפרש דברי הר"ת דאף דמהימן ליה כתרי יכול לומר איני מאמינך לדבר זה אבל אם באמת מאמינו אינו מועיל מה דיאמר איני מאמינך וכן מסיים שם הרמ"א דבשארי איסורים לא מהני אם אמר איני מאמינך אם מאמין בלבו ע"כ הדין נותן דה"ה הכא גבי ממונא יהי' מועיל אם מאמינו כבי תרי וממילא יכול לומר שיקבל חב"ד שאינו מאמינו בלבו וכמש"כ המבי"ט. ובעיקר דברי השבות יעקב שמדחה לדברי המבי"ט הנה כבר הקדימו הראב"ד בתשובה והובא בשלטי גבורים לסנהדרין פ"ג שכתב בצוואה בפני ע"א דאין זה כלום והרוצה באותה חלוקה יכול להחרים ח"ס על מי שמאמין שלא יכפור ואם הודה שמאמין תתקיים החלוקה ע"פ העד כך הוא לאמיתו עכ"ל הראב"ד. ודברי הראב"ד הללו הובא בשער משפט סי' ל"ג סוף ס"ק א'. ולפ"ז הנכון עם המבי"ט דכתב בצוואה בע"א דיכול לומר ליורש שיקבל כו' שאינו מאמין להעד דהא כן כתב

הראב"ד להדיא. ולפ"ז ה"ה בנ"ד י"ל דיהיה יכול לומר להנתבע שיקבל עליו כו' שאינו יודע אם חייב לו:

ובעיקר מילתא נלע"ד לדון ע"פ הא דקידושין (דף ס"ו) גבי אשתו זינתה דא"ל אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה. וכתב הרי"ף שם דרק בבא לצאת ידי שמים אי מהימן ליה כבי תרי חייב לאפוקה אבל לא בדיני אדם וכ"כ הרא"ש שם וכ"כ הריטב"א שם וכ"כ הרמב"ם ה' אישות פ' כ"ד ה' י"ז מי שראה אשתו שזינתה או שאמר לו א' מקרוביו שהוא מאמינם וסומכת דעתו עליהם כו' אמרה לו אשתו שזינתה כו' ואם היה מאמינה וסומך דעתו על דברי' ה"ז חייב להוציאה ואין ב"ד כופין את האיש לגרש אשתו בדבר מדברים אלו עד שיבואו עדים ויעידו כו' ואח"כ כופין אותו להוציא עכ"ל הרמב"ם. וכ"כ הטור באה"ע סי' קט"ז דאם הע"א נאמן לו כבי תרי אז משום לזות שפתים אסור לו לעמוד עמה. והבית יוסף שם האריך בזה והביא לדברי הטור בסי' קע"ח וכן הב"ח שם והביא לדברי המהרש"ל. וכ"כ המחבר באה"ע סי' קט"ו סעיף ו' דאם היה מאמינה ודעתו סומכת על דבריה ה"ז חייב להוציא אבל אין כופין אותו להוציאה ופי' הח"מ שם ס"ק כ"ג משום דאין דבר בערוה פחות משנים ואין ב"ד מוציאין רק בעדים עכ"ל. ולפ"ז ה"ה בממון אף היכא דמאמין הנתבע להתובע דאומר בפירוש דמאמינו כבי תרי אפ"ה הדין נותן דאין יכולת ביד הב"ד לכפותו שישלם להתובע דהא עיקר מילתא דאין דבר בערוה פחות משנים הוא משום דילפינן דבר דבר מממון כמבואר בקידושין (דף ס"ה) וע"כ כמו בערוה אמרו דבמהימן ליה כתרי אינם יכולים הב"ד לכפותו משום דעיקר החיוב לגרשה אינו רק בבא לצי"ש א"כ ה"ה בממון אף דמאמין הנתבע להתובע מ"מ אין החיוב עליו לשלם רק לצי"ש אבל אין יכולת ביד הב"ד לכפותו דגם בזה שייך הטעם של החלקת מחוקק הנ"ל דאין דבר ערוה פחות משנים ואין מוציאין רק בעדים: וידעתי מש"כ הברית אברהם בסי' פ"ו לפרש כוונה אחרת בדברי הרי"ף והרא"ש ע"ש. אבל לא נראה כן מן כמה תשובות שכתבו בפשיטות דבמאמין להעד כתרי אין הב"ד כופין רק דחייב לצי"ש וכמש"כ להדיא המהר"ם לובלין סי' פ' והב"ש בסי' קט"ו ס"ק כ"ג בשם המהרש"ל דאף דמהימן ליה כתרי אינו חייב לגרשה רק לצי"ש וכן כתבו כמה מחברים בתשובותיהם וכן הוא פשט דברי הטוש"ע והרמב"ם והרי"ף והרא"ש והריטב"א. וכ"כ הרמב"ן בתולדות אדם והובא בתשובת רע"א זצ"ל סי' ק"א בד"ה ואפשר דזה ג"כ כוונת הגהת מיימוני פ' כ"ד ה"א כו' דכי אמר שמואל זיל אפקה כו' א"נ חייב לאפוקה בבא לצי"ש קאמר כו' אבל אין הב"ד אוסרין אותה עליו. ואפשר נתכוין לזה הרשב"א במש"כ הב"י בשמו כו' דמ"ש הרמב"ם שאם א"ל אחד מקרוביו שהוא מאמינו שזינתה אשתו הר"ז חייב

להוציאה כו' לא נתחוורו לי דברי' בזה עכ"ל כו' עכ"ל רע"א. ועיין מזה במהרי"ט ח' אה"ע סי' א' והובא בברית אברהם שם. והדברים ארוכין. והנה מן פשט דברי המחבר דכתב דחייב להוציאה אבל אין ב"ד כופין כו' רק בסעיף ו' גבי הי' מאמינה כו'. אבל שם בסעי' זיי"ן גבי א"ל אחד מקרוביו או מקרובותי' שהוא מאמינם בין איש או אשה ה"ז חייב להוציאה ואסור לבא עליה כו'. לא כתב שם המחבר דאין כופין לו להוציאה כמש"כ שם מקודם בסעי' ו' ושינה מלשון הרמב"ם שכתב בסוף כל הנ"ל לכלל דאין ב"ד כופין כו' בדבר מדברים אלו עד שיבואו שני עדים ויעידו שזינתה לרצונה ואח"כ כופין אותו להוציא עכ"ל הרמב"ם מזה נראה דהמחבר ס"ל לחלק דדוקא היכא דאמרה לו אשתו אף דמאמינה דאין כופין אותו בידי אדם כיון דיש עליה שם בע"ד. משא"כ בא"ל אחד מקרובי' כו' כיון דאינו בע"ד אף דיש עליו פסול קרוב מ"מ אם מאמינו דחייב להוציאה ומשמע דס"ל דכופין בזה. ודלא כמו שנראה מדבריו בבית יוסף. וכעין זה ראיתי בבני אהובה להרמב"ם ה' אישות פ' כ"ד ה' י"ח שכתב להוכיח מן לשון המחבר דס"ל באומר שראה שזינתה דכופין אותו ע"ש. וכמו כן יש להוכיח מהמחבר דס"ל לחלק בין אשתו ובין אחר:

ולפי זה יש לומר דאף דמשמע מן הראב"ד והמבי"ט דס"ל בצוואה בע"א דאם מאמינו דחייב לקיים הצוואה ומשמע דס"ל דכופין ע"ז דאל"כ אין סברא להטיל עליו ח"ס או קבלה. יש לומר דזהו משום דהי' שם ע"א כשר ע"כ ס"ל דאם הוא מאמינו באמת הדין הוא דכופין אותו בדיני אדם ע"ז. אבל בנ"ד אף דמאמין הנתבע להתובע מ"מ כיון דהוי בע"ד ממש הדין נותן דאין כופין אותו ע"ז בב"ד וכמו דפסק המחבר באמרה לו אשתו שזינתה דאף דמאמינה ודעתו סומכת עליה מ"מ אין כופין אותו וה"ה בממון כמו בנ"ד אין יכולת ביד הב"ד לכופו. וכיוצא בזה ראיתי בשו"ת ברית אברהם סי' פ"ו אות ב' שהביא בשם מוהר"י באסון דמחלק לדעת הרשב"א דבקרוב לא מהני עדותו אף דמאמינו כבי תרי אבל בע"א כשר אם מאמינו כתרי מודה הרשב"א להרמב"ם דאסורה עליו ע"ש. וע"כ י"ל דה"ה הכא אף להראב"ד והמבי"ט דכתבו בצוואה בע"א כשר דמאמינו דחייב לקיים כן וכופין אותו ע"ז די"ל דז"א אלא בעד כשר אבל בעד פסול או בבע"ד גם אינהו מודו דאין יכולת בידינו לכופו ומנלן להוציא ממון בכה"ג בלא ראיה מוכרחת:

ענף ב:

ולשיטת הט"ז באה"ע סי' קט"ו ס"ק י"א שכתב לתרץ דברי הטור בסתירתו מן סי' קט"ו לסי' קע"ח כמו שהקשה הב"י והב"ח. משום דהטעם הוא דלכן אין כופין אותו בדיני אדם במאמינו כתרי משום דיכול לומר דאע"פ שאמרתי מתחלה דהנני מאמינו עכ"ז עכשיו

הנני חוזרני מזה וע"כ אין יכולין לכופו רק דאומרים לו אם האמת הוא דמאמינו צריך לקיים כן עכ"ל הט"ז בקצרה. ולכן י"ל ולחלק דדוקא בהא דאה"ע כתבו דאין כופין לו דזהו מהטעם של הט"ז דיכול לומר דחוזרני עכשיו אבל בנ"ד יכול לומר התובע להנתבע שישבע או יקבל שאינו מאמינו עדיין בלבו ויכול לומר שחושדו ע"ז ע"כ י"ל דיהיה יכול התובע לומר כן ואין ראיה מן הא דאה"ע לסתור לדברי המבי"ט והראב"ד הנ"ל. אבל באמת זה אינו רק לדברי הט"ז אבל מן דברי הבית יוסף ושארי שו"ת נראה דלא ס"ל כן. וכן מן פשט דברי הרמב"ם והמחבר ושארי ראשונים נראה דאף היכא דמודה הבעל שמאמינו גם כעת ואינו חוזר בו עכ"ז אין כופין לו משום דאין דבר בערוה פחות משנים וכמש"כ החלקת מחוקק כנ"ל א"כ מזה הטעם גם בממון אין כופין ואינו יכול להטיל על הנתבע איזה שבועה או קבלה וח"ס:

וכיוצא בזה מצינו בכתובות (דף פ"ה) גבי קים לי בגווי' מרענא שטרא אפומי' דאמרו קרענא ס"ד כו' ומבואר שם ובריף והרא"ש ובח"מ סי' ט"ו דבזמן הש"ס דהיו דנין להך קים לי דלא הי' דנין כן אלא לאורועי שטרא ולאפוכי שבועה אבל לא להוציא ממון כו'. ע"כ הדין נותן דה"ה במאמינו הנתבע להתובע כתרי דאין להוציא ממון עפ"ז בב"ד ואף דנימא דחייב לציי"ש מ"מ אין שייך לומר בזה דיצטרך לישבע או להטיל עליו ח"ס כיון דעיקר החיוב אינו רק לציי"ש א"כ הא קמי שמיא גליא ואין נותנין ח"ס ושבועה על מה דאינו מחוייב רק לציי"ש וכמבואר בסי' פ"ז סעי' כ"ה דהיכא דאינו חיוב ממון אין משביעין ומחרימין ואף לשיטת הרמ"א שם הטעם הוא משום דקונסין אותו אם יודה אבל בנ"ד דאף אם יודה שמאמינו אינו מחוייב ממון בב"ד רק לציי"ש כמו דאמרו בפירוש גבי קים לי בגוי' קרענא ס"ד ואמרו בפשיטות כן א"כ חזינן אף במה שאומרים הב"ד דאותו האיש קים להם בו שהוא איש אמת תמיד. ועיין בב"ש סי' קט"ו ס"ק ל"ג משכ"כ בשם המהרי"ק שורש פ"ב מזה. אפ"ה אינו מועיל זה להוציא ממון מהמוחזק והטעם הוא הכל כמש"כ החלקת מחוקק בסי' קט"ו ס"ק כ"ג דאין מוציאין אותה מבעלה משום דאין דבר פחות משנים בערוה וה"ה בממון. ע"כ נראה לדינא לדון עפ"ז דאף היכא שאומר הנתבע דמאמין להתובע אין הב"ד יכולים לכפותו להוציא הממון מהמוחזק על ידי זה וכן אין לו להחרים על זה. רק דאומרים לו אם הוא מאמין באמת להתובע דיש עליו חיוב לציי"ש וכמו במאמין לאשתו האומרת דזינתה דהחיוב עליו לציי"ש וכמש"כ רע"א בתשובה סי' ק"א בד"ה ואפשר דזה ג"כ כו' בכוונת הרשב"א שכתב על דברי הרמב"ם דלא נתחוורו לו דבריו דקאי על דמשמע מהרמב"ם דמדינא הוא וזה לא נתחוור לו משום דאינו מחוייב רק לציי"ש ע"ש. וגם הרמב"ם הא כתב דאין כופין לו להוציאה ע"כ אין

לנו להחרים ע"ז. וכ"כ הרי"ף והרא"ש להדיא וש"פ דרק חיוב עליו לציי"ש כנ"ל וע"כ אין לנו כח לכופו ולהוציא ממון מהמוחזק וה"ה דאין לו להטיל ח"ס עליו כנ"ל:

וכן היכא דתובע יש לו ע"א המסייעו והנתבע משיב איני יודע באופן דלא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כגון היכא דלא ה"ל למידע או היכא דהתובע מודה דהנתבע אינו יודע וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"א דבכה"ג כ"ע מודו דלא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וטוען התובע דחושד להנתבע דהוא מאמין לדברי העד דלכאורה נראה בזה דיהיה יכול להשביעו או להטיל ח"ס עליו שאינו מאמינו וכמש"כ הראב"ד והמבי"ט גבי צוואה בע"א. אבל באמת נראה לדעתי לחלק דאינו ראי' מן הראב"ד והמבי"ט לנ"ד והוא דהנה הקצה"ח בסי' ר"פ ס"ק ב' כתב דהיכא דיש לנו ספק אם ינתן הירושה לאחר שאינו מן יורשיו דבכה"ג מהני לסמוך על רובא ואף דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב עכ"ז בזה אזלינן בתר רובא דדוקא היכא דבא להוציא מן חזקת ממונא אמרו דאין הולכין אחר הרוב דחזקת ממונא עדיף מן רובא אבל היכא דלא הוי מוחזק ממש אף דבכל ספיקא מוקמינן בחזקת מ"ק עכ"ז דינו כמו כל חזקה דרובא עדיפא מן חזקה וה"ה במה דאמרינן דמעמידין נחלה בחזקת יורשיו משום דהוחזקה נחלה באותו השבט אין דינו רק כמו כל אוקי אחזקה דהולכין אחר הרוב כל שאין אדם מוחזק בה עכ"ל הקצה"ח. וכ"כ הש"ש שמעתתא ד' פ' כ"ד ע"ש. ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ע"ב סעי' י"ח ענף ב' מזה. ולפ"ז י"ל דהיכא דמאמין לדברי העד לפי דקים לי' בגוי' ומהימן לי' כתרי וכמבואר באה"ע סי' קט"ו סעי' ז' ברמ"א בשם המהרי"ק דבזה מוציאין הנחלה מן חזקת היורש ומחוייב היורש לקיים כפי הצוואה שמעיד הע"א וכופין ע"ז בב"ד לפי דמה דמוציאין הנחלה מחזקתו אין זה הוצאות הממון מהמוחזק דהא חזינן דאף רובא מהני בזה. וגם יש להוכיח דמעלת קים לי בגוי' עדיפא ממעלת רובא דהא ע"פ רובא לא מרעינן לשטרא דהא קיי"ל לכללא דאין הולכין בממון אחר הרוב ואפ"ה ע"פ מעלת קים לי בגווי' מרעינן לשטרא כמבואר בכתובות (דף פ"ה) דשיטת רש"י דלא גבינן בי' וכ"כ הראב"ד בהשגות פ' כ"ד ה' סנהדרין ה' א'. ואלו ע"פ מעלת רובא לא מצינו כן [ועיין בברית אברהם ח' ח"מ סי' י"ג וסי' י"ד וקצרתי]. הרי דמעלת קים לי' בגוי' עדיפא מן רובא. וכיון דרוב מהני לסמוך עליו ולהוציא ממון מן חזקת היורש משום דלא הוי מוחזק גמור וכמש"כ הקצה"ח והש"ש ע"כ הדעת נותנת דסמכינן על מעלת קים לי' בגווי' להוציא נחלה מן חזקת היורש ומחוייב לקיים כפי הצואה של הע"א אם מאמינו להע"א משום דאין דינו של היורש כמוחזק גמור. אבל עדיין י"ל דהיכא דאנו דנין להוציא ממון ממוחזק גמור כמו בנ"ד דהנתבע טוען איני יודע אם נתחייבתי ויש

ע"א המעיד דהוא חייב ובאופן דלא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אז אף דמאמין הנתבע להע"א דמודה ע"ז אפ"ה כיון דהוי מוחזק גמור אין יכולת בידינו להוציא ממון עפ"ז וכמו דאמרו הכא בכתובות (דף פ"ה) בפשיטות קרענא ס"ד ופי' רש"י והר"נ דאין להוציא ממון או השטר מהמוחזק דאפוקי ממונא הוא ותרי בעינן. ובקצרה הוא דיש לחלק דשאני בהנידון של הראב"ד והמבי"ט גבי נחלה להוציא מן חזקת היורש ולהנתן לאחר כפי הצוואה של הע"א דאין דינו כמו מוחזק גמור דהא גם רובא מהני בזה מה"ט ע"כ בזה מצינו לומר דס"ל להראב"ד והמבי"ט דאם מאמינו מחוייב ע"פ דין לקיים כן משום דע"ז אינו מוכח מכתובות הנ"ל דיש לחלק דדוקא במוחזק גמור אמרו קרענא ס"ד. אבל מנלן להוכיח לנו לדון כן בנ"ד היכא דהוי מוחזק גמור דהא אדרבה מצינו להדיא דאמרו בש"ס הנ"ל דאין יכולת להוציא ממון מהמוחזק גמור וע"כ קשה להוציא ממון בנ"ד מהמוחזק רק דמחוייב לציי"ש. וממילא אין להחרימו ע"ז כיון דאינו מחוייב ע"פ דין כנ"ל לכן אין לנו ראי' מהראב"ד והמבי"ט לנ"ד וי"ל דגם אינהו מודו בזה דאין כופין להוציא מהמוחזק וכן אין מחרימין. וכש"כ היכא דאין כאן עד לפנינו רק דמאמין להתובע דהוי הבע"ד אז בוודאי יש לחלק בין נידון הראב"ד והמבי"ט לנ"ד כנ"ל: ענף ג:

וראיתי בשער משפט סי' ל"ג סוף ס"ק א' שכתב בנתבע הטוען איני יודע וקרוב ואשה מעידים כדברי התובע והנתבע דעתו סומכת לדברי העד ומאמינו דנראה דחייב הנתבע לשלם להתובע וראיה מקידושין (דף ס"ו) דאם מאמינו לע"א כתרי דחייב להוציאה כו' וה"ה לענין ממון כו' עכ"ל הש"מ. אבל לפי מש"כ לעיל להוכיח מהא דקידושין הנ"ל ע"פ דברי הרי"ף והרא"ש והריטב"א והרמב"ם והמחבר דס"ל לכולם דאין כופין שם ועיקר מילתא דהא אינו רק חיוב לציי"ש וכנ"ל. ודברי הברית אברהם בסי' פ"ו וכן שיטת הט"ז באה"ע סי' קט"ו המובא לעיל הם כנגד דברי המחברים בשו"ת וכן נתבאר למעלה כי החלקת מחוקק שם ס"ק כ"ג והב"ש שם בשם המהרש"ל ושארי אחרונים לא ס"ל כן ע"כ בנ"ד אין יכולת בידינו לכופו בב"ד רק ע"פ חיוב לציי"ש וממילא דאין להחרים עליו שיאמר האמת שחושדו שמאמינו כיון דאין עליו דין חיוב בכפיה ע"י הב"ד ע"כ נראה לע"ד דלא כהשער משפט בזה:

עוד ראיתי בשער משפט שם שכתב להוכיח כדבריו מהא דב"ב (דף נ"ב) דאין מקבלין פקדונות מן הנשים כו' אי מהימנא לך עשה כפירושה כו' הרי דסמכינן על זה להוציא ממון כו' עכ"ל הש"מ. ולענ"ד יש לומר בזה דהך עשה כפירושה היינו לענין חיוב לציי"ש וכמו דכתבו הרי"ף והרא"ש וש"פ בהא דקידושין (דף ס"ו) דא"ל אי מהימן לך כבי תרי

זיל אפקה דזהו לענין חיוב לציי"ש אבל לא לענין דינא בכפיה בב"ד כמו כן יש לפרש הכא דא"ל אי מהימנא לך עשה כפירושה היינו דמחוייב לעשות כן לענין לציי"ש אבל לעולם י"ל דאם אינו רוצה בזה אין לנו כח לכפותו וכן מה"ט אין לנו כח להטיל עליו ח"ס שאינו מאמינו:

אך עדיין יש להקשות מן לשון הרי"ף והרא"ש בב"מ שם והרמב"ם פ' כ"ב ה' אישות ה' ל"ב ופרק ז' ה' פקדון ה' יו"ד שהביאו לדינא להא דב"ב דאי מהימנא ליה יעשה כפירושן ולא כתבו דזהו רק לחייבו לציי"ש בלבד וכמו שכתבו כולם הנ"ל בהא דקידושין (דף ס"ו) בהך דאי מהימן ליה זיל אפקה דזהו רק לחייבו לציי"ש ולא לכפותו בב"ד. דכמו כן ה"ל לפרושי הכא. וכן הטור והש"ע באה"ע סי' פ"ו כתבו דאין מקבלין פקדונות מן האשה ואם קיבל יחזיר לאשה ואם אמרה בשעת מיתתה של פלוני הם אם נאמנת לו יעשה כדברי' ואם לאו יתן ליורשים. ומשמע דזהו מדינא והא לא כתבו כאן דכ"ז הוא רק מן צד חיוב לציי"ש ולא מצד הדין בכפיה וכמו שכתבו באה"ע סי' קט"ו דזהו רק לחיוב לציי"ש ולא בכפיה. א"כ מוכח מן כל זה דאם מאמינו דחייב לקיים כן ע"פ דין. אבל באמת אינו קשה דהא שאני התם דמיירי דהוא בפקדון ביד הנפקד והנפקד מאמינה א"כ אין בזה שום הוצאות ממון המוחזק כיון דהממון אינו ברשות האשה רק ברשות הנפקד ולכן כיון דאותו הנפקד עצמו אומר דמאמין להאשה ע"כ מחוייב לקיים בעצמו כן במה שמונח בידו כיון דאין בזה שום הוצאת ממון כלל מהמוחזק:

וכמו כן י"ל בעובדא דביתהו דרבה ב"ב חנה דב"ב (דף נ"ב) דכי קא שכבה אמרה הני כיפי דמרתא אתא לקמי' דרב א"ל אי מהימנא לך עשה כפירושה. די"ל דמיירי דהיו הנך כיפי בפקדון וכמו המובא לעיל שם בברייתא דאין מקבלין פקדונות כו'. ואף דבהך עובדא מיירי התם דאי מהימנא להבעל ולא מיירי התם במהימנא להנפקד בעצמו עכ"ז י"ל דכיון דאין הממון ברשות האשה והבעל רק בפקדון ת"י רשות אחר ע"כ אין זה הוצאות ממון מהמוחזק ומהני בכה"ג רובא וכמש"כ לעיל דהיכא דלא הוי מוחזק גמור דמהני רובא דבזה סמכינן על מה דמאמינו דזה עדיף מן מעלת רוב וכמש"כ לעיל בארוכה. אבל היכא דהממון הוא ברשות הבעל ממש י"ל דלא סמכינן על מה דמאמין הבעל להאשה להוציא הממון ע"פ דין מהמוחזק. ומה"ט לא כתבו הרמב"ם והטוש"ע להך דינא רק באם היו המעות בפקדון וכתבו כן אם הנפקד מאמינו וי"ל דה"ה כן אם הבעל מאמינו:

ולכאורה י"ל בזה לפי מש"כ הרא"ש בפסחים פ"א סי' ד' דרשות הנפקד כרשות המפקיד וקרינא ביה ביתו כו'. [ועיין בט"ז או"ח סי' ת"מ ס"ק ד']. וכן כתב הרשב"ם בב"ב (דף

פ"ה) דרשות הנפקד הוי כרשות המפקיד והובא בט"ז ח"מ סי' קפ"ט ועיין בקצה"ח שם ומה שהביא שם בשם המהרי"ט א"כ לפ"ז י"ל דהכא דהפקידה האשה החפץ ברשות הנפקד כיון דרשות הנפקד הוי כרשות האשה המפקדת א"כ מיקרי האשה בשם מוחזק כיון דקרינן ביתה ע"כ הוי הבעל דהוא יורשה בוודאי בשם מוחזק גמור כיון דכל זכות האשה שייך בוודאי לבעלה. ואף שכתבתי לעיל דהיכא דאנו דנין להוציא נחלה מן היורש ע"פ צוואה בע"א אין זה מקרי הוצאות ממון מהמוחזק וכמש"כ לבאר עפ"ז לדברי הראב"ד והמבי"ט. היינו דוקא התם דאם אנו דנין לקיים הצוואה א"כ לא היה שייך מעולם דין ירושתו ליורשיו אבל הכא גבי הבעל דברור לנו דהוא יורשה אך דאנו דנין על המעות אם הוא של האשה או של אחר דהיה בפקדון אצלה א"כ כיון דידוע לנו דהנפקד קיבל זה בפקדון מן האשה ע"כ הוי האשה בשם מוחזק גמור כיון דרשות הנפקד כרשות המפקיד לכן ממילא הוי הבעל מוחזק גמור א"כ אי נימא דמאמינו לא מהני להוציא ממון ממוחזק גמור ע"כ גם התם לא יהא מועיל מה דמאמין הבעל להאשה בתורת חיוב ע"פ דין רק לציי"ש:

אבל באמת יש לדחות זה והוא דהא קיי"ל בב"מ (ד' ל"ה) כר' יוסי דתחזור פרה לבעלים ראשונים ומה"ט אמרו בב"מ (דף מ"ב) גבי ספסירא דבעלים הראשונים הם בע"ד של השואל כמש"כ שם רש"י והתוס' וכן אמרו בב"מ (דף צ"ו ע"ב) גבי בעל בנכסי אשתו דאם אגרה פרה מעלמא ונסבה דלר' יוסי אין לו דין שאילה בבעלים משום דהוא נעשה שומר לבעלים הראשונים ועיין בסי' שמ"ו סעי' י"ז. וכ"כ הש"ך בח"מ סי' רצ"א ס"ק מ"א וכמש"כ הנתיבות שם דשומר השני נעשה שומר להראשון דיכול לגבות מהשני. א"כ הכא כיון דמאמין הבעל להאשה דאמרה על החפץ שהפקידה מכבר דזהו של פלוני ע"כ ממילא לפ"ז אין להבעל שם דין מוחזק דאף דרשות הנפקד כרשות המפקיד עכ"ז אין רשות הנפקד כרשות האשה המפקדת לבד רק דגם הבעלים הראשונים דהפקידו להאשה יש להם דין בע"ד נגד הנפקד השני וע"כ הוי רשות הנפקד השני כרשות בעלים הראשונים לכן אין זה מקרי הוצאות ממון מן המוחזק דדוקא היכא דאף דנימא דהחפץ שייך לפלוני מ"מ הוי הנתבע מוחזק גמור אז אמרינן הממע"ה ולא מהני בזה רובא וכן דין קים לי כו' אבל הכא בנ"ד אם נימא דהאמת הוא דהחפץ שייך לפלוני אז ממילא הוי מוחזק כיון דהדין הוא דהראשון הוא בע"ד של הנפקד השני ורשות הנפקד השני כרשות המפקיד הראשון וע"כ מהני בכה"ג לסמוך על סברת קים לי בגוויה כיון דאין זה מקרי הוצאת ממון מהמוחזק. ואף דיש לדון בזה כעין חזקת מ"ק כיון דעד זמן שאמרה מקודם מיתתה דהחפץ הוא של פלוני היה מוחזק לנו החפץ בשם האשה שהפקידה. עכ"ז כיון

דאין זה מוחזק גמור מהני בכה"ג רובא משום דרובא עדיף מחזקת מ"ק כנ"ל וה"ה דמהני בזה לסמוך על קים לי בגווי' דלא משקר כנ"ל. וכן לא שייך לדון בזה להחזקה דכל מה שהוא ת"י ה"ה שלו כמבואר בסי' צ"ט דהוי חזקה אלימתא א"כ ה"ה הכא כיון שהפקידה האשה את החפץ שייך לומר דיש לנו חזקה המבררת דהוא שלה ולא של אחר. דזה אינו דהא כתבתי בספר נחל יצחק סי' ס"ב לבאר דמעלת החזקה דת"י ה"ה שלו אין זה רק מפאת מוחזקות ע"ש. א"כ הכא דנתבאר דלא שייך לדון הכא למעלת מוחזק כ"כ כיון דרשות הנפקד השני הוא כרשות בעלים הראשונים ע"כ שפיר כתבנו לדון דאין מקום להוכיח מהתם על מוחזק גמור ועדיין י"ל דבמוחזק גמור לא מהני מה דמאמינו לחייבו מן הדין ובכפיה רק על חיוב לצי"ש:

ועוד דאף דנימא דהך עובדא דביתהו דרבה ב"ח דב"ב הנ"ל הי' שם החפץ ברשות האשה והבעל מ"מ אין מקום להוכיח משם לנ"ד די"ל דמה דאמר לי' דיעשה כדברי' היינו לענין לצי"ש וכמש"כ לעיל בארוכה. ועיקר ראייתי הי' לעיל מן מה דסתמו הפוסקים וכתבו דאם נאמנת האשה להנפקד דיעשה כדברי' בזה י"ל דהא הפוסקים כתבו הך דינא בפקדון שהוא ת"י הנפקד והאשה מהימנא להנפקד ע"כ בקצרה י"ל בזה דעל מה שמונח ת"י מהני מה דמאמינה בעצמו וכמש"כ לעיל בארוכה. ולכן אף שמבואר בח"מ סי' ט"ו סעי' ה' דהאידנא בטלו הנך דינין דקים לי בגוויה ולא דייניו זה עכ"ז הכא מהני מה דמאמין הנפקד להאשה משום דעל מה שיש ת"י בעצמו מהני מה דמאמינו בעצמו. וכן יש ללמוד מזה דה"ה היכא שהחפץ מונח ת"י הב"ד דבזה מהני מה דאומרים הדיינים קים לנו וסומכים אנחנו על דעתו והגדתו דמעיד כן דיכולים לסמוך על זה ולעשות כן במה שהוא ת"י הב"ד אף דהאידנא בטלו הנך דינין דקים לי בגווי':

ענף ד:

ולכן אין לנו ראיה מוכרחת להוכיח לדון דהיכא דמאמין הנתבע להתובע יהיה לנו מקום להוציא הממון מהמוחזק ע"פ דין ובכפיה משום דיש לחלק כנ"ל. ולכן יכול הנתבע לומר דאף דהע"א או הבע"ד התובע מוחזק בעיניו דלא משקר וכעין הא דכתובות (דף פ"ה) דקים לי בגווי' דלא משקר וכמבואר באה"ע סי' קט"ו סעי' ז' דמאמינו בשארי דברים ג"כ וכמש"כ המהרי"ק שורש פ"ב [ועיין בתשובת רע"א סי' ק' וסי' ק"א מזה]. עכ"ז יכול הנתבע לטעון דמ"מ אין להתובע להוציא ממון עפ"ז דמ"מ אין זה דבר ברור וכמש"כ החלקת מחוקק שם ס"ק כ"ג. דאכתי יכול להיות איזה התחדשות דנעשה בהע"א המעיד כן עכשיו לפני הב"ד דהעיד עדות בשקר מחמת איזה סיבה רחוקה דמחמת זה העיד שקר. רק היכא דלא הוי מוחזק גמור דמהני רובא בזה כנ"ל מה"ט סמכינן שם על מה

דמאמינו משום דגם זהו בגדר רובא דלא שכיח לחושדו שיוציא שקר מפיו כיון דכל ימיו היה מוחזק לאיש מהימן בעיניו. אבל מ"מ חשש מיעוטא יש לדון דאף דהיה מוחזק מכבר לאיש מהימן עכ"ז יש מיעוט לומר אולי יצא עכשיו מחזקת כשרותו ובמקום חשש להוציא ממון מהמוחזק כיון דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ לא סמכינן בכה"ג על מה דמאמינו מעולם שהוא מוחזק בעיניו תמיד לאיש מהימן וקשה להוציא ממון מהמוחזק בזה:

וכן יש לדון בזה לפי מש"כ הנתיבות בסי' ל"א ס"ק א' בטעם הדבר דע"א אינו נאמן דלא משום דחשדינן אותו למשקר רק הטעם הוא משום דאמרינן דלא דייק ואומר בדדמי והיכא דמדכר דכיר נאמן אף ע"א וכמש"כ רש"י בב"מ (דף 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 ליה שייכות בגווי' לא דייק כ"כ ואמר בדדמי וכ"כ הנתיבות בסי' נ"ו ס"ק י"ח. [וכן מצינו בהרא"ש ליבמות פ' ט"ו סי' ג' גבי מלחמה בע"א לחלק בין ע"א לשני עדים משום חשש בדדמי ויש לחלק]. א"כ לפ"ז יש להקשות במה דאמרו בכתובות (ד' פ"ה) דדנו ע"פ מה דאמר קים לי בגווי' דלא משקר דהא אף דאינו נחשד למשקר עכ"ז הא עיקר הטעם דע"א אינו נאמן אינו משום חשש משקר רק משום חשש בדדמי. וע"כ מוכרח לומר דכוונת הגמ' במה דאמרו קים לי בגווי' דלא משקר הוא דמכירו שלא אמר מעולם לדבר שיש לחוש בדדמי רק מדייק היטב בדבריו וע"כ ממילא לא יצא שקר מפיו וכעין הא דפסחים (דף נ"ב) נקוט כו' דדייק וגמיר כו' וברכות (דף ל"ג ול"ח). וע"כ י"ל דלכן לא מהני מה דמאמינו להוציא ממון עי"ז משום דאכתי יש לחוש שמא העיד בדדמי בפעם הזאת. וכש"כ היכא דמחולקים התובע והנתבע בהפרעון והנתבע מאמין לתובע ובאופן שאין לחייבו משום איני יודע אם פרעתי די"ל בזה דאולי התובע שכח הפרעון כמו דאי' בכתובות (דף פ"ז) דמפרע לא דייק. וכל האמתלאות הללו אמרינן כן מעצמינו אף דאינו טוען כן הנתבע לפנינו משום דמה שכתב הט"ז באה"ע סי' קט"ו ס"ק י"א ליישב דברי הטור דסתרי אהדדי ע"פ מה שמחלק דדוקא באומר איני מאמינך בזה כו'. הנה מן דברי הבית יוסף והב"ח והמהרש"ל שהובא בב"ש שם מוכח דלא ס"ל כן ולכן מהדרי אחר תירוצים אחרים ע"ש. וכן מורה פשט דברי הראשונים ע"כ קשה להוציא מהמוחזק בנ"ד. וכעין זה אמרו בכתובות (דף פ"ה) במה דאמרו קים לי כו' דאין להוציא ממון עפ"ז אף דאומר הדיין דקים לי בגווי' מ"מ אנו תולין זה באיזה סיבה רחוקה במה דהעיד העד כן וכדי שלא להוציא ממון מהמוחזק רק לאורועי שטרא ולאפוכי שבועה. וגם הא אמרו שם כל הראשונים והובא בח"מ סי' ט"ו דהאידנא לית לי' לדיין לדון להך קים לי בגווי'

דלא בריר לן קים לי בגווי' היכי הוא כו' ואינם חכמים כראוי כמבואר בטוש"ע שם. והנה בהך דין דמהימן לי דאה"ע סי' קט"ו ילפי ליה מן הא דכתובות (דף פ"ה) כמבואר שם סעי' ז' ברמ"א בשם המהרי"ק והובא בקצרה בב"ש שם ס"ק ל"ג שכתבו שם דלא יוכל לומר שמאמין לעד אלא אם מאמין העד לשארי דברים ודוקא בגברא דגיס בי' ומצוי אצלו כו'. א"כ כמו דאמרו בח"מ סי' ט"ו דהאידנא נתמעטו בני בינה וע"כ אינם יכולים לדון להנך קים לי האידנא וה"ה י"ל הכא במאמינו הבע"ד דג"כ יכול להיות שטעה באיזה דמיון והשערתו דנראה לו דהוא מהימן ובאמת יכול להיות דאינו איש מהימן וע"כ קשה להוציא ממון ע"י זה מהמוחזק אף בזמן הש"ס וכש"כ האידנא דאינן בני בינה כראוי ולא שייך בזה לומר הודאת בע"ד כמאה עדים כיון דאינו אומר רק משום אומדנא. כללו של דבר דמצינו דאמרו להדיא בזה באה"ע סי' קט"ו דאין כופין וע"כ הטעם הוא משום דכיון דעיקר אומדן דעתו דמאמינו הוא לפי דמוחזק בעיניו לאיש מהימן בכל הדברים דגייס בי' ומצוי אצלו ויודע בו דלא משקר מעולם כמש"כ הרמ"א והמהרי"ק ע"כ אינו בכפיה רק לצי"ש וזהו אינו מה"ת וכמש"כ הב"ח בטור אה"ע סי' קט"ו. משום דאפשר להיות סיבה רחוקה דאיתרע לי' עכשיו חזקת כשרותו והעיד שקר וכעין הא דברכות (ד' כ"ט) אמר לך רבא צדיק מעיקרא נמי דילמא הדר בי'. אע"ג דזהו לא שכיח מ"מ הא אין הולכין להוציא ממון אחר הרוב או דיכול להיות דהעיד כן משום בדדמי וטעה בפעם הזאת באיזה דמיון והשערתו כנ"ל. או דיכול להיות דבעיקר הדבר מה דאומר קים לי דלא משקר מעולם אפשר דטעה בזה גופא וכדאמרו גבי הגדת הדיינים לומר קים לי בגווי' בח"מ סי' ט"ו דהאידנא דנתמעטו ואינן חכמים ובני בינה כ"כ יוכל להיות דטעו באומדן דעתם בזה ע"כ מכש"כ דיכולים להסתפק בחשש זה אף בזמן הש"ס על הבע"ד עצמו דאפשר דטעה בזה באיזה אומדן דעתו ע"כ אין לנו יכולת לכופו כדאמרו להדיא בהא דאה"ע סי' קט"ו ובראשונים לקידושין דף ס"ו ויהיה איזה טעם שיהיה ע"כ ה"ה דאין יכולת להוציא ממון מהמוחזק כנ"ל ע"י זה:

ולכאורה יש להוכיח זה מן שבועות (ד' ל"ב) דאמר אביי הכל מודים בע"א ומפרשי שם אח"ז בע"א דר' אבא. ואי נימא דבע"א היכא דמאמינו הבע"ד דחייב לשלם מן הדין א"כ ה"מ הש"ס לאוקמי דמיירי היכא דאומר הבע"ד דמאמין לאותו הע"א אם יעיד וכיון דיכולים להוציא בכה"ג ממון ע"כ מקרי זה כפירת ממון וחייב הע"א קרבן שבועה. ויש לדחות זה הראי' דהא אי' בירושלמי שבועות פ"ד ה"א להוציא ע"א כשאמרו לו הרי את מקובל עלינו כשני עדים יהא חייב ת"ל והוא עד כו' את שכשר להעיד עדות תורה יצא א' שאינו כשר להעיד עכ"ל והובא בהר"נ לשבועות פ"ד על משנה דשם ד' ל"ה. א"כ

מטעם זה ה"ה אף היכא דמאמינו הבע"ד ג"כ פטור הע"א מקרבן שבועה כיון דאינו נאמן מצד עצמו רק מצד מה דמאמינו הבע"ד ע"כ אין עליו שם עד בזה:

ענף ה:

ומש"כ כת"ר להוכיח מן ב"מ (דף ל"ה) דאמרו תהא במאמינו ופריך ונהמני' לוה למלוה כו' הרי דמוכח דמהני מה דמאמינו עכ"ל. הנה לענ"ד אין זה הוכחה משום דהא עדיין י"ל דלהוציא ממון לא סמכינן על מה דמאמינו ושם קאי הגמ' על מה דמבואר שם במשנה אחר דתני סלע הלויתני שתים היה שוה כו' סלע הלויתיך סלע היה שוה פטור דתני אח"ז סלע הלויתני שנים היה שוה והלה אומר סלע הלויתיך ה' דינרים היה שוה חייב דחייב המלוה שבועת מודה במקצת. א"כ התם הא הוי המלוה מוחזק וע"כ שפיר מהני מה דמאמינו הלוה להמלוה דיהיה פטור המלוה מהשבועה. וגם הא נתבאר לעיל דע"פ מה דמאמינו מוטל עליו חיוב לציי"ש והיכא דמחוייב לציי"ש מהני תפיסה לשיטת כמה פוסקים. וגם י"ל בזה לפי מש"כ הרא"ש בב"מ פ"א סי' ג' להוכיח דע"א מסייע פוטר משבועה ממה דאמרו בב"מ (דף ד') דפטרינן משבועה בסיוע שטר בעלמא אע"פ שאין כאן עדות גמורה כו' עכ"ל הרא"ש. הרי דפטרינן משבועה ע"פ איזה סיוע אע"ג שאינו עדות גמורה וע"כ ה"ה הכא דמאמינו הלוה להמלוה דאף דנימא דאין זה עדות גמורה להוציא ממון ע"פ דין מ"מ מהני זה למיפטרי משבועה דהא הוי עכ"פ איזה סיוע כנ"ל. ועדיין י"ל דלהוציא ממון בדין לא סמכינן על מה דמאמינו ועיין בתוס' שם ד"ה תהא במאמינו כו':

ועוד י"ל בפשטות הענין דאינו שום ראיה כלל מהתם לנ"ד דהא התם קאי הש"ס במה דמוקי דמיירי במאמינו וע"ז פריך כיון דמיירי דהלוה מאמין להמלוה א"כ אמאי לא ליהמני' גם בהא ובאמת הא הלוה מכחיש בברי להמלוה א"כ אינו מוחזק בעיניו למהימן ע"כ איך מאמינו על שבועה דאינו ברשותו דניחוש עדיין שמא עיניו נתן בה וכמש"כ שם הפני יהושע לפרש כוונת הגמ' ולתרץ קושיות קיקיון דיונה דהא יש לחלק דשאני בענין שאינו ברשותו דברי ושמא הוא משא"כ בענין דמי שוויה דהלוה טוען בריא שמשקר כו' ע"ש. וע"כ עדיין י"ל דהיכא דהלוה מאמינו להתובע אך דאומר דאף דמוחזק בעיניו תמיד למהימן וגייס ביה דלא משקר מעולם ועכ"ז אינו רוצה להוציא הממון מרשותו על סמך זה משום דיכול להיות איזה השתנות דאיתרע חזקת כשרותו כעת וכמש"כ לעיל להסביר זה או דהב"ד בעצמם טוענים כן וע"כ אין היכולת בידם לכופו היכא שאין הלוה רוצה לסמוך על מה דמאמינו. אבל הכא דמוקי דמיירי במאמינו הלוה להמלוה והלוה מקיים כן וסומך על מה דמאמינו וע"כ אינו משביעו לשבועה דאינו ברשותו א"כ שפיר

פריך הגמ' דניהימני' ג"כ להמלוה במה שאומר שווי' של המשכון כיון דסומך ג"כ לפנינו על מה דמאמינו להמלוה מחשש דשמא עיניו נתן בה א"כ ניהימני' לוה למלוה גם על דמי שוויה במה שאומר שמאמינו כיון דחזינן דהלוה סומך על נאמנות המלוה עכשיו בנידון זה. ואי דנימא דשאני היכא דמכחישו בברי א"כ הא אינו מוחזק בעיניו לנאמן ואמאי מאמינו הלוה על חשש דעיניו נתן בה וכמש"כ הפני יהושע שם בסוגיא זו וכנ"ל. וע"כ עדיין י"ל דהיכא דהלוה אינו נותן מקום לסמוך ולעשות מעשה לקיים כפי מה שמאמינו י"ל דאין לנו יכולת לכופו ולהוציא ממון מהמוחזק על סמך מה דמאמינו רק דזה אינו מועיל אלא לחיוב לצי"ש ונדחה ראיה זו. ועיין בב"מ (דף צ"ז ע"א) בתוס' ד"ה ביום שהיתה כו' שכתבו דמיירי במאמינו כו'. וג"כ הוא משום דהתם הוי מוחזק וגם י"ל דמיירי דנתרצה לסמוך על מה דמאמינו כנ"ל. ומש"כ התוס' שם דבסיפא שהמשאיל רואה שמשקר אינו מאמינו הוא כעין מש"כ למעלה:

ובני היקר מו"ה צבי הירש שי' אמר להביא ראיה דסמכינן על מה דמאמינו לחייבו ממון מהא דב"ק (דף צ"ח) דאמר רבה השורף שטרו של חבירו פטור כו' ומקשינן ה"ד אי דאיכא סהדי כו' ואי דליכא סהדי אנן מנא ידעינן אמר רבא תהא במאמינו וכפי גיר' יש"ש ברש"י שם דמאמין שורף לבעה"ש. הרי דמבואר דבמה דמאמינו סמכינן לחייבו ממון עכ"ל. והוא באמת ראיה נכונה. אך לענ"ד נראה לדון בזה דהנה בספר שיבת ציון סי' ק"ט הביא למה שהקשה הפני יהושע בב"ק (דף צ"ח) לדעת מהרש"ל דגם בקנס דרבנן אמרו דמודה בקנס פטור דא"כ מה מתרצי בב"ק שם דמיירי במאמינו הא ה"ל מודה בקנס ופטור בלא"ה ותירץ בספר שיבת ציון שם די"ל דזה גופא הוא טעמא דרבה משום ניירא בעלמא קלאי ואין לחייבו רק משום דד"ג וה"ל קנסא וממילא פטור משום דה"ל מודה בקנס והיינו כדעת מהרש"ל כו' ע"כ השיבת ציון. ועיין בקצה"ח סי' שפ"ח ס"ק י"א ובש"ך סי' שפ"ח ס"ק נ"א. א"כ לפ"ז י"ל דמה דאמרו בסוגיא זו דמיירי במאמינו היינו לענין חיוב לצי"ש דהא חיוב לצי"ש מוטל עליו לקיים כן אם מאמינו כמו דאמרו בקידושין (דף ס"ו) דאי מהימן לך כתרי זיל אפקה ופירשו דקאי על חיוב לצי"ש כנ"ל. אך מצד דהוי מודה בקנס דפטור לשי' המהרש"ל אז פטור אף מן חיוב לצי"ש וכמש"כ התוס' בכתובות (דף ל"ג ע"ב) בד"ה לאו משום דלא מחייב כו' דבקנס ליכא חיוב לצי"ש וכמו דמבואר בירושלמי לכתובות פ"ג סוף ה' יוד ע"ש. ע"כ לפ"ז אין ראיה מסוגיא זו להוכיח דסמכינן על מה דמאמינו לחייבו בדין משום די"ל כנ"ל:

ענף ו:

אכן עיקר דברי השיבת ציון אינו נכון לפי מה דמבואר ברי"ף והרא"ש בב"ק (דף צ"ח) דכתבו דלית הלכתא כרבה דפוטר לשורף שטרות כו' משום דהלכתא דדיינינן דד"ג וכמש"כ הנ"י שם וכ"כ הרמב"ם בפ"ז ה' חובל ומזיק ה"ט כמש"כ שם המגיד משנה דלית הלכתא כרבה הרי דטעמא דרבה הוא משום דלא דאין דד"ג ולאו משום דה"ל מודה בקנס דפטור. ואפשר לומר דבאמת לשיטת הסוברין דד"ג דינא הוא ולא קנסא א"כ מוכח לפ"ז דטעמא דרבה הוא משום דלא דאין דד"ג אבל אם היה דאין דד"ג היה מחייב לשורף שטרו במאמינו ולא הוי טעמו דרבה משום מודה בקנס. וי"ל דבאמת לשיטת הסוברים דחיוב דד"ג הוא מדינא ולא משום קנסא אתי שפיר במה דמחייבי במאמינו משום דד"ג לא הוי קנסא וכמו דס"ל להרבה פוסקים כן כמבואר שיטתם בש"ך סי' שפ"ו וכן הוא שיטת הרמב"ם והטוש"ע כמבואר בסי' ס"ו סעי' ל"ב דאם מת ישלמו יורשיו וכמש"כ הש"ך שם. אבל לשיטת הסוברים דד"ג הוי קנסא שפיר י"ל בטעמא דרבה דלכן פוטר לשורף שטרו משום דה"ל מודה בקנס וכמש"כ השיבת ציון לתרץ לקושיות הפני יהושע הנ"ל. ואכתי תקשה לקושיות הפני יהושע הנ"ל במה דמסיק הש"ס שם בב"ק (דף צ"ח) דמאן דדאין דד"ג מגבי ביה דמי שטרא מעליא מן השורף השטר כו' הוה עובדא וכפיי' רפרם לרב אשי ואגבי ביה כו'. הרי דלמאן דדאין דד"ג מגבינן מן השורף השטר וזה הוא במאמינו כדקא מוקמינן לעיל שם דאם לא כן תקשה לקושיות הש"ס שם אי דאיכא עדים כו' ואי דליכא עדים כו' והש"ס לא מהדר לתרוצי לתירוץ אחר רק להתירוץ דתהא במאמינו. א"כ חזינן לדינא דס"ל דאף דמודה על חיוב דד"ג דמגבינן מיני' ולא מיפטר משום מודה בקנס א"כ עדיין תקשה לקושיות הפנ"י ואינו מספיק ע"ז לתירוץ השיבת ציון והדברים ארוכין ואכמ"ל:

ועכ"פ מוכח דלשיטת הרי"ף והרא"ש והנ"י והרמב"ם והטוש"ע דהא דרבה פוטר בשורף שטרות הוא משום דלא דאין דד"ג אבל אם דאין דד"ג היה מחייב שורף שטרו במאמינו א"כ מוכח מזה דבמאמינו יש עליו חיוב ע"פ דין דאין לומר דמיירי בחיוב לצי"ש א"כ תקשה דאף לרבה דס"ל דלא דיינינן דד"ג עכ"ז הא חיוב לצי"ש מוטל עליו כמו דאמרו בגרמא דנזקין בב"ב (דף כ"ב) דגרמא בנזקין אסור ואף לרבה דפוטר לדד"ג מ"מ דינו כמו גרמא עכ"פ א"כ כוונת רבה לפוטרו בדיני אדם. וקשה הא בלא"ה פטור בדיני אדם כיון דבמאמינו אינו יכול להטיל עליו חיוב בדין רק לצי"ש ע"כ שפיר הוכיח בני הרב מוהרצ"ה נ"י מזה דבמאמינו יכולים הב"ד לכופו לשלם בדין:

ואפשר לומר דאף דגרמא בנזקין אסור היינו דחבירו מעכב עליו ואסור לו לגרום היזק לחבירו כמבואר בב"ב וברשב"ם שם. ומחוייב לסלק ההיזק כמבואר בסי' שפ"ו סעי' ג'.

אבל עדיין י"ל היכא דכבר גרם ההיזק לחבירו ע"י גרמא דפטור לשלם לחבירו אף מן חיוב לצי"ש וכמש"כ הקצה"ח בסי' ל"ב וכן הוא בתשובת חכם צבי סי' קל"ח דדוקא בהא דב"ק (דף נ"ה) דשוכר עדי שקר חייב בד"ש וכיוצא דשם בזה מוטל עליו חיוב לשלם לחבירו לצי"ש אבל בגרמא בנזקין פטור אף בדיני שמים לשלם לחבירו אלא עונש יש עליו אף בגורם דגורם ע"ש. א"כ לפ"ז יש לפרש למה דמוקמינן הכא במאמינו דלפ"ז יש לפרש הכי דאלו הי' דאין דד"ג הי' חייב לצי"ש היינו לשלם הממון לחבירו לצי"ש כמו דאמרו בסתמא בקידושין (דף ס"ו) דאי מהימן לך זיל אפקה ופירשו דקאי על חיוב לצי"ש וה"ה יש לפרש הכא אך לפי דרבה לא דאין דד"ג ודינו ככל גרמא בעלמא דפטור אף מצד לצי"ש לשלם לחבירו אלא דיש עונש עליו כמו כל העובר על איסור וצריך תשובה אבל דין תשלומין ליכא עליו כלל אף לענין לצי"ש. ולכן אין ראי' מהך דב"ק דאמרו במאמינו להוכיח מזה דגם להוציא ממון בבית דין סמכינן על מה דמאמינו משום די"ל כנ"ל:

אך עיקר דברי הקצה"ח שכתב דבגרמא בנזקין פטור אף בדיני שמים לשלם לחבירו רק בהנך דאמרו בב"ק (דף נ"ה) ד' דברים העושה אותן פטור בד"א וחייב בד"ש באלו מוטל עליו חיוב לצי"ש לשלם. לענ"ד אינו כן דהנה ראיתי בשמ"ק לב"ק שם במה דמסקי שם (דף נ"ו) בסוגיא זו במה דפריך הש"ס שם ותו ליכא והאיכא כו' וחייב בד"ש ומשני אין מיהא איכא טובא והני איצטריכא לי' מהו דתימא כו' בד"ש נמי לא ליתחייב כו' קמ"ל. וכתב השמ"ק שם טובא מיהא איכא כגון ליבה וליבתו הרוח שיסה בו כלב ונחש הרחקת סולם מן השובך ונפיצת הפשתן המוזכר בפ' לא יחפור כו' סילק את הכרים האמור בפרק כיצד הרגל הבאיש מריחו האמור למעלה הוזקה באכילה נפל מקול הכרי' והרבה כיוצא באלו שהוא גרמא ופטור אלא שיש מהם שפטור אף בד"ש והוא שאין כוונתו כלל להזיק כי הוא יודע תעלומות לב ויש גרמות שהוא חייב בהם כו' הרב המאירי ז"ל עכ"ל השמ"ק. הרי להדיא דס"ל להשמ"ק בשם הרב המאירי דאף היכא דלא תני בהו להדיא פטור מד"א וחייב בד"ש רק סתמא אמרו בהו דפטור משום דה"ל גרמא בעלמא וכמו הא דב"ק (דף מ"ח ע"ב) ובדף (ס' ע"א) וכל הנך דמונה שם בשמ"ק דאמרו דמיפטר משום דה"ל גרמא מ"מ גם בהו מחוייב בד"ש לשלם כמו כל הנך ארבעה דברים דחשב שם בב"ק וכל הנך הם בכלל מה דאמרו בסוגיא הלז התם אין מיהא איכא טובא והני איצטריכא ליה דה"א דשאני הנך ד' דברים דאף בד"ש לא ליחייב כו'. זולת היכא דלא הי' כוונתו להזיק כלל אז פטור אף בד"ש. א"כ מוכח דלא כמש"כ הקצה"ח בפשיטות

דבגרמא בנזקין פטור לשלם אף בד"ש אלא כל גרמא חייב בד"ש לשלם כמו כל הנך ד' דברים דתני בהו בהדיא כן וכמש"כ השמ"ק:

ולפ"ז אתי שפיר למש"כ בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעיף ד' ענף וא"ו בהגה"ה שכתבתי ליישב לדברי רש"י בב"ק (דף ל"ה) בסלע לקה דמתחכך הי' בסלע ולקה דקשה למה לא פי' דע"י רדיפת שורו נלקה בסלע ותרצתי משום דאף דפטור בזה משום דה"ל גרמא מ"מ חייב בד"ש ומהני תפיסה לשיטת כמה פוסקים ושם מוכח בסוגיא דלא מהני התם תפיסה עכ"ל בקצרה. משום דאף בגרמא חייב לשלם לצי"ש וה"ה במעשה שורו כמש"כ שם וה"ל לנטורי לשורו אף ע"י היזק בגרמא. וכעין הא דב"ק (דף כ"ט ודף נ"ו) נשברה כדו ולא סלקו נפלה גמלו כו' חכ"א פטור מד"א וחייב בד"ש משום דלא סלקו ולא העמידו וה"ה בזה וקצרתי. והא שכתבו התוס' בב"ק (דף נ"ו ע"א) בד"ה אלא לחברי' דדוקא שוכר עדי שקר חייב בד"ש ולא אומר כו' היינו משום דנפטר שם משום דאין שליח לדבר עבירה ודברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ע"כ קילא זה מן גרמא בנזקין ופטור אף בד"ש לשלם לחבירו משא"כ בגרמא בנזקין. והא דאמרו בקידושין (דף מ"ג) דשולחיו חייב בד"ש היינו לענין עונש וכמו שכתב הקצה"ח דהא לא מתניי' שם לענין ממון משא"כ הכא בב"ק (דף נ"ה) גבי ד' דברים דפטור מד"א וחייב בד"ש ואמרו דטובא איכא כיון דנשנית זה לענין תשלומי ממונא וע"ז אמרו פטור מד"א וחייב בד"ש ממילא מוכח דחייב בד"ש לשלם לחבירו את ההיזק. ואפשר דגם הקצה"ח שכתב וכמה מיני גרמא איכא שנפטר מתשלומין אפילו בד"ש. כוונתו להיכא דלא הי' כוונתו כלל להזיק וכמש"כ השמ"ק כנ"ל ואף דעונש אית לי' משום דאדם מועד לעולם עכ"ז לענין תשלומי ממון פטור אף בד"ש. והא דנשברה כדו ולא סילקו כו' זה הוי כמו מזיד כיון דלא סלקו וכן בהא דהבאיש מריחו דב"ק (דף מ"ח) כנ"ל וכן כל כיוצא בו. וכן י"ל במש"כ בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעיף ד' בענף וא"ו בהגה"ה כנ"ל. ואף דנימא דאין זה במשמע דברי הקצה"ח עכ"ז העיקר הוא כמש"כ בשם השמ"ק. ועיין בש"ך ח"מ סי' שמ"ח ס"ק ה' מה שהביא בשם הדרכי משה וקצרתי: וכש"כ לפי מש"כ הש"ך בח"מ סי' ל"ב ס"ק ג' דאף באומר לעדים שיעידו שקר ג"כ חייב לצי"ש משום דלאו דוקא שוכר דה"ה אומר ולא ס"ל להחילוק של הקצה"ח שם א"כ בוודאי ה"ה כל גרמא בנזקין חייב לשלם מצד לצי"ש וכמש"כ הש"ך שם בזה"ל דלעולם חייב בד"ש היכא דגורם היזק לחבירו אפילו לא שכרן כו'. וכ"כ הש"ך בח"מ סי' כ"ח ס"ק ב' בזה"ל אבל היכא שגרמא בנזקין הוא ואין בו חיוב מן הדין אלא לצי"ש כו' עכ"ל. דמשמע דס"ל בפשיטות בכל גרמא דחייב לשלם מצד לצי"ש וכמש"כ בסי' ל"ב הנ"ל. ובח"מ סי' קפ"ב ש"ך ס"ק

א' בסופו שכתב וע"ל סי' ל"ב מ"ש בס"ב אי אמרינן דחייב לציי"ש אע"ג דאשלד"ע או לא ועיין בסי' כ"ח סעי' א' כו' עכ"ל. א"כ לפי שיטת הש"ך בוודאי בגרמא בנזקין הדין הוא דמוטל עליו חיוב תשלומין לציי"ש. ואף לפי דברי הקצה"ח שם מ"מ בגרמא בנזקין הדין הוא דמחוייב לשלם לציי"ש וכמש"כ בשם השמ"ק כנ"ל. א"כ ה"ה לרבה דס"ל דלא דייניגן דד"ג ופוטר לשורף שטרות מ"מ הדין הוא דחייב לשלם לציי"ש דלא גרע מן גרמא לדידן. א"כ לפ"ז תסוב שפיר ראיות בני היקר הרב הג' מוהרצ"ה שיחי' מהא דב"ק ד' צ"ח על נכון דמוכח מהא דאמרו התם תהא במאמינו דסמכינן על מה דמאמינו להוציא ממון בב"ד דאין לומר דמיירי שם לענין חיוב לציי"ש דא"כ תקשה במה דאמר רבה שם השורף שטרו של חבירו פטור הא אף דס"ל דלא דייניגן דד"ג מ"מ הא חייב לשלם לציי"ש עדיין וע"כ מוכח דכוונת רבה התם הוא לפוטרו בדיני אדם א"כ מוכח דאלו הוי ס"ל דדייניגן דד"ג הי' מחייבו לשלם בב"ד היכא דמאמינו ע"כ הוי זה ראי' חזקה להוכיח מזה דלא כמש"כ לעיל:

ענף ז:

שוב ראיתי דעדיין יש לדחות ראי' זו ונקדים למה שכתב הב"ש בסי' י"א ס"ק י"ד על מש"כ הרמ"א שם דע"א בכיעור לאו כלום הוא דאפילו מהימן לי' כתרי מותרת אפילו לנחשד בשם תשובת ש"י ותשובת מהר"ם עכ"ל. וכ"כ הב"ש בסי' קט"ו ס"ק כ"ה בשם תשובת מהר"ם לובלין סי' פ'. והסבר הענין כן הוא דכיון דאף בשני עדים על כיעור אין זה דבר ברור כ"כ וע"כ לא דייניגן כן אלא בשני עדים על כיעור ולא בע"א אף דמהימן לי' כתרי ועיין בתשובת רע"א בתשובה סי' ק' וסימן ק"א. ולכן ה"ה הדין נותן בדד"ג אי נימא דפטור בדיני אדם אז הדין הוא דאם ליכא שני עדים ע"ז רק ע"א דמאמינו הבע"ד או דמאמין הנתבע להתובע דאף דבדיני שמים חייב במאמינו מ"מ זה אינו רק היכא דבשני עדים הי' עליו חיוב גמור לשלם בזה אמרינן דבמאמינו מוטל עליו חיוב לציי"ש אבל היכא דאף בשני עדים אין עליו חיוב גמור לשלם בב"ד כמו גרמא בנזקין לדידן או דד"ג לרבה דס"ל לפטור בד"א לכן אף דאם היה זה מבורר בשני עדים הי' מוטל עליו חיוב בד"ש מ"מ היכא דליכא ב' עדים רק מה דמאמינו בזה ליכא עליו אף חיוב תשלומי ממון בד"ש וכמו בע"א בכיעור דאף דמהימן לי' כתרי דמותרת אף לנחשד כנ"ל משום דאינו דומה לשני עדים ואף דמהימן לי' כתרי מ"מ גרע משני עדים בזה:

ולכן יש לומר דמה דאמרו בב"ק (דף צ"ח) תהא במאמינו דאינו מוכח מזה דבמאמינו יהי' מחוייב בדיני אדם רק י"ל כמש"כ לעיל דזה קאי על חיוב בד"ש וכמו דפירשו הראשוני' למה דמבואר בקידושין (דף ס"ו) דאי מהימן לך כתרי זיל אפקה דקאי בד"ש

וכנ"ל. רק אם היה הדין לחייב לדד"ג וכדקיי"ל כר"מ אז שייך לומר דבמאמינו יהי' עליו חיוב בד"ש אבל לרבה דס"ל דלא דיינינן דד"ג לחייבו בד"א לכן אף דחייב בד"ש כנ"ל דלא גרע מגרמא בנזקין לדידן מ"מ זה אינו רק אם היה שני עדים אבל כיון דעיקר החיוב אינו מבורר ע"פ שני עדים רק ע"פ מה דמאמינו לכן פטור השורף שטרות לשלם אף בד"ש כ"ז דליכא שני עדים. כן הוא כוונת רבה במה דאמר השורף שטרות פטור. וכעין זה מצינו בב"מ (דף ל"ז ע"א) דמוקמינן למה דקתני נותן לזה מנה ולזה מנה דמיירי בבא לציי"ש ואמרו דיקא נמי דקתני שהודה מפי עצמו ש"מ. הרי דמצינו דהיכא דמודה מעצמו י"ל דקאי בבא לציי"ש דאל"כ ל"ל להודות ועיין ברש"י שם. וכמו כן י"ל הכא כיון דמוקמינן הכא תהא במאמינו א"כ מסתמא מיירי בבא לציי"ש דאל"כ ל"ל להאמינו וה"ל לומר ביותר טענת איני יודע מה היה כתוב בהשטר או דא"י אם הי' מקויים. ע"כ מוכח מזה דמיירי בבא לציי"ש ובא לימלך איך יעשה ואינו מבקש שום עצה לבלי לסמוך על מה דמאמינו להתובע אלא מרוצה לסמוך על מה דמוחזק בעיניו התובע לנאמן כתרי רק דבא לישאל איך הוא הדין אם דיינינן דד"ג או לא וע"ז אמר רבה דהדין הוא דשורף שטרות פטור משום דלא דאין דד"ג וע"כ הדין הוא דפטור אף לציי"ש משום דבמה דעיקר החיוב אינו רק לציי"ש ולא בחיוב גמור בב"ד דבזה אף דמאמינו מ"מ פטור אף בבא לציי"ש וכעין ע"א בכיעור אף דמהימן לי' כתרי דמותרת אף להנחשד מה"ט כנ"ל:

וכעין זה מצינו בקידושין (דף מ"ג ע"א) דאמרו שם לפרש למה דאמר שמאי הזקן שם שולחיו חייב דמאי חייב בדיני שמים ואמרו מכלל דת"ק סבר אף מד"ש פטור כו'. הרי דמצינו גם בלשון חייב ובלשון פטור דאמרו סתם דזה קאי לחייב בד"ש ולפטור בד"ש אף דלא הוי התם דיקא לזה מ"מ יש לפרש כן מעצמו. וביותר מצינו כן גבי ממון בב"ק (דף קי"ח) דאמרו בגמ' שם לעולם דלא קא תבע לי' ורישא בבא לציי"ש הרי אף דנשנית סתמא בהמשנה בהרישא דחייב לשלם ובסיפא נשנית סתמא פטור מלשלם מ"מ פירשו דזה קאי לענין חיוב לציי"ש ולענין פטור לציי"ש אף דלא הוי שם הוכחה לזה כעין הא דב"מ (דף ל"ז) דאמרו שם דיקא נמי דקתני כו' ע"כ שפיר יש לפרש הכא ג"כ דמימרא דרבה קאי לענין חיוב ופטור בד"ש ובפרט דמיירי במאמינו והוי קצת הוכחה לזה כנ"ל. ועיין בב"מ (דף צ"א) במה דא"ר שם אתנן אסרה תורה כו' ומאי משלם דקתני התם היינו לציי"ש ושלא בב"ד וכפי' רש"י שם. אך מה דהובא לעיל זה יותר טוב דנתבאר דאף במה דאמרו הלשון חייב ופטור יש לפרש דקאי לענין חיוב לציי"ש ולפטור לציי"ש וע"כ שפיר כתבתי כן. ולכן אין הכרח להוכיח מסוגיא דב"ק הנ"ל דאמרו תהא במאמינו דגם

בב"ד מחייבינן ע"י מה דמאמינו משום די"ל דקאי לענין חיוב לצי"ש לפי מה דאוקמינן במאמינו כנ"ל:

אך עדיין יש להוכיח מסוגיא דהתם דאף בב"ד מחייבינן ממון ע"י מה דמאמינו דהא מבואר בסוגיא דהתם אח"ז דאמר אמימר מאן דדאין דד"ג מגבי בי' דמי שטרא מעליא כו' הוה עובדא וכפיי' רפרם לרב אשי ואגבי בי' כי כשורא לצלמא. והנה לפי המבואר לעיל שם דהקשה הגמ' אי דאיכא סהדי כו' ואי דליכא סהדי כו' ותירץ רבא תהא במאמינו א"כ הכא דאמרו דמאן דדאין דד"ג מגבינן דמי שטר מעליא בע"כ מוכח דמיירי ג"כ במאמינו דאל"כ תקשה כן דאין לומר דמצד תקנת נגזל נשבע ונוטל אתינן עלה דז"א דהא אמימר גופא מיבעיא לי' לעיל בב"ק (דף ס"ב) אי עשו תקנת נגזל בדד"ג או לא ומסיים בתיקו והוי איבעיא דלא איפשיטא לי' א"כ אין מוציאין ממונא מהמוחזק מספיקא א"כ תקשה גם בהך מימרא דאמימר דאמר דמגבינן כו' דאי איכא עדים כו' וע"כ מוכח דמיירי ג"כ במאמינו וסמכו אדלעיל דמוקמי כן. [ובאמת לשיטת הר"ת דס"ל דהך איבעיא דתקנת נגזל בדד"ג הוא דוקא כשהמזיק מכחיש את הניזק אבל אם המזיק אומר איני יודע ישבע הניזק ויטול והובא לעיל בב"ק (דף ס"ב) בד"ה עשו תקנת נגזל כו' היה מקום לפרש הכא דמיירי דהשורף טוען שמא דהניזק נשבע ונוטל אבל הא רבו החולקים שם על שיטת הר"ת בזה ומהך סוגיא דב"ק דמקשו בפשיטות אי דאיכא סהדי כו' ולא תירצו כן מוכח כשיטת הר"י דס"ל שם דהך איבעיא דאמימר הנ"ל הוא בכל גווני ועיין מזה בח"מ סי' שפ"ח סעי' ז' פלוגתת הפוסקים בזה ועיין שם בביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ל"ז ובהרא"ש כאן ובש"ך סי' שפ"ו ס"ק ט"ו ובמיימוני ה' חובל ומזיק סי' ד'. וקצרתי כיון דחזינן דהש"ס הכא מהדר לתרוצי דמיירי במאמינו ולא מוקמי בכה"ג]. וא"כ מוכח מזה דבמאמינו גבינן בב"ד דאין לומר דמיירי הכא לענין לצי"ש דהא אמרו לשון מגבינן וגובייגא אינו אלא בב"ד וכן לשון הוי עובדא וכפיי' רפרם לרב אשי מוכח להדיא דכופין אותו בב"ד א"כ לפ"ז מוכח מזה עדיין דלא כמש"כ לעיל דרק לענין לצי"ש סמכינן על מה דמאמינו אלא דאף בב"ד גבינן ע"פ מה דמאמינו:

ענף ח:

אכן גם מזה אינו ראי' דזה לשון הרי"ף בב"ק שם דהביא להך מימרא דאמימר למאן דדאין דד"ג מגבינן כו' הוי עובדא וכפיי' רפרם לרב אשי כו' וסיים אלא מיהו ה"מ היכא דקא מודי לי' דקושטא קא טעין עליו כו' אבל היכא דלא קא מודי לי' דקושטא קא טעין כו' לא מיחייב כדאמרינן מתקיף לי' רב"ח ה"ד אי איכא סהדי כו' ואי דליכא סהדי כו' תהא במאמינו עכ"ל הרי"ף וכן כתב בהגהות מרדכי לפ' הגוזל קמא בזה"ל בשם

הרי"ף. וצריך ביאור במה דשינה הרי"ף וכתב דה"מ דקא מודי לי' כו' והא בגמ' אמרו דתהא במאמינו וכן הביא זה הרי"ף לראיה לדבריו וכתב בלשון כדאמרינן כו'. א"כ קשה דאמאי שינה מן לשון הגמ' דאמרו במאמינו וכתב דה"מ דקא מודי ובוודאי דברי הרי"ף בדקדוק נאמרין:

ובאמת מזה מוכח כמש"כ לעיל דבמאמינו אינם יכולים הב"ד לגבות בע"כ אלא לצי"ש והיה קשה להרי"ף במה דאמרו הכא דמאן דדאין דד"ג מגבי כו' וכפיי' רפרם לרב אשי והא במאמינו אין גובין בע"כ ולכן הוכרח הרי"ף לפרש דה"מ דקא מודי כו' וע"כ גובין בע"כ משום דהודאת בע"ד כו' והביא ראיה מן הא דאמרו לעיל דאינו משלם אלא במאמינו אבל ע"י תקנת נגזל לא דיינינן בזה כנ"ל. והא דאמרו לעיל תהא במאמינו ולא אוקמי במודה י"ל משום דהא כיון דשרף השטר בעצמו אין הדרך להודות בעצמו רק בדרך שבא לצי"ש וכעין הא דב"מ (ד' ל"ז) דאמרו הכא בבא לצי"ש דיקא נמי דקתני שהודה מפי עצמו דאל"כ ל"ל להודות וע"כ מיירי בבא לימלך ועיין בפי' רש"י שם. ואף דיש קצת לחלק מ"מ הא גם בשורף שטרות אף אם תבע ליה מ"מ הא זה מקרי לא ה"ל למידע כ"כ אם היו השטרות מקויימין ומה היה כתוב בהם וגם שהיה יכול לגבות אם לא היו נשרפין וכמש"כ הרי"ף והוי מצי לאשתמוטי ולומר אינני יודע מכל זה דהוי מילי טובא כנ"ל וע"כ פסיקא להו דכיון דמודה מעצמו ואף דשרף השטר בעצמו ומ"מ מודה עכשיו. דיותר נראה דמיירי בבא לצי"ש ובא לימלך איך יעשה. א"כ אם היה אומר הש"ס דמיירי במודה היה משמע מזה דאף מן לצי"ש פוטר רבה לשורף שטרות כיון דהך במודה קאי ביותר בבא לצי"ש א"כ היה מקום לטעות ולומר דרבה פוטר אף לצי"ש בגרמי. ובאמת אינו כן לפי מה דנתבאר לעיל דאף גרמא בנזקין חייב לצי"ש ע"כ נקטו בש"ס לאוקמי ביותר דתהא במאמינו וזה אתי שפיר בפשיטות די"ל דמיירי בבא לצי"ש דאל"כ אין סברא שיאמינו ולחייב א"ע כיון דאיהו בעצמו שרף השטר א"כ ל"ל לומר דמאמינו וע"כ מיירי בבא לצי"ש ובא לימלך דאלו היה הדין לחייב לדד"ג היה חייב לצי"ש כנ"ל וע"ז אמר רבה דשורף שטרות פטור מן החיוב לצי"ש משום דלא דאין דד"ג ואין בזה חיוב גמור בד"א ע"כ אף דמאמינו פטור אף לצי"ש וכמש"כ לעיל ע"פ מה דכתב במהר"ם לובלין כעין זה בע"א בכיעור דמהימן לי' כתרי דמ"מ מותרת כנ"ל. ולכן אף דבכל הנך מימרות דאמר רבה בב"ק (שם ד' צ"ח) לעיל מן הך מימרא דשורף שטרות כו' דפטור ושם בע"כ קאי לענין חיוב בד"א דאלו לענין חיוב בד"ש גם רבה מודה דחייב וכמש"כ לעיל דלא גרע מכל גרמא בנזקין לדידן דחייב בד"ש. מ"מ הך מימרא דרבה דשורף שטרות פטור מיירי לענין לפוטרו מן חיוב בד"ש והיינו דפטור מן מה דבא לצי"ש

ובא לימלך ופטור מן החיוב שיש לדון בזה לפי דמיירי ביותר בבא לציי"ש דאל"כ ל"ל להאמינו. ואתי שפיר מה דאוקמי תהא במאמינו ולא אמרו תהא במודה כי היכי דלא נטעי לומר דאף מן לציי"ש פוטר רבה אף במודה ולכן אמרו במאמינו דבזה א"ש דפטור אף בבא לציי"ש לשיטת רבה כיון דלא הוי חיוב גמור בב"ד אף במודה וע"כ במאמינו פטור אף בבא לציי"ש כן יש לפרש לכוונת הש"ס לעיל במה דמוקמי תהא במאמינו: אבל הכא דאמרו מאן דדאין דד"ג מגבי כו' והוה עובדא וכפיי' רפרם לרב אשי כו' דחזינן דמגבינן בב"ד בע"כ מוכרח לומר דמיירי במודה משום דבמאמינו אין סברא לומר דיהיה גובין בב"ד בע"כ ולכן הוכרח הרי"ף לפרש דזה קאי במודה והביא ראי' לזה ממה דאמרו לעיל אי דליכא עדים מנא ידעינן וכ"ז דאין להניזק בירור גמור אינו נאמן להוציא ממון מן השורף שטרו ולכן מוכרחים אנו לומר דמיירי הכא במודה והוא כעין מה דאמרו לעיל דתהא במאמינו ואתי שפיר דברי הרי"ף כי בדקדוק היטב להלכה נאמרין דברי הרי"ף. ולכן מוכח מן הרי"ף כמו שכתבתי לעיל דבמאמינו אין לנו יכולת לכופו בב"ד על התשלומין והוא ראיה ברורה לדברינו. וכן כתב הרמב"ם ה' חובל ומזיק פ"ז ה' ט' בזה"ל וכן השורף שטרותיו של חבירו ה"ז חייב לשלם כו' ובלבד שיודה לו המזיק ששטר מקויים היה וכך וכך היה כתוב בו כו' אבל אם לא האמינו אינו משלם אלא דמי הנייר בלבד עכ"ל וכ"כ הש"ע סי' שפ"ו סעי' ב' וכן השורף שט"ח חייב לשלם כו' ובלבד שיודה לו המזיק ששטר מקויים כו' וכך וכך היה כתוב בו ומחמת ששרפו אינו יכול לגבות החוב אבל אם לא האמינו אינו משלם אלא דמי הנייר עכ"ל המחבר וזהו כלשון הרמב"ם. הרי דהרמב"ם והמחבר כתבו דדוקא במודה ולא נקטו כלשון הגמ' דתהא במאמינו וזהו כדברי הרי"ף וכמש"כ המ"מ שם דכ"כ בהלכות כל הבבא. ואף דהרמב"ם דרכו תמיד לכתוב כלשון הגמ' וכאן שינה מלשון הגמ' דאמרו תהא במאמינו וכתב דמיירי במודה א"כ מוכח מן הרמב"ם והמחבר דס"ל כמש"כ דבמאמינו אין סברא לומר דיגבו ממנו בב"ד בע"כ ולכן כתבו בדקדוק לשונם דמיירי במודה וכמש"כ הרי"ף משום דכן ברור לדינא דלא הוי עליו חיוב בב"ד אלא במודה. ומה דפתח הרמב"ם והמחבר בלשון ובלבד שיודה לו הניזק כו' וסיים בלשונו אבל אם לא האמינו אינו משלם כו' פתחו במודה וסיימו בהאמינו ובוודאי נתכוונו בזה לאיזה ענין. אכן לפי מש"כ מדוקדק לשונם על נכון משום דהא חזינן דמתחלה כתבו בלשונם בלשון וכן השורף שט"ח חייב לשלם כו' ובלבד שיודה כו' ואח"כ כתבו אבל אם לא האמינו אינו משלם כו' ופתחו בלשון חייב לשלם וסיימו בלשון אינו משלם ולא כתבו בלשון אינו חייב כמו בהרישא. וע"כ מוכח מזה דנתכוונו לכל מש"כ לפרש לכוונת הגמ' במה דאמרו מתחלה דתהא

במאמינו דהכוונה הוא דבמאמינו היה מחוייב לציי"ש ולא בב"ד. ובמה דאמרו שם אח"ז דמגבי בי' דמי שטרא מעליא וכפיי' רפרם לרב אשי כו' דזה קאי במודה דאז גובין בב"ד בע"כ. ולכן כיון דדרך הרמב"ם להביא לכל המבואר בגמ' וכן הש"ע דגריר בתר דברי הרמב"ם תמיד ע"כ כתבו בקצרה ג"כ לכל המבואר בגמ' ולכן מתחלה דכתבו וכן השורף שט"ח חייב לשלם דפשטות לשונם חייב לשלם הוא לחיוב בב"ד ע"כ כתבו דזהו רק במודה כו' ואח"ז דכתבו דאינו משלם דמשמע דאף לציי"ש אינו מחוייב בזה כתבו דזהו אם לא האמינו משום דבהאמינו מוטל עליו חיוב תשלומין לציי"ש אבל אם לא האמינו פטור אף לצאת יד"ש. ובקיצור לשונם הזהב הביאו בדקדוק היטב לכל המבואר בגמ' ולא השמיטו כלל מכל המבואר בגמ':

ענף ט:

א"כ מוכח מן לשון הרי"ף והגהות מרדכי שהביא לשון הרי"ף הנ"ל וכן מן לשון הרמב"ם והמחבר דכתבו כולם דאינו חייב לשלם רק במודה כו' דזה ראיה נכונה לכל מש"כ דבמאמינו אין היכולת בידינו לכופו ולגבות ממנו בע"כ אלא לחיוב לציי"ש. ובמה שכתבתי דבשורף שט"ח אם אינו מאמינו אין חייב אף מצד לציי"ש ולא אמרינן בזה דהא קיי"ל במנה לי בידך. והלה משיב איני יודע דחייב לציי"ש כמבואר בסי' ע"ה סעי' ט' א"כ לכאורה ה"ה הכא בטוען הניזק ברי לי שהיה שטר מקויים וכך וכך היה כתוב בו וגם שהיה יכול לגבות מן הלוה אם לא היה נשרף השטר והמזיק טוען שמא דחייב לכאורה לציי"ש. דזה אינו לפי מה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' י"ז ענף ב' להוכיח דדוקא היכא דהנתבע משיב שמא במה דה"ל למידע אם לוה או לא וטוען שמא דאיתרע טענתו בזה אמרו דחייב לציי"ש אבל בשורף שט"ח דאף דשרף השט"ח מ"מ מנלן לו למידע אם היה השטר מקויים וכמה היה כתוב בו ואם היה יכול לגבות מהלוה אם לא היה נשרף השטר דכל הנך מילי טובא אין לו למידע ולכן אם אינו מאמינו לבעהש"ט הדין הוא דפטור אף לציי"ש. ואף שבענין אי אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם היכא דלא ה"ל למידע להסוברים דפטור בזה מ"מ היכא דהשומר עירבן עם פירותיו אמרו לדון בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום דפשע השומר וכמש"כ הסמ"ע בסי' רצ"ב סעי' י"ד ס"ק ל"ו מ"מ בנ"ד לענין חיוב לציי"ש שפיר י"ל דדינו כמו כל היכא דלא ה"ל למידע דפטור לציי"ש וגם הש"ך שם ס"ק ל"א כתב חילוק אחר וכן בסי' ע"ב ש"ך ס"ק נ"א כתב הנך שני חילוקים וכתב בלשון ומיהו י"ל כו'. א"כ התם ג"כ אין זה מוכרח כ"כ ובפרט דיש לחלק בזה בין חיוב ע"פ דין במחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לבין חיוב דאינו רק לציי"ש ולכן שפיר כתבתי כ"ז: ולכאורה יש

להוכיח דבמאמינו הדין דסמכינן על זה להוציא ממון מהא דכתב הרמ"א בח"מ סי' רל"ב סעיף י"ח בהג"ה מכר לו טבעת בחזקת זהב ונמצא בו בדיל שחייב להחזיר ואם אינו מאמינו שנמצא בו בדיל נשבע שא"י ונפטר מרדכי ס"פ המפקיד עכ"ל. דמשמע מזה דאם מאמינו חייב להחזיר לו מעותיו א"כ מוכח מזה דלא כמש"כ. אבל יש לדחות זה הראיה די"ל דהכוונה הוא במה שאמרו דאם אינו מאמינו נשבע ונפטר היינו דאינו רוצה לסמוך על נאמנות הלוקח או משום דלא מהימן ליה או אף דמוחזק בעיניו לנאמן תמיד וכתרי מ"מ אינו רוצה עכשיו לסמוך ע"ז ולשלם לו מעותיו מחמת איזה אמתלא בעולם שאומר או אינו אומר שום אמתלא ואין אנו יכולין להכריחו בע"כ ולגבות ממנו המעות וכמש"כ לעיל דעכ"פ כשאינו רוצה לשלם המעות אין אנו יכולין לכופו. אז נשבע שאינו יודע מעצמו זה האונאה והמום ונפטר. וזה כעין מה דמבואר בב"ק (דף ק"ח ע"ב) דאמר לך רבא במה דקתני שילם ולא רצה לישבע דהכי קתני שילם ולא רצה לעמוד בשבועתו. וכעין זה אי' בכריתות (דף י"ב) באומר לא נטמאתי יכול לומר דהכוונה הוא דלא עמדתי בטומאתי כו'. וכעין זה כתבו התוס' בשבועות (ד' מ"א ע"ב) בד"ה כל האומר לא לויתי כו' דיכול לומר דלא עמדתי בהלואתי כו'. וה"ה י"ל כאן במה דאמרו אם אינו מאמינו נו"נ. הכוונה הוא דאינו רוצה לסמוך על נאמנות הלוקח דאינו רוצה להחזיר המעות לו אז אין כופין לו אבל אם היה מאמינו ורוצה לסמוך על נאמנותו רק דבא לימלך איך הוא הדין בנמצא בו בדיל אומרים לו דאע"ג דהוא נתאנה אין לו להונות אחרים כמו דמבואר שם. כללו ש"ד בקצרה הוא כן דמה דאמרו בב"מ דף ל"ה ובב"ק דף צ"ח תהא במאמינו הכוונה הוא דמאמינו ורוצה לקיים כן כפי הנאמנותו דהאמין לחבירו התובע אז אומרים לו איך יעשה כפי הדין. וכן במה דמבואר בח"מ סי' רל"ב סעיף י"ח אם אינו מאמינו כו' וכן בהא דסי' שפ"ו סעי' ב' דאם לא האמינו כו'. הכל הכוונה דאינו נותן מקום לשלם לחבירו המעות או משום דאינו מאמינו או דאינו רוצה לסמוך על מה דמאמינו ולשלם לחבירו אז אמרו דכ"ז דלא נתברר זה בבירור גמור אז אינם יכולים להכריחו ולכופו להוציא ממון ממנו בע"כ רק לציי"ש אם אומר דמאמינו מחוייב לקיים כן מצד לצאת יד"ש אבל בע"כ אם אינו רוצה לשלם אין אנו יכולים לכופו וכמו בהא דאה"ע סי' קט"ו דאם מוחזק בעיניו כתרי מ"מ אין כופין לו כ"ז דלא באו שני עדים שזינתה משום דאין זה דבר ברור וכמש"כ החלקת מחוקק שם כנ"ל. כללו ש"ד דאף אם אומר לפנינו שהוא מאמינו והוא מוחזק בעיניו תמיד לנאמן והוא גייס ביה ועכ"ז אינו רוצה לקיים כן אין אנו יכולין לכופו ולהוציא הממון ממנו משום דגם זה הוא בכלל אינו מאמינו דאינו

רוצה לסמוך על זה כנ"ל וכמש"כ להוכיח כן מן הרי"ף בב"ק והרמב"ם ה' חובל ומזיק והמרדכי בב"ק והמחבר בסי' שפ"ו סעי' ב':

וכבר נתבאר למעלה דמן הראב"ד שהביא הש"ג בפרק ג' דסנהדרין שכתב בצוואה בע"א אם מאמינו תתקיים כן וכ"כ המבי"ט דמזה אינו ראיה לנ"ד דשא"ה דהוצאת נחלה מן חזקת היורש אין זה מקרי הוצאות ממון מהמוחזק ומהני התם רובא משא"כ להוציא ממון מהמוחזק דכיון דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ לא סמכינן בזה על הך קים לי בגווי'. ולכאורה יש להעיר בזה לפי המבואר בכתובות ד' י"ב דאוקי אחזקה מצטרפת עם ברי להוציא מהמוחזק הטוען שמא. ולפ"ז ה"ה רובא עם ברי ג"כ הדין נותן להצטרף להוציא ממון מהמוחזק הטוען שמא דהא רובא עדיף מחזקה ועיין בפני יהושע רפ"ב דכתובות ד' ט"ז בתוס' ד"ה כיון דרוב נשים כו'. א"כ הכא בנ"ד דהתובע טוען ברי והנתבע טוען שמא ויש כאן מעלת ברי ושמא. ולכן אם הנתבע מאמינו להתובע ואמר קים לי בגווי' דזה נחשב כמו מעלת רובא מדחזינן דסמכינן ע"ז בהוצאת נחלה מן היורש כמש"כ הראב"ד והמבי"ט א"כ יש בנ"ד מעלת רוב דהא מעלת קים לי חשוב כמו רובא וגם יש כאן מעלת ברי ושמא א"כ הא עפ"ז יכולין להוציא ממון מהמוחזק. כן היה מקום לדון לכאורה. אבל באמת ז"א דבנ"ד לא שייך לדון כן דדוקא היכא דמעלת ברי ושמא ומעלת רובא הם שני דברים נפרדים ועניינים מחולקים כ"א בפ"ע בזה אמרו דאלימי הנך שני מעלות ביחד להוציא מהמוחזק אבל בנ"ד דמעלת ברי ושמא עם מעלת קים לי בגווי' כו' הם הכל ע"פ מה דאומר התובע ברי לי ע"כ אין דינו כהנך שני מעלות נפרדים אלא דינו כמו מעלה אחת דאין בה כח להוציא מהמוחזק וכמו שהוכחתי כנ"ל מן הרי"ף ושארי פוסקים הנ"ל:

ענף י:

אכן לפ"ז אפשר לומר דכל זה הוא רק היכא דהנתבע הטוען שמא אמר לפנינו דהתובע הטוען ברי הוא מוחזק בעיניו תמיד לאיש מהימן כתרי וגייס בי' וכמש"כ השער משפט בסי' ל"ג סוף ס"ק א' דעכ"ז לדינא העיקר כמש"כ דאין אנו יכולים לכופו ולהוציא ממנו הממון בע"כ ודלא כהשער משפט בזה. משום דלא שייך בזה הנך תרי מעלות משום דהם הכל ע"פ קוטב דברי התובע כנ"ל. אבל היכא דהתובע טוענו ברי ויש ג"כ ע"א המעיד כדברי התובע ובאופן דלא הוי הנתבע דטוען שמא דינו להיות מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אך הנתבע אומר דהע"א הלז הוא מהימן ליה כתרי כנ"ל בזה אפשר לומר דיהי' יכולת בידינו לכופו ולהוציא הממון ממנו בע"כ משום דשייך בכה"ג הנך שני מעלות היינו מעלת ברי ושמא דהא התובע טוען ברי והנתבע השיב שמא

ומעלת קים לי דאומר הנתבע על הע"א דנאמן בעיניו כתרי דכבר נתבאר דמעלת קים לי בגווי' חשוב כמו רובא דמה"ט ס"ל להראב"ד והמבי"ט דסומכין ע"ז לקיים הצוואה בע"א. א"כ יש בכה"ג מעלת ברי ושמא עם מעלת קים לי בהע"א דהוי כמו רובא והם שני ענינים נפרדים דיש יכולת בידינו לסמוך ע"ז ולהוציא ממון מהמוחזק. והא דאמרו בקידושין (דף ס"ו) בע"א מעיד שזינתה דאי מהימן ליה כתרי אסורה ואין כופין אותו ע"ז כמש"כ הרי"ף שם ושארי ראשונים כנ"ל. התם הא מיירי באין האשה אומרת שזינתה אלא שותקת וכמש"כ שם רש"י והרשב"א בתשובה סי' אלף רל"ז והובא במל"מ פ' כ"ד ה"א ה' י"ז ובתשובת רע"א סי' צ"ט ובסי' ק"א ע"ש. משום דהיכא דהאשה מודית שזינתה הא בכה"ג הדין הוא דאף דאין העד מהימן בעיניו כתרי אסורה לבעלה כיון דמודית בעצמה ויש ע"א המסייע לה ולא אמרינן בכה"ג דעיניה נתנה באחר וכמש"כ החכם צבי בתשובה סי' ק"נ והובא בבאר הטיב אה"ע סי' וא"ו ס"ק כ"ג ועיין מזה בתשובת רע"א זצ"ל סי' פ"ח ובסי' ק"א וקצרתי ועיין בב"ש סי' קט"ו ס"ק כ"ג. והא דאמרו בכתובות (דף פ"ה) קרענא שטרא ס"ד י"ל התם הא מיירי דבעהש"ט טוען ברי דאם הי' טוען שמא הא הדין הוא דאינו גובה בו כמבואר בסי' נ"ט ובש"ך שם ס"ק ב'. וע"כ עדיין יש מקום לדון כן. אכן היכא דהבע"ד התובע אינו טוען ברי וכן הנתבע טוען שמא ויש ע"א המעיד שהנתבע חייב להתובע והנתבע אומר כי הע"א מהימן לי' כתרי. בזה הדין ברור דאף דמהימן ליה מ"מ אין לנו יכולת לכופו ולהוציא ממון מהמוחזק רק לחיוב לצי"ש כנ"ל. וכן אם התובע מוחזק בעיני הנתבע לנאמן הדין כן וכמו דהוכחתי מהא דקידושין (דף ס"ו) הנ"ל מדברי הרי"ף וש"פ הנ"ל ומן דברי הרי"ף דב"ק הנ"ל:

ולכאורה יש להוכיח מהא דכתובות (ד' פ"ה) דאמרו קרענא שטרא אפומי' קרענא ס"ד אלא מרענא שטרא אפומי'. דממה דאמרו קרענא ס"ד דמוכח מזה דאף היכא דאיכא מעלת ברי ושמא בצירוף הך קים לי דג"כ אין מוציאין מהמוחזק דגם בזה שייך לומר אפוקי ממונא הוא ותרי בעינן כמש"כ שם רש"י דאל"כ הוי מצי לומר קרענא שטרא בזה האופן והוא דהנה בספרי נחל יצחק סי' נ"ט ענף א' העליתי דהיכא דבעהש"ט טוען שמא במקום דלא ה"ל למידע אז אף דהלוה טוען ברי שהוא פרוע הדין הוא דגובה בהשטר ע"ש. א"כ משכחת לי' לדון קרענא שטרא אפומי' בכה"ג דאז אם יש ע"א המעיד לסייע להנתבע וכיון דאומר הדיין קים לי בגווי' ה"ל בזה מעלת ברי ושמא בצירוף מעלת קים לי דהוי כמו רובא וכבר נתבאר דמעלת ברי ושמא בצירוף רובא מהני להוציא ממון מהמוחזק כמבואר בכתובות (דף י"ב ע"ב) דמסקינן שם דלכן באומרת משארסתני נאנסתי נאמנת משום דיש מעלת אוקי אחזקה ועיין בתוס' שם ד"ה אלא דאיכא מיגו

כו'. והתם הא הוי שמא מעליא דלא ה"ל למידע ועכ"ז אמרו לצרף מעלת ברי ושמא למעלת אוקי אחזקה וכש"כ ברובא כנ"ל. א"כ מדחזינן דאמרו הכא בפשיטות קרענא שטרא ס"ד משמע דלא משכחת שום גוונא דיוציאו ממון ע"י קים לי בגווי' ולכן הוכרחו לומר אלא מרענא שטרא אפומיה. ומ"מ לדינא קשה לסמוך על ראיה זו די"ל דהיה ס"ל להש"ס דלא ה"ל לומר כ"כ בפשיטות קרענא שטרא אפומי' וה"ל לפרש בפירוש בכה"ג דאז קרענא ולא לומר בסתימות קרענא דיש לנו למטעי בזה ולכן אין זה ראיה ברורה כ"כ: ודע דאין מקום לדון ולחלק בראייתי מהך דכתובות (ד' פ"ה) דאמרו קרענא ס"ד דזהו דוקא היכא דדיין א' אומר כן אבל היכא דשני דיינים אומרים דקים להו בגווי' כו' דיהיה זה מועיל אף להוציא ממון עפ"ז. דז"א משום דאין סברא לחלק כן וגם אינו במשמע כן מן דברי הרמב"ם ה' סנהדרין פ' כ"ד ה"ב ומן הטור וש"ע סי' ט"ו סעי' ה' ע"ש. ולכן שפיר כתבתי להוכיח מהתם דה"ה במאמינו הנתבע להתובע אין לנו יכולת להוציא ממון עפ"ז וקצרתי:

ענף יא:

ובני הרב הגאון מו"ה צבי הירש נ"י אב"ד דק"ק מיטאווי אמר להוכיח עוד דאף דמאמינו הנתבע להע"א דמ"מ אין מוציאין ממון עפ"ז בע"כ והוא דאי' בב"ק (דף מ"א ע"ב) ובעל השור נקי ר' אליעזר א' נקי מחצי כופר א"ל ר"ע והלא הוא עצמו אין משתלם כו' א"ל ר"א אין דיני אלא ע"פ ע"א או ע"פ בעלים ע"פ בעלים מודה בקנס הוא קסבר כופרא כפרה. וכן גרסי רש"י והתוס' ועיין בפני יהושע כאן ובירושלמי פ"ד ה' ה' במראה הפנים ד"ה תיפתר בשעבר ושחטו מה שהעיר בפי' רש"י לכתובות (דף מ"א ע"א) ד"ה ה"ז משלם ע"פ עצמו כו'. וזה לשון הרשב"א בחי' לב"ק כאן בד"ה אלא בשהמית ע"פ ע"א או ע"פ הבעלים כו' כך גירסת רוב הספרים כו' ולענין הגירסא כתב הראב"ד ז"ל דגירסא זו טעות כו' דהא ליכא מ"ד דלהוי כופרא קנסא אלא או כפרה או ממונא וה"ג כשהמית ע"פ ע"א או ע"פ הבעלים וקסבר כופרא כפרה וכן נראה גירסת ר"ח וגירסת הראב"ד ז"ל. והא דקאמר כופרא כפרה ולא אמר ממונא משום ע"א איצטריך לי' דאי ממונא לא איצטריך קרא למיפטרי' דע"א אינו מחייבו ממון אבל כי אמרינן כופרא כפרה איצטריך קרא דאי לא כתב רחמנא ובעל השור נקי ה"א דחייב בין ע"פ ע"א דהא מביא חטאת אפילו ע"פ ע"א ואי ממונא אף במועד פטור דאי משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בזה נ"ל דינו של הראב"ד אמת שכל שאין העד מעיד שהוא ראה אינו מחייבו שבועה כשאומר איני יודע כו' עכ"ל הרשב"א. וכ"כ השמ"ק שם בשם הראב"ד והרשב"א:

ואי נימא דהיכא דאומר הנתבע דהוא מאמין להע"א הדין הוא דכופין אותו להוציא ממנו הממון בב"ד בע"כ א"כ תקשה מנלן להש"ס לומר דסבר ר"א כופרא כפרה הא אף אם הוי ממונא ג"כ משכחת לה דיוציאו ממנו הממון ע"פ ע"א היכא דמאמינו ומדחזינן דאמרו בפשיטות קסבר ר"א כופרא כפרה מוכח דלא משכחת שום גוונא דיהיה מוציאין ממון ממנו בע"כ ואף דלצי"ש מחוייב עפ"ז מ"מ אין סברא לאוקמי להך ובעל השור נקי על חיוב לצי"ש ובפרט דנראה מן דברי הב"ח באה"ע סי' קט"ו דאין זה רק מדרבנן א"כ הוי סייעתא מזה דאף במאמינו אין מוציאין ממנו בע"כ ע"פ ע"א. ולפ"ז יהיה מוכח מזה דאף היכא דהתובע טוען ברי והנתבע השיב שמא ויש ע"א המעיד כדברי התובע והנתבע אמר דמאמינו להע"א דגם בכה"ג אין מוציאין ממנו בע"כ דאל"כ ה"מ לומר בכה"ג דיוציאו ממון ע"פ ע"א אף אם הוי כופרא ממונא. ובפרט דהא מצינו בכתובות (דף י"ב ע"ב) במשנה הנושא האשה היא אומרת משארסתני נאנסתי נאמנת כן הוא דברי ר"ג ור' אליעזר. ור' יהושע פליג שם. ומסקינן בסוגיא שם דטעמא דר"ג ור"א הוא משום דמעלת ברי ושמא בצירוף אוקי אחזקה מוציאין עפ"ז ממון מהמוחזק א"כ לפ"ז ה"ה מעלת ברי ושמא עם מעלת ע"א דקים לי' בגווי' יש לנו כח להוציא ממון א"כ מנלן לומר דר"א ס"ל כופרא כפרה. ומדחזינן דאמרו בפשיטות קסבר ר"א כופרא כפרה מוכח דס"ל להש"ס דאי כופרא ממונא לא משכחת שום גוונא כלל להוציא ממונא ע"פ ע"א. ואף דמצינו להראב"ד בתשובה דהובא בש"ג פ"ג דסנהדרין דס"ל דבמאמינו להע"א הצוואה בתוקפה מ"מ הא מצינו הכא להראב"ד דמוכח ממנו דס"ל דאין מוציאין אף במאמינו ממנו בע"כ. ומוכח מזה לחלק כמו שנתבאר לעיל דשאני בנידון תשובת הראב"ד הנ"ל. וידעתי מש"כ הש"ך בח"מ סי' ל"ט ס"ק ב' דאולי תרי ראב"ד נינהו כו'. עכ"פ מוכח מן הרשב"א והראב"ד והר"ח לפי גירסתם דס"ל דאף במאמינו אין מוציאין ממון מהמוחזק בכל גווני. ומ"מ לדינא קשה לסמוך ע"ז הראי' משום די"ל דלכן פסיקא להגמ' למימר דקסבר ר"א כופרא כפרה משום דאי נימא ממונא והא דאמרו ע"פ ע"א מיירי במאמינו א"כ ל"ל למימר ע"פ ע"א והא אף ע"פ התובע בעצמו אם הנתבע מאמינו הדין הוא ג"כ דמוציאין ממון ממנו בע"כ כנ"ל. ועוד דא"כ ה"ל לפרושי להדיא דקאי במאמינו ולא לומר בסתמא ע"פ ע"א ולכן אמרו דקסבר ר"א כופרא כפרה ויש להאריך בזה עוד. עכ"ד בני יקירי שיחי' ודפח"ח:

והנה לפי מש"כ לעיל דיש מקום לדון ולחלק דהיכא דיש לפנינו הבע"ד הטוען ברי והנתבע משיב שמא אז אם יש ע"א המעיד כדברי התובע והנתבע אומר קים לי כו' דיש מקום לומר בזה להוציא ממון מהמוחזק ע"פ הנך שני מעלות מחולקים משא"כ היכא

דליכא שני מעלות נפרדים כו'. לפ"ז יש לדון במה שכתבתי לעיל ענף ג' להוכיח מן ב"ב (דף נ"ב) דאין מקבלין פקדונות מן הנשים כו' ואם אמרו בשעת מיתתן הן של פ' יעשה כפירושן. די"ל דשא"ה דפלוני התובע אומר ברי ובעל האשה אומר שמא א"כ יש בזה הנך שני מעלות נפרדים היינו מעלות ברי ושמא דלא שייך בזה לומר דכיון דטוענין ליורש היינו הבעל א"כ ה"ל כמו ברי וברי כמש"כ הרא"ש רפ"ב דכתובות. דז"א דהא כיון דאמרה האשה בעצמה בעת מיתתה דשל פ' הוא א"כ לא שייך לומר טוענין להבעל. וה"ל טענת הבעל כמו טענת שמא וה"ל מעלות ברי ושמא להפלוני דאומר דזהו חפץ שלו. ויש בזה עוד מעלת מה דמאמינה הנפקד או הבעל ושפיר ה"ל בזה שני מעלות נפרדים משא"כ היכא דליכא הנך שני מעלות נפרדים עדיין י"ל דאף דמאמינו מ"מ אין לנו יכולת להוציא ממון בע"כ. שוב ראיתי דכל זה אינו משום דזה לא מקרי ברי ושמא רק כמו ברי וברי לפי דהא טוענין ליורש וללוקח וה"ל כמו ברי כנ"ל. ואף דאמרה האשה בעת מיתתה דשל פלוני הוא מ"מ הא עיקר הטעם הוא דאין האשה נאמנת באמרה בעת מיתתה דשל פ' הוא מצד הודאת בע"ד. ולא נקנה החפץ לפלוני בקנין אודיתא משום דה"ל חב לאחרים דבעל כלוקח בנכסי אשתו ע"כ שייך גם בזה לדון טוענין ללוקח וה"ה להבעל דה"ל כלוקח ודינו כמו דטוען ברי וה"ל ברי וברי ולא הוי בזה הנך שני מעלות הנ"ל. ונסתר כל זה אך כבר נתבאר לעיל דאין שום ראיה לנ"ד מהך דב"ב הנ"ל כמש"כ לעיל בארוכה. והא דמבואר שם בב"ב דאינה נאמנת האשה לומר על החפץ שבידה דהוא של פלוני ולא אמרינן בזה הודאת בע"ד כמאה עדים וגם לא קנין אודיתא וכן מבואר בשא"ד לא מיבעיא להסוברין דאף בחיי אשתו יש להבעל דין לוקח על גוף הקרקע והחפץ שלה בוודאי א"ש מה דלא מהני הודאתה לחוב לבעלה כנ"ל ואף להסוברים דבחיי אשתו אין לו דין לוקח על גוף הקרקע והחפץ רק מצד דאלמוהו רבנן לקנין פירותיו של הבעל ע"כ מוציא גוף הקרקע לאח"מ כמבואר כ"ז באריכות באה"ע סי' צ' סעי' ט' ובח"מ סי' ק"ג סעי' יו"ד בש"ך ס"ק כ' ובקצה"ח שם ס"ק ט' בארוכה. מ"מ זה ברור ומוכח הכא דלא מהני הודאתה אף על הגוף מצד כיון דאלמוהו לקנין פירותיו של הבעל כקנין הגוף ע"כ ממילא אין דינה של האשה כמו הודאת בע"ד משום דאין עליה שם בע"ד לגבי זה וכמבואר באה"ע סי' צ' סעי' י"ב בהג"ה. והדברים ארוכין ואכמ"ל בזה שאין זה שייכות לענינינו:

היוצא לנו מכל זה דאם הנתבע הטוען שמא מאמין להתובע האומר ברי לי ואומר דמהימן ליה כתרי אך אינו רוצה לשלם לחבירו המעות ואינו נותן מקום להנאמנות הלזו אין הב"ד יכולים לכופו ולשלם המעות בע"כ אלא אומרים לו כי לצי"ש החיוב

עליך לשלם המעות לחבירו אף היכא דלא ה"ל למידע כנ"ל אבל לא בב"ד. וכן אם התובע והנתבע טוענים שמא ויש ע"א המעיד שיודע בבירור כי הנתבע חייב המעות להתובע ובאופן דלא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם והנתבע השיב שמאמין להע"א כתרי וגייס בי' עכ"ז גם בזה אין אנו יכולת בידינו לכופו ולהוציא ממנו הממון בב"ד רק שמחוייב לציי"ש כנ"ל. אבל בע"א בצוואת שכ"מ המעיד שהשכ"מ ציוה לחלק עזבונו לאחרים אף אם אין המקבלים מתנה טוענים ברי כדברי הע"א עכ"ז אם היורשים אומרים דמאמינים להע"א כתרי וגייסי בי' כנ"ל וכמבואר באה"ע סי' קט"ו סעי' ז' בהג"ה ובב"ש שם ס"ק ל"ג. דמחוייבים היורשים לקיים כן וכייפינן להו אף בב"ד וכמו דכתב הראב"ד שהובא בש"ג פ"ג מן סנהדרין והמבי"ט בתשובה ח"ב סי' קמ"ח דמשמע שם דאף אם המקבלי מתנה אומרים שמא ג"כ הדין הוא דאם היורשים מאמינים להע"א מחוייבים לקיים כן וכייפינן להו בב"ד והטעם הוא דזה לא מיקרי הוצאות ממון מהמוחזק כמש"כ לעיל בארוכה ומהני בזה מעלת קים לי בגוויה כמו דמהני רובא בכה"ג. אבל היכא דהתובע טוען ברי והנתבע משיב שמא ויש ע"א המעיד המסייע להתובע והנתבע אומר דמאמינו להע"א בזה י"ל דכיון דמעלת קים לי בגווי' דינו כמו רובא א"כ ה"ל הכא שני מעלות מחולקים היינו מעלת ברי ושמא ומעלת קים לי בגוויה דחשוב כמו רובא דמוציאין עי"ז אף ממוחזק גמור והא דאין כופין לו במאמין להע"א שזינתה אף דנימא דמעלת קים לי ה"ל כמו רובא מ"מ אין כופין משום דלאו בכל גווני אזלינן בתר רובא כמו שכתב השב שמעתתא שמעתא ד' פ"ח והטעם הוא דאין כופין כמש"כ החלקת מחוקק באה"ע סי' קט"ו ס"ק כ"ג דאין ב"ד מוציאין רק בעדים דבעינן דבר ברור וכמו שהובא לעיל. ולפ"ז ה"ה דמה"ט יש לדון היכא דיש לנו אוקי אחזקת חיוב וכיוצא בו ויש ע"א המעיד לחייבו והנתבע אומר דמאמין להע"א גם בזה י"ל דמצטרף הנך שני מעלות היינו מעלת קים לי בגווי' דנחשב כמו רובא עם מעלת אוקי אחזקה. וכבר העליתי בספרי נחל יצחק סי' מ"ג סעי' י"ד ענף ב' דרוב וחזקת חיוב סמכינן ע"ז להוציא ממון מהמוחזק ע"ש. ועוד כמה ענינים נתבארו בקונטרס הלז:

ועתה נשובה בעיקר השאלה דנא מה שטוען התובע על הנתבע המשיב איני יודע אם הלויתני שהנתבע מאמינו ורוצה להטיל עליו ח"ס שאינו מאמינו או שיכלול זה בשבועתו שנשבע שאינו יודע בתורת ג"ש כי לפי מה שנתבאר בעז"ה הדין הוא אף במאמינו שאין לנו יכולת בידינו לכופו לשלם בע"כ ע"כ ממילא אינו יכול להטיל עליו ח"ס וכש"כ שאינו יכול להטיל עליו שישבע בכולל כיון שאין לנו יכולת לכופו ע"ז ע"כ ממילא פטור הנתבע מכל זה:

ו:
(שם סעי' ט' ש"ך ס"ק כ"ז):
בספק פרעון קודם להלואה דאם המלוה מסופק אינו גובה. כן הוא קוטב דבריו. והקשה ע"ז הקצה"ח דכיון דזה גובה וזה גובה כו' הוי כאומר המלוה כא"י א"נ. ותירץ הנתיבות דכיון דטוען יש לי בידך עושה הלוה זהו לפרעון כו' ע"ש. ובספרי נחל יצחק סי' נ"ט ענף ב' כתבתי לבאר זה דאף דבע"ח דינו בזוזי אם אית לי' מ"מ הא כתבו התוס' בכתובות (דף צ"ב ע"א) בד"ה אי פיקח הוא כו' דבמקום פסידא מסלק לי' בקרקע. וה"ה בנ"ד דאין לך פסידא גדולה מזה להלוה אם לא יהי' יכול להגבותו בהחוב שלו שתובע מהמלוה ע"כ יכול להגבותו בהחוב לעשות זה לפרעון ושפיר כתב הנתיבות:
ענף א:
אכן יש להעיר ע"ז מן השלטי גבורים פ' הפרה וז"ל הרי שתבע ראובן לשמעון בשטר חזר שמעון ותבע שיש לו בידו חפץ פ' או קרקע פ' אומרים ב"ד פרע שטרו תחלה. הי' הנתבע תובע דבר הראוי לפרעון שטרו כו' ה"ז כאלו טענו שהשטר פרוע וישבע לו כו'. והובא בקצה"ח סי' כ"ד ס"ק א'. וקשה הא כיון דהוי פסידא להלוה אם לא יסלקו בהקרקע או בהחפץ דאם יהי' יכול לסלקו יחייב שבועה להמלוה א"כ הא במקום פסידא אינו מסלקו בזוזי כנ"ל. והקצה"ח שם העיר בזה ותירץ דזה לא חשיב כ"כ פסידא כיון דאינו נפקותא לענין ממון כי אם לענין שבועה ע"ש. ועיין בקצה"ח סי' ע"ב ס"ק כ"ח. וכן יש להעיר במה דמבואר לקמן סי' ק"א סעיף יו"ד דאם הלוה טוען אין לי מעות רק מטלטלין דס"ל להמחבר והרמ"א דאין המלוה צריך לישבע והש"ך הכריע שם ס"ק ה' כהרא"ש והרשב"א דצריך לישבע ע"ש. והדעת נותנת דלא יהי' צריך לישבע כיון דבמקום פסידא מסלקו אף בקרקע וכש"כ במטלטלי אפילו יש לו מעות א"כ יכול הלוה לטעון דאם לא יטול המלוה להמטלטלין בחובו א"כ יהי' לו שבועה על הלוה ע"כ מסלקו במטלטלי ולא יהי' צריך שבועה. ומוכח מזה כסברת הקצה"ח הנ"ל דשבועה לא מקרי פסידא כ"כ. ואפשר דסברת הש"ע דס"ל דאין הלוה צריך שבועה בכה"ג טעמו הוא ג"כ ע"פ הסברא דכיון דבמקום פסידא מסלקו במטלטלין כנ"ל. אכן באמת לא שייך התם כלל לדמות להא דבמקום פסידא מסלקו במטלטלין דהא המלוה יכול לומר לו לדבריך שאתה אומר אין לי מעות רק מטלטלין א"כ תוכל אתה לישבע והוי זה בידך לברר ע"י שבועתך א"כ לא מקרי זה פסידא כלל. והא שכתב המחבר להכריע כהראשונים דא"צ הלוה לישבע אם מסלקו במטלטלין טעמו הוא בפשוט דהא עיקר שבועת אין לי הוא תקנת הגאונים ולא תקנו זה רק היכא דאינו משלם לו כלל אבל כיון דעכ"פ משלם לו אף דלא מסלקו

במעות מ"מ לא תקנו שבועה כיון דלא הוי לי' פסידא כ"כ וכמבואר כ"ז בדברי הראשונים שם ועיין בסמ"ע סי' צ"ט ס"ק א'. ועיין בקצה"ח סי' ק"א ס"ק ו' מה שהעיר כזה. אכן בדברי השלטי גבורים דאי נימא דיכול לסלקו במטלטלין יהי' להלוה שבועה על המלוה ולדברי הלוה דטוען יש לי בידך לא ישבע המלוה רק שבועת שקר ומבואר בשבועות (דף ל"ב ע"א) ברש"י ד"ה. והאמר אביי הכל מודים כו' דרוב בני אדם אין נשבעין לשקר והיה משלם. א"כ שפיר קרינן במה שישיג הלוה שבועה על המלוה ע"י מה דיסלקו במטלטלין דינצל הלוה מן פסידא ואם לא כן לא יצטרך המלוה לישבע ויוציא ממנו ע"י השטר ע"כ תקשה עדיין דברי הש"ג. והנתיבות סי' כ"ד נדחק ליישב דברי הש"ג. ובסי' ע"ב בנתיבות ס"ק ל"ז כתב לדחות לדברי הש"ג משום דלא קיי"ל כן לדינא אלא קיי"ל כהמרדכי דיכול לעשותו לפרעון בכל גווני:

ולענ"ד נראה ליישב קושיות הקצה"ח על הש"ג והוא דהא עיקר הטעם דאמרו דבמקום פסידא מסלקו בקרקע ומטלטלין זהו משום דהא דבע"ח דינו בזוזי אין זה מה"ת רק מדרבנן ע"כ במקום פסידא אוקמה בכה"ג אדאורייתא כדמצינו בכמה דוכתי בתקנות חז"ל דאמרו דבמקום פסידא אוקמה אדאורייתא כמו דאי' במועד קטן (דף ב' ע"ב ובדף י"ג) ובשארי דוכתי. וה"ה הכא גבי הך תקנה דאמרו דבע"ח דינו בזוזי דמוכח בכתובות (דף צ"ב) דאמרו אי פיקח הוא מגבי להו ארעא כו' דבמקום פסידא לא תקנו תקנה זו והטעם הוא כנ"ל וכמש"כ הקצה"ח בסי' ק"א ס"ק ה' דחז"ל לא תקנו בכה"ג. א"כ י"ל דזהו דוקא רק היכא דיש להלוה זכות המועיל מה"ת אז מצינו דבמקום פסידא לא תקנו חז"ל לבטל הזכות שיש לו מה"ת כמו בהא דאי פיקח הוא הנ"ל אבל בהך נידון של הש"ג דאף אם יסלקו במטלטלין ע"י טענתו דטוען יש לי בידך כנגדו איזה חפץ וכה"ג עכ"ז הא מה"ת לא מהני טענת הלוה כלל אף להשביע את המלוה דיש לו שטר ועיקר חיוב שבועה על המלוה הוא רק מדרבנן וכיון דרק לפי תקנת חז"ל יהי' מקרי יש להלוה פסידא אבל לפי דין התורה לא שייך לומר דיש פסידא להלוה כיון דעיקר הזכות שאנו דנין עליו אין זה רק מדרבנן כמו בהא דנ"ד בשבועת המלוה על שטרו ע"כ י"ל דוקא היכא דשייך לומר דבמקום פסידא אוקמה אדאורייתא אז אמרינן דלא תקנו חז"ל בכה"ג להפסיד זכות הלוה שיש לו מה"ת אבל היכא דאין לו זכות מה"ת רק מדרבנן לא דיינינן כן וזהו חילוק ברור ע"כ אתי שפיר דברי הש"ג:

ולכן שפיר כתבתי בספרי שם להכריע כהנתיבות במה שכתב כאן דטענת יש לי בידך הוי כטענת פרעון משום דמן הש"ג אין סתירה לזה. וגם כתבתי בספרי שם דאם החוב ברור הוא חוב משכירות פועל ומסופקים התובע והנתבע בפרעון באיזה חוב אחר דבזה

הדין דגובה החוב הברור משום דדוקא היכא דרק מדרבנן חייב לשלם זוזי אז אמרו דבמקום פסידא משלם בכל מידי שירצה אבל בשכירות פועל דמה"ת משלם בזוזי אז אינו יכול להגבותו בשארי מילי אף במקום פסידא ע"כ אינו יכול לעשות לטענת יש לי בידך לפרעון וכמש"כ שם בארוכה. ועפ"ז יש לדון היכא דיש להמלוה משכון על חובו והלוה טוען יש לי בידך איזה חוב אחר מן חוב נזקין או שומרים שהיה שוה לא פחות מן החוב שאני חייב לך על המשכון כעת והמלוה השיב איני יודע מן החוב האחר שאתה טוען. דלכאורה נראה לדון לפי מה שנתבאר דטענת יש לי בידך הוי כמו טענת פרעון וכמש"כ בספרי שם דאם יש להמלוה שטר על הלוה והלוה טוען יש לי בידך והמלוה אומר א"י דכיון דיש לי בידך הוי כמו פרעון ע"כ הוי כאומר המלוה שמא על שטרו דאינו גובה ודלא כמש"כ הקצה"ח והנתיבות שם. ולפ"ז ה"ה במלוה על המשכון דהדין הוא דאם הלוה אומר ברי פרעתיך והמלוה אומר שמא דאינו גובה מהמשכון כמבואר בסי' ע"ב סעיף י"ד בהג"ה ובסעיף כ"ד שם ע"כ ה"ה היכא דהלוה אומר ברי כי יש לי בידך חוב אחר והמלוה השיב שמא דהוי כמו דנסתפק המלוה בהפרעון דאינו גובה ויחזיר המשכון להלוה:

אבל באמת נראה לי לדון הכא דבחוב שיש לו משכון ת"י המלוה שאני דאף דהמלוה מסופק אם יש להלוה ת"י איזה חוב אחר והלוה טוען ברי כי יש לי בידך אפ"ה גובה המלוה מן המשכון שת"י והוא דהא מבואר בח"מ סי' קי"ז סעי' ב' דמשכונה דינה כאפותיקי סתם כו'. ובאפותיקי סתם מבואר שם סעיף א' בהג"ה דאינו יכול לסלקו בנכסים אחרים רק במעות ויש חולקים. הרי דס"ל לדעה הראשונה דהובא בסתם וכן הוא העיקר להלכה כידוע. דיש לאפותיקי סתם מעלה דאינו יכול לסלקו בנכסים אחרים כיוצא בו רק במעות או במטלטלים כמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ד'. משום דהתם מיירי באפותיקי קרקע ולכן כיון דיש חשיבות ביותר למטלטלין מן קרקע כמבואר בב"ק (דף ז') ובח"מ סי' ק"א וסי' תי"ט ע"כ בקרקע אפותיקי אמרו דיכול לסלקו במטלטלין כיון דיש מעלה יתירה למטלטלין נגד קרקע. אבל בקרקע אחרת אינו יכול לסלקו כיון דהוי כיוצא בו ע"כ הדין באפותיקי דיש להמלוה דין קדימה ליטול בחובו את האפותיקי ואינו יכול הלוה לסלקו בדבר אחר כיוצא בו. א"כ ה"ה במשכון מטלטלין דדינם כאפותיקי סתם דהדין נותן דאינו יכול לסלקו במטלטלין אחרים ודוקא במעות דיש למעות חשיבות ביותר נגד מטלטלין יש יכולת ביד הלוה לסלקו מן המשכון במעות אבל במטלטלין אחרים אינו יכול לסלקו מן המשכון שת"י כי יש למלוה על המשכון זכות קדימה לגבות חובו מן המשכון שהשכין לו הלוה מדעתו והוי כמו דהתנה עמו בפירוש שלא יהיה

יכול לסלקו במטלטלין אחרים זולת במעות יכול לסלקו. וכן ראיתי בנתיבות סי' ד' ס"ק ב' שכתב דמשכון שהשכינו מדעת אינו יכול לסלקו בדברים אחרים דמשכונא סתם דינו כאפותיקי סתם עכ"ל. וכוונתו ג"כ כעין מה שכתבתי דאלו בקרקע בלא"ה אינו יכול לסלקו אם יש לו מטלטלין כמבואר בסי' ק"א. וע"כ כוונתו דאף במטלטלין אחרים אינו יכול לסלקו אלא יש להמלוה זכות ליטול המשכון שת"י כ"ז דאינו מסלקו במעות:

וכבר כתבתי בספרי נחל יצחק סי' נ"ט דדוקא היכא דזכות המלוה במעות הוא מדרבנן אז אמרו דבמקום פסידא יכול לסלקו בדברים אחרים אבל היכא דמה"ת חייב לסלקו במעות דוקא אז הדין הוא דאף במקום פסידא אינו יכול לסלקו במילי אחריני. וכן כתב הקצה"ח סי' ק"א ס"ק ה' דמה"ט היכא שהתנה הלוה לפרוע במעות אז אף במקום פסידא אינו יכול לסלקו במילי אחריני רק במעות דוקא משום דדוקא במקום תקנת חז"ל לפרוע במעות אז אמרו דבמקום פסידא שאני אבל היכא דמה"ת זכות המלוה ליטול מעות אז אף במקום פסידא הדין כן ע"ש. א"כ ה"ה הכא בהמשכון שת"י המלוה שהשכינו הלוה מדעת דהדין הוא דאינו יכול לסלקו במטלטלין אחריני מטעם דהוי כמו דהתנה עמו בפירוש דלא יהיה יכול לסלקו במטלטלין אחריני רק בהמשכון עצמו זכות המלוה ליטול אותו. ובכה"ג הא נתבאר דאף במקום פסידא אינו יכול לסלקו במילי אחריני כיון דזכות המלוה בהמשכון הוא מה"ת מהטעם דהוי כהתנה עמו בפי' ע"כ לא מהני טענת הלוה יש לי בידך לאפקועי זכות המלוה מן המשכון. דהא אף דידוע לנו דיש להלוה חוב ת"י המלוה אין דינו כמעות. ודוקא אם חוב הלוה דיש לו אצל המלוה הוא חוב הלואה דהדין הוא דישלם לו בזוזי אז יש לנו לומר דמהני טענת יש לי בידך לאפקועי זכות המלוה מהמשכון שת"י משום דהוי כמו דמסלקו במעות דהא דינו לפרוע בזוזי. אבל היכא דטוען הלוה יש לי בידך חוב נזקין או שומרים וכיוצא בו דאין דינו לפרוע בזוזי כמבואר בסי' תי"ט רק במטלטלין או בקרקע א"כ הוי כמו דמסלקו במטלטלין וקרקע דהדין הוא דגובה מהמשכון שת"י המלוה ואינו יכול הלוה לסלקו מן המשכון שת"י עד שיסלקו במעות. ע"כ לא מהני טענת יש לי בידך לאפקועי מזכות המשכון שת"י המלוה ולכן אף דהמלוה אומר שמא ג"כ גובה מהמשכון משום דבכה"ג אין דינו כמו טענת פרעון. ואף שכתבתי בספרי סי' נ"ט לחלוק שם על הקצה"ח והנתיבות בשטר שטוען הלוה יש לי בידך והמלוה אומר שמא. אבל בכה"ג הנכון עם הקצה"ח והנתיבות. והוי כמו הנידון שכתבתי בספרי שם בחוב שכירות פועל וכיוצא בזה וניזול בתר טעמא. ובאמת גם בחוב שכירות פועל אם הבעה"ב טוען יש לי ביד הפועל חוב הלואה דהדין הוא לפרוע בזוזי גם בזה הדין כן דמהני טענת יש לי בידך חוב הלואה לאפקועי גם

חוב שכירות פועל משום דכה"ג י"ל דהוי כמו דמסלקו בזוזי כיון דדינו לפרוע ממנו במעות. אך היכא דטוען יש לי בידך חוב נזקין וכה"ג דאין דינו לפרוע במעות אז דינו כמו דפורעו במטלטלין דאינו יכול לסלקו מהמשכון. או בחוב שכירות פועל כנ"ל. וכמש"כ בספרי שם. ועיין בקנה"ח סי' ק"א ס"ק ה' שכתב לדון גם במוכר סחורה כיון דה"ל כמו דהתנה לפרוע במעות דהדין הוא דאף במקום פסידא ג"כ אינו יכול לסלקו במילי אחריני אף דלא התנה בפירוש ע"ש. וה"ה בנ"ד בזכות המלוה בהמשכון שת"י כיון דהוי כאלו התנה ע"כ אף במקום פסידא אינו יכול לסלקו רק ע"י המשכון עצמו או במעות ולכן אם טוען יש לי בידך והמלוה אומר שמא הדין הוא דאין מוציאין את המשכון מן המלוה משום דבכה"ג לא מהני טענת יש לי בידך חוב נזקין וכה"ג לאפקועי זכותו שיש לו בהמשכון וגובה המלוה חובו מהמשכון שהשכינו מדעת. ואח"ז כשרוצה הלוה לגבות חובו מן המלוה פטור המלוה משום א"י אם נתחייבתי דפטור. ולכן אף דכתבתי בספרי סי' נ"ט בשטר שטען הלוה יש לי בידך והמלוה אומר שמא דאין המלוה גובה בשטרו ודלא כמש"כ הקצה"ח והנתיבות שם. אכן במשכון שאני דיש לפסוק בזה כהקצה"ח והנתיבות אם טוען הלוה יש לי בידך חוב נזקין וכה"ג היכא דאין דינו של החוב דטוען הלוה לפרוע במעות דה"ל כמו דמסלקו במטלטלין דגובה המלוה חובו מהמשכון שת"י אף דאומר שמא על החוב דטוענו הלוה: ענף ב:

נחזור לענינינו במש"כ הש"ך כאן דדוקא בלוה טוען שמא והמלוה ברי בזה חייב לשלם אבל בשניהם טוענים שמא פטור הלוה משום דהוי טענת יש לי בידך כמו טענת פרעון וכמש"כ הנתיבות. ואף דמיירי בטוען טענת ספק על חוב פקדון שפשע כמה היה דאין דינו לפרוע בזוזי א"כ ה"ל כמו דמסלקו במטלטלין אפ"ה עושהו לפרעון ומשמע אף היכא דאית ליה זוזי דדין הלואה לפרוע במעות דוקא אפ"ה מצי משווי לחוב פקדון לפרעון על חוב מלוה משום דבמקום פסידא יכול לסלקו אף במטלטלין וקרקע כנ"ל: ועפ"ז יש להעיר בהא דסי' פ"ז סעיף א' שכתב שם המחבר דאפילו יתן לו משכון על מה שמודה לא חשוב הילך וכתב הש"ך שם ס"ק ד' בשם הריטב"א שכתב דאפילו רוצה ליתן המשכון בפרעון גמור לאו הילך הוא דלאו כל כמיני' למפרעיה ע"כ אלא בזוזי כו' ואפילו את"ל דאי לית לי' זוזי יכול למפרעי' ע"כ בדבר אחר מ"מ כיון דמחוסר שומא לאו הילך הוא עכ"ל. וכתב הקצה"ח שם ס"ק ג' דמזה נראה דאפילו היו שלשה תנאים במשכון שנתן בפרעון ודמיו קצובין ולית ליה זוזי מ"מ לאו הילך הוא דהא משמע מהריטב"א דאינו אלא את"ל דיכול למפרעיה בע"כ בדבר אחר א"כ לפי מה דקיי"ל דאפילו לית ליה זוזי אינו יכול למפרעי' בע"כ בד"א ויכול המלוה לומר אמתין עד שיהיה לך מעות

א"כ לא הוי פרעון כו' עכ"ל. ולענ"ד נראה לדון דיש לומר דה"ל הילך ופטור מן שד"א והוא דהא בסי' ק"א סעיף י' מבואר שם פלוגתת הפוסקים במסלקו במטלטלין אם צריך הלוה לישבע אין לי מעות. והקצה"ח שם ס"ק ו' הכריע דלא כהש"ך מטעם דבמקום פסידא מסלקו במטלטלין וכיון דזה טוען אין לי ואינו רוצה לישבע אף באמת וכמה פעמים דאין אדם כשר רוצה לישבע אף באמת וכל אשר יש לו יתן ולא ירצה לישבע א"כ הוי כמו במקום פסידא דאינו מסלקו בזוזי כו' ע"ש. ומסתברים דברי הקצה"ח בזה ע"פ דברי הר"נ ברישׁ פ"ז לשבועות שכתב לפרש למה דהקשו בגמ' שם ד' מ"ה גבי שכיר נשבע ונוטל דניתב ליה בלא שבועה שהרי נושא נפשו על שכרו ואיכא למיחש בכדי חייו דהא איכא אינשי דפרשי משבועה ואפילו בקושטא לא בעי לאישתבע עכ"ל הר"נ. וזהו ע"פ הירושלמי (שבועות פ"ו סוף הל' ה') דאמרו בין זכאי ובין חייב לשבועה לא תיעול. וכן הוא במדרש רבה פ' ויקרא ו' ע"ש: וכיון דשבועת חז"ל מצינו דמקרי פסידא אף לפי דבריו דאומר דהאמת עמו עכ"ז פרשי אינשי אף משבועת האמת וכמש"כ הר"נ והקצה"ח גבי שבועת הגאונים. כש"כ דיש לדון כעין זה הכא גבי שבועה דאורייתא במודה במקצת דהא יש כמה חומרות בשד"א ביותר א"כ מקרי זה פסידא ולהשתדל ע"י איזה עצה וטצדקי דיפטור א"ע מן שד"א. ובמקום פסידא יכול לסלק להמלוה אף במטלטלין משום דכה"ג מוקמינן על דאורייתא כנ"ל. א"כ לפ"ז יהיה יכול הלוה לסלק להמלוה אף במטלטלין בע"כ של המלוה על החמשים שמודה במקצת כיון דעל ידי זה יפטור א"ע מן חיוב שד"א דה"ל הילך אם יפטור א"ע מן החוב ויסלק להמלוה בע"כ. ואף דהדין הוא בח"מ סי' ע"ד סעי' ו' ובסי' ק"א סעי' ד' דאם אין להלוה מעות ורוצה לסלק להמלוה בדבר אחר דיכול המלוה לומר אמתין עד שיהיה לך מעות היינו לפי תקנת חז"ל דבע"ח דינו בזוזי אבל לפי דין התורה דאין דינו לפרוע דוקא בזוזי רק בכל מילי שירצה הלוה א"כ כמו דאם הלוה פורעו במעות קיי"ל דפרעון בע"כ הוי פרעון כמבואר בסי' ק"ך ובסי' ע"ד. ה"ה דאם הלוה מסלקו במטלטלין בע"כ של המלוה דמה"ת גם בזה אמרינן פרעון בע"כ הוי פרעון. וכיון דבמקום פסידא מוקמינן על דאורייתא דיכול לסלקו במילי אחריני לכן במקום שיצטרך לישבע שד"א אם לא יסלק להמלוה בע"כ במטלטלין הדין נותן דיהיה יכול לסלקו במטלטלין בע"כ על החמשים שמודה במקצת כדי דלא יצטרך לישבע שבועה חמורה. אך אם אית להלוה זוזי דיכול לסלקו בזוזי אז אינו יכול לסלקו במטלטלי בע"כ אבל אם לית לי' זוזי דאין לו עצה אחרת למפטר נפשי' משד"א וכיון דפרשי אינשי מן שבועת אמת ג"כ ע"כ מקרי זה פסידא ויכול לסלקו בע"כ בשארי מילי:

ואפשר דזהו כוונת הריטב"א שכתב להסתפק באת"ל דאי לית לי' זוזי יכול למפרעי' בע"כ בד"א כו'. די"ל דמסתפק בזה גופא אם זה מקרי פסידא משום דכמה אינשי פרשי משבועת אמת ומסלקו בד"א למיפטר נפשיה משד"א או די"ל כיון דבידו לישבע ולברר האמת כפי דבריו ע"כ לא מקרי זה פסידא. ובאמת לפי הכרעת הש"ך בסי' ק"א ס"ק ה' דאף אם מסלקו במטלטלין צריך הלוה לישבע שאין לו מעות. דמוכח דס"ל להש"ך דחיוב שבועה לא מקרי פסידא דאל"כ הרי יכול לסלק להמלוה בע"כ וכסברת הקצה"ח. וטעמו דהרי בידו לישבע ולמיפטר א"כ ה"ה הכא. וע"כ מוכח דכוונת הש"ך הכא לומר בכוונת הריטב"א דהביא לדבריו בסתימות דס"ל להסתפק דאפשר דיכול הלוה לסלק להמלוה בע"כ במטלטלין כ"ז דאין לו מעות בלא הטעם דפסידא כנ"ל. ולפ"ז שפיר כתב הקצה"ח לחלוק עליו לדינא למאי דקיי"ל דיכול המלוה לומר אמתין כו'. אבל אנן לעצמינו שפיר יכולין אנחנו לומר לדינא ולחלק דשאני הכא במקום חיוב שד"א דאם יסלקו בע"כ אז יהיה לו דין הילך ופטור מן שד"א ע"כ דינו ככל מקום פסידא דיכול לסלקו בע"כ אף שלא בזוזי ואפשר דזהו כוונת הריטב"א במש"כ להסתפק הכא. וגם להש"ך יש לחלק דשאני חיוב שבועת הגאונים בהא דסי' ק"א הנ"ל אבל הכא במקום שד"א ג"כ אפשר דמודה די"ל דדינו כמו מקום פסידא ומסלקו בזוזי. ואין אנו צריכים לדחוקי דכוונתם הוא לחלוק על הא דמבואר בסי' ע"ד ובסי' ק"א בפשיטות בלא חולק דיכול המלוה לומר אמתין עד שיהיה לך מעות. משום דבאמת הכא שאני כנ"ל:

ולפ"ז נראה לי לדון דהיכא דטענו מנה והשיב הלוה חמשין ידענא וחמשין לא ידענא ומסלקו בע"כ במטלטלין על החמשים שמודה משום דלית לי' מעות דבכה"ג נראה לדון בוודאי דיכול לסלקו בע"כ במטלטלין דיהיה לו דין הילך דיפטר מלשלם משום דבל"ז יהיה לו דין מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע דמשלם ואין לו שום עצה וטצדקי למיפטר נפשיה מן תשלומין רק אם יהיה יכול לסלק להמלוה בע"כ במטלטלין כיון דאין לו מעות א"כ זה מקרי בוודאי מקום פסידא גמורה דהדין הוא דמסלקו אף שלא במעות דמה יעשה שמגיד האמת לפי דבריו כי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא ע"כ בכה"ג נראה דמסלקו אף במטלטלין בע"כ כדי דיהיה לו דין הילך דיפטור א"ע מן חיוב ממון ע"י מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום דאין כה"ג דין שד"א כלל:

אך יש לדון בכ"ז ע"פ מש"כ לעיל לבאר דלא תקשה דברי השלטי גבורים דב"ק וכתבתי לחלק דדוקא היכא דע"י פסידא מוקמינן על דאורייתא שלא להפסיד זכות הלוה דיש לו מה"ת בזה אמרו דבמקום פסידא מסלקו בזוזי אבל היכא דעיקר זכותו של הלוה אינו רק מדרבנן בזה לא מחלקינן בין מקום פסידא או לא ואף במקום פסידא אינו מסלקו

במטלטלין בע"כ. א"כ הכא דמיירינן בפרעון בע"כ דהמלוה אינו רוצה למפרע ממנו כעת רק דהלוה רוצה לסלקו בע"כ. ואי' בגיטין (דף ע"ה ע"א) בלישנא קמא דס"ל לרבא דדוקא משום תקנת הלל כו' אבל בעלמא נתינה בע"כ לא הוי נתינה אף בפניו א"כ לפ"ז יש לדון הכא דהלוה רוצה לפורעו בע"כ דמה"ת לא מהני הפרעון דבע"כ למפטר נפשי' רק מצד תקנת הלל דחולש מעותיו ללשכה כמבואר שם. וכיון דעיקר זכות הלוה לסלק להמלוה בע"כ אף במעות אין זה רק מדרבנן ע"כ בכה"ג י"ל דאף במקום פסידא אינו יכול לסלקו במטלטלין בע"כ אם אומר המלוה אמתין עד שיהיה לך מעות ואז אטול כפי זכותי שזיכו לי חז"ל. ואף דהתוס' בגיטין שם ד"ה מכלל דבעלמא נתינה בע"כ כו' כתבו דדוקא במקום שיש להמלוה פסידא ע"י קבלת הפרעון בזה אמרו דפרעון בע"כ לא הוי פרעון כו' והובא בש"ך ח"מ סי' ע"ד ס"ק י"א ע"ש. י"ל דגם בנ"ד קרינן דיש להמלוה פסידא ע"י מה דמסלקו הלוה בע"כ דלא יהיה לו דין מחוייב שבועה על הלוה אז וכש"כ היכא דמיירינן בענין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דיש להמלוה פסידא גמורה בממונא ע"כ וודאי י"ל דלל"ק דרבא דפרעון בע"כ לא הוי פרעון מן הדין רק מצד התקנה ע"כ אינו יכול הלוה לסלקו בע"כ במטלטלין אף במקום דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כיון דאף במסלקו במעות בע"כ אין זה רק מצד התקנה ע"כ אין לחלק בכה"ג בין מקום פסידא או לא:

ועכ"ז לדינא כיון דללישנא בתרא דגיטין (דף ע"ה) דבפניו אף בע"כ הוי נתינה ופרעון. והרא"ש כתב דהלכה כלישנא בתרא דשם וכ"כ שם בשם רב האי גאון ז"ל. ואף להרמב"ם דהובא באשרי שם דה"ל ספיקא דדינא וכ"כ הרשב"א והובא בקרבן נתנאל שם ס"ק ל"ד עכ"ז הא מספיקא אין מוציאין מהמוחזק ויכול לומר דזכותו הוא מה"ת לסלק להמלוה ע"י פרעון בע"כ ובפרט לשיטת הרא"ש דבגיטין דף ע"ה פ"ו אות זיין שכתב דדוקא היכא דבא לזכות איזה ענין ע"י הנתינה בע"כ בזה שקלו וטרו אי נתינה בע"כ הוי נתינה או לא אבל היכא דאינו בא לזכות איזה ענין אז בוודאי נתינה בע"כ הוי נתינה ע"כ גבי פרעון בע"כ דבנ"ד בוודאי הוי פרעון מה"ת ע"כ שפיר כתבתי לדון אם הוא במקום דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וע"י מה דמסלקו במטלטלין יהיה לו דין הילך ויופטר לכן י"ל דדינו ככל מקום פסידא דמסלקו במטלטלין בע"כ כדי להפטר מן תשלומי ממון. ועיין באו"ת סי' ע"ד ס"ק ג' ובאה"ע סי' קמ"ג ב"ש ס"ק י' מזה. וגם היכא דלא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם רק מודה במקצת וכופר במקצת דאף דיכול לישבע עכ"ז יש מקום לומר דדינו ככל מקום פסידא משום דכמה אינשי פרשי משבועת אמת כנ"ל ולכן מצי מסלקו בע"כ אף במטלטלין ויש לו דין הילך ופטור מן

שד"א. ולכן אפילו נימא כהסוברין דמשכון לא חשוב הילך עכ"ז אם מסלקו בע"כ בגוף החפץ לשם פרעון יש לדון דדינו כהילך ופטור מן שד"א וכש"כ דלא ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כנ"ל. משום דקשה להוציא מן המוחזק גם לחייבו שבועה אין אנו יכולים במקום ספיקא דדינא כמבואר בסי' פ"ז ש"ך ס"ק י':

ענף ג:

ובעיקר הוכחת הקצה"ח סי' ק"א ס"ק ה' דהא דבע"ח דינו בזוזי אינו רק מדרבנן מן הא דכתבו התוס' דכתובות דף צ"ב דבמקום פסידא משלם בכל מידי דבעי דאל"כ תקשה איך יכול לאפקועי זכות המלוה שיש לו מה"ת דוקא במעות אף במקום פסידא. וכן מרגלא זה בפומי מכבר להוכיח כן מקודם שראיתי בקצה"ח זה:

ובאמת תקשה מזה על דברי הנתיבות בסי' ק"ז ס"ק ד' שכתב דהא דבע"ח דינו בזוזי הוא מה"ת יע"ש. א"כ קשה דמפני מה אמרו דבמקום פסידא הקילו דמצי משלם בכל מאי דבעי דהוא נגד דין התורה. וכעת נלע"ד לומר דהטעם הוא דכיון דחזינן דדין הבע"ח במעות אף דנימא דהוא מה"ת עכ"ז הא היכא דאין לו מעות אינו מחוייב הלוה למכור המטלטלין ולהשיג מעות בעד המלוה אלא אם יש לו מעות אז מחוייב לפרוע במעות הרי דלא אלים זכות המלוה כ"כ בתשלומי מעות ע"כ שפיר אמרו דה"ה היכא דיש לו פסידא אז אף דיש לו מעות אינו מחוייב לפרוע במעות וכמו דחסו על טרחתו של הלוה דאינו מחוייב להטריח ולמוכרם להמטלטלין כ"כ חסו על הפסד הלוה דאם יש לו פסידא הקילו לשלם בכל מאי דבעי משום דהא חזינן דאינו שוה הך זכות המלוה במעות לכל זכותים שזיכה התורה באיזה ענין לכל אחד כפי הראוי אלא חילקו הכא בין יש לו מעות להיכא דליכא מעות דה"ה דיש לחלק הכא במקום פסידא דהוא כש"כ מן מה דחסו על טרחתו וא"ש אף לדברי הנתיבות. ולפ"ז יש לדון דמה"ט ה"ה בחוב נזקין דדינו בעדיות דג"כ היכא דיש להמזיק פסידא אם יפרעו מן העדיות אז גם בנזקין יהיה יכול לפורעו אף שלא מן העדיות דהא אף דמה"ת דינו בעדיות מ"מ הא לא חייבתו התורה למכור ולהשתדל להשיג עדיות לפורעו רק אם יש לו עדיות דינו בעדיות ע"כ גם בזה יש לדון כן. והדברים ארוכין ואכ"מ. ולפ"ז בחוב שכירות פועל דמחוייב לטרוח ולמכור שיהיו לו מעות על הפרעון בזה שפיר יש לדון דאף במקום פסידא אינו יכול לפרוע במילי אחריני רק לעולם דינו במעות. ובעיקר סברתי הנ"ל מצינו כעין זה בפסחים דף י' ע"ב דאמרו בגופי' אטרחוה רבנן בממוני' לא אטרחוהו רבנן. א"כ הכא גבי חיוב לפרוע בזוזי דחזינן דחסו על טרחתו כש"כ דחסו על ממונו במקום שיהיה לו פסידא:

ענף ד:

שוב ראיתי כי בעיקר דברי הנתיבות שכתב דטענת חוב יש לי בידך יכול לעשות זה לפרעון וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' נ"ט דיש להעיר על זה מן הא דסי' ע"ב סעי' כ"ז באמר המלוה איני יודע כמה נפחת דנשבע המלוה היסת ונפטר. וקשה דהא לפי טענת הלוה דנפחת הרבה א"כ יכול לעשות זה לפרעון ולכן כיון דהמלוה טוען שמא הוי זה כמו דאומר המלוה על המשכון דהוא מסופק בהפרעון דמבואר בסי' ע"ב סעיף י"ד וסעיף כ"ד דאין יכול לתבוע מספק בנכסי הלוה אף שהמשכון ת"י המלוה. וכן ראיתי בנתיבות סי' ע"ב ס"ק ל"ט שכתב להוכיח מזה למש"כ בסי' נ"ט דיש לי בידך לא הוי כפרעון ע"ש. אכן לפי מש"כ הנתיבות כאן בסי' ע"ה וכמש"כ לחזק דבריו תקשה ע"ז מהא דסי' ע"ב סעי' כ"ז הנ"ל:

והנלע"ד לתרץ דאין מזה הכרח להוכיח כן והוא דכבר העליתי בספרי נחל יצחק סימן נ"ט דהא דהמלוה טוען שמא אינו גובה זהו דוקא היכא דה"ל למידע אבל היכא דלא הוי שמא גרוע דלא ה"ל למידע אז גובה אף בטוען המלוה שמא. וכיון דאמרינן כן בשטר כש"כ דאמרינן כן במשכון שתחת יד המלוה דאם הספק הוא היכא דלא ה"ל למידע דאז גובה המלוה מהמשכון שת"י אם הספק הוא בפרעון דזה לשון הרשב"א בתשובה סי' אלף מ"א המלוה על המשכון לוה אומר פרעתי ומלוה אומר איני זוכר כמה הלוה נאמן כו' וכש"כ אם הוא מלוה בשטר עכ"ל הרשב"א והובא בספרי נחל יצחק סי' נ"ט ס"ק ב' ע"ש. הרי דס"ל להרשב"א דזכות המלוה בהמשכון שת"י עדיפא מן מלוה בשטר כדמצינו לענין שמיטה ולכמה מילי ע"כ נקט הרשב"א ליה בלשון כש"כ דמלוה בשטר אינו גובה אם המלוה אומר שמא. ולכן כיון דזכות המלוה על המשכון עדיף ממלוה בשטר בלא משכון א"כ לפי מאי דהוכחתי בספרי שם דמלוה בשטר דטוען המלוה שמא היכא דלא הל"ל דגובה ומוציא מהלוה כש"כ במשכון שת"י המלוה דגובה מהמשכון שת"י אף דטוען שמא אם לא הוי שמא גרוע ויש לי הוכחות עוד לזה:

ולכאורה יש סתירה לזה מן דברי הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ג דזה לשון הש"ך שם דאם אין טוענין ודאי נראה לכאורה דהדין עם הלוה דהמלוה על המשכון אין לו עליו רק שעבוד ואינו מוציא בטענות ספק כדלעיל סעיף י"ד וסעיף כ"ד מכ"ל. הרי דס"ל להש"ך דכיון דאין טוענין ליורשים בזה לכן אין גובין מן המשכון משום דטוענין ספק. ואף דטענת היורשים לא הוי שמא גרוע דהא לא ה"ל למידע אפ"ה אינן גובין מן המשכון שת"י וזהו דלא כמו שכתבתי. אבל באמת העיקר כמש"כ ומן דברי הש"ך הנ"ל אין הכרח לסתור זה דיש לחלק דוקא היכא דהספק הוא בעיקר החוב הלואה כמה היה ההלואה בזה הדין דאינו גובה מהמשכון אף היכא דלא הוי שמא גרוע כדהתם. אבל היכא דידוע כמה הוא

חוב ההלואה רק הספק הוא בהפרעון בזה ודאי מוכח ע"פ ההוכחות שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' נ"ט דמלוה בשטר גובה אף בטוען שמא אם הוא במקום דלא ה"ל למידע. וכש"כ במלוה דהמשכון הוא ת"י המלוה. והחילוק הוא פשוט בסברא לחלק בין נולד ספק בעיקר ההלואה לנולד הספק בהפרעון דיש עליו חזקת חיוב ומש"כ הש"ך שם דאינו מוציא בטענות ספק כדלעיל סעיף י"ד וסעיף כ"ד. ואלו למש"כ דעיקר דברי הש"ך דהתם הוא רק היכא דהספק הוא בעיקר חוב ההלואה א"כ תקשה דאיך כתב הש"ך לסיים כדלעיל סעי' י"ד וסעי' כ"ד דהא שם מיירי בנולד הספק בהפרעון. עכ"ז י"ל דכן הוא כוונת הש"ך שם דבאמת מיירי הש"ך שם באם אין טוענין ודאי כמה היה עיקר חוב ההלואה ומה דמסיים כדלעיל סעיף י"ד וסעיף כ"ד כוונתו הוא להוכיח משם דזכות המלוה על המשכון שת"י מקרי להוציא ולא להחזיק משום דאין לו על המשכון רק דין שעבוד ולכן אמרו שם בסעי' י"ד וסעי' כ"ד דאינו יכול לתבוע בספק פרעון בנכסי הלוה משום דאין אדם יכול להוציא מחבירו בטענת ספק כמבואר שם. וכיון דמוכח מהתם דדין המלוה בהמשכון שת"י כדין מוציא מחבירו ע"כ יש למילף מזה דאם אין היורשים טוענים ברי כמה היה עיקר סך ההלואה דאין טוענין להו משום דזה מקרי להוציא ולא טענינן ליורש רק להחזיק כמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב. וכיון דאין טוענין ליורש בכה"ג ע"כ ממילא הדין נותן דאם מסופקים היורשים בעיקר סך ההלואה דאין גובין מן המשכון שת"י דאין טוענין להוציא והוי טענתם כדין טוען שמא דאינו גובה מהמשכון שת"י אם הספק הוא בעיקר חוב ההלואה אף היכא דלא הוי שמא גרוע. ועדיין י"ל כמו שכתבתי דאם הספק הוא בהפרעון דיש שם חזקת חיוב דבזה אם לא הוי שמא גרוע דהוא במקום דלא ה"ל למידע דאז גובה מן המשכון שת"י כנ"ל. ובלא"ה הא הש"ך שם בסי' ע"ב ס"ק קמ"ג לא כתב כן רק בלשון ולכאורה וסיים וצ"ע א"כ לא הי' ברור להש"ך זה גופא ע"כ י"ל דגם זהו מה"ט שכתבתי דיש לחלק דשאני היכא דהוי שמא טוב כנ"ל לכן אף דנימא דאין טוענין ליורש בכה"ג מ"מ אין מוציאין המשכון מהם לפי דמועיל בזה מוחזקות של המשכון אף במקום טענת שמא כיון דלא ה"ל למידע ועיין באו"ת והנתיבות שם:

ולכן כיון דנתבאר דהיכא דספק בהפרעון הוא במקום דלא ה"ל למידע דאז גובה המלוה מן המשכון שת"י ע"כ אתי שפיר דברי הש"ע בסי' ע"ב סעיף כ"ז דאם המלוה אינו יודע כמה הוא הפחת של המשכון דאין מוציאין מהמלוה. משום דהא בסי' ע"ב סעיף י"ב מבואר שם דאם המלוה אומר יודע אני שהיה שוה יותר מן דמי החוב ואיני יודע כמה דס"ל להרמב"ם וסייעתו דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אבל הראב"ד

וסייעתו חולקים משום דס"ל דהיכא דלא ה"ל למידע לא דיינינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. והרמב"ם וסייעתו ס"ל דאף במקום דלא ה"ל למידע ג"כ הדין הוא דאמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכמש"כ שם הש"ך ס"ק נ"א בארוכה. ומש"כ הש"ך שם בלשון לכאורה נראה דשאני משכון דה"ל למידע דהמלוה מדקדק כמה שוה בשביל הלואתו כו'. אין זה ברור כ"כ דהא לא כתב כן רק בלשון לכאורה כו' ובאמת י"ל דס"ל להש"ך דגם מלוה על המשכון מקרי לא ה"ל למידע ולכן שם בד"ה העולה מזה כו' עיקר דברי הש"ך שם לחייבו באומר המלוה א"י כמה היה שוה רק משום דס"ל דגם היכא דלא הל"ל חייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"ש. אבל בעיקר דברי הראב"ד וסייעתו דס"ל דמלוה על המשכון מקרי לא הל"ל אין לנו להרבות במחלוקת ע"ז. וכן משמע בב"מ (דף ל"ה ע"א) דאיתא שם וניהמני' לוה למלוה נמי בהא כמה היה שוה לא קים ליה בגוי'. ופי' רש"י מימר אמר לוה לא קים ליה למלוה בגויה דמשכון דלא נתן דעתו עליו לדעת דמיו עכ"ל רש"י. הרי דמוכח דבסתמא אין דרך המלוה לדקדק כמה שוה המשכון דאל"כ אמאי לא הימני' הלוה להמלוה אם נימא דדרך המלוה לדקדק כו' וכמש"כ הש"ך א"כ לא שייך ע"ז לומר דמימר אמר הלוה כו' ומוכח מזה דאין דרך המלוה לדקדק כ"כ ולכן מקרי זה בשם לא ה"ל למידע בכמה עולה שיווי המשכון. ומצינו פלוגתא אם המלוה נקט להמשכון רק לזכרון או לגוביינא כמבואר בב"מ (דף פ"א) ושבועות (דף מ"ד) ועיין ברש"י ב"מ (דף פ"ב) ד"ה אימור דא"ר יצחק כו'. ואף דקיי"ל דלגוביינא נקטי' מ"מ י"ל דגם להך מ"ד אמרינן אין דרך המלוה לדקדק כו' וכדמוכח מהא דב"מ דף ל"ה הנ"ל. וכמבואר בפני יהושע לב"מ דף ל"ה בסוגיא הנ"ל שכתב ג"כ בפשיטות בד"ה לא קים ליה בגויה כו' דמלוה על המשכון מקרי לא ה"ל למידע ע"ש ויש לי לפלפל הרבה בדברי הפ"י ואכמ"ל: ולכן לדינא שפיר י"ל כסברת הנתיבות הכא דטענת יש לי בידך ה"ל כמו פרעון והא דכתב הש"ע דאם המלוה אומר איני יודע כמה הוא הפחת של המשכון נשבע ונפטר שא"ה דזה מקרי לא ה"ל למידע דדוקא אם המלוה מסופק בפרעון היכא דה"ל למידע וכמו הא דסי' ע"ב סעיף י"ד וסעי' כ"ד דמבואר שם דהמלוה אינו זוכר כמה הי' הפרעון בזה אמרו דאינו גובה מהמשכון שת"י. אבל בהנידון דהספק הוא בהפחת דזה נקרא לא הל"ל בכה"ג גובה המלוה מהמשכון שת"י אף ע"י טענת שמא כיון דלא הוי שמא גרוע. וכש"כ לפי מה שהעלה האו"ת בסי' צ"ד סוף ס"ק ב' דדוקא אם המלוה אומר יודע אני שהי' שוה יותר כו' בזה אמרינן דמקרי ה"ל למידע משום דהא נחית לשומא אבל באומר א"י כלל כמה הי' שוה זה מקרי לא הל"ל כו' ע"ש. א"כ הכא גבי פחת המשכון י"ל דמיירי דהמלוה

אומר דלא נחת מעולם לשומו. רק כיון דנמצא עכשיו לפנינו דנפחת המשכון ולכן כיון דעכשיו אחר הפחת הוא שוה עדיין כפי סך החוב ע"כ מקרי מודה במקצת כפי ששקלו וטרו שם בסי' ע"ב הסמ"ע ס"ק פ"ז והש"ך ס"ק קכ"ב. אבל בגוף הענין י"ל דמקרי לא ה"ל למידע. ולכן אין הכרח לדברי הנתיבות בסי' ע"ב ס"ק ל"ט ולדחות עפ"ז למש"כ הנתיבות בסי' ע"ה ס"ק ה' וע"כ י"ל לדינא דטענת יש לי בידן ה"ל כמו טענת פרעתי:

ענף ה:

ועוד י"ל דאף לפי דברי הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"א שכתב לחלק דשאני פקדון דמקרי לא הל"ל משא"כ משכון דסתם מלוה מדקדק כו' ועוד חילוק דהיכא שאינו מונח בשק שאני. יש לדון דגם לפי דבריו אין זה ברור להחליט דהמלוה על המשכון מקרי ה"ל למידע דהא חזינן דהראב"ד וסייעתו ס"ל דהמלוה על המשכון מקרי לא ה"ל למידע ופוטרין אותו לפי שיטתם דס"ל דהיכא דלא ה"ל למידע לא דיינינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ע"כ י"ל דאף לפי מש"כ הש"ך לתרץ דברי הטוש"ע דסתרי אהדדי דעיקר החיוב הוא משום די"ל דמלוה על המשכון מקרי הל"ל די"ל דזהו רק מצד דזה גופא ה"ל ספק אם מקרי זה הל"ל או דמקרי לא הל"ל א"כ ה"ל ספק ספיקא ספק א' שמא הלכה כהסוברים דגם היכא דלא הל"ל דיינינן דחייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום דאין זה ברור לדינא להכריע כהסוברים דהיכא דלא הל"ל לא מחייבינן משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם רק משום ספיקא דדינא אין מוציאין מהמוחזק. ספק ב' שמא מלוה על המשכון והיכא שאינו מונח בשק דאפשר דזה מקרי ה"ל למידע וחייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ואף דלדינא קיי"ל דאין מוציאין ממון בספק ספיקא מ"מ י"ל דהא בברי ושמא בצירוף ספק ספיקא מוציאין ממון כמש"כ השבות יעקב והובא באו"ת בכללי תפיסה ס"ק ק"כ ע"ש. ומה"ט כתב הש"ע בסי' ע"ב סעי' י"ב לחייב במלוה על המשכון משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אם הלוה אומר ברי ששתים הי' שוה משום דהוי ספק ספיקא דדינא ובצירוף מעלת ברי ושמא דהלוה אומר ברי והמלוה שמא. משא"כ בהא דסעי' כ"ז בסי' ע"ב גבי נפחת המשכון דלא שייך התם לדון דין ספק ספיקא ולא הוי רק ספק א' אם זה מקרי ה"ל למידע או לא ע"כ אין מוציאין המשכון מהמלוה המוחזק וכנ"ל: שוב ראיתי דזה אינו משום דדוקא היכא דמעלת הספק ספיקא הוא אף היכא דאינו תובעו בברי לכן אז מצרפינן מעלת ברי ושמא להספק ספיקא ומוציאין מהמוחזק דהוי כמו רובא וברי דזה עדיף מן מעלת המוחזק בממון. אבל בהך דסי' ע"ב סעי' י"ב דעיקר מעלת הספק ספיקא הוא משום דתובע טוען ברי ויש לו חיוב שד"א על המלוה דמודה במקצת ואז

לפי שיטת הסוברים דדייניין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אף היכא דלא ה"ל למידע דוודאי חייב המלוה התם באומר א"י כמה נפחת. או לפי צד הספק השני דכה"ג מקרי ה"ל למידע וחייב משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם דכ"ז עיקר חיובו הוא רק אם התובע טוען ברי ושייך לדון התם שד"א ולחייבו משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. א"כ עיקר מעלת הספק ספיקא הוא רק משום מעלת טענת ברי של הלוה דאומר שתים היה שוה ע"כ אלו שני המעלות היינו הספק ספיקא והברי לא נחשבו רק למעלה א' ולכן קשה לומר לכל מה שכתבתי:

ע"כ נראה לי לומר באופן אחר ע"פ סיגנון הנ"ל והוא דכמו דספק ספיקא בצירוף ברי ושמא מוציא מהמוחזק ה"ה דספק ספיקא בצירוף רובא מוציאין עי"ז ממון מהמוחזק דהא רובא עדיפא ממעלת ברי וכמש"כ הפני יהושע לכתובות דף ט"ז ע"א בתוס' ד"ה כיון דרוב נשים כו' כעין זה ע"ש. והנה מה שכתב הש"ך דסתם מלוה מדקדק לידע כמה שוה המשכון כו'. אין זה רק בגדר רובא דבוודאי אין סברא לומר דזה הוי רוב אלים כ"כ דמוציאין ממון עי"ז מן המוחזק דלא הוי רק מיעוט דמיעוטא דאינן מקפידין כ"כ לידע כמה שוה המשכון. דהא חזינן שיטת כמה פוסקים דס"ל דמלוה על המשכון מקרי לא ה"ל למידע וכדמצינו בב"מ (דף ל"ה) דאמרו דמלוה לא קים לי' בגוי' כנ"ל. ע"כ העיקר הוא בכוונת הש"ך דכתב דסתם מלוה מדקדק כו' דאין זה רק בגדר הרוב והוא כמו כל רוב דאין הולכין בממון אחר הרוב והא דחייבו המלוה משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אף דס"ל דהיכא דלא הל"ל לא דייניין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכמש"כ הש"ך לתרץ שם שיטת הטוש"ע דסתרי אהדדי. י"ל בכוונתו דשיטת הטוש"ע כן הוא דבעיקר הדין אם אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם היכא דלא ה"ל למידע הוי זה גופא ספיקא דפלוגתא דרבוותא ולכן היכא דיש עוד ספק שמא מקרי זה ה"ל למידע א"כ אי נימא דידע המלוה מתחלה שיווי המשכון ועכשיו נשכח ממנו אז הדין ברור דמחייבינן משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם ע"פ דין התורה דהיכא דאינו יכול לישבע משלם. ע"כ הוי זה ספק ספיקא מעליא ספק א' שמא אף דנימא דלא ידע המלוה מעולם שיווי המשכון ג"כ הדין הוא דדייניין מתוך שאינו יכול להשבע משלם. וספק ב' דאף דנימא כהסוברין דהיכא דלא ה"ל למידע לא דייניין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מ"מ יש לדון ספק שמא ידע המלוה מתחלה שיווי המשכון ועכשיו נשכח ממנו א"כ מקרי זה ה"ל למידע וחייב בוודאי משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כפי דין התורה וה"ל ספק ספיקא מעליא. אף דלא מהני ס"ס בספיקות השקולים להוציא ממון כדקיי"ל דספק ספיקא אינו

מוציא מן המוחזק. אבל כיון דיש בנ"ד מעלת רובא דרוב אנשים מדקדקים לידע שיווי המשכון בעת הלואה א"כ יש בזה רובא המסייע לזכות הלוה דכיון דע"פ רוב מקרי זה ה"ל למידע ואז חייב בוודאי ע"פ דין א"כ יש בזה ספק ספיקא וצירוף רובא וזה נחשב לשני מעלות דהא הספק ספיקא והרוב כ"א בפ"ע מברר לחייב את המלוה ולכן מוציאין ממון מן המלוה המוחזק ע"פ ס"ס ורובא. אבל בהא דסעי' כ"ז גבי פחת המשכון דלא שייך לדון ספק ספיקא שם אף דיש שם רובא דמדקדקים לידע שיווי המשכון ומקרי לפ"ז בשם ה"ל למידע דחייב להחזיר המשכון אם המלוה טוען ספק מ"מ הא אין הולכין בממון אחר הרוב כיון דליכא ספק ספיקא להצטרף להרוב ע"כ פטור המלוה להחזיר המשכון. ואין לומר דהא הלוה טוען ברי והמלוה שמא א"כ הוי רוב בצירוף ברי ושמא דמוציא ממון מהמוחזק דזה אינו דהא עיקר מעלת הרוב דשם הוא הכל משום טענת ברי של הלוה דלפי שהלוה טוען ברי והמלוה אומר שמא בהפרעון כיון דה"ל למידע דבזה הדין דחייב להחזיר המשכון משום טענת ברי של הלוה דאלו בשניהם טוענים ספק הא הדין הוא דאינו חייב להחזיר המשכון וכמו בשטר דטוענים שניהם ספק דגובה בשטרו כמבואר בסי' נ"ט וה"ה במשכון. ולכן לא הוי הך רובא ומעלת ברי של הלוה לשני מעלות מחולקי' רק למעלה אחת כיון דהך רובא לא הוי בירור מצד עצמו לחייב את המלוה רק ע"י ברי של הלוה וכנ"ל ע"כ אין אנו יכולים להוציא המשכון מהמלוה דאין הולכין בממון אחר הרוב ויכול המלוה לומר דהוא מן המיעוט דאינם מדקדקים לידע שיווי המשכון ומקרי שמא שלו שמא טוב דלא ה"ל למידע דנתבאר דבכה"ג אינו חייב להחזיר המשכון אם נסתפק בהפרעון ולכן שפיר פסקו דפטור המלוה להחזיר המשכון ונשבע ונפטר ואתי שפיר דברי הטוש"ע אף לפי מש"כ הש"ך בס"ק נ"א סי' ע"ב בשיטת הטוש"ע דס"ל דסתם מלוה מדקדק לידע שיווי המשכון:

ונתבאר בעז"ה שני אופנים לתרץ דלא תקשה מן הא דסי' ע"ב סטי' כ"ז על מה דנתבאר דטענת יש לי בידך אף מן חוב נזקין ושומרים או מן תביעת איזה חפץ וכה"ג דיכול לעשותו לפרעון וה"ל כמו טענת פרעתי. והשני אופנים הנ"ל הם בסיגנון אחד ע"פ הכלל שנתבאר דהיכא דלא ה"ל למידע אז גובה מן המשכון שת"י אם הספק הוא בהפרעון. ולכן העיקר לדינא כמש"כ הנתיבות כאן בסי' ע"ה ס"ק ה' דטענת יש לי בידך יכול לעשותו לפרעון וכדמשמע מן הש"ך הכא ואף דהש"ך מיירי בטענת חוב יש לי בידך מן חוב פשיעת הפקדון עכ"ז יכול לעשותו לפרעון ע"פ הכלל שכתבתי דבמקום פסידא יכול לסלקו אף בשארי מילי:

ז:

(שם סעיף יו"ד):
לא תבעו אדם כו'. וכתב הש"ך ס"ק ל' דאפילו הלה משיב לו אח"כ ברי לי שלא פרעת לי מעולם כו' פטור כו'. וכ"כ הט"ז שם. וטעמם דס"ל דכיון דאינו יודע התובע עצם החיוב רק ע"פ הודאת התובע אין זה חשוב כמו טענת ברי. ואף דלקמן סעי' י"ז מבואר דגם ברי ע"פ הודאת הנתבע חשוב לברי וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ס"ב י"ל דזהו רק לחייבו שבועה אבל לא להוציא ממון. אך האו"ת ס"ק ח' תמה ע"ז דודאי מה שנודע להתובע ע"פ הודאת הנתבע זהו נחשב לטענת ברי ממש כמו ברי ע"פ עדים וה"ה הודאת בע"ד דכמאה עדים דמי:

ענף א:

ולכאורה יש להביא ראי' לדברי הט"ז והש"ך מן הראשונים דס"ל דמה שנודע להתובע ע"פ הודאת נתבע אין זה חשוב כמו טענת ברי. והוא דהרא"ש פ"ו דשבועות סי' ה' הוכיח מן האלפס דס"ל דאף בטענת שמא ג"כ נשבעין שד"א לנגד הע"א מן הא דכתב הרי"ף בפ' כל הנשבעין דהביא מעשה א' חד גברא דא"ל לחברי' אית לי חד סהדא דאתית לביתאי ופתחת לי' דלא באנפי ושקלת מיני' חד טעונא דכיתנא וא"ל אין פתחית ושקלית ודידי שקלי דאת אמרת למישקלי' מחושבנא דאית לך גבאי. ופסק דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ואע"ג דטענת שמא הוא הואיל דלאו באפי' שקלי' ולא ידע אלא ע"פ העד כו' עכ"ל הרא"ש. וכן כתב הר"נ שם להוכיח כן מן שיטת הרי"ף הנ"ל. וכ"כ בחדושי הרשב"א לשבועות דף מ' ע"א להוכיח כן מן שיטת רב אלפס הנ"ל דס"ל דאף בטענת שמא נשבעין ע"פ ע"א. וקשה מנלן לכל הראשונים הנ"ל להוכיח מן הרי"ף דס"ל שלא כשיטת ה"ר אפרים ור"י בן מיגש והא י"ל דגם איהו ס"ל כשיטתם דדוקא ע"י טענת ברי נשבעין נגד הע"א. והתם בעובדא דהובא בהרי"ף הא י"ל דחבירו טוענו ברי אף דאינו יודע מן מה שלקח הנתבע חפציו רק ע"פ הע"א. מ"מ עכשיו לאחר שהודה הנתבע אין שקלי ודידי שקלי דאת אמרת למשקליה מחושבנא דאית לך גבאי. א"כ מסתמא התובע מכחישו ואומר דלא א"ל מעולם למשקליה וכן אינו מגיע לו כלל מחשבונו דאל"כ ל"ל ליתבע. וכיון דבעיקר טענתו דדידי שקלי מכחישו התובע ואומר דזהו אינו שלו רק דאינו יודע אם נטל החפצים שלא בפניו או לא רק ע"פ הודאתו וע"פ ע"א. א"כ אי נימא דמה דנודע לו ע"פ הודאת הבע"ד זה חשוב כמו ברי ממש. תקשה דאמאי קרי לי' כל הפוסקים התם לטענת שמא. הא זהו טענת ברי ממש כיון דהנתבע הודה דנטל החפצים של התובע מביתו א"כ ה"ל כמו דנתברר ע"פ עדים דנטל חפציו מן ביתו שלא בפניו. וזה ידוע לו בעצמו דאלו החפצים אינם של הנתבע רק הם שייכים

לו א"כ חשוב זה בוודאי לטענת ברי. ותקשה דמנלן לכל הראשונים הנ"ל להוכיח מן רב אלפס דס"ל שלא כשיטת הר"א ור"י בן מיגש הא י"ל דאינו חולק עליהם כלל. וע"כ מוכח מן הראשונים הנ"ל דס"ל בפשיטות דמה דנודע לו ע"פ הודאת הנתבע אין זה חשוב לטענת ברי רק דינו כמו טענת שמא. ולכן שפיר הוכיחו מן הרי"ף דס"ל דגם ע"פ טענת שמא נשבעין שד"א להכחיש הע"א. ומוכח מזה כמש"כ הט"ז והש"ך דמה שנודע לו ע"פ הודאת הנתבע אין זה חשוב כמו ברי:

וכן כתב הראב"ד בפ"ד ה' גזילה ה' י"ז לחלוק על הרמב"ם שכתב שם כמו שכתב הרי"ף הנ"ל בהך עובדא דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וחולק ע"ז הראב"ד דס"ל כשיטת הר"י בן מיגש והר"א דע"פ טענת שמא אין נשבעין להכחיש הע"א. והמ"מ כתב שם דשיטת הרמב"ם שנשבעין בע"א בטענת שמא. וכ"כ הטור בסי' ע"ה בשם שיטת הרמב"ם דס"ל דאף בשמא נשבעין נגד הע"א. ועיין בבית יוסף בסי' צ"ו סעי' יו"ד שכתב כן בשיטת הרמב"ם הנ"ל דס"ל דאף ע"י טענת שמא נשבעין נגד הע"א וקשה מנלן להו כן וגם אמאי חולק הראב"ד וס"ל דאין חייב שד"א. והא יש לומר דשא"ה דזה יודע התובע דאלו החפצים דהודה דנטלן אין זהו שלו. רק הם שייכים לו להתובע והוי זה כמו טענת ברי ממש. וע"כ מוכח מזה דגם הראב"ד והטור והמ"מ ס"ל ג"כ דמה שנודע לו ע"פ הודאת הנתבע אין זה חשוב כמו ברי ממש וכדברי הט"ז והש"ך הנ"ל:

שוב ראיתי דאדרבה מוכח מן התם דגם מה שנודע לו ע"פ הודאת הנתבע ה"ל כמו ברי ממש. והוא דהט"ז בסי' צ"ב בטור סעי' י"א כתב בשי' הרמב"ם דס"ל דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם רק בתובע טוען ברי אבל בטוענו שמא לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וכן הוא שיטת המחבר שם סעי' יו"ד. וכ"כ הט"ז בסי' ע"ה בשיטת הטור והובא בקצה"ח סי' ע"ה ס"ק ט'. דס"ל דבתובע טוען שמא לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ובחידושיי לסי' צ"ב הארכתי ליישב לכל מה שהקשה הקצה"ח שם על הט"ז בזה. א"כ תקשה מן מש"כ הרמב"ם בפ"ד ה' גזילה הנ"ל דבטוענו בספק ע"פ העד דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. דהא לשיטת הט"ז הנ"ל מוכח דס"ל להרמב"ם דבתובע טוען שמא לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וכן תקשה על הט"ז מכל הראשונים הנ"ל דכתבו בפשיטות להוכיח מן הרי"ף דאף בתובע טוען שמא אמרינן דחייב שד"א נגד הע"א להכחישו. והתם הא אמרו דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ג"כ ותקשה מהם על שיטת הט"ז. ובוודאי אין לחלק דשאני מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דהוי ע"פ הע"א משארי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. דהא

חזינן בסוגיא דשבועות דף מ"ז דהגמ' מדמה אותן. וכ"כ התוס' ב"ב (דף ל"ד ע"א) ד"ה הוי מחוייב שבועה כו':

אכן אי נימא דמה דנודע להתובע ע"פ הודאת הבע"ד הוי זה כמו ברי ממש אתי שפיר מה דאמרו שם דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דהא כיון דהודה הנתבע דנטל חפציו. וזה ידוע לו דאלו החפצים שייכים לו ע"כ ה"ל טענת ברי ממש ושפיר פסקו דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. והא דהוכיחו הראשונים מן הך עובדא שכתב הרי"ף דאף בטוען שמא חייב שד"א נגד הע"א. יש לומר דכוונתם הוא כן דהתוס' בב"ב (דף ל"ד) ד"ה הוי מחוייב שבועה כו' הקשו דיהי' מהימן במיגו דלא חטפי ותירצו בשם הר"י דלכן אינו נאמן במיגו דלא חטפי שאינו יכול להעיז פניו ולישבע בדבר שהעד מכחישו כו'. ועוד תי' בשם ריב"ם כו'. והנך שני תירוצים הובא ג"כ בר"נ פ"ז דשבועות בסוגיא דשניהם חשודים חזרה שבועה כו'. ובחי' הרמב"ן לב"ב דף ל"ד. ובשבועות (דף ל"ב ע"ב) תוס' ד"ה ה"ל כגזלן כו' כתבו כהך תי' קמא דב"ב דכתבו דלכן אין לו מיגו דירא לשקר ולישבע בדבר שהעד מכחישו כו'. ומה דהקשו התוס' בב"ב שם על הך תי' קמא כבר תירץ זה היטב האו"ת בסי' ע ס"ק יו"ד. ועיין בש"ך סי' ע"ה ס"ק מ"ג. ולפי הך תירוץ קמא של התוס' דס"ל דאמרינן מיגו נגד העד רק דעיקר הטעם מה דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם זהו לפי דאינו יכול להעיז פניו להכחישו ולישבע לשקר. א"כ לפ"ז אי נימא דבתובע טוען שמא פטור מן שד"א כשיטת הר"א ור"י בן מיגש. א"כ לפ"ז קשה במה דפסק הרי"ף בהך עובדא דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם הא יש להנתבע מיגו דאי בעי הוי אמר לא חטפי ולא היה צריך לישבע להכחישו כיון דהתובע טוען שמא. ולכן שפיר הוכיחו מן הרי"ף דס"ל דאף בתובעו שמא ג"כ מחוייב לישבע שד"א להכחישו וע"כ אין לו מיגו: וכן יש לומר דזו היא כוונת הראב"ד דס"ל בפ"ד ה' גזילה דבהך עובדא לא ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. משום דכיון דס"ל דבטוענו שמא לא ה"ל מחוייב שבועה. ע"כ יש לו מיגו דאי בעי אמר להד"ם ולא הי' צריך שד"א להכחישו. אבל לעולם יש לומר דזה מקרי טענת ברי אף דנודע לו רק ע"פ הבע"ד. ולכן לא הוי מזה סייעתא לשיטת הט"ז והש"ך דס"ל היכא דמה שנודע לו מן הודאת הבע"ד לא הוי זה חשוב כמו ברי. ואדרבה מוכח לפי שיטת הט"ז דס"ל דבתובע טוען שמא לא ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דגם כזה מקרי טענת ברי. אך דשאני התם דיש לו מיגו דאי בעי אמר לא חטפי וע"כ אי נימא כהסוברין דבתובעו שמא אינו מחייבו העד שד"א ע"כ לא שייך התם מחוייב

שבועה ואינו יכול להשבע משלם. אף דעכשיו טוענו ברי מ"מ הא אי טען להד"ם לא הוי תובעו בטענת ברי ולא היה צריך לישבע:

ענף ב:

ולפי מה דנתבאר להוכיח לשיטת הט"ז בסי' צ"ב ולקמן בסי' ע"ה דהעלה בשיטת הרמב"ם והמחבר והטור דס"ל בתובעו שמא לא ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דמוכח מכל הנ"ל דאף מה שנודע לו ע"פ הודאת הבע"ד דגם זה חשוב כמו ברי. בע"כ מוכרח לומר בכוונת הט"ז והש"ך הכא דכתבו דאף דהשיב הנתבע דידוע לו שלא פרעו מעולם דמ"מ אינו חייב לו כשאומר הנתבע א"י אם פרעתי. דהטעם הוא כמש"כ הנתיבות הכא בס"ק זיין דכיון דלא תבעו היה לו מיגו דאי בעי שתיק וע"כ מהימן לומר דאינו יודע א"פ כמו שהאריך בזה הנתיבות. אבל לעולם גם הט"ז מודה דהברי שנודע לו ע"פ הודאת הבע"ד חשוב כמו ברי ממש וכמו שכתב הש"ך לקמן סי' ע"ה ס"ק ס"ב כזה ע"ש:

וראיתי בהב"ח להטור לקמן סי' שס"ד שכתב בשיטת הרמב"ם לומר דס"ל כשיטת הסוברים דבתובעו שמא פטור מן שד"א להכחיש להע"א וכמש"כ הטור בסי' צ"ו בשיטת הרמב"ם. והא דס"ל שם דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם זהו משום דעכשיו דהודה דנטל אלו חפצים הוי זה כמו טענת ברי. וכ"כ הב"ח לטור סי' צ"ו סעיף י'. וזהו דלא כהבית יוסף שם. ות"ל נתכוונתי לעיקר דבריו דזה הוי. ברי ולפי דבריו מוכח לומר דהרמב"ם ס"ל כתירוץ הריב"ם דלא אמרינן מיגו דלא חטפי להכחיש ע"א משום דע"א כ"ז דאינו נשבע להכחישו דינו כשנים. וע"כ אף דנימא דס"ל דבתובעו שמא א"צ שד"א להכחישו מ"מ אינו נאמן במיגו משום דדינו כשנים דלא מהני מיגו נגדן. והראב"ד דפליג שם וכן כל הני פוסקים דהוכיחו מן הרי"ף דס"ל דאף בתובעו שמא ג"כ חייב שד"א מוכח דס"ל כשיטת הר"י בתי' קמא של התוס' ב"ב (דף ל"ד) הנ"ל:

ועוד יש מקום לומר דבאמת רק גבי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מקרי זה כמו טענת ברי אף מה שנודע לו ע"פ הודאת הנתבע. דהא עיקר סברת הט"ז בסי' צ"ב הוא דלכן לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בתובעו שמא דאיך נאמר שישלם לו מה שהוא עצמו אינו יודע אם הנתבע חייב לו כמש"כ הט"ז שם. ע"כ היכא דלאחר דהודה לו הנתבע נודע לו דהחפץ שייך לו ע"כ יכול ליטול ע"פ מה דהנתבע הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם:

וכ"ז הוא לענין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. אבל לענין עיקר נאמנות העד לחייבו שבועה אי נימא דבטוענו שמא אינו נאמן העד לחייבו שבועה. א"כ לפ"ז שפיר

יש לנו לומר התם בהך עובדא של הרי"ף דאם בא העד להעיד מקודם דנודע להתובע מן הודאת הנתבע. דכיון דבעת שבא הע"א להעיד בב"ד לא היה אז התובע טוען ברי ע"כ אין ממש בעדותו כלל אף לאחר שנודע להתובע מן הודאת הנתבע דהא לא היה עליו שם עד בעת שהעיד בב"ד ולכן אין חוזר וניעור עדותו לאח"ז כיון דלא קרינא ביה והוא עד בעת שהעיד. ואף אם העיד העד שנית לאחר הודאת הנתבע דאין שקלי ודידי שקלי. ג"כ יש לדון בזה דעביד לאחזוקי דיבורו. ועיין בסי' ל"ג סעי' י"ב ובש"ך ס"ק ט' ובאו"ת ונתיבות שם והדברים ארוכין:

וכיון דמשמע מן לשון הרי"ף בהך עובדא דהביא שם דאף דאתי העד להעיד בב"ד מקודם הודאת הבע"ד דג"כ בזה ס"ל דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לכן שפיר הוכיחו הראשונים מדסתם הרי"ף בזה. דמוכח דס"ל דאף בטען התובע שמא ג"כ יכול לחייב שד"א וע"כ לעולם יש דין ממש בעדותו. כן יש לומר בכ"ז. ולפי דיש לדון בזה הרבה ע"כ דעתי נוטה דהעיקר כמש"כ מתחלה בכ"ז:

ולפ"ז נתבאר היטב דאין לסתור למה דס"ל להט"ז בשיטת הרמב"ם והטור והמחבר דס"ל דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בטען התובע שמא וכן כתבתי בארוכה בסי' צ"ב לחזק דברי הט"ז הנ"ל ולתרץ מה שיש להקשות עליו מכמה דוכתי. אך עלה על דעתי להקשות על הט"ז מדברי הראשונים שהוכיחו בשי' הרי"ף הנ"ל. וכן מן דברי הרמב"ם פ"ד ה' גזילה. והבאתי ראיה מכל הנ"ל למה דס"ל הקצה"ח בסי' ע"ה סק"ט דאף בטענת שמא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. אך ת"ל נתבאר דאין שום ראיה מכל הנ"ל לסתור שי' הט"ז. ולכן העיקר כמש"כ הט"ז וכמו שהעליתי בקונטרסי בארוכה דבטענת שמא לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. אכן בטען ברי ע"פ הודאת הנתבע אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם:

ולפ"ז מוכח כמש"כ האו"ת דאף ברי שנודע לו ע"פ הודאת הבע"ד ג"כ חשוב כמו ברי מעליא. וע"כ אף במשיב לו אח"כ שלא פרעת לי מעולם ג"כ חייב. ומש"כ הנתיבות בטעם של הש"ך דלכן פטור משום דיש לו מיגו דאי בעי שתיק ע"כ נאמן לומר דא"י א"פ. ועיקר חיוב בא"י א"פ הוא לפי דלא מהימן לומר דא"י וחשדינן ליה שיודע. זה לא נהירא לי דהא לקמן סי' רצ"א ש"ך ס"ק מ"ד כתב הש"ך שם בשומר שמסר לשומר דאם הבעלים אומרים ברי שפשעת דחייב השומר הראשון משום א"י א"פ וכן הביא שם בשם כ"פ ע"ש. והא בשומר שמסר לשומר ידוע לנו דהשומר הראשון אינו יודע כלל עצם הענין. ואפ"ה כתב בפשיטות דחייב משום א"י א"פ. ועיין בנתיבות סי' רצ"א ס"ק כ"ז

ואכמ"ל. א"כ הא חזינן דהש"ך עצמו ס"ל דאף היכא דידוע דאינו יודע ג"כ חייב בא"י א"פ. וכן מוכח מן שבועות (דף מ"ה) דאמרו בעה"ב טרוד בפועליו ומקשי וניתב ליה בל"ש וכתבו התוס' שם דזהו משום דה"ל כאיני יודע אם החזרתי דחייב וכ"כ התוס' בב"מ (דף קי"ב). והא התם לא חשדינן ליה במשקר רק משום דטרוד בפועליו מספקינן שמא אינו יודע ואפ"ה חייב משום א"י א"פ. א"כ מוכח מזה דאף היכא דידוע לנו דאינו יודע ג"כ חייב משום דמעלת ברי בצירוף חזקת חיוב מוציאין עי"ז מן המוחזק. וכמו הא דכתובות (דף י"ב) דהובא במק"א. ואף להסוברין דדוקא היכא דה"ל למידע חייב בא"י א"פ ושאני בהך דכתובות דחזקת הגוף אלימתא יותר מ"מ עיקר חיובו הוא אף בידוע לנו דאינו יודע ואפושי פלוגתא לא מפשינן. והר"נ בר"פ כל הנשבעין בסוגיא דקציצה דכתב דאין לפרש בהא דבעה"ב טרוד בפועליו דזהו משום א"י א"פ. היינו מטעם דהא איהו צווח ברי לי שפרעתי כו'. אבל לולי זה גם הר"ן מודה להתוס' דאף היכא דאינו יודע באמת דמ"מ גם בזה חייב משום א"י א"פ. א"כ מוכח מזה דלא כהנתיבות:

והנה ע"פ דברי הר"נ דר"פ כל הנשבעין הנ"ל דפירש דקושיות הגמ' שם דניתב ליה בלא שבועה דלא אתו עליו משום א"י א"פ רק דמשום כדי חייו שקיל בל"ש כו'. דעפ"ז אתי שפיר דברי שערי רב אלפס דהובא בש"ך ס"ק כ"ט דבכל א"י א"פ ישבע התובע דהקשה האו"ת בס"ק ז' עליו מהך דר"פ כל הנשבעין דמקשו דליתב ליה בל"ש ע"ש. אכן לדברי הר"נ הנ"ל אין זה קשה כלל. וכעין דברי הר"נ כתב כן הרשב"א בחי' לשבועות ר"פ כל הנשבעין ע"ש:

ח:

(שם סעיף יוד):

לא תבעו אדם אלא מעצמו אמר הלויתני כו' ואיני יודע אם החזרתי לך פטור. המל"מ פ"ד ה' שאלה ופקדון ה"א הביא בשם הרשב"א לחי' בגיטין (דף ע"ח) דאף שאין המלוה תובע ברי אלא שניהם טוענים שמא חייב אם הספק הוא בפרעון היכא דלא ה"ל להמלוה למידע ודוקא היכא דה"ל להמלוה למידע בעינן דיטעון ברי. והמהרשד"ם והמל"מ לא הסכימו לדברי הרשב"א והוכיחו כן מכל תיקו דקיי"ל דהמע"ה אף דהוי ספק בהפטור ע"ש. וכ"כ המל"מ פ' י"א ה' מכירה ה' ט"ז והשיג שם על הרב ל"ר ע"ש. ודברי הרשב"א והמל"מ הובא בקצה"ח הכא בס"ק ו':

ענף א:

וז"ל הרשב"א בגיטין דף ע"ח גבי הא דמוקי התם רבה ור"י בשתי כתי עדים כו' הקשה הרב ר' אלחנן ז"ל א"כ הא דקתני לענין החוב מחצה על מחצה יחלוקו ואמאי יחלוקו

ה"ל למימר אוקי ממונא בחזקת מרי' ותירצו בתוס' דהכא לתרווייהו אית להו חזקה למלוה איכא למימר אוקי אחזקת שהיה מחויב הלוה קודם שנפל ספק זה וללוה איכא חזקה דאוקי ממונא בחזקת מרי' הילכך יחלוקו וא"ת אדרבה ה"ל כאומר מנה הלויתני וא"י אם פרעתיך דתנן בב"ק דחייב י"ל דשא"ה דליכא רגלים לדבר שפרעו אבל הכא הרי נולד ספק זה לפניך והילכך יחלוקו עכ"ל. ומדהקשה הרשב"א בפשיטות דהתם ה"ל כאומר א"י א"פ אף דהמלוה תובע שמא מזה הוכיחו דס"ל להרשב"א דהיכא דלא ה"ל למלוה למידע דבזה חייב הלוה בנולד ספק בהפרעון אף דשניהם טוענים שמא. ובאמת צ"ע מנלן להרשב"א להקשות כן בפשיטות מהא דב"ק הא שם בב"ק אמרו בפירוש דדוקא בתבעו המלוה אז חייב הלוה בא"י א"פ ומנלן דהיכא דלא ה"ל למידע יהיה חייב הלוה בטענו ספק. ואדרבה הדין נותן דאף דאיכא חזקת חיוב מ"מ אין מוציאין ממון עי"ז מהמוחזק דהא קיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב והא רוב עדיף מחזקה א"כ כש"כ דע"י חזקת חיוב אין לנו כח להוציא מהמוחזק. אלא אם המלוה טוען ברי אז ע"י צירוף החזקת חיוב מוציאין מהמוחזק כעין הא דכתובות (דף י"ב) דאמרו א"נ עד כאן לא אמר ר"ג אלא דאמרינן אוקמה אחזקה כו': ולכאורה יש להקשות על מה דקאמרי שם בכתובות מעיקרא חילוק אחר דשא"ה דאיכא מיגו כו' וכן במה דקאמרי שם לימא ר"י ור"ה כר"ג כו'. הא כיון דמבואר במשנה בב"ק (דף קי"ח) דא"י א"פ חייב א"כ מוכח מזה דהיכא דיש חזקת חיוב בצירוף ברי מוציאין ממון א"כ ה"ה התם דיש אוקי אחזקת הגוף יוציאו עי"ז מהמוחזק אף דה"ל התם כא"י א"נ דה"ל ספק בעיקר החיוב. כיון דיש לנו צירוף דאוקי אחזקה דנולדה בתולה. ואף היכא דלא ה"ל להלוה למידע ס"ל לכמה פוסקים דחייב בא"י א"פ והטעם הוא משום ברי וחזקת חיוב. ודוחק לומר דמעיקרא היה ס"ל להש"ס שם באמת דהא דב"ק אינו רק בשמא גרוע דה"ל להלוה למידע דז"א מכמה טעמים. ועיין בתוס' שם ד"ה רב הונא כו' ובב"ב ד' קל"ה תוס' ד"ה אביי אומר כו' וקצרתי. והעיקר מה דנלע"ד דז"א קשה כלל די"ל דלכן לא ס"ל להסוגיא דכתובות שם להך אוקי אחזקת בתולה משום די"ל כיון דהיא בעולה עכשיו לפנינו א"כ יש לנו חזקה דהשתא לדון דהיתה בעולה מקודם שנתארסה ועכ"פ חזקת בתולה אין לנו מטעם זה וכ"כ הפני יהושע שם ע"פ סברת התוס' בכתובות (דף ע"ו) ד"ה על בעל החמור כו'. לכן לא רצו שם לדון מטעם אוקי אחזקה עד לבסוף דאמרו א"נ דאמרינן אוקמה אחזקה משום דבאמת קיי"ל לדינא דחזקה דמעיקרא עדיף מחזקה דהשתא. אבל היכא דיש לנו אוקי אחזקה מעלייתא כמו חזקת חיוב וודאי דמצרפינן זה לברי וה"ל ברי ואוקי אחזקה ביחד וזה עדיף מחזקת ממונא ועיין ברא"ש כתובות פ"א סי' י"ח. וגם י"ל ולחלק דשא"ה

בכתובות דיש לנו חזקת פטור של הבעל המבררת לנו לומר דהיתה בעולה מקודם שנתארסה דאין עליו חיוב כלל מעולם כמו שהיה מקודם שנתחייב הכתובה והך חזקת פטור סותר להחזקת הגוף ולכן לא דנו שם מתחלה להך אוקי אחזקת בתולה. רק לבסוף דמסקי להך אוקמה אחזקה טעמם דס"ל דה"ל כעין חזקת הגוף דעדיף מן שארי חזקות וכמש"כ התוס' בכתובות (דף ע"ה ע"ב) ד"ה אבל היכא כו' בסה"ד דחזקת פנויה לא חשיבא כלל חזקה לגבי חזקת הגוף. אבל היכא דליכא חזקה הסותרת להחזקה וודאי מהני ברי בצירוף אוקי אחזקת חיוב להוציא מהמוחזק. וכ"ז הוא בטוען המלוה ברי. אבל היכא דליכא מעלת ברי ושמא הדין נותן דאין מוציאין מהמוחזק ע"י חזקת חיוב לבד וכעין מה דאמרו בכתובות (דף ט"ז) עד כאן לא אמר ר"ג אלא בברי ושמא כו':

ולכן לדינא העיקר כמש"כ המהרשד"ם והמל"מ דאם אין המלוה טוען ברי אין מוציאין מהלוה אף דאיכא חזקת חיוב. אך מה שהוכיח כן המל"מ מהא דקיי"ל בכל תיקו אף דהוי ספק בהפטור דג"כ אין מוציאין מהנתבע. ז"א ראי' כלל לפמש"כ המל"מ עצמו פ"ב ה"א ה' טומאת צרעת דבספיקא דדינא לא שייך לומר אוקי אחזקה דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין. וכ"כ התבואת שור ריש סי' כ"ט והפר"ח ע"ש ועיין מזה בתשובת רע"א זצ"ל בפסקים סי' ל"ז. וכיון דעיקר הטעם הוא דלכן בספק בהפרעון חייב משום דמוקמינן על חזקת חיובא א"כ ז"א שייך אלא אם נולד ספק בהמעשה אבל בנולד ספק בהדין כמו בתיקו או איזה פלוגתא דרבוותא כיון דבזה לא מהני אוקי אחזקה לברר לנו הספק ע"כ שפיר אמרו דאין מוציאין מהנתבע בזה. אך אף דראיות המל"מ אינו ראי' מכרעת מ"מ לדינא הנכון עמו. ודברי הרשב"א בקושייתו מהא דב"ק בפשיטות צריך ביאור דמנלן לו זה כיון דהוא נגד הסברא:

ענף ב:

ולכן נלע"ד לומר בכוונת הרשב"א ע"פ מה שכתבתי לקמן בחידושי לסי' ע"ה סעי' כ"ג ש"ך ס"ק פ"ג להעיר בהא דב"ב (דף קל"ה) דאמר רבא זאת אומרת מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור ואביי אמר שאני הכא דכמנה לאחר בידך דמי. וגירסת הש"ס דילן הוא רבא. והקשיתי מהא דקידושין (דף מ"ג) דאמר רבא כו' הן הן שלוחיו הן הן עדיו וכן בד"מ כו' וכתבו שם הרשב"א והריטב"א והר"נ בפי' הסוגיא דמיירי שם במלוה ע"פ ואפ"ה בעינן שני עדים כשרים שפרעו להמלוה דאל"כ ה"ל כא"י א"פ דחייב ומה דטוען הלוה ברי ע"פ אחר זה לא נחשב לברי. וכן מוכח מב"מ (דף ל"ו) דס"ל לרבא שומר שמסר לשומר חייב ולכ"פ הטעם משום דה"ל א"י א"פ. וקשה דהא רבא עצמו ס"ל בב"ב הנ"ל דאף ברי ע"י אחר נחשב לברי מדאמר זאת אומרת כו'. וכתבתי בחידושי שם דמזה

מוכח דגרסינן בב"ב שם רבה כמו דנכתב שם בצידו ע"פ דברי התוס' בגיטין (דף כ"ו) ד"ה התם כו'. וכעת ראיתי די"ל דז"א קשה כלל ונקדים מה דכתב הש"ך בסי' ע"ה ס"ק פ"ג דאם המשכון הוא ת"י אבי החתן שאומר ברי דיתן הבן הרשאה לקרובו ויטול כו'. והאו"ת והנתיבות השיגו שם ע"ז דה"ל מיגו להוציא כיון דקיי"ל דהרשאה שליח שוויה אבל אם מקנה בתורת הקנאה לאביו העלה הקצה"ח שם דיכול להקנות לו ומהני כיון דלאחר ההקנאה יהיה זה כמו ברי של הבע"ד ממש וכמש"כ בספרו משובב נתיבות. וכן כתב האו"ת והנתיבות שם במי שיש לו שט"ח על א' ואומר שמא נפרע דיכול למוכרו וליתן במתנה להאחר שאומר ברי. ואף דהוי ממון שא"י להוציאו בדיינים עכ"ז העליתי שם בחידושי דהוי מכירה מעליא. וגם העליתי שם דהנכון עם שיטת הראשונים שם דס"ל דאף הרשאה מהני בכ"ז לפי דכיון דתקנת חז"ל הי' דיהיה יכול לתבוע ע"י הרשאה א"כ ממילא יש לו דין בע"ד גם לענין דיהיה מועיל טענתו כמו של בע"ד עצמו מצד תקנת חז"ל כמו שהארכתי שם:

ולפ"ז יש לדון כן בב"ב הנ"ל גבי אחר האומר זה אחי דאף לשיטת אביי דס"ל דלעולם חייב ושא"ה דכמנה לאחר בידך דמי משום דלא מהני ברי של אחר. דכ"ז הוא כל זמן דלא הקנה הספק לאחר את זכותו שיש לו בירושה ולא נתן לו הרשאה. אבל אם הקנה לו במכירה או במתנה או ע"י הרשאה אז שפיר יכול אותו שטוען ברי לומר כי הוא אחיו ויש לו זכות בירושת אביו ליטול בתורת ברי של בע"ד כמו בהא דכתבו הפוסקים הנ"ל גבי משכון ושטר. וגם במתנה ע"מ להחזיר מועיל בזה כיון דבעת דהיה במתנה לפלוני ה"ל אז ברי של בע"ד דמהני וממילא אף דמחזיר אח"כ בקנין המועיל לאותו שטוען ספק ג"כ יש לו אותו הזכות שהיה להאחר הטוען ברי. ואף להסוברים דהרשאה לא מהני מ"מ במתנה ע"מ להחזיר מהני בוודאי דהא מבואר בסי' רמ"א דבמתנה ע"מ להחזיר צריך להחזיר ולהקנותו בקנין המועיל א"כ ממילא יש לו כל זכותו של הנותן במתנה לו. ולפ"ז יש לומר דאף דלא הקנה זה הספק זכותו להאחר וגם לא נתן לו הרשאה עכ"ז יש מקום לדון דיהיה זה האומר זה אחי נאמן באמירתו עבור הספק להנחילו בחלק ירושה שלו. ונקדים מה שכתב הרשב"א בקידושין (דף ס"ב) עלה דאמרו שם א' ר' אושעיא הנותן פרוטה לאשתו וא"ל ה"א מקודשת לי לאחר שאגרשך אינה מקודשת. נהי דבידו לגרשה בידו לקדשה והקשה הרשב"א והלא שניהם מרוצין עכשיו בכך כו' וכל שביד שניהם אמאי מחוסר מעשה כו' אי נמי אף היא שמא תהיה אחר גירושין בדעת אחרת כו' ולאחר גירושין תהיה בדעת אחרת אין בדבריהם כלום עכ"ל הרשב"א. ולמדנו מדברי הרשב"א בתירוצו השני דכיון שהם מרוצים שניהם ע"ז הענין מקרי זה בשם בידו אף

דצריך כ"א לדעת חבירו כי מסתמא יתרצו לזה אך כיון דשמא תהיה אחר הגירושין בדעת אחרת ע"כ מטעם זה אמרו דלא הוי בידו לקדשה. [ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט ענף ב' מה שהבאתי שם דברי הרשב"א בתי' א' דשם]. ולכן יש לומר בנ"ד כיון דוודאי יתרצה לזה האח הספק שיתן הרשאה או במתנה ע"מ להחזיר לאותו האיש שטוען ברי שזהו אחי כדי להציל את שלו בדרך היתר ע"פ דין א"כ ממילא יש לדון דאותו האח שטוען ברי כי זהו אחינו שיהיה נאמן במיגו דאי בעי יתרצה לתבוע ע"י הרשאה או ע"י מתנה ע"מ להחזיר כנ"ל ואז יהיה נאמן למ"ד דס"ל ברי ושמא ברי עדיף. וי"ל דאף לתירוץ קמא של הרשב"א דס"ל דכיון שאין ביד א' לבדו אין זה מקרי בידו. דמ"מ בנ"ד גם לפי תי' א' הנ"ל יהיה מודה דזה מקרי בידו של האח הטוען ברי לעשות כן כיון דאם יתרצה לזה ממילא בוודאי ישתדל האח הספק ליתן לו הרשאה או במתנה ע"מ להחזיר כדי להציל את שלו בדרך היתר כיון שאין לו עצה אחרת להיות זוכה בירושה זולת עצה הנ"ל וזהו טובתו. וכעין מש"כ התוס' בקידושין (דף מ"ג) ד"ה והשתא דתקון רבנן כו' בשם הרב ר' יעקב דמה שהוא לטובתם אמרינן מיגו גם בשנים: ואף דאמרינן בכל מקום דהיכא דהבע"ד טוען שמא לא שייך מיגו היינו היכא דאין לו עצה רק ע"י מיגו דלהד"ם וכה"ג בזה אמרינן שפיר כיון דטוען שמא א"כ אסור לו לטעון טענת שקר ע"כ לא שייך להאמינו כלל במיגו דאי בעי היה טוען טענת שקר כיון דהוא בעצמו מודה שאינו יודע האמת. אבל הכא דאנן יודעין כי יש לו עצה ע"פ דין להציל את שלו אף דהוי ספק לו. ע"כ שפיר י"ל האומדנא דוודאי יתרצה להטצדקי דיהיה מצי למיעבד ולהרוויח מעות בדרך היתר אם חבירו יתרצה לקבל עליו ההשתדלות הזה וכיון דזהו טובתו א"כ שייך לומר בזה אנן סהדי דיסכים לזה כמו דאמרינן בכל זכות דכולי ש"ס דזכין לאדם שלא בפניו מטעם אומדנא בוודאי יסכים לזה ומקרי לדעתיכם דבעינן בדיני שליחות כמבואר בב"מ (דף כ"ב). ובפרט לפי שיטת הראשונים דס"ל דאף הרשאה מהני בכה"ג וכמו שביארתי היטב שיטתם בחידושי שם בוודאי א"ש כל מש"כ. וגם י"ל בכה"ג כעין המבואר בסי' קכ"ב סעי' א' דהיכא דהוי זכות להמלוה יכול להעמיד לו ערב בעד הרשאה וצריך לדון עמו לפי דזכין שלא בפניו. אך אין אנו צריכים לזה כי בוודאי יתרצה ליתן לו הרשאה אי נימא דאינו נאמן כ"ז שלא יהיה לו הרשאה וזהו טובתו. לכן שפיר יש מקום לדון דאותו האח שאומר זה אחי דיש לו מיגו ובידו להשתדל ע"י איזה עצה וטצדקי להשתדל עבור אחיו הספק ולהוציא חלק ירושתו ע"פ דין ע"י הרשאה וכה"ג כנ"ל: והנה בחידושי לסי' ע"ה סעי' כ"ג ש"ך ס"ק פ"ג כתבתי לבאר היטב דמיגו של אחר לא מהני כיון שאינו מיגו של בע"ד עצמו כמש"כ שם בארוכה. אך ז"א רק היכא

דאין זה מקרי בידו רק בשם מיגו אבל היכא דמקרי בידו לעשות ע"י מעשה וטצדקי וודאי דגם באחר שאינו בע"ד ג"כ מהימן כדמצינו גבי נאמן המוכר לומר לזה מכרתי בזמן שמקחו יוצא מת"י דפירשו הר"ח והרא"ש בפ"א דב"מ סי' ב' דזהו לפי דבידו ליתנו לאותו צד שירצה. [ועיין בנתיבות סי' נ"ו ס"ק י"ח ובכללי מיגו ס"ק ג' ובש"ך יו"ד סי' קכ"ז ס"ק ג' ואכמ"ל]. וכש"כ בנ"ד דשייך לומר לעולם הך בידו להשתדל ע"י הרשאה לגבות עבור חבירו ולהציל את השייך לחבירו לפי דבריו וע"ז אמרו בסי' קכ"ג סעי' ט"ו דאם עושה כדי להציל עשוק מעושקיו מצוה קא עביד. והך בידו עדיף מן הך בידו דאמרו גבי נאמן המוכר בזמן שמקחו יוצא מת"י. והך בידו דסנהדרין (דף ל' ע"א) דכל שבידו ליטלן דבריו קיימין. וכן במש"כ התוס' בב"ב (דף נ"א ע"ב) בד"ה קבל מן האשה כו'. דהתם אינו בידו לעשות כן עכשיו לאחר זמן רק בתכ"ד היה לו מיגו ובידו כו'. אבל בנ"ד יש בידו לעשות כן גם עכשיו לאח"ז ולעולם להשתדל לגבות ע"י הרשאה ע"כ בוודאי כש"כ דגם אחר שאינו בע"ד ג"כ מהימן ע"י הך בידו כו'. וגם היכא דיהיה לו איזה קצת טירחא ג"כ שייך לומר להאמינו ע"י בידו כו' כדמצינו בבעל שאמר גרשתי דנאמן במיגו דבידו לגרשה עכשיו לפנינו. ועיין בנתיבות בכללי מיגו ס"ק י"א וקצרתי:

ענף ג:

ולפי כל מה שנתבאר דבהך דב"ב גבי האומר זה אחי דיש להאמינו במיגו דבידו להשתדל עבור טובת חבירו אחיו הספק ע"י הרשאה או במתנה ע"מ להחזיר כנ"ל. א"כ יש להקשות על מה דאמר אביי שם דשאני הכא דכמנה לאחר בידך דמי. הא אף דלא הוי ברי של הבע"ד ואמרינן לי' לאו בע"ד דידי את כמש"כ הרשב"ם שם. עכ"ז הא יש להאמינו במיגו דבידו כנ"ל. אך י"ל בזה כיון דמיגו להוציא לא אמרינן דגם זהו בגדר מיגו להוציא כיון דכ"ז דלא נתברר שזהו אחיו אינו נאמן ליטול מספק דאמרינן אין ספק מוציא מידי וודאי כמו דאמרינן ביבמות (דף ל"ח). ונ"ד כש"כ מדהתם. א"כ ממילא מקרי היורשים וודאים בשם מוחזקים וע"י המיגו דבידו יוציאו מהם ע"כ מקרי זה בשם מיגו להוציא דלא אמרינן. ואף דמצינו בר"נ לקידושין פ' האומר בסוגיא דזה בני נאמן אף היכא דמוחזק באחי שכתב לחלק במה דלא אמרינן מיגו במקום חזקה דזהו היכא דהוי בשם מיגו אבל היכא דהוי בידו לעשות כן זה עדיף טפי ואמרינן זה אף במקום חזקה ע"ש. עכ"ז י"ל דלענין מיגו להוציא אף היכא דהוי בידו ג"כ לא מהני להוציא והוא דהא מצינו להרשב"א דהובא בש"ך ח"מ סי' מ"ז ס"ק ו' דכתב דלא מהימן לומר אמנה במיגו דאי בעי מחיל משום דהוי מיגו במקום חזקה דת"י הוא שלו ע"ש. ובחידושי לח"מ סי' ס"ב ובסי' צ"ט העלתי בביאור הענין דאמרו דלא אמרינן מיגו במקום חזקה דת"י

שלו זהו משום דה"ל כעין מיגו להוציא דלא אמרינן הרי דאף מיגו דבידו לעשות כן גם עכשיו כמו מיגו דאי בעי מחיל ג"כ לא אמרינן היכא דהוי להוציא ולא מחלקינן בזה בין מיגו דאי בעי טען לשעבר ובין היכא דהוי בידו מעכשיו. ואף שכתבתי לעיל ג"כ לבאר דהיכא דהוי בידו לעשות כן עכשיו זה עדיף מן מיגו עכ"ז לענין היכא דמוציא מהמוחזק לא מחלקינן ביניהם ובכל גוונא לא מהני. ועיין בספרי נחל יצחק בקונטרסי ביאור ספק תקנה ענף ח' מזה: ולכן י"ל דזהו טעמא דאביי דאמר בב"ב שם לעולם אימא דחייב ושאני הכא דה"ל כמנה לאחר משום דאזיל לטעמו דס"ל בב"ב (דף ל"ב ע"ב) דהלכתא כוותי' דרב יוסף בזוזי דס"ל דלא אמרינן מיגו להוציא כמבואר שם בתוס' ורא"ש ומה"ט אמר אביי בכתובות (דף כ"א) דאמגילתא לא דלמא משכח וכתב עליו מאי דבעי. וכתב הש"ך בסי' ס"ט ס"ק י"ז דדוקא אם כתב עליו מהני אבל כ"ז דלא כתב עליו אינו נאמן במיגו דאי בעי הוי כתב עליו משום דה"ל כעין מיגו להוציא וזהו הכל משום דאביי ס"ל דלא אמרינן מיגו להוציא. ולכאורה יש לסתור לכל מש"כ דלכן ס"ל לאביי דאין האחר נאמן משום דה"ל כעין מיגו להוציא דהא בברי ושמא קיי"ל דאמרינן מיגו להוציא. אבל ז"א דהא גם בזה בעינן ברי של הבע"ד כמו בכל ברי וכיון דבאמת כ"ז דאין לו הרשאה דינו כמו אחר ממש רק דאתו עלה משום מיגו ע"כ שפיר כתבתי דה"ל מיגו להוציא כיון דה"ל ברי של אחר. ועוד י"ל כיון דעיקר נאמנותו בטענת מיגו הוא משום דאחר שיהי' לו הרשאה יהא לו תורת דין בע"ד ויהי' נאמן משום ברי ושמא ברי עדיף ע"כ כ"ז דאין לו הרשאה דאינו נאמן רק משום מיגו לכן לא מהני להוציא אף דהבע"ד אומר שמא. ודוקא התם בכתובות (דף י"ב) דאמרו שא"ה דאיכא מיגו דזהו המקור למה שהוכיחו הפוסקים דבברי ושמא אמרינן מיגו להוציא. התם הא מעלת המיגו אינו משום מעלת ברי ושמא רק הם שני מעלות מחולקים לכן אמרינן שפיר דע"י הנך שני מעלות אמרינן מיגו להוציא אבל הכא הכל מענין אחד הוא לכן שפיר כתבתי דזהו בכלל מיגו להוציא דלא אמרינן ועיין כיוצא בזה בש"ך בכללי מיגו אות יו"ד ד"ה ועוד נ"ל לומר כו' ובד"ה ואין לעקש ולומר כו'. והעיקר כמש"כ מתחלה דלא שייך כאן כלל לומר ברי ושמא דיהי' מועיל מיגו להוציא כיון דאינו ברי של הבע"ד. וגם במש"כ לעיל להעיר ממש"כ הר"נ דמיגו דבידו לגרשה מהני אף במקום חזקה. אין זה ענין לנ"ד דהא בנ"ד גם זהו בגדר מיגו דהא אף דיהי' לו הרשאה יהא מוכרח לומר ולטעון עדיין ע"כ הך נידון דהר"נ עדיף טפי דשם כיון דיגרשה בגט א"צ לאמירתו כלל ע"כ אין זה מקרי בשם בידו כ"כ. ועיין בספרי נחל יצחק סי' מ"ד סוף סעי' ו'. ע"כ בוודאי הוי גם זה בכלל מה דאמרו דלא אמרינן מיגו להוציא. כן הוא טעמא דאביי: ורבא דאמר זאת אומרת כו' והלה א' א"י פטור. י"ל בטעמו

דבאמת גם רבא ס"ל דברי של אחר לא נחשב לברי רק דס"ל כיון דהוי בידם להשתדל ולגבות ע"י עשיות הרשאה לו א"כ הוי זה מיגו מעליא וכעין סברת הרשב"א בקידושין (דף ס"ב) דאף דצריך כ"א לדעת חבירו מ"מ מקרי זה בידו לעשות כן וכמש"כ לעיל בארוכה. וי"ל דס"ל לרבא באמת כהך מ"ד דס"ל בב"ב (דף ל"ב) דאמרינן מיגו להוציא וכש"כ לפמש"כ התוס' בכתובות (דף פ"ז ע"ב) ד"ה האי שטרא כו' דמשמע דגרסי בב"ב שם דרבא אמר מה לי לשקר כו' א"כ ס"ל לרבא שם דאמרינן מיגו להוציא ע"כ שפיר אמר הכא זאת אומרת כו' משום דאל"כ הא יש לו מיגו כו'. [ואף בזמן התלמוד היו כותבין הרשאה לשיטת כמה פוסקים וכש"כ בלא כפרי' ובקרקע ועיין בתוס' בכורות (דף מ"ט) ד"ה ה"מ היכא דכפרי']. ואף לפי מה דמשמע בסוגיא דב"ב (דף ל"ב) שם דגרסינן דרבה ס"ל דאמרינן מיגו להוציא. עכ"ז י"ל דגם רבא ס"ל דאמרינן מיגו להוציא. וכש"כ לפי גירסת התוס' בגיטין (דף כ"ו) ד"ה התם כו' דגרסינן רבה שם בב"ב דרבה אמר זאת אומרת כו'. דוודאי א"ש לפמש"כ הך זאת אומרת דאמר רבה משום דרבה אזיל לטעמי' דס"ל בב"ב (דף ל"ב) דאמרינן מיגו להוציא ע"כ אמר הך זאת אומרת כו': ולפ"ז אתי שפיר מה דמוכח בקידושין (דף מ"ג) דרבא ס"ל דברי ע"פ אחר לא מהני וכפי שכתבו שם הרשב"א והריטב"א והר"נ כנ"ל. ואלו הכא בב"ב לפי גרסתינו דגרסינן רבא א' זאת אומרת כו' דמשמע דס"ל דברי ע"פ אחר ג"כ נחשב לברי. די"ל דאינו קשה דלעולם י"ל דגם רבא ס"ל דברי ע"פ אחר לא נחשב לברי רק דעיקר טעמו הוא משום הך מיגו דביד שניהם ע"י כתיבת הרשאה או במתנה ע"מ להחזיר כנ"ל א"כ ז"א שייך אלא הכא בב"ב לענין תביעה דיכול להרשותו או להקנותו בקנין המועיל כדי שיהי' לו תורת דין בע"ד להיות מהימן אז ע"י ברי שלו כיון דנימא ברי ושמא ברי עדיף. אבל התם בקידושין (דף מ"ג) דמיירינן באומר הלוה א"י א"פ דבזה לא שייך לומר הך עצה דהקנאה הנ"ל דהא אכתי הלוה עצמו הוי עליו חיוב לשלם משום א"י א"פ דחייב משום דברי של התובע עם חזקת חיוב מוציא מהמוחזק. ומה דהנתבע משיב ברי ע"פ אחר זה לא נחשב לברי ועיין בסמ"ע סי' קכ"ד ס"ק א' לחלק בין תובע לנתבע כה"ג וכעין מש"כ. ע"כ שפיר אמר רבא בקידושין דבעינן דוקא שני עדים על הפרעון ולא סתרי דברי רבא דקידושין לדברי רבא דב"ב. והא דכתובות (דף עו) דאמר רב אשי רישא מנה לאבא בידך כו' דפירשו הרשב"א והר"נ והריטב"א שם דטעמו דס"ל דברי של אחר לא מהני ועיין בתוס' שם ד"ה רישא מנה לאבא כו' ובכתובות (דף ל"ו) תוס' ד"ה החרשת כו'] ג"כ י"ל דרב אשי ס"ל דמיגו להוציא לא מהני ועיין במראה הפנים בירושלמי לב"מ פ"א במשנה שנים אוחזין בד"ה וזה נוטל רביע כו':

והנה אם נגרום בב"ב (דף קל"ה) דרבא אמר להך זאת אומרת וודאי מוכח כמש"כ דכ"ע ס"ל דברי של אחר לא מהני רק דפליגי אי אמרינן מיגו להוציא. ובאמת אף לפי הנרשם בצידו שם דגרסינן רבה ע"פ התוס' גיטין ולפ"ז אין הכרח לדברינו דעיקר הוכחתינו הוא מן רבא דקידושין (דף מ"ג) דקאי שם על מימרא דרבא כנ"ל. עכ"ז נראה ג"כ דהעיקר כמש"כ דסברת רבה במה דאמר זאת אומרת כו' הוא משום דאזיל לשיטתו דס"ל בב"ב (דף ל"ב) דאף מיגו להוציא אמרינן. [ובמק"א כתבתי לדון דרבה דס"ל דאמרינן מיגו להוציא דאזיל לטעמי' דס"ל בב"ב (דף ל"א) דאמרינן אף מיגו במקום עדים ועיין בתוס' שם ד"ה אמר רבה כו' ובמהרש"א שם]. משום דדוחק לומר דפליגי אי ברי של אחר נחשב לברי או לא. משום דאין להרבות במחלוקת כדקיי"ל דאפושי פלוגתא לא מפשינן. וגם הא קאמרי בפשיטות בסוגיא דקידושין (דף מ"ג) דברי של אחר לא מהני. וגם לשון הגמ' בב"ב שם דאמר אביי שא"ה דכמנה לאחר בידך דמי משמע דזה הי' פשוט להם דאחד האומר מנה לאחר בידך לא מהני. ואי נימא כפשטות הסוגיא דפליגי בזה אם ברי של אחר נחשב לברי. א"כ לא שייך למימר בזה הלשון דשא"ה דכמנה לאחר כו' דהא פליגי בזה גופא וה"ל לומר בזה"ל שא"ה דה"ל מנה לאחר כו'. אכן לפמש"כ א"ש הלשון משום דהא לפמש"כ דעיקר סברת רבה במה דקאמר זאת אומרת כו'. הוא משום מיגו דביד הספק והאח הוודאי להשתדל ולעשות הרשאה או במתנה ע"מ להחזיר. א"כ ז"א רק אם האח הספק הוא ביחד אז עם האח הוודאי דאז יכולת ביד שניהם לעשות עצה זו. אבל אם האח הוודאי אומר כן בב"ד שלא בפני האח הספק ובפרט היכא דנחוץ לדרכו וכה"ג דאז י"ל דאין זה בידו כ"כ להשתדל עצה זו ע"י הרשאה וכה"ג. א"כ לפי מה שנתבאר דכ"ע ס"ל דברי של אחר לא נחשב לברי ע"כ בכה"ג כ"ע מודו דלא מהני ברי של אחר כיון דאין לו מיגו הנ"ל. ולפ"ז מדוקדק שפיר הלשון דאמר אביי שא"ה דכמנה לאחר כו'. ולא אמר דכמנה לו בידך כו' אלא לשון לאחר דמשמעו לשון נסתר דקאי על שלא בפניו משום דכמו דאם אמר שלא בפני האח הספק דוודאי דלא מהני דאז לא שייך הך מיגו כ"כ כנ"ל. דס"ל לאביי דה"ה אף אם האח הספק לפנינו ושייך אז מיגו דבידם כו' עכ"ז לא מהני משום דה"ל כעין מיגו להוציא. ומדוקדק שפיר לשונו דקאמר בפשיטות שא"ה דכמנה לאחר כו' משום דבאומר מנה לאחר בידך שלא בפנינו היכא דלא שייך הך מיגו דבידם כו' כ"ע ס"ל דלא מהני ברי של האחר. א"כ כל מש"כ הוא מוכרח בפשטות הסוגיא אף אם גרסינן רבה כמש"כ התוס' בגיטין (דף כ"ו):
ענף ד:

ונחזור לענינינו לדברי הרשב"א דגיטין (דף ע"ח) שהקשה דה"ל א"י א"פ דתנן בב"ק שחייב והוכיחו מזה האחרונים דס"ל להרשב"א דאף בשניהם טוענים שמא חייב אם הספק בפרעון. והקשיתי דבאמת מנלן להרשב"א להוכיח מב"ק דשניהם טוענים שמא חייב בספק פרעון בלא ה"ל למידע והא התם בב"ק מיירי בטוען המלוה ברי ואיך כתב הרשב"א בפשיטות דתנן בב"ק שחייב. אכן לפמש"כ לפרש פשט הסוגיא דב"ב (דף קל"ה) לפי גירסת התוס' גיטין דגרסינן שם רבה דאמר זאת אומרת כו' דאין טעמו משום דס"ל דברי ע"י אחר מועיל אלא עיקר טעמו משום דהוי ביד שניהם להשתדל ע"ד הרשאה או במתנה ע"מ להחזיר ואז יהי' ממש בדבריו כמו ברי של הבע"ד עצמו. ולפ"ז יש לדון בהא דגיטין (דף ע"ח) באוקימתא דרבה ורב יוסף דמפרשי להמשנה דספק קרוב דמיירי בשתי כתי עדים כו'. די"ל דהנך כת עדים דמעידים דהי' קרוב להלוה יהיו נאמנים משום דהוי ביד מלוה ואחד מהעדים הנ"ל להשתדל וליתן הרשאה דהא שיטת כמה פוסקים דאף על מלוה בע"פ כותבין הרשאה מן דין התלמוד וכמש"כ הסמ"ע בסי' קכ"ג ס"ק ז' והש"ך שם ס"ק א' משום דמה שהוא לטובת המשלח תקנו רבנן שיהי' מועיל הרשאה כאלו קונה קנין גמור וכמש"כ בחידושי לסי' ע"ה ש"ך ס"ק פ"ג. ואף לשיטת הרמב"ם וסיעתו דס"ל דאין כותבין הרשאה על מלוה בע"פ מן דין התלמוד. מ"מ הא אפשר בהקנאה למלוה ע"פ ע"י מעמד שלשתן ואף דבנ"ד ה"ל לגבי המלוה ממון שאינו יכול להוציאו לעצמו א"כ י"ל דלא מהני מעמד שלשתן בכה"ג וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ע') ד"ה אמטלטלין דכפרי' כו' להסתפק דאפשר לדמות לכתובה דלא תקנו בזה מעמ"ג וכ"כ התוס' בבכורות (דף מ"ט) ד"ה ה"מ היכא דכפרי' כו'. עכ"ז הא התוס' בשבועות (דף ל"ג ע"ב) ד"ה היכא דלא כפרי' כתבו בפשיטות דמהני מעמ"ג אף בכה"ג ע"ש:

ואף בע"כ של הלוה ס"ל להמחבר בח"מ סי' קכ"ו סעי' ז' דמהני מעמ"ג ואף דיש חולקים שם כמש"כ שם הש"ך ס"ק כ"ח עכ"ז הא מיירינן לשיטת הרשב"א. והש"ך הביא שם בשם הרשב"א דס"ל ג"כ דמעמ"ג מהני אף בע"כ של לוה. וגם בחידושי הרשב"א ספ"ק דגיטין הביא שם שיטת ר"ת דאף בע"כ מהני וכמש"כ התוס' בגיטין (דף י"ג) וב"ב (דף פ"ה). והרשב"א בחי' לגיטין (דף ע"ח) הנ"ל כתב שם מתחלה כדתרצו התוס'. וי"ל דגם מש"כ בסוף שם הוא מדברי התוס' דלעיל שכתב שם. א"כ שפיר הוי ביד המלוה ואחד מן העדים להקנות להמלוה בע"פ אף בע"כ של הלוה. וגם במתנה ע"מ להחזיר יכול להקנות לאחד מן העדים ע"י מעמ"ג. ולכאורה אפשר לומר לשיטת רוב פוסקים דס"ל דמילתא דלא מצי לשווייי שליח לא מהני התנאי והתנאי בטל והמעשה קיים ועיין ברמב"ם פ"ו ה"א במ"מ וכ"מ ולח"מ שם. וכיון דמעמ"ג לא מהני ע"י שליח דנותן כמבואר בסי' קכ"ו

סעי' כ'. א"כ אף דהתנה שנותנו ע"מ להחזיר ג"כ בטל התנאי כיון דלא יכול ליתן המתנה במעמ"ג ע"י שליח. אך ז"א דדוקא היכא דעצם המעשה אינו יכול לעשות ע"י שליח כמו בחליצה וקידושי ביאה לולי ההיקש הוייות להדדי. בזה אמרו דאינו יכול להטיל בו תנאי לבטל המעשה. אבל היכא דעצם מעשה הקנאה לחבירו יכול לעשות ע"י שליח כמו במכירה ומתנה המועלת מן דין תורה רק במעמ"ג דהוי הלכתא בלא טעמא והוי קנין גרוע אמרו דלא מהני ע"י שלוחו דהנותן ע"כ אין סברא לומר דבקנין המועיל מה"ת יהי' יכול להטיל בו תנאי לבטל הקנין מה"ת ואלו בקנין מעמ"ג דאינו רק מתקנתא וקנין גרוע לא יהי' יכול להטיל בו תנאי לבטל המעשה לכן בוודאי ברור ופשוט דגם בקנין מעמ"ג מהני מתנה ע"מ להחזיר ואם לא יקיים התנאי דהחזרה יתבטל הקנין דמעמ"ג. וכעין זה כתב בספר בני אהובה פ"ו ה"א ה"ד גבי קנין פעוטות דמהני בזה תנאי לבטל הקנין ואף דלא מצי לעשות שליח דאין שליחות לקטן מ"מ אין זה רק מצד דמעשה קטן הוא גרוע בעצמותו א"כ לא יהי' כחו חשובה מן גדול דיכול להטיל בו תנאי ע"ש. וידעתי מה דיש לדון בזה ע"פ דברי הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק ו' ובקצה"ח ס"ק ד' ובאו"ת ונתיבות שם וקצרתי:

ענף ה:

ולכן ברור דבשתי עדים המכחישים זא"ז בספק פרעון דאם יתן המלוה את החוב בע"פ ג"כ לאחד מן העדים ע"י מעמ"ג או ע"י הרשאה להסוברים בסוף סי' ע"ה דגבי משכון או שט"ח דטוען המלוה ספק דיכול להקנותו להאחר או ליתן הרשאה דיהי' דין האחר כמו ברי של הבע"ד ממש. א"כ ה"ה בספק פרעון אף במלוה בע"פ אם יקנהו לאחד מן העדים אחר שהעיד דהי' קרוב להלוה דג"כ מהני ברי שלו כמו ברי של בע"ד ממש ויהי' חייב הלוה משום א"י א"פ ע"י ברי של א' מהעדים לאחר שיהיה לו דין בע"ד ע"י הקנאה. דהא לאחר שהעיד יכול לקנותו להחוב כמבואר בסי' ס"ו סעי' כ"א ולא חיישינן לחשדא וכמבואר ביבמות (דף כ"ה). וכן לאחר שיתן לו הרשאה לאחר עדותו לשיטת הסוברים דהרשאה יש לו דין בע"ד לזה דיהי' מועיל ברי שלו בתורת בע"ד וגם הא קיי"ל לדינא דמורשה יכול להיות עד כמבואר בסי' קכ"ג סעי' י"א ועיין בסמ"ע שם. אך לאחר שהעיד כבר לפני ב"ד בתו"ע בוודאי מותר אף לכתחלה לקנות כיון דהוא אחד מן העדים כמבואר בסי' ס"ו ש"ך ס"ק ע"א. ולכן יש להאמין להעדים האומרים שהי' קרוב להלוה לפי שבידם לעשות השתדלות העצה ע"י מתנה במעמ"ג ע"מ להחזיר או ע"י הרשאה ויבא לידי גוביינא ע"פ דין. ואף שאם לא היו מעידים בתו"ע להכחיש להכת השני המעידים שהי' קרוב להמלוה לא שייך מיגו הלז עכ"ז עכשיו דהעידו כן כבר בתו"ע שהי'

קרוב להלוה יש בידם לעשות כן עכשיו אף לאח"ז עצה זו ע"י השתדלות המלוה וא' מן העדים. וכבר כתבתי במק"א דמיגו מהני אף היכא שהוא ע"י הוספה איזה ענין לטענתו דטוען כעת ועיין מזה בספרי נחל יצחק בקונטרסי לתפיסה בדררא דממונא סי' ג' ענף ג' וקצרתי ולכן שפיר יש להאמינם ע"י מיגו ובידם כנ"ל. ואף שכתבו התוס' בב"ק (דף ע"ב) ד"ה אין לך בו כו' ובב"ב (דף ל"א ע"ב) ד"ה וזו באה כו' לחד תירוצא דמיגו לא מהני במקום תרי ותרי עכ"ז הא ז"א מוסכם כ"כ שם לאינך תירוצא דשם וכן התוס' בכתובות (דף י"ט ע"ב) ד"ה ואם כת"י כו' ס"ל דמהני מיגו במקום תרי ותרי. וכן ס"ל להרשב"א עצמו בחידושיו לכתובות (דף י"ט ע"ב) ד"ה ומש"ה אמרינן אוקי תרי כו'. ובחידושי הרשב"א לב"ק (דף ע"ג) שכתב לתרץ לקושיות התוס' דניהמנינהו לבתראי במיגו דאי בעי פסלינהו בגזלנותא בתירוצים אחרים. ומשמע דהיכא דלא שייך כן נאמן במיגו אף במקום תרי ותרי וכש"כ בנ"ד דהוי בגדר שבידו לעשות עצה זו גם עכשיו ולאח"ז דזה עדיף מן מיגו כנ"ל: ועוד דהא גם להך תירוץ של התוס' ב"ב (דף ל"א) ד"ה וזו באה כו' הנ"ל דלכן א"נ במיגו דפסלינהו בגזלנותא משום דהוי מיגו במקום עדים ועיין במהרש"א שם שכתב דהך ועוד דמיגו לא יוכל לסייעם כו' שכתבו התוס' שם דהך ועוד אינו והכל חד תירוצא. וכ"כ התוס' בב"ק (דף ע"ב ע"ב) והרשב"א בכתובות (דף י"ט) לחד תירוצא ע"ש. א"כ לפ"ז יש לדון בהא דשקלינן וטרינן בסוגיא דגיטין (דף ע"ח) דמיירינן אליבא דרבה. א"כ שפיר י"ל לשיטת רבה דס"ל בב"ב (דף ל"א ע"א) דאמרינן מיגו במקום עדים ועיין בתוס' שם דגרסינן רבה ובמהרש"א שם. דלפ"ז וודאי יש להאמינו במיגו במקום תרי ותרי. אך בזה יש לדון דהא מצינו גם לרב חסדא בב"ב (דף ל"ג ע"ב) דס"ל דאמרינן מיגו במקום עדים א"כ תקשה במה דתירצו התוס' בב"ק וב"ב שם על מה שהקשו במה דאמר רב הונא ורב חסדא בשתי כתי עדים המכחישים דניהמנינהו במיגו דגזלנותא. דהוי מיגו במקום עדים. דהא רב חסדא ס"ל בב"ב (דף ל"ג ע"ב) דאמרינן מיגו במקום עדים א"כ תקשה על תירוצם אליבא דרב חסדא. וע"כ מוכח דס"ל להתוס' הנ"ל דהך דב"ב הנ"ל לא הוי מיגו במקום עדים ממש וכמש"כ הנימוקי יוסף בב"ב שם במה דס"ל לרבה דאמרינן מה לי לשקר איבעי אמר מינך זבינתה ואכלתיה שני חזקה דטעמו דרבה דלא הוי מיגו במקום עדים ממש כו'. לכן היכא דהוי מיגו במקום עדים ממש י"ל דמודה רב חסדא דלא אמרינן מיגו במקום עדים וא"ש דברי התוס':

ולפ"ז י"ל דה"ה לרבה ג"כ שייך למימר כסברת התוס' דמיגו במקום עדים ממש מודה דלא אמרינן וה"ה במקום תרי ותרי מה"ט. ונדחה כ"ז והעיקר כמש"כ מתחלה דכיון דהרשב"א עצמו כתב בב"ק (דף ע"ג) דמיגו מעליא מהני במקום תרי ותרי. וע"כ שפיר

כתבתי דבהא דגיטין (דף ע"ח) י"ל דעדים האומרים קרוב להלוה נאמנים במיגו דביד המלוה ואחד מהעדים להשתדל בעצה שיבא לידי גוביינא ע"י הרשאה או במתנה ע"מ להחזיר. ורבה דגיטין שם לשיטתו אזיל דס"ל בב"ב דהברי ע"י אחר הוי ברי מעליא וכפמש"כ דסברתו ע"י עצה מעליא הנ"ל אבל ביד הלוה לא שייך לומר כן דהא אף דיהיה מקנה נכסיו לאחד מהעדים האומרים דהיה קרוב להמלוה מ"מ ישאר עצם החוב על הלוה משום דהא טוען ספק וה"ל א"י א"פ ובלא"ה בכל מלוה ע"פ ביד הלוה למכור וליתן במתנה ומ"מ עצם החוב הוא עליו. וכמש"כ לבאר הסוגיא דקידושין (דף מ"ג) כנ"ל ולכן א"ש בפשיטות קושיות הרשב"א דהקשה בגיטין דיהיה חייב הלוה משום א"י א"פ דתנן בב"ק שחייב משום דהא ה"ל ע"י עצה כמו דטוען המלוה ברי דמהני בספק פרעון. ומה דיטעון הלוה ברי ע"י העדים האומרים דהיה קרוב להמלוה הא נתבאר דגם לרבה דב"ב (דף קל"ה) הנ"ל ה"ל כמו דטוען שמא ולא מהני ברי ע"י אחר כלל אלא היכא דשייך לדון הך מיגו ובידו הנ"ל וכיון דאין ביד הלוה כן ע"כ שפיר כתב הרשב"א בפשיטות דחייב משום א"י א"פ כדתנן בב"ק שחייב. ולפ"ז אין ראיה להוכיח מהרשב"א דשניהם טוענים ספק חייב בספק פרעון: ענף ו:

ועוד נלע"ד לדון בכוונת הרשב"א הנ"ל. דהתוס' גיטין (דף ע"ח ע"ב) ד"ה מחצה על מחצה כו' כתבו דהכא לא שייך המע"ה דאין כאן ספק. וכתב המהרש"א דלרבה ורב יוסף דמוקמי בתרי כתי עדים תקשה דנימא המע"ה ותירץ דרבה ור"י לא יפרשו מתניתין באבד אלא כפי' המרדכי דלא מיירי באבד אלא דמדיינים למי יהיה שייך גוף המעות הלוה אמר החזיר לי מעותי כו'. ולכאורה קשה דאמאי לא אמרינן בזה אוקי אחזקת מרא קמא ויוחזר המעות להלוה כמו דקיי"ל בכל הספיקות בשלמא לפי' רש"י דמיירי באבד א"ש משום דאין כח בחזקת מ"ק להוציא מהמוחזק אבל לפי' המרדכי דהוויכוח הוא לענין עצם המעות למי הוא שייך א"כ תקשה דנימא אוקי אחזקת מ"ק כיון דאין מוציאין מהמוחזק. וי"ל דרש"י יהיה ס"ל כמש"כ הרשב"א בגיטין (דף ס"ג ע"ב) לחד תירוצא דבחוב לא שייך חזקת מ"ק דכיון דמה שבידו הוא משל אחרים. ועיין מזה בספרי נחל יצחק בקונטרסי בתפיסה ע"י שליח ענף ב'. והתוס' שלפנינו הנ"ל ס"ל דאם היה ספיקא היה שייך הדין דהמע"ה ולא יחלוקו כמבואר ברשב"א בשם התוס' שכתבו דלא אמרינן המע"ה לפי דיש חזקת חיוב המנגדתו אלא יחלוקו ופליגי הנך תוס' אהדדי. וראיתי בתורת גיטין לגיטין (דף ע"ח) תוס' ד"ה מחצה על מחצה כו' שהקשה דהא לעיל דף ס"ג בהא דאמרו דמספקא ליה אי הולך כזכי דספק ממונא לקולא ופי' הרשב"א דגבי חוב לא שייך חזקת מ"ק וקמה ליה בחזקת המלוה א"כ קשה דמ"ש הכא דלא אמרינן דיזכה

המלוה כדאמר התם עכ"ל. ובאמת אינו קשה כלל דשא"ה דכיון דלא שייך חזקת מ"ק ממילא מהני תפיסת השליח עבור המלוה ולכן ס"ל לרב התם דאינו חוזר כיון דמספקא ליה אי הולך כזכי וכפי' רש"י שם ד"ה ספק ממונא לקולא והמוציא מחבירו ידו על התחתונה לפיכך אינו חוזר עכ"ל רש"י. וכמש"כ בקונטרסי בתפיסה ע"י שליח די"ל דהיכא דלא שייך חזקת מ"ק מהני תפיסת השליח ולא מקרי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים. וז"א רק היכא דהוי עכ"פ תפיסת השליח אבל היכא דלא הוי ביד שליח המלוה אלא קאי באגם ושניהם אינם מוחזקים שפיר אמרו דחולקין כיון דלא שייך חזקת מ"ק כיון דכל מה שבידו הוא משל אחרים כמש"כ הרשב"א לחד תירוצא ואין מקום לקושיית התו"ג. ובלא"ה הא הרשב"א לא כתב כן שם בדרך וודאי לסברא הנ"ל רק לחד תירוצא כמבואר שם וקצרתי:

ושיטת התוס' שהובא ברשב"א לגיטין (דף ע"ח) דמשמע דס"ל לפרש גם אליבא דאוקימתא דרבה ורב יוסף דמיירי באבד המעות ולא ס"ל לפרש כפי' המרדכי דמיירי בהמעות בעין והלוה אומר קרוב לו ורוצה שיחזירו לו המעות בחזרה כו'. משום די"ל דס"ל דא"כ יוחזר המעות להלוה משום חזקת מ"ק וס"ל להתוס' הנ"ל דאף בחוב שייך חזקת מ"ק כיון דמלוה אין לו רק שעבוד על נכסי הלוה. וגוף המעות הם של הלוה ולא ס"ל לסברת הרשב"א שכתב בגיטין (דף ס"ג) דלא שייך חזקת מ"ק בחוב וכנ"ל. וגם הרשב"א לא כתב כן שם רק לחד תירוצא לפי דכתב שם עוד תירוץ דמה דאמר אביי שליח מתנה כשליח הגט לאו בחד אנפא הוא דבגט מספקא ליה ובמתנה מן הוודאי הוא משום דאם היה ספיקא היה הדין דאינו חוזר משום דמספק מהני תפיסת השליח ולא מוקמינן בחזקת מ"ק. וכמש"כ בקונטרסי בתפיסה ע"י שליח מזה. ולפ"ז אין הכרח לסברתו שכתב דבחוב לא שייך חזקת מ"ק משום די"ל דאף דשייך גם בחוב חזקת מ"ק מ"מ אינו חוזר ונוטלו מן השליח משום דמהני תפיסת השליח בספיקא דדינא ולא מקרי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וכמש"כ בספרי נחל יצחק בקונטרסי לתפיסה ע"י שליח בארוכה מזה. ולכן ס"ל להתוס' שהובא ברשב"א לפרש דמיירי באבדו המעות ולפ"ז לא שייך חזקת מ"ק לברר הספק אם קרוב לו או להמלוה דכיון דהלוה מוחזק אין מוציאין ע"י חזקת מ"ק מהמוחזק אלא יחלוקו משום דיש חזקת חיובא על הלוה הסותר לחזקת ממונא כמש"כ שם הרשב"א בשם התוס':

וכיון שנתבאר דהתוס' שהובא ברשב"א ס"ל דשייך חזקת מ"ק גם בהך ספק פרעון אם היה קרוב למלוה או להלוה א"כ לפ"ז יש לפרש על נכון למה שהקשה הרשב"א ע"ז וא"ת הא ה"ל כמו מנה הלויתני וא"י א"פ דתנן שחייב כו'. והוכיחו מזה האחרונים דס"ל

להרשב"א דאף בשניהם טוענים שמא חייב ובאמת תקשה דמנלן להרשב"א זה והרשב"א עצמו הביא שם לשון הגמ' דהלה תובעו מנה הלויתני וא"י א"פ דתנן שחייב א"כ בעינן דוקא שיתבע המלוה טענת ברי. ומנלן לו דבלא ה"ל למידע שאני. אכן לפמש"כ א"ש בפשיטות דכיון דשייך הכא חזקת מרא קמא להעמיד הממון שזרק שהיה קרוב להלוה משום חזקת מ"ק המבררת לנו דלא יצא הממון מרשות הלוה. והנה בחידושי הרמב"ן לב"ב ד' ל"ד כתב דחזקת מ"ק עדיף ממעלת ברי ולכן אף דהתובע טוען ברי והנתבע אומר שמא ינתן לבעל חזקת מ"ק אף דלא הוי מוחזק ממש. וכן הוא שיטת הראשונים בב"מ (דף ק') במשנה הלוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול והקשו הר"נ והנ"י והשמ"ק דאמאי זכה בגדול הא חזקת מ"ק עדיף והוכיחו מזה דאף בגלגול שבועה אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמבואר בסי' ע"ה סעיף ט"ו. ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' נ"ט ס"ק ב' ובסי' ע"ב סעיף י"ח ענף ב'. וכבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח דחזקת מרא קמא הוי חזקה המבררת ע"ש. וכיון דחזקת מ"ק עדיף מן ברי א"כ הדין נותן דכמו דע"י ברי ושמא בצירוף חזקת חיוב של הלוה מוציאין ממון מהמוחזק דה"ה בהך ספק קרוב להמלוה או להלוה דיש בזה שני חזקות היינו חזקת מ"ק המבררת לנו דנימא דהי' קרוב להלוה ולא יצא גוף הממון מרשות הלוה. ועוד חזקת חיוב שהי' על הלוה מקודם והנך שני חזקות אינם תלויים זה בזה. ואף לפמש"כ הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' מ"ג להשיג על הפנ"י בענין שני חזקות דחזקת א"א וחזקת חי דהם נחשבים לאחד ועיין מש"כ שם בשם הריב"ש ואכמ"ל. אבל בנ"ד הם חזקות מחולקים ונפרדים זה מזה. לכן ע"י חזקת מ"ק דעדיפא מן ברי וגם ע"י חזקת חיוב. הוי כמו ברי וחזקת חיוב ביחד דחייב הלוה ושפיר כתב הרשב"א לדמות זה להא דב"ק מנה הלויתיך והלה א' א"י א"פ דחייב משום דחזקת מ"ק דינו כמו מעלת ברי. אך בכל ספק בפרעון לא שייך לדון להחזקת מ"ק הנ"ל דהא במה שאנו מסופקים אם פרעו לא הוחזקו לנו מעולם כלל והוי כעין חזקה שלא נתבררה דלא הוי נחשב לחזקה. אבל בהנך מעות דזרק בפנינו והוחזק המעות לנו בחזקת בעלים הראשונים ע"כ דינה כמו כל חזקות המבררות. וגם עדיפא חזקת מ"ק משארי החזקות כנ"ל ע"כ שפיר כתב הרשב"א לדמות לכל א"י א"פ דב"ק דחייב:

וידעתי מה דיש לדון בכ"ז ע"פ דברי הרמב"ן שהובא בר"נ פ"ו דגיטין בסוגיא ד' ס"ד ובב"ש סי' ל"ה ס"ק ל' דלא מהני חזקת קרובות שאינן באות לדון בפנינו להקרובות שאנו דנין עליהן. א"כ ה"ה בהך חזקת מ"ק דיש על המעות דזרק לו י"ל דדוקא היכא דאנו דנין על עצם המעות למי הם שייכים בזה מוקמינן על חזקת מ"ק המבררת על המעות

דלא יצאו מרשות בעלים הראשונים. אבל בנ"ד דאבדו המעות ואין אנו דנין על עצם המעות רק אם מחוייב הלוה או לא בזה י"ל דלא מהני חזקת מ"ק שהיה על המעות לברר ולחייב להלוה משום א"י א"פ. אבל כבר כתב הנו"ב במ"ק ח' יו"ד סי' ו' דהרשב"א לא ס"ל לסברת הרמב"ן הנ"ל וגם העלה שם דרק חזקת פנויה דלא הוי חזקה מעליא בזה אמרו דלא מהני לברר לענין אחר אבל חזקה מעליא מועלת גם לברר לענין אחר. וכן הבית מאיר בסי' ל"ה סעי' י"א כתב חילוק אחר דדוקא בבעל בחירה כתב הרמב"ן כן ע"ש. ולפ"ז בנ"ד דלא הוי בעל בחירה וכן חזקת מ"ק הוי חזקה מעליא וחשיבא טפי. ועיין בב"מ (דף ק' ע"א) תוס' ד"ה הא מני כו'. וכן כתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח דחזקת מ"ק הוי חזקה המבררת וכנ"ל. ע"כ שפיר כתבתי דע"י חזקת מ"ק דיש על המעות מבררת על עצם החיוב שחייב הלוה וכן החזקת חיוב שעל הלוה דכ"ז הוי כמו ברי וחזקת חיוב דמוציאין מהלוה בכל א"י א"פ. א"כ נתבאר ב"ה שני אופנים בכוונת הרשב"א די"ל דס"ל ג"כ כמו דמשמע בש"ס וכל הפוסקים דדוקא בטוען התובע ברי בזה חייב הלוה בא"י א"פ אבל בשניהם טוענים שמא פטור. ושפיר מדוקדק לשון הרשב"א שכתב דה"ל כמנה הלויתני וא"י אם פרעתיך דתנן בב"ק (דף קי"ח) שהוא חייב. משום דלאופן הראשון שכתבתי דיש בידם העצה להשתדל ע"י הרשאה או במתנה שיבא לגובייא ע"י ברי של הבע"ד כו' בוודאי דומה להא דב"ק דגם בהא דגיטין ה"ל ג"כ כמו ברי של בע"ד. או כפי שכתבתי באופן השני דמשום חזקת מ"ק אתי עלה דה"ל ג"כ כמו מעלת ברי. ודרך הראשונים לקצר בלשונם כידוע ונדחה הוכחת האחרונים מה שהוכיחו דין מחודש מהרשב"א. ובשיטת המרדכי דגיטין דכתב דהדין הוא באבדו המעות וספק קרוב כו' דהמע"ה. משום די"ל דס"ל דהוי כמו שניהם טוענים שמא דאף ספק בפרעון פטור ולא ס"ל להך עצה דבידם להשתדל עצה להרשאה ובמתנה הנ"ל. וגם י"ל דס"ל להמרדכי כהנך תירוצים שכתבו התוס' בב"ב (דף ל"א) ובב"ק (דף ע"ב) הנ"ל דמיגו לא מהני במקום תרי ותרי. ולהאופן השני דכתבתי דיש שם מעלת חזקת מ"ק דעדיף מן ברי כנ"ל. י"ל דס"ל להמרדכי כמש"כ השמ"ק בשם הראב"ד לב"מ ד' ק' דמעלת ברי עדיפא מן חזקת מ"ק ע"כ אין לדמות זה לא"י א"פ והמלוה טוען ברי. וכיון דמן המרדכי מוכח דס"ל דכ"ז דאין המלוה תובע בברי אין מחייבין הלוה ע"כ אין לנו להרבות במחלוקת כיון די"ל דמן הרשב"א אין הכרעה ברורה לדון דפליג לכן נקטינן לדינא דאין מוציאין מהלוה:

ענף ז:

ובעיקר הענין בשניהם טוענים שמא בפרעון במקום דלא ה"ל למלוה למידע יש לדון דזהו פלוגתת ראשונים שהובא בסי' צ"א סעי' ב' דשיטת המחבר בשם הרמב"ם דאם מתו פועלים אין היורשים נוטלים. והמ"מ פ' ט"ז הל' ה' הל' מלוה כתב בשם הרמב"ן שאם מתו פועלים יורשים נשבעים ונוטלים וכ"כ הר"נ פ"ב דקידושין והובא בש"ך שם ס"ק ט' שהכריע כן לדינא משום דזה הוי כמו א"י א"פ ע"ש. ומה שרצה להעמיס כן בכוונת הרמב"ם דשם זהו דוחק כמבואר בקצה"ח שם. א"כ לשיטת הר"נ והרמב"ן דיורשי פועלים נוטלים בשבועה דלא פקדנו מוכח דס"ל דאף בשניהם טוענים שמא כיון דהספק בהפרעון דלא ה"ל למידע דחייב הלוה דהא התם היורשים טוענים שמא. ולא שייך לומר דהתם טוענין ליורשים בכל מה דמצי אבוהון למטען א"כ ה"ל כטענת ברי כמבואר ברא"ש רפ"ב דכתובות. דז"א דהא כתב הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב לכלל ברור דהא דטוענין ליורש זהו רק להחזיק אבל לא להוציא ע"ש. א"כ הכא דה"ל להוציא לא שייך לומר טוענין ליורש ואפ"ה אמרו דמוציאין יורשי הפועלים מהבעה"ב א"כ מוכח דאף בטענת שמא כיון דלא ה"ל למידע דחייב הלוה. ובאמת לפי פשטות הרמב"ם והמחבר דס"ל דאין יורשי הפועלים נוטלים א"כ מוכח דס"ל דכיון דאין כאן טענת ברי אינו חייב הבעה"ב וה"ל נ"ד פלוגתא דרבוותא הנ"ל. ולפי מה שהכריע הש"ך התם הדין דכ"ע מודו דיורשי הפועלים נוטלין א"כ לפ"ז יהיה מוכח לדינא דה"ה בכל ספק בפרעון אף בטוענים שמא חייב הלוה. אך לפמש"כ האו"ת בסי' צ"א ס"ק ב' די"ל דהרמב"ן מיירי בהכחישו הפועלים בחייהם בב"ד דנחשב זה לברי מעליא. א"כ אין ראי' מהתם לדינא: ומה דהחליטו האו"ת והנתיבות שם ס"ק ב' דכ"ז דלא עמדו הפועלים לתבוע בב"ד לא נחשב לטענת ברי לפי דהא קיי"ל דאמר לי אבא לא הוי טענת ברי כמבואר ס"ס ע"ה. לענ"ד יש לחלק דהא כיון דאביהם היה נאמן לומר בטענת ברי שלא נפרע בצירוף חזקת חיוב כמו בכל א"י א"פ. א"כ יש לומר דבזה גם בטענת היורשים שאומרים דכך אמר להו אבא נחשב לטענת ברי כיון דלפי דבריהם שאמר להם אבא כן והיה נאמן ע"ז א"כ ה"ל כמו דאם היו טוענים ששמעו כן מן עדים שהעידו בב"ד והלכו למדינת הים וכה"ג ודאי דזה נחשב לטענת ברי רק דבעדים בעינן שיגידו בב"ד דכ"ז דלא העידו בב"ד אין בדבריהם ממש. משא"כ בבע"ד עצמו דנאמן לעולם משום חזקת חיוב המסייעו א"כ נחשב גם טענת היורשים לטענת ברי כיון דלפי דבריהם דאביהם א"ל כן והיו נאמנים נחשב זה לטענת ברי ועיין בסי' ע"ה באו"ת ס"ק ח'. והא דקיי"ל באמר לי אבא לא הוי טענת ברי י"ל דזהו רק לענין לחייב שד"א וה"ה שבועת היסת לכמה פוסקים לפי דחיוב שבועה בב"ד תליא וכ"ז דאינו טוען כן בפני הב"ד אינו יכול לחייבו שבועה ע"כ לא שייך

לומר התם דא"ל אבא יהיה נחשב לטענת ברי כיון דעיקרו אינו רק לענין שבועה והאב עצמו לא היה נאמן כ"ז שלא היה לפני הב"ד ע"כ שפיר קיי"ל דאין זה נחשב לטענת ברי. ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק צ"א שכתב שם דשבועה תלוי בפסק הב"ד. אבל הכא שהאב היה נאמן להוציא הממון י"ל דגם טענת יורשיו שכך א"ל אבא ה"ל כטענת ברי ולכן אף שלא תבעו הפועלים בב"ד ג"כ ה"ל כמו ברי כן י"ל בזה. אך לפרש כן לכוונת הרמב"ן שם אינו סברא דא"כ לא ה"ל לומר שם דנשבעים היורשים שבועה דלא פקדנו ונוטלים אלא ישבעו דכן א"ל אביהם שלא נפרעו. אך לדינא שפיר י"ל ולחלק בין אמר לי אבא לחיוב שבועה ושאני היכא דנאמן אף להוציא הממון. וכן מש"כ האו"ת לפרש לכוונת הרמב"ן דמיירי בתבעו הפועלים בחייהם בב"ד זהו דוחק לכל המעיין היטב וקצרתי. א"כ מוכח מהרמב"ן וסייעתו דס"ל דאף בשניהם טוענים שמא חייב בספק בהפרעון היכא דלא הל"ל. וכן י"ל לדינא דאם אמר אביהם אף שלא בב"ד נאמן כנ"ל וכדמצינו גבי נאמנות האב שבנו בכור דנאמן אף חוץ לב"ד כמבואר בב"ב (דף קכ"ז) ובסי' רע"ז וכן כתבתי בספרי נחל יצחק סי' נ"ו ס"ק ג' גבי מיגו ודוקא בעדים בעינן שיעידו בב"ד וקצרתי:

שוב ראיתי דגם זהו אינו ראיה מכרעת לפי דבעיקר הכלל שכתב הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב דאין טוענים ליורש להוציא יש לדון בזה טובא והוא כי התוס' בכתובות (דף ל"ו) ד"ה החרשת כו' כתבו פי' הקונטרס דאי הוה פקחת לטעון הוה טענה משארסתני נאנסתי וקשה לר"י דהיכי טענינן לה הכי מספק לאפוקי ממונא כיון דאיהי לא טענה כו'. והריטב"א והשמ"ק שם כתבו בזה"ל לקמן כגון זה פתח פיך לאלם הוא פי' רש"י ז"ל וטענינן לה כי משנתארסה נאנסה והקשו עליו בתוס' דהאי טענה טענת שמא היא לדידן ואנן בעינן טענת ברי לר"ג כדאי' בפ"ק ולא קשיא דכי איתא לדינא בי דינא קושטא דמלתא בעינן דטעין בברי אבל השתא דאיהי לאו בת טענה היא אנן טענינן לה אף בשמא כגון כל מקום שטוענין ליורש וללוקח כו' עכ"ל הרי להדיא דהך כללא שכתב הש"ך דאין טוענים ליורש להוציא דזהו פלוגתת רש"י והתוס' כפמש"כ הריטב"א והשמ"ק בכוונת רש"י. דהתוס' ס"ל ג"כ דאין טוענים להוציא אבל רש"י ס"ל דגם להוציא טענינן וכן ביורש ולוקח וכתבו בפשיטות כמו בכ"מ שטוענין ליורש וללוקח כו'. וי"ל דטעמם בזה ע"פ שיטת כמה מהראשונים דס"ל דאם קנה שדה והמוכר דר בי' חד יומא דלא מבעיא אם החזיק ת"י שלשה שנים דטוענין ללוקח ואף אם לא החזיק שלשה שנים רק דאין להמערער עדים שהיתה שלו רק הלוקח מודה לו שהיה כבר שלו דטענינן לי' שהמוכר הי' נאמן לומר לקוחה בידי במיגו דלא היה שלך מעולם וכמש"כ הש"ך בארוכה בסי' קמ"ו ס"ק י"ג והתוס' בשם הרשב"א בב"ב (דף ל' ע"א) סד"ה לאו קמודית כו'. ואף דהתם

הא הוי ג"כ להוציא דהא קיי"ל דקרקע בחזקת בעלים עומדת בכ"מ אפ"ה טוענין ליורש וללוקח כן י"ל בכוונת הריטב"א והשמ"ק שכתבו בפשיטות דטוענין ליורש ולוקח אף להוציא. אך אנן מסברא דנפשיה לא מצינו לאוכוחי כלל מזה משום די"ל דאף דלא החזיק בה שני חזקה ג"כ מקרי הלוקח דמחזיק הקרקע בשם מוחזק קצת כדמצינו בב"ב (דף ל"ב ע"ב) תוס' ד"ה והלכתא כוותי' דרבה בארעא כעין זה דאף בלא החזיק שני חזקה מהני מיגו של המחזיק ולא מקרי מיגו להוציא ע"ש. אך בכוונת הראשונים הנ"ל שפיר י"ל כמו שכתבתי בביאור דבריהם דלא ס"ל לסברת התוס' הנ"ל והא דהלכתא כוותי' דרבה בארעא אין זה הכרח לנ"ד וקצרתי:

ויהיה איך שיהי' עכ"פ חזינן דשיטת רש"י והריטב"א דאף להוציא טענינן ליורש ולוקח ולא ס"ל להכלל של הש"ך הנ"ל. ולכן מתורץ קושיות הש"ך על הטור והמחבר בסי' ע"ב סעי' ל"ד ביורש שהוציא שטר כו' וטוען היורש שהמשכון נאנס ותובע המעות נשבע הנתבע היסת כו' והקשה הש"ך דאמאי ישבע הא אין טוענין ליורש להוציא ולחייב שבועה. ומכש"כ לפי פסק המחבר בסי' קל"ג כהרמב"ם בכלים העשויים להשאיל שמוציאין מיד היורש ואין משביעין להמערער היסת כו' עכ"ל. אכן באמת י"ל כיון דמצינו שיטת הראשונים הנ"ל דס"ל דאף להוציא טענינן א"כ י"ל דגם הטור והבעה"ת והמחבר ס"ל ג"כ דטוענין אף להוציא ולכן שפיר כתבו דחייב הנתבע היסת. והא דסי' קל"ג דמוציאין מיד היורש בל"ש י"ל ולחלק דדוקא היכא דיש להמוריש חזקת חיוב על פ' בזה טוענין ליורש א"כ התם בסי' ע"ב סעי' ל"ד ביורש שהוציא שטר כו' דיש להמוריש חזקת חיוב על פ' בזה אמרו דטוענין ליורש לחייב להנתבע ש"ה כיון דהיה למורישם איזה זכות עכ"פ. אך נאנסו לא טוענין משום דהוי לא שכיח ולכ"ע לא טענינן להוציא כמש"כ ביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ק"ס ע"ש. משא"כ בהא דסי' קל"ג בכלים העשויים להשאיל דלא היה להמוריש שום זכות כלל לא חזקת חיוב ודכוותי' א"כ לא היה להמוריש שום זכות כלל בזה התביעה די"ל דבתורת שאלה אתאי לידו ע"כ בכה"ג לא טענינן להוציא לחייבו שבועה דאין דינן כמו טענת ברי. וגם יש להסביר זה ביתר ביאור דהא חזינן דגם בהחזיקו היורשים שני חזקה דלא טענינן להו רק אם דר בי' המוריש חד יומא כמבואר בב"ב (ד' מ"א) ובסי' קמ"ו והטעם הוא דבעינן דיהיה איזה זכות קצת להמוריש עכ"פ א"כ ה"ה היכא דהיה להמוריש איזה חזקת חיוב וכה"ג בזה טוענין ליורש משא"כ היכא דלא היה להמוריש איזה זכות קצת אין טוענין ליורש. ועפ"ז יש לדון במש"כ הש"ך בשם הראשונים בסי' רצ"ז ובסי' קמ"ו ס"ק י"ג גבי יורשי נפקד דטענינן להו לקוח שהיה אביהם נאמן במיגו דהחזרתי ע"ש וכן בסי' שס"א ש"ך ס"ק ד'

בשם הרמב"ן. דהא התם לא הוי שום הוכחה וזכות קצת לאביהם דהא היה בפקדון ת"י אביהם. אך יש לחלק דשא"ה דהוו מוחזקים ממש כעת דהחפץ הוא ת"י היורשים. אבל היכא דבאים להוציא שפיר יש לחלק דהיכא דהיה לאביהם חזקת חיובא בזה טוענין ליורש דזה הוי כמו להחזיק להחזקת חיוב ולומר שלא נשתנה מחזקתו הראשונה אבל היכא דלא היה לאביהם חזקת חיוב מעולם הוי להוציא ממש ובכזה אמרינן כל הטוען דבר מחודש עליו הראי':

ואף לפמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב לדינא דאין לחייב את הנתבע שבועה לפי דאין טוענין ליורש בכה"ג י"ל דזהו רק בענין חיוב שבועה בעלמא דהא אף לאחר חיוב השבועה ג"כ לא יהי' לו זכות להחזיק הממון גם אם לא ישבע דהא בשבועת היסת לא נחתינן לנכסיו ואין זה מקרי זכות כ"כ להמוריש להיות טוענין ליורש בזה. [וזהו בכלל דבר שאין בו ממש דמבואר בסוף סי' רע"ו דאין היורשין יורשים דבר שאין בו ממש ועיין בגיטין (דף מ') אך בזה יש לדון טובא וקצרתי ובאמת אין זה הכרח כ"כ לדברינו]. ולכן בהא דסי' צ"א ש"ך ס"ק יו"ד דכתב הש"ך להכריע דבמתו פועלים יורשים נשבעים ונוטלין י"ל דטעמו ג"כ משום דטוענין בכה"ג כיון דהי' זכות לאביהם משום חזקת חיוב א"כ הוי זה ג"כ כמו להחזיק דטוענין בכה"ג לשיטת רש"י והריטב"א. וי"ל דגם סברת רש"י והריטב"א דטוענין אף להוציא זהו ג"כ משום חזקת הגוף דיש התם בכתובות גבי הא דהחרשת והשוטה אין להם טענת בתולים. ואף דנימא דאין זה במשמע דברי הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב הנ"ל וכפי מש"כ הש"ך שם ס"ק קמ"ג ע"ש. מ"מ כיון דמצינו דשיטת רש"י והריטב"א להדיא דכתבו דאף להוציא טענינן ליורשים ויהי' מאיזה טעם שיהי' ע"כ שפיר יש לומר בכוונת הרמב"ן והר"נ דכתבו דבמתו פועלים יורשים נשבעים ונוטלים דזהו מטעם דס"ל דאף להוציא טענינן ליורש ואף להתוס' דכתבו בכתובות (דף ל"ו) דלאפוקי ממונא לא טענינן י"ל דזהו דוקא התם דאינה באה מכח זכות המוריש אלא מכח זכות עצמה אבל היכא דבאים מכח זכות המוריש י"ל דגם התוס' מודו דטוענין ליורש אף להוציא. ועכ"פ אין ראי' מהרמב"ן והר"נ הנ"ל להוכיח דס"ל דגם בשניהם טוענים שמא בספק פרעון חייב די"ל דשא"ה דכיון דטוענים ליורש אף להוציא הוי זה כמו טענת ברי ושיטת הרמב"ם והמחבר בסי' צ"א דס"ל דבמתו פועלים אין יורשיו נוטלים י"ל דס"ל דבאמת לא טענינן ליורש להוציא וכפשטות דברי הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב. ועיקר הך מילתא אי טענינן אף להוציא י"ל דזה תליא ג"כ בפלוגתת הרמב"ם והרמב"ן והר"נ הנ"ל:

גם יש לחלק דשאני בהא דכתובות (דף ל"ו) דחרשת ושוטה אין להן טענת בתולים דהוי ספק בעיקר החיוב דשמא היתה בעולה בעת שאירסה ואף דיש חזקת הגוף מ"מ כיון די"ל דילמא לא הי' לה זכות מעולם ע"כ ס"ל להתוס' דלא טענינן להוציא. אבל בפועלים שמתו כיון דידוע דהי' זכות לאביהם בהממון והחוב הלז מכבר ע"כ בכה"ג י"ל דגם התוס' מודו לשיטת הרמב"ן והר"נ הנ"ל. ולכאורה יש להוכיח כן ממה דקיי"ל דיורשים שהוציאו שט"ח על אחר דנשבעים שלא פקדנו ונוטלים. וקשה דהא כיון דטוענים שמא א"כ יהי' זה דומה להא דסי' נ"ט דמלוה שטוען על שט"ח שאינו יודע אם נפרע והלוה טוען ברי כי הוא פרוע דאינו גובה משום דמעלת ברי ומוחזקות של הלוה עדיף ממעלת שטרא בידי מאי בעי. א"כ ה"ה ביורש שהוציא שט"ח על אחר והלוה טוען פרוע דקיי"ל בח"מ סי' ק"ח סעי' ה' דיורשים נשבעים שלא פקדנו ונוטלים הא כיון דלא טענינן להוציא א"כ הוי טענת היורש על שטרו כמו טענת שמא א"כ יהי' נאמן הלוה משום מעלת ברי ומוחזקות. וכן ביורש מיתומים כיון דטוענים להחזיק הוי טענתייהו כמו טענת ברי א"כ לא יהי' יכולים לגבות בשטרם שירשו כלל הן מהמלוה והן מיתומים. אכן אי נימא דהיכא דהי' למורישם חזקת חיוב מכבר בהחוב הלז בכה"ג טענינן ליורש אף להוציא א"ש בפשיטות מה דגובין היורשים בשט"ח שת"י משום דהוי דינם כמו טענת ברי. אך יש לחלק דשאני בשט"ח דהוי קצת כגבוי לכמה ענינים כמש"כ הכנה"ג והובא באו"ת בכללי מיגו ס"ק ח' ע"כ מקרי זה ג"כ קצת כמו טוענין להחזיק. ועוד דהא העלתי בספרי נחל יצחק סי' נ"ט דהיכא דלא ה"ל למידע אז אף דהמלוה טוען שמא ג"כ גובה בשטרו וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ב ס"ק י"ז ע"ש. לכן בוודאי א"ש בפשיטות מה דיורש גובה בשטרו מהלוה אף דטוען ברי שהוא פרוע דהא שמא של יורשים לא ה"ל שמא גרוע ונדחה ראי' זו. נחזור לענינינו דכיון דחזינן שיטת רש"י והריטב"א דס"ל דאף להוציא טענינן ליורש ע"כ בוודאי אין שום הוכחה מן שיטת הרמב"ן והר"נ והבעה"ת דכתבו דבמתו פועלים יורשים נשבעים ונוטלים דיהיו ס"ל דה"ה בכל ספק פרעון בשניהם טוענים שמא יהי' חייב הלוה. משום דיש לומר דס"ל כשיטת רש"י והריטב"א הנ"ל דמשום טוענין ליורשי הפועלים אתו עלה והוי דינן כמו כל טוען ברי שלא נפרע החוב. אבל היכא דלא שייך טוענין כו' גם אינהו מודו דהלוה פטור כיון דאין כאן טענת ברי מהתובע:

ענף ח:

ולקמן סי' רצ"א ש"ך ס"ק מ"ד שהביא בשם הישו"ש פ' הגוזל סי' ג' שכתב בשומר שמסר לשומר חייב דאם חיובו הוא משום דה"ל כאיני יודע אם החזרתי בעינן דיהי' טוען

המשאיל ברי לי דפשע ואם אינו טוען ברי שמא ושמא הוא והמע"ה ודומה לא' שאמר הלויתני וא"י א"פ וזה א' ג"כ א"י פטור עכ"ל. והש"ך העלה דעיקר החיוב בשומר שמסר לשומר הוא משום שאינו יכול לישבע משלם ולכן אף במשאיל תובע שמא חייב אבל אם הי' חיובו משום א"י א"פ בעינן דיתבע המשאיל בברי וכמש"כ הנתיבות שם לפרש כוונת הש"ך. [ובספרי נחל יצחק סי' ע"ב סעי' למ"ד הוכחתי דהעיקר לדינא דחיוב שומר שמסר לשומר חייב הוא משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם]. וחזינן דהש"ך ס"ל ג"כ דבשניהם טוענים שמא בספק פרעון ג"כ פטור אף היכא דלא הל"ל ולפ"ז מוכרח לומר דמש"כ הש"ך בסי' צ"א ס"ק יו"ד להכריע לדינא במתו פועלים דיורשיו נוטלים אף דהיורשים טוענים שמא. דהעיקר הוא משום דטוענין להו בכה"ג והוי כמו טענת ברי כיון דיש חזקת חיוב והא דסי' ע"ב ש"ך ס"ק קמ"ג שא"ה כיון דהוי ספק בעיקר החיוב ולא הוי חזקת חיוב ע"כ אין טוענים בכה"ג:

ובעיקר דברי היש"ש שכתב לפרש לדברי הנמוקי יוסף שכתב בשם הרא"ה בשאל חמור לרכוב עליו ונתנה לשלוחו והדבר ספק אי מתה מחמת מלאכה דחייב דה"ל כא"י א"פ עכ"ל דמיירי בטוען המשאיל ברי דאל"כ הא בשניהם טוענים שמא פטור. הנה לענ"ד נראה דזה דוחק לפרש כן לכוונת הנ"י דהא משמע דאף בטוען המשאיל שמא ג"כ חייב דמנלן לי' למידע במה שנתהוה ברכיבת שלוחו שלא בפניו ומה שהקשה דהא בשניהם טוענין שמא פטור. הנה לפמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז להוכיח דרוב עדיף מן ברי של הבע"ד ע"ש. [וכעין הא דכתובות (דף ט"ז) דאמרו כיון דרוב נשים בתולות ניסת כברי ושמא דמי והתם הא הוי רוב דאתרעי כמבואר שם במסקנא]. וכ"כ הפני יהושע בכתובות (דף ט"ז) תוס' ד"ה כיון דרוב נשים בתולות כו' דרוב עדיף מן ברי ושמא ע"ש. א"כ בספק אי מתה מחמת מלאכה לפי מש"כ הש"ך בכללי מיגו אות כ"ב להוכיח מן ר"פ המפקיד דאמרו מתה מחמת מלאכה לא שכיח דמשמע דנאנסו שכיח. א"כ במה שנולד לנו ספק אי נאנסה או מתה מחמת מלאכה יש לנו בזה רוב המברר לנו דלא מתה מחמת מלאכה דהא מתה מחמת מלאכה לא שכיח והוי כמו כל רובא וזה עדיף מן ברי של בע"ד. א"כ יש לנו רוב המברר לנו לדון דחייב השואל וצירוף חזקת חיוב דכל שומר הוי כמו א"י א"פ לשיטתם והוי כמו ברי וחזקת חיוב דמטעם זה חייב בכל א"י א"פ אם התובע טוען ברי וה"ה אם התובע תובע ע"פ זכות רובא וחזקת חיוב לכן אף אם טוען המשאיל שמא שפיר כתבו לדמות זה לכל א"י א"פ. וגם יש לדון בזה לשיטת הבעל המאור רפ"ב דכתובות דכתב דברוב וחזקה מוציאין ממון מהמוחזק ואף הרמב"ן במלחמות שם דחולק על הבעה"מ י"ל דמודה בזה וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' מ"ג

ענף ב' בארוכה דע"י רוב וחזקת חיוב ביחד מוציאין מהמוחזק לכ"ע ע"ש. ולכן מתורץ קושיות הישׁ"ש שהקשה על הנ"י והרא"ה דהא בעינן שיתבע המלוה בברי בכל א"י א"פ. משום דכיון דרובא מסייע להמשאיל הוי דינו כמו ברי וחזקת חיוב ביחד:

וכן יש לדון בשיטת הראשונים דכתבו כמה פוסקים דעיקר החיוב בשומר שמסר לשומר הוי משום א"י א"פ וכמש"כ בארוכה הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ט' להוכיח כדברי הנ"י. דמשמע לכאורה דאף בתובע טוען שמא חייב משום א"י א"פ דהא באמת דוחק לומר התם דמיירי בתובע טוען ברי כמש"כ הישׁ"ש. דאין זה במשמע כמבואר להמעיין שם. אכן לפי מש"כ דהיכא דהוי רובא וחזקת חיוב זה הוי כמו ברי וחזקת חיוב ע"כ א"ש דהא כתבו התוס' בב"ב (דף ע') ד"ה מאן דאמר כו' דנאנסו לא שכיח וכן הוא בח"מ סי' ק"ח סעי' ד' ועיין בש"ך שם ס"ק ח'. וכן כתב הש"ך בסי' קכ"א ס"ק ס"א דיש מקום לומר דה"ה גניבה ואבידה לא שכיח וקצת משמע כן בר"פ המפקיד ע"ש. וכ"כ האו"ת בסי' ק"ח ס"ק ה' דלא טענינן ליורשים טענת נגנב ונאבד משום דזה ג"כ לא שכיח. ע"כ בהספק אם פשע או נגנבו ונאנסו בזה ג"כ הוי רובא המברר לנו דלא נגנב ונאנס אלא פשע דהוי כמו מעלת ברי דכ"ז מהני בצירוף חזקת חיוב ולכן שפיר כתבו לחייב בשומר שמסר לשומר ככל א"י א"פ אף אם טוען המפקיד שמא פשע. ואף דנימא דנאנסו לא שכיח מ"מ יש לדון אם הספק הוא במתה מחמת מלאכה כמש"כ הנ"י בשם הרא"ה בר"פ הגוזל דג"כ יש לדון בזה הך רובא דהא כתב הש"ך בכללי מיגו אות כ"ב דלהסוברים דנאנסו לא שכיח מוכרח לפרש להך דר"פ המפקיד דמתה מחמת מלאכה לא שכיח דלא שכיח כלל. א"כ גם בספק אם מתה מחמת מלאכה או נאנסה גם בזה יש לדון הך רובא דאף דנאנסו לא שכיח עכ"ז הא מתה מחמת מלאכה לא שכיח כלל והוי מיעוט שאינו מצוי כלל ע"כ גם בזה יש לדון הרוב דמסייע להמשאיל. ושפיר כתב הנ"י בשם הרא"ה בר"פ הגוזל לחייב בשואל שמסר לשלוחו לרכוב עליו ונולד ספק אם מתה מחמת מלאכה דחייב משום א"י א"פ וכמש"כ לעיל. ונתבאר דאין שום ראיה להוכיח מהפוסקים דס"ל לחייב בשומר שמסר לשומר משום דה"ל כמו א"י א"פ. דנימא דה"ה בכל חוב דטוענים שניהם שמא דיהי' חייב הלוה. משום די"ל דשא"ה משום הך רובא. וכש"כ לשיטת ישׁ"ש דכתב דהחיוב הוא לפ"ז דוקא בתובע המשאיל ברי:

ענף ט:

ועתה נבאר במש"כ האו"ת בשם המל"מ פ"ד ה' שאלה ופי"א ה' מכירה דהיכא דלא ה"ל להנתבע למידע דאף בטוען התובע ברי ג"כ יש לדון דפטור וכן הכריע הנתיבות ס"ק ה' רק היכא שנולד הספק מחמת פשיעת הבע"ד חייב. והנה בספרי נחל יצחק סי' ס"ט סעי'

ה' העלתי להוכיח מן שיטת הרמב"ם דפסק בהנך חמש נשים דאינן נאמנות להפסיד כתובה דנוטלת כתובה ויוצאה דמוכח דס"ל דאף היכא דלא ה"ל למידע חייב בא"י א"פ דהא הטעם דאינן נאמנות להפסיד כתובתה זהו משום דה"ל הבעל א"י א"פ והא דמתו בעליהן עד שלא שתו דאינן נוטלות כתובתן משום דהתם לא שייך לחייב היורשים משום א"ו א"פ לפי דיורשים שאני בזה כמש"כ שם בארוכה וכמו שמצאתי בבית מאיר סי' קע"ח. וראיתי בקצה"ח סי' שד"מ ס"ק ג' שכתב דהרמב"ם ס"ל דהיכא שנולד הספק בפרעון לפנינו דבזה פטור לגמרי אף דהתובע טוען ברי ומתרץ עפ"ז קושיות הלחם משנה פ"ג משאלה על מש"כ הרמב"ם המשאיל א' שאולה מתה והשוכר א' א"י פטור והקשה הלח"מ הא ה"ל א"י אם החזרתי כיון דס"ל להרמב"ם דשומר מתחייב משעת משיכה. ועיקר חילוק זה הביא כן בשם הרשב"א לגיטין (דף ע"ח) גבי ספק קרוב להמלוה דיחלוקו ולא הוי כא"י א"פ לפי דשאני היכא דנולד ספק לפנינו רק הרשב"א ס"ל מה"ט דיחלוקו והרמב"ם ס"ל דמה"ט פטור לגמרי זהו קוטב דברי הקצה"ח שם:

אכן לפמש"כ בספרי שם להוכיח דהרמב"ם ס"ל גבי סוטה דאף דהוי קנוי וסתירה ובוודאי מקרי זה דנולד הספק לפנינו ומ"מ ס"ל דחייב הבעל בכתובה ואינן נאמנות חמש נשים להפסיד הכתובה הרי מוכח דס"ל להרמב"ם שלא כמש"כ הקצה"ח בדברי הרמב"ם. אדרבה דס"ל דחייב בכולו אף דנולד ספק לנו והוי כעין דרא דממונא מ"מ כיון שהאשה טוענת ברי ולצירוף חזקת חיוב דיש על הבעל מוציאין ממון ממנו. ואף שהתוס' בסוטה (דף כ"ה) כתבו דכיון דהתורה עשאו לספק ע"כ אינה יכולה לטעון טענת ברי ע"ש. י"ל דזהו למ"ד דס"ל מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב בזה כתבו דלא מהני אליבי' הך ברי דהתם כיון דמיירי שם ביורשים דלא שייך התם לדון לחזקת חיוב כמש"כ בספרי שם וע"כ אין כח במעלת ברי של האשה להוציא מהמוחזק. אבל היכא דה"ל חזקת חיוב בזה יש כח בהברי של האשה להצטרף לחזקת חיוב ולהוציא הכתובה מבעלה א"כ מוכח דהרמב"ם לא ס"ל כהרשב"א דגיטין דכתב דהיכא דנולד לנו בפנינו הספק דיחלוקו דהא הרמב"ם כתב גבי חמש נשים דנוטלת כתובתה ויוצאה משמע דנוטלת כל הכתובה. והא דהקשה הרשב"א שם דאמאי יחלוקו הא הוי כמו א"י א"פ י"ל דהרמב"ם ס"ל כמש"כ המרדכי בגיטין דמיירי שם דלא אבדו המעות אלא דמדיינים על גוף המעות כנ"ל ולא שייך התם בגיטין לומר דהוי א"י א"פ כיון דשניהם טוענים שמא כמש"כ לעיל בשיטת המרדכי. אבל היכא דטוען התובע ברי אז אף דיש מקום לידת הספק בפנינו ג"כ יש לו דין דא"י א"פ כיון דהתובע טוען ברי ויש חזקת חיוב כנ"ל. ומה דהוכיח הקצה"ח מהרמב"ם פ"ג דשאלה ה' ג' דכתב המשאיל א' שאולה מתה

והשוכר א' א"י דפטור והקשה הלח"מ הא הוי א"י א"פ ולכן הוכיח כן לשיטת הרמב"ם. באמת אין זה הוכחה כלל לפי מש"כ השמ"ק בב"מ (דף צ"ח) בהא דפריך לימא תיהוי תיובתא דר"נ דאף דנימא דנכסי שומר משעת משיכה אשתעבד מ"מ אין דינו כמו א"י אם החזרתי רק כמו א"י א"נ כיון דכ"ז שהוא בעין אין על השואל שום חיוב כלל אלא דכי נאנס אז נשתעבדו נכסיו למפרע כו' והובא בקצה"ח סי' ש"מ ס"ק ד'. א"כ י"ל דגם הרמב"ם ס"ל כן וע"כ שפיר פסק הרמב"ם דאף דהמשאיל תובע בברי עכ"ז אין מוציאין מהמוחזק ומתורץ קושיות הלח"מ. אבל היכא דיש לנו חזקת חיוב מעליא אז אף דנולד הספק לנו מ"מ כיון דהתובע טוען ברי ס"ל להרמב"ם דמוציאין ממון וכמו בכל א"י א"פ: ובאמת י"ל דלכן התוס' בסוטה (דף כ"ה ע"ב) ד"ה ב"ה אומרים כו' דהקשו למ"ד ברי ושמא ברי עדיף תהא נאמנת שלא נטמאה. ולא הקשו דהא ה"ל כמו א"י א"פ. וכן הקשה האו"ת בסי' ע"ה ס"ק כ"ב ונדחק לומר דכיון דלא מטא זמני' מחיים ע"כ אין זה דומה לכל א"י א"פ. אבל באמת אין זה סברא כלל דהא אף דלא מטא זמני' בחיי הבעל מ"מ אמרו ע"ז הלשון שט"ח העומד לגבות כו' א"כ ה"ה דמקרי בשם חזקת חיוב דנתברר עכשיו למפרע כשמת הבעל בחיי אשתו וקצרתי. והעיקר דז"א קשה כלל על התוס' דלא מבעיא לפמש"כ בספרי הנ"ל דביורשים לא שייך כלל לדון לחייבם משום א"י א"פ וכמש"כ כן גם הבית מאיר בסי' קע"ח וודאי דא"ש דברי התוס'. ואף לפמש"כ שם בספרי דלשיטת הר"נ והסמ"ע אין מקום לחלק בין יורשים לבע"ח עצמו בזה ע"ש. עכ"ז יש לומר דהתוס' בסוטה ס"ל לסברת הרשב"א בגיטין (דף ע"ח) דכתב לשיטת התוס' דהביא שם מתחלה דלכן לא הוי התם דין דא"י א"פ משום דשאני היכא דנולד הספק לפנינו. א"כ ה"ה התם גבי מתו בעליהן כו' כיון דנסתרה והתורה עשאו לספק א"כ ליכא למידק התם לדינא דא"י א"פ. וגם י"ל הטעם דבזה איתרעי לי' הך חזקת חיוב כמו דאמרינן בכ"ד דחזקה דאתרעי לאו שמי' חזקה לשיטת כמה פוסקים. והרשב"א ס"ל דמה"ט יחלוקו. והתוס' בקושייתם בסוטה י"ל דס"ל דמה"ט פטור לגמרי וכמו שכתב הקצה"ח בסי' שד"מ לשיטת הרמב"ם כנ"ל. וגם יש מקום לפרש דהך אין נוטלת הכתובה היינו כל הכתובה אבל מחצה נוטלת וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ס"ט סעי' ה' ענף ב' בהג"ה ע"ש. ע"כ לא הקשו התוס' מן הא דא"י א"פ רק למ"ד דס"ל ברי ושמא ברי עדיף. ובאמת לפי תירוצם דתירצו דהך ברי דהתם לא ה"ל ברי מעליא י"ל דס"ל להתוס' באמת מה"ט דה"ה לענין א"י א"פ ג"כ לא מהני הך ברי דהתם מהאי טעמא אבל בשיטת הרמב"ם כבר כתבתי דמוכח דס"ל דמהני הך ברי דהתם לענין א"י א"פ ומוציאין ממון אף במקום שנולד הספק לפנינו ולא ס"ל לסברת הרשב"א דגיטין. והנה הנתיבות

ס"ק ה' כתב מסברא דנפשי' דהיכא דיש לידת הספק לפנינו אז בוודאי פטור הלוה אף במקום א"י א"פ. ולא כתב דזהו סברת הרשב"א דגיטין (דף ע"ח) הנ"ל. ודמיונו למש"כ התוס' בב"מ (דף ק') דבדרורא דממונא מהני תפיסה אם הוא מוחזק מעיקרא. אין זה דומה כלל לנ"ד דה"ל א"י א"פ ויש חזקת חיוב בצירוף להברי של הבע"ד. [גם מש"כ הנתיבות שם דהמרדכי ס"ל דבא"י א"פ אף בשמא ושמא חייב כמש"כ המל"מ זה אינו דכתב כן המל"מ בשם הרשב"א אבל המרדכי ס"ל להיפך כמבואר במרדכי לגיטין (דף ע"ח) וכנ"ל]. וגם הא נתבאר דהרמב"ם ס"ל דאף במקום שנולד הספק לנו ג"כ חייב בא"י א"פ כנ"ל ע"כ אין דברי הנתיבות הנ"ל ברור כ"כ לדינא:

ענף י:

ובעיקר הענין אם מחייבינן בא"י א"פ היכא דלא ה"ל להלוה למידע. כתבתי כבר בספרי נחל יצחק סי' ס"ט ענף ד' דלשיטת הרמב"ם חייב אף בכה"ג אך לשיטת בעה"ת מוכח דס"ל דהיכא דלא ה"ל למידע פטור והוי זה פלוגתא דרבוותא הנ"ל. אכן יש להוכיח כשיטת הרמב"ם הנ"ל מהא דב"מ (דף פ"א) ושבועות (דף מ"ג) דאי' שם המלוה על המשכון ואבד המשכון ישבע ויטול מעותיו דברי ר' אליעזר כו' אבל הלוהו אלף זוז בשטר כו'. ופי' רש"י ישבע שלא פשע כו'. ולכאורה קשה כיון דהרישא מיירי במלוה בע"פ א"כ אמאי נאמן לומר שלא פשע ולהוציא החוב מהלוה הא כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין אבל אינן נאמנים להוציא ממון ע"י שבועה. אבל באמת אין זה קשה כלל דהא כן מבואר בפי' בטור וש"ע סי' ע"ב סעי' י"ד דאם המלוה טוען שנאבד המשכון באונס דישבע ויגבה חובו מהלוה שהרי אין הלוה יודע כיצד נאבד וה"ל כהלויתני וא"י אם החזרתים לך. א"כ א"ש בפשיטות מה דאמרי דישבע המלוה ויטול. ומוכח מזה דהיכא דיש ברי של הבע"ד לפנינו ובצירוף חזקת חיוב דמוציאין מהמוחזק אף במקום דהרוב מסייע להמוחזק דהא טענת אונס הוי מילתא דלא שכיח כמש"כ התוס' בב"ב (דף ע') ובסי' ק"ח סעי' ד' דיעה קמייתא בסתם שאין טוענין ליתמי נאנסו מה"ט. והנה שם סי' ע"ב סעי' י"ד הנ"ל זהו מן הטור שם אבל לא כתבו שם האחרונים דזהו גמרא מפורשת בב"מ ובאמת זהו מפורש בב"מ ושבועות דאמרו דישבע ויטול מעותיו והוא בוודאי מה"ט: ולעיל בענף א' כתבתי להעיר בכתובות (דף י"ב) דקאמרי לימא ר"ה ור"י כר"ג עד כאן לא קאמר ר"ג אלא דאיכא מיגו א"נ עד כאן לא קאמר ר"ג אלא דאמרינן אוקמה אחזקה כו'. ומעיקרא דלא ס"ל שם למעלת אוקי אחזקה א"כ תקשה אמאי אמרו בב"ק (דף קי"ח) דא"י א"פ חייב וכתבתי לחלק דשא"ה דשמא של הלוה הוי שמא גרוע כו' ועיין בתוס' שם ד"ה רב הונא כו'. אכן באמת ז"א דהא חזינן בהא דב"מ ושבועות

דס"ל לר' אליעזר דישבע ויטול מעותיו והטעם הוא משום דה"ל הלוה א"י א"פ אף דלא ה"ל למידע. ואלו התם בכתובות (דף י"ב) אי' ר"ג ור' אליעזר אומרים נאמנת ואמרו מעיקרא שם ע"כ לא קאמר ר"ג אלא דאיכא מיגו ולפ"ז היכא דליכא מיגו משמע דאף דאיכא אוקי אחזקה לצירוף לטענת ברי ג"כ אין מוציאין מהמוחזק כיון דלא הוי שמא גרוע כמו התם בטענת הבעל דשמא עד שלא ארסתיך נאנסת. א"כ תקשה דהא ר"א עצמו ס"ל בב"מ ושבועות דאף במקום דלא הוי שמא גרוע מ"מ כיון דהתובע טוען ברי וצירוף לאוקי אחזקת חיוב מוציאין מהמוחזק. וע"כ מוכח כמש"כ שם לעיל דהיכא דאיכא אוקי אחזקה מעלייתא בזה לכ"ע בוודאי פשוט דמוציאין מהמוחזק אלא דהיה ס"ל להש"ס התם דהך אוקי אחזקת בתולה דהתם אין זה חזקה מעלייתא לפי דאיתרעי עכשיו לפנינו ויש סברא לומר דחזקה דהשתא כמו דהיא בעולה נמצאת לנו כ"כ היתה בעולה מעיקרא וכמש"כ שם הפני יהושע וזה ברור. עכ"פ מוכח מזה הסוגיא דאף היכא דשמא של הנתבע לא הוי שמא גרוע דלא הל"ל מ"מ מוציאין מהמוחזק. והתם לא שייך סברת הנתיבות בסי' ע"ה ס"ק ה' שכתב לדחות מה שיש להוכיח מחנוני ופועלים דסי' צ"א דאף במקום דלא הל"ל חייב בא"י א"פ משום דשא"ה דנולד הספק מחמת פשיעת הבע"ד דמסר הפרעון שלהם להחנוני כמבואר בב"מ (דף ג') ע"ש. אבל זה לא שייך הכא דנתן משכון לטובת המלוה דלא הימני' להלוה בלא משכון ובוודאי לא שייך לומר בזה דפשע הלוה והא אדרבה עשה זה דנתן המשכון להמלוה לטובתו. א"כ בוודאי מוכח מזה דאף היכא דלא ה"ל להלוה למידע ג"כ חייב משום הדין דא"י א"פ:

ולפ"ז יש להקשות מזה הסוגיא על שיטת הבעה"ת דכתבתי בספרי נחל יצחק בסי' ס"ט בשמו דס"ל דלכן יורשים פטורים באומרים שמא פרע אבינו משום דלא הוי שמא גרוע דלא הל"ל. וכמש"כ התומים בסי' ע"ה ס"ק כ"ב בשם הבעה"ת דכתב כן להדיא ע"ש. ומוכח דס"ל להבעה"ת לחלוק על שיטת הרמב"ם בזה וכמש"כ שם. א"כ תקשה עליו דמה יענה הבעה"ת במה דמבואר בב"מ ושבועות דישבע ויטול מעותיו כנ"ל. דהא לא נחית הבעה"ת שם גבי יורשים משום טוענין ליורש רק משום דלא ה"ל למידע כנ"ל. ונלע"ד לתרץ ע"פ מש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק י"ד בשם הסמ"ע דאם הלוה טוען ברי שאתה מכרת המשכון וקבלת דמיו אין המלוה נאמן בשבועה שנאנס ולהוציא מהלוה אף היכא שאין להלוה מיגו והש"ך חולק עליו והעלה דדוקא בדאית להלוה מיגו נאמן הלוה אבל במקום שאין לו מיגו אף שטוען ברי אין הלוה נאמן והמלוה נשבע ונוטל וכתב כן בשם בעה"ת ע"ש. והאו"ת הקשה על סברת הש"ך הנ"ל. והנתיבות ס"ק יו"ד ביאר היטב לסברת הש"ך דהוא משום דחוב יש לי בידך טענה גרועה היא ואחזוקי

אינשי בגזלנותא ובפושעים לא מחזקינן ע"כ אין הלוה נאמן אף בטענת ברי כ"ז דלית ליה מיגו ע"ש. וכ"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קכ"ו בשם בעה"ת שכ"כ להדיא. א"כ לפ"ז אתי שפיר בפשיטות הא דישבע ויטול מעותיו משום דאין זה משום א"י א"פ רק דאף אם הלוה טוען ברי ג"כ אינו נאמן משום סברת הבעה"ת שכתב הש"ך לבארו כפי שכתב הנתיבות משום דזהו טענה גרוע. ולכן שפיר כתב הבעה"ת דהיכא דלא הל"ל פטור בא"י א"פ ואינו קשה עליו מהא דאמרו בגמ' דישבע ויטול לפי דאזיל הבעה"ת לשיטתו דס"ל דכ"ז דאין להלוה מיגו אינו נאמן לומר מכרת להמשכון או פשעת בלא מיגו משום דה"ל טענה גרוע וכמש"כ הנתיבות: ענף יא:

אך עיקר דברי הבעה"ת והש"ך דס"ל דאם אין להלוה מיגו אינו נאמן לומר פשעת או דמכרתו כו'. נלע"ד לדון בזה דלשיטת התוס' בב"ב (דף ע') וכמה פוסקים דס"ל דנאנסו לא שכיח וכמבואר בסי' ק"ח א"כ אדרבה טענת פשעת או שמכרת והוא ברשותו וכה"ג זהו טענה מעלייתא דהא טענת נאנסו הוי טענה גרוע דלא שכיח ע"כ הדעת נותנת דאין המלוה נאמן לומר נאנסו ולהוציא ממון בטענה שהוא נגד הרוב רק אם הלוה טוען שמא אז שפיר אמרו דהמלוה נאמן משום מעלת טענת ברי וצירוף חזקת חיוב כנ"ל. והא שכתב הבעה"ת והש"ך דנאמן המלוה לומר נאנסו אף שהלוה טוען ברי להכחישו י"ל דאזלי לשיטתם דלקמן סי' ק"ח ש"ך ס"ק ח' הכריע דטענת נאנסו הוא מידי דשכיח והביא כן בשם בעה"ת ע"ש. [ואף שיש לומר דלכן ס"ל להבעה"ת שם דטוענין ליתמי נאנסו משום דס"ל דאף מידי דלא שכיח טענינן ליתמי כמבואר בש"ך שם. מ"מ כיון דאין הכרע לדברי התוס' בב"ב שהוכיחו מזה דנאנסו לא שכיח לשיטתו. ע"כ י"ל דס"ל להבעה"ת גם בזה כדברי הש"ך דס"ל דנאנסו שכיח. וי"ל טעמו ג"כ כסברת הנתיבות דסי' ע"ב הנ"ל דחשש פשיעה וחשש שמא הוא ברשותו הוי חשש רחוק לפי דאחזוקי אינשי בגזלנותא ובפושעים לא מחזקינן ע"כ יותר יש לומר דנאנסו. וחשש גניבה הא כתבתי לעיל מה דיש לדון בזה ע"פ דברי הש"ך בסי' קכ"א ס"ק ס"א וקצרתי בכ"ז ואין ספר בעה"ת ת"י]. אבל לשיטת התוס' וש"פ דס"ל דנאנסו לא שכיח הדעת נוטה כשיטת הסמ"ע דאם טוען הלוה ברי שפשע וכה"ג דנאמן אף בלא מיגו. ולפ"ז מוכח דהא דאמרו ישבע המלוה ויטול דהטעם הוא דה"ל כא"י א"פ א"כ מוכח מזה לשיטתם דאף היכא דהוי שמא טוב דלא הל"ל ג"כ חייב משום א"י א"פ כיון דהמלוה טוען ברי:

ויש לומר דעיקר הך מילתא תלוי בהנך שני תירוצים דכתובות (דף י"ב) דלל"ק דאמרו עד כאן לא קאמר ר"ג אלא דאיכא מיגו א"כ היכא דליכא מיגו להמלוה אף דיש אוקי אחזקת חיוב אין מוציאין ממון כיון דלא הוי שמא גרוע. אבל למאי דקאמרי שם א"נ עד

כאן לא קאמר ר"ג אלא דאמרינן אוקי אחזקה כו'. א"כ ה"ה בכל מקום דאיכא חזקת חיוב מוציאין ממון ע"י ברי ושמא. ובאה"ע סי' ס"ח בב"ש ס"ק כ"ב כתב דהרמב"ם והטור והש"ג כתבו הטעם הראשון כדי לחוש לתי' הראשון ועיין בהפלאה לק"א שם. ועכ"ז שפיר כתבתי לעיל דהרמב"ם ס"ל דא"י א"פ חייב אף היכא דלא הל"ל משום דיש לחלק דשא"ה דהוי חזקה דאיתרעי עכשיו לפנינו כיון דנמצאת בעולה א"כ יש לדון בזה חזקה דהשתא וכעין דאמרו גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר דה"ל תרתי לריעותא חזקת טומאה והרי חסר לפניך וה"ה התם חזקת ממונא והרי ריעותא דבעולה לפניך. ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח וקצרתי. ולקמן סי' צ"א ש"ך ס"ק י"ב הביא בשם בעה"ת שכתב דחנוני נוטל מן הדין ע"פ סוגיא דכתובות (דף י"ב) דברי וחזקת הגוף מוציא מהמוחזק א"כ ה"ה התם בחנוני דיש שם חזקה שליח עושה שליחותו וכן הכריע הש"ך. וחזינן דשיטת הבעה"ת הוא כהך תירוץ בתרא של הסוגיא דכתובות דעיקר הטעם דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי משום דאוקי אחזקה. א"כ לפ"ז ה"ה בא"י א"פ אף בשמא טוב של הלוה ג"כ הדין נותן דיהיה חייב משום אוקי אחזקת חיוב ומעלת ברי של המלוה. ולכאורה יש להקשות לפמש"כ הש"ך בסי' צ"א שם דכן הוא שיטת הבעה"ת שקיבל תשובת הרב ר' יוסף אבן פלאט דשם דהיכא דיש אוקי אחזקה מוציאין ממון ע"י ברי ושמא א"כ אמאי פסק הבעה"ת דא"י א"פ היכא דלא הל"ל פטור כמש"כ לעיל בשמו וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ס"ט בשם הבעה"ת שהובא באו"ת סי' ע"ה ס"ק כ"ב שכתב דלכן יורשים פטורים אם אומרים שמא פרע אביהם משום דאינו דומה לא"י א"פ דהלוה עצמו דה"ל למידע משא"כ יורשים דלא ה"ל למידע ע"ש. אבל באמת אינו קשה די"ל דס"ל להבעה"ת לחלק דשאני הא דכתובות (דף י"ב) דחזקת הגוף מסייע לה וכמו שכתבו התוס' בכתובות (דף ע"ה ע"ב) ד"ה אבל היכא כו' בסה"ד דחזקת פנוי' לא חשיבא כלל חזקה לגבי חזקת הגוף עכ"ל. ע"כ בחזקת הגוף דהוי חזקה אלימתא בזה מצינו דאמרו דיש לה כח להוציא מהמוחזק ע"י מעלת ברי ושמא. אבל בחזקת חיוב דלא הוי חזקה אלימתא ובפרט לפמש"כ הט"ז ביו"ד סי' שצ"ז בשם הטור ח"מ סי' ס"ה שכתב דאין לומר העמד השטר על חזקתו שלא נפרע לפי שהשטר עומד ליפרע כו' והוי בגדר חזקה העשויה להשתנות וסברא זה מגרע החזקה ע"ש בט"ז. וכעין זה כתב הנו"ב במ"ק ח' יו"ד סי' ו' דחזקת פנוי' לא הוי חזקה אלימתא דכל הפנויות עומדות להתקדש ע"ש. וכן מורה לשון הבעה"ת שהובא בסי' צ"א בש"ך ס"ק י"ב הנ"ל שכתב דטעמא דכתובות משום דאיכא התם חזקה דגופא בהדי ברי ושמא. הרי דמדייק הלשון דשא"ה דיש שם מעלת חזקת הגוף וכנ"ל וה"ה חזקה שליח כו' הוי ג"כ חזקה מעלייתא כמבואר

בכ"ד דכח חזקה עדיפא ממעלת אוקי אחזקה משום דמעלת חזקה הוא חזקה המבררת מצד עצמה ע"פ סברא ואלו מעלת אוקי אחזקה אינו רק מצד גזה"כ כמש"כ במק"א. והבעה"ת דס"ל דחזקה שליח כו' היא חזקה מעליא ככל החזקות שפיר יליף זה מצד כש"כ מהא דכתובות וא"ש דברי בעה"ת:

ענף יב:

וכעין זה יש להעיר לפמש"כ הב"ש באה"ע סי' ס"ח ס"ק כ"ב דהרמב"ם והטור כתבו הטעם הראשון כדי לחוש לתי' הראשון עכ"ל. א"כ לפ"ז נראה לכאורה לדון דהרמב"ם והטור דס"ל דמעלת אוקי אחזקה אין לו כח להוציא ממון אף בברי ושמא אלא דוקא היכא דאיכא מיגו להתובע א"כ לפ"ז בכל א"י א"פ היכא דלא הל"ל הדין נותן לכאורה דאין מוציאין מהמוחזק לשיטת הרמב"ם והטור הנ"ל. אבל באמת ז"א דכבר נתבאר בספרי נחל יצחק סי' ס"ט דלשיטת הרמב"ם ה' סוטה דכתב בהנך חמש נשים דאינן נאמנות להפסיד כתובה דנוטלת כתובה דהטעם הוא משום דה"ל א"י א"פ הרי דאף במקום דלא הל"ל ג"כ חייב. ועיין בקצה"ח סי' ע"ה ס"ק ט"ז שכתב דלשיטת הרמב"ם הטעם הוא דיורשים פטורים בא"י א"פ משום דטענינן להו ע"כ אין ללמוד לכל א"י א"פ היכא דלא ה"ל למידע מן יורשים וי"ל דאף בלא הל"ל ס"ל להרמב"ם דחייב עכ"ל הקצה"ח. ולפמש"כ בספרי הנ"ל הוא מוכרע בוודאי דהרמב"ם ס"ל כן. וכן מוכח מן הטור דז"ל הטור בח"מ סי' ע"ה סעי' י"ט דאם תבע ליורש ואמר אני יודע שאבי חייב לך וא"י אם פרעך פטור כיון שאם היה קיים היה יכול לומר פרעתי אנן נמי טענינן ליורש שאביו פרע כו' שאם טען היורש א"י אם לוה אע"פ שע"א מעיד שלוה ובלוה עצמו ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם זהו דוקא בבע"ד שהיה לו לידע אבל ביורש לא ה"ל לידע כו' עכ"ל הטור. והנה בא"י א"פ של יורשים כתב הטעם דפטורים משום דטענינן להו. ובענין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ביורשים כתב הטעם דפטורים משום דלא הל"ל וכשיטת התוס' והרא"ש. ולא כתב טעם א' לשניהם י"ל בכוונתו דס"ל כשיטת התוס' והרא"ש דכתבו למילף לכל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם היכא דלא הל"ל דפטור מהא דשבועות ה' בין שניהם ולא בין היורשים כמבואר בארוכה שיטתם בסי' ע"ב ש"ך ס"ק נ"א. ולא ס"ל לסברת הרמב"ם שכתב הש"ך שם דהטעם הוא משום דטענינן ליורש משום די"ל דס"ל דלא שייך לומר טוענין להו היכא שגם אביהם לא היה נאמן בלא שד"א והדין הוא בשד"א דנחתינן לנכסי אם אינו נשבע וה"ה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בלוה עצמו ע"כ אין הסברא נותן דטענינן להו בכה"ג אף דקיי"ל דטוענין ליורש וכמש"כ הרא"ש רפ"ב דכתובות. לכן

כתב הטור הטעם דלא אמרינן ביורש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דטענינן להו כמש"כ שם גבי א"י א"פ משום דס"ל כנ"ל. ובריש שם גבי טענת יורשים א"י א"פ אבינו כתב הטעם דטוענין להו ולא כתב טעם אחד לזה כמש"כ שם תיכף אח"ז גבי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דפטירי משום דלא הל"ל. א"כ אי נימא דהטור ס"ל בכל א"י א"פ דהיכא דלא הל"ל דפטור א"כ ה"ל להטור לכתוב טעם אחד על א"י א"פ דיורשים וכן על מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דיורשים דפטורים בכל זה הכל מחד טעמא דלא הל"ל. ומדחלק אותם לשני טעמים דבא"י א"פ דיורשים כתב הטעם דטוענין להו ובמחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דידהו כתב הטעם דלא הל"ל א"כ מוכח דהטור ס"ל דה"ה בכל א"י אף במקום דלא הל"ל ג"כ חייב אלא ביורשים פטירי דטענינן להו. וראיתי בפני יהושע לב"ק (דף קי"ב) ברש"י ד"ה משום דאין אנו יודעים דאף ביורש חייב בא"י א"פ. וזה ליתא כמבואר בטוש"ע סי' ע"ה והעיקר כמש"כ שם בתי' שני ע"ש וכש"כ לפי מש"כ הרא"ש שם ועיין בסי' שס"א:

וכן כתבתי בספרי נחל יצחק סי' ס"ט הנ"ל ענף ז' להוכיח כן מן טור אה"ע סי' קע"ח דכתב בהנך חמש נשים דאינן נאמנות דנוטלת כתובתה דמוכרח דס"ל להטור בכל א"י א"פ אף במקום דלא הל"ל חייב. ומכל הנ"ל מוכח דלא כמש"כ הקצה"ח סי' ע"ה ס"ק ט"ז דלשיטת התוס' והרא"ש דבכל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם פטירי היכא דלא הל"ל דה"ה בא"י א"פ בלוה עצמו היכא דלא הל"ל. ובאמת ז"א דהא חזינן דהטור ס"ל במחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם של היורשים דפטירי משום דלא הל"ל ואפ"ה בא"י א"פ של היורשים כתב טעם אחר א"כ מוכח דלא תליא הך דין דא"י א"פ בהך דין דמתוך שאינו יכול להשבע משלם דאף דנימא דהיכא דלא הל"ל לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מ"מ לענין א"י א"פ מחייבינן משום ברי וחזקת חיוב ובפרט דנתבאר דכן מוכח מן הטור באה"ע סי' קע"ח. ונתבאר דהרמב"ם והטור ס"ל דא"י א"פ חייב אף היכא דלא הל"ל וע"כ מוכח דהא דס"ל להו דהעיקר כתירוץ קמא של הסוגיא דכתובות (ד' י"ב) כמש"כ הב"ש. דהטעם הוא כמש"כ לעיל דאין זה הכרח כלל לנ"ד דשא"ה דהוי חזקה דאיתרעי אבל היכא דה"ל חזקה דלא איתרעי שפיר י"ל דס"ל דמוציאין ממון ע"י ברי ושמא וחזקת חיוב אף במקום דלא הל"ל. [ודברי מהראנ"ח דהובא בקצה"ח שם ובמל"מ פ"ד ה' שאלה יש לדון בהם לפ"ז ואין ת"י ספר הנ"ל]. וכן נתבאר לעיל דלשיטת הסוברים דנאנסו לא שכיח דלפ"ז מוכח מהא דב"מ (דף פ"א) דישבע ויטול מעותיו דא"י א"פ אף במקום דלא הל"ל חייב דאל"כ אמאי נאמן להוציא דאין לומר כשיטת הש"ך סי' ע"ב ס"ק י"ד דטענת פשיעה או שמא ברשותו הוי טענה

גרוע וא"נ בלא מיגו. דזה אינו דיותר יש לומר דהחפץ הוא ברשותו או שפשע משום דטענתו דנאנסו הוא מידי דלא שכיח ולכן קרוב ביותר לחוש שמא הוא ברשותו ועיין בש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ד שיטת הראב"ד שם. ובסי' רצ"ד סעי' ב' וקצרתי. ובלא"ה דברי הש"ך סי' ע"ב ס"ק י"ד הנ"ל אינם ברורים וכמש"כ האו"ת שם. ובפירוש מבואר בטור סי' ע"ב ובמחבר סי' ע"ב סעיף י"ד דלכן נשבע המלוה שנאנס וגובה חובו שהרי ה"ל כהלויתני וא"י אם החזרתי לך. הרי להדיא דאף במקום דלא הל"ל ג"כ חייב משום א"י א"פ דלא אתו עלה רק מטעם זה. ובאמת לולי דבריהם היה מקום לומר דלכן נאמן המלוה בשבועה שנאנס משום דה"ל כהתנה שיהיה נאמן בשבועה דאל"כ לעולם יהי' הלוה פטור כשיהיה אונס משום דנימא המע"ה דלא שייך לומר דלא יהי' המלוה נאמן בזה דמה יעשה כשיארע אונס ובאמת הא לא קיבל המלוה עליו אחריות אונסין. אבל באמת זה אינו ברור ולכן לא כתבו טעם זה רק דאתו עלה משום א"י א"פ וכיון דהטור והמחבר בש"ע כתבו כן להדיא לכן כן נקטינן לדינא ובכל מקום לדברי הש"ע אנו שומעין. ובפרט דנתבאר דכן הוא שיטת הטור בסי' ע"ה והרמב"ם ולשיטת הסוברים דנאנסו לא שכיח כנ"ל ג"כ מוכח כן. וכן ראיתי באו"ת ס"ק כ"ב שהביא ראיה זו אך שקיצר בזה ולא העיר כלל במה שיש להוכיח כן מב"מ (דף פ"א) דאמרו ישבע ויטול מעותיו ובפרט לפמש"כ האו"ת עצמו בסי' ע"ב ס"ק ט' להשיג על הש"ך שם ס"ק י"ד דאף בלא מיגו נאמן הלוה דפשע או מכרו ע"ש:

ענף יג:

כל זה כתבתי מכבר וכעת ראיתי דיש לדחות למה שכתבתי להוכיח כן מהא דב"מ (דף פ"א) ושבועות (דף מ"ג) דישבע ויטול מעותיו. דיש לומר דהטעם הוא ע"פ מש"כ בחידושי לסי' צ"א סעי' א' לבאר להא דב"מ (דף נ"ח) דבני העיר ששלחו שקליהן ונגנבו נשבעין שנאנסו ליטול שכרן דלכאורה ה"ל כא"י אם נתחייבתי רק דעיקר נאמנות שלהן הוא משום דה"ל כעין תקנת חנוני דנשבע ונוטל כמבואר בסי' צ"א דלרוב פוסקים הוא מצד התקנה ולא מדינא ואף להסוברים דחנוני נוטל הוא מדינא הא לפמש"כ הש"ך בסי' צ"א ס"ק י"ב טעם הראשון דסוף סוף תיפוק לי' האי מנה מרשותו ע"ש. א"כ זה הטעם לא שייך בהנך שלוחים ועכ"פ חזינן דשומרים נאמנים לומר ששמרו כראוי ונאנסו ויטלו שכרן ואף דנאנסו לא שכיח עכ"ז נאמן מצד יורד ברשות דהוציא טרחתו ע"פ. א"כ ה"ה במלוה על המשכון נאמן מה"ט לומר שנאנס המשכון כיון דהוציא מעות הלואה ע"פ ואינו על המשכון רק דין ש"ש ופטור מאונסין ע"כ כמו דש"ש נאמן לתבוע שכרו ולומר שנאנס ה"ה מלוה על המשכון נאמן לומר שנאנס ולתבוע דמי הלוואתו ג"כ מצד התקנה

כמו בחנוני ויורד ברשות. ע"כ אינו ראיה מהא דב"מ להוכיח דא"י א"פ חייב במקום דלא הל"ל. אכן מן דברי הטור והש"ע דסי' ע"ב סעי' י"ד שכתבו הטעם דלכן נאמן לומר שנאנס והלוה חייב משום דה"ל כאיני יודע אם החזרתי א"כ מוכח דס"ל להטוש"ע דאף במקום דלא הל"ל ג"כ חייב. והא דלא כתבו הטוש"ע הטעם דה"ל כחנוני י"ל דכיון דחנוני אינו נוטל מדינא לשיטת כמה פוסקים וכנ"ל ע"כ כתבו ה"ט דה"ל כא"י א"פ דיהיה חייב מדינא ויש נפ"מ טובא ביניהם:

והאו"ת שם ס"ק כ"ב הביא ראי' מהתוס' כתובות (דף ט' ע"ב) ד"ה אי למיתב לה כתובה כו' שהקשו עלה דלקמן (דף י"ב) דלא כי עד שלא ארסתיך והי' מקחי מק"ט דאמרו בדף י"א דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה מנה הא יש להסתפק דילמא זינתה ברצון והוכיחו מזה דשאני היכא דה"ל ס"ס. והקשה האו"ת דהא ה"ל כא"י א"פ. והוכיח דהתוס' ס"ל דכיון דלא הל"ל פטור. וראיתי בבית מאיר סי' קע"ח דתירץ קושייתו ע"פ מה דאי' לקמן בכתובות (דף מ"ד) דאם כלל הכתובה מן הנישואין אינה גובה רק מעת הנישואין דאחלי' לשעבודא דקמא א"כ בכה"ג לא שייך לדון לא"י א"פ דלא הוי התם חזקת חיוב ע"ש. אבל באמת ז"א דכיון דע"י מה דנימא דמחלה לשעבוד קמא לא יהא לה חוב כתובה כלל א"כ ממילא לא מחלה לאורועי זכותה לגמרי וקצרתי. והעיקר מה שנלע"ד דזה אינו קשה כלל לפי דהא עיקר קושיות התוס' הוא על מה דקאמר שם ר' יהושע דה"ז בחזקת בעולה עד שלא תתארס והטעתו עד שתביא ראי' לדברי' וכיון דנימא דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה מנה א"כ לדברי ר' יהושע דס"ל דה"ז בחזקת בעולה מקודם אירוסין יש לה מנה ותקשה ע"ז דאמאי יש לה מנה הא יש להסתפק דילמא זינתה ברצון ולית לה כלל ואין לומר דחייב מנה משום א"י א"פ. דז"א דהנה באמת עיקר החיוב דא"י א"פ במקום דלא הל"ל זהו ע"פ מה דאמרו בכתובות (דף י"ב) בשינויא בתרא דעד כאן לא קאמר ר"ג התם אלא משום דאוקי אחזקה. והעיקר כהך שינויא בתרא כמש"כ הרי"ף שם לדינא כן וכמש"כ התוס' שם בד"ה אלא דאיכא מיגו כו' דהאי שינויא לא אתיא לר' יוחנן כו' וכמ"ש שם הפני יהושע בכוונתם דהעיקר כשינויא בתרא ע"ש. א"כ לפ"ז ה"ה בכל א"י א"פ אף דלא הל"ל מ"מ כיון דאיכא חזקת חיוב ובצירוף מעלת ברי ושמא מוציאין ממון למה דקיי"ל הלכתא כר"ג דשם דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי דעיקר הטעם הוא משום מעלת אוקי אחזקה בצירוף מעלת ברי כנ"ל:

אבל לר' יהושע דס"ל התם דאינה נאמנת לומר משארסתני נאנסתי אלא ה"ה בחזקת בעולה עד שלא תתארס כו'. אף דאיכא מעלת אוקי אחזקת הגוף במעלת ברי משום דס"ל

דמעלת מוחזק בהממון עדיף. ע"כ ממילא ה"ה דלשיטתו אינו מועיל מעלת חזקת חיוב במעלת ברי להוציא ממוחזק וע"כ לשיטתו בכל א"י א"פ במקום דלא ה"ל למידע אין לנו כח להוציא עי"ז מהמוחזק רק היכא דה"ל להלוה למידע שאני. לכן שפיר הקשו התוס' אליבא דר' יהושע דאמאי אית לה מנה הא יש להסתפק דילמא זינתה ברצון ולדידי' לא שייך לחייבו משום א"י א"פ דעיקרו רק משום אוקי אחזקת חיוב דלא מהני לר' יהושע. לכן עדיין יש לומר דגם התוס' בכתובות (דף ט') הנ"ל ס"ל בכל א"י א"פ אף במקום דלא הל"ל ג"כ חייב משום דנקטינן העיקר כהך שינויא בתרא דמשום אוקי אחזקה אתינן עלה. ומש"כ הב"ש בסי' ס"ח ס"ק כ"ב דהרמב"ם והטור חשו לתירוץ הראשון דשם עיין בהפלאה לק"א שם ס"ק ט"ז שכתב דאין זה הכרח כלל בדבריהם ע"ש. לכן נדחה הוכחת האו"ת מן התוס' הנ"ל וי"ל דגם התוס' ס"ל דאין לחלק ולעולם חייב א"י א"פ אף היכא דלא הל"ל לדידן דקיי"ל כר"ג דכתובות. וע"כ אין מקום להוכחת האו"ת מהתוס' כתובות (דף ט') הנ"ל. ומה שהוכיח האו"ת מתוס' שבועות (דף מ"ה) אין זה הוכחה די"ל דבקושיתם היה ס"ל דיש לחלק דשאני היכא דל"ש לומר דהל"ל אבל בסוף דמסקי דהחיוב הוא משום א"י א"פ באמת מוכח מזה דאין לחלק ואף היכא דל"ש לומר דהל"ל ג"כ חייב ואדרבה הוי סייעתא לדברינו:

וכן מוכח מן הנימוקי יוסף בשם הרא"ה ר"פ הגוזל שכתב השואל חמור לרכוב עליו שלוחו ומתה בדרך והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכה כיון דאינו חייב באונסין רק משעת אונסים ה"ל כא"י א"נ. משמע דאם הי' דינו כא"י א"פ הי' חייב מטעם זה אף דהוי שמא טוב דהא לא הל"ל. והתם לא שייך סברת הנתיבות דכתב דכיון דהוי ע"י פשיעת הבע"ד הוי דינו כמו הל"ל דהא נתן לו רשות ליתן לשלוחו ואפ"ה קאמר כן וראי' זו כתב האו"ת ג"כ. וכן מוכח מן הישו"ש שם שהובא בש"ך סי' רצ"א ס"ק מ"ד שכתב דאם תבעו ברי ה"ל דינו כמו א"י א"פ וחייב וכן מוכח מן הש"ך שם שכתב ג"כ דה"ל דינו כמו א"י א"פ וחייב רק דמסיק דחייב ג"כ משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ונפ"מ דאף אם אין המשאיל תובע בברי ג"כ חייב מטעם זה אבל בתבעו בברי ס"ל דחייב משום א"י א"פ אף דלא הל"ל. ועיין בנתיבות שם. וכן מוכח מהרשב"א גיטין (דף ע"ח) שהובא לעיל שכתב דהספק קרוב להמלוה או להלוה ע"י שני כתי עדים ה"ל דינו כמו א"י א"פ רק דמחלק כנ"ל. הרי דס"ל דאף היכא דלא שייך לומר דהלוה פשע דהל"ל מ"מ חייב משום א"י א"פ רק מה דהוכיח המל"מ מהרשב"א הנ"ל דאף בטענו שניהם ספק חייב בא"י א"פ היכא דלא הל"ל זה נתבאר לעיל דאינו מוכח כן. אבל זה בוודאי מוכח דאף היכא דלא הל"ל כשטענו ברי או מחמת מעלת חזקת מ"ק דה"ל כמו מעלת ברי

כנ"ל דחייב. א"כ נתבאר דהרמב"ם והטור בסי' ע"ב סעי' ט' ובסי' ע"ה סעי' י"ט כנ"ל והמחבר בסי' ע"ב סעי' י"ד והרשב"א גיטין (דף ע"ח) והנמוקי יוסף והרא"ה ר"פ הגוזל והיש"ש והש"ך כולהו ס"ל דא"י א"פ חייב אף היכא דלא הל"ל. רק הבעה"ת והרדב"ז ח"ד סי' ס"ט ס"ל דפטור א"כ יש רוב שיטות הראשונים דס"ל דחייב היכא דלא הל"ל והא קיי"ל דאזלינן בתר רובא דמינכר אף להוציא ממון ובפרט דכבר הוקבע בש"ע סי' ע"ב סעי' י"ד להדיא כן. וידוע דאין לומר קים לי נגד השו"ע כמבואר בחות יאיר ובאו"ת בכללי תפיסה סי' קכ"ד ובקונטרס הספיקות של אחי הקצה"ח סי' ו' ובנתיבות סי' כ"ה בחידושים ס"ק כ' ובשארי אחרונים. והאו"ת דהעלה דהך דינא הוי ספיקא דדינא ויכול לומר קים לי כדעת התוס' דא"י א"פ פטור במקום דלא הנ"ל ע"ש אכן לפי מש"כ דאין ראיה מהתוס' כתובות (דף ט') וכן אין ראי' מהתוס' סוטה (דף כ"ה) ע"כ אין שייך לומר קים לי כדעת בעה"ת לבד שהוא אחד מן הראשונים הנ"ל וזה הוא נגד דברי הש"ע ע"כ העיקר לדעתי דא"י א"פ חייב לעולם אף במקום דלא הל"ל:

ענף יד:

וראיתי בעיר שושן סי' ע"ה סעי' ט' שכתב דא"י א"פ חייב לשלם כו' דכיון שיודע שהלוהו ה"ל למרמי אנפשי' אם החזירו אם לאו כו' עכ"ל. לפ"ז מוכח דס"ל להע"ש כהבעה"ת דדוקא היכא דהל"ל חייב אבל היכא דלא הל"ל פטור א"י א"פ. אבל באמת אין זה מוכרח בכוונת הע"ש דזה לשון הע"ש דא"י א"פ חייב לשלם ואין התובע צריך לישבע אפילו שבועת היסת דכיון שיודע שהלוהו ה"ל למרמי אנפשי' אם החזירו אם לאו עכ"ל. ויש לומר דלכן כתב טעם זה משום דקאי על מש"כ דאין התובע צריך לישבע ש"ה. על זה מפרש הטעם משום דטענת הלוה היא טענה גרוע דה"ל למרמי אנפשי' ע"כ אין מקום לחשוד את המלוה ולהשביעו ש"ה. אבל היכא דלא הל"ל בזה יש לדון דאף דטוען הלוה טענת ספק מ"מ ישבע המלוה ש"ה כדמצינו בש"ך סי' קמ"ו ס"ק ה' דליטול נשבעין אף על טענת שמא כמו דמבואר בתשובת מיימוני כו'. וביותר מצינו כעין זה בח"מ סי' רכ"ד סעי' א' גבי הא דס"פ המדיר דכאן נמצא כאן הי' דמה"ט כל מי שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראי' דכתב הרמ"א שם בשם המרדכי פ"ז דכתובות דאם אינו מביא ראי' ישבע המוכר שלא ידע המומין ופטור וה"ה שלא ידע ממיתה כדמצינו בכמה דוכתי דהיכא דלהתובע הל"ל ולהנתבע לא הל"ל אין ליטול בלא שבועה כמו המכיר כליו וחנוני על פנקסו ומוציא הוצאות וכהנה רבות כו' ע"ש. א"כ לפ"ז יש לדון דה"ה בהא דכתובות (דף י"ב) דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי דקיי"ל דנאמנת י"ל דצריכה שבועה כיון דבאה ליטול וכמו הא דס"פ המדיר וסי' רכ"ד הנ"ל וכש"כ לפמש"כ ההפלאה בק"א לאה"ע

סי' ס"ח ס"ק ט"ז דעיקר הטעם התם ע"פ הא דסי' קי"ז דטעמא דחזקה עיקר ע"כ י"ל דמה"ט צריכה שבועה כמו בסי' רכ"ד הנ"ל וכן ראיתי בפתחי תשובה לאה"ע סי' ס"ח ס"ק ט' שהביא בשם גליון ש"ע דהגר"ע זצ"ל שכתב בשם בעה"ת דהך נאמנת דאמר ר"ג בכתובות (דף י"ב) צריכה שבועה עכ"ל. ולפמש"כ יש גם מקור לזה מהא דכתב המרדכי בפ"ז דכתובות וסי' רכ"ד הנ"ל:

ועפ"ז יש לפרש למה שכתב הב"ש בסי' ס"ח ס"ק כ"ב דהרמב"ם והטור כתבו הטעם הראשון דגמ' שם דמשום דאית לה מיגו נאמנת. וי"ל דבאמת גם היכא דלית לה מיגו נאמנת משום מעלת ברי ואוקי אחזקה רק דלטעם זה צריכה שבועה כמו בהא דס"פ המדיר הנ"ל אבל משום מעלת מיגו לצירוף מעלת ברי ואוקי אחזקה פטורה משבועה כמו שכתב הש"ך כעין זה בסי' פ"ט ס"ק י' דהיכא שהיה לו ליטול אף בלא טעם של המיגו ע"כ בכה"ג מהני מיגו לפוטרו משבועה ואכמ"ל. ולכן כתבו בסי' ס"ח באה"ע שם סעי' ט' דנאמנת בלא שבועה משום דמיירי שם באופן דיש לה מיגו אבל היכא דאין לה מיגו יש לומר דאף דנאמנת מ"מ צריכה שבועה כמו הא דסי' רכ"ד. וכן מצינו בח"מ סי' קכ"א סעי' ד' דיש מי שהורה שישבע ואח"כ יטול כדין כל הנשבעין ונוטלים וכמש"כ הכ"מ והובא בבאר הגולה שם. [וגם מהתם יש להוכיח דא"י א"פ חייב אף במקום דלא הל"ל דהא הלוה שטוען איני יודע אם הוא כת"י המלוה דחייב משום א"י א"פ כמש"כ הש"ך בסי' קכ"א שם ס"ק כ"א בשם הכ"מ הא לא פשע כלל ולא הל"ל וע"כ אף לסברת הנתיבות בסי' ע"ה ס"ק ה' דשאני בחנוני ופועלים דפשעו הא זה לא שייך התם ואפ"ה חייב משום א"י א"פ. אך ראיתי באו"ת סי' קכ"א באורים ס"ק י"ד דכתב דהתם ג"כ י"ל דה"ל להלוה לדייק אם הוא כת"י ממש טרם דפרעו ונדחה זה] ולכן הכא דמבואר דאם הלוה א"י א"פ א"צ המלוה שבועה לכך כתב העיר שושן דמה"ט א"צ שבועה לפי דה"ל להלוה למירמי אנפשי'. ומדוקדק לשון הע"ש לפ"ז דכתב ה"ט לאחר שכתב דא"צ שבועה אבל היכא דלא הל"ל י"ל דנאמן ג"כ התובע משום מעלת ברי ואוקי אחזקה רק דצריך שבועה כמו הא דסי' רכ"ד וכמו דמצינו כמה נוטלין דצריך שבועה כנ"ל. [ועיין בסי' קכ"א סעי' י' דאם אין השליח בפנינו להכחישו א"צ המלוה שבועה ג"כ הוא מטעם דה"ל א"י א"פ שבא ע"י פשיעת הלוה כסברת הנתיבות בסי' ע"ה ס"ק ה' גבי חנוני ופועלים כנ"ל]. א"כ אין ראי' מן העיר שושן דיהי' ס"ל דאם הוא במקום דלא הל"ל יהא פטור די"ל דנפ"מ הוא רק לענין שבועה. וכן מצינו להעיר שושן בסי' ע"ב סעיף י"ד שכתב ג"כ להך דין דש"ע שם דהלוה חייב כשטוען המלוה דנאנס המשכון משום דה"ל כא"י א"פ כנ"ל דמזה מוכח דבכל גווני חייב הלוה. ונתבאר דאף

דאמרינן דאף במקום דלא הל"ל חייב בא"י א"פ ולא מחלקינן ביניהם מ"מ לענין שישבע המלוה שפיר יש לחלק ביניהם דהא שיטת שערי רב אלפס והובא בש"ך ס"ק כ"ט דכל א"י א"פ צריך המלוה לישבע ואף דלא קיי"ל כן מ"מ י"ל דזהו בהל"ל וכמש"כ הע"ש. אבל היכא דהוי שמא טוב בזה יש לדון דצריך המלוה שבועה כמו כל נוטלין כנ"ל כיון דלא ריע טענת שמא דהלוה והא דפועלין דסי' צ"א סעי' ב' דא"צ שבועה הטעם הוא כמש"כ הנתיבות דכיון דפשע הבעה"ב במה שמסר הפרעון שלהם ע"י החנוני ע"כ הוי דינו כמו כל א"י א"פ במקום דהל"ל דריע טענת שמא של הלוה ובכהאי גוונא לא תקנו שבועה על טענת שמא אף דבא ליטול כן נלע"ד להוכיח מדברי העיר שושן:

היוצא לנו מכל זה דהיכא דאין התובע תובעו ברי אף דהספק בפרעון במקום דלא ה"ל להמלוה למידע מ"מ פטור הלוה ולא מהני בזה תפיסת המלוה לומר קים לי כהרשב"א דהא נתבאר דאין הכרח מהרשב"א להוכיח דין מחודש זה. וכן נתבאר במה דמבואר בסי' צ"א סעי' ב' אם מתו הפועלים והיורשים תובעים דאם אומרים היורשים דאמר להם אביהם דלא נפרע יש לדון דהבעה"ב חייב משום דזה מקרי ברי כיון דלפי דבריהם דא"ל אביהם כן והיה נאמן ע"ז משום מעלת ברי ואוקי אחזקת חיוב. ואף חוץ לב"ד היה נאמן כמו דמצינו כעין זה גבי מי שנאמן משום מיגו דאף חוץ לב"ד יש להאמינו משום זה כמבואר בסי' נ"ו סעיף ו' בשליש הנעשה ע"י שליח כו' וכמש"כ בספרי נחל יצחק שם. וכן מצינו בנאמנות האב על בנו שהוא בכור דכיון דהימניה התורה דנאמן אף שאמר כן חוץ לב"ד ודוקא בעדים בעינן שיעידו בתו"ע בב"ד. א"כ ה"ה הכא דנאמן משום מעלת ברי ואוקי אחזקת חיוב י"ל דנאמן אף שאמר כן חוץ לב"ד וכיון דנאמן להוציא ממון ע"כ הוי א"ל אבא בזה כמו טענת ברי ושאני הך א"ל אבא דח"מ סי' ע"ה דאינו נאמן רק לענין שבועה ע"כ אין דינו כמו טענת ברי. ובעיקר פלוגתת הרמב"ם והרמב"ן שם במתו פועלים דהכריע הש"ך שם ס"ק י' כשיטת הרמב"ן דמוציאין ממנו אף דלכאורה יש לתמוה ע"ז מ"מ בארתי דיש מקום לדבריהם ע"פ דברי רש"י והריטב"א כתובות (דף ל"ו) ואף דהש"ך עצמו כתב להיפך בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב הא כתבתי לחלק דשא"ה לענין שבועה ולא היה לו זכות מעולם להוציא ממון. והא שכתב הש"ך שם ס"ק קמ"ג דאין טוענים ליורשים להחזיק המשכון שת"י דגם זה מקרי להוציא דלא טענינן. יש לחלק דשא"ה דמסופקים בעיקר סך ההלואה כמה היה א"כ לא שייך התם חזקת חיוב כלל אדרבה יש שם חזקת פטור. אבל הכא במתו פועלים דהיה לאביהם חזקת חיוב והיה לו זכות להוציא ממון עי"ז ט"כ בכה"ג ס"ל להש"ך דטענינן ליורש אף להוציא משום דגם זה מקרי כמו להחזיק להחזקת חיוב ולדון שהוא כמו מעיקרא וכמש"כ לעיל בארוכה

ע"כ אין להזניח דברי הראשונים והש"ך דס"ל כן. אך זה אינו רק בתפסו היורשים יכולים לומר קים לי כשיטת הרמב"ן וסייעתו דס"ל דחייב הבעה"ב אבל אם לא תפסו קשה להוציא מהבעה"ב כיון דפשט דברי הרמב"ם והש"ע שם מורין דס"ל דאין להוציא ממון בכה"ג כיון דהיורשים טוענים שמא וגם בכה"ג אמרינן להכלל דאין טוענים להוציא וה"ל ספיקא דדינא ותלוי מי מהם הוא המוחזק:

והיכא דהמלוה טוען שמא על הפרעון וגם הלוה טוען שמא ויש רובא המסייע להתובע בצירוף חזקת חיוב נתבאר לעיל דחייב משום דה"ל בכה"ג כמו ברי וחזקת חיוב דהלוה חייב. וגם נתבאר בכל א"י א"פ דהתובע טוען ברי דאם נולד ספק לפנינו דיש בזה פלוגתא דרבוותא דלשיטת הרשב"א לגיטין (דף ע"ח) הדין הוא דיחלוקו ולשיטת הרמב"ם ה' סוטה הוי דינו כמו כל איני יודע אם פרעתי דחייב בכולו דגם בזה שייך הטעם דמעלת ברי וחזקת חיוב מוציא מן המוחזק ומהני בזה תפיסת המלוה לומר קים לי כהרמב"ם דחייב בכל החוב. ואי נימא כשיטת הרשב"א דס"ל דהיכא דנולד הספק לפנינו אז מיפטר אף א"י א"פ ולפי משכ"כ הקצה"ח בסי' שד"מ ס"ק ג' דיש לדון דבכה"ג מיפטר לגמרי ע"ש. יש מקום לתרץ עפ"ז קושיות הסמ"ע והש"ך בסי' ע"ה סעיף י"ב ס"ק ל"ה דל"ל להעד הא בלא"ה חייב א"י א"פ. משום די"ל דמיירי במקום שנולד ספק פרעון לפנינו דמשום א"י א"פ פטור ואינו חייב רק משום הע"א. ובעיקר דברי האו"ת והמל"מ והנתיבות דכתבו לדון דא"י א"פ במקום דלא הל"ל פטור. הנה לולי דבריהם נראה לענ"ד לדינא דאף במקום דלא הל"ל חייב רק דהיכא דהל"ל פטור המלוה משבועה. ובלא הל"ל חייב המלוה שבועה. והא דפריך הש"ס בשבועות (דף מ"ה) וניתב ליה בלא שבועה י"ל כמש"כ האו"ת בסי' ע"ה ס"ק כ"ב דהך דין דשכיר ה"ל כמו במקום דהל"ל משום דפשע הבעה"ב דה"ל לפרוע בעדים לבל יעשה עול בפועלים כי יודע כי טריד ובקל יטעה עכ"ל האו"ת. [וכן מה שיש להקשות מסוגיא זו על שיטת השערים דס"ל בכל א"י א"פ דחייב המלוה שבועה עיין באו"ת סי' ע"ה ס"ק זיין]. ואף לדעת האו"ת מהני תפיסת המלוה לומר קים לי כהסוברין דאף היכא דלא הל"ל חייב הלוה בא"י א"פ רק דצריך שבועה. ולכאורה יש לסתור למש"כ דצריך שבועה היכא דלא ריע טענת הנתבע אף שטוען שמא מן דברי התוס' שבועות (דף מ"ה ע"א) ד"ה וניתב לי' בל"ש. שכתבו וא"ת לא יהא ברי כו' והניחא למ"ד ברי עדיף כו'. דמשמע דלהך מ"ד נוטל בלא שבועה מן הדין. הרי דלא ס"ל למש"כ דזהו בכלל כל נוטלין דצריך שבועה כמו הך דסי' רכ"ד הנ"ל. אך זה אינו סתירה לדברינו דיש לומר דשא"ה משום תקנת שכיר יש מקום לפטור אותו משבועה וכמש"כ הר"נ שם שהרי נושא נפשו על שכרו וכמה אינשי פרשי אף משבועת אמת ע"ש. רק

דהתוס' ס"ל דאלו היה מקום לומר דע"פ דין אינו נוטל כלל משום דחזקת ממונא עדיף כדקיי"ל ע"כ אין סברא לומר דניתב לי' בל"ש משום תקנת שכיר ולכן לא ס"ל להתוס' לדברי הר"נ דשם והקשו שפיר. אבל אי נימא דנוטל ע"פ דין לכן שפיר י"ל דבשבועה בעלמא דאינו רק מדרבנן בזה תקנו לטובת השכיר דא"צ שבועה. וכבר כתבתי לעיל דהתוס' בקושייתם הי' ס"ל דאפשר לחלק דשאני היכא דלא שייך לומר דהל"ל כמו התם דצווח ואומר פרעתי. ולבסוף דמסקי דהחיוב הוא משום א"י א"פ באמת מוכח מדבריהם דאף במקום דלא הל"ל ג"כ חייב ונדחה הוכחת האו"ת מהתוס' הנ"ל וכמש"כ לעיל. ולפ"ז אין אנו צריכים בזה לסברת האו"ת שנזכר לעיל שכתב דיש לומר התם בשכיר ג"כ י"ל דפשע דה"ל לפרוע בעדים כו'. משום דבלא"ה א"ש כ"ז. ועיין לעיל בחידושי סי' זה סעי' ט':

ואחר כותבי כל הקונטרס הזה ראיתי בספר עזרת נשים בשו"ת ד' קכ"ג שהביא בשם הכנה"ג שכתב בשם הריב"ש סי' רי"א דטענינן ליתמי אף להוציא. וראיתי בהריב"ש שם דמיירי בהחזיק בנעיצת קורות ג' שנים על כותל חבירו דטענינן ליורש דמכר הכותל ע"ש. ומזה אין ראיה כ"כ דטענינן להוציא דהא שם הוי כמו להחזיק וכמו כל קרקע באכילת פירות ג"ש דטוענין ליורש אף דקרקע בחזקת בעליו עומדת מ"מ מקרי לכ"ע כמו להחזיק וטוענין ליורש לכ"ע משום דעכ"פ הוי קצת בשם מוחזקים וה"ה בנעיצת קורות דהוי כמו אכילת פירות של הכותל וכמש"כ הריב"ש שם דהוי בשם מוחזק קצת. אבל היכא דהוי להוציא ממש ואינן מוחזקים היורשים כלל אין הכרע משם דנטעון עבור היורשים להוציא. ואין ת"י ספר כנה"ג לעיין בו. ועיין ב"ב (דף ל"ב ע"ב) תוס' ד"ה והלכתא כוותי' דרבה בארעא כו' דכתבו שם גבי מיגו להוציא דמאן דמחזיק הקרקע הוי כמו מיגו להחזיק אף דקרקע בחזקת בעלי' עומדת מ"מ מקרי גבי זה כמו מיגו להחזיק דעכ"פ הוי בשם מוחזק קצת. וזהו כעין מה שכתבתי בטעמו של הריב"ש. וכבר כתבתי לעיל דהך מילתא אי טענינן להוציא דהש"ך ס"ל בפשיטות דלא טענינן להוציא והארכתי בזה הרבה:

ט (שם סעיף יא):

א"ל חייב אני לך מנה והלה אומר אינך חייב לי פטור כו' דהוי כאלו מחלו:

ענף א:

מקור הדין הוא מן דברי הרא"ש לב"ב פ"ח סי' מ"ס על מה דאמרו בסוגיא שם זה אחי א"נ אי דאמרי לאו אחינו אמאי ירשו כו' מכאן דקדק ר"מ ז"ל אם ראובן אמר לשמעון אני חייב לך מנה ושמעון אומר אינך חייב לי פטור אע"פ שיודע שחייב לו כדאמר

הכא דאע"פ שאומר ראובן לשמעון אחי הוא ויש לך ליטול עמי כו' דהוי כאלו מחל לו כו'. והובא כאן בטור בשם הר"מ מרוטנבורג. ולולי ראייתם מהך דב"ב היה נראה לדון בעיקר הך דינא בתרי הודאות דסתרי אהדדי דזה תלוי בהך דגיטין (ד' מ"ם ע"ב) כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא כתב ונתן לי הודאת בע"ד כמאה עדים ופי' רש"י הודאת בע"ד עבד וכן מקבל מתנה כיון דאמר לא קבלתי נאמן כו' דאמרינן כסבור שקבל זה לידו וכ"כ התוס' שם דבנותן לא אמרינן הכי דכסבור שמקבל מידו וזכה בה והוא לא קבל כו'. וכ"כ הרא"ש שם בזה"ל דהודאת הנותן אינה ברורה כהודאת המקבל כי שמא ציוה לאחר ליתן לו והוא לא נתן. ובחי' הרשב"א שם כתב דלכן מוקמינן השדה בחזקת הנותן משום דהוי תרי הודאות דסתרי אהדדי ממילא הדין הוא ככל ספיקא דשייך לבעל חזקת מ"ק והובא בקצה"ח סי' פ"ח ס"ק ט'. וכ"כ הקצה"ח שם בשם הרמב"ן במלחמות לב"ק ר"פ הפרה דהיכא דז"א חייב אני לך וז"א אינך חייב לי אוקי ממונא בחזקת מרי' והכי אי' בפרק השולח גבי נתתי שדה לפלוני והוא לא נתן וזהו טעמא דס"פ המניח והקצה"ח שם שקיל וטרי עפ"ז במה דטענו חטים והודה בשעורים דפטור. ודברי הרמב"ן הנ"ל הובא במשובב נתיבות בסי' פ"ח ס"ק ד'. וקוטב דבריהם הוא כן דהרמב"ן והרשב"א ס"ל גבי תרי הודאות דסתרי דהוי ספיקא ומעמידין הממון בחזקת המוחזק ובקרקע בחזקת בעלים הראשונים וכן בעבד כמש"כ הקצה"ח שם. ושיטת רש"י והתוס' והרא"ש בגיטין שם דאזלינן בתר הודאת הנותן ולא בתר הודאת המקבל ושם בגיטין גבי כתבתי ונתתי כו' הטעם הוא לפי דבהודאת הנותן יכולים לתלות בטעות דשמא ציוה לאחר ליתן כו' ועיין בט"ז ליו"ד סי' רס"ז ס"ק מ"ג שהסביר זה. וכ"כ הר"ן בגיטין שם בזה"ל דאמרינן טפי במקבל דהודאת בע"ד כמאה עדים ואין אומרים כן על הנותן דשמא הנותן מתוך שקדמה מחשבתו ליתנה הוא סבור שנתנה אע"פ שעדיין לא נתנה והמקבל ידע בדבר יותר ממנו עכ"ל הר"נ:

ולפ"ז יש לדון בנ"ד דאומר לחבירו חייב אני לך מנה והשני אומר אינך חייב לי דלשיטת הרמב"ן והרשב"א דס"ל בגיטין דלכן מוקמינן השדה והעבד בחזקת בעלים הראשונים משום דהוי תרי הודאות דסתרי אהדדי והוי ככל ספיקא דאין מוציאין מן הבעלים א"כ ה"ה כאן הדין הוא דפטור מה"ט דכיון דהוי ספיקא ע"י תרי הודאות דסתרי אין מוציאין מן המוחזק. וכן הוא הטעם בטענו חטים והודה בשעורים דפטור משום דהוי תרי הודאות דסתרי אהדדי וכמש"כ הקצה"ח שם. [וכן הוא לשון הרמב"ם ה' טוען פ"ג ה' יו"ד שכתב כן גבי טענו חטים והודה בשעורים דפטור שהרי אומר אין לי בידך שעורים וזה דומה למי שאמר לחבירו בב"ד מנה לך בידי ואומר לו האחר אין לי בידך שאין

ב"ד מחייבין לו כו'. ודברי הרמב"ם הנ"ל הובא בש"ך סי' פ"ח בס"ק ט"ז דאתי עלה משום דהוי הודאה בלא תביעה וכשיטת הרמ"ה שם ובס"ק ל"ה שם בסופו כתב הש"ך להסתפק דאפילו תימא דסבירא להרמב"ם הטעם משום הודאה כו'. והדברים ארוכין ואכמ"ל) אכן לפי שיטת רש"י והתוס' והרא"ש והר"נ גבי כתבתי ונתתי דלכן אמרינן הודאת המקבל כמאה עדים ולא אזלינן בתר הודאת הנותן משום דתלינן להודאת הנותן בטעות מתוך שקדמה מחשבתו כו'. ומשמע דלולי ה"ט היו אומרים דניזל בתר הודאה הנותן ביותר. דהא כאן לא שייך לומר לסברתם שכתבו גבי כתבתי ונתתי כו' דתלינן בטעות הנותן לפי שקדמה מחשבתו כו'. אך ע"פ ראייתם מן הך דב"ב (דף קל"ה) גבי זה אחי הוכיחו דגם בכה"ג פטור משום דאמרינן דהוי כאלו מחלו וע"כ אע"פ שיודע בודאי דחייב לו פטור וכמ"ש הרא"ש בב"ב שם והטוש"ע לה"ט. וכן כתבו התוס' בב"ק (דף לה) ד"ה לימא כו' דלכן בטענו חטים והודה בשעורים פטור דהוי כהודה ומחל לו וכן פי' רש"י שם והובא בהרא"ש שם וכמבואר בסי' פ"ח סעי' י"ב במחבר והרמ"א שם דסיים וכמו שנתבאר לעיל סי' ע"ה סעי' י"א עכ"ל. ועיין בש"ך סי' פ"ח ס"ק י"ז במש"כ בכוונת הרא"ש דס"פ ג' דב"ק. ובתומים שם ס"ק ז'. אך בהא דכתבתי ונתתי השדה לפלוני והוא אומר לא נתן לי כיון דלא שייך התם לומר דמחל לו ואף דכתב הקצה"ח בסי' פ"ח ס"ק י"ג דגם בקרקע אף דלא שייך לשון מחילה מ"מ דייינינן לשון מתנה. מ"מ הא בעינן דרכי הקנייי' עכ"פ לכן כ"ז דלא קנהו הנותן בדרכי הקנין לא מהני אף דנימא דהמקבל גמר להקנותו ע"כ הוכרחו שם לומר הטעם דתלינן בטעות הנותן. והא דלא הביאו הראי' מן הך דטענו חטים והודה בשעורים דפטור משום דה"מ למדחי דהתם הטעם הוא כמש"כ הר"מ הלוי דמשום משטה אתו עלה ע"כ הביאו הראי' מהא דב"ב בזה אומר אחי:

ואחר כותבי כל זה ראיתי בתשובות הרשב"א המיוחסות להרמב"ן סי' קי"ז שכתב שאלה ראובן אמר לשמעון חייב אני לך מנה ושמעון אמר אינך חייב לי כלום אם דמי להך דהשולח כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא כתב ונתן כו' א"ד חוב שאני. תשובה הדין דלא אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים כיון דשמעון אמר ברי אינך חייב לי וראיה מן פרק יש נוחלין זה אחי אינו נאמן כו' ודייקינן בגמרא ואינך מאי קאמרי כו' ואי דאמרי לאו אחונא אמאי יטלו אחיו עמו והא הכא דאיהו מודה דאחיהן הוא כו' ה"ל כאומר לחבירו מנה לך בידי והלה אומר אין לי בידך כלום וכן דקדק הר"מ מרוטנבורג כו' וההיא דפרק השולח דאמרו הודאת בע"ד כמאה עדים לאו מה"ט הוא כו' וכתבו בתוס' דאע"ג דאידי ואידי הודאת בע"ד נינהו מ"מ זה ברור יותר מהודאת הנותן לפי די"ל דקדמה מחשבתו לתת אותה קודם שיתננה ופעמים סבור שנתן ולא נתן ע"כ. ומינה דחוב שאני

דמלוה ולוה שניהם דעתייהו כחדא אפשר דהלוה נאמן אלא דההיא דיש נוחלין ראי' דהאומר לא הלויתי לך בברי נאמן כו'. ועוד נ"ל ראיה דלא אמרו בהא הודאת בע"ד כמאה עדים מדקיי"ל טענו חטים והודה בשעורים פטור אף מדמי שעורים כו' ודוקא כשיש לו תביעה על שניהם הוא דמהני תפיסה אבל באין לו תביעה אלא על א' מהם אפילו תפס מפקינן מניה ונ"ל שהוא מן דין מחילה כו' עכ"ל תשובות המיוחסות להרמב"ן. וכוונתו במש"כ דההיא דפרק השולח לאו מה"ט הוא דזהו כמש"כ לעיל דהטעם שכתב הר"מ מרוטונבורג דהוי כאלו מחל לו זה לא שייך בהך דהשולח דהא לא קנהו הנותן ע"פ דרכי הקנייי' מן המקבל ע"כ התם הפירוש הוא כמש"כ בשם התוס' דתלינן דטעה הנותן. וכתב ג"כ דלשיטת התוס' בהשולח התם הטעם הוא דתלינן בטעות הנותן אבל לולי זה הי' אומרים דניזל בתר הודאת הנותן ולא בתר הודאת המקבל ע"כ לפ"ז היה הדין נותן הכא בנ"ד דחייב לשלם כפי הודאתו אך דמסיק הטעם דפטור משום דהוי כמחל לו. ואף דשיטת הרשב"א בגיטין (דף מ') דמסיק שם לאחר דהביא מתחלה לדברי התוס' דכתבו הטעם דתלינן בטעות הנותן דכתב אח"ז דפשוט הוא דהטעם הוי משום דתרי הודאות דסתרי אהדדי הוי כמו תרי ותרי. וכן הוא שיטת הרמב"ן במלחמות בספ"ג דב"ק כמש"כ הקצה"ח הכל בסי' פ"ח כנ"ל מ"מ הכא בתשובות הרשב"א המיוחסות להרמב"ן מסיק לדון לשיטת התוס' דגיטין איך הוא הדין כאן באומר חייב אני לך מנה והוא משיבו אינך חייב לי דהסברא מורה דיהיה חייב משום דלשיטתם הדין הוא דאזלינן בתר הודאת הנותן וע"ז מסיק דאף לשיטת התוס' הדין הוא דפטור משום דאמרינן דמחל לו. וזהו הכל כמש"כ מתחלה דלשיטת הרשב"א והרמב"ן עצמו דס"ל בתרי הודאות דסתרי אהדדי דהוי כמו שני כתי עדים המכחישות דמוקמינן בחזקת בעלים בוודאי הדין הוא הכא דפטור אך אף לשיטת התוס' דאזלינן בתר הודאת הנותן ביותר ג"כ הדין הוא הכא דפטור משום דאמרינן דמחל לו:

ענף ב:

ובעיקר הסוגיא דב"ב (דף קל"ה) דאמרי אי דקאמרי לאו אחונא הוא אמאי בנפלו לו נכסים ממק"א ירשו אחיו עמו הא אמרי לאו אחונא הוא. וקשה כיון דס"ל להתוס' והרא"ש והר"נ בגיטין (דף מ') גבי כתבתי ונתתי לו כו' דהתם הטעם הוא דתלינן בטעות הנותן לפי דקדמה מחשבתו כו' וכ"כ הרב המגיד פ"ד ה' זכייי' ה' י"ב. ולולי זה הדין הוא דניזל בתר הודאת הנותן א"כ הכא דאומר ראובן על לוי דהוא אחינו ושמעון אומר אין לוי אחינו הדין נותן דניזל בתר הודאת ראובן דלוי הוא אחיהם דיטול שמעון חלק בירושת לוי. והכא לא שייך לדון לסברתם שכתבו גבי כתבתי ונתתי שדה כו' דתלינן

בטעות לפי דקדמה מחשבתו כו' וכמש"כ הרמב"ן בתשובות המיוחסות הנ"ל דהך סברא לא שייכא באומר חייב אני לך וחבירו משיבו אינך חייב לי. וה"ה הכא כיון דלא שייך ה"ט הדין נותן דניזל בתר הודאת ראובן והכא לא שייך לומר הטעם דכתבו הכא דאמרינן דמחל לו. דהא הכא בירושת לוי כיון דניזל בתר הודאת ראובן ושייך גוף הירושה בחלק לשמעון ג"כ ע"כ אף דנימא דהקנה שמעון לראובן הא לא קנה ראובן כ"ז דלא עשה דרכי הקנייי וכמו בכתבתי ונתתי שדה כו' דאם לא הי' תלינן בטעות הנותן הי' שייך השדה להמקבל מה"ט כמש"כ לעיל א"כ תקשה לפי שיטתם על הא דב"ב. אכן לשיטת הרמב"ן והרשב"א דס"ל בתרי הודאות דסתרי דהוי ספיקא ומה"ט מעמידין בחזקת הבעלים אתי שפיר הכא בב"ב משום דהא הדין הוא אם יש יורש ודאי דאין ספק יורש מוציא מידי ודאי כמבואר ביבמות (דף ל"ח) ע"כ הכא דראובן הוי יורש ודאי ושמעון הוי ספק יורש ע"כ יורשו ראובן לבדו אבל לשיטת התוס' והרא"ש וסייעתם תקשה זה. וכן הקשה זה המל"מ פ"ד ה' נחלות ה' ח' ומה שתירץ אין זה מובן. והקצה"ח בסי' ר"פ ס"ק א' תירץ לזה בשם אחיו ז"ל ע"פ מש"כ דהוי יורש ודאי ואין ספק מוציא מן ודאי. אבל באמת אין תירוצו מספיק לתרץ קושיות המל"מ דהא המל"מ הקשה כן לפי שיטת התוס' בגיטין גבי כתבתי ונתתי כו' שהביא שם א"כ הא התוס' וסייעתם ס"ל דבתרי הודאות לא הוי ספק אלא אזלינן בתר הודאת הנותן דאם הי' ספק א"כ ל"ל לומר דתלינן דטעה הנותן הא בלא"ה א"ש מה דמעמידין השדה בחזקת הנותן כדין כל ספיקא בתרי ותרי. וכיון דס"ל דאזלינן בתר הודאת הנותן א"כ ה"ה הכא הוי שמעון יורש ודאי וע"כ אין מספיק ע"ז תירוצו של הקצה"ח. ועיין מזה בספר תרומת הכרי בסי' פ"ח סעי' י"ב שכתב ג"כ דאין לחירוצו של המל"מ הבנה כלל וגם כתב שם כמש"כ הקצה"ח בשמו:

והנלע"ד בזה ומתחלה נסביר לסברת התוס' והרא"ש וסייעתם במה דס"ל דאזלינן בתר הודאת הנותן ביותר דטעמם הוא משום הכלל הידוע דאודיתא הוי קנין בעצם אף היכא דידוע דלא היה שלו מעולם וכמו שהאריך בזה הקצה"ח בסי' קצ"ד ע"כ ה"ה הכא כשהודה הנותן ואמר כתבתי ונתתי לו אף דידוע ע"פ הודאת המקבל שלא הקנהו מעולם מ"מ קנהו המקבל ע"פ קנין אודיתא שהודה הנותן שהקנה השדה להמקבל וזה לא שייך רק בכתבתי ונתתי השדה דהוי קנין אודיתא על השדה שיש לו ועליו אנו דנין. משא"כ בהא דב"ב גבי זה אומר אחי דבעת דאמר כן היו דנין אז על ירושת יעקב אביהם אם לוי הוי יורש בנכסי יעקב או לא ולא היו דנין אז על ירושת לוי דהא לוי היה חי אז ועכשיו שמת לוי ומסתפקינן על ירושתו אם שמעון הוי ג"כ יורש של לוי או ראובן לבדו ע"כ לא שייך לדון קנין אודיתא בהודאת ראובן שאמר כבר כי לוי הוא אחיו. וכבר כתב

הקצה"ח בסי' קצ"ד דעל דבר שאינו יכול להקנותו כמו דשלב"ל דלא מהני בזה קנין אודיתא ג"כ. והכא בוודאי הוי דשלב"ל בעת דהיו מתווכחים על נכסי אביהם יעקב דהא אז היה לוי חי וע"כ לא שייך בזה קנין אודיתא דהא אז לא היה בעולם ירושת לוי שאנו דנין עכשיו וע"כ בכה"ג לא אמרינן דהודאת נותן עדיפא רק הוי ספק השקול ולכן שפיר פריך הש"ס אמאי ירשו אחיו עמו דהא ודאי יורש וספק יורש אין ספק מוציא מידי ודאי. כן י"ל לכאורה:

אכן זה אינו דהא עכשיו דמת לוי וראובן נוטל בירושתו לפי דאומר דלוי הוא אחיו א"כ הוי לנו עכשיו ג"כ הודאת ראובן לפנינו שלוי הוא אחיו וממילא הדין לפי דברי ראובן אשר שמעון אחיו יהיה נוטל ג"כ חלק בירושת לוי שאנו דנין עכשיו ושייך גם בזה לדון למש"כ התוס' וסייעתם דניזל בתר הודאת הנותן. ואפשר לחלק דשאני הכא דאף דראובן אומר עכשיו ג"כ דלוי הוא אחיו מ"מ הא אינו מכוין להקנות נכסיו לשמעון בתורת קנין אודיתא רק דמכוין עכשיו להנאתו וליטול חלק ירושה בנכסי לוי ע"כ אין זה דומה להך דגיטין בכתבתי ונתתי שדה לפלוני דהא שם כוונתו רק להקנות לחבירו את השדה בקנין אודיתא ע"כ שפיר כתבו שם דהודאת הנותן חשובה ביותר. וכעין זה ראיתי בנתיבות סי' ר"פ ס"ק ג' שכתב לתרץ קושיות המל"מ הנ"ל לפי דהודאות ראובן שלוי הוא אחיו אין זה כהודאת בע"ד רק כמעיד שמגיע לשמעון חלק מנכסי לוי דהא אינו מודה אנכסי עצמו כו' ע"ש:

ויש לסתור לתירוץ הנתיבות מן מה שכתב הרא"ש בב"ב שם בשם הר"מ להוכיח משם להך דינא אם ראובן אומר לשמעון חייב אני לך מנה ושמעון אומר אינך חייב לי כו' וכ"כ בתשובות הרשב"א המיוחסות להרמב"ן בשם הר"מ מרוטנבורג ע"פ הוכחה מהך דב"ב דאמרו שם אי דאמרי לאו אחונא אמאי ירשו אחיו עמו. הא לדברי הנתיבות יש לחלק דשאני בהך דב"ב דמה שאומר ראובן אין זה נקרא בשם הודאת בע"ד רק כמעיד כו' משא"כ בראובן אומר חייב אני לך מנה דהוי הודאת בע"ד על חיוב שלו ע"כ עדיין י"ל דאף דשמעון אומר להיפך מ"מ ניזל בתר הודאת המתחייב וכמו בהך דגיטין בכתבתי ונתתי שדה כו' דשיטת הרא"ש שם דלולי הטעם דתלינן בטעות הנותן היה הדין למיזל בתר הודאת הנותן וה"ה הכא במודה שחייב לו מנה. ועיקר טעמו דהרא"ש והר"מ שכתבו דפטור הוא משום טעמם שכתבו דהוי כאלו מחל לו והוכיחו כן מהך דב"ב א"כ לדברי הנתיבות אין מקום לראיות הר"מ הנ"ל. ומדחזינן שהוכיחו כן מהך דב"ב א"כ מוכח דס"ל לכל הנך ראשונים דגם בהך דב"ב חשבינן לדברי ראובן שאומר על לוי דהוא אחיו דגם זה מקרי בשם הודאת בע"ד ממש דהא מודה על הנכסים שיש ת"י דהם של

שמעון לפי דבריו דלוי הוא אחיו. וע"כ תקשה עדיין לקושיות המל"מ לשיטת התוס' והרא"ש וסייעתם כנ"ל. וכן נסתר עפ"ז למה שכתבתי לחלק דשאני בהך דב"ב דאינו מכוין להקנותו בתורת קנין אודיתא דא"כ אין מקום לראייתם מן הך דב"ב להך דינא בהודה לו שחייב לו מנה כו' כנ"ל: והנלע"ד לומר דשפיר הוכיחו מן הך דב"ב להך דינא באומר חייב אני לך מנה והשני מכחישו דפטור משום דהוי כאלו מחל לו. והוא דהא קודם דנוטל ראובן הירושה לרשותו אף דלא שייך בזה הטעם שכתבו לפטור משום דהוי כמחל לו. משום דלא קנהו בתורת קנין וכנ"ל. מ"מ הא לא שייך בזה למיזל בתר הודאת הנותן. משום די"ל בזה כסברת הנתיבות דזה לא הוי בשם הודאת בע"ד רק כמעיד על נכסי לוי דשל מי הוא כיון דאינם תחת ידו ובכה"ג אזלינן בתר הודאת המקבל דהוי בשם הודאת בע"ד ממש דהא שמעון מודה דאין הנכסים שלו. ועיקר הוכחת הר"מ והרא"ש והרמב"ן בתשובה במה שהוכיחו להך דינא בהודה שחייב לחבירו מנה והלה משיבו אינך חייב לי דפטור משום דהוי כמחלו. כוונתם הוא כן דהא כיון דכ"ז דלא נטלם ראובן לרשותו הדין הוא דלא ירשו אחיו עמו כמבואר להדיא בהך דב"ב אלא הדין הוא דיטול ראובן לכל הירושה מלוי א"כ לאחר שיטול ראובן כל הירושה לרשותו ואז יהיה הדין למיזל בתר הודאת ראובן ביותר דהא אחר שנטלם לרשותו יהיה עליו שם הודאת בע"ד ממש במה שמחזיקם לעצמו ע"פ הגדתו שלוי הוא אחיו דהא אז יהיה עליו שם הודאת בע"ד על הממון שברשותו דהם שייכים לשמעון והי' לנו לדון בכה"ג למיזל בתר הודאתו כמו בהך דגיטין דאזלינן בתר הודאת הנותן. ומדחזינן דאמרו דלא ירשו אחיו עמו אלא ינתן כולו לראובן מוכח מזה דהדין הוא בהודה לחבירו כו' והלה מכחישו דפטור משום דאמרינן דמחל לו א"כ אתי שפיר הכא ג"כ דאף לאחר שנטל ראובן כל הירושה לרשותו דאף דהוי אז עליו שם הודאת בע"ד דהודה דחייב לשמעון להחזיר לו חלקו בירושת לוי שיש תחת ידו. דמ"מ פטור משום דהוי כאלו מחל לו. וכבר כתבתי לעיל בשם הקצה"ח בסי' פ"ח ס"ק י"ג דאף היכא דהוי החפץ בעיני' דלא שייך לשון מחילה מ"מ תלינן דהקנהו לו ואמרינן בזה לשון מחילה כמו ברפ"ג דב"ב גבי חזקת שלש שנים דמדשתק מחל כו'. ועיין בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט. ובקצרה הוא כן דאף היכא דאינם תחת רשותו דלא קנה אותם בתורת קנין מ"מ הא אז הוי הדין למיזל ביותר בתר הודאת שמעון דהוי הודאת בע"ד משא"כ הגדת ראובן אין דינו כהודאת בע"ד רק כמעיד כו'. ואחר שנטלם ראובן לרשותו דהוי אז בשם הודאת בע"ד והי' לנו לדון בזה למיזל בתר הודאת ראובן ביותר כמו בהך דגיטין ואפ"ה פטור להחזיר לשמעון משום דאמרינן דמחל לו כמש"כ הר"מ ואז שפיר קנהו ראובן ע"פ דרכי הקניי' כיון דהוי ת"י

ורשותו דקנה אותם ע"פ דין חצר וא"ש לדברי הר"מ שהביא הרא"ש לדינא וכן בתשובות הרשב"א המיוחסות להרמב"ן. ומתורץ בעז"ה על נכון לקושיות המל"מ. ועיין בפלפולא חריפתא לב"ב שם ס"ק צ':

ענף ג:

ושיטת הירושלמי בתרי הודאות דסתרי אהדדי דאזלינן בתר הודאת הנותן וחייב דזה לשון הירושלמי ביבמות פ' י"ג ה' י"ד הוא אמר בעלתי והיא אומרת לא נבעלתי פשיטא דהוא מעלה לה מזונות כו' היא אומרת נבעלתי והוא אומר לא בעלתי כו' מהו שיירשנה עכ"ל. וכוונתם במה שחילקו בהוא אומר בעלתי דמעלה לה מזונות ובהיא אומרת נבעלתי והוא אומר לא בעלתי דנסתפקו אם יורשה הוא פשוט דגבי בעלתי דמחייב א"ע בחיוב מזונות אף דהיא אומרת לא נבעלתי אפ"ה חייב משום דס"ל להירושלמי בתרי הודאות דסתרי אהדדי דאזלינן בתר הודאת הנותן בוודאי דאם הי' ספיקא כשיטת הרמב"ן והרשב"א ה"ל לומר דפטור כדין כל ספיקא דהממע"ה ומוכח דס"ל להירושלמי כשיטת התוס' והרא"ש וסייעתו דאזלינן בתר הודאת הנותן. אך במה דס"ל דהכא בהודה שחייב לו מנה והלה משיבו אינך חייב לי דפטור משום דמחל לו. זה לא ס"ל לירושלמי אלא ס"ל דלא אמרינן דמחלו. אך גבי היא אומרת נבעלתי והוא אומר לא בעלתי דאנו דנין עכשיו שמתה לגבי ירושה בזה שפיר יש לדון דלא ניזל בתר הודאת האשה משום דהא כיון דאינה מחייבת א"ע בעת הודאתה שאומרת נבעלתי רק על אחר מיתתה אשר לפי דברי' שנבעלתי. הבעל הוא יורש שלה. ולא שייך בזה לדון דיהי' נאמן מצד הודאת בע"ד כו' כמבואר בב"ב (דף קל"ד) גבי זה בני וזה אחי דנאמן מצד יכיר או משום מיגו דיהיב במתנה וכמבואר ברשב"ם שם ובח"מ סי' רע"ט ובבית יוסף שם וברמב"ם פ"ד ה' נחלות בלח"מ ה"א ואכמ"ל. ולא כתבו דיהיה נאמן מצד הודאת בע"ד. והטעם הוא פשוט דכיון דאינו מודה שום חיוב ע"ע רק על ענין ירושתו לאח"מ לכן לא שייך בזה לדון כלל להודאת בע"ד רק משום יכיר או משום מיגו כו'. וה"ה הכא בהיא אומרת נבעלתי דאף דנאמנת לומר דבעלה והיבם הוא היורש שלה כמו דנאמן לומר זה אחי וכיוצא על ירושתו מ"מ אין זה מצד הודאת בע"ד רק מצד דהימני' התורה וע"כ נסתפקו לומר דניזל בתר הודאת היבם דאומר דלא בעלתי ואינו יורשה דעל הודאת היבם שפיר יש לדון דיהי' נאמן ביותר משום דיש לדון בי' הודאת בע"ד כו' דהא מודה ע"ע דאינו יורשה. או אפשר לומר דכיון דהודאתו הוא על אחר מיתתה לא שייך בזה לדון כ"כ הודאת בע"ד כמאה עדים וכמש"כ הקצה"ח בסי' קצ"ד דבדשלב"ל לא מהני קנין אודיתא. וע"כ גרע ביותר הודאת בע"ד על דשלב"ל מכל הודאות בע"ד ולכן נסתפקו בירושלמי בזה:

וראיתי בשירי קרבן שם בד"ה פשיטא דהוא מעלה לה מזונות שכתב והנה זה כמה נסתפקתי בתובע ונתבע שכפי טענת התובע נפטר הנתבע וכפי טענת הנתבע יצא חייב הדין עם מי ועלה בדעתי לפשוט ספיקא דידי מהכא דהא לפי דברי האשה אין לה מזונות ואפ"ה שומעין לדברי הבעל ויש לה מזונות אך לפמש"כ עדיין הספק במקומו כו' עכ"ל. ודבריו תמוהין דהא בעיקר ספיקו זהו סוגיא מפורשת בגיטין (דף מ') בכתבתי ונתתי שדה לפלוני והוא אומר לא כתב ונתן לי ושקלו וטרו כל הראשונים שם אם הוי ספק השקול בתרי הודאות דסתרי כמו בתרי ותרי או דאזלינן בתר הודאת הנותן ביותר ושם טעמא אחרינא כנ"ל. וכן הא זהו מפורש בב"ב (דף קל"ה) גבי זה אחי והם קאמרי לאו אחונא דהדין הוא דלא יטול בנכסי לוי. וכן הא שקלו וטרו הראשונים כעין זה במה דקיי"ל טענו חטים והודה בשעורים דפטור משום דהתובע הודה שאין לו שעורים ביד חבירו וכמבואר בב"ק ספ"ג ולקמן סי' פ"ח. וכן הא מפורש זה הדין הכא בטוש"ע דהודה שחייב לו והלה משיבו אין לי בידך דפטור משום דמחל לו ע"כ תמוהים מאוד דברי הש"ק בזה כי באמת אין שום מקום ספק כלל בזה כי כ"ז מפורש בש"ס ובטוש"ע:

אך שיטת הירושלמי בזה הוא דלא כשיטת ש"ס דילן אלא הדין הוא בתרי הודאות דסתרי אהדדי דחייב ולא אמרינן דמחל לו. ולדינא קיי"ל כש"ס דילן דפטור כמו שהוכיח הר"מ שבהרא"ש לב"ב (דף קל"ה) ובתשובות הרשב"א המיוחסות להרמב"ן סי' קי"ז כנ"ל. וכמו בטענו חטים והודה בשעורים דפטור משום דמחל לו כפי שיטת הרבה ראשונים דבסי' פ"ח. אבל הירושלמי ביבמות לא ס"ל כן וי"ל דהירושלמי אזיל לשיטתו דהנה בירושלמי לב"ק סוף פ"ג מבואר דס"ל בטענו חטים והודה בשעורים חייב וכמש"כ המראה פנים שם ועיין בשבועות פ"ו ה"ד במראה הפנים בד"ה ואפילו על דר"ל כו' מש"כ בזה. וי"ל דס"ל להירושלמי דטענו חטים והודה בשעורים דחייב משום דאף דנימא דהתובע הודה שאין לו שעורים ביד חבירו אפילו הכי חייב לפי דאזלינן בתר הודאת המתחייב וע"כ ס"ל הכא גבי יבם אומר בעלתי והיא אומרת לא נבעלתי דס"ל להירושלמי דמעלה לה מזונות משום דאזלינן בתר הודאת המתחייב ולא אמרינן דמחלה לו. אכן לדינא לא קיי"ל כן אלא כדס"ל לש"ס דילן כנ"ל. וע"פ מש"כ בשיטת הירושלמי יש להעיר בדברי הרשב"א בחי' לקדושין (דף ס"ה ע"ב) בד"ה מי מציא אמרה הכי כו' דהביא שם להירושלמי בפרק שנים אוחזין [והוא בב"מ פ"א ה"ב] צריכה גט משניהן ושניהם משחררין זא"ז בחמור ובמשוי שלשתן שוין כו' ותמיהא לי אחרון למה אינו מפסיד כו' ה"ל ראשון כאומר מנה לך בידי והלה אומר אין לי בידך כלום והודאת בע"ד

כו' עכ"ל. ולפמש"כ בשיטת הירושלמי יש לדון בקושייתו על הירושלמי. וכן יש לי להאריך הרבה בכוונת הרשב"א דשם וקצרתי:

ועוד י"ל דהטעם של הירושלמי באומר בעלתי והיא אומרת לא נבעלתי דמעלה לה מזונות דאף דנימא דס"ל להירושלמי באומר חייב אני לך והלוה משיבו אינך חייב לי דפטור משום דאמרינן דמחל לו מ"מ הכא במזונות ס"ל דלא מהני מחילת האשה על חוב מזונות שיש לה על בעלה משום דבספרי נחל יצחק סי' ע"ב בש"ך ס"ק קס"ב שהביא לדברי הרשב"א בתשובה גבי חוב מזונות דאע"פ שהמזונות דבר יום ביומו נתחייב בהם אלא שהשעבוד חל עליו משעה שקבל עליו המזונות כו' עכ"ל. והבאתי בספרי שם לדברי הש"ע באה"ע סי' צ"ג סעי' כ"ב דאין קדימה במזונות וכדעת הראב"ד דהובא בב"ש שם ס"ק מ"א דאין השעבוד מתחיל אלא לאח"מ ולא מעת הנישואין ולא כשיטת הרב המגיד שם. ולפ"ז י"ל דה"ה במזונות בחיי הבעל אין החיוב מתחיל מן עת הנישואין אלא כל יום ביומו מתחיל החיוב וכתבתי לחלק דשאני בפוסק ע"ע חיוב מזונות אז החיוב חל בעת שנתחייב והזמ"פ הוא כל יום ביומו משא"כ בחיוב מזונות ע"פ תנאי ב"ד. לפ"ז י"ל דלא מהני מחילה במזונות משום דהוי מחילה קודם החיוב כמבואר בתשובת הר"נ והובא בסי' ר"ט סעי' ד' בהג"ה והוי כמו דשלב"ל. וי"ל דזהו טעמא דירושלמי הכא דלכן מעלה לה מזונות אף דנימא בכל חוב כה"ג דאמרינן דמחלו כמבואר הכא מ"מ מזונות שאני כן יש לומר לכאורה. ושיטת הירושלמי בכתובות פ"ג ושיטת ש"ס דילן גבי קנס המובא בתוס' כתובות (דף כ"ט) ד"ה ועל אשת אחיו כו' אין זה שייכות לזה כמבואר בהר"נ ספ"ג דכתובות. אכן באמת זה אינו דהא מבואר בתוס' כתובות (דף נ"ו) ד"ה ה"ז מקודשת כו' דע"מ שתפטרי משאר כו' לכ"ע פטור משום מחילה. וכן מבואר בכמה דוכתי ועיין באה"ע סי' ס"ט ובאחרונים שם. ובפרט די"ל עוד דשאני חוב מזונות בחיי הבעל דכותב לה ואנא אפלח ואוזין ואפרנס כו' דנתחייב מעת הנישואין וכמש"כ ההפלאה בק"א סי' צ"ג סעיף כ"ב ע"ש. וגם הא מצינו בחיוב עונה דמהני מחילתה ואינה יכולה לחזור רק קודם הנישואין בזה כתב המל"מ פ' ט"ו ה' אישות דהוי מחילה קודם החיוב ולא מהני ועיין במל"מ פ"ו ה' אישות. וידוע מש"כ המל"מ בפ"ד ה' אישות ה' ז' דמחוסר זמן לא הוי דשלב"ל משום דזמן ממילא קא אתי. וע"כ אף דנימא דחיוב עונה ומזונות חל החיוב לכל יום ביומו ולא מעת הנישואין עכ"ז אינו רק כמו מחוסר זמן ולא מקרי דשלב"ל כיון דאינו מחוסר מעשה כלל רק הזמן וזמן ממילא קא אתי ואין זה דומה להנידון דתשובת הר"נ במחילה קודם החיוב דהוי מחוסר מעשה בנתיים ועיין בח"מ סי' ר"ט בסמ"ע ס"ק כ"א. וידעתי למש"כ השער המלך ה' מכירה פ' כ"ב ה"ט להעיר על דברי המל"מ הנ"ל

ואכמ"ל בזה אך זה פשוט וברור דמהני מחילת אשה לבעלה על מזונות ואינה יכולה לחזור ועיין באה"ע סי' ס"ט סעי' ד'. ולכן פשוט דכוונת הירושלמי הוא כמש"כ לעיל דס"ל דאזלינן בתר הודאת המתחייב ולא דיינינן דמחל לו. ועיין בירושלמי כתובות פ' ה' הל' ב' וקצרתי: (שם סעיף י"ב):

מנה לי בידך כו' וע"א מעיד שהלווהו כו' ה"ל מתוך שאינו יכול להשבע משלם ואינו יכול להשבע משלם:

עיקר דין דמתוך שאינו יכול להשבע משלם הוא בשבועות (דף מ"ז) דתני ר' אמי שבועת ה' תהיה בין שניהם כו' חמשין ידענא וחמשין לא ידענא כו'. והפני יהושע בב"מ (דף צ"ז ע"ב) בגמ' ד"ה ה"נ שיש עסק שבועה ביניהם כו' הקשה דהא הך קרא דשבועת ה' תהיה בין שניהם בפרשה שניה דש"ש כתיב דלא נאמר שם כי הוא זה רק בשבועת שומרים א"כ אמאי לא פירשו להך דשבועת ה' תהיה כו' דקאי על שבועת שומרים בטוען א"י אם נאנסה דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לשיטת כמה פוסקים והעלה לתרץ דהא פשט שבועת ה' תהיה בין שניהם משמע דצריך שיהיו שניהם קיימין התובע והנתבע כמו שפי' רש"י והר"נ ומה שצריך ג"כ שיהיה התובע קיים לא שייך אלא לענין שבועת מודה במקצת כו' עכ"ל הפ"י. ולפ"ז יש לדון דמנלן דבשבועת ע"א אמרינן ג"כ הך דין דמתוך שאינו יכול להשבע משלם הא פשטיה דהך קרא דשבועת ה' תהיה בין שניהם דמשמע דצריכים לטענת התובע זה לא שייך בשבועת ע"א לפי מה דקיי"ל דאף בטענו בספק ע"פ העד ג"כ חייב שד"א כמבואר בסי' ע"ה סעיף כ"ג. ואין לומר דבע"א דאמרינן מחושואינ"מ זהו מסברא דע"א כ"ז שלא נשבע להכחישו דינו כשנים דז"א דהא מבואר בשבועות (ד' מ"ז) דמאן דלית ליה הך דין דמתוך שאינו יכול להשבע משלם דפוטר ג"כ בנסכא דר' אבא וכמש"כ התוס' מזה בב"ב (דף ל"ד) ד"ה הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כו' ועיין בסי' ע"ה ש"ך ס"ק מ"ג ובאו"ת ס"ק י' ואכמ"ל. וע"כ מוכח דילפינן בעד א' לדון ביה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מן הך דשבועות (דף מ"ז) דתני ר' אמי כו':

ויש להקשות לפי המבואר בב"מ (דף ג' ע"ב) במה דשקיל וטרי הש"ס שם בהך דהעדאת עדים דר"ח דיליף בקו"ח מן הודאת פיו ופריך דמה להודאת פיו שאינו בהכחשה ובהזמה ומסיק למילף במה הצד דפיו וע"א. א"כ כמו כן יש למפרך במה דיליף מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם על ע"א מן מודה במקצת דכתיב ביה שבועת ה' תהיה בין שניהם דמיירי בשבועת מו"מ כמש"כ הפנ"י וכפשט הגמ' בשבועות (דף מ"ז). הא יש לפרוך דמה להודאת פיו דאלימא טובא דאינו בהכחשה ובהזמה ע"כ אלים ליה כח

הודאת פיו לדון ביה הך דין דמתוך שאינו יכול להשבע משלם ומנלן למילף בשבועת ע"א לומר ביה ג"כ הדין דמתוך שאינו יכול להשבע משלם הא קיל ע"א טובא דישנו בהכחשה ובהזמה לבטל עדותו ובזה לא שייך לומר הך במה הצד דילפי מן פיו וע"א דהא ע"ז אנו דנין אם ישנו הך דין דמתוך שאינו יכול להשבע משלם גבי ע"א. ואפשר לומר דדוקא היכא דבאנו למילף דין חיוב שד"א כמו בהך דהעדאת עדים דאין לו שום מקור לחיוב שבועה רק דבאנו למילף חיוב שבועה בהעדאת עדים מן הודאת פיו בזה שפיר פרכינן מה להודאת פיו שאינו בהכחשה אבל גבי חיוב שבועה בע"א דילפינן ליה מקראי דלכל עון וחטאת אינו קם אבל קם לשבועה רק גבי הך דינא דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם באנו למילף מן שבועת מו"מ בזה לא פרכינן כלל דהא כיון דמצינו ביה חיוב שבועה עכ"פ ממילא דינו ככל חיוב שד"א דהודאת פיו דדייניגן ביה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ואף דמצינו גבי גלגול שבועה לשיטת כמה פוסקים דס"ל דלא אמרינן ביה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם עכ"ז י"ל דס"ל מסברא לחלק בין עיקר שבועה לגלגול שבועה וכן בשבועה דהעדאת עדים דר"ח לפי המבואר בתשובת בשמים ראש סי' י"ז המובא בהגהות רע"א זצ"ל לח"מ סי' ע"ה סעי' ד' דבהעדאת עדים לא דיינינן ביה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום דאתיא מכח ג"ש ע"כ ממילא דינו כמו ג"ש. אבל היכא דהוי עיקר שבועה אין סברא לחלק אף דיש מה למפרך כנ"ל:

ועוד יש לומר דאתי שפיר ביותר לפי מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ע"ב סעי' כ"ז לתרץ קושיות הפני יהושע הלז דלכן אמרו בשבועת מודה במקצת ולא בשבועת השומרים משום דהש"ס מהדר דיהיה א"ש גם להמ"ד דהולכין בממון אחר הרוב כו' וכמו שהארכתי שם אבל לדינא לפי מה דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב אין לנו הכרח לאוקמי להך דשבועת ה' תהיה כו' על שבועת מודה במקצת דלא מיירי בפרשה ב' אלא יותר נראה לפרש להך שבועת ד' תהיה קאי על שבועת שומרים דמיירי שם ואף דהתובע טוען שמא ג"כ דיינינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכמו שהשיג הקצה"ח על הט"ז בסי' ע"ה ס"ק ט'. וכיון דעיקר דין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם קאי בשבועת שומרים ממילא שפיר ילפינן דה"ה בשבועת ע"א דאין לומר בזה מה לשבועת שומרים דאינו בהכחשה דהא היכא דידעינן ע"פ דנעשה שומר אף היכא דכופר ואומר דלא קיבל שמירה עליו מ"מ דינו ככל שומרים דחייב שד"א כמו דין שומרים רק היכא דכופר וליכא עדים ע"ז אז דינו דפטור כמבואר בסי' רצ"ו סעי' ז':

ויש להוסיף עוד דהא לפי המבואר בשבועות (דף מ"ה) דשבועת שומרים דחייב רחמנא מיירי באפקיד בשטרא ולא במודה בעצמו משום דיש לו מיגו דאי בעי כפר. א"כ אי נימא דהא דכתב רחמנא לדון דין ש"ש זה אינו רק היכא דמודה דקיבל עליו להיות שומר משא"כ היכא דכופר רק החיוב מה שמטילים עליו דין ש"ש הוא רק ע"י עדים אז לא דייניגן דין ש"ש כיון דעיקר החיוב שלו ישנו בהכחשה. א"כ לפ"ז הדין נותן דגם במודה ע"ז ג"כ יהיה פטור מן ש"ש דהא יש לו מיגו דאי בעי כפר ואז לא היה עליו חיוב ש"ש משום דהא בעיקר החיוב שלו בעינן דיהיה באופן שאינו בהכחשה וזה לא משכחת רק ע"י הודאת פיו שנעשה שומר א"כ היכא דכופר הדין הוא דפטור ע"כ יהיה מהימן לעולם אף היכא דאיכא עדים במיגו דאי בעי כפר ולא שייך לומר דה"ל מיגו במקום עדים דהא העדים אינם יודעים אם נאנסה או פשע. אך זה יש לדחות דהא לא אמרינן מיגו להכחיש עדים פסולים כמש"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק י"ח וכש"כ דלא אמרינן מיגו דאי בעי מכחיש לעדים כשרים. וזולת זה הא לדינא קיי"ל דלא כהך סוגיא דשבועות (דף מ"ה) וכמבואר בכל הראשונים ובח"מ סי' רצ"ו סעי' א'. ובאמת אין אנו צריכים לזה דהא זהו דין ברור ופשוט דהך דין דהשומרים מיירי בכל האופנים אף היכא דכופר ואומר דלא קיבל שמירה מעולם רק עדים מעידים דקיבל שמירה דהדין הוא דישבע ש"ש בטוען נאנסה וכן באומר א"י אם נאנסה וכה"ג וכן בחשוד השומר לשיטת ר"י בטור דייניגן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ואף דהוי בהכחשה לעיקר החיוב שלו א"כ ה"ה בשבועה הבא ע"י ע"א דדייניגן ג"כ מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אף דישנו בהכחשה:

יא (שם סעי' י"ב):

או שאמר הנתבע א"י אם פרעתיך ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ש"ך ס"ק ל"ה כו' ונ"ל דמיירי בטענו בספק ע"פ העד עכ"ל. והנתיבות ס"ק ח' ביאר דבריו דבלא הטעם דמתוך שאינו יכול להשבע משלם כגון שהעד קרוב לא היה חייב מטעם א"י א"פ דאף שטוען ברי ע"פ העד ונחשב ברי לקמן סעי' כ"ג זה דוקא לחייב לשנגדו שבועה אבל לחיוב ממון לא נחשב לברי:

ענף א:

ונלע"ד להביא ראיה לזה מן התוס' כתובות (דף י"ב ע"ב) ד"ה רב הונא כו' שכתבו ותימא דבפרק י"נ גבי האומר זה אחי משמע דאביי אית ליה מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב ובפרק ח"ה משמע דאית ליה לדר' אבא וי"ל כו' איכא למידרש שבועת ד' כו' דשניהם לא ידעי אלא שע"א מעיד שחייב לחבירו מנה דבאבוה מתוך שאינו יכול אינו יכול להשבע

משלם. וקשה הא כיון דע"א מעיד עליו שחייב א"כ אף בלא טעם דמתוך שאינו יכול אינו יכול להשבע משלם ג"כ יהיה חייב משום מנה לי בידך כו' דתובעו ע"י ברי של האחר. אכן באמת אין זה קשה כלל לפי דהברי של אחר לא נחשב לברי כלל לענין חיוב ממון וכמבואר בב"ב (דף קל"ה) דאמר אביי שאני הכא דכמנה לאחר בידך דמי. וזהו כמש"כ הש"ך והנתיבות. ועכ"ז צ"ע דהא בב"ב שם אמר רבא זאת אומרת מנה לי בידך והלה א' א"י פטור אביי א' לעולם חייב ושאני הכא כו'. א"כ שיטת רבא שלא לחלק בזה והוכיח משם דמנה לי בידך והלה א' א"י פטור. וכיון דרבא אינו מחלק אלא ס"ל דבכל מקום דמהני ברי של הבע"ד ה"ה דמהני ג"כ ברי של אחר וידוע דאביי ורבא הלכה כרבא. א"כ הדין נותן דאף אם תובעו המלוה ע"י אחר והספק הוא בפרעון דיהיה חייב הלוה משום א"י אם פרעתי לפי מה דקיי"ל לדינא דהלכה כרבא דאף ברי של אחר נחשב לברי אף לענין חיוב ממון. ואף בטוענו ע"פ קרוב ג"כ יהיה חייב. אכן לפמש"כ התוס' בגיטין (דף כו ע"א) ד"ה התם כו' דגריס רבה מדאיירי אביי בתרי'. א"כ ה"ה הכא בב"ב גריס רבה מדאיירי שם אביי בתריה וכן נכתב בב"ב בצידו ע"כ שפיר כתב הש"ך לדינא דברי של אחר לא נחשב לברי דהא רבה ואביי הלכתא כבתראה וכמש"כ הרא"ש פ"א דב"מ סי' מ"ט ובשא"ד. וכיון דאביי ס"ל דברי של אחר לא נחשב לברי ע"כ שפיר קיי"ל כן לדינא: וכן יש להוכיח משבועות (דף מ"ו) דאמר רבא אפילו שומר נשבע אפילו אשתו של שומר נשבעת בעי ר"פ שכירו ולקיטו מאי. והנה הא דשומר נשבע ונוטל הבעה"ב ע"פ שבועתו זה הוי כמו ברי של הבע"ד לפי דהשומר הוי כמו בע"ד על החפץ שהיה בשמירה אצלו וכדמצינו בב"ק (דף ק"ח ע"ב) תבעו שומר והודה כו' אם באמת נשבע נפטר הגנב בהודאת שומר ופי' רש"י דתביעתו תביעה כו'. וכמש"כ הסמ"ע סי' ע"ב ס"ק ס"א בשם תשובת הרא"ש דראובן תובע הפקיד והפקיד תובע לשמעון. ע"כ שפיר אמרו דע"פ שבועת השומר נוטל הנגזל מהגזלן וכן אשתו של שומר דהוי כגופו נחשבת כמו טענת השומר. אבל ברי של שכירו ולקיטו כיון דהוי כמו ברי של אחר בזה איבעי' להו אם נוטל ע"פ שבועתו דאפשר דגם בזה שייך לומר 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 בע"ד וכן ברי של השומר. לכן ברי של אחר דלא מהני דהא אמר דשומר נשבע אבל שבועות אחר לא מהני. אף דנימא דלא חילק בזה רק בתקנת נגזל דהוי מדרבנן מ"מ הא חזינן דס"ל עכ"פ לחלק בזה יהיה מאיזה טעם שיהיה א"כ תקשה דאיך מוכיח רבא בב"ב (דף 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. ולכן מוכח דגרסינן בב"ב שם רבה דס"ל דאין לחלק בין ברי של הבע"ד לברי של אחר אבל לרבא י"ל דס"ל לחלק ג"כ כדס"ל לאביי לחלק כן:

ועדיין יש לדון דאף דגרסינן בב"ב דרבה ס"ל שלא לחלק בין ברי של אחר לברי של בע"ד הא שיטת הרי"ף בכ"ד דקיי"ל כרבה נגד אביי משום דהוא רבי' דאביי ואין הלכה כתלמיד במקום הרב כמש"כ הרי"ף בב"מ פ"א והובא ברא"ש שם סי' מ"ט ובב"ק פ"ב סי' א'. ובכתובות פ"ז סי' י"ג כתב שהגאונים נסתפקו בזה. וכ"כ הרא"ש בעירובין פ"ב סי' ד' דאין הלכה כאביי ורבא נגד רבה שהיה רבן. ועיין ברא"ש פ' כ"ג לשבת סי' א' ובקרבן נתנאל ס"ק ד' מזה. והדברים ארוכין ואכ"מ. וכיון די"ל דהלכה כרבה נגד אביי א"כ קשה להוציא ממון היכא שהמוחזק טוען קים לי דהלכה כרבה דס"ל שלא לחלק בין ברי של אחר משום דגם זה נחשב לברי. ובאמת הא מוכח דלדינא קיי"ל דאף מוציאין מהמוחזק ואינו יכול לומר דסומך אני על ברי של האחר כדמוכח מן מש"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק פ"ג במי שהלוה לחבירו על משכון ושכח כמה הלוה וקרובו יודע כמה דכותב הרשאה לקרובו כו'. אבל בלא הרשאה אין יכול להחזיק המשכון ת"י ולומר קים לי כהסוברים דהלכה כרבה נגד אביי. ומוכח מזה דזהו כלל ברור לדינא דאף להחזיק אינו מועיל ברי של אחר. ובאמת צ"ע דאמאי לא יהיה יכול לומר קים לי כהסוברים דהלכה כרבה נגד אביי. ומש"כ לעיל להוכיח מהתוס' כתובות (דף י"ב) אין זה הוכחה לדינא דהא התוס' מיירי שם אליבא דאביי כמבואר בתוס' שם. ולכן שפיר כתבו לתרץ דשבועת ד' מיירי היכא דשניהם לא ידעי וע"א מעיד שחייב דעיקר החיוב הוא אליבא דאביי משום מתוך שאינו יכול אינו יכול להשבע משלם משום דהא אביי בעצמו ס"ל בב"ב שם לחלק בין ברי של בע"ד לברי של אחר. אבל עדיין י"ל לדינא כרבה דאין מחלק ביניהם. וקשה להוציא מן המוחזק ולפ"ז ה"ה בטענו המלוה ברי והלוה אומר א"י א"פ ויש אחר האומר ברי שפרעו הלוה די"ל דאף דהלוה אין אומר ברי לי עכ"ז יש לצרף להברי של האחר דיהי' נחשב כמו ברי של הבע"ד להיות נפטר לשלם:

אך מצינו בכתובות (דף ע"ו ע"א) דרב אשי אמר רישא מנה לאבא בידך סיפא מנה לי בידך וכתבו התוס' שם דלכאורה י"ל דסברתו הוא משום דהברי של הבת לא מהני להאב דה"ל כמו מנה לאחר בידך דב"ב (דף קל"ה) כו' ודחו פי' זה והעיקר כפי' רש"י כו' עכ"ל. אבל הר"ן והרשב"א והריטב"א והשמ"ק שם כתבו דהעיקר הוא דרב אשי ס"ל דהברי של הבת לא מהני להאב וה"ל כטוען שמא ע"ש. א"כ מצינו לכל הראשונים הנ"ל דס"ל בכוונת רב אשי דס"ל כסברת אביי דמחלק בין ברי של בע"ד לברי של אחר ע"כ הכי

נקטינן לדינא דהא רב אשי בתראה כידוע ושפיר כתב הש"ך בסוף סי' ע"ה ס"ק פ"ג בפשיטות דהברי של האחר אינו מועיל אף היכא דהוי מוחזק. וכן כתב הר"נ בשבועות פ"ו בסוגיא דשם ד' מ"ב בפלוגתת ראב"י ורבנן שכתב בשם הרמב"ן שמוכיח מסוגיא דב"ב (דף קל"ה) דמסקינן דברי של אחר לא נחשב לברי ודינו כטענת שמא כו'. הרי דהרמב"ן ס"ל בפשיטות דברי של אחר לא נחשב לברי כלל וכתב דכן מסקינן בב"ב שם. וס"ל דהעיקר כמו שאמר אביי שם כן. ואף לשיטת הראב"ד דס"ל דאמר לי אבא חשוב כמו ברי שלו לחייב הנתבע שבועת התורה במודה במקצת והובא בסי' ע"ה סעי' כ"א היינו דוקא בטוען אמר לי אבא דיורש לזכות האב שהיה יכול לחייבו שד"א וכמש"כ הש"ך שם ס"ק פ"ב דהראב"ד מחלק בין אמר לי אבא לאמר לי אחר. ואף לפמש"כ בהגהות ר"ע איגר זצ"ל לסי' ע"ה בש"ך ס"ק פ"ב בשם המ"מ פ' י"ד ה' טוען דלהראב"ד אף ברי של אחר חשוב לברי כו' עכ"ל. י"ל דזה אינו רק לענין חיוב שבועה דמיירי שם המ"מ אבל לענין חיוב ממון י"ל דגם הראב"ד מודה לכל מה שכתבתי בשם הרמב"ן והר"נ והרשב"א והריטב"א והשמ"ק לכתובות (דף ע"ו) הנ"ל דכולהו ס"ל דהעיקר לדינא כדס"ל לאביי דברי של אחר לא נחשב להיות כמו ברי של הבע"ד לחיוב ממון ושפיר פסק הש"ך הכא ולקמן ס"ק פ"ג. דאף היכא דהוי מוחזק לא מהני ברי של אחר כלל:

ענף ב:

שוב ראיתי דיש להוכיח כן מקידושין (ד' מ"ג ע"ב) במה דאמרו הן הן שלוחיו הן הן עדיו וכן בדיני ממונות כו' מאי קסבר אי קסבר המלוה חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים כו' לעולם קסבר א"צ לפורעו בעדים ומיגו דיכלי למימר פרעני' למלוה כו'. ובהגהות הב"ח כתב דגירסת ס"א ואי קסבר המלוה בעדים א"צ לפורעו בעדים הני עדים ל"ל אלא לעולם קסבר א"צ לפורעו בעדים ואי אמר אנא פרעתיו ה"נ הב"ע דא"ל פרעתיך ע"י שליח ואמטו להכי צריך עדים ועדים נמי מיגו דיכלי כו' עכ"ל. וכן הוא גירסת הרשב"א והריטב"א והר"נ שם. וז"ל הרשב"א שם אי קסבר המלוה את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים עדים ל"ל פי' דקס"ד דמקשה דכיון דחזקה שליח עושה שליחותו ועוד דאינהו אמרי פרענא יכול לוה למימר לי' בברי פרעתיך ונפ"מ כששלח לו ע"י קרובים דאינם נאמנים בתורת עדות נאמנים הם לסמוך עליהם ולטעון ע"י טענת ברי שפרעו. ואהדר לי' כיון דלאו איהו אמר לו אנא פרענא לך אלא ע"י שליח לאו ברי גמור הוא לומר ע"י פרעתיך אלא שאם כשרים הם שנים נאמנים מתורת עדות עכ"ל הרשב"א. וכ"כ הר"נ והריטב"א שם. א"כ למדנו מסוגיא מפורשת דמה שאומר מפי אחר לא נחשב לברי אף היכא דהוי ליפטר ולכן התם דמיירי במלוה ע"פ וכמש"כ גם הר"נ שם ועיקר חיוב הלוה

הוא משום א"י אם פרעתי דאף שאומר הלוה ברי ע"פ השלוחין דמ"מ כ"ז שאינם נאמנים בתורת עדות חייב הלוה. ובאמת מן סוגיא דב"ב (דף קל"ה) דמסיק אביי שם דע"פ האחר לא נחשב לברי אינו מוכח רק היכא דבא להוציא ע"י הברי שלו בזה מצינו דאמרו שם דזה לא נחשב לברי אבל היכא דהוי ליפטר עדיין היה להסתפק דילמא נחשב זה לברי. אכן מסוגיא מפורשת דקידושין הנ"ל מוכח בפי' דאף להפטר לא נחשב לברי ומוציאין ממון מהלוה דהוי דינו כמו טוען טענת ספק ממש. וגם מוכח מסוגיא הנ"ל דאף היכא דטוען ברי ע"פ עד כשר ג"כ דינו כטענת שמא כ"ז דליכא שני עדים כשרים כדמוכח בקידושין דאמרו הן הן שלוחיו הן הן עדיו וכמש"כ הרשב"א כנ"ל:

ומסוגיא דקידושין הנ"ל מוכח דגרסינן בב"ב (דף קל"ה) רבה אמר זאת אומרת מנה לי בידך כו' דלפי גרסתינו רבא אמר כו' משום דס"ל דאין לחלק בין ברי של אחר לברי של הבע"ד א"כ תקשה דהא שם בקידושין בעל המימרא הוא רבא א' ר"נ הן הן שלוחיו ועדיו וכן בד"מ. וע"ז מסיק הש"ס דהברי של אחר לא מהני ואמטו להכי צריך לעדים ותקשה דהא רבא ס"ל בב"ב זאת אומרת כו' ואינו מחלק בין ברי של אחר כו'. ולכן מוכח מזה דגרסינן בב"ב רבה. ואין סברא לומר דרבא אמר שם בקידושין כן בשם ר"נ ולי' לא ס"ל. וראיתי כעת בשמ"ק לכתובות (דף י"ב ע"ב) בד"ה הא דרב יהודה כו' דהביא שם בסה"ד בשם הרמב"ן דכתב דגרסינן בפ' י"נ גבי מתניתין דזה אחי כו' ואמר רבה עלה זאת אומרת כו' עכ"ל. הרי דגרס בב"ב ג"כ רבה ולא רבא. ולפי מה שכתבתי זהו מוכרח מקידושין הנ"ל. וכן יש להוכיח מב"ק (דף י"א) וב"מ (דף ל"ו) דרבא ס"ל שומר שמסר לשומר חייב ולכמה פוסקים הטעם משום דה"ל א"י א"פ כמש"כ הש"ך סי' רצ"א ולא מהני ברי של השומר השני אף במקום דלא הוי נוגע ועיין ברא"ש ב"מ רפ"א וקצרתי. ודע דאין להביא ראי' לנ"ד מהא דחנוני ופועלים דסי' צ"א שכתבו דפועלים נוטלים מן הדין דה"ל הבעה"ב כאיני יודע אם פרעתי אף דהבעה"ב אומר ברי ע"פ אמירת החנוני דמכחיש להפועלי' ולכאורה מוכח מזה דהברי של אחר לא נחשב לברי אף להפטר. אבל באמת אין זה ראי' כלל דשא"ה דהחנוני ה"ל נוגע בדבר ומבואר בסי' ע"ה סעי' כ"ג דברי של נוגע לא נחשב כמו ברי של הבע"ד וכ"כ הש"ך שם ס"ק פ"ב. אכן מהא דקידושין דאמרו שם דמקודם שבועת היסת לא הוו נוגעין ויכלי למימר אהדרינהו להלוה כו'. שפיר הוכחתי כן. וגם האידנא לאחר שתיקן ר"נ ש"ה ג"כ לא הוו נוגעין כמש"כ התוס' בקידושין שם והר"ן והובא בש"ך סי' קכ"א ס"ק נ"א דעיקר פסולן הוא משום דהוי עד הצריך שבועה כו' וכ"כ האו"ת שם ס"ק י' וס"ק י"ד. וסתמו שם לדינא דהשליח אינו נאמן ומשמע אף במלוה בע"פ דהי' מהני ברי של הלוה להיות פטור ועיין ש"ך שם

ס"ק נ"ח וביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ל"ד. ומוכח כמש"כ דאף ברי שאינו של נוגע ג"כ לא נחשב כמו ברי של הבעל דין אף ליפטר וכמש"כ להוכיח מסוגיא דקידושין כמו שכתבו הרשב"א והריטב"א והר"נ:

וכן מוכח מן תוס' כתובות (דף י"ח) ד"ה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת כו' וב"מ (דף ג) תוס' ד"ה מפני מה כו' עלה דאמר רבה שם דמודה מקצת נשבע ולא כופר הכל דמנלן דכופר הכל פטור ואין לומר מדאיצטריך למכתב שע"א מחייבו שבועה כו' דהא איצטריך במקום שאינו תובע כלום והעד מעיד כו'. א"כ מוכח מזה דאף ברי של עד כשר ג"כ לא נחשב לברי דאל"כ תקשה על דבריהם שכתבו דהא איצטריך במקום שאינו תובע כלום כו'. דלפ"ז גם בכה"ג לא איצטריך דהא אי נימא דכופר הכל חייב א"כ ה"ה במקום שאינו תובע והעד מעיד ג"כ נחשב לטענת ברי ע"פ העד. ומוכח מזה דטענת ברי ע"פ אחר אף שאינו קרוב ג"כ לא נחשב לברי של הבע"ד. והא דהקשו התוס' שם על הא דרבה דאמר מ"מ מודה מקצת ישבע הנה באמת בשיטת רבה שפיר י"ל דלשיטתו דס"ל בב"ב (דף קל"ה) זאת אומרת כו' דכתבתי דמוכח דס"ל לרבה דגם ברי של אחר נחשב להיות כמו ברי של בע"ד. דלפ"ז י"ל דרבה הוכיח דכופר הכל פטור מהא דאיצטריך למכתב ע"א דאין לומר דאתי להיכא דאין תובע כלום כו' דהא לשיטתו ידענו זה ג"כ דחייב שבועה ע"י מה דהאחר אומר ברי דה"ל כתביעת בע"ד. ועיקר קושיות התוס' הוא לשיטת אביי דשם דס"ל דברי של אחר לא הוי כברי של בע"ד ובפרט לפמש"כ דכן קיי"ל לדינא והא כ"ע ס"ל דכופר הכל פטור ע"כ שפיר הקשו התוס':

וזה ברור דאין לפרש בב"ב (דף קל"ה) הנ"ל דרבה דאמר זאת אומרת כו' יפרש להא דזה אחי כו' דמיירי דהאח הספק אומר כן בברי דהוא אחיו. ואביי יפרש דמיירי דא"י רק ע"פ אחיו. דז"א סברא כלל לפרש כן דא"כ מנלן לרבה להוכיח לומר זאת אומרת מנה לי והלה א' א"י פטור הא יש לפרש דמיירי דהאח הספק א"י כלום ובאמת מוכח כמו שכתב הרשב"ם שם לפרש גם בדברי רבה דעיקר תביעתו הוא ע"י אמירת אחיו וס"ל דזה חשוב כמו ברי של הבע"ד. ולכן אביי אינו מוסיף בפירושו לומר דמיירי באינו תובעו רק ע"פ אחיו רק קאמר בפשיטות דשאני הכא דכמנה לאחר כו' וקאי על הא דלעיל מיני' דגם רבה מפרש כן רק עיקר פלוגתתם אי אמירת האחר נחשב לברי וזה פשוט:

ענף ג:

והנה התוס' בשבועות (דף מ"ז ע"ב) ד"ה אי אמרת בשלמא כו' הקשו למ"ד מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב היכי מוקי האי קרא כו' וי"ל דמוקי לה כרב ושמואל דבסמוך א"נ ה"ק שבועת ד' תהי' בין שניהם היכא דשייכא ומי שאינו יכול להשבע משלם כו'

עכ"ל. וכוונתם כמש"כ התוס' בכתובות (דף י"ב) ד"ה רב הונא כו' דמ"ד חייב יפרש להאי קרא דקאי על שבועת ע"א. וראיתי בספר מחנה לוי בחי' לשבועות שם שכתב לתרץ קושיות התוס' הנ"ל לפי שיטת רוב הפוסקים שהביא הרמ"א בח"מ סי' ע"ה דמה ששמע מפי אחר מיקרי טענת ברי כו' א"כ משכחת האי קרא בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא ויש אחר שאומר שיודע שאין הנתבע חייב רק חמשים דעיקר חיובו הוא משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דאלו משום ברי ושמא ברי עדיף הא איכא ברי אחר המכחישו וה"ל כאלו טוען הנתבע ברי כו' ולא הוי עד מסייע לפטור משבועה די"ל דהאחר הוא קרוב כו' עכ"ל. ולענ"ד זה אינו דהא עיקר קושיות התוס' הוא למ"ד דמנה לי בידך והלה אומר א"י חייב. ולהך מ"ד מוכח דס"ל דברי של אחר לא מקרי ברי דאל"כ תקשה עליו מהך דב"ב (דף קל"ה) דזה אחי אינו נאמן דמבואר התם דאביי תירץ להך מ"ד דחייב דשא"ה דכמנה לאחר בידך דמי. ע"כ ה"ה דלהך מ"ד לא מקרי ברי של האחר להיות כמו ברי של הנתבע להפטר. וידעתי כי יש מקום לחלק דדוקא להוציא לא מקרי ברי של אחר כמו ברי של הבע"ד אבל ליפטר עדיין י"ל דמקרי ברי. ויש להסביר זה ביתר ביאור דדוקא לענין מנה לי בידך והלה א' א"י דעיקר מעלת התובע הוא משום ברי שלו וגריעותא דהנתבע נגדו לפי דטוען שמא בזה שפיר אמרו דאין מהני ברי של אחר בזה להוציא מהמוחזק. אבל לענין טובת הנתבע שפיר י"ל דמהני ברי של אחר ג"כ לגרע עכ"פ מעלת הברי של התובע דלא יהיה נחשב כ"כ מעלת וזכות התובע בטענת ברי שלו להוציא ממון משום דמוקמינן ברי נגד ברי עכ"פ ואין בכח התובע להוציא בזה מהמוחזק ולפ"ז שפיר יש מקום לדברי המחנה לוי:

אבל באמת הא כבר כתבתי לעיל להוכיח מקידושין (דף מ"ג) לגירסת הרשב"א והר"נ והריטב"א שכתבו בפי' הסוגיא דשם להדיא דגם ברי של הנתבע ע"י אחר אין ממש בזה לגרע זכות ומעלת ברי של התובע בענין א"י אם פרעתי משום דכיון דהנתבע בעצמו א"י דינו כטענת שמא ממש ומוציאין ממנו הממון. א"כ ה"ה להך מ"ד דמנה לי בידך והלה אומר א"י חייב אין כח ע"י ברי של אחרים לגרע טענת וזכות התובע. ושפיר הקשו התוס' בשבועות ובכתובות ובאמת מוכח גם מדברי התוס' מדלא תירצו כמש"כ המחנה לוי. דס"ל ג"כ כמש"כ בשם הרשב"א והריטב"א והר"נ דקידושין הנ"ל דאף להפטר לא מהני ברי של הנתבע ע"י אחרים וכיון דהוא עצמו טוען שמא דינו כטענת שמא דחייב להך מ"ד דברי ושמא ברי עדיף:

ובעיקר דברי התוס' שבועות (דף מ"ז) הנ"ל שכתבו בתירוץ קמא דמוקי לה כרב ושמואל כו'. יש להקשות דמה יענו התוס' לאביי דאית לי' בב"ב (דף קל"ה) דמנה לי בידך והלה

אומר א"י חייב ועיין תוס' שם ד"ה אביי אמר כו'. וכמש"כ התוס' בכתובות (דף י"ב ע"ב) ד"ה רב הונא כו'. דאביי אית ליה מנה לי בידך כו' חייב ובפ' ח"ה (ד' ל"ד) משמע דאית ליה לדר' אבא כו' עכ"ל התוס'. וכן מוכח בשבועות (דף ל"ב) דאמר אביי הכל מודים בע"א דר' אבא כו'. וכיון דאביי אית ליה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם א"כ תשאר קושיות התוס' דהיכי מוקי לה האי קרא כו'. ויש לי כמה דרכים לפלפל בזה. והאמת יורה דרכו דהתוס' בתירוץ קמא דשבועות הנ"ל ס"ל שלא כמש"כ בכתובות הנ"ל דאביי אית ליה מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב. אלא י"ל דאביי ס"ל לעצמו לדינא דמנה לי בידך והלה א' א"י פטור והא דקאמר בב"ב אביי אמר לעולם אימא לך חייב. היינו דכוונתו לדחות להך זאת אומרת דאמר רבה דע"ז א' אביי דהך הוכחה אינו מוכרח די"ל דשא"ה דכמנה לאחר כו'. אבל לעולם י"ל דאביי ס"ל דפטור ולפ"ז אתי שפיר דברי האו"ת בסי' ע"ה ס"ק ו' על מש"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק כ"ז דספק פרעון קודם להלואה ה"ל א"י א"פ. והוכיח כן ממה דאמר אביי חיישינן שמא ספק מלוה ישינה דאל"כ ה"ל כא"י א"נ דפטור. ולעיל בחידושי לסעי' ט' ש"ך הנ"ל כתבתי להקשות עליו דהא לאביי דאית ליה א"י א"נ חייב כמש"כ התוס' כתובות (דף י"ב) אין מקום לדבריו. ותרצתי שם דברי האו"ת. אכן לפי תירוץ א' של התוס' שבועות הנ"ל דמוכח לפ"ז דאביי אית ליה מנה לי והלה א' א"י א"נ פטור דאל"כ תקשה היכי מוקי ליה הך קרא דשבועת ה' כנ"ל ע"כ שפיר כתב האו"ת להוכיח כן. ויש לי בכ"ז רוב פלפולים לתרץ דברי התוס' בשבועות וכתובות הנ"ל ובמה שלא כתבו להוכיח מהא דשבועות (דף ל"ב) דאביי אית ליה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם רק אכמ"ל בכ"ז וקצרתי:

ואחר כותבי כ"ז נזכרתי וראיתי בהפלאה לכתובות (דף פ"ה) על תוס' ד"ה מיגו דיכלי כו' שכתב להסתפק בא"י א"פ ויש עד כשר שמעיד שפרע דפטור לפי דמצטרפין ברי דע"א לחזקת ממון והניח בצ"ע. ודברי ההפלאה הנ"ל הובא בשו"ת ברית אברהם ח' ח"מ סי' ה' ופלפל בזה הרבה ולא העלה בזה דבר ברור. ותמהני עליהם איך לא הביאו לדברי הרשב"א והריטב"א והר"נ דקידושין הנ"ל שכתבו לפרש לסוגיות הגמ' דקידושין הנ"ל דמיירי במלוה ע"פ ואפ"ה קאמרי שם בסוגיא מפורשת לגירסתם דלא הוי ממש בטענת הלוה ע"י עד כשר כ"ז דליכא שני עדים כשרים ודינו כמו טענת שמא וחייב משום א"י א"פ משום דאין ע"א קם לממון כלל. וראיתי בברית אברהם שם שהביא בשם תשובת שב יעקב ח' ח"מ סי' ה' שפסק ג"כ דלא מהני ברי של העד בא"י א"פ:

ואין ת"י ספר שב יעקב הנ"ל ואיני יודע טעמו מפני מה פסק כן. והעיקר כמש"כ בשם כל הראשונים הנ"ל. דלא מהני כלל ברי של אחר אף של ע"א כשר ודינו כמו כל טענת שמא דחייב בא"י א"פ:

ענף ד:

והנתיבות ס"ק ח' כתב בשם הכנה"ג שכתב לתרץ קושיות הש"ך דלכן נקטו הטעם דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לענין דאינו יכול לומר נזכרתי שפרעתי כו'. והעלה דרק בע"א מעיד שאינו פרוע בזה א"י לומר נזכרתי שפרעתי כיון דבשעה שהעיד העד טען הלוה א"י והי' נאמן כשנים שוב א"י לומר שנזכר דכבר נעשה העד כשנים כו'. וכן הקצה"ח ס"ק ח' כתב להסתפק בכל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אם יכול לומר נזכרתי וחילק ג"כ דשאני היכא דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"י ע"א די"ל דדינו כשנים משום דכ"מ שהאמינה תורה לע"א דינו כשנים כו' עכ"ל. ולענ"ד נראה להוכיח מן התוס' ב"מ (דף ג' ע"א) ד"ה מ"מ אמרה תורה כו' ובכתובות (דף י"ח ע"א) ד"ה מ"מ אמרה תורה כו' שהקשו מנלן דכופר הכל פטור ואין לומר מדאיצטריך למכתב שע"א מחייבו שבועה כו' הא איצטריך במקום שאינו יודע כו' עכ"ל התוס'. ומה דיש לדון בזה דהא נפ"מ היכא דליכא טענת שתי כסף כו'. כבר העיר בזה השיטה מקובצת לב"מ שם. א"כ מוכח מזה דאין לחלק בין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דע"א לשארי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לענין דיכול לומר נזכרתי דאל"כ ה"מ התוס' לומר דלכן ליכא למילף מדאיצטריך למכתב דע"א מחייבו שבועה. משום דנפ"מ מזה לענין דא"י לומר נזכרתי שפרעתי היכא דההיוב שבועה הוי משום הע"א:

אך י"ל דז"א הוכחה דבאמת למאן דאית לי' מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם י"ל בפשיטות דאינו ראי' מדאיצטריך למכתב שבועה דע"א משום די"ל דנפ"מ להיכא דטען מתחלה איני יודע ואח"ז אומר נזכרתי דמשום שבועת כופר הכל היה יכול לומר נזכרתי ומשום חיוב שבועת ע"א א"י לומר נזכרתי וכמש"כ הקצה"ח והנתיבות. אך למאן דס"ל דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם א"כ לא שייך לומר כן ע"כ הוצרכו התוס' לומר דיש לדחות דאתי לחייב שבועה היכא דאין הבע"ד יודע כו'. ועכ"ז שפיר כתבתי דהא כבר כתבתי לעיל דמה שכתבו התוס' די"ל דאתי לחיוב שבועה היכא דאין הבע"ד יודע ותובעו ע"פ העד. דלשיטת רבה דס"ל בב"ב (דף קל"ה) דגם ברי ע"פ אחר נחשב לברי כמו ברי של הבע"ד א"כ לפ"ז אין מקום לדחיות התוס' לומר דאתי להיכא דאין הבע"ד יודע כו'. דהא גם היכא דתובעו ע"פ אחר ג"כ הוי כמו ברי של הבע"ד ואי

נימא דכופר הכל חייב שבועה א"כ ממילא ידענו דאף בתובעו ע"פ העד חייב שבועה א"כ מוכח לשיטת רבה בפשיטות דכופר הכל פטור מדאיצטריך למכתב שבועת ע"א. ועיקר כוונת התוס' הוא אליבא דאביי דס"ל לחלק בב"ב שם בין ברי של הבע"ד לברי של אחר. וכיון דאביי ס"ל דאמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמש"כ התוס' בכתובות (דף י"ב) וכנ"ל. ע"כ שפיר כתבתי דה"מ התוס' לומר דלכן איצטריך למכתב שבועת ע"א לענין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דטען מתחלה איני יודע ואח"ז אומר נזכרתי כו'. וכיון דחזינן דהתוס' לא כתבו כן א"כ מוכח דאין לחלק בין חיוב שבועת ע"א לשארי שבועת בשום גווני וממילא ה"ה לענין אם יכול לומר נזכרתי אין לחלק כלל ביניהם. ועדיין יש לדחות להוכחתי הנ"ל די"ל דוקא אם עיקר החיוב שבועה הוא רק ע"י העד וזולת העד לא הי' מחויב שבועה ע"כ שפיר י"ל כסברת הקצה"ח והנתיבות דאמרינן בזה להכלל דכ"מ שהאמינה תורה לע"א ה"ה כשנים כיון דנתחייב שבועה ע"י הע"א. אבל אי נימא דגם כופר הכל חייב שבועה וה"ה אם אומר א"י ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אף במנה לי בידך והלה אומר א"י וכיון דעיקר חיוב שבועה הוי אף בלא עדות העד ע"כ לא שייך בזה לומר הכלל דכ"מ שהאמינה תורה כו'. דהא לא הוי שום תועלת כלל מן עדות הע"א בעת עדותו אז כיון דנימא דגם כופר הכל חייב שבועה. [וכש"כ למש"כ דעיקר דברי התוס' הוא לאביי וכיון דאביי אית לי' שם בב"ב דמנה לי בידך והלה אומר א"י חייב א"כ ממילא היה עליו אז חיוב ממון בעת שהשיב איני יודע אף בלא הגדת הע"א. אך בזה יש לדון הרבה וקצרתי]: ולפ"ז יש לדון ג"כ בעיקר דברי הכנה"ג שכתב דנפ"מ בין חיובו ע"י מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לחיובו ע"י א"י א"פ לענין אם י"ל נזכרתי. דהא היכא דטען מתחלה א"י א"פ דאף בלא חיובו ע"י הע"א ג"כ הי' חייב בעת שטען א"י א"כ ממילא לא שייך בזה הכלל שכתבו דכ"מ שהאמינה תורה ה"ה כשנים לענין דלא יהיה יכול לומר נזכרתי. דהא אף בלא הגדת הע"א נתחייב מתחלה ע"פ טענתו דטען א"י א"פ. א"כ לא שייך בזה לומר דאתחזק לנו עדותו של הע"א כשנים כבר כיון דלא היה לנו שום תועלת מעדותו. ומ"מ י"ל דשפיר כתבו הכנה"ג והקצה"ח והנתיבות דהא בטען א"י אם נתחייבתי וע"א מעיד דחייב דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"י עדות העד א"כ בזה שפיר שייך לומר סברתם שכתבו דשייך לומר בזה כ"מ שהאמינה תורה לע"א ה"ה כשנים כיון דאיתחזק הענין כבר ע"י עדות הע"א וכעין מש"כ הרמב"ם פ' ט"ז ה' סנהדרין ה' ו'. דהא בלא עדותו היה מיפטר בטען א"י א"נ. א"כ אין סברא לומר דאם יטעון א"י א"פ יהיה יכול לומר נזכרתי כיון דלא היה שום תועלת מעדותו ואם יטעון א"י א"נ לא יהיה יכול

לומר נזכרתי. דהא א"י א"פ יש מקום לחייבו ביותר מן א"י א"נ כמבואר בפשיטות וע"כ שפיר כתבו האחרונים הנ"ל. דמחמת עדות של הע"א א"י לומר נזכרתי. אבל במש"כ התוס' לענין כופר הכל די"ל דיהיה חייב שבועה שפיר כתבתי כיון דכופר הכל חייב שבועה א"כ אין שום תועלת כלל לעולם מן חיוב שבועה דע"א כלל באיזה ענין דהא בלא עדותו שייך לעולם דין שבועה ומחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"כ שפיר כתבתי דאין ראי' מן התוס' כלל לנ"ד כנ"ל: ענף ה:

אך יש להוכיח מן תוס' כתובות (דף י"ב) דלא כדברי האחרונים הנ"ל דהא התוס' שם ד"ה רב הונא כו' הקשו לאביי דס"ל מנה לי בידך והלה א' א"י חייב א"כ איך ס"ל לדר' אבא ותירצו די"ל דאתי להיכא דא"י זולת העד כו' וכן הקשו התוס' בשבועות (דף מ"ז) דלמאן דאית לי' ברי ושמא ברי עדיף א"כ ל"ל קרא על מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. א"כ מוכח מדבריהם דס"ל דכמו דיכול לומר נזכרתי היכא דנתחייב משום ברי ושמא ברי עדיף דה"ה אם חייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. דאי נימא כמש"כ הקצה"ח דיש מקום לומר דשאני אם חייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דאינו יכול לומר נזכרתי. א"כ אין שום מקום לקושיות התוס' דהא שפיר איצטריך קרא על מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לענין דא"י לומר נזכרתי משום זה. וכן יש להוכיח מהתוס' כתובות הנ"ל דגם אם הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"י הע"א ג"כ יכול לומר נזכרתי דהא התוס' הוצרכו לדון דנפ"מ מן ע"א היכא דאין הבע"ד יודע זולת העד. ומשמע דאם הבע"ד עצמו יודע אין שום נפ"מ כלל מן עדות הע"א. ואי נימא דשאני היכא דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"י הע"א דאינו יכול לומר נזכרתי א"כ הא גם אם הבע"ד יודע הוי נפ"מ מן חיוב שבועה דע"א לענין דא"י לומר נזכרתי א"כ מוכח מהתוס' דלא ס"ל כסברת החילוק של האחרונים הנ"ל:

שוב ראיתי דלפמש"כ לעיל לדון דהיכא דהחיוב ממון הי' יכול לחול עליו אף בלא הגדת העד דכה"ג אף לדברי האחרונים היה יכול לומר נזכרתי אף דיש ע"א. א"כ לפ"ז יש לדחות ההוכחה מהתוס' הנ"ל. והוא דדוקא באומר א"י א"פ בזה שפיר כתבו דאם יש ע"א המחייבו שבועה ואינו יכול להשבע משלם אם אומר א"י דלכן אף באומר נזכרתי חייב כיון דכבר היה מהימן הע"א וכ"מ שהאמינתו תורה ה"ה כשנים. ואף דבאומר א"י אם פרעתי היה חייב זולת העד ולא היה שום תועלת מהעד מ"מ כיון דהאומר א"י אם נתחייבתי הדין הוא לדידן דפטור זולת העד. ורק אם ע"א מעיד אז הדין דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"י העד ושייך בזה הכלל דכ"מ שהאמינה תורה ה"ה

כשנים כיון דאיתחזק לנו כבר עדותו וכמש"כ הרמב"ם פרק ט"ז הלכות סנהדרין ה' ו' כעין זה גבי ע"א באיסורין דכיון דאיתחזק לנו עדותו כבר ה"ה כשנים ולוקין ע"פ וכיון דדינו כשנים ע"כ אינו יכול לומר נזכרתי וממילא אין סברא לומר באומר א"י אם פרעתי כיון דחייב אף זולת העד דישתנה הדין בזה דהא באומר א"י א"נ. דאין בו חזקת חיוב לא יהיה יכול לומר נזכרתי וחייב ע"י עדותו דע"א. ואלו בא"י א"פ יהיה פטור באומר נזכרתי אף דיש ע"א המעיד דהוא חייב וע"ז שייך לומר יציבא בארעא כו'. ולכן כיון דהדין הוא הוא דבא"י א"נ א"י לומר נזכרתי אם יש ע"א א"כ ממילא כש"כ בא"י א"פ דא"י לומר נזכרתי וחייב. ושפיר כתבו האחרונים. אבל בנידון שכתבו התוס' דמיירי למאן דאית ליה מנה לי בידך והלה אמר א"י חייב א"כ לא הוי שום תועלת כלל מן עדות הע"א אף באומר א"י א"נ דהא אף בלא עדותו הדין הוא להך מ"ד דחייב ע"כ הדין נותן דאף דיש ע"א דג"כ יכול לומר נזכרתי דהא לא שייך לומר כלל הסברא דכ"מ שהאמינה תורה ה"ה כשנים ואתחזק עדותו כבר לנו כשנים כנ"ל דהא לא הוי שום תועלת כלל לעולם בשום גוונא מן עדותו של הע"א להך מ"ד דבא"י א"נ חייב ע"כ שפיר הוצרכו התוס' לתרוצי דאתי קרא דמתוך שאינו יכול להשבע משלם בתובע ע"פ הע"א. ואין שום ראיה מהתוס' לדחות לדברי האחרונים דכתבו דבע"א המחייבו משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם א"י לומר נזכרתי:

ובעיקר קושיות הפוסקים שהקשו דל"ל לחייב בא"י א"פ משום אינו יכול להשבע משלם ע"י העד הא בלא"ה חייב. יש לומר דלפי מש"כ הט"ז בסוף הסימן דאם נולד הספק אם פרעו במטבע מזוייפת דאין לחייבו משום א"י א"פ דעיקרו משום חזקת חיוב כיון דכבר נסתלק ממנו בחזקת פטור וכמש"כ הט"ז שם. וכן לפמש"כ האו"ת בסי' צ"א ס"ק ג' דהיכא דיש חזקה שליח עושה שליחותו דסותר לחזקת חיוב די"ל דאינו חייב משום א"י א"פ ע"ש. וכן לפמש"כ השער משפט בסי' פ"ט ס"ק א' בשכיר דעבר זמנו דאינו חייב באומר א"י א"פ כיון דיש חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין וחזקה אין שכיר משהה שכרו דסותר לחזקת חיוב דאינו חייב משום א"י א"פ ע"ש. א"כ משכחת הרבה גווני דאין לחייבו משום א"י א"פ ולכן נקטו הטעם דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"פ הע"א ויש להאריך בכ"ז: העולה לנו מכל מה שנתבאר דברי של אחר לא הוי ברי כלל ודינו כטענת שמא ואף בבא ליפטר כמו באיני יודע אם פרעתי ויש ע"א כשר המעיד דפרעו דמ"מ מוציאין ממון מהלוה. וכן נתבאר דבחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דיכול לומר נזכרתי שפרעתי כולו אך אם ע"א מעיד דחייב וה"ל מחוייב שבועה

ואינו יכול להשבע משלם אינו יכול לומר נזכרתי שפרעתי וכמש"כ הכנה"ג והקצה"ח והנתיבות לדינא:

יב (שם סעיף ט"ו):

י"א דלא אמרינן בשבועה ע"י גלגול מתוך שאינו יכול להשבע משלם כו' וי"א שכיון שנתחייב שבועה מה"ת כו' קרינן ביה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם:

ענף א:

מקור פלוגתתם הוא בהא דתנן במשנה בב"מ (דף ק') הלוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול והקשה הבעה"מ דתקשה מזה למ"ד דלאו ברי עדיף ומה דתירץ הרז"ה שם דקאי על תביעת כסות עבד ועומרי שדה הקשה הרמב"ן במלחמות שם דאטו כסות קתני עבד קתני כו' וכמו שהקשה ר' אושעיא שם בסוגיא וע"כ הוכיחו מזה דאמרינן גם בג"ש דין מתוך שאינו יכול להשבע משלם וכמש"כ הר"ן והנ"י שם והמ"מ פ' כ' ה' מכירה ה' י"ב והריטב"א בחי' לב"מ שם ובספר מישרים לרבינו ירוחם נתיב שלישי סוף חלק חמישי ובשמ"ק לב"מ שם. ושיטת הסוברים דבג"ש לא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם י"ל דס"ל להתירוץ שכתב הבעה"מ דמ"ד דס"ל דלאו ברי עדיף יפרש להך משנה כרב דמפרש להמשנה שם דמיירי בטוענו דמי עבד כו' או כשמואל בטוענו כסות כו' ועומרי שדה כו'. אך באמת זה דוחק וכמש"כ הרמב"ן שם. ולכן העיקר מה די"ל בזה דשיטת הסוברים כן יסברו להתירוץ שכתב השמ"ק בב"מ שם בשם הראב"ד די"ל עוד דלכן זכה בגדול אף דקיי"ל דחזקת ממונא עדיף מן מעלת ברי משום דהא אוקימנא שם להמתניתין דמיירי בעומדת באגם ובסימטא וכיון דלא הוי מוחזק ממש רק מעלת חזקת מרא קמא ע"כ בזה לכ"ע אמרינן דמעלת ברי עדיף ע"ש. והובא כ"ז בספרי נחל יצחק סי' נ"ט ס"ק ב' ובסי' ע"ב סעיף י"ח ענף ב'. וי"ל דזהו שיטת רש"י בב"ק (דף צ"ו ע"ב) בהא דתני שם המחליף פרה בחמור וילדה ז"א ברשותי ילדה והלה שותק זכה בה ופי' רש"י משום דברי ושמא ברי עדיף. והקשו התוס' שם דתקשה מזה על מ"ד דלאו ברי עדיף ולכן כתבו דהטעם התם משום דשתיקה כהודאה דמי וכ"כ הרשב"א והנ"י בב"מ והמ"מ פ' כ' ה' מכירה ה' י"א והסמ"ע בסי' רכ"ג ס"ק ז'. אבל בשיטת רש"י י"ל דס"ל דאין לומר הטעם דשתיקה כהודאה דמי וכמבואר בסי' פ"א סעי' ז' דלאו בכל דוכתי אמרינן דשתיקה כהודאה דמי ועיין בש"ך שם ס"ק י"ז מה שהביא בשם פסקי מהר"מ רקנטי והגהת אשרי פ' המפקיד וסעד לזה מב"מ (דף ל"ז). ובש"ך שם ס"ק ט'. אלא ס"ל לרש"י דהטעם הוא משום דברי ושמא ברי עדיף וס"ל לרש"י כשיטת הסובר דנגד חזקת מ"ק כ"ע מודו דברי עדיף וא"ש שיטת רש"י משום דהברייתא תני שם זה אומר א"י וז"א

א"י יחלוקו ואתי כסומכוס ומיירי בעומדת באגם כדמוקמינן בב"מ (דף ק'). ועיין בתוס' שם ד"ה הא מני סומכוס כו'. ועיין בסי' רכ"ג סעי' ב' ובאר הגולה שם: והתוס' והרשב"א דכתבו שם דלמ"ד לאו ברי עדיף דאלו לא היה הטעם שם דשתיקה כהודאה דמי לא היה נוטל אף דטוען ברי ומשמע דאף היכא דקיימא באגם ג"כ הדין כן י"ל דאזלו לטעמייהו דהתוס' בב"ק (דף מ"ו ע"א) ד"ה שור שנגח כו' כתבו דמיירי שם בעומד באגם דאל"כ לא הוי פליג סומכוס כו'. וכ"כ הרשב"א בחידושיו שם ואמרו בגמ' שם זו דברי סומכוס אבל חכמים אומרים הממע"ה כו' אפילו ניזק אומר ברי ומזיק שמא כו'. א"כ מוכח מזה דאף בעומדת באגם הדין הוא דחזקת מ"ק עדיף מן מעלת ברי וכמש"כ הרשב"א שם דאף בעומד באגם נקרא מוציא כיון דמוקמינן בחזקת מ"ק. ובאמת יש להקשות על הסוברים לחלק דשאני חזקת מ"ק דבזה כ"ע מודו דברי עדיף דא"כ אמאי אמרו שם דניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא הממע"ה דהא מיירי שם בעומד באגם כמש"כ התוס' והרשב"א שם. וי"ל דאין זה קשה לפי מש"כ השמ"ק בב"ק שם (דף מ"ו ע"א) ד"ה זו דברי סומכוס שהקשה לקושיות התוס' שם ותירץ בשם רשב"ם דהא דמוקי התם בעומד באגם משום דמיירי בברי וברי אבל במתניתין דמזיק אומר שמא ניחא דאמר סומכוס חולקין אע"פ שהוא מוחזק כו'. וכ"כ הפני יהושע הכא לתרץ לקושיות התוס' ע"פ דברי התוס' דב"מ (דף ק') ד"ה ה"מ סומכוס כו'. וכבר הקדימו בזה השמ"ק כנ"ל. וי"ל דשיטת הסוברים דנגד חזקת מ"ק ברי עדיף ס"ל דמה דאמרו בב"ק (דף מ"ו) דחכמים אומרים דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא הממע"ה. דיפרשו דמיירי במוחזק ממש ואף בזה פליג סומכוס כנ"ל. אבל בעומד באגם לכ"ע ברי עדיף נגד חזקת מ"ק:

ולפ"ז י"ל דהך דין אם חזקת מ"ק עדיף מן מעלת ברי או דמעלת ברי עדיפא ממעלת חזקת מ"ק תלוי בהך פלוגתא דהובא הכא אם אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בג"ש או לא דלהסוברים דאמרינן גם בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דהוכיחו כן ממה דתנן זה אומר גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול מוכח דס"ל דגם נגד חזקת מ"ק לאו ברי עדיף דאל"כ אין מקום להוכחתם. אבל הסוברים דבג"ש לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בע"כ ס"ל כהתירוץ שכתב השמ"ק לחלק דכיון דמיירי בעומד באגם ולא הוי מוחזק ממש ע"כ מעלת ברי עדיפא בזה. משום דהתירוץ שמתרץ הבעה"מ כבר הקשה ע"ז הרמב"ן במלחמות שם ואין זה תירוץ מורווח. והרמב"ן שם דנראה דס"ל דגם בג"ש אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכמש"כ השי"ך בשמו בס"ק נ"א ג"כ אזיל לטעמי' דבחדושי הרמב"ן לב"ב (דף ל"ד) בד"ה ז"א של אבותי כו' בסה"ד מסיק דאפילו היכא דלא הוי מוחזק גמור רק מעלת חזקת מ"ק

ג"כ דינו כמוחזק גמור דהממע"ה אפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא כמבואר בר"פ שור שנגח את הפרה עכ"ל. וכוונתו כפי שכתבתי לעיל בשם התוס' בב"ק (דף מ"ו) ובחי' הרשב"א שם דכתבו דהסוגיא בב"ק שם מיירי בקיימא באגם ואפ"ה אמרו דהמע"ה אף בניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא דמוכח מזה דאין לחלק בין חזקת מ"ק למוחזק ממש בזה. ולכן הדעת נותנת דלפי מה דהובא פלוגתת הפוסקים הכא אם אמרינן בג"ש דין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם או לא בלא הכרעה מן המחבר רק דממילא אין לנו להוציא ממון מספיקא ע"כ י"ל דה"ה בעיקר הך דינא אם מעלת ברי עדיפא מן חזקת מ"ק או לא דגם זה ה"ל ספיקא דדינא. ולפ"ז ה"ה במה שנסתפקו האחרונים במה דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב דאם דייניין כן במקום חזקת מ"ק היכא דלא הוי מוחזק ממש דגם זה תלוי בעיקר פלוגתת הפוסקים הנ"ל דלשיטת הפוסקים דהוכיחו דאמרינן גם בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מהא דתנן הלוקח אומר גדול לקחתי זכה בגדול דהקשו מזה למ"ד דחזקת ממונא עדיף מן ברי ולא חילקו דשאני חזקת מ"ק א"כ מוכח דס"ל דשוין הם מעלת חזקת מ"ק ומעלת מוחזק ממש ע"כ ה"ה כמו דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מהמוחזק כמו כן אין הולכין אחר הרוב להוציא מן חזקת מ"ק. אבל להסוברים דלא אמרינן בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם והא דזכה בגדול מוכרח לומר ולחלק דשא"ה דאינו מוחזק גמור רק מעלת חזקת מ"ק ואין דינו כמוחזק גמור ע"כ אין למילף דכמו דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מן מוחזק דה"ה במקום חזקת מ"ק דהא חזינן דמוכח דמחלקינן ביניהם לענין מעלת ברי וה"ה לענין מעלת רובא. והשב שמעתתא שמעתא ד' פ' כ"ד והקצה"ח סי' ר"פ ס"ק ב' כתב לחלק דבמקום חזקת מ"ק הולכין אחר הרוב נגדו ושאני מוחזק גמור ע"ש. אכן לפמש"כ י"ל דתלוי בפלוגתת הפוסקים הנ"ל:

ובספרי נחל יצחק סי' ע"ב סעי' י"ח ענף ב' הבאתי בזה לדברי טורי אבן למגילה באבני מלואים (דף ג' ע"ב) וכן הבאתי לדברי הרא"ש בקידושין פ' ב' סי' ח' דמוכח דס"ל דאף היכא דלא הוי מוחזק ממש רק כעין חזקת מ"ק ג"כ אין הולכין אחר הרוב. ולפמש"כ לעיל דעיקר הך מילתא תלוי בפלוגתת הפוסקים אם אמרינן בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם א"כ הרא"ש דס"ל בב"מ פ"ח סי' י' דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בג"ש ומוכח לפ"ז דהא דתנן דהלוקח זכה בגדול הטעם הוא משום דחזקת מ"ק קילא מן מעלת מוחזק ממש וזהו לכאורה דלא כמו שכתבתי. אכן באמת אינו מוכרח לומר דהרא"ש ס"ל בבירור לדינא דלא אמרינן בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דהא כתב בזה"ל בפ"ח דב"מ שם ומצינו נמי למידחי דלא

אמרינן כו'. וגם לפי התירוץ שכתב הרא"ש שם דמיירי במאמינו שמתה כדרכה כו' וכמש"כ שם התפארת שמואל דלפ"ז אינו מוכרח לומר ולחלק בין ג"ש לעיקר שבועה. ואף שבפסקי הרא"ש שם כתב דלא אמרינן בג"ש מתוך שאינו יכול להשבע משלם מ"מ י"ל דמספקא לי' להרא"ש בזה וע"כ מספיקא אין מוציאין ממון וכיון די"ל דמספקא לי' להרא"ש כו' ע"כ שפיר כתב הרא"ש בקידושין פ"ב סי' ח' בלשון ואם היינו מפרשים לפי שרוב פעמים אין האב מוחה כו' ובממונא הוא דלא אזלינן בתר רובא כו':

ענף ב:

ולקמן סי' רכ"ג סעי' א' דאם הלוקח טוען ברי והמוכר טוען שמא ג"כ על הלוקח להביא ראי' אף בעומדת באגם כו' וכן שם סעי' ה' אמר הלוקח גדול לקחתי והמוכר אומר איני יודע על הלוקח להביא ראי'. וכן הוא ברמב"ם ה' מכירה פ' ך' ה' י"ב וכתב המ"מ שם דהא דתנן זכה בגדול הוא משום דמיירי בטענו עבד בכסותו וה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם והובא בבאר הגולה שם. וכן הובא זה בביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ט'. ומש"כ שם דהא הרמב"ם ס"ל דלא אמרינן בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם י"ל דס"ל להמ"מ לחלק דשאני היכא דעיקר התביעה היא שמא וכמש"כ הש"ך בשם ה"ה בסי' שד"ם ס"ק ה' ובסי' ע"ה ס"ק נ"א. אכן לפי המבואר כאן דהמחבר הביא שיטת הסוברים דלא אמרינן בג"ש מתוך שאינו יכול להשבע משלם ומשמע אף דעיקר התביעה היא טענת ברי ולפ"ז מוכח דהא דתנן זכה בגדול הוא משום דמעלת ברי עדיפא מן מעלת חזקת מ"ק ואפ"ה סתם בלא שום חולק שם בסי' רכ"ג דלא זכה בגדול. י"ל דכיון דמספקא לי' להמחבר דהא לא כתב שום הכרעה בין הנך דיעות וע"כ ממילא מספיקא אין להוציא מן חזקת מ"ק שיש להמוכר וכמו בכל ספיקא דדינא דשייך לבעל חזקת מ"ק. ולכאורה יש לדון דדוקא היכא דנולד הספק בעיקר הדין מצד אחר באיזה ספיקא דדינא אבל בעיקר מעלת החזקת מ"ק אין בו שום ספק ע"כ הדין הוא דשייך לבעל חזקת מ"ק. אבל היכא דהספק הוא אם שייך בי' מעלת חזקת מ"ק משום דמעלת ברי עדיפא ממנו או לא דכה"ג אפשר דלא מוקמינן מספיקא ברשות חזקת מ"ק. אכן באמת זה אינו דהא מצינו בב"ב (דף ל"ב ע"ב) גבי הא דא"ל שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא ה"ל ואירכס כו' דפליגי רבה ורב יוסף אם אמרינן מיגו להוציא או לא ומסקי והלכתא כוותי' דרב יוסף בזוזי כו' משום דמספיקא אין מוציאין ועיין בתוס' שם ד"ה והלכתא כוותי' דרבה כו'. והש"ך בסי' פ"ג ס"ק ט' הביא בשם כמה ראשונים דכתבו בהך דב"ב דלכן הלכתא כוותי' דרב יוסף בזוזי משום דמספיקא אין מוציאין מהמוחזק. הרי דמצינו במה דמספקא לן אם אזלינן בתר מעלת המיגו או בתר מעלת המוחזק דמספיקא אין ב"ד

מזדקקין להוציא מהמוחזק כיון דהוי עכ"פ ספיקא דדינא א"כ ה"ה בנ"ד דהוי ספיקא בפלוגתא דרבוותא אם מעלת הברי עדיפא מן מעלת חזקת מ"ק או לא דאין הב"ד מוציאין מבעל חזקת מ"ק וכמו בכל ספיקא דדינא:

ועוד אפשר לומר דאף דהביא המחבר שיטת הסוברים דלא אמרינן בג"ש מתוך שאינו יכול להשבע משלם מ"מ אינו מוכח לדינא לומר דמעלת ברי עדיפא מן חזקת מ"ק משום די"ל דיפרשו כמו שכתב הבעה"מ דהא דתנן זכה בגדול כמו דמוקמינן שם בטענו עבד בכסותו ומאי זכה בגדול הוא בכסות עבד גדול ובעומרי שדה גדולה. ומה דהקשה הרמב"ן במלחמות שם מידי כסות קתני עבד קתני וזכה בעבד וכן הקשה הגמ' שם. י"ל דכוונת הבעה"מ הוא כיון דמצינו דשמואל מפרש בסוגיא שם כן ור' אושעיא מקשה לי' כן אבל שמואל הא חזינן דלא איכפת לי' בהך קושיא. וכיון דעיקר קושייתם על מה דתנן זכה בגדול הוא למ"ד דס"ל לאו ברי עדיף א"כ י"ל דהך מ"ד יפרש להמתניתין כמו דמפרש שמואל דלא איכפת לי' בקושיות ר' אושעיא. ור' אושעיא י"ל דס"ל כהמ"ד דברי ושמא ברי עדיף ואתי שפיר המשנה כפשטו. וראיתי בתוס' יו"ט בב"מ פ"ח משנה ד' דכתב לפרש דמיירי בדמי עבד וה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ונדחק לפרש דלא נקט רב אושעיא אוקימתא דעבד בכסותו בסיפא אלא לרווחא דמילתא כו'. אכן לפי מה שכתבתי יש לפרש לזה ביתר ביאור די"ל דמ"ד דס"ל ברי ושמא חזקת מ"ק עדיפא דיפרש להמתניתין כמו דמפרש רב שם דמיירי בטוענו דמי עבד ואף דחזינן דשמואל ורבי אושעיא לא רצו לפרש כן משום דהיה דוחק להם לפרש דקאי על דמי עבד מ"מ י"ל דהך מ"ד דס"ל לאו ברי עדיפא דיפרש להמשנה כמו דס"ל לרב לפרש כן. ובעז"ה מצאתי כן בשמ"ק לב"מ (דף ק' ע"ב) בד"ה בטענו עבד בכסותו וזה לשונו וא"ת א"כ רישא דמתניתין דקתני אם אמר א"י זכה בגדול לר"נ מיירי ע"י גלגול וקשה לפי' התוס' והראב"ד דבשבועת גלגול לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם י"ל דשאני היכא דעיקר התביעה היא טענת ברי כו' א"נ דר"נ מוקי מתניתין בדמי עבד או בכסות עבד וכאוקימתא דרב ושמואל ולית לי' פירכא דר' אושעיא הריטב"א עכ"ל השמ"ק. הרי שהשמ"ק בשם הריטב"א כתב כמש"כ ב"ה. וגם כמש"כ התוס' יו"ט רק קצת באופן אחר מורווח ביותר:

והתוס' יו"ט בב"מ פ"ח משנה ז' הקשה על הטור שבסוף סי' רכ"ג כתב אם יש עסק שבועה ביניהם כגון שתבעו שני עבדים בכסותם ומודה על האחד ועל השני אומר א"י מתוך שאינו יכול להשבע משלם ע"כ והרי זה סותר להפסק הלכה שכתב בסי' ע"ה דלא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם בג"ש ונשאר בצ"ע. וכן הקשה הדרישה

לקמן סוף סי' רכ"ג ותירוציו אינם מספיקים לתרץ קושיא החמורה הנ"ל למי שיעיין היטב וקצרתי. והנלע"ד לתרץ דברי הטור שלא יהי' תמוה והוא די"ל דהטור בסי' ע"ה סעי' י"ח הביא שני הדיעות אם אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם בג"ש ולא הכריע ביניהם. ומה שכתב שם וא"א הרא"ש ז"ל כתב כסברא הראשונה הנה באמת גם מן לשון הרא"ש בפ"ח דב"מ סי' י' אינו מוכח דס"ל כן בוודאי לדינא דהא כתב בזה"ל ומצינו נמי למדחי דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כו' ובאמת לפי מש"כ הרא"ש שם אח"ז דמיירי במאמינו אין להוכיח מזה דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בג"ש וכמש"כ התפארת שמואל שם. והא שכתב בפסקי הרא"ש שם דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בג"ש י"ל דזהו מספיקא דשמא הלכה כהך תירוצא דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בג"ש. ולכן כיון שהטור הביא שני הדיעות ולא הכריע בפירוש י"ל דס"ל דזהו ספיקא דדינא ואין מוציאין מהמוחזק. ומה שכתב הטור בסוף סי' צ"ד בשם תשובת הרא"ש דבר פשוט שאין כאן גלגול כו' אין זה שייכות לענינינו ועיין בסמ"ע ס"ק מ"ם ובש"ך ס"ק נ"ב ובסי' צ"ד בסמ"ע ס"ק י"ג. וגם הא מצינו בב"ח לטור יו"ד שכתב שמצינו בכמה דוכתי שהכריע דלא כהרא"ש ע"ש. ולכן שפיר י"ל דהטור שהביא שני הדיעות אי אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בג"ש או לא כיון דלא כתב הכרעה מפורשת דס"ל דזה הוי ספיקא דדינא וממילא אין מוציאין מהמוחזק: ולעיל הבאתי לדברי השמ"ק לב"מ (דף ק') שכתב בשם הראב"ד לתרץ לשיטת הסוברים דלא אמרינן בג"ש מתוך שאינו יכול להשבע משלם דהא דתנן זכה בגדול הוא משום דמעלת ברי עדיפא מן חזקת מ"ק. א"כ ממילא זהו דין ברור דהיכא דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בטענו עבד בכסותו דחייב ליתן הגדול דהא משנה מפורשת הוא דזכה בגדול רק דהוי ספיקא דפלוגתא דרבוותא דלשיטת הסוברים דגם בג"ש דיינינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם א"כ יש לפרש להמשנה דמיירי בטענו עבד בכסותו כו' ואין מזה מקום להוכיח דשאני חזקת מ"ק דקילא ממעלת מוחזק ממש לגבי מעלת ברי. ולהסוברים דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בג"ש מוכח מהמשנה דמעלת ברי עדיפא ממעלת חזקת מ"ק משום דהתירוץ שמתרץ הבעה"מ דקאי רק על כסות עבד כבר דחהו הרמב"ן במלחמות שם. ולכן שפיר פסק הטור דאם טענו עבד בכסותו בוודאי חייב ליתן העבד גדול משום דהא בזה האופן בוודאי מוכח מן המשנה מפורשת כן. וי"ל דקאי הטור שם דקיימא באגם דלא הוי מוחזק ממש והוי הנך בבא דעבד גדול וקטן דומיא דשדה גדולה וקטנה דמיירי שם דלא הוי מוחזק ממש רק

מעלת חזקת מ"ק מן בעלים הראשונים וכמש"כ הטור שם לעיל בעומדת באגם. אבל היכא דאין עסק שבועה ביניהם אז מספיקא אין להוציא מן בעל חזקת מ"ק וכמש"כ לעיל לדמות זה לכל ספיקא דדינא דמעמידין בחזקת מ"ק ולכן פטור משום דמספיקא לא אמרינן ברי עדיף להוציא ממון מן בעל חזקת מ"ק:

ענף ג:

ועוד י"ל ולייישב לפ"ז לדברי הטור דאף דנימא דהטור מיירי ג"כ אף היכא דעומדים העבדים ברשות המוכר מ"מ היכא דטענו עבד בכסותו חייב משום דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם גם בג"ש. ונקדים לדברי המרדכי פ"ק דכתובות דהקשה ג"כ מהא דתנן זכה בגדול דהא קיי"ל חזקת ממונא עדיף מן ברי ושמא ותירץ דבעבד ושדה מודה ר"נ דברי עדיף דנראה לערמה דמהכ"ת לא ידע מה מוכר לחבירו גדול או קטן ובכה"ג דנראה כמערים לכ"ע ברי עדיף כו' והובא דברי המרדכי הלז באו"ת ס"ק י"ג וכתב דיש לדברים מקום בסברא ע"ש. ויש לדמות זה למה שכתב הסמ"ע בסי' ט"ו ס"ק י"ג בשם תשובת הרא"ש. ויש לומר דהך סברת המרדכי שכתב דגבי א"י אם גדול או קטן מכרתי דהוי כערמה דלכ"ע חייב דזה הוי ספיקא דדינא משום דאי נימא כהסוברים דגם בג"ש אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם א"כ אין להוכיח מהא דזכה בגדול להך דינא של המרדכי אך אי נימא כהסוברים דלא אמרינן בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אז מוכח מהא דתנן זכה בגדול להך דינא שכתב המרדכי דהיכא דנראה כמערים לכ"ע ברי עדיף. ולכן שפיר פסק הטור דאם טענו עבד בכסותו אז בוודאי חייב ליתן הגדול משום דבכה"ג אין שום מקום להסתפק דהא מבואר להדיא בהמשנה דזכה בגדול ומוכח מזה לחד מן הנך תירוצי או משום דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם או לסברת המרדכי. אבל היכא דאין עסק שבועה ביניהם אז אין מוציאין מספיקא דשמא הלכה כהסוברים דגם בג"ש אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם א"כ לפ"ז אפשר לומר דדוקא היכא דיש עסק שבועה ביניהם אמרו דזכה בגדול אבל היכא דאין עסק שבועה ביניהם אז חזקת ממונא או חזקת מ"ק עדיפא מן מעלת ברי ולא מחלקינן כסברת המרדכי וא"ש דברי הטור:

ועפ"ז יש ליישב למה שהקשה הש"ך בס"ק נ"א על דברי ר' ירוחם שבנתיב ג' ח"ד כתב דאין אומרים בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ובסוף ח' ה' כתב גבי ב' עדים. [צ"ל עבדים]. דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכתב דמכאן מביאים ראיה שאפילו בג"ש אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וצ"ע עכ"ל הש"ך. ולפמש"כ יש לתרץ משום דמה שכתב בנתיב ג' ח"ד דלא אמרינן מחוייב

שבועה ואינו יכול להשבע משלם בג"ש זהו מצד ספיקא וכמו שכתבתי בשיטת הרא"ש רבו דכתב לחד מן התירוצים בב"מ פ"ח סי' י' דלא אמרינן בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכמש"כ שם התפארת שמואל דלפי מה שמתרץ שם דמיירי במאמינו אין הכרח לומר כן. ועכ"פ מספיקא אין מוציאין ממון משום די"ל שמא לא אמרינן בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. והא דכתב בסוף חלק חמישי דחייב בג"ש משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם הא קאי שם בהא דתנן בב"מ (דף ק') היו לו שני עבדים כו' לוקח א' גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול כו' ומיירי שטוענו שדה בעומרין כו' ומיגו דנשבע כו' והוא אומר א"י ואינו יכול להשבע משלם ומכאן מביאין ראיה שאפילו בשבועת גלגול אמרינן דאם א"י לישבע משלם עכ"ל. זהו כמו שכתבתי לעיל דהא כיון דתנן במשנה להדיא דזכה בגדול א"כ בוודאי קיי"ל לדינא כן רק די"ל שמא הלכה כהסוברים דאתו עלה מטעם דה"ל ג"ש ודייניין גם בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם א"כ לפ"ז אין להוציא ממון היכא דאין עסק שבועה ביניהם. אבל לדינא בוודאי אף אי נימא כהסוברים דלא דייניין בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מ"מ א"ש הא דזכה בגדול משום דאז מוכרח לומר כסברת המרדכי בפ"א דכתובות כנ"ל דשא"ה דנראה ערמה ע"כ לכ"ע ברי עדיף. אך אין להוציא ממון בהנך דשני עבדים רק היכא דה"ל גם מעלת מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"י ג"ש וכמש"כ לעיל לתרץ לדברי הטור וא"ש דברי ר' ירוחם דאינם תמוהים ודברי ר' ירוחם והטור הם בסגנון א': ובביאור הגר"א זצ"ל ס"ק מ"ו ולקמן סי' רכ"ג בביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ט' כתב לתרץ לקושיות הראשונים דאמאי זכה בגדול והוי ברי עדיף ותירץ דמתניתין אתי כסומכוס ולכן ברי עדיף כו'. ויש להעיר על דבריו מן מש"כ התוס' בב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה לימא תיהוי תיובתא דר"נ כו' דהקשו והא מתניתין מוקי כסומכוס דלא אזיל בתר חזקה כו' וי"ל דלסומכוס כו' הוי כאילו תרווייהו מוחזקין בו כו' עכ"ל התוס'. ע"כ שפיר הקשו הראשונים משום דאף דמתניתין אתי כסומכוס מ"מ תקשה דהא ברי ושמא ברי עדיף כמו דהקשו בב"מ (דף צ"ז) וכמו דפירשו התוס' כנ"ל. שוב ראיתי באו"ת ס"ק י"ג שכתב ג"כ לתרץ קושיות הראשונים הנ"ל כדברי הגר"א זצ"ל והעיר בדברי התוס' ב"מ (דף צ"ז) הנ"ל וי"ל דלזה נתכוין גם הביאור הגר"א זצ"ל וא"ש דבריו. אכן הראשונים שפיר הקשו משום דס"ל כמש"כ התוס' דגם לסומכוס ה"ל כאילו תרווייהו מוחזקין בו כו' וכ"כ התוס' בב"מ (דף קט"ז ע"ב) ד"ה לימא תיהוי תיובתא דר"נ כו' ע"ש ולכן שפיר הקשו כן:

והנתיבות בס"ק י"א בסופו כתב לתרץ לקושיות הראשוני' הנ"ל ע"פ סברת האו"ת בקת"כ דכיון דעבד או שדה אחת יוצא בוודאי מרשות מ"ק ע"כ אין שייך להעמיד בזה על חזקת מ"ק כו'. אבל הראשונים לא הי' ניחא להו לתרץ כן משום דלא מבעיא אי נימא דחזקת מ"ק דינו כחזקת ממון דאינו משום חזקה המבררת כו' וכמש"כ אחי הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל א' ס"ק ו' ובכלל ואו ס"ק י"א לדון בספק זה. ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח והדברים ארוכין. ואף אי נימא דחזקת מ"ק הוא מצד חזקה המבררת כמו כל החזקות דמהני אף באיסורין מצד דהוי חזקה המבררת מ"מ הא מצינו אף באיסורין דמהני חזקה לברר אף היכא דאחד יצתה בוודאי מן החזקה הראשונה וכמש"כ מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' כ"ד והעירותי שם בהתוס' פסחים (דף יו"ד) ובשא"ד מזה. א"כ ה"ה הכא אף דאחד יצתה בוודאי מרשות המ"ק מ"מ דיינינן על הספק אוקי אחזקת מ"ק ושפיר הקשו הראשונים:

(הגה"ה:

וע"פ הסברא הנ' כתב הנתיבות בסי' קמ"ח ס"ק ג' לבאר דברי הסמ"ע דהא דהחזיק בדרך דמהני תפיסתו קאי על חד שקנה מחד והטעם כיון שיוצא עכ"פ אחד מרשותו וכפי סברת האו"ת בכללי תפיסה ע"כ לא שייך להעמיד על חזקת בעלים הראשונים כו'. ומשמע ממנו דאף בטוען הנתבע ברי ג"כ מהני תפיסת התובע בטענת ברי ע"ש. אמנם יש להוכיח מן דברי הרמ"א לקמן סי' ק"מ סעי' ז' דלא כדברי הנתיבות דז"ל הרמ"א וכל שלא החזיק כראוי אינה חזקה אפילו ידוע שמכר לו קרקע רק שאינו ידוע שהיא זו שהחזיק בה יכול המוכר ליטול קרקע זו ולומר שמכר לו קרקע אחרת הגרוע ב"י בשם רשב"א עכ"ל הרמ"א. ומוכח להדיא דאף היכא שידוע שמכר לו קרקע אחת ואינו ידוע איזהו דלא מהני גם בכה"ג תפיסתו אלא גם בזה מעמידין על חזקת בעלים הראשונים. והביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק כ"ב הביא ראי' לזה מכתובות (דף ק"ט) דאם א' תלם א' עשיתי נאמן הרי אף היכא דמוחזק בהשדה ג"כ לא מהני תפיסתו. ולדעתי יש לדון ולחלק דשאני היכא שהספק הוא כמה יצתה מרשותו דאף שידוע שתלם א' יצתה מרשותו מ"מ על המותר שייך להעמיד על חזקת מ"ק כיון דהם שני גופים ועניינים מחולקים וכעין הא דב"מ (דף ק') דאמרו ונוקמה אחזקת מ"ק בהספק שנולד בהוולד אף דהפרה יצתה בוודאי מרשותו. אבל היכא שהספק הוא על הדבר הנמכר בוודאי דאיזהו הנמכר אז שפיר יש לדון כסברת הנתיבות דכיון דאחד יצאה מרשותו ע"כ לא שייך להעמיד בזה על חזקת מ"ק והחילוק ברור וקצרתי:

עכ"פ למדנו מדברי הרמ"א והרשב"א דאף דאחת יצתה מרשותו בוודאי רק הספק הוא איזה גוף יצתה מרשותו דגם בזה לא מהני תפיסה אם לא החזיק כראוי בדין חזקה אף דטוען ברי כיון דגם המערער טוען ברי. ואפשר לומר דהא מבואר בתשובת הרשב"א המובא בבית יוסף ח"מ סי' ק"מ במחודש ס"ק ב' דמיירי דהעדים מעידים שמכר לו מקום א' אבל אינם יודעים איזהו כו' א"כ יש לדון בזה לסברת הנתיבות בדיני תפיסה ס"ק ז' שכתב דהיכא דלא ראו העדים הדבר בשלימות לא מהני עדותן כלל משום דמקרי חצי דבר כו' וכ"כ הנתיבות בסי' נ"ט סוף ס"ק א'. א"כ ה"ה הכא כיון שלא ראו בשלימות לידע איזה מקום הנמכר לא מהני עדותן כלל משום דמקרי חצי דבר. אבל באמת זה אינו דא"כ לא היה חייב ליתן לו אף מקום הגרוע ומשמע דעיקר החיוב על מקום הגרוע הוא ע"פ עדותן ולכן אין לומר כן. ונראה לחלק בזה ע"פ מה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' כ"ד בהג"ה דהיכא דנתברר לפנינו דיצאה אחת מחזקתה דלא דיינינן בזה להעמיד על חזקתו הראשונה כיון דאחת יצתה בוודאי מחזקתו הראשונה משא"כ בשני שבילין וכן בשני כתי עדים המכחישות דלא נתברר לפנינו מעולם איזה מהם יצא מחזקתו לכן אמרינן על כאו"א אוקי אחזקה אף דכ"א סותר לחבירו וא' מהם יצא מחזקתו בוודאי ע"ש וה"ה דיש לדון החילוק הלז בנ"ד דהא במי שאבדה לו דרך שדהו דבסי' קמ"ח הי' ידוע מכבר לפנינו איזה דרך הי' לו ואח"כ אבדה לו הדרך ע"כ שפיר י"ל בזה דלא שייך להעמיד על חזקת בעלים הראשונים וכמו בהא דמנחות (דף כ"ג) שכתבתי בספרי שם דכיון דנתברר מתחלה לפנינו כו' דלא דיינינן להעמיד על חזקתו הראשונה כיון דאחת יצאה בוודאי לפנינו מחזקת בעלים הראשונים וע"כ שפיר מהני תפיסה וכסברת הנתיבות שם. אבל בהא דסי' ק"מ דלא נתברר לנו מעולם איזה מקום מכר לו ע"כ שפיר דיינינן דמוקמינן קרקע בחזקת בעלים הראשונים אף דאחת מהם יצתה בוודאי מחזקתו ואף שהבעלי דינים יודעים מזה מ"מ כיון דלא נתברר לפנינו מעולם שפיר יש לדמות זה להך דשני כתי עדים כו' אף דידוע האמת להעדים עצמן כיון דלא נתברר לנו זה מעולם. ולכן ה"ה בהך דגדול לקחתי כו' כיון דלא נתברר לנו מעולם שפיר יש לדון אוקי אחזקת מ"ק אף דאחד יצתה בוודאי מרשותו ואף דנימא דחזקת מ"ק דינו כמו כל אוקי אחזקה דמהני באיסורין מ"מ י"ל כן וכמש"כ בספרי שם כן גבי איסורין כנ"ל. כן י"ל בכ"ז אף לפי משמעות הנתיבות דגם בטוען ברי מיירי כו' שם:

והעיקר נלע"ד דמוכח מהא דסי' ק"מ דאף היכא שידוע דאחד מהם יצתה מרשותו בוודאי מ"מ לא מהני תפיסה בקרקע היכא שהמערער טוען ברי ושאני הא דסי' קמ"ח די"ל דהמערער טוען שמא והמחזיק טוען ברי וקצרתי. (ע"כ הגה"ה):

נחזור לענינינו דנתבאר דלהסוברים דגם בג"ש דייניגן מתוך שאינו יכול להשבע משלם א"כ מוכח מזה דחזקת מ"ק דומה ממש לחזקת ממונא דאל"כ אין מקום להוכחתם דהוכיחו כן מהא דהלוקח אומר גדול לקחתי דזכה בגדול והמתניתין הא אוקימנא דמיירי בקיימא באגם וליכא רק מעלת חזקת מ"ק ומדהקשו ע"ז לר"נ דס"ל חזקת ממונא עדיף מן ברי ותירצו דזכה בגדול דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"י ג"ש מוכח דס"ל דהא דאזלינן בתר חזקת מ"ק הוא משום דיש לבעל חזקת מ"ק דין מוחזק ממש וכמש"כ להסתפק בזה אחי הקצה"ח בקונטרס הספיקות כנ"ל ולפ"ז ה"ה כמו דלא אזלינן בתר רובא להוציא מהמוחזק ה"ה דלא אזלינן בתר רובא להוציא מן חזקת מ"ק. אבל להסוברים דלא אמרינן בג"ש דין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם א"כ לפ"ז בע"כ מוכרח לומר דהא דזכה בגדול הוא ע"פ תירוץ הראב"ד דבשמ"ק לב"מ (דף ק') דשאני חזקת מ"ק מן מוחזק ממש. משום דנתבאר דזהו תירוץ מורווח ביותר ובפרט דהא נתבאר דגם רש"י בב"ק (דף צ"ו ע"ב) דכתב דלכן ז"א ברשותי ילדה והלה שותק זכה בה משום דברי ושמא ברי עדיף וכתבתי לעיל דטעמו ע"פ שיטת הסוברים דבמקום חזקת מ"ק לכ"ע ברי עדיף. וזהו מוכרח דשם אין מקום לתרץ לתירוץ הבעה"מ בב"מ (דף ק') דקאי שם על כסות עבד כו'. וכן אין מקום לתרץ בהך דב"ק להתירוץ שכתב המרדכי בפ"א דכתובות דלכן זכה בגדול משום דנראה כערמה כו' דהא בהא דב"ק דהספק הוא באיזה רשות ילדה לא שייך לומר דה"ל רמאות במה דמשיב איני יודע ע"כ מוכרח דרש"י ס"ל דחזקת מ"ק קילא מן מוחזק ממש ולכן ה"ל הך דינא דאם חזקת מ"ק דומה למוחזק ממש או דחזקת מ"ק דינו כמו חזקה דמהני באיסורים דזהו ספיקא דדינא ותלוי בהך פלוגתת הפוסקים. ועיין בש"ש שמעתא ד' פ' כ"ד:

וכבר נתבאר דהא דמבואר לקמן בסי' רכ"ג דהלוקח לא זכה בגדול דזהו משום ספיקא וכמו כל ספיקא דפלוגתא דמעמידין בחזקת מ"ק. ועיין בנתיבות סי' רכ"ג ס"ק ו'. ולקמן סי' שצ"ט סעי' ג' פסק המחבר שור שנגח הפרה ונמצא עוברה מת בצדה ואין ידוע כו' דהממע"ה אפילו ניזק טוען ברי והמזיק טוען שמא ואפילו עומדת באגם. מוכח מזה דס"ל דחזקת מ"ק עדיף מן ברי. ואף דהמחבר לא הכריע בהך פלוגתא אי אמרינן בג"ש מתוך שאינו יכול להשבע משלם מ"מ י"ל גם שם דזהו הכל משום ספיקא דמוקמי על חזקת מ"ק כנ"ל. והרמ"א שם בסי' שצ"ט סעי' ג' כתב דאם תפס הניזק נאמן אם יש לו מיגו. והא דלא כתב הטעם דלכן מהני תפיסתו משום דהא בדברא דממונא קיי"ל דמהני תפיסה אם טוען ברי. די"ל בזה כמו שכתבתי בספרי נחל יצחק בריש קונטרסי בתפיסה בדברא דממונא. דשאני קנס ע"ש. אך לפי מש"כ שם בשם הרא"ש בב"ק פ"ב סי'

ב' שאין לחלק בין קנס לממונא להסוברין דמהני תפיסה בספיקא דדינא ודלא כשיטת הראב"ד [ועיין ברמב"ם פ"ב ה' גניבה ה' י"ב ובפ"ב ה' עבדים ה' ד' מזה]. וכתבתי לחלק דשאני ספיקא דדינא דמהני תפיסה אף בקנס משא"כ בדררא דממונא ע"ש. א"כ לפ"ז הכא לפי מש"כ דה"ל ספיקא דפלוגתא אי ברי עדיפא או חזקת מ"ק עדיפא א"כ מבעי להיות מועיל תפיסה היכא דהיה עומד באגם אף אם אין לו מיגו. אך י"ל דמש"כ הרמ"א' דדוקא אם יש לו מיגו מהני תפיסתו דקאי אף אם תפס מרשות המזיק. ועוד י"ל דדוקא להסוברין דמהני תפיסה אף בספק של הש"ס בזה כתבתי בספרי לחלק אליבי' דשיטת הרא"ש דשאני דררא דממונא כו'. אבל לפי מה דהכריע הרמ"א בכ"ד כהסוברין דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא של הש"ס רק בספיקא דפלוגתא דרבוותא דה"ל כמו טענת ברי כמבואר בכללי תפיסה ע"כ י"ל דמטעם זה לא מהני תפיסה בקנס אף בספק פלוגתא דרבוותא ע"פ סברת החילוק שכתבתי בספרי שם וקצרתי. ולכן לא הוי סתירה לדברינו מן דברי הרמ"א דסי' שצ"ט הנ"ל ושפיר י"ל דזה ה"ל ספיקא דדינא אי חזקת מ"ק דומה למוחזק ממש או גרוע מיני' ונפ"מ לכמה ענינים:

יג (שם סע' יג):

טענו חטפת חפץ ויש לו ע"א שחטפו כו' ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וזהו מן הא דשבועות (דף ל"ב) וב"ב (דף ל"ד) בנסכא דר' אבא:

ולכאורה יש לדון דבזה"ז דליכא סמוכין והא דדיינינן ומקבלין עדות בזה"ז זהו מצד שליחותייהו דקמאי. וידוע מש"כ הרמב"ן והרשב"א ביבמות (דף מ"ו) וסוף גיטין בר"נ שם וברמב"ן על התורה פ' שופטים דז"א רק מדרבנן והובא לעיל בסי' א' ע"ש. וכיון דהא דמקבלין עדות בזה"ז הוי זה רק מדרבנן דאלו מה"ת הא בעינן סמוכין וכש"כ בקבלת עדות די"ל דכ"ע מודו בזה דבעי סמוכין וכמש"כ התוס' בב"ב (ד' מ') וכתובות (דף כ"ב) דאף ר"נ ושמואל ס"ל בקיום שטרות דבעי ג' יע"ש. ומבואר לקמן בסי' ע"ה סעי' י"ד דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. אלא בשבועה דאורייתא. אבל בשבועה דרבנן לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ולכן יש לדון לכאורה דבזה"ז לא שייך הך דינא דר' אבא לומר דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"פ עדות העד. דהא בעינן סמוכין לקבל עדות העד וכיון דבזה"ז ליכא סמוכין אלא דרבנן תקנו מצד שליחותייהו דקמאי לקבל עדות בזה"ז. אבל אין זה רק מדרבנן א"כ עיקר חיוב שבועה ע"י העד אינו רק מדרבנן דהא מה"ת ה"ל כאלו נתקבל עדותו חוץ לב"ד דאין ממש בעדותו. והא כיון דכללא הוא דבשבועה דרבנן ואף בשבועת המשנה לא דיינינן לומר מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. א"כ לא שייך בזה"ז לדון כלל

להך דינא דנסכא דר' אבא. וכה"ג יש לדון בזה"ז במודה במקצת דלא יהיה שייך בו לדון מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. לפמש"כ הקצה"ח בסי' ג' ס"ק ב' דהודאה במקצת בעי סמוכין מה"ת יע"ש:

וכן יש לדון בכל זה לכאורה דבשבועה דאורייתא ע"י ע"א ומודה מקצת דבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסי' ובח"מ סי' פ"ז מבואר דאף בשבועת המשנה אמרו כן. א"כ בזה"ז דליכא סמוכין ועיקר חיוב שבועה ע"ז אינו רק מדרבנן. א"כ דינו ככל שבועה דרבנן דלא נחתינן לנכסיה. וידעתי מה דיש לחלק דשאני שבועה דעיקרו רק מדרבנן בזה אמרו דלא נחתינן לנכסי' ולא דיינינן בי' מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. אבל היכא דעיקר חיוב שבועה הוי מה"ת רק מחמת דליכא בזה"ז סמוכין. א"כ מצד אחר הוי זה מדרבנן. אבל בעיקר חיוב שבועה הוי מה"ת ולכן אם היו סמוכין בזה"ז היה נוהג בהו מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ע"כ דינו בזה"ז כדאורייתא לגבי כל זה לאחר דתקנו חז"ל לקבל עדות בזמן הזה. כן יש לחלק באמת:

אבל יש להוכיח דגם כה"ג דינו כדרבנן דלא אמרינן בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. והוא דהתוס' בכתובות (דף י"ח ע"ב) כתבו בד"ה ובכולי בעי דלודי כו' בזה"ל וקשה לר"י דהא אמר בב"מ דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ואין לומר דמה"ת חשוד אשבועתא ומדרבנן הוא דאמרינן דלא חשוד לפי שראו שהיו מקילין 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 בשבועות (דף ל"ב) משמע דאי אמר לא חטפי היה נשבע להכחיש את העד אע"ג דחשוד אממונא. והתם הוי שד"א דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם כדמשמע בפ"ק דב"מ גבי ההוא רעיא עכ"ל התוס'. וכ"כ התוספות בב"מ (דף ג' ע"ב) ד"ה בכולי' בעי דלודי לי' יע"ש. ועיין בב"מ (דף ה' ע"ב) תוס' ד"ה ותקנתא כו' דכתבו דהכא לא שייך מתוך שאינו יכול להשבע משלם כדפרישית עכ"ל. י"ל דנתכוונו למש"כ התוס' הנ"ל 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 (דף פ"ה) דאף בשבועת המשנה אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דכיון דתקנו חכמי המשנה שבועה כעין דאורייתא תקנוהו לכל מילי יע"ש. ובאמת מוכח מן התוס' כתובות וב"מ הנ"ל דס"ל ג"כ דלא אמרינן בשבועת המשנה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכמש"כ בטוש"ע וכ"פ בסי' ע"ה. ועיין ב"מ (דף ו' ע"א) ובתוס' שם ד"ה דתני ר"ח כו'. וע"כ מוכח דכוונת התוס' בכתובות שם דף פ"ה דמיירי בתר פרעון וכמש"כ הש"ך שם מקודם: ובאמת דברי התוס'

כתובות (דף י"ח) ובב"מ (דף 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 כנ"ל. דבזה לא שייך מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דהא בשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם כו'. זה צריך ביאור הא באמת עיקר חיוב שבועה הוי מה"ת. אלא דמה"ת דאמרינן מגו דחשוד אממונא כו' לא מצינן ליתן לו שבועה ע"כ האידנא דחמירא להו שבועה ולא שייך מיגו דחשוד אממונא א"כ ממילא דין חיוב שבועה זו כמו דאורייתא ממש ובוודאי שייך בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמו כל שד"א. ואין זה דמיון כלל לשבועת המשנה דלא אמרינן ביה מתוך שאינו יכול לישבע משלם: ואפשר דסברת התוס' הוא לפי דבאמת גם האידנא דנותנין לו שבועה אין זה רק בתורת תקנה כמש"כ התוס' בלשונם דתקנו שבועה על החשודים. וכן כתבו אח"ז התוס' דבגזלן ידוע לא תקנו. אלמא דזה גופא לא ברירא להו לחז"ל אם הוא חמור לו כ"כ. ואינו אלא בתורת תקנה ע"כ ממילא דין חיוב שבועה בזה"ז אינו אלא בתורת תקנת חז"ל. לכן כמו דבכל חיוב שבועת המשנה לא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם ה"ה בזה מבעי לן לומר דלא נימא מתוך שאינו יכול להשבע משלם. כן יש לדחוק בזה: עכ"פ חזינן דס"ל להתוספות בפשיטות דאף דעיקר חיוב שבועה הוי מה"ת. ומה"ט היכא דשייך אשתמוטי וכה"ג הא חייב שבועה מה"ת. עכ"ז כיון שמה"ת אין עליו חיוב שבועה במקום דשייך מיגו דחשוד אממונא כו'. ויהיה מאיזה טעם שיהיה כיון דמה"ת אין נותנין שבועה בזה אלא מדרבנן מחייבינן ליה השבועה ע"כ ממילא דינו כמו כל שבועה דרבנן בזה. א"כ ה"ה בשבועת ע"א דבזמה"ז דליכא סמוכין לא מצינן לחייבו שבועה זו רק מדרבנן דתקנו שליחותייהו דקמאי כו' אף דעיקר השבועה 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 להשבע משלם. וגם לא ניחות לנכסיו. כן י"ל לכאורה בזה:

אמנם כיון דחזינן לכל הראשונים והטוש"ע דכתבו גם האידנא לדון להך דין דנסכא דר' אבא וכן דנחתינן לנכסיו דדינו כמו שד"א ממש. בע"כ מוכח דליתא לכל מש"כ. דכיון דאם היו סמוכין הי' דינו כמו שד"א ממש לכל דיניו ואנן שליחותייהו דקמאי קא עבדינן. ע"כ לא מחלקינן בין זמן שהיו סמוכים לבין זמן הזה דליכא סמוכים ודינו כמו שהי' בזמן שהיו סמוכים דאל"כ נלקה הדין בזמה"ז. ועיקר התקנה הי' משום שלא תנעול דלת כו' וכמבואר בריש סנהדרין וכמש"כ הר"נ סוף גיטין וע"ש. ושייך בזה לדון דלא פלוג. ועפ"ז נסתר מה שכתבתי לדון בקונטרס א' בספק בתקנה לדון בהך מילתא

דשליחותייהו דקמאי בכמה ענינים דדינו כמו ספק תקנה דיש לדון לקולא והארכתי בזה הרבה במק"א. אבל כעת ראיתי דלא שייך בזה לדון כלל לספק תקנה. משום דחז"ל לא חילקו כלל במה דנתנו לנו רשות לדון דממילא יש לנו הך דין כמו שהיה בזמן שהיו סמוכים לכל דיניו: ועיין במל"מ פ"ז הל' תרומות הל' י"ו שכתב כעין זה בהא דתרומה בזמה"ז דרבנן דדינו כמו בעת שהיה תרומה נוהג מה"ת לכל דיניו זולת לענין תערובות ע"ש. וכה"ג י"ל במה דאמרו דאנן שליחותייהו דקמאי קא עבדינן וזהו מוכח ג"כ מהא דכתבו כולם לדון בזמה"ז להך דנסכא דר' אבא. וגם יש לדון בזה למה דאמרו בשבועות (דף מ) דכל מקום ששנים מחייבין ממון אחד מחייבו שבועה ובמש"כ התוספות כתובות (דף פ"ז ע"ב) ד"ה ועוד אין נשבעין כו' ובשבועות (דף מ) ד"ה וכ"מ ששנים כו' וקצרתי בכ"ז. ועיין בקצה"ח סי' ל"ד ס"ק א'. ולפמש"כ י"ל בדבריו:

וכעת ראיתי בנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ל"ג ובנו"ב מ"ת ח' ח"מ סי' ה' שכתב לדון לפי שיטת הרמב"ם דשטר אינו מה"ת דלא יהי' שייך בע"א בשטר דה"ל מתוך שאינו יכול להשבע משלם ע"פ דברי התוס' דכתובות (דף י"ח) הנ"ל. ולא כתב לחלק דהא גם שטר בשני עדים אינו רק מדרבנן א"כ אין בזה הטעם לפי דהוא ע"א. דהא גם בשני עדים הדין כן. אלמא דלא ס"ל לחלק בזה. וע"כ שפיר כתבתי לעיל לדון כן לכאורה. אכן לפי מש"כ לעיל דמוכח דבכה"ג לא דיינינן כן כיון דגם שני עדים אינו רק מדרבנן כו' א"כ לפ"ז יש לדון כן בעיקר דברי הנו"ב הללו דאין הכרח לדבריו כיון דגם שטר בשני עדים אינו רק דרבנן ע"כ ממילא ה"ה ע"א בשטר דינו דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכ"מ ששנים מחייבים ממון כו'. ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' א' סעיף א' ענף ג':

יד (שם סעיף י"ג):

מנה הלויתיך והרי ע"א כו'. וכן אם טען תחלה להד"ם ואח"כ הוציא עליו עד אחד וחזר ואמר לויתי ופרעתי בכל אלו ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כו'. טענו חטפת חפיץ ויש לו ע"א שחטפו והוא אומר ודאי חטפתי אבל שלי הוא ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. והש"ך בס"ק מ"ג הביא למש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ד ע"א) ד"ה הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כו'. בשם הר"י דלכן אינו נאמן במיגו שהיה אומר לא חטפתי משום דלא יכול להעיז פניו להכחיש העד ולשבע נגדו. ובשם ריב"ם דכתב דלכן לא מהימן במיגו דכיון דהתורה האמינתו לע"א וכ"ז דלא נשבע נגדו ה"ה כשנים כו':

ענף א:

ונראה לי דאם הע"א מכחישו במה דקאמר דידי חטפי. והע"א אומר דהחפץ אינו של החוטף. דבזה יש לדון דלתי' א' של התוס' דעיקר הטעם דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום דאינו יכול להעיז פניו נגד העד ולישבע נגדו. א"כ בזה כיון דגם עכשיו מעיז נגד הע"א במה דאומר דידי חטפי דהא הע"א מעיד דאין החפץ שלו. ע"כ שפיר יש להאמינו בשבועה במיגו דלהד"מ. אבל לתי' הריב"ם דלכן לא מהימן במיגו דלהד"ם משום דכ"ז דאינו נשבע נגדו ה"ה כשנים. ע"כ גם היכא דהעד מכחישו במה דאמר דידי חטפי. ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כיון דמודה להעד דחטף להחפץ. וכן כתב הש"ך לעיל סי' נ"א ס"ק א' על מש"כ הרמב"ם והמחבר שם דבשטר בע"א ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דאם העד מכחישו שלא פרע אז לא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"ש באה"ד. ובאמת זה תלוי בהנך שני טעמים הנ"ל. וכן מצאתי בנתיבות בסי' נ"א ס"ק א' שהביא בשם האו"ת דתמה על הש"ך בזה. והנתיבות כתב דזה תלוי בהנך ב' טעמים הנ"ל. ולכן כיון דהתוס' בב"ב שם הקשו על תי' הר"י הנ"ל והעלו דהעיקר כתירוץ הריב"ם. ומש"כ הש"ך בס"ק מ"ג לתרץ לקושיות התוס' על תי' הר"י תמה עליו האו"ת. וע"כ לכאורה העיקר לדינא כתי' הריב"ם. ולכן הדין נותן לפ"ז בנ"ד דה"ל ג"כ מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ועיין בנתיבות סי' נ"ח סוף ס"ק י"ב:

והנה בהא דאם טען תחלה להד"מ ואח"כ הוציא עליו ע"א וחזר ואמר לויתי ופרעתי דפסק המחבר דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וכ"כ הטור והרמב"ם כפי שכתב הב"י בסימן ע"ה. והש"ך לעיל ס"ק ל"ח הביא בשם הרשב"א שחולק וס"ל דבע"א לא הוחזק כפרן דנימא בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ועיין לקמן סי' ע"ט ש"ך ס"ק י"ט. ולכאורה צריך ביאור סברת הרשב"א בזה. דהא כיון דהא דיכול לחזור מפטור לפטור הוי זה משום מיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה. כמש"כ הטור בסי' פ' והמרדכי פ' חז"ה אות תקכ"ו ובסמ"ע סימן ע"ט ס"ק כ"ב. והא כיון דהכא בע"א שטען תחלה לח לויתי היה מחוייב שד"א להכחישו. א"כ אח"כ דטוען פרעתי דנאמן במיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה הא הוי דינו כמו בנסכא דר' אבא דלא מהימן במיגו דלא חטפתי ע"פ סברת שני תירוצים של התוס' ב"ב הנ"ל. וע"כ שיטת הרשב"א בזה צריך ביאור. וראיתי בגוף תשובת הרשב"א ח' ג' סימן מ"ט שכתב בטעם הדבר דמהימן במיגו דהיה עומד בכפרנותו נשבע ונפטר ועדיין קשה כנ"ל: והנלפענ"ד בזה ע"פ הא דמבואר בטור אה"ע סימן קנ"ב בהא דאמרו אשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת חזקה אין אשה מעיזה. דאם נתקדשה שלא בפני בעלה דאף אם בא בעלה ומכחשת אותו

בפניו עכ"ז אינה נאמנת משום דלא שייך בזה החזקה דאינה מעיזה דלהחזיק דבריה הראשונים אומרת כן. והובא זה לעיל בסי' י"ז במחבר סעיף ב'. וע"ש בב"ש ס"ק ז'. והדרכי משה בטור אה"ע סי' קנ"ב ובסי' י"ז הביא בשם הריב"ש דר"ל דאם התחילה לומר גרשני שלא בפני בעלה ואח"ז בא בעלה ואומרת כן בפניו דאין שייך בזה החזקה דאינה מעיזה. דכיון דכבר אמרה כן ע"כ נוח לה יותר להחזיק דבריה הראשונים ולהעיז נגד הבעל. והובא דברי הריב"ש הנ"ל בב"ש סי' י"ז ס"ק ג'. והנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' צ"א פלפל בזה הרבה. ובקונטרס א' על אה"ע כתבתי לדון בדברי הנו"ב הרבה ואין כאן מקומו להאריך:

ולכן יש לדון בהא דאמר מתחלה לא לויתי ובא ע"א והכחישו וחזר ואמר לויתי ופרעתי. דלא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ע"פ תי' הראשון שכתבו התוס' בב"ב דלכן לא מהימן דידי חטפי במיגו דלהד"מ משום דלא חציף להכחיש להעד ולהעיז נגדו. וכמש"כ הרמב"ן לחי' בב"ב (דף ל"ד) והר"נ פ"ז דשבועות וכ"כ הרדב"ז ח' א' סי' ת"ז ע"ש. ע"כ י"ל דזה אינו שייך אלא היכא דלא התחיל להעיז נגד העד כלל. משא"כ היכא דהתחיל כבר וטען שלא בפניו להד"מ. דבזה שפיר יכול עכשיו להעיז נגדו דלא שייך בזה כ"כ הך חזקה דלא חציף להכחיש נגדו. כדמצינו לחד דיעה גבי גרשתני דכיון דהתחילה שלא בפני בעלה ע"כ נדחה בזה להך חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה. משום דעבידה לאחזוקי דבורה הראשון ואף דבעת דבורה הראשון לא הי' אז בפני בעלה מ"מ אמרינן כן. א"כ ה"ה בהך דאמרו דלא חציף להכחיש להעד י"ל דכיון דהתחיל כבר לומר כן שלא כדברי העד ע"כ אף שהיה זה שלא בפני העד מ"מ נוח לו להחזיק דבריו הראשונים ולהעיז גם עכשיו שבא העד להכחישו. ואי דנימא דשא"ה בגרשתני דאמרו כן משום דאזלינן לחומרא עפ"י סברת החילוק דעבידה לאחזוקי דבורה. א"כ ה"ה שייך בנ"ד לומר כן דשמא אמרינן לסברא דעביד לאחזוקי דבורו הראשון אף דמעיז נגד העד והוי מיגו מעליא ולא להוציא ממון ממנו ע"י מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ואף דשיטת הרשב"א והובא באה"ע סי' קנ"ב בב"י שם דס"ל דאף באמרה שלא בפני בעלה גרשני מ"מ כשבא בעלה ואומרת גרשתני שייך בזה החזקה דאינה מעיזה והוכיח כן מהא דכתובות (דף כ"ב) והובא בב"ש סי' י"ז ס"ק ג' ובנו"ב סי' צ"א כנ"ל. עכ"ז י"ל דאינו מוכח כן אלא גבי חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה דהוי חזקה אלימתא כידוע ע"כ אף במקום דמחזקת דבורה הראשון אינה מעיזה בזה. משא"כ בהך חזקה דלא חציף להכחיש להעד שכתבו התוס' גבי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם הא זה בעצמו לא הוי חזקה מעליא רק כדי לדחות להמיגו אמרו זה דלא חציף להכחיש נגדו

כמש"כ התוס' שם. ע"כ י"ל דבזה אף הרשב"א מודה דעביד להחזיק דבורו הראשון בזה דיותר נוח לו להחזיק דבורו הראשון ולא לחזור מדבריו ואין לנו להוציא ממון ממנו ע"פ מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דמנלן דגם בזה אמרו להך כללא הנ"ל. ע"כ שפיר כתב הרשב"א דבהכחשת ע"א למה דאמר מתחלה לא לויתי לא נעשה בזה הוחזק כפרן:

ובאמת יש לומר דלפמש"כ הטור והמחבר כשיטת הרמב"ם דע"י ע"א נעשה הוחזק כפרן ואינו נאמן לומר אח"ז לויתי ופרעתי. דמוכח מזה דס"ל לעיקר כתירוץ ריב"ם דלכן לא מהימן דידי חטפי במיגו דלהד"מ משום דכ"ז דלא נשבע נגדו דינו כשנים. וע"כ לא שייך בזה לכל מה שכתבתי. דהא כיון דאינו נשבע נגדו דינו כשנים דנעשה הוחזק כפרן ע"י עדותן וה"ה בע"א. דאי נימא דס"ל כהך תי' הר"י הנ"ל דמחמת דלא חציף אתינן עלה. א"כ תקשה כיון דכבר כתב הטור באה"ע סי' קנ"ב דבנתקדשה שלא בפני בעלה אינה נאמנת שוב לומר אף בפניו גרשתני וכן הובא הך דיעה במחבר לאה"ע סי' י"ז סעי' ב'. א"כ איך כתבו כאן בח"מ בפשיטות דנעשה הוחזק כפרן ע"י ע"א במה דאמר מתחלה לא לויתי וה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. הא י"ל דלמא כה"ג יכול להכחיש עכשיו את העד משום דעביד לאחזוקי דבורו הראשון ולא לחזור מן דבריו ומנלן להוציא ממון בזה. וע"כ מוכח דס"ל להרמב"ם והטור ומחבר לעיקר כמו דכתב הריב"ם דלכן לא מהימן במיגו דלא חטפי משום דדינו כ"ז דלא נשבע נגדו הוי כשנים ע"כ לא שייך בזה לכל מה שנתבאר:

ענף ב:

ויש לדחות כל זה ולומר דאף הטור באה"ע והמחבר שם דכתבו דאם נתקדשה שלא בפניו אינו שייך בזה להך חזקה אינה מעיזה דדוקא התם דנעשה מעשה הקידושין עכ"פ. בזה שייך שפיר לומר שלהחזיק דבריה אומרת כן. אבל היכא דלא נעשה שום מעשה עדיין רק דיבורא בעלמא וכמו בנ"ד דכה"ג גם הטור מודה דלא אמרינן לזה הסברא. ורק להריב"ש מצינו שם דהביא הדרכי משה בשמו דס"ל דאף כשאמרה שלא בפני הבעל גרשני אינה נאמנת לומר שוב גרשתני אף בפניו. אבל מן לשון הטור ולשון המחבר שם משמע דדוקא בנתקדשה שלא בפניו אמרו כן דאינה נאמנת ולא באמרה מתחלה שלא בפני בעלה דבזה נאמנת משום חזקה כו' וכמש"כ הח"מ סי' י"ז ס"ק ג'. ע"כ נדחה ראי' זו שכתבתי כי אין זה מוכרח עדיין. משום דאף דאמר מתחלה להד"מ מ"מ לא חציף להכחיש להע"א בפניו:

ועוד יש לחלק דשא"ה במש"כ התוס' בתי' קמא דלכן לא אמרינן דיהי' מהימן במיגו דלא חטפתי משום דלא חציף להעיז פניו נגד העד ולישבע נגדו. דעיקר הטעם הוא דלא חציף להכחישו ולישבע נגדו. ובאמת מזה יש לדון במה שכתב הב"ש באה"ע סי' מ"ב ס"ק ו' במקדש לפני ע"א ואומר דהיה כוונתו לשחוק דאינו נאמן במיגו דהי' מכחיש להעד דזהו דומה למש"כ התוס' בב"ב דאינו נאמן לומר דידי חטפי במיגו דאי בעי הי' מכחישו כו'. עכ"ל הב"ש. ובאמת אין זה דומה כלל לא מבעיא לתי' הריב"ם דלכן אינו נאמן משום דכ"ז דאינו נשבע נגדו דינו כשנים. א"כ הא בקידושי אשה דלא שייך שבועה בזה. וכמש"כ רש"י בקידושין (דף ס"ה ע"ב) ד"ה עד א' בהכחשה כו' דהכא שבועה לא שייכא עכ"ל רש"י. וודאי דלא שייך בזה סברת הריב"ם. ואף לפי תירוץ קמא של הר"י שם דמשום דלא חציף להכחישו אתו עלה. עכ"ז זה אינו רק היכא דמחייבו שד"א להכחישו כמש"כ התוס' שם בפירוש. וכ"כ הרמב"ן בחי' לב"ב בתי' הב' ע"ש. ואף דהר"נ בשבועות פ' ז' כתב בתירוץ קמא בזה"ל דלא אמרינן מיגו לאכחושי סהדא דלא חציף אינש לאכחושי עכ"ל. וכ"כ הרדב"ז ח' א' סי' ת"ז ע"ש. ג"כ ע"כ כוונתם דלא חציף להכחישו ולישבע נגדו. דאל"כ אין זה שייכות למחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כידוע. דהא לפ"ז אף בקרקע דאין נשבעין ג"כ שייך זה הטעם דלא חציף להכחישו. וע"כ כוונתם ג"כ כעין מש"כ התוס' דעיקר הטעם הוא מן הכחשה בשבועתו כנ"ל. ועיין מזה באו"ת בכ"מ ס"ק פ"ב ופ"ג. א"כ התם גבי קידושין דלא שייך שבועה לא שייך זה הטעם א"כ מוכח מכל זה דלא כהב"ש. וכן מוכח מהא דאה"ע סי' ז' סעי' ד' דאף ביש ע"א דנשבית נאמנת לומר טהורה אני במיגו דלא נשבית. ואף דהיתה מכחשת להע"א. וכ"כ הב"ש לקמן סי' קנ"ב ס"ק י"א גבי א"א. הרי להדיא דהיכא דלא שייך שבועה נאמן במיגו דהיה מכחיש להע"א:

(הגה"ה והבית יוסף באה"ע סי' ז' כתב בטעמו של הרמב"ם דלכן ס"ל דע"א מעיד שנשבית אפ"ה נאמנת משום דכיון דהמשנה נקט בלשון עדים לשון רבים תרי מיהא בעי עכ"ל הב"י וכ"כ הב"ש באה"ע סי' קנ"ב ס"ק י"א גבי א"א ע"ש. אכן באמת לפי המבואר ברא"ש פ"א דב"מ סי' ג' דאף היכא דמהני ע"א נקטו לשון עדים א"כ אין מזה ראי' כלל. ולכן לפי מה דקיי"ל עד מסייע פוטר משבועה א"כ מוכרח דברי הרא"ש הנ"ל ועיין באה"ע סי' קמ"ב סעי' י"א בט"ז שם. ואפשר דכיון דכתב הב"י בסי' ע"ה דהרמב"ם ס"ל דע"א מסייע אינו פוטר ע"כ לדידי' אינו מוכרח לדברי הרא"ש הנ"ל. אכן באמת י"ל דהרמב"ם הוכיח במה שכתב דבמקום ע"א מהימן במיגו משום דהוכיח כן ממה דאמרו גבי נסכא דר' אבא דה"ל מחוייב שבועה. דמשמע דאלו לא הי' מחוייב שבועה הי' נאמן

במיגו להכחיש הע"א כמש"כ התוס'. א"כ מוכח מזה דבמקום דאינו מחייב שד"א נאמן במיגו להכחיש הע"א. ע"כ שפיר כתבו לדינא באה"ע שם לדברי הרמב"ם. א"כ מוכח מזה ג"כ דלא כהב"ש דס"ל דלא אמרינן מיגו להכחיש ע"א אף שלא במקום שבועה. ע"כ הגה"ה): ולכן לפי מה דנתבאר א"כ לא שייך לדמות נ"ד למה דכתב הריב"ש גבי חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה דאם התחילה לומר כן שלא בפני בעלה דלא שייך בזה להך חזקה זו. דהא התם עיקר העזה הוא מן אמירתה להכחיש להבעל ע"כ כיון דאמרה כבר עכ"פ שלא כדברי בעלה ע"כ עבידא להחזיק לדבורה דהא כבר התחילה להעיזו קצת. משא"כ הכא גבי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דעיקר הענין תלוי במה דלא ישבע להכחישו ע"כ כ"ז דלא נשבע עדיין שפיר י"ל דאף דאמר מתחלה שלא כדברי העד מ"מ הא לא נשבע עדיין. לכן עדיין י"ל דאם יצטרך לישבע לא יהי' חציף להכחישו בשבועה דאורייתא. והעיקר כמש"כ מתחילה דהטור לא ס"ל כהריב"ש בזה וע"כ א"ש דברי הטור והרמב"ם וש"ע במה דפסקו דה"ל הוחזק כפרן ע"י ע"א וה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם במה דאמר מתחלה לא לויתי דאינו נאמן במה דאומר עכשיו לויתי ופרעתי. אף אי נימא כתי' קמא של התוס' והרמב"ן והר"נ הנ"ל. ולכן אינו מוכרח להוכיח מהם דס"ל כתירוץ הריב"ם די"ל דזה אתי לכ"ע:

ועוד יש לחלק דשאני היכא דאנו דנין להמיגו דבדבר קל מדחינן להמיגו כידוע. דלכמה פוסקים דס"ל דלא אמרינן מיגו דהעזה נגד הבע"ד ג"כ אף דעצם החזקה דאין אדם מעיז פניו נגד הבע"ח לא מהני זה לסמוך ע"ז. מ"מ לענין להדחות להמיגו אמרו דלא אמרינן למיגו כזה. וכן במקום הכחשת קול לא אמרינן מיגו להכחיש להקול כמבואר בב"ב (דף ל"ג) תוס' ד"ה לקוחה בידי לא מצית אמרת כו'. וכן מצינו כעין זה בכמה דיני מיגו אף דבעצם הענין לא מהני זה. מ"מ לענין מיגו לא אמרינן מיגו בזה. ע"כ י"ל דאף דבעצם החזקה דאינה מעיזה היכא דהתחילה שלא בפניו אז אמרינן דאפשר דנוח לה יותר להחזיק דבורה הראשון ולהעיז נגדו ולכן אינו מוכח לומר בזה החזקה דאינה כו'. דמ"מ לענין מיגו אפשר לומר דאינו חפץ להעיז נגד העד ולהכחישו אף במקום החזקת דבריו הראשונים. דכללא הוא במקום מיגו היכא דיש לומר איזה סברא ואמתלא אולי אינו חפץ לטעון כזה. ע"כ כיון דאין זה טענת עצמו רק עיקר נאמנותו הוא ע"י מיגו וכיון דאפשר לומר איזה אמתלא דאינו חפץ לטעון כזה ע"כ נדחה המיגו בזה וכמבואר כה"ג בכללי מיגו של הש"ך ס"ק ל"ב. א"כ נתבאר דמן הרמב"ם והטוש"ע אינו מוכח כלל לומר דס"ל כשי' הריב"ם דוקא:

אכן מן הרשב"א דס"ל דלא הוי הוחזק כפרן ע"י ע"א מוכח דס"ל כשיטת הר"י בהטעם דלא מהימן דידי חטפי במיגו דלהד"ם. משום דהוי העזה וכנ"ל. ע"כ במקום החזקת דבורו הראשון י"ל דנוח לו יותר להעיז נגד העד כדי שלא יצטרך עכ"פ לחזור מדבריו הראשונים. ושאני הא דאין מעיזה בפני בעלה לשי' הרשב"א דהתם הוי העזה גדולה והוי חזקה מעליא בעצם ע"כ אף במקום החזקת דבורה אינו נוח לה להעיז נגד הבעל וכמש"כ לעיל. משום דהי' להרשב"א הוכחה ע"ז מהא דכתובות (דף כ"ב) כנ"ל. ועיין מזה באה"ע סי' פ"ה ב"ש ס"ק למ"ד בסוף מה שהשיג על הש"ך בסי' ס"ב שהקשה על הג"ת ע"ש. ובתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל בפסקי' סי' ק"ל באמצע התשובה בד"ה ואף ללישנא ב' דכתובות כו' הביא שם בהגה"ה למש"כ בגליון הש"ך ח"מ סי' ס"ב ס"ק ד' ליישב קושיות הש"ך על הג"ת ע"ש ובאמת כבר הקדימו בזה הב"ש סי' פ"ה ס"ק למ"ד הנ"ל. כן י"ל בכוונת הרשב"א. וכה"ג מצינו בשבועות (דף מ"ו ע"ב) תוס' ד"ה כי מטא כו' וי"ל כיון שהתחיל לכפור שוב לא יודה כו' פן יהא מוחזק שקרן עכ"ל התוס'. ויש לחלק קצת:

וסעד לסברתי הוא מן מש"כ הש"ך בסי' ע"ט ס"ק כ"ג שכתב שם על מש"כ הרמ"א דבמקום קול מפורסם אינו יכול לחזור מדבריו הראשונים אף במקום דהוי מפטור לפטור. וע"ז כתב הש"ך דהטעם הוא כיון דהא דמהימן מפטור לפטור הוי משום מיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה ע"כ במקום הכחשת קול מפורסם לא מהני מיגו בזה. ומ"מ צ"ע לדינא די"ל דשאני הכא כיון דמתחלה טען כן ולא חשש להקול ע"כ אפשר דאמרינן מיגו וצ"ע עכ"ל הש"ך. הרי להדיא דגם הש"ך ס"ל כעין הסברא שכתבתי די"ל ולחלק דהיכא דטען כבר להכחיש הקול ע"כ לא שייך כ"כ לומר בזה דאינו מעיז להכחיש להקול. וזהו כעין מש"כ במקום דאמרו דאינו חציף להכחיש להעד דכיון דכבר טען כן לא שייך בזה הסברא דאינו חציף להכחישו. ומצינו בשבועות (דף ל"ב ע"ב) תוס' ד"ה ה"ל כגזלן כו' ובמרדכי פ' חז"ה דמדמי הך דלא חציף להכחיש סהדא להך דב"ב (דף ל"ג) בהא דרבא בר שרשום במיגו במקום קלא. ולכן שפיר כתבתי לדמותם:

והאו"ת בסי' ע"ט באורים ס"ק כ"ז כתב לתרץ לקושיות הש"ך על הרמ"א והוא די"ל דהרמ"א מיירי ביצא קול מפורסם לאחר שכפר ואמר דלא לוה כו' אבל היכא דיצא הקול כבר קודם שכפר שפיר י"ל כמש"כ הש"ך דחזינן דאינו חושש להקול כו' עכ"ל האורים. אכן לפי מה דנתבאר לעיל בשם הריב"ש דס"ל גבי חזקה אינה מעיזה בפני בעלה דאם התחילה לומר גרשני שלא בפני בעלה שוב אינה נאמנת אף בפניו כו' משום דעבידה לאחזוקי דבורה ונוח לה יותר שלא לחזור מדבריה אף דתעיז פניה בפני בעלה. א"כ ה"ה

עדיין אפשר לומר במה דאמרו דלא חציף להכחיש לקול מפורסם גבי מיגו. די"ל דהיכא דאמר מתחלה לא לוה ע"כ נוח לו יותר להחזיק דבריו הראשונים ולא לחזור מדבריו הראשונים אף דיכחיש הקול. ע"כ אין להוציא ממון ממנו די"ל דלמא בכה"ג מהני מיגו אף במקום קול מפורסם. ואף דאין זה במשמע בלשון הש"ך שם מ"מ הוא ענין נכון בפ"ע לומר כן:

אך לפי המבואר באה"ע סי' י"ז דדוקא בנתקדשה שלא בפניו אמרו כן. אבל בהתחילה בדבורה לומר כן שלא בפני הבעל בזה ס"ל דלא כהריב"ש אלא גם בזה שייך החזקה דאינה מעיזה. ע"כ שפיר כתב הרמ"א הכא דבמקום קול מפורסם לא מהני מיגו. וכש"כ לפי מה דנתבאר לעיל דלענין מיגו מדחינן באיזה אמתלא וסיבה בעולם ולמתלי דלמא אינו חפץ בטענת המיגו ע"כ הנכון עם הרמ"א. וכמש"כ האורים לפרש להרמ"א דאם יצא הקול לאחר שכפר לא מהני המיגו. וגם יש לומר עוד סברא לחלק בין הא דגרשני שלא בפני בעלה ובין הך דלא לויתי. דשאני בהך דגרשני דהוי חילוק גדול בין גרושה ובין אינה גרושה ע"כ שפיר י"ל דעבידא לאחזוקי דבורה. משא"כ גבי לא לויתי או לויתי ופרעתי דבזה בעצם לא הוי נפ"מ ואיזה חילוק כלל בין הפטור שלו דהא בין כך ובין כך מיפטר וע"כ לא שייך בזה לומר עביד לאחזוקי דבורו ובאמת נוח לו לחזור בזה כדי שלא יצטרך להכחיש להקול. ע"כ הנכון עם הרמ"א הכא בסי' ע"ט וכפי' האורים הנ"ל. כ"ז כתבתי מכבר להוכיח דהרשב"א ס"ל כתי' הר"י דמשום דלא חציף לאכחושי סהדא אתי עלה דלא מהימן לומר דידי חטפי במיגו דלא חטפי:

ענף ג:

וכעת ראיתי די"ל דאינו ראי' מן הרשב"א הנ"ל. והוא דהקצה"ח בסי' פ' ס"ק ג' העלה בהטעם דאמרו גבי הא דיכול לחזור מן פטור לפטור במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה דאין הכוונה משום מיגו. אלא עיקר הטעם הוא דכיון דהי' פטור בטענה הראשונה ע"כ יכול לחזור ולא שייך הודאת בע"ד כו'. דזה הוי כמו דלא נחקרה עדותן גבי עדות דיכולים לחזור. וכמש"כ הישש"ש גבי הא דאם נתחייב התובע שבועה ועדיין לא נשבע דיכול הנתבע לחזור כו' עכ"ל הקצה"ח. וכ"כ הקצה"ח בסי' ע"ט ס"ק ט'. וכעין זה כתב הנתיבות בסי' ע"ב ס"ק ל"ד ובסי' ע"ט ס"ק ד' ע"ש. ע"כ י"ל דה"ה הכא גבי הא דטען תחלה לא לויתי ובא ע"א והכחישו ואמר לויתי ופרעתי. דס"ל להרשב"א דכיון דבידו עדיין לישבע שד"א ולהכחיש להע"א ע"כ לא מקרי זה חיוב גמור. ולא שייך בזה הודאת בע"ד לומר דאינו יכול לחזור דגם בזה ס"ל דהוי כמו דלא נחקרה עדותן עדיין וע"כ יכול לחזור בזה מפטור לפטור:

וגם סברת הנתיבות שכתב שם הטעם דלכן יכול לחזור מפטור לפטור משום דכיון דמיפטר בי' ע"כ לא חש לדקדק כ"כ בטענתו ואמרינן דלאו בדיוק אמרה כמו דהאריך בזה הנתיבות בסי' ע"ב ס"ק ל"ד ובסי' ע"ט ס"ק ד'. שייך טעמו ג"כ בזה דהא כיון דמתחלה בעת שטען לא לויתי הי' בידו לישבע שד"א ולהכחיש העד ע"כ י"ל דלכן לא דקדק כ"כ בזה. וכדמצינו כעין סברא זו גבי הא דמהימן החזרתי במיגו דנאנסו בהפקיד בשטר דכתב הסמ"ע בסי' רצ"ו ס"ק ג' דלכן לא שייך בזה שטרא בידי מאי בעי. משום די"ל דסמך על מה דיהא בידו לישבע שד"א דנאנסה ולפטר. וכ"כ האו"ת בסי' פ"ז סעי' ו' ובנתיבות שם ס"ק ז' ובסי' ק"ח ס"ק א'. ועיין מזה בנתיבות סי' רצ"ו ס"ק א' ובכללי מיגו ס"ק י"ד. אלמא דמצינו דחיוב שד"א י"ל דלא איכפת לי' כ"כ. וע"כ י"ל גם בזה דלאו בדיוק אמרה. וגם הא כיון דעדיין לא נתחייב שד"א בב"ד דעדיין לא פסקו הדין דיהי' חייב שד"א להכחיש להעד. ע"כ י"ל דזה לא מקרי חיוב כ"כ דנימא דלא יהי' יכול לחזור מן דבריו הראשונים. וכש"כ לפי שיטת הסוברים שהובא בסמ"ע סי' פ"ז ס"ק פ"ד דאף בשד"א אם אמר נשבעתי נאמן וא"צ לישבע היסת. והטעם הוא משום דשד"א לא מקרי חיוב כ"כ דיהי' חייב בזה ש"ה. ואף לפי מש"כ הש"ך שם ס"ק ס"ה דכ"ע ואף הרשב"א ס"ל דחייב ש"ה על כפירת שד"א. י"ל דשא"ה דטענו דכבר נתחייבת בב"ד שד"א כמבואר שם. משא"כ כ"ז דלא נתחייב בב"ד י"ל דאין זה מקרי חיוב כ"כ ג"כ לענין לחייבו ש"ה משום דעיקר חיוב שד"א בב"ד תליא. וכ"ז דלא חייבו בפי' אין שם חיוב עליו כ"כ. והא דסי' רצ"ו סעי' ז' לחלק. ועיין מזה בנתיבות סי' ע"ב ס"ק כ"ז ואכמ"ל. ובאמת אף לפמש"כ הש"ך בזה לחלוק על הסמ"ע שם מ"מ הא בלא"ה שפיר כתבתי די"ל דחיוב שד"א לא מקרי חיוב גמור כ"כ דיהי' מקרי חוזר וטוען:

כן י"ל בכוונת הרשב"א דס"ל דלא נעשה הוחזק כפרן ע"י ע"א.

ובאמת למי שרואה בגוף תשובת הרשב"א דהובא בבית יוסף לח"מ סי' ע"ה דכתב דלא נעשה הוחזק כפרן ע"י ע"א לומר בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. דזהו המקור מן דברי הרשב"א הנ"ל. באמת יש להעמיס בדבריו לכל מה דנתבאר הן למש"כ מקודם והן למש"כ כעת. ולפ"ז י"ל דלדברי הרשב"א הנ"ל דבכל חיוב שד"א יכול לחזור כדי שלא יצטרך לישבע שד"א. וזהו כ"ז דלא נתחייב בב"ד השד"א ויש להאריך בכ"ז. וכן הדעת נוטה דכוונת הרשב"א הוא לפי דחיוב שד"א לא מקרי חיוב כ"כ כ"ז דלא נתחייב בב"ד. וע"כ יכול לחזור ולטעון לויתי ופרעתי אף בבא ע"א והכחישו למה דאמר מתחלה לא לויתי. ומקרי זה עדיין כמו כל מפטור לפטור. משום דלפמש"כ לעיל בכוונת הרשב"א ע"פ סברת הריב"ש באה"ע בסי' קנ"ב בד"מ שם דכיון דהתחילה להעיז מקודם

דבא בעלה ע"כ עבידא לאחזוקי דבורה הראשון. זהו דוחק לפי מה דהובא בבית יוסף שם לדברי הרשב"א בתשובה דס"ל דאף בהתחילה מקודם מ"מ שייך החזקה דאינה מעיזה עדיין. ומש"כ לעיל לחלק באמת זהו דוחק. וכש"כ בענין מיגו דבאיזה סיבה ואמתלא בעולם מדחינן להמיגו כמו שנתבאר לעיל הכל בארוכה וע"כ העיקר בכוונת הרשב"א כמש"כ כעת:

והנה לקמן בסי' ע"ט בסמ"ע ס"ק כ' כתב דהרשב"א ס"ל דע"י ע"א לא נעשה הוחזק כפרן ונאמן לומר לאח"ז לויתי ופרעתי וישבע היסת וכ"כ הטור בסי' ע"ט כו' עכ"ל הסמ"ע. מוכח מזה דסברת הרשב"א הוא דלכן אינו נעשה הוחזק כפרן משום דזה הוי כמו מפטור לפטור וכמש"כ לעיל דאלו למה שכתבתי מתחלה בסברת הרשב"א דטעמו דבזה מהימן במיגו דאי בעי עמד בטענתו הראשונה כמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ד) בתי' קמא של הר"י כנ"ל. א"כ לפ"ז יהי' חייב שד"א כמו דכתבו התוס' שם לדמות זה להא דהחזרתי במיגו דנאנסו דחייב שבועה בנק"ח עכ"פ. ועיין בש"ך סי' רצ"ו ס"ק ג' ובאו"ת בכללי מיגו ס"ק קי"ב ואכמ"ל. ומוכח מהסמ"ע דס"ל בסברת הרשב"א כמש"כ בטעמו דס"ל דזה לא הוי כמו מן חיוב לפטור כיון דבידו להיות פטור בשד"א עכ"פ ע"כ לא חש לדקדק בזה כ"כ וכנ"ל. והא שכתב הרשב"א בטעמו דיש לו מיגו דהיה נשבע כו'. ג"כ כוונתו כעין מש"כ הנתיבות דמשום דלא דייק אתי עלה:

והנה הש"ך בסי' ע"ט ס"ק י"ט כתב לתרץ דברי הטור דסי' ע"ט דאינו סותר למש"כ בסי' ע"ה. דמש"כ דע"י ע"א לא הוחזק כפרן כוונתו לענין אם טען אח"כ פרעתי נאמן ומש"כ נשבע היסת שפרע קאי אלעלמא היכא דאינו מכחיש העד כו' עכ"ל הש"ך. ולענ"ד יש לתרץ דברי הטור דלא יסתרו אהדדי כ"כ. והוא דבסי' ע"ה כתב בזה"ל אם טענו מנה לי בידך וכפר ואמר להד"מ ובא ע"א והכחישו כו' חזר ואמר אין לויתי ופרעתי כו' ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ואלו הכא בסי' ע"ט כתב בזה"ל ואינו מוחזק כפרן אלא הכופר והכחישוהו עדים אבל הטוען להד"ם וחייבוהו שבועה וכשבא לישבע חזר וטען פרעתי כו'. והנה לפמש"כ לעיל עפ"י תי' הר"י דלכן אינו נאמן דידי חטפי במיגו דלהד"ם משום דאינו חציף להכחישו. לפ"ז י"ל דדוקא היכא דלא טען מעולם להכחיש להעד בזה שפיר י"ל דאינו חציף להכחישו בפניו. אבל היכא דטען כבר להכחישו בפניו ואח"ז חזר. בזה שפיר י"ל דנאמן במיגו דהי' עומד בטענתו הראשונה ולא שייך לומר בזה דלא חציף להכחישו. דהא חזינן דבאמת חציף בזה וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ט כנ"ל גבי קול מפורסם. דאם טען כבר להכחיש להקול מהימן במיגו כו' וכ"כ התוס' שבועות (דף ל"ב ע"ב) והמרדכי פ' חזקת הבתים לדמות הך דהעד מכחישו לדבר שהקול מכחישו.

וגם שייך בזה לומר להסברא דעביד לאחזוקי דבורו הראשון דהכחישו בפניו. ע"כ א"ש דברי הטור דלעיל בסי' ע"ה מיירי דתיכף כשבא העד להכחישו מיד חזר ואמר פרעתי ע"כ שפיר י"ל דלא מהימן במיגו דלהד"ם להכחישו משום דלא חציף כו'. משא"כ הכא בסי' ע"ט דמיירי דבעת דבא העד להכחישו לא חזר בו מיד רק בעת השבועה חזר ואמר פרעתי בזה י"ל דמהימן במיגו דלא לויתי דטען בראשונה להכחישו בפניו. דהא חזינן דחציף להכחישו ג"כ בפניו:

רק במש"כ הטור אח"ז דישבע היסת זה לא אתי שפיר לפמש"כ דהא לפמש"כ דמשום מיגו דלא לויתי דטען כבר מהימן וכיון דאז הי' צריך שד"א א"כ יצטרך לישבע שד"א או כעין שד"א וכמבואר גבי החזרתי במיגו דנאנסו. וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ד) לדמותם להדדי ע"ש. ע"כ מוכרח בזה לומר כעין מש"כ הש"ך בכוונת הטור דהך סיפא שכתב הטור דישבע היסת קאי אלעלמא כנ"ל. אך במש"כ הטור מתחלה דע"י ע"א לא הוחזק כפרן דנדחק בזה הש"ך ופי' דקאי באומר פרעתי אח"כ. הנה לפמש"כ יש לפרש דזה קאי באומר פרעתי מקודם רק עיקר כוונתו דלא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכנ"ל כן יש לתרץ דברי הטור דלא יהי' מוקשה כ"כ. שוב ראיתי בט"ז סי' ע"ט סעי' ט' שכתב ג"כ לתרץ דברי הטור הנ"ל ולחלק דשאני היכא דבעת דבא העד הוא מודה תיכף לדבריו אז ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. אבל אם לא חזר בו רק לאח"ז אז לא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. הרי דמחלק כעין מש"כ. רק לא כתב להסביר כהטעם שכתבתי רק כתב בקצרה לחלק כן. אכן הש"ך דלא כתב לחלק כמש"כ י"ל דטעמו משום דאף דלקמן בסי' ע"ט גבי מיגו במקום קול מפורסם כתב כעין סברא זו. עכ"ז כאן במקום מיגו להכחיש העד לא ניחא לי' בזה החילוק. דיש לומר דאף לתירוץ הר"י בב"ב (דף ל"ד) הא עיקר טעמו הוא דלא חציף להכחישו ולישבע נגדו כמש"כ התוס' שם. א"כ כ"ז דלא נשבע נגדו עדיין יש לומר דאינו חציף לישבע נגדו ע"כ חזר ואמר לויתי ופרעתי ולכן לא שייך מיגו הנ"ל אף לתירוץ הר"י. אכן לפי המבואר בחידושי הרמב"ן לב"ב ובר"נ שבועות פ' ז' וברדב"ז הנ"ל דלא הביאו רק להתירוץ דלא חציף אינש לאכחושי סהדא ולא הזכירו להשבועה נגדו עד לבסוף בתירוץ הב' ע"ש. ע"כ שפיר כתבתי בכוונת הטור לתרץ דבריו דלא יסתרו אהדדי כ"כ. ובאמת י"ל דמש"כ דלא חציף אינש לאכחושי כו' דכוונתם הוא דדוקא היכא דהעד נאמן לחייב שד"א אז אינו חציף להכחישו. והאמת הוא דמשום דאינו יכול להכחישו אף דלא נשבע עדיין ג"כ אין לו מיגו להכחישו וקצרתי בזה:

ענף ד:

ולפי מה דנתבאר בשיטת הטור והרמב"ם והמחבר בסי' ע"ה דפסקו דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"י ע"א אם אמר מתחלה לא לויתי ואח"ז אמר פרעתי. דאינו מוכח מהם דס"ל כשיטת הריב"ם די"ל דאף לתירוץ הר"י י"ל כן לדינא. וכן מן שיטת הרשב"א אין להוכיח דס"ל כשיטת הר"י וכמו דנתבאר בארוכה. לכן נראה לי בעיקר פלוגתת הר"י והריב"ם דאף דכתבתי לעיל דמן התוס' בב"ב מוכח דס"ל לעיקר כתירוץ הריב"ם. עכ"ז מן הרמב"ן בחידושיו לב"ב ומן הר"נ פ"ז דשבועות דהביאו מתחלה לסברת הר"י ואח"ז הביאו לסברת הריב"ם ולא הכריעו ביניהם. וכן התוס' בשבועות (דף ל"ב ע"ב). וכן המרדכי פ' חזקת הבתים וכן הרדב"ז ח' א' סי' ת"ז לא כתבו רק לתירוץ הר"י הנ"ל לבדו. לכן נראה לפענ"ד לדינא דזה הוי ספיקא דדינא אם הלכה כתירוץ הר"י או כתירוץ הריב"ם הנ"ל. ולכן היכא דטוען דידי חטפי והעד מכחישו ומעיד דחטף מן הבעלים וגם מעיד דגוף החפץ הוא של הבעלים הראשונים. דכבר כתבתי לעיל דלתי' הריב"ם ה"ל גם בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. דאף דמכחיש להעד במה דאומר דידי חטפי. עכ"ז במה דלא נשבע נגדו ה"ל העד כשנים. אבל לתי' הר"י כיון דגם עכשיו מעיז נגד העד שפיר נאמן במיגו. א"כ ה"ל זה ספיקא דדינא ואין מוציאין מן המוחזק. משום די"ל דלמא הלכה כשי' הר"י דלא אמרינן בכה"ג מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וכמש"כ הש"ך לעיל בסי' נ"א ס"ק א' בפשיטות דבכה"ג לא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. והש"ך כתב שם לתרץ עפ"ז להרמב"ם. ואין להעיר בזה ולהקשות דהא מוכח מהרמב"ם דס"ל כשי' הריב"ם ממה דפסק דנעשה הוחזק כפרן ע"י ע"א. דהא נתבאר לעיל דזה אינו הכרח כלל: ולכאורה י"ל דאף לשי' הריב"ם מ"מ אם העד מעיד דלאו שלו חטף והבע"ד אומר דידי חטפי. דכתבתי לעיל דכיון דאינו נשבע להכחישו בזה דאומר דחטף ממנו דה"ל בזה כשנים. די"ל עדיין בזה דכיון דנשבע דידי חטפי להכחיש להעד ונתבטל עדות העד במקצתו ע"כ בטלה כל עדותו. וכעין הא דב"ק (דף ע"ג) דאמרו דכי מתזמי אטביחה עדות שבטלה מקצתו בטלה כולה כו'. וכמש"כ הנתיבות בסי' רכ"ב ס"ק ג' להשיג על הקצה"ח שכתב שם גבי ז"א כולה שלי והע"א מעיד דהוא כולו של חבירו דבמה שלא נשבע נגדו להכחישו דינו כשנים. וע"ז הקשה הנתיבות עליו דכיון דנשבע להכחיש העד במקצת ע"כ נתבטל כל עדותו והוי כמאן דליתא כלל לעדותו עכ"ל הנתיבות. אבל באמת זה אינו דהא בנ"ד אי נימא דבמה דלא נשבע נגדו על מה דמעיד דחטף מהבעלים דה"ל כב'. א"כ לפ"ז ממילא לא מקרי כלל אף בטלה מקצתו דהא עיקר הענין שאנו דנין בזה הוא רק לענין אם צריך להחזיר את החפץ להבעלים ע"כ זה לא מקרי נתבטל מקצתו

כלל. דהא עכ"פ גם עכשיו שנשבע נגדו ג"כ הדין הוא דצריך להחזיר לבעליו ע"כ לא קרינן בזה הך דבטלה מקצתו כו':

ועוד דוודאי אין סברא לומר כלל דאם ע"א מעיד על שני ענינים והנתבע לא נשבע רק על ענין א' להכחישו. דנימא בזה דאף על המותר דלא נשבע להכחישו יהיה פטור מן שבועה משום דהא כבר נתבטל עדותו במה דנשבע נגדו א"כ ה"ל בטל מקצתו כו' וזה וודאי אינו. ועוד דבעיקר סברת הנתיבות בסי' רכ"ב לענ"ד העיקר כהקצה"ח דהא מבואר בח"מ סי' ל' בע"א מעיד שהלוהו ר' וא' מעיד שהלוהו ש' דמשלם ר' ונשבע על ק' הנשארים ע"ש בש"ך ס"ק יו"ד. ולא אמרינן דכיון דנשבע נגד העד ונתבטל מקצת עדותו דמעיד על ש' דממילא תתבטל אף עדותו על ר' משום בטלה מקצתו בטלה כולו. וע"כ מוכח מזה דכה"ג לא הוי בגדר בטל מקצתו כו' דהא מהני עדותו לחייבו שבועה דאורייתא. וכן בקרקע דלא מהני עדותו לחייב שד"א מ"מ י"ל דהא חזי להצטרף אם יבוא עוד א' ויעיד כדבריו ע"כ לא מקרי בטל מקצתו דהא לא נתבטל עדיין משום דחזי לצירוף. [וכן יש להעיר מזה בב"ב (דף מ"א) גבי חד"א תרתי אוציתא עאל וחד אמר תלת כו' דמשלם תרי מגו תלת. ויש לחלק בזה]. ולפ"ז הנכון עם הקצה"ח דהא אף שנשבע נגד העד במקצתו מ"מ אם יבוא עוד א' ויעיד כדברי העד יהא מחוייב לשלם ע"כ לא מקרי נתבטל מקצתו כו' דהא לא נתבטל לגמרי. ושאני היכא שיש פסול הגוף על העד דנתבטלו לגמרי דברי העד בזה אמרו שפיר בטלה מקצתו כו'. וכש"כ היכא דאהני עדותו לחייב שד"א וודאי לא מקרי נתבטל מקצתו כו'. וע"כ הנכון עם הקצה"ח בזה:

ולכן שפיר כתבתי דלשי' הריב"ם דהטעם הוא דלכן לא מהימן לומר דידי חטפי במיגו דלא חטפי משום דכ"ז דלא נשבע נגדו ה"ל כשנים. ע"כ אף במעיד דלאו שלו חטף דמ"מ ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דבמה דלא נשבע נגדו ה"ל כב' אף דנשבע דשלו חטף ולא הוי זה עדות שבטל מקצתו כו' כנ"ל. דהא אהני עדותו לחייבו שד"א כנ"ל. וכעת מצאתי בתשובת הריב"ש סי' שצ"ב שכתב שם בפי' דאם הע"א מעיד דלאו שלו חטף דלשי' הריב"ם ע"כ אף דנשבע נגדו להכחישו דשלו חטף מ"מ במה דלא נשבע ה"ל כב' ולא מהני מיגו בזה אכן לתי' הר"י דמשום דלא חציף להכחישו אתו עלה ע"כ בזה לא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כו' עכ"ל. הרי להדיא כדברי בעז"ה. וכן יהיה סייעתא מן הריב"ש הנ"ל למש"כ הש"ך בסי' נ"א ס"ק א' דאם יבוא העד שבכתב ויכחישו שלא פרע דאז לא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם על עדותו בשטר. ותמה האו"ת שם ס"ק א' דאטו בשביל שהוסיף על עדותו יהיה גורע כו' ע"ש. אבל מן הריב"ש שכתב להטעם של הר"י דבכה"ג לא הוי מחוייב שבועה

ואינו יכול להשבע משלם וזהו גרוע באמת כטעמו הנ"ל. ע"כ שפיר כתב הש"ך לשי' הר"י הנ"ל. ועיין בסי' ע"ה ש"ך ס"ק מ"ג דתי' לקושיות התוס' בב"ב על הר"י ולמש"כ האו"ת שם בסי' ע"ה ס"ק י'. ועיקר מילתא זה אם הלכה כתי' הר"י או כתי' הריב"ם הוי זה ספיקא דדינא ולכן אין מוציאין מהמוחזק בזה. ואם תפס התובע לא מפקינן מיני' ויכול לומר קים לי דאף בכה"ג ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם:

ובפלוגתת הרמב"ם והטור והמחבר עם הרשב"א אם נעשה הוחזק כפרן ע"י ע"א כתב האו"ת בסי' ע"ט סוף ס"ק ח' דהעיקר לדינא כהרמב"ם דבכל גווני דנין בו מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וכבר נתבאר לעיל דאף היכא דבעת דבא העד ומעיד דלוה. לא חזר בו הלוה אז מיד מטענתו דלא לויתי. רק בעת השבועה חזר בו וטוען לויתי ופרעתי. דגם בזה הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אף לשיטת הר"י. ולא אמרינן בזה דכיון דחצף כבר נגד העד להכחישו א"כ יש לו מיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה. משום דהא נתבאר לעיל דעיקר טעם של הר"י הוא דלא חציף להכחישו בשבועה כמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ד) ובשבועות (דף ל"ב) והרמב"ן לב"ב בתי' הב' והמרדכי פ' חז"ה בתי' הב' לשי' הר"י דירא לומר להכחישו דשמא יפסלוהו כו'. וז"א רק ע"י שבועה. ועיין באו"ת בכללי מיגו ס"ק פ"ב ופ"ג שכתב לדון בשבועה דאינו דאורייתא דזה הוי נפ"מ בין דברי התוס' דב"ב ובין דברי התוס' שבועות ע"ש. וע"כ היכא דלא נשבע עדיין להכחיש העד לא הי' עדיין עיקר העזה כ"כ נגד העד אף דהכחישו בב"ד. ע"כ אף לשיטת הר"י לא מהימן במיגו דלא לויתי וה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם:

ענף ה:

ועדיין יש לדון בזה היכא דטען לא לויתי וחייבוהו שבועת היסת ונשבע כבר דלא לוה ואח"ז בא ע"א והעיד דלוה וחזר וטען לויתי ופרעתי. דאם לא בא העד לא הי' צריך לישבע שנית אף דאומר עכשיו לויתי ופרעתי משום דיש לו מיגו דאי בעי הי' עומד בטענתו הראשונה והי' מיפטר אז ע"י שבועתו דנשבע כבר. ואף דהודה עכשיו דלשקר נשבע. וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ק"ז ע"ב) ד"ה הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה כו'. דנאמן שלא בשבועה לומר שנגנב במיגו דאי בעי אמר באמת נשבעתי והיה פטור כו'. וכן כתב הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק כ"ז. אבל עכשיו דבא העד והעיד דלוה. דלכאורה הוא דין פשוט לפי הכרעת רוב הפוסקים וכמש"כ האו"ת בסי' ע"ט דלדינא העיקר כהרמב"ם דבכל גווני ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בזה כנ"ל. א"כ ה"ה בזה ומ"ש: אבל לדינא יש לדון בזה והוא דלפי המבואר באה"ע סי' י"ז במחבר סעי' ב' גבי חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה. דאם נשאת שלא בפני בעלה אז אע"פ שכשבא בעלה

ומכחישתו בפניו דליתא בזה להך חזקה כו'. משום דכיון דכבר נישאת מעיזה ומעיזה שלא תעשה עצמה זונה כמש"כ הרא"ש בתשובה וי"א אפי' נתקדשה שלא בפני בעלה אינה נאמנת כו'. והטור כתב שם דאף בנתקדשה ליתא לחזקה זו וכ"כ הב"ה שם דגם הרא"ש ס"ל כן. א"כ לפ"ז יש לדון דה"ה בנ"ד דכיון דנשבע כבר שלא לוה שפיר יש לו מיגו דאי בעי הי' עומד בטענתו הראשונה דנשבע כבר ע"ז שלא לוה. דהא שיטת הר"י הוא דלכן לא מהימן במיגו דלא חטפי משום דלא חציף להכחישו ולישבע נגדו. ואף דבמה דנשבע כבר ש"ה בזה עדיין לא העיז נגדו. לא מבעיא אי נימא דכוונת הר"י הוא משום שד"א כמש"כ האו"ת לשי' התוס' דב"ב. א"כ בנ"ד דלא נשבע עדיין לשד"א וודאי דעדיין לא הי' העזה נגד העד. ואף לשי' התוס' בשבועות וכמש"כ האו"ת כנ"ל עכ"ז הא בעינן לשבועה דנשבע נגד העד להכחישו. ובנ"ד דלא נשבע עדיין נגד העד להכחישו רק מצד ש"ה בעלמא עדיין י"ל לסברת התוס' בשם הר"י דלא חציף נגדו להכחישו. וע"כ י"ל דלכן חזר בו עכשיו ואומר לויתי ופרעתי:

אך מטעם אחר יש לדון בזה דלא שייך בנ"ד להך סברא דלא חציף להכחיש להע"א. דהא כמו בחזקה דאינה מעיזה דהוי חזקה אלימתא דלכמה פוסקים נאמנת אף להנשא לכתחלה אם אמרה לבעלה גרשתני אף דאתחזק איסורא דא"א. ועכ"ז היכא דיש לומר דכיון דיהיה בזיון לה ותעשה א"ע זונה ואף בנתקדשה ס"ל לחד דיעה דעבידא לאחזוקי דבורה שאמרה מקודם. ודוקא באמרה שלא בפני בעלה גרשני בזה לא קיי"ל כהריב"ש דהובא בדרכי משה לאה"ע סי' קנ"ב דס"ל דאף בזה אמרינן דעבידא לאחזוקי דבורה הראשון. אלא דוקא בנישאת או בנתקדשה שלא בפני בעלה ס"ל כן. משום דבדבורא בעלמא ס"ל לדינא דנוח לה לחזור מדבריה הראשונים כדי שלא תצטרך להעיז נגד הבעל עכשיו. אבל היכא דאם תחזור אז יגולה לעין כל העבירה שעשתה בזה ס"ל דנוח לה להחזיק דבריה הראשונים אף שתצטרך להעיז נגד הבעל. וכן בנתקדשה אף דעדיין לא נעשה מעשה העבירה מ"מ כיון דהיה מעשה ממנה מיכספא לחזור. ודוקא בדבורא בעלמא נוח לה לחזור ודלא כהריב"ש וכדמוכח שם בסי' י"ז כנ"ל:

וגם יש לומר דאף להריב"ש דס"ל דאף בדבור בעלמא בלא עשיית מעשה אמרינן דעבידא לאחזוקי דבורה אף דתצטרך להעיז נגדו. דמ"מ מודה בהא דסי' ע"ה דהוחזק כפרן ע"י ע"א אף לתי' הר"י כנ"ל. משום די"ל דוקא באמרה גרשני דהא הוי נפ"מ רבתי בין גרושה ובין אינה גרושה ע"כ שייך לומר בזה דעבידא לאחזוקי דבורה משום דמיכספא לחזור דאז יגולה לעין כל דאמרה שקר גמור מתחלה. אבל בהך דאמר מתחלה לא לויתי ואח"ז אומר לויתי ופרעתי דהא בעצם הענין לא הוי שום נפ"מ ואיזה חילוק כלל אי מיפטר

משום לא לויתי או משום לויתי ופרעתי. ע"כ י"ל דבזה לא מיכסף כ"כ לחזור מדבריו הראשונים דהא בין כך ובין כך לא אמר שקר דיהיה איזה נפ"מ בזה. וע"כ י"ל דנוח לו לחזור בזה כדי שלא יצטרך להעיז נגדו וע"כ שפיר י"ל דאף להריב"ש אמרינן דה"ל בזה הוחזק כפרן אף לשיטת הר"י:

אבל היכא דנשבע כבר שלא לוה בזה יש לומר דעביד לאחזוקי דבורו הראשון כדי שלא יגולה חרפתו בפגם דנשבע לשקר. ואף דלא נפסל ע"פ עצמו מ"מ מיכסף בעיני הבריות כידוע וזה לא הוי דבורא בעלמא רק מעשה ועדיף מן נתקדשה שלא בפני בעלה דעדיין לא נעשה מעשה העבירה. ואפ"ה ס"ל לכמה פוסקים דאמרינן בזה דעבידא לאחזוקי דבורה. כש"כ בנ"ד דנשבע כבר וזה הוי כמו הא דנשאת שלא בפני בעלה ומשמע אף דלא נבעלה עדיין למי שנשאת לו דבזה אמרו דנוח לה להחזיק בדבריה כדי שלא תתבזה בעיני הבריות. וכמו דמצינו בב"ב (דף מ"ה) דמשום שלא יהיה לוה רשע כו' בעיני הבריות ע"כ מעיד שקר. וכמש"כ הרמב"ן והובא בש"ך סי' ל"ז ס"ק א'. ע"כ נוח לה יותר להחזיק בדברי' אף דתעיז נגד הבעל ויש חזקה אינה מעיזה דהוי חזקה אלימתא. א"כ ה"ה בהך מה דאמרו לשיטת הר"י דלא חציף להכחיש להע"א. דהא זה לא עדיף מן הך חזקה דאינה מעיזה. די"ל דנוח לו יותר להחזיק בדבריו הראשונים ולא להוציא שם רע על עצמו דנשבע לשקר מתחלה. ע"כ ליתא בזה להך סברא דלא חציף להכחיש להע"א מכש"כ דהך חזקה דאינה מעיזה כו' דסי' י"ז הנ"ל דהוי חזקה אלימתא ביותר. וגם הא באה"ע סי' י"ז בח"מ ס"ק ז' כתב בשם הב"ה דגם הרא"ש מודה בנתקדשה דליתא לחזקה דאינה מעיזה וע"ש בב"ש. ובאמת עפ"ז יש לדון הרבה בהא דסי' פ"ז סעיף כ"ח דבהודה שלא בדרך תשובה דכתבו הסמ"ע והש"ך שם דנשבע עכשיו ודלא כהב"י שם. ובאמת לפמש"כ י"ל דהנכון כשיטת הב"י שם דא"צ לישבע עכשיו ובמק"א הארכתי בזה. אך לפמש"כ הש"ך והסמ"ע בסי' פ"ז דנשבע עכשיו. י"ל דשאני התם דזה הוי מיגו לאפטורי משבועה דלא אמרינן לשיטת הרמב"ם והמחבר בריש סי' רצ"ו. משא"כ בנ"ד י"ל דהוי מיגו לאפטורי ממון דאמרינן וקצרתי:

ואין לומר דשא"ה בהא דסי' י"ז הנ"ל גבי גרשתני בנשאת ונתקדשה שלא בפניו דאמרו דליתא לחזקה דאינה מעיזה דזהו משום דאזלינן לחומרא. זה אינו דהא מבואר בטור סי' י"ז וסי' קנ"ב דנשאת או נתקדשה שלא בפניו דאין הקידושין כלום ואינה צריכה גט כלל. אלמא דאף להקל אמרינן כן. וגם בענין הוצאות ממון הוי חומרא מה דאזלינן בתר המוחזק והממע"ה ואין להוציא ממון דדלמא יש לדון להמיגו דלא לויתי דטען בראשונה. וע"כ י"ל דאף הרמב"ם והטור והמחבר בסי' ע"ה דפסקו דנעשה הוחזק כפרן ע"י ע"א.

מ"מ בכה"ג דנשבע כבר י"ל דמודו בזה להרשב"א דס"ל דלא נעשה כפרן ע"י ע"א ואפושי פלוגתא לא מפשינן כידוע'. רק לשיטת הריב"ם בטעמו אין לחלק בזה משום דגם כה"ג שייך לומר הטעם דכ"ז דלא נשבע נגדו לשד"א דינו כשנים. ולא מהני מיגו נגדו ועיין לקמן סי' פ"ז סעיף י"ד בכפר הכל ונשבע היסת ואח"ז בא ע"א דחוזר ונשבע כו'. אך לשיטת הר"י שפיר י"ל כנ"ל וקשה להוציא ממון בכה"ג משום דכה"ג מסתבר שיטת הרשב"א דס"ל דלא הוחזק כפרן ע"י ע"א. ומהני בזה מיגו היה עומד בטענתו הראשונה רק דמחוייב לישבע שד"א. וכמו בהחזרתי במיגו דנאנסו דב"ב (דף ע') וח"מ סי' רצ"ו ועיין בש"ך שם ס"ק ג'. והוי זה ספיקא דדינא ומהני תפיסה כמו בכל פלוגתא דרבוותא וה"ה בזה משום פלוגתת הר"י והריב"ם הנ"ל:

ענף ו:

והיכא דטען מתחלה לא לויתי ובא ע"א והכחישו ונשבע שד"א להכחיש להעד ולסוף חזר וטען לויתי ופרעתי. די"ל דנאמן במיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה ויצא ידי שבועתו במה דנשבע כבר וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ק"ז) ד"ה הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה כו' כנ"ל. [והא דלקמן סי' פ"ז סעיף כ"ח בנשבע היסת ואח"כ הודה מעצמו במקצת דאם הודה שלא כדרך תשובה נשבע עכשיו על השאר כמש"כ הש"ך שם ס"ק ע"א. וכ"כ הסמ"ע שם. שא"ה דהא ה"ל מיגו דהעזה נגד הבע"ד וכדרבה דאמר מ"מ מודה במקצת כו'. ובאמת ע"פ מה דנתבאר יש לדון דהנכון שם עם הבית יוסף דס"ל דא"צ לישבע שנית אף דכל האחרונים השיגו שם עליו אך אכמ"ל בזה]. אך לשיטת הריב"ם דס"ל דאף ע"א כ"ז דלא נשבע נגדו דינו כב' דלא מהני מיגו במקום עדים. י"ל דה"ה בזה דנשבע כבר להכחיש להע"א מ"מ כיון דמודה עכשיו דנשבע כבר לשקר במה דנשבע שלא לוה כי באמת לוה רק דאומר לויתי ופרעתי ועיקר נאמנותו הוא רק משום מיגו וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ק"ז) הנ"ל. א"כ הא הוי זה מיגו במקום עדים לשיטת הריב"ם. וע"כ גם בזה הוי ספיקא דדינא אם הלכה כהר"י או כהריב"ם:

אמנם יש לומר דבזה אף הריב"ם מודה דמהימן במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה ויפטר. והוא דהא מבואר בתוס' ב"ק (דף ע"ב) ד"ה אין לך בו כו' דהפה שאסר כו' עדיף מן מיגו ומהני אף במקום עדים. ועיין בכתובות (דף י"ח ע"ב) תוס' ד"ה הרי אלו נאמנים כו'. וכן העלה ההפלאה לכתובות (דף י"ט ע"א) על תוס' ד"ה אימא כו'. דדוקא מיגו במקום עדים לא אמרינן אבל מיגו בעיקר העדים אמרינן וכמו הא דח"מ סי' ע"א והאריך בזה. וכ"כ הנתיבות בסי' ע"א ס"ק ד'. ועיין בש"ך ח"מ סי' ק"ח ס"ק ז'. והדברים ארוכין ואכמ"ל. לפ"ז י"ל בנ"ד דנשבע כבר להכחיש להעד והוי העד כמאן דליתא כלל

וכמ"ש הט"ז להך סברא דהוי העד כמאן דליתא על מה דרצה לישבע להכחישו אף כי עדיין לא נשבע בסי' ע"ט סעיף ט'. אך בזה יש לעיין וכמש"כ לעיל. אבל היכא דנשבע כבר והכחישו וודאי דהוי כמאן דליתא כלל בעולם ויש לו מיגו מעליא דאי בעי שתיק כו' דהא אין מחויב לטעון יותר ולדבר מזה אחר דכבר נשבע שד"א. והוי וודאי מיגו בעיקר העד דהא אם היה שותק היה יוצא בזה והיה העד כמאן דליתא. ומחמת אמירתו דאומר עכשיו דלוה ופרע עפ"י דבריו הוא הביא להעד עליו דעיקר העדות הוי משום הודאתו דחזר בו. והוי מיגו בעיקר העדים דכה"ג י"ל דאף הריב"ם מודה דמהני מיגו דאיבעי היה עומד בטענתו הראשונה ושתיק דהוי הפה שאסר כו'. והא דב"מ (דף ב') תוס' ד"ה וזה נוטל רביע כו' שכתבו דבהא דב"ב (דף ל"ב) גבי האי שטרא זייפא כו'. דהתם היה מיגו דאי בעי שתיק כו'. שא"ה דהא הי' צריך עכ"פ להראות לשטרו להב"ד לכן אין זה בגדר הפה שאסר כו' וע"כ פליגי שם רבה ורב יוסף אי מהימן במיגו להוציא אבל לעולם י"ל דהיכא דהוי הפה שאסר כו' דכיון דמהימן בזה אף נגד עדים כש"כ דמהימן אף להוציא לכ"ע וכמו שכתבתי מזה בסי' ל"ז:

ולפ"ז היכא דנשבע כבר שד"א שלא לוה להכחיש לע"א. דלא מבעיא לשיטת הר"י וודאי דנאמן במיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה והיה פטור. ואף להסוברים דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. עכ"ז בכה"ג דהוי בגדר הפה שאסר כו' מהני לכ"ע כמש"כ מזה במק"א ואף לשיטת הריב"ם י"ל דמודה בזה דנסתלק כבר הע"א והוי כמאן דליתא. ועיקר העדות הוי עכשיו רק ע"י הודאתו. ע"כ י"ל דגם הריב"ם מודה בזה דנאמן במיגו דאי בעי שתיק. ולכן הדעת נוטה בזה דכה"ג לכ"ע מיפטר ולא הוי הוחזק כפרן. ולכן לא נקטו הפוסקים לזה הדין דמיירי אף בנשבע כבר אלא מיירי שבא הע"א קודם שנשבע. אמנם יש לומר דגם בנשבע כבר שד"א נגד הע"א דאם הודה בסוף דלוה רק דאומר פרעתי. דלשי' הר"י אדרבה יהיה חייב משום דגם בזה שייך לומר דהוי מיגו דהעזה נגד העד. וכמו הא דסי' פ"ז סעי' כ"ח לפי מה דכתבו הש"ך והסמ"ע שם אם הודה שלא בדרך תשובה דנשבע עכשיו ודלא כהב"י שם. וע"כ הטעם דלא מהימן במיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה משום דגם בזה שייך הטעם דאמר רבה דהוי מיגו דהעזה וכמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק כ"ז ובאו"ת סי' פ"ז באורים סוף ס"ק פ"ב דיש לומר דעתה הוא מתחרט ואין רוצה להעיז ולכך מודה במקצת כו' ע"ש. ה"ה י"ל כן בהך מיגו דהעזה נגד העד דעכשיו הוא מתחרט ואינו יכול להעיז נגד העד ע"כ אין לו מיגו בזה. [וקצת יש לחלק בזה]. ולשיטת הריב"ם דלא ס"ל כלל להך סברא דהוי מיגו דהעזה נגד העד רק כתב טעם אחר בהא דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם גבי נסכא דר' אבא

כנ"ל. משום דהוי כשנים כ"ז דלא נשבע נגדו. א"כ טעם הזה לא שייך היכא דנשבע כבר שבועה דאורייתא משום דהוי בגדר הפה שאסר כו'. דמהני אף במקום עדים כנ"ל. א"כ אדרבא בזה יהיה להיפך דלשיטת הר"י י"ל דחייב ולשיטת הריב"ם פטור בזה. ע"כ גם בזה י"ל דמהני תפיסה ואזלינן בתר המוחזק והממע"ה:

היוצא לנו מכל זה דע"י ע"א הוי הוחזק כפרן וחייב לשלם. ואף אם לא חזר בו מיד כשבא הע"א רק לאח"ז בא וטען לויתי ופרעתי ג"כ חייב לשלם. אכן היכא דטען מתחלה לא לויתי ונשבע היסת שלא לוה ואח"ז בא הע"א והעיד דלוה. וחזר וטען אח"ז לויתי ופרעתי דבזה הוי ספיקא דדינא ואזלינן בזה בתר המוחזק. אך דצריך לישבע עכשיו שבועה בנק"ח. והיכא דנשבע כבר שד"א להכחיש להע"א ואח"ז טען לויתי ופרעתי. בזה ג"כ הוי ספיקא דדינא. וא"צ לישבע עכשיו שנית וכן בהא דנסכא דר' אבא בטוען אין חטפי ודידי חטפי והע"א מכחישו ומעיד דחטף וגוף החפץ אינו של החוטף. בזה ג"כ הוי ספיקא דדינא והממע"ה ומהני תפיסה בזה כמו בכל ספיקא דפלוגתא דרבוותא:

טו (שם סעי' י"ג ש"ך ס"ק מ"ב):

מכאן נראה בממדמות שלנו אם יש ע"א על הקיום ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. עכ"ל הש"ך. מה שיש לדון בזה נתבאר לעיל בארוכה בסי' נ"א סעי' ב' בחידושי לנחל יצחק:

טז (שם סע'י"ט):

טענו איני יודע כמה הלויתיך אבל לפחות הלויתיך שתי כסף כו' או שטענו מנה כו' ואם הודה הרי הודה במקצת כו' ודוקא שטענו דבר שהוא אמוד כו'. ולקמן סי' צ' ש"ך ס"ק י"ד על מש"כ המחבר שם בסעי' ז' במדליק אש בשל חבירו דנשבע ונוטל כל מה שהוא אמוד כו' הביא הש"ך למש"כ הרא"ש פ' הכותב דלענין אפוקי ממונא אזלינן בתר אומדנא. והש"ך כתב לחלק דשאני טמון באש ונגזל דמדינא לא שקיל בשבועה אלא תק"ח הוא והיכא דלא אמיד לא תקנו ואפשר גם הרא"ש כיון לזה עכ"ל הש"ך. והקצה"ח שם ס"ק ג' כתב דמן הש"ע לעיל סי' ע"ה סעי' י"ט גבי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דאינו משלם אלא מה שהוא אמוד. והא מה דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע כו' הוא דין ממש ולא תקנה א"כ מוכח דהחילוק הוא בין אפוקי ממונא כו' עכ"ל הקצה"ח:

ולפענ"ד נראה לחלק דשאני גבי מתוך כו' בשבועה דמודה מקצת דשם סגי הוכחה קצת לפוטרו מן שד"א דמ"מ. דהא מצינו בב"מ (דף ד' ע"ב) גבי סלעים דינרין דלוה אומר שלש דס"ל לר"ע דהוי משיב אבידה ואמרו שם הטעם משום דקא מסייע לי' שטרא. והא הך דסלעים דינרין לא הוי סיוע גמורה דהא בח"מ סי' מ"ב בש"ך ס"ק כ"ה הביא בשם

ג"ת דהקשה על מה דאמרו שם גבי סלעי' דאי תפס המלוה מפקינן מיני'. דהא בב"מ (דף ק"י) ובח"מ סי' ש"י בשטר דכתיב שנין סתמא דאי תפיס מלוה לא מפקינן. ומה דמחלק הש"ך שם השיג עליו האו"ת שם ס"ק י"ד וכן הסכים לדבריו הנתיבות שם ס"ק י'. וכתבו לחלק דתפיס ברשות מהני אף בהך דסלעים דינרין [ועיין בכללי תפיסה של הנתיבות ס"ק ט' והדברים ארוכין] אלמא דהך מלתא דסלעים דינרין הוי ספק בעצם הענין אם הוי יותר או רק ב' וכמו כל ספיקות. ואלו הי' הוכחה ברורה לומר דסתם סלעים הוי שנים א"כ לא הי' מהני תפיסה ברשות ג"כ. וע"כ מוכח דהך מלתא דסתם סלעים הוי ב' אין זה הוכחה ברורה. אלא דשא"ה גבי מלוה אמר חמש ולוה א' שלש דלכן אמרו דהוי משיב אבידה כמבואר בח"מ סי' פ"א סעי' ל"ב. משום דיש לו מיגו דאי בעי כפר הכל. ולא ה"ל מיגו דהעזה כדאמר רבה כו' דכיון דהוי סיוע קצת לדבריו ע"כ מעיז ומעיז. וכ"כ הנימוקי יוסף ריש ב"מ בסוגיא דסלעים דינרין. וכ"כ התוס' בב"מ (דף ד') והסמ"ע סי' פ"ח ס"ק נ"ז וכעין זה כתב הש"ך בסי' ע"א ס"ק ט' בשם הג"ת והב"ח גבי נאמנות להלוה דאף דאין מועיל לפטור משבועה מ"מ פטור משד"א מטעם הנ"ל דמעיז בזה: וכה"ג כתבו התוס' בגיטין (דף כ"ז ע"א) ד"ה אין הבעל מודה כו' דכיון דאיכא גט דמסייע לה מעיזה ומעיזה. וכ"כ התוס' בב"מ (דף י"ח) ד"ה אין הבעל מודה כו'. וכ"כ הב"ש בסי' קנ"ג ס"ק א'. ואף דהתם הא לא הוי הוכחה ברורה כ"כ אפ"ה כיון דהוי סיוע קצת לדברי' בפני הבריות ע"כ מעיזה. וכה"ג כתב הלח"מ פ"ז ה"ג ה' כ"ד וכמבואר בגיטין (דף ס"ד) כה"ג. ומה"ט אמרו דאף בע"א מסייע לה מעיזה בפני בעלה לומר גרשתני וכמבואר באה"ע סי' י"ז סעי' ב' וב"ש ס"ק ו' ואף דחזקה דאין אשה מעיזה הוי חזקה אלימתא מצד עצם הענין ואפ"ה היכא דהוי סיוע קצת לא מהני החזקה הנ"ל. וה"ה בהך חזקה דא"א מעיז פניו כו' דלא מהני אלא במקום מיגו לדחות להמיגו וודאי דאם הוי סיוע קצת בזה ליתא להך חזקה אלא דמעיז ומעיז. ולכן אמרו בהך סלעים דהוי משיב אבידה. אף דלא הוי סיוע גמורה כמש"כ הנ"י שם. וגם הא לחד לישנא בגמ' שם הטעם דשתים פטור משום דה"ל הילך או משום דה"ל ש"ק אבל משום דמסייע שטרא ס"ל דלא מיפטר. ומש"כ הרא"ש בב"מ פ"א סי' ג' להוכיח מזה לע"א מסייע יש לדון בראייתו ואכמ"ל ועיין בפלפלא חריפתא שם ס"ק כ':

ולפ"ז יש לדון דמה"ט אמרו דאם טענו דבר שאינו אמוד אינו חייב שד"א על מודה במקצת משום די"ל דאף דלא סמכינן על מה דאינו אמוד להוכיח מזה דהדין הוא עם הנתבע. וכמש"כ הש"ך דלא מהני זה הסברא רק במה דהוי תקנת חז"ל אבל לא להפקיע לדבר מה"ת. עכ"ז הא הוי עכ"פ סיוע קצת ומצי בכה"ג להיות כופר הכל ולהעיז בפני

הבע"ח וע"כ שפיר ה"ל משיב אבידה כמו בהך דסלעים דינרין דהא אית לי' מיגו דאי בעי כפר הכל. וכמו הא דכתובות (דף י"ח) דכיון דבבנו מעיז אמרו דהוי משיב אבידה ופטור מן שד"א. וע"כ אין לדחות לדברי הש"ך במה שמחלק דדוקא בתקנת חז"ל סמכינן על מה דאינו אמוד ולא במה דהוי מה"ת דבזה אף דלא הוי אמוד מ"מ לא מבטלינן ע"י זה לזכות התובע שיש לו ושאני הא דסי' ע"ה כנ"ל:

ולפמש"כ יש לדון אם המלוה תובע מנה וע"א מעיד דהלוה פרע כל החוב והלוה אומר שלא פרע רק חמישים א"כ לפי דברי הלוה הא פוסל להע"א דהא אומר דמעיד שקר. א"כ לא שייך בזה לדון דעד מסייע פוטר. וכמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק י"ט להשיג על הש"ך שם כה"ג אף בשני עדים משום דאף דנימא דהוי הכחשת ספק כמש"כ הש"ך שם ס"ק ל"ז. עכ"ז הא חיוב שבועה הוא לברר הספק וכ"ז דלא הוי ספק בדין חייב שבועה דאורייתא. ועיין בנתיבות סי' פ"ז ס"ק ד'. א"כ כש"כ בע"א. ואפשר דגם הש"ך מודה בע"א. ועכ"ז נראה לי דכמו דאמרו בחזקה דאין אשה מעיזה דאם ע"א מסייע לה מעיזה כמבואר בטור אה"ע סי' י"ז ובב"ש שם כנ"ל. א"כ ה"ה בהך חזקה דאין אדם מעיז נגד בע"ח. דכיון דהע"א מסייע לי' מעיז לכן הוי משיב אבידה ופטור משבועה דאורייתא. ועיין בסי' פ"ב בסמ"ע ס"ק נ' ובש"ך ס"ק ל"ז שכתבו כן גבי ב' עדים נגד שט"ח:

יז (שם סעי' כ"ג ברמ"א):

י"א כל שאומר שהוגד לו מפי נאמן אפי' קרוב משביעין אותו היסת וכן נראה להורות. והש"ך שם בס"ק פ"ב העלה דדוקא בקרוב מעיד בפנינו משביעים ע"פ היסת. והשער משפט שם ס"ק ט"ו העלה דין מחודש דקרוב פוטר משבועת היסת. ע"פ הרבה טעמים טעם א' דהא הא דקרוב מחייב ש"ה טעמו משום דהוי בר עדות לחייב ש"ה כיון דקרוב לא נחשד למשקר אלא מצד גזה"כ נפסל וכמש"כ התה"ד סי' ש"ח דאין לומר דהטעם הוא משום דנחשב טענת הבע"ד כמו טענת ברי דא"כ אפי' מפי נוגע נמי יחויב ש"ה כו'. וכיון דמטעם עדות מחייב לש"ה א"כ שייך בזה הקו"ח דכתבו הרא"ש בריש ב"מ והמרדכי ובש"ך סי' פ"ז דכיון דע"א מחייב שבועה כש"כ שיפטור כו'. עכ"ל השער משפט:

ענף א:

ולדעתי יש לדון בזה דאין זה מוכרח. דהא מצינו דיעה א' וכפי שהכריע הרמ"א דאף הוגד לו מפי קרוב מחייב ש"ה אך שלא יהי' נוגע בעדות. הא חוץ לב"ד לאו בר עדות הוא כלל אף בכשר להעיד. וע"כ הטעם הוא משום דהא מצינו שיטת הסוברים לעיל בסי' ע"ה בסעי' י"ז ברמ"א בשם י"א דס"ל דע"פ רגלים לדבר משביעין היסת וכן הכריע הרמ"א שם. ע"כ מה"ט ס"ל להרמ"א דהוגד לו מפי קרוב חייב ש"ה משום דזה נחשב

עכ"פ כמו רגלים לדבר. אך בנוגע לא מקרי רגלים לדבר. והש"ך דהעלה לעיל ס"ק ס"ג דע"פ רגלים לדבר של הבע"ד אין להשביע היסת אלא ע"פ רגלים לדבר של ראות הב"ד חייב ש"ה יעו"ש. ע"כ הכריע הכא הש"ך בס"ק פ"ב דדוקא כשהקרוב מעיד בפנינו חייב ש"ה. משום דאז הוי רגלים לדבר להב"ד. אבל באומר הבע"ד מפי קרוב אז לא הוי רגלים לדבר כפי ראות הב"ד רק דהוי רגלים לדבר כפי הגדת הבע"ד ע"כ בכה"ג אינו חייב ש"ה. אבל לעולם עיקר הטעם בהא דחייב ש"ה כשקרוב מעיד בפנינו משום דכיון דקרוב לא נחשד למשקר כמבואר בב"ב (דף קנ"ט) ע"כ מקרי זה רגלים לדבר דמחייבינן עפ"ז ש"ה. משא"כ נוגע דלא מקרי זה רגלים לדבר כיון די"ל דאומר כן משום הנאתו וזה כוונת התה"ד במש"כ דשבועת היסת שהיא תקנתא דרבנן לא פסלו קרובים לגבי'. היינו משום דהא הוי עכ"פ רגלים לדבר כשמעיד בפני ב"ד והוי רגלים לדבר להב"ד לפי ראות עיניהם. וזהו מוכרח דבאמת אין סברא לומר דיוכשר קרוב לעדות ש"ה לפי שהוא תקנתא דרבנן. דהא מצינו בקיום שטרות דמה"ת א"צ קיום כלל ואפ"ה פסולים קרובים לקיים השטר כמבואר בב"ב (דף קנ"ט) ובח"מ סי' מ"ו סעי' ל"ה ואף בשובר פסולים לקיים. וכש"כ בחיוב ש"ה דעיקרו אינו אלא מדרבנן וע"כ מוכרח כמש"כ: וכה"ג מצינו באה"ע סי' קט"ו סעי' ו' דאשה האומרת טמאה אני לך אינה נאמנת כו' וכתב הב"ש שם ס"ק כ"ג בשם המהרש"ל דאם ע"א אמר שזינתה והיא שותקת הוי כהודאה ולא אמרינן שמא עיניה נתנה באחר וחייב לגרשה אפי' העד אינו נאמן בעיניו כתרי וחייב לגרשה ע"פ דין כו'. וקשה דמה בכך דהוי כהודאה הא אינה נאמנת לומר טמאה אני לך. ואף בהודית דרך תשובה מבואר בתשובות הפוסקים דאינה נאמנת די"ל דאיערומי קא מערמת. וכן הארכתי מזה בקונטרס א' ואכמ"ל. וע"כ מוכח דטעם של המהרש"ל והב"ש הוא דהא מבואר שם ברמ"א דדוקא באין רגלים לדבר אינה נאמנת. אבל אם יש רגלים לדבר נאמנת. ע"כ ה"ה אם יש ע"א המעיד דזינתה הוי זה כמו רגלים לדבר. ואף דע"פ דין אינו נאמן ע"א בדבר ערוה בלא קינוי וסתירה מ"מ נחשב זה כמו רגלים לדבר דכה"ג נאמנת לומר דזינתה. וה"ה בנ"ד דאף דעד קרוב אינו נאמן ע"פ דין מצד גזה"כ מ"מ לכה"פ מקרי זה רגלים לדבר. וכיון דגבי ש"ה משביעין ע"פ רגלים לדבר א"כ ה"ה דמשביעין ע"פ קרוב לש"ה. אבל לא מטעם עדות דז"א סברא כלל:

ולכן כיון דנתבאר דהא דחייב ש"ה ע"פ קרוב אין זה מצד עדות רק מצד רגלים לדבר. ע"כ לא שייך בזה לדון להקו"ח שכתב השער משפט הנ"ל. דיש לחלק דדוקא בעד כשר דהתורה הימני' מצד עדות לחייב שד"א ע"כ שפיר יש לדון דאם מהימן מצד בר עדות לחייב שבועה כש"כ דיהא מהימן לפטור משד"א מצד דהא הוי בר עדות לגבי זה ע"פ

דין תורה. משא"כ בש"ה ע"פ הגדת קרוב דאינו רק מצד רגלים לדבר דש"ה חייב ע"פ רגלים לדבר משום תיקון העולם ע"כ בעד קרוב דמיקרי ג"כ רגלים לדבר חייב ש"ה א"כ לא מהני האי קו"ח לפטור מש"ה ע"פ עדות הקרוב דהא מצד רגלים לדבר לא מצינו לפטור מש"ה. ואדרבה הא מצינו בסי' ק"מ סעי' ב' דאף בהחזיק שלשה שנים חייב ש"ה דהעיקר להלכה כדיעה הראשונה שם כמש"כ הש"ך שם ס"ק ה'. והנתיבות שם ס"ק ב' בשם הב"י. וכן מצינו בסי' פ"ז סעי' ל"ח ברמ"א דבטענה גרוע אין משביעין היסת במקום דליכא דררא דממונא. וכתב הביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק קט"ו דזהו משום דהא לשי' הר"ת אין לחייב ש"ה במקום דליכא דררא דממונא. ע"כ אף דקיי"ל דלא כהר"ת בזה מ"מ אם הוי טענה גרוע. [לפי ראות הב"ד]. בכה"ג אין לנו לחייב שבועה. אבל בדררא דממונא שפיר מחייבינן שבועה אף דהוי טענה גרוע. וכ"כ הגר"א זצ"ל שם ס"ק קי"ד ובאו"ת שם באורים ס"ק צ"ט על מש"כ המחבר שם דאם נראה לדיינים שהטענה מרומה אין להשביעו דקאי הכל על אם לא הוי דררא דממונא יעו"ש. אלמא דבמקום דהוי דררא דממונא דלכ"ע חייב ש"ה. לכן לא מצינו לפוטרו מן ש"ה אף דהוי טענה מרומה וטענה גרוע כמו עני תובע לעשיר ויש הפלגה לעוני או לעושר שנראה כמערים וכדומה לזה כמו דהובא שם בביאור הגר"א זצ"ל. או במקום חזקה שלשה שנים דהוי רגלים לדבר דמדשתק והניחו לאכול שלשה שנים כו'. ואפ"ה חייב ש"ה כנ"ל בסי' ק"מ. אלמא דמשום רגלים לדבר דהאמת הוא עם הנתבע אין לפטור משום זה מן ש"ה:

ע"כ ה"ה בנ"ד דהקרוב מעיד לפטור מן ש"ה אינו פטור. דעדות קרוב אינו אלא כמו רגלים לדבר דלחייב שבועת היסת מהני. אבל לא לפטור וכש"כ במקום דררא דממונא. אבל ה"ה במקום דליכא דררא דממונא דאין לנו לדמות העניני' להדדי וקצרתי:

ענף ב:

ועוד כתב השער משפט שם להוכיח דקרוב פוטר מן ש"ה דהא בשבועות (דף מ"ם) אי' דר"נ תיקן ש"ה משום חזקה א"א תובע כו' ופריך הש"ס אדרבה חזקה א"א מעיז ומשני אשתמוטי קא משתמוטי. ע"כ בעד קרוב המסייעו איכא בזה חזקה דהעד קושטא קאמר דאינו מעיז לשקר במידי דידע בי' חברי'. ולגבי העד לא שייך אשתמוטי ובתוס' פ' הגוזל (דף ק"ו) הוכיחו דל"ד בפני בע"ח א"א מעיז אלא בכל מילי דידע בי' חברי' דמשקר א"א מעיז לכפור כו'. א"כ חזקה זו מגרע לחזקת התובע ופטור הנתבע כו' עכ"ל הש"מ:

ולפענ"ד אין דבריו מוכרחין בזה דהא מבואר בב"מ (דף ו' ע"א) בתוס' ד"ה אלא הא דאר"נ כו'. בשם רב האי דמשביעין ש"ה אקרקעות אף דלא שייך אשתמוטי משום דלא פלוג רבנן. וכן פסקו שם בפסקי תוס' ובהג"א ובחידושי הר"נ והריטב"א שם ובמרדכי

לשבועות פ' שבועות הדיינים בשם רב האי גאון דאף על חפץ בעיני' חייב ש"ה כו' דהואיל והתחילו התקנה תקינו בכל דבר אף בחפץ בעיני' כו'. וכן קיי"ל בסי' צ"ה ובשא"ד. אלמא דאף היכא דשייך גבי הנתבע חזקה א"א מעיז כו'. אפ"ה כיון דאיכא חזקה א"א תובע כו' תיקן ר"נ לש"ה משום לא פלוג. ועיין בשבועות דף מ' ע"ב) תוס' ד"ה אשתמוטי כו'. א"כ ה"ה אם עד קרוב מסייעו אף דהוי בזה חזקה א"א מעיז כו'. מ"מ כיון דלאו בר עדות הוי ע"כ גם בזה שייך לא פלוג וחייב ש"ה:

וידעתי מה דיש מקום לדחוק ולחלק כיון דאם עד קרוב מסייע פוטר מש"ה. א"כ בזה אף בתובע חוב דשייך בו אשתמוטי כו' ג"כ אינו חייב ש"ה ע"כ לא שייך בזה לא פלוג. ומ"מ זה דוחק די"ל עדיין בכ"ז דלא פלוג רבנן בש"ה מן שד"א. וכמו בשד"א אין עד קרוב פוטר ה"ה בש"ה וכמו בשד"א אף דאיכא חזקה א"א מעיז מ"מ חייב שד"א ה"ה בש"ה לאחר דגזרו לחייב ש"ה. אף בחפץ בעיני' דאיכא חזקה א"א מעיז א"כ ה"ה אם עד קרוב מסייעו. ועכ"פ אין דברי השער משפט מוכרחים בזה. וגם יש לדון בהך חזקה א"א מעיז כו' דאפשר דלא שייך רק בהבע"ד עצמו ולא באחר. ועיין בב"ב (דף ל"ד ע"א) תוס' ד"ה מחוייב שבועה כו'. וקצרתי לפי שיבואר לקמן בהוכחה דלא כהש"מ בזה. וגם יש לדון בלישנא בתרא דס"ל לר"נ דחייב היכא דהוי דררא דממונא. דבזה לא בעי ר"נ לחזקה דא"א תובע וקצרתי:

וגם מש"כ השער משפט שם סעד למה דחידש ע"פ הא דמבואר בתשובת מהרי"ט ח"א סי' קנ"א דלכן עד מסייע פוטר משום דיש חזקה א"א חוטא ולא לו. א"כ הא אף בעד קרוב שייך ה"ט כמבואר בשבועות (דף מ"ב) ובעד טומאה וע"ע ושבויה נאמן אף קרוב א"כ ה"ה גבי ש"ה נמי. עכ"ל הש"מ. גם ז"א מוכרח דהא אמרו בשבועות (דף מ"ב) דה"מ ש"מ. אבל גבי בריא חיישינן לקנוניא. ובאמת אין זה דומה לאיסורין כידוע. וגבי עדות ממון יש לחוש שמא נטל שכר להעיד כמבואר כה"ג באה"ע סי' י"ז סעיף מ"ח דאמרו שם שמא היא שכרה אותו להעיד שקר. ובפרט לפי מה דיבואר להלן ע"פ ראיה מהש"ס דלא כהשער משפט בזה בע"כ מוכח דלא כסברת הש"מ בזה. משום דהא כתב הש"ך בסי' פ"ב ס"ק ג' בשם הראשונים דאין כל חזקות שוות. וכ"כ הש"ך בכללי מיגו ס"ק י'. ע"כ ה"ה י"ל בזה דמשום חזקה א"א חוטא בעד קרוב לא מרעינן לחזקה דאין אדם תובע כו'. וע"כ אין לנו לחדש לדין מחודש הנ"ל:

ובעיקר דין זה מבואר במחנה אפרים להיפך דזה לשון המח"א הל' עדות סי' ט"ו דמי שחייב שבועת היסת וע"א קרוב ונתרחק מסייעו דפוטר מש"ה דבדרבנן לא בעי תחלתו בכשרות כאותה שאמרו ואלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן עכ"ל. אלמא

דדוקא בנתרחק עכשיו ס"ל דפוטר מן ש"ה ובלא נתרחק ס"ל בפשיטות דאינו פוטר אלמא דס"ל בפשיטות דלא כהשער משפט בזה. ובעיקר דברי המח"א הנ"ל הארכתי בחידושי השייך לסי' ל"ה לעיל:

ענף ג:

ונלפענ"ד להוכיח דלא כהשער משפט מהא דשבועות (דף מ"א) דשקל וטרי הש"ס מאי איכא בין שבועה דאורייתא לדרבנן. ופי' רש"י והר"נ והרשב"א לחי' שם דבשבועת היסת קאי. משום דמיירי לעיל שם מיני'. וכן פי' לדאורייתא דהתם דקאי במודה מקצת. והובא בש"ך סי' פ"ז ס"ק ל"ח והכריע הש"ך שם כן ע"פ ראיות ודלא כהשערים והמרדכי יעו"ש. והתוס' שם והר"נ שם והרשב"א והתוס' גיטין (דף ל"ה) הקשו דאמאי לא קאמרי שם נפ"מ אחריני. והר"נ והרא"ש ועוד מהראשונים שם תי' משום דהכא בדיני קא מיירי בטכסיסי לא קא מיירי יעו"ש. ולפי דברי השער משפט דס"ל דקרוב פוטר מן ש"ה א"כ קשה הא ה"מ הש"ס לומר נפ"מ רבתי בינייהו לענין אי יכול למיפטר א"ע ע"י עדות הקרוב מן ש"ה. אבל בשד"א לא יכול לפטור א"ע ע"י קרוב אלא דוקא ע"י עד כשר מסייעו. ובזה לא שייך ג"כ תי' הר"נ והראשונים הנ"ל דהא זהו נפ"מ בדיני ומדלא קאמר הש"ס הך איכא בינייהו מוכח דס"ל להש"ס בפשיטות דקרוב אינו פוטר מן ש"ה ושווים הם ש"ה לשד"א בזה. וכיון דתקנו חז"ל לישבע ש"ה ע"כ לאחר התקנה דינו ככל שד"א לגבי זה דדוקא עד כשר פוטר:

וידעתי מה דיש לומר בזה דהא עיקר הפי' בהך סוגיא דשבועות הנ"ל נובע מן פי' רש"י דפירש דמאי איכא בין דאורייתא לדרבנן דהך דרבנן קאי על ש"ה כנ"ל. והא ידוע שיטת רש"י בב"מ (דף ב') בפי' הגמ' עלה וליחזי זוזי ממאן נקט דס"ל לרש"י לפרש שם דלא כשיטת הראשונים דהוכיחו מזה דעד מסייע פוטר משבועה. ע"כ לשי' רש"י דס"ל דאין עד מסייעו פוטר משבועה לא שייך לדון בהא דשבועות האי נפ"מ לענין אי קרוב פוטר מש"ה. וכן יש לדון בשיטת הר"נ הנ"ל ע"פ מה דמשמע מדבריו ברישׁ ב"מ בחידושיו. א"כ לפ"ז נסתר הוכחתי הנ"ל. אכן לפי מה דהכריע הש"ך בסי' פ"ז כשי' הסוברים בפירוש הסוגיא דשבועות במאי איכא בין שד"א לדרבנן דקאי על ש"ה. ולכן כיון דקיי"ל לדינא דעד מסייע פוטר ע"כ שפיר הוכחתי מן הא דשבועות דלא כהשער משפט. מדלא קאמרי להך נפ"מ. ועיין בש"ך סי' פ"ז ס"ק ל' ובסי' צ"ב ס"ק י"ד וקצרתי:

ובאמת יש להעיר מן הא דשבועות הנ"ל דלא כהמחנה אפרים דס"ל דקרוב ונתרחק פוטר מן ש"ה דלפי דבריו הא ה"מ הש"ס לומר הך איכא בינייהו כנ"ל. אכן לעיל בסי' ל"ה בחידושי שם ענף ז' כתבתי לתרץ זה ע"פ מה דיש לדון בכוונת המח"א דהא חזינן

באמת דבממון לא נאמן להעיד בגודלו מה שראה בקטנותו אלא ע"י צירוף גדול עמו וגם לפטור מממון כמו בקיום שובר דהוי לפטור ג"כ לא מהימן רק ע"י צירוף גדול עמו אף דקיום שטרות אינו אלא מדרבנן. ע"כ י"ל דה"ה היכא דסגי בע"א מסייע מ"מ כיון דהוי ממונא לא מהימן להעיד כיון דהיה תחלתו בפסלות אף דהוי רק בדרבנן. ואף דבנ"ד סגי בחד מ"מ י"ל דכיון דהוי ממונא לא מהימן אם היה תחלתו בפסול. והא דכתב המח"א דבש"ה מהימן לפטור אף דהיה תחלתו בפסול. סברתו הוא ע"פ מה דמבואר בב"ק (דף קי"ד) ובירושלמי ספ"ב דכתובות דגבי נחיל של דבורים דכיון דלא הוי רק גזל דרבנן ואין מוציאין בדיינין רק להענישו בעלמא כמבואר ע"כ דינו כמו כל איסורין ונאמן הקטן במסל"ת כמבואר בב"ק (דף קי"ד). וכמ"ש השמ"ק לב"ק (דף קי"ד) דדוקא היכא דהוי ממון גמור אז אין דינו כמו איסורין. אבל היכא דלא הוי רק גזל מפני דרכי שלום בלבד אז דינו כמו כל איסורין ונאמנים אף פסולים בזה במסל"ת. ועיין באור זרוע סי' תרצ"ה מזה ע"כ גבי ש"ה כיון דאין דינו רק כמו כל גזל דרבנן כמבואר בשבועות (דף מ"א). ע"כ דינו דנאמן אף קרוב ונתרחק לפוטרו מן ש"ה. [ומ"מ אין סברא לומר דאשה וקטן במסל"ת יהיו נאמנים לפטור מן ש"ה דהא התם בב"ק ג"כ אמרו דבעי שיהיו בעלים מרדפין אחריהם כו'. ע"כ אין לדמות הענינים הנ"ל להדדי]. וכמו כל האיסורין והענינים דמבואר בכתובות (דף כ"ח) דנאמן אף ע"א להעיד על מה שראה בקטנותו:

ולפ"ז מתורץ שפיר מה דהקשיתי לעיל על המח"א דהא שם בשבועות (דף מ"א) דמקשה מאי איכא בין דאורייתא לדרבנן. הא ס"ל דשוים הם שד"א לדרבנן לענין נחתינן לנכסי' ע"כ לא ה"מ לומר הך א"ב לענין אי קרוב ונתרחק פוטר מן ש"ה. דהא כיון דאם נימא דנחתינן לנכסי' אף גבי ש"ה. א"כ דינו כמו כל ממון גמור ואינו נאמן כ"ז שהיה תחלתו בפסול ע"כ פריך הש"ס שפיר מאי איכא בין דאורייתא לדרבנן. ולסוף דמסיק הש"ס א"ב מיחת לנכסי' כו'. א"כ ממילא שמעינן מינה דכיון דבש"ה לא נחתינן לנכסי' רק כמו כל גזל מפני דרכי שלום. לכן ממילא דינו כמו כל ענינים המבואר בכתובות (דף כ"ח) דנאמן עד אחד להעיד בגדלותו מה שראה בקטנותו. וכן לבסוף מה דשקיל וטרי הש"ס שם אליבא דר' יוסי דס"ל דנחתינן לנכסי' אף על גזל דרבנן דמאי בינייהו לא הוי מצי לומר הך א"ב לענין אם קרוב ונתרחק פוטר מן ש"ה. דהא לר' יוסי דס"ל דדינו ככל ממון גמור ע"כ ממילא הדין נותן דלא מהימן להעיד במה שהיה תחלתו בפסול. וע"כ מהדר הש"ס לאשכוחי גווני אחריני על נפ"מ בינייהו. אבל לדינא דקיי"ל דלא נחתינן לנכסי' בש"ה ע"כ שפיר פסק המח"א דנאמן עד אחד קרוב ונתרחק לפוטרו מן ש"ה. וכמו כל הענינים המבואר בכתובות (דף כ"ח) דנאמן להעיד ע"א על מה שראה בקטנו

ולכן א"ש דברי המח"א הנ"ל: ועפ"ז א"ש מה דיש להקשות על הא דכתב הרמב"ן והובא בחי' הר"נ ובנימוקי יוסף לריש ב"מ ובשמ"ק שם דס"ל להלכה דע"א מסייע אינו פוטר משבועת התורה אבל משבועת התקנה פוטר. א"כ לפ"ז יש להקשות דאמאי לא קאמר הש"ס בשבועות (דף מ"א) הך א"ב בין שד"א לדרבנן לענין אי עד מסייע פוטר. אכן לפמש"כ א"ש. די"ל דכוונת הרמב"ן הוא כנ"ל דדוקא בשד"א דנחתינן לנכסי' והוי כמו כל ממון גמור לכן לא מהני ע"א לפטור משום דבעינן שנים בממון רק לחייב שבועה גזה"כ דנאמן ע"א כמבואר שיטת הרמב"ן בזה. אבל בשבועת התקנה דאין דינו רק כמו גזל דרבנן וכמבואר בח"מ סי' פ"ז סעיף י' ובסי' פ"ב סעיף ו' דאף בשבועת המשנה דינו רק כמו גזל מפני ד"ש יעו"ש ולא נחתינן לנכסי' ע"כ דינו דמהימן ע"א. וזהו כונת הרמב"ן וסייעתו בזה במה שחילקו בין שד"א לשבועת התקנה לענין אי ע"א מסייע פוטר לכן א"ש מה דלא אמרו בש"ס להך איכא בינייהו וכמש"כ לתרץ אליבא דהמח"א כנ"ל:

אבל במש"כ להוכיח מסוגיא זו דלא כהשער משפט שפיר הוכחתי. דהא לדברי הש"מ דס"ל דעד קרוב פוטר מן שבועת היסת טעמו משום הקו"ח או משום חזקה א"א מעיז וחזקה א"א חוטא כו'. א"כ אף אם היה הדין דנחתינן לנכסי' בשבועת היסת ג"כ ע"א קרוב מסייע פוטרו מש"ה ע"פ טעמים הנ"ל. דהא הנך סברות שייכי אף אם הוי נחתינן לנכסי' גבי ש"ה. ע"כ לא שייך לתרץ דברי הש"מ הנ"ל כמש"כ לתרץ דברי המח"א והרמב"ן הנ"ל. ולכן שפיר הוכחתי דלא כהשער משפט. והדין הוא דקרוב אינו פוטר מן שבועת היסת. אך בקרוב ונתרחק יש מקום לדברי המח"א הנ"ל דפוטרו מש"ה. כ"ז כתבתי מכבר:

ענף ד:

וכעת ראיתי עוד להוכיח דלא כהשער משפט. מהא דב"ב (דף קכ"ח) שלח לי' ר' אבא לרב יוסף ב"ח היה יודע לו בעדות קרקע עד שלא נסתמא ונסתמא פסול ושמואל אמר כשר אפשר דמכוין מצרנהא אבל גלימא לא ור"ש אמר אפילו גלימא כו' ור"פ אמר כו'. מיתבי היה יודע לו בעדות כו' פתוח ונסתמא פסול כו' תיובתא דכולהו תיובתא. ולפמש"כ השער משפט דקרוב פוטר מן ש"ה א"כ הא ה"מ הש"ס לתרוצי לכל הנך אמוראי דכוונתם במה דשקלו וטרו אי סמכינן על עדות פתוח ונסתמא דקאי על עדותו לפטור מן ש"ה. וא"ש מה דנקטו בלשון יחיד הי' יודע בעדות כו'. ובאמת פי' הרשב"ם דמיירי ע"י צירוף לעד אחר משום דהא בקרקע לא מהני ע"א כלל. אכן אי נימא דקאי לענין לפטור את חבירו מן ש"ה א"ש במה דנקטו בפשיטות בלשון יחיד. ואף דסומא פסול להעיד ע"פ גזה"כ מן הא דכתיב והוא עד או ראה. עכ"ז הא כמו דקרוב הפסול

מגזה"כ משום דלא נחשד לשקר. ע"כ מהימן לפטור מן ש"ה וכמש"כ הש"מ. ה"ה בסומא דלא מיפסל משום חשש משקר אלא מצד גזה"כ ודאי מהימן ג"כ לפטור מן ש"ה לפי סברת הש"מ. ופליגי הנך אמוראי אי סמכינן על עדותו דעכשיו הוא סומא אי מצי מכוין שפיר או לא. ומדקא מסיימי בתיובתא דכולהו מוכח דס"ל להש"ס דפסול לעדות אינו פוטר מן ש"ה. ע"כ שפיר מסקי בתיובתא. א"כ מוכח מזה ג"כ דלא כהשער משפט:

אכן יש לדחות זה דהא מבואר בתוס' שבועות (דף מ"ח ע"א) ד"ה נשבע בעה"ב כו' דשבועת היסת לא נתקנה אלא בימי רב נחמן כו'. וכ"כ התוס' בשבועות (דף מ"ו) ד"ה בדרבנן תקנתא כו'. ודלא כשיטת רש"י שם. וכ"כ התוס' בב"מ (דף כ"ו ע"ב) ד"ה שנפל משנים כו'. ועיין בתוס' קידושין (דף מ"ג) ד"ה וכן בדיני ממונות כו'. ובש"ך סי' קכ"א ס"ק נ"ז בכוונת הירושלמי דמיירי קודם תקנת ר"נ. ובש"ך סי' פ"ט סוף ס"ק י' ואכמ"ל. ע"כ אין לומר דהך דפליגי שמואל ומ"ד הנ"ל בפתוח ונסתמא אי כשר להעיד דמיירי לענין לפטור מן ש"ה דמועלת עדותו. דהא בימי שמואל עדיין לא נתקנה לשבועת היסת ע"כ אין מקום להוכחה זו. ואין שום מקום להוכיח כן רק לשיטת רש"י דס"ל בשבועות (דף מ"ו) דגם בימי התנאים נתקנה לשבועת היסת. ולכן רש"י בב"מ (דף כ"ו) אזיל לטעמי' ומתורץ קושיות התוס' עליו שם בד"ה שנפל משנים כו'. וכמש"כ המרדכי פ"ב דקידושין והובא בש"ך סי' פ"ז ס"ק ל"א יעו"ש. א"כ הא ידוע שיטת רש"י בב"מ דף ב') בפי' הסוגיא וליחזי זוזי ממאן נקט דס"ל דאין עד מסייע פוטר משבועה כלל. וע"כ הוכרח רש"י לפרש לו שיטה אחרת בפשט הסוגיא וליחזי זוזי כו'. ע"כ אין מקום כלל להוכיח אליבי' דשיטת רש"י כלל ממה דלא פירשו לפלוגתת שמואל ואמוראי דמיירי לענין אם עד סומא פוטר מן ש"ה דהא לשי' רש"י אין שום עד מסייע פוטר כלל. וע"כ נדחה הוכחתי: ומ"מ י"ל דשפיר יש להוכיח כנ"ל דהא לסברת הש"מ שכתב דלכן קרוב פוטר מש"ה משום דיש בזה חזקה א"א חוטא כו' וחזקה א"א מעיז. א"כ ה"ה בזה אף לשי' הסוברים דאין עד מסייע פוטר מ"מ גבי ש"ה גם אינהו מודו דפוטר לפמש"כ הש"מ. ע"כ שפיר יש להוכיח מזה דלא כהש"מ בסברתו הלזו:

שוב ראיתי דעל הוכחה זו אין לבנות יסוד כלל דהא בלא"ה יש להעיר דאמאי מסקי בתיובתא שם בב"ב הא עדיין י"ל דהא דפליגי שמואל ואמוראי אם סומא כשר לעדות או לא בפתוח ונסתמא די"ל דמיירי לענין לחייב לחבירו שבועת היסת. לשיטת רש"י דס"ל דגם קודם ר"נ היה חיוב ש"ה. והא קיי"ל דע"פ קרוב מחייב ש"ה אף בטוענו בספק כמבואר בסי' ע"ה סעי' כ"ג. ובמעיד לפנינו גם הש"ך הכריע לחייבו ש"ה. [והיכא דיש רגלים לדבר כ"ע מודו כמש"כ הש"ך ס"ק פ"ג]. א"כ י"ל דהא דפליגי שמואל ואמוראי

בזה. דקאי היכא דנאמן עד סומא לחייב ש"ה כיון דלא נחשד לשקר כנ"ל. ובזה פליגי אמוראי אם סמכינן על עדותו דמכוין מצרנהא או לא. וע"כ מוכח דס"ל להש"ס דדוחק לפרש לדבריהם דמיירי לענין לחייבו ש"ה מ"י עדותו משום דבזה לא שייך לומר לשון כשר כמבואר התם ושמואל א' כשר. דלשון כשר משמע דכשר להעיד ע"פ עצם עדותו בלבד. וכבר נתבאר לעיל דהא דקרוב מחייב ש"ה אין זה מפאת עדותו רק מצד דהוי רגלים לדבר וכמש"כ לעיל בארוכה. כמו כן י"ל במש"כ להוכיח דלא כהש"מ דס"ל דקרוב פוטר מן ש"ה משום חזקה א"א מעיז וחזקה א"א חוטא כו'. די"ל דגם בזה לא שייך לומר לשון כשר. דהא אינו נאמן מצד עדותו רק מצד חזקות הנ"ל ע"כ שפיר מסקי בתיובתא דכולהו. ונדחה הוכחה זו:

ענף ה:

אמנם כבר נתבאר בהוכחה אחרת מן הש"ס דלא כהש"מ וכמבואר במח"א. והדין הוא דקרוב אינו פוטר מן ש"ה. ולאחר דתקנו חז"ל ש"ה דינו בזה כדאורייתא לגבי זה. [אף דלהרבה דברים חילקו בין ש"ה לשד"א] דדוקא עד כשר פוטר וכדמוכח מהש"ס והמח"א. ועכ"ז היכא דהחיוב שבועת היסת בא ע"י עדות הקרוב לפנינו. בזה י"ל דפוטרו קרוב הבא להכחישו. דהא אף לשי' הסוברים דאין עד מסייע פוטרו מ"מ שבועה הבא ע"י עדות העד מודו דעד המכחישו פוטרו משד"א משום דסלק עדות הראשון והוי כמאן דליתנהו כלל מעולם. וכמש"כ הר"נ והנ"י בריש ב"מ ובשמ"ק שם והובא בש"ך סי' פ"ז ס"ק ט"ו. ואף לפמש"כ הש"ך שם דיש לדון דאם בא הראשון מקודם ה"ל כתרי כו'. מ"מ הא ידוע מש"כ התוס' כתובות (דף כ"ב) ד"ה אי הכי לכתחלה כו' לחלק בין דרבנן לדאורייתא בזה. והובא בב"ש סי' קע"ח ס"ק י"א. א"כ בנ"ד דעיקרו אינו אלא מדרבנן ע"כ בזה אין לחלק בין באו זה אחר זה לבאו בבת אחת. אלא היכא שכבר פסקו ב"ד חיוב ש"ה ע"י קרוב. בזה י"ל דאין קרוב הב' המכחישו פוטרו מש"ה. וכמש"כ הב"ש שם לחלק בין היכא דפסקו ע"פ אז אף במידי דרבנן הוי הראשון כתרי ואין האחרון נאמן להכחיש להראשון. וכ"כ הב"ש בסי' י"ז ס"ק ק"ט בשם התוס' יבמות וכתובות לחלק כנ"ל. ע"כ לפמש"כ הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ט"ו דלא כהר"נ אלא דהיכא דבא עד א' מקודם אז אין הב' נאמן דה"ל הראשון כתרי אף שלא נעשה מעשה ע"פ. אלא שאני בשבועה דכיון דהתורה הימני' לע"א לחייב שבועה ה"ה דמהימן לפטור ואין חילוק מה"ט בין ב"א לזה אחר זה והר"נ לטעמי' דס"ל דאין עד מסייע פוטר כו' יעו"ש בש"ך:

ולפ"ז בעדות קרוב לפי מה דנתבאר דלא מהימן רק לחייב שבועה ולא לפטור. ע"כ שפיר יש לדון לדברי הש"ך הנ"ל דדוקא בבאו בבת אחת או אף זה אחר זה רק דלא פסקו

ע"פ לחייב ש"ה דהא בדרבנן כ"ז דלא פסקו אין הראשון נאמן כתרי כנ"ל. אז הוי עדות הראשון כמאן דליתי' כלל. אבל אם כבר פסקו ע"פ הראשון לחייבו ש"ה אז י"ל דה"ל הראשון כתרי ואין הב' יכול להכחישו. ובזה לא שייך מש"כ הש"ך לדון דכיון דמהימן ע"א בשבועה ע"כ דין השני כמו הראשון דהא בעדות קרוב נתבאר דאינו פוטר מן ש"ה. ע"כ מצד הכחשתו להראשון אינו נאמן אם כבר פסקו ע"פ הראשון לחייב ש"ה. לכן נראה דאם כבר פסקו ע"פ קרוב לחייב ש"ה אז אין הב' נאמן להכחישו להראשון:

וכ"ז הוא ע"פ שיטת הש"ך אבל לפמש"כ הר"נ והנ"י לחלק דבשבועה לא שייך דה"ל הראשון כתרי לפי דהא הוי מחוסר מעשה כיז דלא נשבע. ע"כ אף דכבר פסקו ע"פ לחייבו שבועה מ"מ הא הוי עדיין מחוסר מעשה כ"ז דלא נשבע לכן אין דינו של הראשון כתרי. וע"כ מהימן הב' להכחיש להראשון וה"ל כמאן דליתנהו לעדות קמא. ומחלקים דשאני עדות מיתה ועד סוטה דאינו מחוסר מעשה. ולכן אין סתירה לדברי הר"נ והנ"י הנ"ל מהא דסוטה כמש"כ הש"ך. דהא הר"נ והנ"י הרגישו בזה וכתבו לחלק כנ"ל. וכיון דבעדות דמהימן ע"א מה"ת כתבו הר"נ והנ"י דאין דינו של הא' כתרי ומצי הב' להכחישו. כש"כ במידי דאינו נאמן ע"א רק מדרבנן לחייב שבועה. וגם הא חזינן בחיוב שבועה מדבריהם דלא תיקנו בזה ככל דאורייתא תיקון. דהא חלוקים הם לכמה ענינים כמו דלא נחתינן לנכסיו וכהנה. ע"כ וודאי לכ"ע הדין נותן דאף דכבר פסקו ע"פ עדות הקרוב לחייבו ש"ה. דמ"מ אין דינו של הראשון כתרי ומצי הב' להכחישו וסלק עדותו כמאן דליתנהו כלל מעולם. ע"כ דעתי בזה דאם חיוב שבועת היסת הוא ע"י עדות הקרוב אז אף דכבר פסקו ע"פ לחייב ש"ה. מ"מ אם בא אח"כ קרוב ב' להעיד להכחיש להא' אז מצי למיפטר מן חיוב ש"ה. משום דאף דנתבאר דקרוב אינו פוטר מן ש"ה. מ"מ י"ל בזה כעין סברת הר"נ והנ"י דאף דס"ל דאין עד מסייע פוטר מ"מ גבי שבועה הבאה עליו ע"י עדות ע"א שפיר י"ל דפוטר הב' מן שבועה דאורייתא משום דעכ"פ סלק עדותן והוי כמאן דליתנהו. וה"ה בנ"ד דפוטר בכה"ג מן ש"ה:

וכן אפשר לדון במה דקיי"ל דאם יש רגלים לדבר כפי ראות הב"ד דאז חייב ש"ה וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק ס"ג כנ"ל. דבזה אפשר לומר דמה"ט דאם מעיד קרוב לסייעו דפטור מש"ה. דהא כבר נתבאר במה דבעדות קרוב מחייבינן ש"ה הוי הטעם משום דהוי עפ"ז רגלים לדבר להב"ד כיון דלא נחשד למשקר. וכדמצינו באה"ע סי' קט"ו גבי אשה האומרת טמאה אני לך וכמש"כ לעיל בארוכה. ולפ"ז י"ל לפמש"כ הח"מ והב"ש באה"ע סי' קט"ו סעי' ו' דאם איכא רגלים לאיסור דמהימנא לומר טמאה אני לך ואיכא נמי רגלים לדבר להתירא דבזה דעת התוס' דאינה נאמנת לומר טמאה אני כיון דעיקר

טעמא במה דנאמנת זהו משום רגלים לדבר לאיסורא. ע"כ היכא דהוי רגלים לדבר ג"כ להתירא א"כ סותר הרגלים לדבר אהדדי והוי כמאן דליתנהו כלל. וכעין סברת הר"נ והנ"י הנ"ל גבי עדות ע"א כנ"ל. ונשאר זה הענין כמו דלא היה רגלים לדבר כלל מעולם ואינה נאמנת. ובמש"כ הב"ש שם ס"ק כ"ג בשם תוס' כתובות (דף ס"ג) דלא ס"ל כן. עיין בנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ע' דכתב דאין שום הוכחה כלל מהתוס' כתובות הנ"ל עי"ש. ע"כ הנכון הוא כמש"כ הח"מ שם:

ולכן בנ"ד דאם עיקר חיוב ש"ה הוי מצד רגלים לדבר ע"כ אם יש עדות קרוב המכחיש וסותר להרגלים לדבר הנ"ל. דכיון דגם זה מקרי רגלים לדבר והוכחה על פטור. דזה הוי כמו דליתנהו כלל מעולם רגלים לדבר על חיוב ש"ה. ופטור מן ש"ה. ודוקא אם מחוייב ש"ה ע"י אמירת ברי של התובע דבזה אינו מועיל שום רגלים לדבר לפוטרו מן ש"ה כמבואר בסוף סי' פ"ז דבטענה מרומה וטענה גרוע היכא דהוי דררא דממונא חייב ש"ה כנ"ל באורוכה בשם הביאור הגר"א זצ"ל והאו"ת כנ"ל. אף דאין לך רגלים לדבר יותר מזה עכ"ז אינו פוטר מן ש"ה. ע"כ שפיר כתבתי דעדות קרוב אינו פוטר מן ש"ה הבאה עליו ע"י טענת ברי של הבע"ד. אבל בחיוב ש"ה ע"י רגלים לדבר שפיר י"ל דעדות קרוב פוטרו מן ש"ה. וכן בשבועה הבאה ע"י קרוב ג"כ מועלת עדות הקרוב הב' לפטור אף דנפסק הדין לחייבו ש"ה: ועכשיו דאתינן להכי י"ל ג"כ לפמש"כ המחבר והרמ"א בסוף סי' פ"ז דבטענה מרומה ובטענה גרוע אין להשביע במקום דליכא דררא דממונא. ע"כ י"ל דמה"ט עדות קרוב פוטר מן ש"ה במקום דליכא דררא דממונא דהא משום עדותו של הקרוב הוי כעין רגלים לדבר דמהני לפטור מן ש"ה במקום דליכא דררא דממונא כמבואר שם כנ"ל. אבל במקום דררא דממונא והיכא דחייב ש"ה ע"י ברי של הבע"ד נתבאר דכה"ג אין עדות קרוב פוטרו מן ש"ה ודלא כהשער משפט:

יח (שם סעי' כ"ג):

טענו בספק ע"פ העד כו' משביעו שד"א. וכן הכריע הש"ך שם בס"ק פ' דכן הלכה רווחת:

ענף א:

ונלע"ד ראי' ברורה לזה מירושלמי סוטה פ"א ה"א דאמרו שם ע"א מהו שישקה מה אם פיו שאינו זוקקו לשבועת ממון ה"ה משקה ע"א שהוא זוקקו לשבועת ממון לא כש"כ עכ"ל. וע"א דאמרו שם מיירי הכל היכא שאין הבעל יודע משום דאם הבעל יודע אינו צריך כלל להע"א דהא מיירי שם למ"ד דמשקה ע"פ עצמו ויליף לזה מן מה דמחייב ע"א לשד"א א"כ מוכח להדיא דע"א מחייב שד"א אף דהתובע טענו בספק ע"פ העד. והנה הרא"ש בפ"ו דשבועות סי' ה' והרשב"א והר"נ שם הביאו לפלוגתת הראשונים

בדין זה ושיטת הסוברים דע"א אינו מחייב שבועה בטוענו בספק דטעמם משום דאמרו בב"מ (דף ד') הצד השוה שע"י טענה וכפירה כו' והך כללא דכ"מ ששנים מחייבין ממון א' מחייבו שבועה הוא לאו דוקא דאין למדין מן הכללות וע"ז הביא הרא"ש והרשב"א והר"נ לדברי הירושלמי בפ"ו דשבועות ה"א שמדייק הרבה בהכלל הזה ולא הקשו והרי שנים מחייבין בשמא ולכן הוכיחו מירושלמי שבועות הזה כשיטת הסוברין דאף בטענת שמא מחייבינן שד"א ע"פ ע"א. אך בירושלמי סוטה הנ"ל מבואר להדיא כן ותקשה על שיטת החולקים ע"ז. ואפשר דטעמם דסמכו על המבואר בב"מ (דף ד') הצד השוה שע"י טענה כנ"ל דמזה הוכיחו דס"ל להש"ס דילן דהך כללא דכ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייבו שבועה הוא לאו דוקא וכמש"כ הרא"ש והרשב"א והר"נ בשמם. אכן הירושלמי דס"ל בפ"ו דשבועות דהך כללא הוא בדוקא ע"כ אמרו בירושלמי סוטה הנ"ל בפשיטות דע"א אף בטענו בספק ג"כ מחייבו שד"א. והירושלמי אזיל לשיטתו. וראיתי בגידולי תרומה לבעה"ת שער ל"ו ח"ג אות ד' שהאריך שם בזה וכתב לדחות לראיות הראשונים מן הירושלמי בפ"ו דשבועות הנ"ל ע"ש. אבל מה יענה במה דמפורש להדיא בירושלמי סוטה הנ"ל דע"א מחייב שד"א אף בתובע טוען שמא ותמיהני על הראשונים דלא העירו מירושלמי הלז:

והנה לקמן בסי' פ"ד סעי' ה' כתבתי בחידושי שם דעיקר פלוגתת הראשונים אם משביעין שד"א ע"פ ע"א היכא דהתובע טוען שמא דלפי פלוגתת אמוראי בב"ב (דף קל"ה) דרבא או רבה ס"ל שם להוכיח דזאת אומרת מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור ואביי אמר דשאני הכא דכמנה לאחר בידך דמי. אבל רבא ס"ל דאין לחלק דאף ברי ע"פ אחר הוי כמו ברי של הבע"ד ולשיטת רבא ברור ופשוט דהדין הוא בתובע טוען ברי ע"פ ע"א דמשביעין שד"א משום דבזה לא שייך הכלל דאין נשבעין על טענת שמא דהא דינו כמו ברי וכמש"כ הרשב"א בחי' לשבועות (דף מ') בשם ר' אפרים ז"ל דאם תובע ע"פ העד אינו נשבע דטענת ברי בעינן וברי ע"פ אחר אין דינו כמו ברי. והחולקים שם טעמם דאף דהוי כמו טענת שמא מ"מ חייב שד"א משום דשאני שבועה הבא ע"י ע"א דלא בעינן טענה בזה כיון דכללא הוא דכ"מ ששנים מחייבין ממון א' מחייבו שבועה כמבואר שם ובר"נ וברא"ש לשבועות שם. אבל למ"ד דס"ל דאף ברי של אחר נחשב לברי ממש לכל דיניו לדידי' וודאי הדין הוא דמשביעין ע"פ ע"א אף דטוען שמא משום דזה הוי כמו טענה. ולפ"ז י"ל דאין ראי' מן הירושלמי הזה להוכיח כן לדינא משום דעדיין אפשר לומר דהך מימרא דירושלמי זהו משום דס"ל כשיטת רבה דאף ברי ע"פ אחר דינו כמו ברי ממש ולכן בוודאי הוא דמשביעין ע"פ ע"א אף דטוען שמא כנ"ל.

אכן לדינא דקיי"ל כסברת אביי בב"ב שם דברי ע"פ אחר אין דינו כמו ברי רק דמקרי טענת שמא לכן עדיין י"ל דאין משביעין ע"פ ע"א אם התובע טוען שמא דכללא הוא דאין נשבעין על טענת שמא:

וכן יש לדון במה שכתבו הראשונים שם להוכיח כן מירושלמי שבועות פ"ו ה"א הנ"ל דמדלא הקשה שם והרי שנים מחייבין ממון אף בטענת שמא וע"א אינו מחייב שבועה בטוען שמא דמוכח מזה דמשביעין בזה. ולפי מש"כ יש לומר דהירושלמי שם ס"ל כהמ"ד דס"ל דמה שטוען ברי ע"פ אחר דינו כמו ברי ממש ע"כ לדינא לפי מש"כ בסי' פ"ד סעי' ה' לבאר על נכון דלדינא קיי"ל דברי ע"פ אחר לא מהני להיות לו דין ברי וכדמוכח מן הש"ך לעיל ס"ק ל"ה וכמש"כ בחידושי שם. וכן מוכח מן שיטת הפוסקים דס"ל דאין משביעין בטענת ספק ע"פ העד משום דבעינן טענה הרי דמה שתובע ע"פ העד אין דינו כטענת ברי ואף החולקים הא טעמם משום דבשבועת ע"א לא בעינן טענה כלל. וידעתי מה דיש לחלק בחילוקים דחוקים בכ"ז אך בפשטות הענין הדעת נוטה כן. וכיון דלדינא קיי"ל כמו שבארתי בטוב טעם שם דמה שטוען אחר אין דינו כברי ע"כ שפיר י"ל דאין משביעין ע"פ ע"א בטענת שמא ואין ראי' מהירושלמי לסתור שיטת הפוסקים דס"ל דאין נשבעין ע"ז כיון דטוענו ספק:

אכן באמת שפיר הוכיחו הראשונים מהירושלמי שבועות פ"ו ה"א כן משום דהא בירושלמי שם קאי על מימרא דאמר רב יהודה בשם שמואל כל ששנים מחייבין ממון ע"א זוקקו לשבועה ובש"ס דילן לשבועות (דף מ') איתמר זה בשם ברייתא אך בירושלמי שם אמרו כן בשם רב יהודה כו' וע"ז שקלו וטרו שם להקשות על הך כללא א"כ שפיר הוכיחו הראשונים מדלא הקשו שם והרי ב' עדים מחייבין אף בטענת שמא וע"א אינו מחייב שד"א בכה"ג דמוכח דס"ל דבע"א לא בעינן טענה כלל משום דאין לומר דלכן ע"א מחייב שבועה משום דס"ל כהך מ"ד דמה שטוען ע"פ אחר דינו כברי. דז"א דהא מבואר בב"ק (דף קי"ח) ובכתובות (דף י"ב) ובב"מ (דף צ"ז) גבי מנה לי בידך והלה אומר א"י דרב יהודה ס"ל דחייב משום ברי ושמא ברי עדיף. ומוכח בב"ב (דף קל"ה) דמאן דס"ל כן מוכרח לחלק כמו שאמר אביי שם לעולם אימא לך חייב ושא"ה דכמנה לאחר בידך דמי משום דאם לא נחלק כן אזי מוכח מן המשנה שם כמו שאמר רבה שם זאת אומרת מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור. וכיון דרב יהודה ס"ל דברי ושמא ברי עדיף מוכרח לחלק דהברי ע"פ אחר אין דינו כמו ברי. ולפ"ז שפיר הוכיחו הראשונים מן מה דלא הקשו שם בירושלמי על הכלל דקאמר רב יהודה דכ"מ ששנים מחייבין כו' דהא חזינן בטענת שמא כו' דמוכח מזה דגם בכה"ג ע"א מחייב שבועה משום דלא בעינן

טענה בע"א. דאין לומר בטעם הירושלמי שם דלכן ע"א מחייב שד"א אף בטוען שמא משום דס"ל כשיטת רבה בב"ב (דף קל"ה) דגם ברי ע"פ אחר מקרי טענת ברי. דז"א דהא מיירינן שם לרב יהודה ולדידי' הא מוכח דס"ל כסברת אביי שם דס"ל ברי ע"פ אחר לא מקרי טענת ברי וע"כ שפיר הוכיחו מזה לדינא דבשבועת ע"א לא בעינן טענה כלל ואתי שפיר דבריהם בראייתם:

ולפ"ז מתורץ על נכון בעז"ה למש"כ לעיל לתמוה על הראשונים אמאי לא הביאו להוכיח כן מירושלמי מפורש בסוטה פ"א ה"א הנ"ל דמבואר דס"ל דע"א מחייב שד"א אף בטוען שמא ובאמת זהו תמי' רבתא. אכן לפמש"כ מתורץ זה משום דדוקא מירושלמי שבועות פ"ו הנ"ל שפיר הוכיחו כן וכנ"ל. אבל מירושלמי סוטה אף דמפורש שם דע"א מחייב שבועה בטענת ספק עכ"ז אין מקום להוכיח כן לדינא. משום די"ל דהירושלמי ס"ל שם כשיטת רבה דס"ל בב"ב (דף קל"ה) דברי של אחר ג"כ מקרי ברי וע"כ לפ"ז הדין נותן גבי טענת ספק ע"פ הע"א דמחייב שבועה דהא טוען ברי ע"פ הע"א ואי נימא דהדין הוא דברי ע"פ אחר הוי דינו כמו ברי ע"כ בוודאי הדין הוא דחייב שד"א נגד הע"א. וכמש"כ לעיל להוכיח כן בשם הרשב"א לחי' בשבועות (דף מ') בשם ר' אפרים ז"ל דלכן אין משביעין ע"פ ע"א בטוענו ספק משום דמה שטוען ברי ע"פ אחר אין זה מקרי ברי ומקרי טענת שמא ואין נשבעין על טענת שמא כו'. אכן לדינא לפי מאי דקיי"ל כסברת אביי נגד רבה דס"ל לאביי דברי ע"פ אחר אין דינו כמו ברי עדיין י"ל דאין נשבעין ע"פ ע"א אם טוען שמא ולכן אין ראיה מירושלמי סוטה והוכרחו להוכיח בשארי ראיות דבע"א לא בעינן טענה כלל ומתורץ תמיהתי על הראשונים הללו:

ענף ב:

והתוס' כתובות (דף י"ח) ד"ה מ"מ אמרה תורה כו' ובב"מ (דף ג') תוס' ד"ה מ"מ אמרה כו' כתבו באה"ד דאיצטריך ע"א היכא דהתובע טוען שמא. א"כ מוכח דס"ל להתוס' ג"כ דמשביעין ע"פ ע"א בטוען שמא ג"כ. ולכאורה י"ל כיון דמיירי התם במימרא דרבה ורבה הא ס"ל בב"ב (דף קל"ה) דגם ברי ע"פ אחר דינו כברי וע"כ אין ראיה מהתם לדינא כנ"ל. או די"ל דכוונתם דלהך מ"ד תקשה מנלן דכופר הכל פטור ודרך התוס' בכ"ד למכתב בקצרה ועיין בש"ך ח"מ סי' רס"ח ס"ק ב'. אכן באמת ז"א דאם נימא דכתבו כן שם למ"ד דברי ע"פ אחר דינו כברי א"כ תקשה במש"כ התוס' שם דאיצטריך היכא דטוענו בספק ע"פ העד דכיון דנימא דכופר הכל חייב לישבע א"כ גם בטוענו בספק ע"פ העד כיון דמקרי ברי הדין הוא ממילא דחייב שד"א כמו דין דכופר הכל אי נימא דחייב שד"א. ולכן שפיר מוכח מן התוס' דס"ל גם לדינא דמשביעין בספק ע"פ העד כדקיי"ל. ופשוט:

וכן כתבו התוס' בכתובות (דף י"ב ע"ב) ד"ה רב הונא כו' שכתבו תימא דאביי דאית ליה בב"ב (דף קל"ה) מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב ובחז"ה משמע דאית לי' דר' אבא וי"ל כו' אלא שע"א מעיד שחייב לחבירו מנה דבאבוה מתוך שאינו יכול להשבע משלם עכ"ל. הרי דס"ל דאף בטוענו בספק ע"פ העד ג"כ דייניין שד"א ומחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ואף דמיירי שם אליבא דאביי דאית ליה בב"ב (שם) דמה שטוען ברי ע"פ אחר לא מקרי טענת ברי ואפ"ה מחייבינן שד"א ע"פ העד אף בטוען ספק משום דבע"א לא בעינן טענה כלל. והנה התוספות בשבועות (דף מ"ז ע"ב) ד"ה אי אמרת בשלמא כו' הקשו תימא למ"ד מנה לי בידך כו' דברי עדיף היכי מוקי האי קרא כו' ולא תירצו כמו שתירצו להך קושיא בכתובות הנ"ל דמיירי בטוענו בספק ע"פ העד משום דס"ל שם בשבועות כשיטת הפוסקים דס"ל דגם בשבועת ע"א בעינן טענת ברי וע"כ הוכרחו לתרץ בגווני אחריני. ומה שיש להקשות על תירוץ א' דהתוס' בשבועות שם דהא מבואר להדיא בשבועות דף ל"ב ע"ב) דאמר אביי הכל מודים בע"א דר' אבא הרי דס"ל לאביי דדייניין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. עיין מזה באו"ת סי' ע"ה ס"ק י' דתירץ זה בטוב טעם. וראיתי במחנה לוי לשבועות (דף מ"ז) בתוס' ד"ה אי אמרת בשלמא כו' שתירץ לקושיות התוס' הנ"ל ע"פ המבואר בסי' ע"ה סעיף כ"ג בהג"ה דמה שאמר ששמע מפי אחר מקרי טענת ברי ומשביעין על טענה זו אפילו האחר הוא קרוב א"כ שפיר משכחת ליה בחמשין ידענא כו' דמשביעין ע"פ העד כשר ודייניין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דמיירי שיש קרוב האומר בברי שאינו חייב רק חמשים ואם היינו מחייבין ליה מצד דתובע טוען ברי והנתבע שמא הא יש ברי ע"פ הקרוב דאומר לסייע להנתבע א"כ לא שייך לדון בזה ברי ושמא ברי עדיף רק מצד דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם שפיר מחייבינן ליה וגם אם האחר הוי עד כשר הא דבתוך שאינו יכול להשבע משלם אין ע"א מסייע פוטרו עכ"ל. ואף שאמר דבר חכמה מ"מ ז"א דהא אנן מיירינן לתרץ לשיטת אביי דס"ל מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב והנה המ"ד דס"ל כן הא מבואר בב"ב (דף קל"ה) דמוכרח לומר דמה שאומר ברי ע"פ אחר לא הוי כמו ברי דאל"כ תקשה עליו מן המשנה דשם. ולכן כיון דעיקר קושיות התוס' על המ"ד דמנה לי בידך והלה אומר א"י חייב א"כ ליתא לדברי המחנה לוי דהא אף דיש אחר האומר דהנתבע אינו חייב מ"מ כיון דהנתבע בעצמו אומר איני יודע הדין הוא דדייניין ברי ושמא ברי של הבע"ד עדיף והברי של אחר לא מהני. והא דסי' ע"ה סעיף כ"ג בהג"ה דמשביעין היסת ע"פ אחר אף בקרוב אין זה רק לחייבו שבועת היסת אבל במקום ממון לחיוב או לפטור לא מהני. ולכן שפיר הקשו התוס' ולא רצו לתרץ

כמו שכתב המחנה לוי משום דלדינא אינו כן אליבא דהך מ"ד. וכן לדידן נתבאר דלא מהני ברי ע"פ אחר כנ"ל:

כ"ז כתבתי מכבר וכעת ראיתי דכן מוכח בירושלמי סוטה פ"א ה"א שם דס"ל דאין לחלק בין ברי של הבע"ד להברי של אחר והוא דשם בירושלמי לאחר דאמר להקו"ח דע"א משקה כנ"ל אמרו שם קרוב מהו שישקה מי קרוב מן בעלה עכ"ל. וס"ל להירושלמי למילף קרוב מן בעלה דנאמן משום דדריש זה שם מן ומעלה בו. וקשה איך מדמין ברי של הבעל דהימני' התורה משום דהוי בע"ד משא"כ ברי של הקרוב דאין הבעל יודע רק מפי אחר ודוחק לומר דמיירי במהימן לי' כבי תרי. וע"כ מוכח דס"ל לדמותן להדדי דכיון דחזינן דהתורה הימני' להבעל ביותר מן האשה עצמה משום דהוית נוגע לעצמה ביותר. ומהימן להשקותה דאלו מצד חד"א הא אין זה רק לאוסרה עליו ולא להשקותה וע"כ זהו מצד גזה"כ. וא"כ ה"ה אף היכא דהבעל אינו יודע אך דאומר ברי ע"פ אחר קרובו ג"כ שייך להשקותה משום דגם בכה"ג דינו כמו ברי שלו ממש. ובאמת לפי דמסיק הירושלמי דאף קרוב מהני להשקותה אחר הקינוי דלפ"ז אין אנו צריכין להקו"ח דלמד שם לעיל מיניה לע"א שישקה בקו"ח מן ע"א בממון דמחייב שד"א דהא אף היכא שאינו מחייב שד"א ג"כ משקה לפי דהוי ברי של האחר כמו ברי של הבעל אך לרווחא דמילתא נקטו לעיל מיניה להקו"ח אבל עדיין י"ל דהטעם דע"א מחייב שד"א בטוען שמא דזהו משום דהברי של האחר נחשב ג"כ לטענת ברי וכמו שכתבתי בעזרת ה':

ודע דבעיקר הדבר שכתבתי לעיל דהירושלמי בשבועות פ"ו ה"א דקאי שם על מימרא דרב יהודה דכיון דרב יהודה ס"ל מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב דמוכרחין אליבי' לומר כסברת אביי בב"ב (דף קל'ה) דמה שאומר ברי ע"פ אחר לא הוי ליה דין ברי. דיש עדיין לדון בזה עפ"י מש"כ התוס' בב"ק (דף מ"ו ע"א) ד"ה דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק שמא כו' ובכתובות (דף י"ב ע"ב) תוס' ד"ה רב הונא ורב יהודה אמרי חייב כו' וב"ב (דף קל"ה ע"א) ד"ה אביי אמר לעולם חייב כו' במה שהקשו מן רב יהודה על רב יהודה דב"ק (דף מ"ו) וכתבו לחלק בין ברי טוב ושמא גרוע ובין שמא היכא דלא ה"ל למידע. א"כ לפ"ז נסתר לכאורה למה שכתבתי להוכיח אליבי' דרב יהודה דמוכרח לומר דהברי של אחר לא מהני דהא י"ל דהא דב"ב לא מהני הברי שם משום דהוי במקום דלא ה"ל למידע. ואף דהתוס' כתבו שם דאביי לא ס"ל לחלק בזה וההיא דב"ק (דף מ"ו) יסבור אביי דזה כלל גדול דהתם לא אתי לאתויי אפילו ניזק אומר ברי כו' אלא מוקי כהא דאמר התם א"נ להא דאיתמר כו'. עכ"ז י"ל במה שכתבתי דאכתי תקשה מנלן להרשב"א והרא"ש לשבועות פ"ו להוכיח כן מהירושלמי שבועות פ"ו הנ"ל כפי שכתבו כן בשם

הרמב"ן הא י"ל דילמא ס"ל להך ירושלמי שם כשיטת המ"ד דמחלק אליבא דרב יהודה דהיכא דלא הוי שמא גרוע דכה"ג ס"ל לרב יהודה דחזקת ממונא עדיף מן ברי א"כ אין מקום להוכיח מן המשנה דב"ב בזה אומר אחי דברי ע"פ אחר לא מהני הא י"ל דהטעם התם הוא משום דהוי שמא גרוע א"כ לפ"ז נסתר כל היסוד שלי:

אכן באמת שפיר כתבתי לפי דראיתי בחדושי הרשב"א לכתובות דף י"ב) והריטב"א והשמ"ק שם בשם הרמב"ן שכתבו כולם בהך דב"ב (דף קלה) בזה אומר אחי דמה שטוען איני יודע אם הוא אחיו זה הוי ג"כ שמא גרוע משום דאי אפשר דלא שמעו מזה וע"כ שפיר מדמה הש"ס בב"ב שם הך דזה אומר אחי להא דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע ע"ש. א"כ שפיר כתבתי בכוונת הרשב"א והרא"ש בשם הרמב"ן וכן הר"נ במש"כ להוכיח מהירושלמי שבועות פ"ו כו' משום דלשיטתם דלא ס"ל למש"כ התוס' דהך דב"ב הוי שמא דאינו גרוע אלא ס"ל דהוי התם שמא גרוע וע"כ לפ"ז שפיר מוכח לשיטת רב יהודה מהא דב"ב דלא מהני התם מה שטוען ברי ע"פ אחר משום דשא"ה דהוי ברי ע"פ אחר א"כ קמה ראייתם מהירושלמי וכמו שכתבתי הכל בעז"ה. ועיין בירושלמי לשבועות פ"ו ה' ח' ובמראה הפנים ד"ה רב הונא בשם רב אמר אנת לית ידע אהין ידע כו' ובירושלמי לב"ק פ' יו"ד ה"ז ובש"ך סי' ע"ה ס"ק ס"ז וקצרתי:

יט (שם סעיף כ"ג בהג"ה):

י"א דכל שאומר שהוגד לו מפי נאמן אפילו קרוב משביעין היסת כו'. והש"ך בסוף ס"ק פ"ב העלה דדוקא אם הקרוב מעיד לפנינו משביעין ע"פ היסת וגם בזה יש חולקין:

ואם אשה אומרת לפנינו שחייב מנה ג"כ נראה דמשביעין על פיה היסת משום דכמו על פי קרוב משביעין היסת ע"פ הטעם שכתב התה"ד בסי' ש"ח שהביא בשם מרדכי פ"ו לשבועות דקרוב זוקק לש"ה משום דפסול קרוב אינו רק מצד גזה"כ וכמבואר בסוף פ"ט דב"ב כו' ע"ש. א"כ ה"ה בפסול אשה אף דפסולה לעדות מ"מ הא זה אינו רק מצד גזה"כ וכמו שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ל"ה סעיף ה' ענף ז' בשם טורי אבן לר"ה (דף כ"ב ע"א) שכתב דאשה שם עד עליה רק דפסולה משום גזה"כ דאנשים ולא נשים כו' ע"ש. וכן כתבתי שם בענף ח' בד"ה ובסנהדרין דף נ"ז כו' דהוכחתי דאשה יש עליה שם עד יותר מקרוב ע"ש. ולכן כיון דחזינן הכא דבאומר הקרוב לפנינו זכות לקרובו דפלוני חייב לקרובו דמשביעין ע"פ היסת א"כ ה"ה וכש"כ באשה האומרת לפנינו דפלוני חייב לו מנה דמשביעין ע"פ היסת. ומן הר"ן ריש גיטין בסוגיא בפני כמה נותנו כו' שכתב די"א דקרוב כשר להצטרף לשנים בתורת ב"ד לקבלת עדות שם משא"כ באשה דגרוע

ע"ש. אין ראיה לסתור לכל מש"כ משום דשא"ה משום סברת הר"נ שם דאשה לאו בת דין כלל ושאני דין מן עדות:

והיכא דעד כשר אומר לפנינו ששמע מן עד כשר אחר שאמר לו חוץ לב"ד שפלוני חייב לחבירו מנה בזה הדעת נוטה דאין משביעין ע"פ עדות של עד מפי עד ש"ה. דהא חזינא בבע"ד האומר ששמע מן פי נאמן דאין משביעין ע"פ היסת כיון שאינו לפנינו וכמו שהעלה הש"ך אף דהבע"ד אומר ברי ששמע ממנו א"כ ה"ה בעד כשר ששמע מן עד נאמן ג"כ אין משביעין ע"פ היסת. אך אפשר לדון כיון דחזינן בפסול קורבא דמשביעין ע"פ היסת א"כ אפשר דה"ה בעד כשר המעיד ע"פ עד אחר כשר דאף דאין בזה תורת עדות מ"מ יהיה מועיל לחייב היסת. דהא כתב הבית שמואל באה"ע סי' י"ז ס"ק קי"ט דאשה ועד מפי עד שוה הן לקולא הן לחומרא ע"ש. א"כ ה"ה הכא דאשה יכולה לחייבו היסת דה"ה עד מפי עד מחייבו היסת. ודברי הב"ש הללו הובא בנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' מ"א ד"ה ואומר אני כו' ע"ש:

אכן בעיקר דברי הב"ש שכתב דעמפ"ע שוה לאשה וכיוצא בו יש לעיין דהא מצינו באה"ע סי' ז' סעי' ב' בהג"ה וב"ש ס"ק ה' שכתב בשם הרא"ש דעד מפי עד פסול בעדות שבויה אף דאשה כשרה בעדות שבויה הרי דעמפ"ע גרע מן אשה. ובתשובת רע"א זצ"ל סי' צ"ב שקיל וטרי בענין דעמפ"ע אם הוי כעדות אשה דהא אמרו בשבת (דף קמ"ה) דאין עד מפי עד נאמן אלא לעדות שאשה כשרה ומשמע דכ"מ דהאשה כשרה גם עמפ"ע כשר או די"ל דכלל זה אינו בדוקא והאריך הרבה בזה. וכן החמדת שלמה האריך מזה בסי' ט"ו ע"ש. ואפשר לומר בכוונת הב"ש בסי' י"ז ס"ק קי"ט שכתב דעמפ"ע שוה לעדות אשה וכל פסולי עדות. דטעמו דכיון דתקנו חז"ל להאמין לעמפ"ע בעדות מיתה ע"כ לאחר שתקנו כן ממילא שוה עמפ"ע לפסולי עדות דהאמינו חז"ל בעדות מיתה. ועדיין י"ל דמצינו באיזה דינים דחילקו חז"ל בין עדות אשה לעמפ"ע כמו בשבויה דאף דאשה נאמנת מ"מ בעמפ"ע לא תקנו להאמין לעמפ"ע ויש להאריך בזה הרבה. וכיון דמצינו לדעת הרא"ש גבי עדות שבויה דאף דאשה נאמנת מ"מ ס"ל דעמפ"ע גרע מן אשה ואינו נאמן בעדות שבויה. ה"ה יש לחלק הכא גבי חיוב שבועת היסת דאף דקרוב ואשה זוקק לש"ה מ"מ אפשר לחלק בזה גבי עמפ"ע דגרע מן אשה וקרוב ואין לנו כח לחייב שבועת היסת ע"י עמפ"ע דמנלן זה דאלו למילף זה מן קרוב הא מצינו דחילקו ביניהם:

ובירושלמי סוטה פ"א ה"א אי' ע"א מהו שישקה מה אם פיו כו' קרוב מהו שישקה מי קרוב מבעלה עד מפי עד מהו שישקה מה בינו לבין הקרוב ומשני קרוב אע"פ שאינו כשר עכשיו כשר לאחר זמן עד מפי עד אינו כשר לא עכשיו ולא לאחר זמן עכ"ל. הרי

דהירושלמי הי' ס"ל מקודם דאין לחלק בין קרוב לעד מפי עד וע"כ קאמרי מה בינו לבין קרוב וע"ז אמרו לחלק דשאני פסול קרוב דמצינו בפסול קרוב דכשר לאח"ז משא"כ בעמפ"ע. ומבואר להדיא בירושלמי דפסול עמפ"ע גרוע יותר מן פסול קרוב. ותמיהני על האחרונים שלא העירו מן הירושלמי הלז. ולקמן בירושלמי סוטה פ' ששי ה"א בסופו אי' שם בזה"ל ואין בהן דשמע וידע ממאן שמע כעד מפי עד הוא כו'. ופירש שם הקרבן העדה דתפשוט מהכא מאי דמיבעיא לן בריש פ"ק בעמפ"ע אם מהני לר"א בסתירה ולא איפשיטא דתפשוט מהכא דמהני כי היכי דמהני לענין טומאה לר' יהושע עכ"ל. והפ"מ שם פירש באופן אחר ואכמ"ל. עכ"פ חזינן בירושלמי פ"ק דסוטה מפורש דיש לחלק בין עמפ"ע לקרוב ע"פ סברא. ולפ"ז י"ל דאף דאמרו הכא דקרוב זוקק לשבועה מ"מ יש לחלק דשאני עמפ"ע דאינו זוקק לשבועת היסת משום דגרוע פסול עמפ"ע מן פסול קרוב וכפי סברת החילוק של הירושלמי הנ"ל. ולפי זה יש לנו להוכיח מירושלמי הזה דאף אשה גרוע מן קרוב משום הטעם של הירושלמי דשאני פסול קרוב דמצינו בפסול קרוב דיוכשר לאח"ז משא"כ בפסול אשה דלא משכחת ביה דיהיה כשר לאח"ז. ולכן אתי שפיר מה דאמרו בסנהדרין (דף נ"ז ע"ב) דנהרג ע"פ קרוב ולא ע"פ אשה וכמו שפסק הרמב"ם הל' מלכים פ' ט' הל' י"ד. דחזינן שם דפסול אשה גרוע מן פסול קרוב די"ל דזהו ג"כ מה"ט של הירושלמי. ובלא"ה י"ל דשאני התם דנפק ליה זה מקראי וה"ל גזה"כ: ומ"מ אין מזה סתירה למה דאמרו בח"מ סי' ל"ה בש"ך ס"ק י"א בשם הרש"ל דקרוב היכא דהוי לזכות קרובו גרוע מן פסול אשה. די"ל דאף דלפי סברת הירושלמי גרוע פסול אשה מן פסול קרוב דזה אינו רק בדינים שהם בדאורייתא אבל במה שהוא בעניני תקנה מצד הסברא יש לומר דקרוב היכא דהוי לזכות קרובו דגרע מן פסול אשה דיש לחושדו דמעיד בשקר משום קרובו. א"כ שפיר כתבתי לעיל דהכא בפסול קרוב דזוקק לשבועת היסת אף די"ל דאומר כן לזכות קרובו א"כ כש"כ בפסול אשה דמחייבת שבועת היסת. וכן י"ל עוד בהא דסנהדרין (דף נ"ז) הנ"ל דנהרג ע"פ קרוב דמיירי היכא דמעיד לחובת קרובו וכמו שמחלק שם המהרש"ל בזה. ושם בסנהדרין דריש להא דנהרג ע"פ קרוב מן פסוק מיד איש אחיו כו' דקאי על אחיו של הרוצח. אך באמת מוכח שם דגם ע"פ קרובו של הנרצח ג"כ נהרג א"כ ליתא לכל מש"כ והעיקר כמש"כ מתחילה לחלק בזה. [ובמש"כ לעיל ע"פ סברת הירושלמי הנ"ל דיש לדון מה"ט בפסול אשה דהא לא תתכשר לעולם לעדות. הנה יש לדון בזה הפרט בעדות אנדרוגינוס דמבואר בח"מ סי' ל"ה סעי' י"ד ע"פ המבואר בש"ע או"ח סי' תקפ"ט מג"א ס"ק ב' ובאר היטב שם ס"ק ב' וקצרתי כי אין דרכי בפלפולים כאלה]:

והעיקר כמש"כ לעיל דאשה זוקקת להיסת מכש"כ דקרוב של התובע וע"פ סברת מהרש"ל הנ"ל. ולא מיבעיא אי נימא דהא דע"פ קרוב מחייבין היסת זהו משום דנחשב טענתו לטענת ברי דוודאי שייך לדון כן ואף לפי מש"כ השער משפט בס"ק ט"ו דמן דין עדות אתינן עלה מ"מ הדין הוא כמש"כ להוכיח כן מן דברי מהרש"ל שהובא בש"ך סי' ל"ה הנ"ל דמיירי שם בענין עדות. אך בעמפ"ע הדין הוא דאינו זוקק להיסת דהא בזה אין למילף מן קרוב. וגם הא חזינן דע"פ דברי התובע שאומר שהגיד לו נאמן דאינו זוקק לש"ה אף דאומר הבע"ד ברי ששמע כן מן פי אחר נאמן א"כ ה"ה בעד מפי עד ג"כ אין זוקק לשבועת היסת. ובפרט דבקרוב עצמו הביא הש"ך בס"ק פ"ג דיש חולקים ע"כ אף דנהגינן להשביע ע"פ קרוב כשמעיד לפנינו מ"מ בעמפ"ע אין להשביע ע"פ:

כ (שם ש"ך ס"ק פ"ג):

הביא בשם המהרש"ל דאם היה אבי החתן מוחזק וזה בא להוציא ממנו שישבע אבי החתן כו' ויפטר כו'. וזה לשון האו"ת ס"ק כ"ד וביותר יש לפקפק בדין השני שחדשו מהרש"ל והש"ך לתפוס בשביל בע"ד הואיל היותו מורשה דבר זה זר אצלי הלא קיי"ל דהוא שליח בעלמא וא"כ איך יכול שליח לתפוס בשביל אחרים ולשבוע וא"כ עד קרוב שיש להנתבע בידו בלא עדים יהי' נאמן בשבועה שהנתבע חייב לקרובו במיגו ודבר זה לא שמענו מעונם ואני שואל בממ"נ אלו לא נתן הרשאה לא היה יכול לתפוס ובשביל שיש לו הרשאה יהיה יכול לתפוס משל אחרים בשביל אחר הא אינו אלא שליח ומה בכך דיש לו מיגו דלהד"ם הא זה גרע יותר ממיגו להוציא דלא אמרו אלא להחזיק אבל זה במיגו אינו מחזיק לעצמו רק בשביל אחרים כו' עכ"ל. וכן הנתיבות הסכים לדבריו:

ענף א:

ובעיקר דבריהם דכתבו בפשיטות דבלא הרשאה אינו נאמן במיגו בשביל אחר. כן כתב הנתיבות בכללי מיגו סעי' ג' בשם הרדב"ז דאין אחר נאמן במיגו לומר שראובן חייב ממון לשמעון ע"ש. והסבר הענין הוא כיון דגוף החפץ הוא של ראובן ויכול לסלקו בזוזי ע"כ כיון דאין החפץ ברשות המלוה רק ת"י אחר ה"ל כעין מיגו להוציא דלא אמרינן. ועוד דהא כתב הסמ"ע בסי' רצ"ו ס"ק א' דלכן לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה לכמה פוסקים משום דדוקא בהוצאת ממון מהני מיגו כי קשה להוציא ממון מיד בעליו כו' דשבועה אתי לכלל ממון כו' עכ"ל. א"כ לפ"ז יש להסביר ביותר סברת הפוסקים דס"ל דבלא הרשאה אין יכול להחזיק ת"י במיגו עבור אחר. משום דדוקא היכא דהבע"ד הוא מוחזק בזה שייך לומר דקשה להוציא הממון מיד בעליו ולכן נאמן במיגו. אבל היכא דהבע"ד אינו מוחזק דלא שייך לומר דקשה להוציא ממון ע"כ לא מהימן במיגו ואפשר

דזהו כוונת האו"ת שכתב דלא אמרו מיגו אלא להחזיק. וכן הוא לשון התוס' בב"ב (דף ל"ב) ד"ה אמאי כו' והרא"ש שם ע"ש. וכן יש לומר דלכן אין אחר נאמן במיגו עבור אחר דזהו ע"פ מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעי' ד' ענף ב' בשם הריטב"א בכתובות (דף י"ח) והתוס' והרשב"א והריטב"א שם (דף כ"ה) דאין עד פסול נאמן ע"י מיגו. רק מי שיש עליו שם עד נאמן במיגו וכן מש"כ התוס' בב"ק (דף ע"ב ע"ב) ד"ה אין לך בו אלא כו' והתוס' ב"ב (דף ל"א) ד"ה וזו באה בפ"ע כו'. זהו משום דלא נתברר פסול הגוף עליהם וכמש"כ שם. ובאמת הרשב"א בחי' לכתובות (דף י"ט) תירץ זה ג"כ ע"פ הכלל הנ"ל דעד פסול א"נ במיגו. והא דשליש מהימן הטעם משום דהוי כמו בע"ד וכמש"כ הרשב"א והובא בנתיבות סי' נ"ו ס"ק ה'. ומשום דהימני'. וכן הוא הטעם בהא דסנהדרין (ד' ל') דכל שבידו ליטלן דבריו קיימין וכמש"כ הנתיבות בסי' נ"ו ס"ק י"ח דיש לו דין שליש:

ועיקר הטעם הוא לחלק דשאני בע"ד דנאמן במיגו משום דהבע"ד בעצמו מדקדק בטענותיו איך להגיד וכמש"כ הש"ך בסי' רצ"ו ס"ק א' בשם הע"ש כעין סברא זו ע"ש. משא"כ אחר שאינו נוגע לעצמו ע"כ היכא דאין עליו שם עד להיות מהימן זולת המיגו לכן אף היכא דיש לו מיגו לא מהימן. רק ביש עליו שם עד שאני. והא דנאמן המוכר בזמן שמקחו בידו כו' שאני משום דהיכא די"ל בידו שאני. והדברים ארוכים ואכמ"ל ועיין בנתיבות סי' נ"ו ס"ק י"ח. ובנתיבות בכללי מיגו סעי' ג' וקצרתי. ועיין בש"ך יו"ד סי' קכ"ז ס"ק ג' קצת מזה. ומשום ה"ט אין אבי החתן נאמן במיגו עבור בנו. רק האו"ת והנתיבות כתבו הטעם דמשום דהוי מיגו להוציא אינו נאמן. וז"ל הרשב"א בתשובה ח"ג סי' שנ"ג דלא אמרינן מיגו להוציא ודיו לומר מיגו להחזיק ממון ברשותו. והוי מזה סייעתא לדבריהם:

וכיון דהטעם הוא משום דהוי מיגו להוציא כמש"כ. לפ"ז יש לדון דהיכא דשייך לומר הפה שאסר כו' דבזה נאמן אבי החתן להחזיק ת"י עבור בנו אף שלא כתב לו הרשאה. והוא דיש להקשות בהא דב"ב (דף ל"ב) ההוא דאמר לחברי' מאי בעית בהאי ארעא א"ל מינך זבינתא והא שטרא א"ל שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא ה"ל ואירכס אמר רבה מה לי לשקר א"ל רב יוסף אמאי סמכת אהאי שטרא כו' ופירשו התוס' וש"פ דטעמו של רב יוסף הוא משום דס"ל דאינו נאמן במיגו משום דהוי מיגו להוציא וכיון דקרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת ע"כ אף דיושב הלוקח בהקרקע עכ"ז הוי כמו מיגו להוציא רק אנן ס"ל דהילכתא כוותי' דרבה בארעא דזה מקרי מיגו להחזיק אבל רב יוסף ס"ל דזה הוי מיגו להוציא. ולפ"ז תקשה על רב יוסף מכתובות (דף י"ז) דתנן מודה ר' יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתי ממנו נאמן שהפה

שאסר כו'. ולרב יוסף דס"ל דאף דמחזיק הלוקח בקרקע מ"מ מקרי מיגו להוציא משום דמוציא מחזקת בעלים הראשונים א"כ קשה אמאי מהימן הכא במיגו להוציא מן חזקת בעלים הראשונים. ואין לומר דשא"ה בכתובות לפי דה"ל כמו ברי ושמא דאמרינן מיגו להוציא כמבואר בכללי מיגו של הש"ך סעי' א' ע"פ הא דכתובות (דף י"ב). דז"א דהא טוענין ליורש וזה חשוב כמו ברי כמבואר ברא"ש לכתובות פ"ב סי' א' ומה"ט אמרו שם בגמ' (דף ט"ז) דבברי וברי לא אמר ר"ג. וכן מוכח מן מש"כ התוס' בב"מ (דף קט"ז) ד"ה והא רבא כו' ובב"ב (דף נ"ב) בשם מה"ר דודי דלכן אינו נאמן לומר נגנבו במיגו דשאולים דהוי מיגו להוציא. והתוס' בתי' קמא שם טעמם דכיון דנוטל דמים לא חשוב מיגו להוציא כמש"כ הש"ך בסי' קל"ג ס"ק י"ג. וסברת מה"ר דודי הוא ג"כ משום ה"ט דכיון דטוענין ללוקח ה"ל כמו ברי וברי דלא אמרינן מיגו להוציא. ועיין בקצה"ח סי' קל"ג ס"ק ז' ובנתיבות סי' קל"ג ס"ק ח' ובכללי מיגו של הנתיבות ס"ק א' ובאו"ת שם:

ולכן נראה לי להוכיח מזה דהיכא דהוי בגדר הפה שאסר כו' כיון דזה עדיף מן מיגו כמש"כ התוס' בב"ק (ד' ע"ב ע"ב) ד"ה אין לך בו לחלק בין הפה שאסר למיגו וכ"כ הש"ך בסי' ק"ח ס"ק ז'. ע"כ מהימן ע"י הפה שאסר כו' אף להוציא מהמוחזק. והא שכתבו התוס' בב"מ (ד' ב' ע"א) ד"ה וזה נוטל רביע כו' דלכן הימני' רבה במיגו להוציא משום דאפילו יהיה שותק רק שלא היה מודה שהוא מזוייף היה נאמן וקיי"ל להלכה בזוזי כרב יוסף. שא"ה דלא 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 ומהימן אף להוציא. והתם בכתובות דאמרו מודה ר' יהושע כו' נאמן שהפה שאסר כו'. א"כ כיון דזה מקרי הפה שאסר ע"כ מהימן אף להוציא עי"ז גם לשיטת רב יוסף. ושיטת רש"י שם בכתובות דהך מודה ר' יהושע מיירי כשאין הלה תובעו וע"כ אמרו שם דזה מקרי אין שור שחוט לפניך. א"כ בוודאי לפ"ז מקרי זה בשם הפה שאסר כו'. דהא ה"מ לשתוק ולא היה שום אדם תובעו כלל. והנה שיטת התוס' שם ד"ה ומודה ר' יהושע כו' ובד"ה התם שור שחוט כו' דאף בהלה תובעו ג"כ נאמן שם ע"י מיגו דלא היה של אביך מעולם והוכיחו כן מדלא תני ואם תבעו אינו נאמן וכ"כ שם הרשב"א והריטב"א והר"נ והשמ"ק שם. ולפ"ז יהיה מוכח לומר בהכלל דלא אמרינן מיגו להוציא דמ"מ היכא דיש לו מיגו דלא היה שלך מעולם דבזה מהימן אף להוציא דאל"כ תקשה כן על רב יוסף דאמאי לא תני שם ואם תבעו אינו נאמן. והטעם הוא ע"פ מה דמצינו בח"מ סי' ע"א סעיף א' בסמ"ע ס"ק ה' ובש"ך ס"ק ד' דחילקו בין מיגו במקום נאמנות דלא מהני לבין מיגו בעיקר הנאמנות דמהני. וכ"כ ההפלאה בכתובות (דף י"ט ע"א) בתוס' ד"ה

אימא כו' דמטעם זה אמרינן ג"כ מיגו בעיקר העדים ע"ש. וכ"כ הקצה"ח בסי' צ"ז ס"ק י"א דהיכא דאינו ידוע החזקה דתוך זמנו אלא ע"פ הודאתו דזה הוי בגדר הפה שאסר כו' דמהני מיגו נגד החזקה משום דהוי מיגו בעיקר החזקה ושאני היכא דהחזקה ידוע כו'. וזהו הכל כעין סברת הפוסקים לחלק כן במיגו בעיקר הנאמנות כנ"ל: ולפ"ז י"ל דה"ה במה דלא אמרינן מיגו להוציא דהטעם הוא דמעלת מוחזק בהממון הוא אלים דלא מהני מיגו נגדו. דז"א אלא היכא דידוע לנו שלא ע"פ ג"כ שהוא מוחזק בחפץ זה שאנו דנין עליו. או שיש לו חזקת מרא קמא בקרקע לשיטת רב יוסף. אבל היכא שאינו ידוע לנו שזהו חפץ של פלוני רק ע"י הודאתו א"כ ה"ל מיגו בעיקר מעלת מוחזק. ובכה"ג אמרינן מיגו אף להוציא כדמוכח מן הא דכתובות דמודה ר' יהושע כו' דנאמן במיגו דלא היה של אביך וקרי לי' בשם הפה שאסר כו' אף דהלה תובעו. וגם מצינו חילוק כזה בשבועות (דף מ"א) בין טוען טענת להד"ם דמקרי אין בו דררא דממונא לבין טענת החזרתי דאיכא דררא דממונא. ולכן יש לדון אם אבי החתן מוחזק בחפץ של הנתבע וטוען ברי ויש לו מיגו דנתבאר דלא יכול להחזיק חפץ של אחר ע"י מה דטוען דהוא חייב לבנו משום דזה הוי כעין מיגו להוציא כמש"כ האו"ת והנתיבות דזהו דוקא היכא דידוע לנו דהחפץ שאנו דנין עליו הוא שלו. אבל היכא דאינו ידוע לנו כלל אם זהו שלו או לא רק דאבי החתן מודה דהוא של חבירו וכיון דיש לו מיגו דלא היה זה שלך מעולם א"כ לא מבעיא אם חבירו אינו תובע ממנו מאיזה ענין וודאי דזה הוי בגדר הפה שאסר כו' ומהני אף להוציא. ואף אם חבירו תובע ממנו עכ"ז כיון דיש לו מיגו דלא היה שלך מעולם א"כ גם זה הוי בשם הפה שאסר כו' ומהימן ע"י זה אף להוציא ודוקא היכא דאין לו מיגו דלא היה שלך מעולם רק מיגו דהחזרתי או נאנסו זה מקרי בשם מיגו להוציא דלא אמרינן. ואפשר דה"ה במיגו דלהד"ם ג"כ אינו נאמן כיון דמיד דרואין את החפץ שאנו דנין עליו ידוע לנו בעדים כי זהו של חבירו ע"כ אין זה דומה להך דמודה ר' יהושע דכתובות. אבל היכא דיש לו מיגו דלא הי' שלך מעולם כיון דהוי בשם הפה שאסר ולכן מודה ר' יהושע כו'. ע"כ בכה"ג יש לדון דמה"ט נאמן אחר להחזיקם ת"י ע"י הך מיגו דלא היה שלך מעולם ולומר דהוא חייב לחבירו משום דכה"ג מקרי בשם הפה שאסר ומהימן אף להוציא. ועיין בנתיבות סי' קמ"ו ס"ק י"ז שכתב ג"כ לחלק בין היכא דשייך הפה שאסר כו' לבין מיגו לענין אם אמרינן מיגו חוץ לב"ד ע"ש. ומה שכתבו התוס' בסנהדרין (דף ל' ע"א) ד"ה כל שאין בידו כו' אין זה ענין לנ"ד וקצרתי. וכעין זה כתבתי בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעיף ד' ענף ב' בשם הריטב"א לכתובות (דף י"ח) דהיכא דשייך הפה שאסר כו' אז מהימן אף מי דיש פסול הגוף על עדותו. ושם מיירי היכא דשייך אי בעי שתיק.

וה"ה בשארי דוכתי היכא דשייך למקרי בשם הפה שאסר כו' כמו דאמרו בהך דמודה ר' יהושע כו' שהפה שאסר כו'. וע"כ אף להטעם שכתבתי לעיל דלכן אינו נאמן ע"י מיגו לפי שאינו מיגו של הבע"ד רק בשם עד פסול. אבל היכא דשייך הפה שאסר כו' שאני ומהימן. והא דהקשו התוס' בב"ב (דף ל"ב ע"ב) ד"ה והלכתא כו' מסטראי הנה לפמש"כ יש לתרץ קושיתם אך י"ל דכיון דנקטו שם לשון מיגו דלהד"ם שפיר הקשו וכמש"כ לעיל לחלק בין מיגו דלהד"ם לבין מיגו דלא הי' שלך כו' וקצרתי. ועוד י"ל דשא"ה כיון דתובע ממנו ע"י השט"ח ע"כ אין זה בגדר שם הפה שאסר כו' וזהו חילוק פשוט ע"כ לא הוי סתירה לדברינו מן התוס' הלז:

ענף ב:

ובעיקר מילתא דנא שכתבו דלכן לא מהימן אחר ע"י מיגו משום דהוי מיגו להוציא. נ"ל לדון בזה ע"פ מש"כ הש"ך לקמן סי' פ"ג ס"ק ח' דהך דינא אי מהני מיגו להוציא הוי ספיקא דדינא ומהני תפיסה וכמו דפירש הרשב"ם וש"פ בב"ב (דף ל"ב) דלכן הילכתא כרבה בארעא משום דזה הוי ספיקא דדינא והאריך בזה. ובסי' פ"ב ש"ך ס"ק ל"ב ציין לעיין למש"כ ס"ס פ"ג ס"ק ז'. וכיון דס"ל להש"ך דבהך דינא דב"ב מהני תפיסה כמו בכל ספיקא דדינא. א"כ ה"ה בכל מקום דאמרינן דלא אמרינן מיגו להוציא ג"כ ז"א רק משום דכיון דהוי ספיקא א"כ המע"ה. ושם בעובדא דב"ב (דף ל"ב) גרע ביותר כפי שכתבו הראשונים שם דהא הי' מוכרח לשקר בתחילה ע' שטרא זייפא שעשה ולא שייך בזה הסברא דשטרא מסייעו כיון שהוא שטרא זייפא והוי כחספא כמש"כ שם. א"כ לפ"ז בנ"ד שהי' אבי החתן מוחזק ותופסו עבור בנו דבזה אף שלא כתב הבן הרשאה לאביו ג"כ יועיל תפיסתו עבור בנו. לפמש"כ בספרי נחל יצחק בקונטרס תפיסה ע"י שליח להכריע דמהני תפיסה ע"י שליח בכל ספיקא דדינא וכמש"כ האו"ת בדיני תפיסה. א"כ ה"ה הכא בהך ספיקא דפלוגתא אם אמרינן מיגו להוציא. וכיון דעיקר הטעם דלא מהני תפיסת אחר ע"י מיגו הוא משום דהוי כעין מיגו להוציא כמש"כ האו"ת. א"כ ממילא הדין נותן דיהא מועיל תפיסת האב עבור בנו משום תפיסה בספיקא דדינא אי אמרינן מיגו להוציא. ויכול לטעון קים לי כהסוברין דאמרינן מיגו להוציא ובפרט דהא אבי הבן טוען ברי לי דהאחר חייב לבני א"כ אני משועבד מדר' נתן לבני כיון דאבי הבן חייב להאחר ע"י מה דהחפץ של האחר מונח ת"י. והאחר חייב לבני א"כ הוא משועבד מדר' נתן להבן והוי כמו ברי של בע"ד וכעין מש"כ בספרי שם סברא זו בכל ספיקא דדינא דטוען קים לי דהוי כמו טענת ברי ואין זה נקרא כלל תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים

כמש"כ שם. וכש"כ היכא דטוען ברי לי בעצם המעשה והענין דמהני תפיסתו אף שהוא ת"י ולא החזיר החפץ לבנו:

וכש"כ היכא דהחזיר כבר החפץ שת"י לבנו דאז וודאי מהני תפיסתו כמו בכל ספיקא דרבוותא. וכן אבי הבן בוודאי מיפטר אם עבר והחזיר כמו בכל ספיקא דדינא דפטור הדיין אם עבר והחזיר לאחד כמבואר בסי' כ"ה בש"ך ס"ק ב' ע"ש. וכה"ג מבואר באה"ע סי' פ"ו סעי' ו' דאם החזיר הנפקד להבעל פטור כמש"כ שם הח"מ ס"ק ז' והב"ש ס"ק ח' וכמש"כ בספרי נחל יצחק בסי' ב' בקונטרס בתפיסה ע"י שליח ענף א' ע"ש. א"כ הא בידו של אבי החתן להחזיר לו ויהיה מועיל תפיסת בנו כנ"ל. אך אף בלא החזיר ג"כ הדין נותן שיהיה מועיל תפיסתו בתורת שליחות אף בלא כתיבת הרשאה כן יש לדון בזה. ומה שכתב המהרש"ל ביש"ש ב"ק דצריך לכתיבת הרשאה י"ל דהיש"ש אזיל לטעמיה דס"ל בפ"י דב"ק סי' ל' דהעיקר כהסוברים דלא אמרינן מיגו להוציא. ולכן ס"ל דבעינן להרשאה כדי שיהיה כבע"ד ויהא נקרא מיגו לאוקמי ממונא ברשותו. ולפ"ז יש להעיר על הש"ך דס"ל דה"ל ספיקא דדינא אי אמרינן מיגו להוציא א"כ קשה דלמה הצריך הרשאה הא אף בלא הרשאה יועיל תפיסתו כנ"ל. ואפשר דהש"ך לשיטתו דפסק בספרו תקפו כהן ס"ק קכ"ו דלא מהני תפיסה ע"י שליח בספיקא דדינא ע"כ הצריך הכא לכתיבת הרשאה. אך באמת לא הכריע כן בפשיטות שם אלא דהעלה בצ"ע אם מהני תפיסה ע"י שליח. ובפרט בטוען ברי וכנ"ל וכש"כ לפי מה דהכרעתי בספרי כנ"ל ע"כ הדין נותן דא"צ הרשאה ועוד דהא בידו של אביו למסור החפץ ליד בנו ואז יהיה תפוס וכמו כל ספיקא דדינא:

ואפשר דלכן הצריכו לכתיבת הרשאה כדי שלא יהיה מועיל שום תפיסת הנתבע ממנו משום דמצד דהוי תפוס בספיקא דדינא א"כ אם חזר השני ותפס ממנו ג"כ מועיל תפיסתו אבל אם יכתוב הרשאה אז לא מהני שוב תפיסת השני אם תפס בעדים. ועוד יש לומר דאף לפמש"כ הש"ך בסוף סי' פ"ג דמהני תפיסה בהנך עובדא דב"ב (דף ל"ב). עכ"ז י"ל ולחלק ע"פ מש"כ התוס' בב"מ (דף ב') ד"ה וזה נוטל רביע כו' דשאני התם בב"ב דה"ל כעין מיגו דאי בעי שתיק כו'. א"כ יש לומר דדוקא התם דה"ל כעין מיגו דאי בעי שתיק בזה ה"ל ספיקא דדינא. אבל היכא דלא שייך כן י"ל דס"ל להש"ך ג"כ דנקטינן לדין ברור להכלל דלא אמרינן מיגו להוציא. אבל באמת עיקר חילוק של התוס' ב"מ הנ"ל לאו כ"ע ס"ל כן. ועיין ב"מ (דף קט"ז) תוס' ד"ה והא רבא כו'. וגם באמת משמע בדברי הש"ך בכללי מיגו אות א' דכתב כבר נתבאר די"א דאין אומרים מיגו להוציא אלמא דנקט לי' לעיקר הכלל הנ"ל בשם י"א ומשמע דס"ל דה"ל ספיקא דדינא בעיקר

הכלל הנ"ל וכמש"כ בסוף סי' פ"ג ואינו מחלק ביניהם. וכן משמע בש"ך סי' פ"ג ס"ק ז' שלא לחלק כן. וראיתי באו"ת סי' פ"ג ס"ק ב' שכתב להחליט דלדינא נקטינן בוודאי דלא אמרינן מיגו להוציא ולא מהני תפיסה בזה. וכ"כ האו"ת בכללי מיגו סוף ס"ק ג' דאין לומר קים לי בזה. ע"כ שפיר הכריע הכא דלא מהני תפיסת האב בשביל בנו אף דס"ל להאו"ת דמהני תפיסת שליח בספיקא דדינא כמש"כ האו"ת בכללי תפיסה סי' קכ"ו:

ענף ג:

וכ"ז הוא לפי הטעם שכתב הנתיבות והאו"ת דמשום דלא אמרינן מיגו להוציא אתו עלה. אבל באמת יש לדון בזה עוד טעם אחר ע"פ דברי הש"ך בסי' נ"ו ס"ק ה' בד"ה ולמדנו מתשובת הרא"ש כו' שכתב בזה"ל דמי שאומר אתה נתת לי כלי זה ליתנו לפלוני והמקבל אינו יודע והנותן מכחיש השליש ואומר שלא נתנו בידו מעולם צריך השליש להחזירו לנותן אפילו יש מיגו שהיה יכול ליתן בינו לבינו להמקבל ואפילו נתנו כבר להמקבל צריך המקבל להחזירו לו כיון שאינו יודע אם לא ע"פ השליש עכ"ל. ומשמע דאף שהיה לו מיגו דנאנסו ג"כ צריך המקבל להחזירו. דהא כמו דקאמר שהיה יכול ליתן בינו לבינו להמקבל כמו כן היה יכול לטעון נאנסו כיון שלא היה אז עדים שראו את החפץ. [ובעיקר ראיות הש"ך מן תשובת הרא"ש יש לדון דאינו ראיה להך דינא ואכמ"ל].

ועיין בש"ך סי' נ"ו ס"ק כ"ח. וסברתו יש לומר דאין האחר הטוען שמא יכול לסמוך על המיגו של האחר כיון שאין לו דין שליש. ולהוציא את החפץ מן חזקת מרא קמא. ומיגו לא מהני רק למי שטוען ברי לי או ליורשיו וב"כ כיון דטוענין להו אבל לאחר כיון דטוען שמא אינו יכול לסמוך על מיגו של אחר. כ"ז שאין עליו שם עד להיות נאמן מן דין עדות. וכעין מה דמצינו דאמרו דברי של אחר לא מהני אף למ"ד דס"ל ברי ושמא ברי עדיף כמבואר בב"ב (דף קל"ה) משום דאינו רשאי לסמוך על ברי של אחר. ה"ה דס"ל כן גבי מיגו דכיון שאינו יודע עצם הענין אינו רשאי לסמוך על מיגו של האחר וע"כ אף אם קיבל החפץ לידו חייב להחזירו. ויש להביא ראיה לדברי הש"ך הנ"ל מהא דב"ב (דף מ"ה ע"ב) דהביאו שם ברייתא ראה עבדו ביד אומן וטליתו ביד כובס כו' בפני אמרת לו למוכרו וליתנו לי במתנה דבריו קיימין ומפרש לי' רבה סיפא ביוצא מת"י אחר וא"ל אחר בפני אמרת לו למוכרו וליתנו במתנה מיגו דאי בעי א"ל מינך זבינתה כו' מהימן. ומשמע דוקא בטוען ברי בפני אמרת למוכרו כו'. אבל אם טוען שהאומן אמר לו שהבעה"ב ציוהו למוכרו לא מהני ומחוייב להחזירו. ואי נימא דמהני מיגו של אחר א"כ משכחת לי' דאף היכא דאינו טוען כן בברי שבפני א"ל למוכרו ג"כ יהיה יכול להחזיק הטלית בידו לפי דבעת דא"ל האומן דהבעה"ב ציוהו למוכרו וליתן במתנה היה

נאמן במיגו דנאנסו. ועיין בתוס' שם ד"ה המפקיד כו'. ואף מיגו חוץ לב"ד מהני וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' נ"ו סעי' ו' דהעיקר כמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק צ"א. א"כ ממילא נאמן לומר דהאומן א"ל כן במיגו דמינך זבינתה. וה"ל להתנא לאשמועינן רבותא יתירה. ועיין בש"ך סי' קמ"ו ס"ק י"א. וע"כ מוכח דכיון דהאחר אין לו דין שליש לא מהני מיגו שלו להחזיק החפץ ביד האחר כיון דטוען שמא. ודוקא באם קנה מידו או ירש ממנו דטוענין להם אז הוי טענתייהו בטוענים שמא כמו דטוענים ברי כמש"כ הרא"ש ברפ"ב דכתובות. אבל היכא דלא הוי בא מכח פ' בירושה או במכירה ומתנה אז הדין נותן דאינו יכול להחזיק בחפץ של אחר ע"י מיגו דפלוני שהיה לו כ"ז שאין לו דין שליש. ועיין בסי' קל"ד סמ"ע ס"ק י"ב. אבל הוי מצי התנא למתני כן ולאשמועינן בכה"ג להיכא דלא היה אז עדי ראה בעת שא"ל כי הבעה"ב ציוה למוכרו וליתנו במתנה לפי דבריו שהאומן אמר לו כן ואומר ג"כ שלא היו אז עדי ראה א"כ נאמן על כל זה במיגו דמינך זבינתה. ומדלא תני כן משמע כמש"כ:

ונראה לענ"ד להסביר ביתר ביאור לדברי הש"ך בסי' נ"ו הנ"ל דכתב דהיכא דאין לו דין שליש לא מהימן ע"פ מיגו למסור חפצו של אחר להמקבל ואף אם קיבל ממנו חייב להחזירו. והוא דהא כבר הוכחתי בספרי נחל יצחק סי' נ"ט ס"ק ב' דמעלת ברי ושמא בצירוף מעלת חזקת מרא קמא מוציא מהמוחזק וראיה לזה מן סי' קפ"ה סעי' ה' דאם ראובן אומר במאה אמרתי למוכרו והסרסור אומר בחמשים כו' דאם ידע הלוקח שהחפץ הוא של ראובן יחזיר החפץ לבעלים. וע"כ הטעם הוא דאף דהלוקח הוא מוחזק כעת מ"מ כיון דטוען שמא דמה דהסרסור אומר ברי הוי זה ברי של אחר דלא מהני כמבואר בב"ב (דף קל"ה) ותוס' כתובות (דף ע"ו). וכיון דהמוכר אומר ברי ובצירוף חזקת מ"ק ע"כ מוציא מהלוקח דהוי מוחזק. אף דשמא של הלוקח ה"ל לא ה"ל למידע. וזהו כעין הא דכתובות (דף י"ב) דהברי של האשה בצירוף אוקי אחזקה נאמנת לומר משארסתני נאנסתי. ועיין בש"ך סי' צ"א ס"ק י"ב שהביא כן בשם בעה"ת שכתב כעין זה בשם הרב ר' יוסף אבן פלאט ע"ש. אף די"ל דשאני הא דכתובות דחזקת הגוף חשיבא טפי כמו שכתבו התוס' בכתובות (דף ע"ה ע"ב) ד"ה אבל היכא כו'. עכ"ז הא חזקת מרא קמא הוי ג"כ חזקה אלימתא וכמש"כ בספרי שם. ועיין בב"מ (דף ק') תוס' ד"ה הא מני כו' שכתבו דחזקת מ"ק חשיבא טפי. ואכמ"ל בזה. עכ"פ חזינן דמעלת חזקת מ"ק בצירוף מעלת ברי ושמא עדיפא ממעלת מוחזק:

וכעת ראיתי די"ל דהתם בסי' קפ"ה אין הלוקח חשוב בשם מוחזק כלל כיון דנולד לו הספק בעת שהיה החפץ ברשות הסרסור אם יכול לסמוך על דבריו או לא כיון דמיירי

שם דאין להסרסור דין שליש וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' נ"ו. וידוע לנו דההחפץ הוא של הבעה"ב ע"כ לא הוי הלוקח בשם מוחזק כלל וכעין מש"כ האו"ת בסי' צ' ס"ק ז' וס"ק ט' ובסי' קל"ד ס"ק א' כיוצא בזה והדברים ארוכין. אך בעיקר הכלל אם ברי וחזקת מ"ק עדיף ממעלת מוחזק זהו מוכרע מהא דכתובות (דף י"ב) כנ"ל. ולפ"ז יש להסביר על נכון לדברי הש"ך בסי' נ"ו דאם אין לו דין שליש אינו נאמן ע"י מיגו למסור החפץ להמקבל. דכיון דידוע דההחפץ הוא של בעלים הראשונים ויש לו חזקת מ"ק וגם הבעה"ב טוען ברי שלא ציוהו ליתנו במתנה כלל א"כ יש לו מעלת ברי וחזקת מ"ק. וכיון דעדיפא ממעלת מוחזק א"כ ממילא עדיפא ממעלת מיגו דהא קיי"ל דמיגו להוציא לא אמרינן וגם תפיסה לא מהני בזה וכמש"כ האו"ת בכללי מיגו כנ"ל. ולפ"ז מוכח לומר דמעלת שם מוחזק עדיפא ממעלת מיגו דהא הטעם דמיגו להוציא לא אמרינן הוא משום דמעלת מוחזק עדיפא מן מיגו. ולכה"פ שקולים הם דאם היה עדיף מעלת מיגו א"כ היה הדין נותן לומר דבמיגו יהיה יכול להוציא מהמוחזק. א"כ כמו דמעלת ברי וחזקת מ"ק עדיף ממעלת שם מוחזק היכא דשייכא א"כ ה"ה דעדיפא ממעלת מיגו. ולכן כיון דנולד לו ספק בעת שהיה החפץ ת"י האחר אם מהימן ע"י המיגו או לא א"כ לא הוי המקבל אז בשם מוחזק כלל. וממילא עדיפא מעלת ברי וחזקת מ"ק של הבעה"ב מן מעלת מיגו של האחר. ולכן אף אם בא החפץ ליד המקבל כיון דלא הוי בשם מוחזק דהא הוי תפס לאחר שנולד הספק כמש"כ בכללי תפיסה וגם הא אינו טוען המקבל ברי. וידוע דהברי של האחר לא הוי נחשב לברי כנ"ל. א"כ הדין נותן דיחזיר החפץ לבעליו. ובאמת מן הך דין דסי' קפ"ה סעי' ה' דאם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן יחזיר החפץ לבעלים. מוכח ג"כ כמש"כ הש"ך בסי' נ"ו דהיכא דאין לו דין שליש לא מהימן אף שיש לו מיגו דהא התם ג"כ היה להסרסור מיגו כו' בעת דמסר החפץ להלוקח:

ועכשיו שנתבאר דברי הש"ך בסי' נ"ו הנ"ל על נכון לכן אתי שפיר בפשיטות מה שכתבו הכא דכל זמן שאינו כותב הרשאה לאביו אינו נאמן להחזיק החפץ עבורו. ולפ"ז ג"כ מוכח דהיכא דשייך הפה שאסר כו' כמו מיגו דלא היה שלך מעולם דבכה"ג י"ל דא"צ להרשאה כיון דלפי מה דנתבאר א"כ עיקר הטעם ג"כ הוא משום מיגו להוציא לא אמרינן אף לפי דברי הש"ך בסי' נ"ו הנ"ל. ולכן כיון דכבר כתבנו דהיכא דשייך הפה שאסר דבזה מוציאין ממון מהמוחזק ע"כ אף לפי הטעם שכתבנו כעת לכן הדין נותן דהיכא דשייך הפה שאסר כו' בההפץ שת"י אבי החתן דנאמן להחזיקו עבור בנו ולמסור לו אף דהבן טוען שמא. אך אם הבן יודע שאלו החפצים הם שייכים לבעליו אז אין זה מקרי בשם הפה שאסר כו' וכעין מש"כ התוס' בב"ב (דף ל' ע"א) ד"ה לאו קמודית כו' בשם

הר"י על ראיות הרשב"א מהך דמפקיד אצל חבירו בשטר כו'. ואף דלא קיי"ל לדינא כן וכמש"כ הש"ך בסי' קמ"ו ס"ק י"ג ע"ש. מ"מ בשם הפה שאסר כו' אינו כמבואר בפשיטות. ומה דיש לו מיגו הא נתבאר דלא מהני. ועפ"ז יש לדון הרבה בדברי הנתיבות בסי' נ"ו ס"ק י"ח וכן בדבריו בכללי מיגו ס"ק ג' וקצרתי. וה"ה בהך דינא של הש"ך בסי' נ"ו וכן בסרסור דסי' קפ"ה הנ"ל ג"כ מהני הפה שאסר כו'. וזה ברור דאם אבי החתן טוען שהוא שליש מן פלוני למסור החפץ לבנו וודאי דנאמן אף שאין לו כעת מיגו וכמו כל דין שליש נאמן דאף במכחישין לו קיי"ל דנאמן וכמו שפסק המחבר בסי' נ"ו סעי' א' וכמו שהכריע האו"ת והנתיבות שם דלא כהש"ך שם. והכא מיירי במודה שלא השלישו בידו החפץ רק תופסו עבור בנו בזה הצריכו לכתיבת הרשאה: ענף ד:

ועכשיו נבאר לדברי הפוסקים דס"ל דכתיבת הרשאה לאבי החתן מהני לפי דהוי כמו מיגו של הבע"ד עצמו וכן לענין טענת ברי הוי טענת המורשה כמו ברי של הבע"ד עצמו. והאו"ת והנתיבות הקשו ע"ז דהא קיי"ל בכל הרשאה דשליח שוויי' כמבואר בב"ק (דף ע') א"כ אין לו תורת בע"ד רק דין שליח. והנלע"ד להסביר דברי הפוסקים דעיקר מילתא דכתיבת הרשאה הוא מתקנת חז"ל שלא יהיה יכול הלוה לומר לאו בע"ד דידי את וע"כ שוויי' לבע"ד כדי שיהיה כמו הבעלים עצמן ע"י הרשאה וכמש"כ הרמב"ן והובא בקצה"ח סי' קכ"ג ובנתיבות סי' קכ"ב ע"ש. ומצינו בשבועות (דף ל"ג ע"ב) תוס' ד"ה בבא בהרשאה כו' דאע"ג דקיי"ל שליח שוויי' ושילח ביד עבדו פטור הכא עדיף שיש לו כח להוציא ממון כמו בעלים עצמן עכ"ל. וכ"כ הרשב"א בחידושיו שם דאף דשליח שוויי' מ"מ ז"א אלא לענין שלא יהי' יכול השליח לתפוס לעצמו אבל לגבי הנתבע הוי כמו בע"ד עצמו. א"כ י"ל דמה"ט הוי ג"כ לשארי ענינים כמו בע"ד שיהיה נחשב ברי שלו ומיגו שלו כמו של הבע"ד שיהיה יכול להוציא מן הלוה. ובאמת יש להעיר במה דאמרו בשבועות שם דבא בהרשאה מחייבו קרבן בשבועת העדות אף במושבע מפי אחרים שאינו כן בשבועת בטוי. וכעין זה כתב הרמב"ם ה' שבועות פ"ז ה' ו' דע"י הרשאה הוי כמו בע"ד לענין שבועת הפקדון לחיוב קרבן ועיין בתוס' יו"ט שבועות פ"ה ה"ב. וקשה כיון דעיקר מילתא דהרשאה אינו אלא מדרבנן מצד תקנתא ואף בפקדון דלא כפרי' ג"כ כל זמן שלא הקנהו בפירוש הוי הרשאה הקנאה גרועה כמש"כ הרשב"א בחי' לשבועות שם ובב"ק (דף ע') א"כ איך מחייבינן קרבן ע"י כתיבת הרשאה בשבועת העדות ושבועת הפקדון הא הוי איסור חולין בעזרה וקיי"ל כהך מ"ד דיבמות (דף פ"ט) דבקום ועשה לא מצינן לעקור לדאורייתא. וכעין זה הקשו התוס' בגיטין (דף נ"ה ע"ב) ד"ה שלא יאמרו מזבח אוכל גזילות כו'. ומש"כ הרשב"א והריטב"א שם דמשום הפקר ב"ד כו' אתו עלה

והובא בפני יהושע שם ובשירי קרבן בירושלמי גיטין פ"ה ה' ו'. הא ז"א שייך בכתיבת הרשאה שיהא כח ביד חכמים להקנות להמורשה כ"ז שלא קנהו בדרכי הקנין וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ב' לפי שיטת כמה פוסקים דס"ל כר' יצחק דגיטין (דף ל"ו) דיליף לי' מן קרא דעזרא מן כל אשר לא יבא בעצת הזקנים כו' ע"ש. וכש"כ הכא דהא באמת לא הקנהו חז"ל להמורשה ואי תפס מפקינן מיני'. וכן ראיתי כעת להרשב"א ב"ק (דף ע') ובחי' לשבועות (דף ל"ג) דהעיר בקצרה כעין זה:

ואפשר לומר בזה כעין המבואר בנזיר (דף כ"ט) דהקשו למ"ד כדי לחנכו במצות הא קא מייתי חולין בעזרה ומשני דקסבר חולין בעזרה לאו דאורייתא ופירשו התוס' שם די"ל דההקטרה יעלם לשם עצים והדם יזרוק לשם מים. וכן פסק הרמב"ם ה' שחיטה פ"ב דחולין בעזרה לאו דאורייתא. אבל באמת דוחק לומר כן בהא דשבועת העדות וכן בשבועת הפקדון ע"י הרשאה לחיוב אשם דלא אשתמיט לחד מן הראשונים לפרש כן דיעשו כעין שכתבו התוס' בנזיר הנ"ל. והעיקר נלע"ד להוכיח מזה כשיטת המרדכי והרשב"א שהובא באו"ת סי' קכ"ג ס"ק י"ב דעיקר הטעם דכתיבת הרשאה הוא משום דהוי כמתנה ע"מ להחזיר. וכן ראיתי בחי' הרשב"א לב"ק (דף ע') שכ"כ. והא דאי תפס המורשה מפקינן מיני' זהו משום דהא מחוייב להחזיר להמרשה לקיים תנאו. אבל בעת דבא לתבוע מהחייב הוי כמו בע"ד ממש משום דהוי כמתנה וע"כ שפיר מצי לחייבו אף קרבן. ולכן ממילא הדין נותן שיהיה מועיל מיגו או ברי של המורשה כמו של הבע"ד עצמו. ואכתי תקשה לפי מה דהעלה הש"ך בסי' קכ"ג ס"ק כ"ג דהעיקר כהמחבר דהמורשה כשר להעיד ודלא כהמהרש"ל. א"כ מוכח מזה דהמורשה לא קנה להחפץ במתנה ע"מ להחזיר ג"כ דאל"כ הא הוי קרוב אצל ממונו ופסול להעיד א"כ מוכח מזה דלדינא קיי"ל דאין כאן שום קנין כלל להמורשה. אך גם מזה אין הכרח לדחות למה שכתבתי. לפי די"ל דבאמת לפי דינא דגמ' היו כותבין ההרשאה רק היכא שהוא ע"פ דרכי הקנאה כמבואר בסי' קכ"ג בשם הרמב"ם והטור וש"פ ולכן בעינן דוקא פקדון דלא כפרי' או בחוב שטר ומסר לו השט"ח וכתב קני לך כו'. ע"כ שפיר י"ל דאף היכא שלא הקנהו בפי' רק שנתן לו כן ע"פ הרשאה ג"כ קנהו בקנין במתנה ע"מ להחזיר. וממילא היה פסול המורשה להעיד אז. אבל האידנא דתקנו הגאונים להרשות אף על חוב מלוה בע"פ כמבואר שם א"כ י"ל דבאמת אף אם לא קנהו המורשה כלל אף במתנה ע"מ להחזיר ג"כ מצי לתבוע את הבע"ד ע"י הרשאה מצד תקנת הגאונים ולא יכול לומר לו לאו בע"ד דידי את. ומה"ט יכול להעיד לפי דלא הוי המורשה לבע"ד מצד קנין כיון דאין לו שום קנין כלל בהחפץ. ואפ"ה יכול להיות מורשה לתבוע משום התקנה. ולכן א"ש

הא דשבועות דאמרו דהוי המורשה נחשב לבע"ד ממש לענין חיוב קרבן משום דבזמן הגמ' דהיו כותבים הרשאה בדרך שחל בו אף קנין גמור כמש"כ הש"ך בריש סי' קכ"ג. ע"כ שפיר הוי בע"ד ממש משום דאף דלא הקנהו בפי' מ"מ קנהו במתנה ע"מ להחזיר. ומה"ט א"ש דברי הפוסקים הכא שכתבו דהבן ירשה לאביו לפי דמקנהו להמשכון שת"י בתורת הרשאה דהוי כמתנה ע"מ להחזיר וכיון דחל בו קנין כמש"כ הקצה"ח דחוב במשכון נקנה בוודאי ע"כ מה"ט מועיל מיגו וברי שלו כמו של הבע"ד עצמו:

וכן מצינו בח"מ סי' ק"ה סעיף א' בתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה אף בעשאו לשליח וכתב הרשאה. ושיטת הב"ח שם והובא בש"ך ס"ק א' דאם כתב הרשאה הוי כמו בע"ד עצמו ומהני תפיסתו אף אם חב לאחרים והש"ך חולק עליו. אכן האו"ת שם ס"ק ב' הביא לדברי הב"ח הנ"ל וכתב דכן הוא בשמ"ק. והעלה לדינא דהיכא דהוי ההרשאה על חוב שיכול לחול עליו קנין גמור אז מועיל ההרשאה להיות מועיל תפיסתו אף בחב לאחרים. אבל היכא דלא מצי לחול עליו תורת קנין רק הרשאה מכח תקנה אין לו תוקף יותר משארי שליח ולא מהני תפיסתו במקום דחב לאחרים עכ"ל האו"ת. וא"כ כמו כן יש לחלק הכא דדוקא לענין חוב שיש עליו משכון והמשכון הוא ת"י אביו דיש בו תורת הקנאה כמ"ש הקצה"ח בזה מועיל הרשאה אף דלא הקנהו בפי' ומועיל ברי ומיגו של המורשה. אך הקצה"ח כתב דבעינן דוקא שיקנהו בתורת קנין. אכן לפמש"כ הדין נותן דאף דלא הקנהו בפי' רק שנתן לו הרשאה ג"כ מועיל בזה. אך לענין שבועה להטיל על הלוה בזה הדין נותן כמש"כ האו"ת להשיג עליהם דלא מצי לחייב שבועה ע"י טענת ברי של המורשה כיון שהמלוה עצמו אין לו טענת ברי דהא בחוב בע"פ אם אין לו משכון אינו מועיל ההרשאם רק מצד תקנת הגאונים כנ"ל: ולא מבעיא לפמש"כ בשם האו"ת בסי' קכ"ג ס"ק י"ב שכתב בשם הרשב"א והמרדכי דהרשאה הוי כמו מתנה ע"מ להחזיר כנ"ל ואף אי נימא דלא הוי כמו מתנה ע"מ להחזיר מ"מ י"ל כיון דעשאוהו חז"ל להמורשה שיהיה כמו בע"ד נגד הנתבע כמש"כ הרא"ש בב"ק (דף ע') והש"ך ר"ס קכ"ג. דממילא מה"ט נאמן ע"י מיגו וברי שלו ג"כ. וזה ברור דאפטרופוס עבור יתומים ודאי נאמן לטעון טענת ברי על המשכנות שת"י אף דהיתומים אינם יודעים כלל. וכמש"כ הש"ך בסי' ר"צ ס"ק ט"ו דאפטרופס נאמן על המשכון שת"י ואף דשם מיירי בנולד הספק בהפרעון וגם מדמהו הש"ך שם בשם המרדכי לדין שליש ע"ש. מ"מ אין סברא דהיכא דיכחיש להאפטרופס דאז אין לו דין שליש כמש"כ הש"ך להכריע בסי' נ"ו. דנימא שלא יהיה נאמן דהא אם לא כן לא שבקת חיי לשום עזבון יתומים שעיקרו נעשה רק ע"פ האפטרופס. וגם הא היכא שאין לו תורת שליש אז אף

שאין ההכחשה רק בהפרעון להלוה יש ג"כ מיגו דאי בעי היה מכחישו בעיקר החוב [וזה לא מקרי מיגו להוציא כמש"כ בספרי נחל יצחק בסימן ג' בתפיסה בדרא דממונא ע"ש]. היכא דלא שייך מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דהוי האפטרופס קרוב וכיוצא בזה. ואפ"ה מהימן. ועיין בסי' ע"ב סעיף ל"ה וקצרתי. וזה ברור דאפטרופס כשר להעיד היכא דמהני עדותו בתורת עדות כמבואר בסי' ל"ז סעיף ח' ובסי' ר"א סעי' י"ב. אלמא דאף דלא הוי כמו בע"ד ממש דהא נאמן בתורת עדות ואפ"ה מהני מיגו וברי של האפטרופס כנ"ל. והטעם הוא משום דאפטרופס ידו כיד היתומים כמו לענין הרשאה בסי' ק"ה סעי' א' דאפטרופס מצי להיות תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וזהו כעין הא דח"מ סי' ר"ב סעיף ד' וקדושין (דף כ"ז). [וזהו כעין מה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ח ענף ג' בשם הירושלמי דגיזבר נחשב כבעלים ע"ש וקצרתי]. אלמא דלא אמרינן הסברא דכיון דמהימן להעיד דלא יהיה לו תורת בע"ד לענין ברי ומיגו א"כ ה"ה במורשה דאף דקיי"ל דכשר להעיד מ"מ כיון דדינו של המורשה כמו בע"ד דהוי ידו כיד בעה"ב דמצי תופס אף דחב לאחרים דה"ה דמהני מיגו וברי שלו. ולפ"ז אין דברי האו"ת מוכרחים במש"כ דמורשה כיון דכשר להעיד א"כ אין דינו כמו בע"ד לגבי זה ע"ש באו"ת. דהא מצינו באפטרופס ג"כ דכשר להעיד ואפ"ה דינו בזה כבע"ד. ואף דידעתי די"ל דאפטרופס עדיף ממורשה מ"מ הא חזינן דלא תלוי זה במה דכשר להעיד:

שוב ראיתי די"ל דלכן אפטרופס העוסק בנכסי יתומים חשוב טענותיו כמו הבע"ד עצמו די"ל דדינו כמו שומר דהוי כבע"ד על החפץ שברשותו כדמצינו בב"ק (דף ק"ח) דתבעו שומר והודה כו' ופי' רש"י דתביעתו תביעה. וכמש"כ הסמ"ע בסי' ע"ב ס"ק ס"א בשם תשובת הרא"ש דראובן תובע הפקיד והפקיד תובע לשמעון. ועיין בשבועות (דף מו) דאמר רבא אפילו שומר נשבע כו'. ובספרי נחל יצחק סימן ע"ב סעיף ל' ענף א' ובקונטרסי לביאור ספק תקנה ענף ז' הארכתי קצת בזה. א"כ אפטרופס דתובע ממון שאומר שהלוה אותם לפלוני וכה"ג ודאי יש לו דין בע"ד ממש דהא טוען שקיבלם מידו. אך אף אם לא היה העסק וההלואות מידו רק מה שהיה בחיי אביהם וכה"ג בזה ג"כ דינו כמו בע"ד עצמו אף היכא דאין לו דין שליש כיון דכבר נתבאר דגם בהרשאה הוי כמו בע"ד לגבי ברי ומיגו א"כ כ"ש באפטרופס. וראיתי בב"ח סי' ק"ה שכתב דלכן מהני תפיסה ע"י שליח בחב לאחרים אם כתב לו הרשאה משום דאלים לי' דאינו יכול לבטלו כו'. ובאמת הש"ך בסי' קכ"ב ס"ק ט' כתב דאף בכתב הרשאה והקנה לו באג"ק ג"כ יכול לבטל ע"ש. אך כיון דהאו"ת בעצמו הכריע בסי' ק"ה כהב"ח בזה ע"כ שפיר כתבתי. ועיקר הענין אם יכול לבטל שליחותו בכתב הרשאה י"ל דזה תליא במש"כ לעיל אי

הוי מילתא דהרשאה כמו מתנה ע"מ להחזיר או לא דאם נאמר דהוי האומדנא דנתן לו במתנה ע"מ להחזיר ע"כ אינו יכול לבטל שליחותו ואם נאמר דלא הוי כמו מתנה ע"מ להחזיר רק מצד דאלמוהו חז"ל בכתב הרשאה ושוי' לבע"ד א"כ י"ל דז"א אלא כ"ז דלא בטלי' לשליחותו ועשאוהו לבע"ד משום טובת משלחו אבל אם ביטלו הא יכול לומר אי אפשי בתקנת חז"ל ואכמ"ל וקצרתי. וכ"ז דלא בטלי' בפי' דינו כמו בע"ד ממש דשוויי' חז"ל לבע"ד לטובת המשלחו כדחזינן דמהני תפיסת המורשה אף לאחרים למען טובת המשלחו:

ולכן לדינא שפיר כתבו הראשונים דאם כתב הרשאה מהני תפיסתו להיות נאמן ע"י מיגו וברי שלו ואף אם יהי' ספק אם הוי כמו מתנה ע"מ להחזיר ונימא דאם לא היה במתנה ע"מ להחזיר לא הוי כמו בע"ד. עכ"ז הא כבר הכריע האו"ת בכללי תפיסה וכ"כ בספרי נחל יצחק דבספיקא דדינא מועיל תפיסה ע"י שליח. א"כ אף אם יהיה ספיקא דדינא בזה ג"כ מהני תפיסת המורשה. וכש"כ לפמש"כ בשם הב"ח והאו"ת בסי' ק"ה דע"י הרשאה מהני תפיסתו אף בחב לאחרים. א"כ אף דהוי חב להלוה בנ"ד ג"כ מהני תפיסתו וכש"כ הכא דטוען ברי. ולכן אין להזניח דברי הפוסקים בזה. וכן משמע מן הנו"ב במ"ת סי' מ"ג ד"ה העולה מזה שהשיג על הש"ך במה דכתב דבמוסר המשכון לאביו ג"כ מהני ע"ז השיג דהא מספיקא אינו רשאי למסור המשכון לאחר כיון שאינו יודע בברי. אבל היכא שאבי החתן מוחזק מכבר בזה ס"ל דמהני הרשאה. ולא חש לקושיות האו"ת דקיי"ל שליח שוויי'. ע"כ לדינא אין להוציא ממנו משום דמהני תפיסתו ע"י מיגו וברי של אבי החתן עבור בנו אם כתב לו הרשאה. ועדיין יש להעיר ע"ז מכתובות (דף ע"ו ע"א) רב אשי אמר רישא מנה לאבא בידך סיפא מנה לי כו' ובתוס' שם ד"ה רישא מנה לאבא כו' שכתבו מתחלה לפרש סברתו דה"ל כמו ברי של אחר ע"כ כיון דהאב טוען שמא אינו יכול להוציא הממון ע"י ברי של בתו. וכן כתבו שם הר"נ והרשב"א והריטב"א והשמ"ק דהעיקר כפירוש זה. ואי נימא דע"י כתיבת הרשאה הוי כמו ברי של בע"ד בעצמו. א"כ תקשה דאמאי אמרו שם האב צריך להביא ראיה כו' הא בידו לכתוב הרשאה לבתו דאומרת ברי לי דהמומין נולדו אחר האירוסין וגם אפשר לדון דיכול האב לכוף לבתו דתשתדל לגבות ע"י הרשאה לפי דהא יכול האב לכוף לבתו למעשה ידיה שהם של האב. ואפשר לומר דזה הוי כמו אנסוהו לקנות דלא מהני כמ"ש הקצה"ח כעין זה בסי' ט' ובספרי נחל יצחק שם. אך דתקשה דהא בידו של האב לבקש כן מבתו שתגבה ע"י הרשאה ומסתמא תתרצה. כיון דאומרת ברי. ואפשר לומר דהא במקום שאין כותבין כתובה לא מצי האב לגבות ע"י מה שמרשה לבתו דהא

מדינא דגמ' לא מהני הרשאה היכא דליתא בקנין גמור לשיטת הרמב"ם כמבואר בסי' קכ"ג וע"כ אין כותבין הרשאה רק במלוה בשטר וכתב קני כו' ומסר השטר כמבואר בסי' קכ"ג אבל במלוה בע"פ לא מהני הרשאה. א"כ במקום שאין כותבין כתובה דהוי כמו מלוה בע"פ לגבי קנין להקנות לאחרים דליתי' במסירה ע"כ נקטו במשנה דצריך האב להביא ראיה דזהו מילתא פסיקתא אף במקום שאין כותבין כתובה. וכן מצינו בכתובות (ד' טז) דמוקי ר"פ למתניתין דשם דבמקום שאין כותבין כתובה עסקינן. וגם י"ל דגם זה הוא בכלל מה דאמרו דהאב צריך להביא ראיה כו' דאם יתן הרשאה לבתו שתגבה מהבעל ותטעון ברי לי כו' ואז תהיה נאמנת משום ברי וחזקת הגוף דהוי הוכחה גדולה להוציא עפ"ז מן המוחזק א"כ גם זה מקרי בשם ראיה דאמרו דצריך להביא ראיה היינו שישתדל האב וליתן הרשאה ולבקש מן בתו שתשתדל בזה. ולכן אין מזה ראיה כלל לדחות לדברי הראשונים הנ"ל. וכן הא דב"ב (דף קל"ה) זה אחי אינו נאמן ואמר אביי דה"ל כמנה לאחר בידך. ג"כ יש לומר דאם כותב לו הרשאה מהני רק דמיירי דאין אחיו רוצה להשתדל בזה:

ענף ה:

ועוד הקשה האו"ת דאיך מהני הרשאה בזה דהא צריך לישבע שבועת המשכון א"כ לא מהני שבועת המורשה דדוקא שבועת הבע"ד דהוי שבועת הפקדון בזה הימנוהו אבל שבועת המורשה דאין לו חלק בו רק נשבע דהאמת הוא דראובן חייב לשמעון ה"ז בגדר שבועת שוא לא ביטוי ולא פקדון וכבר אמרו בשבועות (דף ל"ז) חמורה שבועת הפקדון משבועת עדות ע"ש ומכ"ש משבועת שוא דלית בי' קרבן כלל וא"כ איך נאמין מחומרא לקולא דמה דתקנו כו' הוא כשנשבע לשקר עובר בשבועת הפקדון וקרבן על שבועתו וא"כ זה המורשה שבועה אין כאן רק שבועת שוא ואין חייב קרבן על שבועת שוא ואיך נימא מקולא לחומרא ולכן דין זה צ"ע כו' עכ"ל האו"ת:

והנה מש"כ דזהו בגדר שבועת שוא דלית בי' קרבן כלל תמהני עליו דהא שבועת שוא הוא נשבע לשנות את הידוע כמבואר בשבועות (דף כ"ט) בזה אמרו שם דלית בי' קרבן. אבל שבועה אכלתי ולא אכלתי חייב קרבן כמבואר בשבועות (דף כ"א) וברמב"ם פ"א ה' שבועות ופ"ג ועיין בתוס' יו"ט פ"ד אבות משנה ז'. א"כ ה"ה שבועת המורשה שראובן חייב לשמעון זה לא הוי שבועת שוא דהא אין זה לשנות הידוע אלא זהו בגדר שבועת ביטוי דחייב קרבן עולה ויורד. אך דאכתי תקשה דהא אמרו שם דחמורה שבועת הפקדון דמייתי אשם בכסף שקלים משבועת העדות דמייתי חטאת בת דנקא. א"כ ה"ה מה"ט חמורה שבועת הפקדון משבועת ביטוי ושפיר הקשה האו"ת. רק במש"כ דזהו

בגדר שבועת שוא דבריו תמוהים. ואף די"ל דחמורה שבועת ביטוי דיש בה מלקות על המזיד משא"כ שבועת הפקדון דאין בה מלקות על המזיד. ודוקא גבי שבועת העדות דאין בו מלקות על המזיד אמרו דחמורה שבועת הפקדון משבועת העדות. מ"מ הא זה דאין מלקין בשבועת הפקדון הוי זה איבעיא דלא אפשיטא בשבועות (דף ל"ז) וכמש"כ הלח"מ פ"ז ה' שבועות ה"ח. לכן י"ל דהוי חומרא בשבועת הפקדון משבועת ביטוי. כן הוא כוונת האו"ת בקושייתו. ועיין בסוגיא שבועות שם דיש סברא דחמורה קרבן ממלקות וקצרתי:

אך בעיקר דבריו שכתב דשבועת המורשה לא הוי שבועת הפקדון.

לענ"ד נראה דאם החפץ הוא ת"י המורשה וחבירו תובע ממנו החפץ וטוען הלא דבריך הם בשקר וממילא החיוב עליך להחזיר לי החפץ שת"י ולכן כשנשבע דהאמת עם ראובן ע"כ מקרי זה ג"כ שבועת הפקדון כמו כל שבועת הפקדון דהוא על כפירת ממון שאם יודה יתחייב להחזיר ולשלם לו וכמש"כ הרמב"ם פ"ז ה' שבועות ה' א' דמה שאם יודה יתחייב לשלם וכופר ונשבע ה"ז שבועת הפקדון. ולכן כיון דעיקר דין מה דאמרו דהמורשה נאמן הוא כשהחפץ ת"י דאם אינו ת"י לא שייך להאמינו כמש"כ הקצה"ח וכיון דהוא ת"י המורשה א"כ ממילא הוי זה בכלל כפירת ממון דאם יודה חייב להחזיר החפץ שת"י להתובע והוי בשם שבועת הפקדון ג"כ. ועיקר קושייתו בלא"ה אינו קשה דהא הך שבועת המשכון הוא מצד תקנה דמן הדין א"צ שבועה. וה"ל כמו דקיי"ל בסי' צ"ב ש"ך ס"ק י"ד דשבועה דהוי רק מצד התקנה כיון דמן הדין א"צ שבועה ע"כ השבועה אינו מעכב הפרעון היכא דאינו יכול לישבע וכה"ג כתב הש"ך בסי' מ"ז ס"ק ד' ע"ש. ובאמת כן הדבר מוכח ממה דיורשים נשבעים שבועה שלא פקדנו ונוטלים הן במלוה בשטר והן במלוה על המשכון שת"י כמבואר בסי' ע"ב סעי' י"ז ש"ך ס"ק ע"ב. הרי דאין השבועה מעכבת הפרעון דהא היורשים אינם נשבעים בבירור על עצם הענין רק שלא פקדנו כו'. ואף דיש לחלק ביניהם עכ"ז הדבר מוכרע כן מן חשוד דאפיק שטרא כנ"ל כדקיי"ל לדינא. ואף להחולקים שם מ"מ י"ל דז"א אלא בבאים להוציא אבל היכא דאינם מוציאין מרשות החייב שאני ויש להאריך בזה. ואף אם יהי' ספיקא דדינא בהך דסי' צ"ב הנ"ל וכמש"כ האו"ת שם דאין הכרעת הש"ך מכרעת ע"ש. עכ"ז הא אף במקום דהוי ספיקא דדינא מהני תפיסת המורשה כמש"כ לעיל. וע"כ ברור דשבועת המורשה אף דלא יהי' רק כמו שליח ג"כ מועיל שבועתו על המשכון שת"י כיון דהבע"ד עצמו אינו יודע האמת ואינו יכול לישבע ע"כ שבועתו אינו מעכב הפרעון. וכעין זה כתב הקצה"ח

בסי' נ"ט ס"ק א' גבי מלוה שטוען על השטר שאינו יודע דמטעם שאינו נשבע אין זה מעכב הפרעון ע"ש. ולכן אין מקום לקושיות האו"ת לדחות לדברי הראשונים הנ"ל:

ענף ו:

ועתה נשובה לבאר הדין שכתב האו"ת במי שיש לו שט"ח על אחר שיש בו ספיקא דדינא ומכרו לאחר שיש בידו מעות של הלוה דמהני מכירתו שיהי' יכול לטעון קים לי ולהחזיק המעות בידו. והחוות יאיר בסי' ר"ל כתב בפשיטות דלא מהני מכירתו והשבות יעקב סי' קנ"ז חולק על החוות יאיר וכן הסכים הנתיבות וכתב בראובן שיש לו שט"ח על שמעון וא"י אם נפרע ולוי יודע שאינו פרוע ומוחזק במעות של שמעון שיכול ראובן למכור לו השט"ח כו' כיון שכבר קנה השט"ח כו' עכ"ל הנתיבות. ובאמת לפ"ז הסברא נותנת דאף אם אין לוי מוחזק במעות של שמעון דג"כ מהני מכירתו כיון דטוען ברי א"כ הוי בעה"ש ונאמן על שטרו שת"י. וכן נראה מן המשובב נתיבות וכן כתב הקצה"ח ובמשובב נתיבות גבי משכון שטוען שמא דיכול להקנותו לאחר הטוען ברי אם המשכון כבר הוא ת"י האחר דאז אין דינו כמזיק ע"ש:

אכן לענ"ד נראה דהנכון עם החוות יאיר שכתב דאין ממש בהקנאתו להשט"ח כיון שטוען שמא א"כ ה"ל ממון שאינו יכול להוציא בדיינים דמבואר בב"מ (דף ז') דממון שא"י להוציאו בדיינים אינו יכול להקדישו ולמוכרו כמבואר בסי' שנ"ד אף בקרקע א"כ ה"ה הכא כיון דהמלוה טוען שמא ואינו בידו להוציא בדיינים מן הלוה אינו יכול להקנותו לאחר ולא קנהו הלוקח. ולא מבעיא היכא דהלוקח אינו תפוס במעות של הלוה אף דטוען ברי ג"כ אינו בהקנאה משום ממון שא"י להוציא בדיינים ואף היכא דהלוקח תפוס במעות או חפץ של הלוה ג"כ אינו במכירה מטעם הנ"ל. ואף לפמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט דלהגזלן עצמו מהני הקנאתו אף אם א"י להוציאו בדיינים היינו אם מקנהו לגוף החפץ השייך לו אבל הכא כיון דעיקר מילתא במכירת שט"ח או משכון הוא משום דע"י השט"ח או המשכון קנה הלוקח לגוף החוב שיש לו על הלוה וכיון דגוף החוב אינו במכירה לפי דהוי א"י להוציאו בדיינים א"כ ממילא לא קנהו הלוקח להשט"ח או להמשכון. ולפ"ז יש להעיר ג"כ במה שכתב המהרש"ל דחוב שיש להמלוה על המשכון שת"י דטוען שמא דאם הקנהו בהרשאה לאבי החתן הטוען ברי דיכול אביו להחזיק המשכון ת"י. דאף לפמש"כ דהרשאה הוי כמו קנין גבי זה. אבל הא אף הקנאה גמורה לא מהני בכה"ג כיון דהוי א"י להוציאו בדיינים:

ובאמת יש להעיר כן בבכורות (דף מ"ט) במה דמקשה הגמ' כהן א' ליזיל לגבי האי ולידחיי' כו' ומוקי בבא בהרשאה. וכן בב"ב (דף קכ"ז) שתי נשים שילדו שני זכרים

במחבואה כותבין הרשאה זל"ז ועיין בתוס' שם שכתבו דזהו מכח שליחות דקיי"ל שליח שוויי'. ומצינו בנזיר (דף י"ב) דכי משוי שליח במלתא דמצי עביד המשלח כו' ועיין בתוס' שם ובנדרים (דף ע"ב ע"ב) במה דמקשה הגמ' והא לא שמע לי' בפי' הר"נ והרא"ש. ותקשה הכא כיון דאיהו לא מצי עביד להוציא מן החייב מחמת שיכול לדחותו א"כ מה"ט לא יהא מצי משווי שליח להוציא ממון מן החייב. אך לשיטת המחבר בסי' קכ"ג סעי' י"ד דיכולים לשלוח הרשאה ביד מי שאינו בתורת שליחות ע"ש. ע"כ י"ל דמה"ט לא בעינן בדיני הרשאה הך פרט דבעינן בשליחות דיהא מצי עביד המשלח משום דלא בעינן בזה הפרטים דבעינן היכא דמשוי שליח. אבל לשיטת המהרש"ל דהובא בש"ך שם ס"ק ל' דאין הרשאה מועלת היכא דאינו בתורת שליחות וכ"כ בשם המהרשד"ם א"כ לפ"ז תקשה כנ"ל. וי"ל בזה ע"פ הא דיבמות (דף צ"ט) בכהנת שנתערב וולדה בוולד שפחתה דאין נותנים להם קדשים ואין מוציאין שלהם מידיהם ופי' רש"י אם היו חייבים עולה וחטאת אין כופין אותם לתת לאנשי משמר. והקשה דהא אי' בב"ק (דף ק"י) דהיכא דלא מצי עביד עבודה לא מצי משווי שליח. והתוס' שם ד"ה אין מוציאין כו' כתבו בשם הר"י לתרץ קושיות רש"י דשא"ה דאם יבא אלי' ויאמר שהוא כהן הוי ראוי לעבוד עבודה ע"כ מצי משווי שליח כו'. וכעין סברת התוס' הנ"ל מצינו ביבמות (דף מ"א) ובגיטין (דף מ"ב) ובמק"א הארכתי בזה. ודברי רש"י והתוס' הנ"ל הובא במל"מ פ"ט ה' אישות הל' ו' בד"ה ודע כו'. א"כ לדברי התוס' הנ"ל א"ש הכא בהרשאה דאף דאיהו בעצמו אינו יכול להוציא מן החייב עכ"ז מקרי זה בשם מצי עביד אם יבא אלי' ויאמר שזהו שלו כיון דמה דלא מצי עביד אינו רק משום ספיקא. ולשיטת רש"י דס"ל דזהו מקרי לא מצי עביד עכ"פ. באמת מוכח מזה כשיטת המחבר והראשונים דס"ל דהרשאה מועלת אף ע"י מי שאינו בתורת שליחות כנ"ל:

אך אכתי תקשה לפי מה דמשמע בתוס' ב"ב (דף קכ"ז) ד"ה מדדרש רבא כו' דאם יש לבכור קודם חלוקה היה מועיל התם בשתי נשים שילדו במחבואה הרשאה בתורת קנין. וקשה הא הוי ממון שא"י הבכור האמיתי להוציאו בדיינין ע"כ לא יהי' מועיל הקנאתו בתורת קנין ואף דע"י הקנאתו לאחר יוציא האחר בדיינים אבל עכ"פ המקנה בעצמו א"י להוציאו לעצמו. וכן תקשה במש"כ התוס' בכורות (דף מ"ט) ד"ה ה"מ היכא דכפרי' ובשבועות (דף ל"ג) תוס' ד"ה היכא דלא כפרי' שכתבו דהתם לא שייך פקדון. אבל היכא דשייך פקדון הי' מועיל תורת הקנאה. ואם פודין בקרקע א"ש כמש"כ התוס' שם. וכ"כ התוס' בב"ק (דף ע') ד"ה אמטלטלי דכפרי' כו' בסה"ד. ותקשה הא הוי ממון שא"י להוציאו בדיינין כ"א בפ"ע ואף בקרקע לא מהני. ובזה לא שייך לומר כמש"כ לעיל דלכן

מהני הרשאה בתורת שליחות ולא אמרינן בזה מידי דלא מצי עביד המשלח כו'. משום הסברא דאם יבא אלי' ויאמר כו'. דז"א שייך אלא בענין שליחות או בהך דגיטין (דף מ"ב) דמה"ט קנין כספו קרינן בי'. אבל לא שיהא נקרא מה"ט ממון שיכול להוציאו בדיינין. דאל"כ תקשה בהאי מסותא דב"מ (דף ז') דאמרו דמשום דהוי ממון שא"י להוציאו בדיינין אינו חל הקדישו ומשמע דהמקדיש עצמו מותר ליהנות מהמסותא ואינו עובר על איסור מעילה. ולא אמרינן אילו יבא אלי' ויאמר דהוי דידי' דיהי' משום זה ממון שיכול להוציא בדיינים. וע"כ מוכח דכיון שאין לו עדים שיעידו בב"ד דמקרי משום זה ממון שאין יכול להוציאו בדיינים. ומה"ט במכר לממון שא"י להוציאו בדיינים דאף אם בא דבר הנמכר לאח"ז ליד המוכר הנגזל מ"מ אין המוכר חייב להעמיד מקחו ליד הלוקח. אף דהמוכר בעצמו נאמן על שלו מ"מ כיון דהיה ממון שא"י להוציאו כו' אינו חל מכירתו אף דהאמת אתו דהא הך כללא דא"י להוציאו כו' אינו משום דלא מהימנינן לי' רק משום דעי"ז הוי כמו דאינו ברשותו אף בקרקע. וכן תקשה בכתיבת הרשאה זל"ז דבכורות וב"ב הנ"ל לשיטת רש"י דיבמות (דף צ"ט) דס"ל דהיכא דלא מצי עביד המשלח אף משום דהוי ספק דג"כ אמרינן בזה הכלל דמידי דלא מצי עביד לא משווי שליח. ומש"כ לעיל דלשיטת רש"י הנ"ל נימא כשיטת הראשונים בח"מ סי' קכ"ג דיכולים לשלוח הרשאה ע"י מי שאינו בתורת שליחות כו'. דז"א דהא עיקר הטעם של הראשונים נ"ל דהוא משום דהרשאה בתורת קצת קנין הוא לא מבעיא לפמש"כ לעיל בשם האו"ת סי' קכ"ג ס"ק י"ב שכתב בשם הרשב"א והמרדכי דכל כתיבת הרשאה ה"ל כמתנה ע"מ להחזיר. ואף לפי מש"כ דחז"ל אלמוהו לכח הרשאה דיהי' הקנאה גרועה עכ"פ דיהיה יד המורשה כיד הבעלים לטובת המרשהו אבל לא עדיפא זה מן קנין גמור א"כ כיון דקנין גמור לא מהני היכא שא"י להוציאו בדיינים כש"כ דקנין גרוע דהרשאה לא מהני בזה. ולכן אף דס"ל דלא בעינן תורת שליחות בהרשאה מטעם דהוי כעין קנין. אבל היכא דא"י להוציאו בדיינין לא תהא מועיל הרשאה ותקשה כ"ז. אך ז"א דהא כותבין הרשאה אף על מלוה בע"פ דליתא בקנין ועיקר קושייתי הוא רק על הא דב"ב ובכורות הנ"ל דמיירי בהקנאה: ענף ז:

ויש לי כמה דרכים בזה אך העיקר כמש"כ לתרץ זה בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט ענף ב' דכיון דהוי ביד המרשה והמורשה לבא ביחד לתבוע מן החייב דאז יהיה מחוייב בב"ד ויש להם יכולת להוציא בדיינים ממנו. ע"כ מקרי זה בשם ממון שיכול להוציאו בדיינים לענין שיהיה לחול מכירתו להשני אף בתורת קנין גמור כמו שהארכתי שם בכ"ז. א"כ ז"א מספיק רק התם דיש ביד שניהם לבא ביחד לתבוע ממנו וכמש"כ התוס'

בבכורות (דף מ"ט) ד"ה ה"מ היכא דכפרי' כו' בסה"ד. ובש"ך יו"ד סי' ש"ה ס"ק ל"ה בשם המע"מ. ע"כ מקרי זה בשם ממון שיכול להוציאו בדיינים דחל בו קנין גמור ג"כ. ורק לגבי מעמד שלשתן כתבו התוס' בב"ק (דף ע') ד"ה אמטלטלי דכפרי' כו' ובכורות (דף מ"ט) דיש מקום להסתפק כיון דאינו יכול להוציא מידו לא תקנו בזה מעמ"ג כמו דלא תקנו בכתובה. אבל לעולם מקרי זה בשם ממון שיכול להוציאו כו'. אבל הכא בנ"ד שהמוכר השט"ח טוען שמא על שטרו א"כ קודם שמכר השט"ח אין לו שום עצה וטצדקי כלל לגבות הממון מן הלוה אף שיבואו ביחד לגבות ממנו אינו מחוייב הלוה א"כ ה"ל ממון שא"י להוציאו בדיינים מקודם מכירתו להשט"ח וע"כ אינו חל הקנאת השט"ח כלל. ובהא דב"ב ובכורות שפיר יכולין להקנות זל"ז בדרכי הקנין משום דהיה בידם טצדקי להוציא הממון להם אף מקודם הקנאתם זל"ז שיש בידם יכולת לבוא ביחד לפני הב"ד כנ"ל. ואף שאין זה ביד א' עכ"ז הא כתבתי בספרי שם דענין יכול להוציאו בדיינים ג"כ אין זה מקרי בידו כ"כ משום דהא י"ל בזה מי יימר דמזדקקי לי' ב"ד אף דמצווים הב"ד ע"ז וכמבואר בתוס' סוטה (דף כ"ה) ע"פ הגמ' דקידושין (דף ס"ב). וגם אף היכא דצריך להביא העדים להב"ד א"כ איכא ג"כ מי יימר דמסהדי אף דמצווים להעיד הא אף הב"ד מצווים לשפוט ואפ"ה אמרו מי יימר כו' א"כ איכא תרי מי יימר כו' א' מי יימר דמזדקקי ב"ד וב' מי יימר דמזדקקי העדים להעיד. ואפ"ה אמרו בסוף סי' שנ"ד דאם יש עדים להנגזל מקרי ממון שיכול להוציאו בדיינים. משום דכיון דיש איזה טצדקי ביד הנגזל להוציא הגזילה מקרי זה ממון שיכול להוציאו בדיינין אף שאין בידו כ"כ. משום דלשון יכול ולשון בידו הם שני ענינים נפרדים כמש"כ שם בספרי. וה"ה הך עצה וטצדקי לבוא ביחד לפני הב"ד אף דאין ביד א' רק צריך לדעת חבירו ג"כ מקרי ממון שיכול להוציאו כו' ובפרט כי שניהם רוצים בזה. וזהו טובתם וכעין מש"כ התוס' בקידושין (דף מ"ג) ד"ה והשתא דתקון רבנן כו' דהיכא שזהו טובתם אמרינן ג"כ מיגו בשנים. והובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק קנ"ח ובכללי מיגו אות ך':

אבל במכר שט"ח דהמלוה טוען שמא א"כ אין ביד המוכר והלוקח להוציא מן הלוה אף שיבואו ביחד לתבוע. כ"ז שלא קנהו בדרכי הקניי' א"כ מקרי גבי המוכר ממון שא"י להוציאו בדיינים מקודם המכירה. וע"כ הדין נותן דלא חל המכירה. ואין לומר דכיון דלאחר המכירה יהיה ביד הלוקח יכולת להוציא הממון מן הלוה כיון שטוען ברי לי דהלוה חייב ע"כ ממילא חל המכירה דאף דלגבי המוכר מקרי ממון שא"י להוציאו בדיינים ואין לו שום טצדקי להוציא ממנו עכ"ז כיון דלגבי הלוקח לאחר הקניי' יהיה מקרי ממון שיכול להוציא בדיינים ע"כ אזלינן בזה בתר הלוקח. דזה אינו דהא חזינן

דשיטת השארית יוסף בהא דגזל דאף להגזלן עצמו לא מצי הנגזל להקנות משום דהוי דבר שאינו ברשותו של הנגזל והובא בב"ש סי' כ"ח ס"ק ט"ז. ומה שהוכיח המקנה שם להיפך מהא דקידשה בגזל דידה ואמרה הן או שדיך דמקודשת מטעם דנתנה במתנה להגזלן אלמא דהנגזל יכול להקנות לגזלן ע"ש. כבר השיג עליו הגאון מליסא בספרו קהלת יעקב לאה"ע סי' כ"ח סעי' ה' והעלה דבלשון מחילה יכול למחול הגזילה להגזלן אבל דרך הקנאה אינו יכול כיון דהוי אינו ברשותו של הנגזל המקנה ואזלינן בתר דידיה ע"ש. הרי דבהך מילתא דאמרו דאינו יכול להקנות לדבר שאינו ברשותו דאזלינן בתר המקנה. א"כ ה"ה במה דאמרו דאם א"י להוציאו בדיינים לא מצי להקנות אף בקרקע. גם בזה הסברא נותנת למיזל בתר כח המקנה דכיון דאיהו אינו יכול להוציאו בדיינים. ע"כ אינו יכול למכור השט"ח לאחר אף שיהיה בכחו להוציא בדיינים מחמת שאומר ברי דהלוה חייב. משום דניזל בתר המקנה. וע"כ אינו עדיף מן קרקע דא"י למכור אם א"י להוציא בדיינים. ואף לפי מש"כ בחידושי בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט דהנגזל יכול למכור החפץ להגזלן. עכ"ז אין הכרח מזה להוכיח דאזלינן בתר הקונה די"ל דשא"ה דכיון דהלוקח תפוס בהחפץ ע"כ חל המכירה. אבל במוכר שט"ח דעיקר המכירה הוא להחוב שיש לו על האחר ואינו ברשות הקונה ג"כ. כמו דאמרו בלשון קני לך איהו וכל שיעבודיה כו' גבי מכירת שט"ח. ע"כ י"ל דאזלינן בתר המקנה וכסברת השארית יוסף הנ"ל:

והנה הא דכתובות (דף צ"ה) הנהו תרי שטרי כו' מאי תקנתי' נכתבו הרשאה להדדי. אין זה שייך לענין ממון שא"י להוציאו בדיינים כמש"כ. לפי דהא מוכר לו החוב שיש לו על הלוה הן לפי' הטוש"ע בסי' מ"ג סעי' כ"ג דמיירי בשטרי הלואה כמש"כ הרמב"ם. והן לפירש רש"י דפירש דמיירי בשטרי מכר דמוכר לו לחוב אחריות שיש לו על המוכר וכיון דקונה להחוב שעל המוכר והלוה וזהו מקרי ממון שיכול להוציאו בדיינים ע"כ ממילא יכול לגבות מהלקוחות וזה פשוט. וכש"כ לפמש"כ בהא דב"ב ובכורות. ומש"כ הטור ח"מ סי' ר' סעי' ח' בשם הרמ"ה גבי ספיקא דדינא בכלי של לוקח ברשות מוכר כו' דכתבי הרשאה זל"ז. ג"כ י"ל כמש"כ לעיל בהא דב"ב ובכורות. וכש"כ האידנא לאחר תקנת הגאונים דכותבין הרשאה אף על מלוה בע"פ דליתא בהקנאה כלל כמבואר בסי' קכ"ג בוודאי א"ש: ולכאורה י"ל בכ"ז דעיקר מילתא דא"י להוציאו בדיינים דא"י למכור זהו בדבר שאינו ברשותו היינו בגזילה ואף בקרקע דאינה נגזלת והארץ לעולם עומדת. עכ"ז היכא דא"י להוציאו בדיינים מקרי עי"ז לאינו ברשותו וא"י למכור אם היא ת"י הגזלן כמבואר בח"מ סי' שנ"ד וביו"ד סי' רנ"ח וברמב"ם פ"ו ה' ערכין ה' כ"ג. אבל

היכא דאינו ת"י הגזלן רק מונח ברשות א' שמסתפק למי יחזיר דינו כמו פקדון דהוי ברשות הבעלים ויכול להקנותו לאחר וכמו שכתב הנתיבות בסי' מ"ט ס"ק י"ז דאף אבידה מקרי ברשותו גבי זה. וכיון דמקרי ברשותו ע"כ אף אם א"י להוציאו בדיינים ג"כ איתא במכירה לאחר. ולכן בהא דבכורות (דף מ"ט) שכתבו התוס' בב"ק (דף ע') דמיירי דלא נתנו לו ע"מ להוציא ודינו כפקדון. וכ"כ הרשב"א בשבועות (דף ל"ג) ובב"ק שם. ומוכח דזה מקרי דהוי ברשותו וכסברת הנתיבות הנ"ל. ואף שכתב הקצה"ח בסי' שנ"ד ס"ק ד' בשם התוס' דב"ק דהיכא דטועה התופס להחפץ וסובר דע"פ דין הוא שלו דאינו יכול בעל החפץ להקנותו דמקרי דבר שאינו ברשותו ויש חולקים בזה ע"ש. ז"א רק היכא דטועה וסובר דהחפץ שייך לו. אבל היכא דיודע דהחפץ אינו שלו רק דמסתפק לאיזה איש מן התובעים שייך החפץ זה מקרי כמו פקדון והוי דבר שברשותו כדמוכח מהא דבכורות (דף מ"ט) דאמרו דבלא כפרי' כתבינן דזהו כפקדון ממש כמש"כ התוס' והרשב"א. ע"כ בכה"ג אף אם א"י להוציאו בדיינים ישנו בהקנאה. וא"ש הא דבכורות וב"ב (דף קכ"ז) הנ"ל דכיון דמקרי בשם דבר ברשותו ע"כ אף אם א"י להוציאו בדיינים ג"כ איתא בהקנאה כיון דאינו ת"י גזלן. ויש לי להאריך בכ"ז הרבה אך לפי דבאמת לא נראה לי לומר כן דהא בהך מסותא דב"מ (דף ז') דלא הוי ת"י גזלן ולא היה שום א' מהם מוחזק בה ולכן היה הדין התם כל דאלים גבר כמש"כ התוס' בב"מ (דף ו') ד"ה והא הכא דכי תקפה כו'. א"כ זהו עדיף מן אבידה שכתב הנתיבות בסי' מ"ט בשם הרמב"ן דמקרי דבר ברשותו גבי זה כנ"ל. דהא אבידה אינו ידוע מקומה כלל ואלו התם במסותא הא קיימא לפנינו ובפרט בקרקע דעומדת ברשות בעליה. ולא קיימא ת"י גזלן ואפ"ה אמרו בזה הכלל דכל שא"י להוציא בדיינים אינו יכול להקדישה. ע"כ העיקר כמש"כ לעיל דהטעם הוא בהא דב"ב ובכורות משום דבידם לתבוע ביחד כו'. ועיין בנתיבות סי' ע"ו ס"ק ד' וקצרתי:

ענף ח:

נחזור לענינינו דיהיה איך שיהיה בהא דב"ב ובכורות. אבל במוכר שט"ח דהמלוה טוען שמא דהוי ממון שא"י להוציא בדיינים כנ"ל. אך אפשר לומר דכיון דכל חוב הוי דבר שאינו ברשותו כמש"כ התוס' בב"ב (ד' ע"ז) ובכ"ד. ואפ"ה יכול למכור שט"ח הן לפי שיטת הפוסקים דס"ל מכירת שטרות מדרבנן והן לפי שיטת הסוברים מכירת שטרות מה"ת מאיזה ילפותא כמבואר הכל בתוס' בכ"ד ובשארי ראשונים. אבל עכ"פ זה ברור דזה מקרי אינו ברשותו ואפ"ה חזינן דאם מכר השטר חל המכירה אף דהוי אינו ברשותו. א"כ מה"ט אף היכא דהוי גוף השט"ח לגבי המלוה המוכר השט"ח בשם ממון שא"י

להוציאו בדיינים ג"כ מועיל מכירתו אם מסר השט"ח לאחר. דהא עיקר מילתא דא"י להוציאו בדיינים דא"י למכור זהו משום דעי"ז הוי זה נחשב לדבר שאינו ברשותו אף בקרקע. אבל בשט"ח דנמכר הן מתקנת חז"ל והן מגזה"כ מה"ת אף דהוי אינו ברשותו א"כ מה"ט נמכר השט"ח אף אם הוי ממון שא"י להוציאו בדיינים. וראיה לזה מהא דחזינן דהאשה מוכרת כתובתה בטובת הנאה אף דעיקר החוב כתובה הוא בתנאי אם תתאלמן ותתגרש. ומש"כ הפני יהושע בב"ק (דף פ"ט) ד"ה ולטעמיך נהי כו' ובד"ה ותיזבין כתובתה בטובת הנאה כו' דע"פ דין אינה יכולה למכור הכתובה בחיי הבעל לפי דהוי כמו דשלב"ל כיון דאין בידה לגרש א"ע כמבואר כה"ג בכתובות (דף נ"ט). רק במשכון או בשבועה דלא תחזור ע"ש. באמת אינו כן כדמוכח מכמה סוגיות ומכל הפוסקים ואכמ"ל:

ונראה לדון כיון דמוכרת הכתובה בחיי הבעל ע"מ שאם תתאלמן ותתגרש. דזה מקרי ממון שאינו יכול להוציא בדיינים בעת המכירה בחיי הבעל דהא אז לא היתה יכולה להוציא ממנו בדיינים בחיי הבעל ואפ"ה חזינן דאף בחיי הבעל מועיל מכירת הכתובה בכו"מ. רק במעמד שלשתן אינה יכולה למכור בחייו כמש"כ התוס' והרא"ש וש"פ והובא בש"ך סי' קכ"ו ס"ק א' משום דלא תקנו מעמ"ג בכתובה דאפשר שלא תבא לידי גבייי לעולם. הרי דתקנו מכירת שטרות בכו"מ אף היכא שא"י להוציאו בדיינים. או מה"ת לשיטת כמה פוסקים. ואפשר מדברי קבלה כמש"כ האו"ת בסי' ס"ו ס"ק א' ע"ש. א"כ לפ"ז יהיה מוכח דה"ה בנ"ד דאף דהמלוה טוען שמא ג"כ מועיל מכירתו דאף דהוי גבי דהמלוה ממון שא"י להוציא בדיינין עכ"ז מהני מכירת השטר דבשטרות לא איכפת לן בזה. כן היה נראה לדון לכאורה. [ובמכירת שט"ח בתו"ז שאני דהא מחוסר זמן שאני וכמש"כ המל"מ פ"ד ה"א ה' ז' דהא ידוע דבכלות הזמן יהיה יכול להוציא בדיינין ועיין במהרי"ק סי' פ"ט ובשער המלך ה' מכירה ה"ט]:

אבל באמת כ"ז אינו דהא מבואר בסי' רמ"ח סעי' 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. הרי דאף בעת שנתן שמעון ללוי לא נתברר אז דהשדה שייך לשמעון לפי דלא היה ידוע אז שיעבור לוי על התנאי. א"כ היה אז לגבי שמעון ממון שא"י להוציאו בדיינים מ"מ כיון דלאחר דעבר לוי על התנאי ונתברר למפרע שהשדה שייך לשמעון ע"כ חל מתנת שמעון משום דבאמת גם בכה"ג מקרי ממון שיכול להוציא בדיינים לפי דידוע לנו אז בעת שנתן שמעון במתנה ללוי שיש לו זכות בהשדה לאחר שיעבור לוי על

התנאי. והזכות שיש לו זה מקרי ממון שיכול להוציא בדיינים דהא ידוע וברור לנו זכותו. וכן מבואר בח"מ סי' רי"א סעי' ז' ברמ"א ראובן לוה משמעון ועשה לו שטר מכירה על שדהו כו' שאם לא יפרענו לזמן יתן השטר לשמעון וקודם שהגיע הזמן מכר שמעון השדה ליהודה וכשהגיע הזמן לא פרע ראובן לשמעון ונתן לוי לשמעון השטר שבידו מכירת שמעון קיימת אע"פ שהיתה קודם הזמן טור בשם הראב"ד עכ"ל. הרי דאף היכא דהיה ביד ראובן המוכר לסלוקי בזוזי אפ"ה אמרינן כשלא סילקו לזמן איגלאי למפרע דהיה שלו ומכירתו קיימת משום דכזה מקרי ממון שיכול להוציאו בדיינים. וכמבואר בפסחים (דף לא) אביי אמר למפרע גובה ולכן אם זבין מלוה כיון דמטי זמניה ולא פריק ברשותו הוי קאי ושפיר זבין ולא אמרינן כיון דהיה ביד הלוה לסלוקי א"כ הוי מכירת המלוה כמו דמכר לממון שא"י להוציאו בדיינים וע"כ מוכח דלא אמרינן כן כיון דנתברר עכשיו למפרע דהוי שלו ע"כ חל מכירתו למפרע. ורבא דפליג שם טעמו דכיון דבידו לסלוקי בזוזי ע"כ אין להמלוה קנין בגוף השדה כלל. אבל היכא דיש להמוכר קנין הגוף אף ע"י תנאי דלא נתברר בעת שמכר השדה להאחר מ"מ אם נתברר לבסוף אז למפרע חל מכירתו:

ובמק"א כתבתי להעיר ע"ז מכתובות (דף 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 לא חל הקדש דיקדשו ידיך דהוי כמו מקדיש דשלב"ל. הרי דלא אמרי' דכיון דלא אמרה א"נ וא"ע א"כ אגלאי למפרע דהיה של הבעל בעת שהקדיש וכמו הא דפסחים (דף ל"א) הנ"ל. ואפשר לחלק דשאני קרקע דאף דאינו ברשותו מ"מ יכול להקדישו ע"כ הא דפסחים דמיירי בקרקע שפיר חל המכירה אבל הא דכתובות דלא מיירי בקרקע ע"כ כיון דביד האשה לומר א"נ וא"ע הוי עי"ז כמו דבר דאינו ברשות הבעל וע"כ לא חל הקדש הבעל. כן היה מקום לחלק. אבל זה דוחק דכיון דלא היה מבורר מעולם הקרקע ברשות המלוה ע"כ קשה לחלק כזה ועי' בב"ק (דף ל"ג) תוס' ד"ה איכא בינייהו כו'. והעיקר כמו שמצאתי בריטב"א לכתובות שם שהעיר בזה להקשות מן הא דפסחים כנ"ל ותירץ לפי דאם נימא דיכולה לומר א"נ וא"ע א"כ אין להבעל שעבוד אלים כמו קנין בגוף ידיו של האשה ע"כ אינו חל הקדישו אבל לר"ל דיכול לכופה הוי שעבודו של הבעל כלוקח. ובעיקר דברי הריטב"א הנ"ל הארכתי במק"א ובסוגיות הגמ' דכתובות (דף נ"ט) ואכ"מ. ועפ"ז יש לדון הרבה בדברי הפנים מאירות בסי' מ"ו. [וכן יש להעיר עפ"ז בהא דערכין (דף ל"א) גבי בית בבתי ערי חומה דאם מכר הראשון לשני חלוט לשני. ולא אמרינן כיון דהיה ביד המוכר הראשון לסלקו בתוך שנה דלא יהא חל כלל מכירת הראשון להשני משום

דהוי כמו מכר דבר שאינו ברשותו וא"י להוציאו בדיינים לגוף השדה ומוכח דאמרינן איגלאי למפרע כנ"ל. אך יש לדחות ראיה זו דשא"ה בבתי ערי חומה דהלוקח מוחזק ויושב בהבית]. ובאה"ע סימן צ' בב"ש ס"ק ל"ט הקשה על הרמ"א שכתב נתאלמנה או נתגרשה מכרה בנ"מ קיים. דהא מי איכא מידי דהשתא לא קדוש ולקמיה קדוש וה"ל כמו מכר דבר שאינו ברשותו ונשאר בצ"ע. ובאמת אין זה קשה לפמש"כ דאמרינן אגלאי למפרע דהיה שלו בעת המכירה וחל מכירתו וכמש"כ התוס' בכתובות (דף נ"ט) ד"ה שדה זו דיכולה למכור נ"מ כשתתאלמן ותתגרש ושאני קונם כו'. וזהו כמו דאמרו בב"ק (דף פ"ט) דמצי למכור נ"מ וכתובה בטובת הנאה אם ימות או שתתגרש ואין לחלק בין מוכרת בט"ה ובין מוכרת מיד וכמש"כ ההפלאה בסי' צ' ס"ק כ"א. והדברים ארוכים וגם יש לחלק בזה בין תנאי שבקום ועשה לתנאי שהוא בשב ואל תעשה ובין תנאי שבידו ואכמ"ל:

וכיון שנתברר דזה מקרי ממון שיכול להוציאו בדיינים. ע"כ אין ראיה ממה שמוכרת כתובה בט"ה אם תתאלמן ותתגרש דמכירת שטרות שאני. דהא כיוצא בזה אף במכר מטלטלין או קרקע מהני מכירתו משום דאמרינן אגלאי למפרע כנ"ל וה"ל דבר שברשותו ונחשב לממון שיכול להוציא בדיינים דהא ידוע לנו זכותו שיש לו אם יקויים התנאי בכל ענין היכא דשייך. לכן עדיין יש לדון כמש"כ לעיל במוכר שטרו שטוען שמא דזה מקרי ממון שא"י להוציא בדיינים דהא אין לו זכות לעולם בהחפץ או בהחוב מקודם שימכור לאחר ע"כ הדין נותן דלא תועיל מכירתו. ואף דכל חוב ה"ל דבר שאינו ברשותו ועכ"ז יכול למכור השט"ח. מ"מ הא לא יהא זה עדיף מן דבר שברשותו כמו קרקע וכהנה ועכ"ז היכא דאינו יכול להוציא בדיינים אינו מועיל מכירתו. לכן אף דיכול למכור השט"ח אף דבר שאינו ברשותו הן מה"ת והן מדברי קבלה והן משום תקנת חז"ל דעשו זה כמו דהוי דבר ברשותו משום השטר. מ"מ לא יהא עדיף זה מן דבר שהוא ברשותו ממש דהיכא דא"י להוציא בדיינים א"י למכור א"כ כש"כ הכא במכירת שט"ח דבאמת לא הוי דבר ברשותו ממש ולכן מנלן דיכול למכור שט"ח היכא שא"י להוציאו בדיינים כלל וכש"כ להסוברים מכירת שטרות דרבנן כמו שהכריע האו"ת די"ל בזה הבו דלא לוסיף עלה כמו דאמרו בכל התקנות. ובפרט למה שיבואר לקמן די"ל דלכן מהני מכירת שטרות דעשו לגבי דבר זה השט"ח העומד לגבות דיהיה כגבוי לכ"ע. א"כ בשט"ח שטוען המלוה שמא דאינו עומד לגבות כלל לעולם אצלו ע"כ אינו כגבוי וא"י למכור:

ענף ט:

ועדיין יש לדון בכ"ז ע"פ דברי המ"מ ברמב"ם הל' אישות פ"ה ה"ז על מש"כ הרמב"ם דאם קידשה בגזל אחר יאוש מקודשת דאע"ג דיאוש לחוד אינו קונה הכא שהוא ביד האשה הרי כאן יאוש וש"ר כשהוא בידה וכיון דקנתה היא אף הוא קנה אותה עכ"ל המ"מ והובא במל"מ פ"ה ה"א. וביש"ש לב"ק פ"ז סי' ז' ובב"ש סימן כ"ח ס"ק ד'. וכיון דמצינו בדבר שאינו שלו כלל ולא קנהו מעולם אפ"ה אמרינן דבעת דקנתה אז גם הוא קונה וחלין הקדושין דהוי כמקדשה בדבר שלו וכמש"כ הרשב"א לחי' בב"ק פ"ז והובא בקצה"ח סי' שנ"ג ס"ק א' ובאבני מלואים סי' כ"ח ס"ק ד'. דלכן הקדישן הקדש דמעיקרא חולין והשתא הקדש דהקדשו וקנייתו באין כאחד. א"כ כש"כ במוכר דבר שלו אך דהוי ממון שא"י להוציאו בדיינים גביה המוכר. אבל לגביה הלוקח יהיה ממון שיכול להוציא בדיינים כמו בנ"ד. בזה ודאי שייך לומר ביותר הסברא הנ"ל דהא בעת שקנהו הקונה ה"ל גבי' דהלוקח ממון שיכול להוציאו בדיינים ע"כ ה"ל ממילא גם גבי' המוכר ג"כ בשם ממון שיכול להוציא בדיינים ושפיר חל ביה קנין המועיל שיהיה נקנה להלוקח כן י"ל בזה:

אבל באמת עיקר סברת המ"מ הנ"ל צריך ביאור דאיך שייך לומר דבעת שקנהו הלוקח יהא נקנה אז להמוכר דהא אם הוא של הלוקח א"כ אינו של המוכר אז. ובאמת הרא"ש בפ"ז דב"ק סי' ב' לא ניחא ליה בסברת המ"מ הנ"ל. ועיין שם בפלפלא חריפתא ס"ק ח'. לכן נראה לי ביאור סברת המ"מ הנ"ל. דשיטת הרמב"ם הוא דאף שינוי רשות ואח"כ יאוש ג"כ קנהו הקונה כמבואר בסי' שנ"ג. ואף דאתי ליד הלוקח באיסור מ"מ ס"ל דקנהו משום דקנין יאוש ושינוי רשות ה"ל כמו שינוי השם גמור כיון שהוא אחר יאוש וכמו דמבואר בב"ק (דף ע"ו) מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דשמעון. וכעין זה כתב הקצה"ח בסי' שנ"ג ס"ק א'. והנה בכל קנין משיכה וכה"ג יכולים הבעלים לחזור בו תכ"ד כמבואר בסי' קצ"ה סעיף ז'. [ואף בהא דקידושין דא"י לחזור תכ"ד:

לשיטת הרשב"ם בב"ב (דף ק"ל) זהו רק מדרבנן. ואף לשיטת הר"ן בנדרים (דף פ"ז) דזהו מה"ת והובא בב"ש סי' ל"ח ס"ק נ"ו. מ"מ הכא גם הר"נ מודה דעכ"פ מה"ת יכול לחזור תכ"ד דאל"כ אין חלין הקידושין כלל כמו שיבואר]. ומצינו בב"ק (דף ע"ג) דהקשו סוף סוף כי הדרי מיתזמי אגניבה איגלאי מילתא כו' ומשני והלכתא שהעידו בבת אחת והוזמו ופי' התוס' דכיון שהיו יכולין לחזור בתכ"ד ע"כ לא איפסלו בעת שהעידו על הטביחה. הרי דאף דלא חזרו בהם מ"מ כיון שהי' בידם לחזור א"כ לא נגמר עדותן עד לאחר כדי דיבור. וה"ה הכא כיון שיכול לחזור תכ"ד א"כ לא נגמרו הקידושין עד לאחר כדי דיבור. ובתוך כ"ד הוי עדיין של הבעל ולא של האשה. א"כ ממילא קנהו הבעל מיד

דנותן לידה החפץ הגזול דכיון דלא נגמר הקניה שלה מיד א"כ ה"ל בידה כמו פקדון ורשות הנפקד כרשות המפקיד וכמש"כ הט"ז בסי' קפ"ט ובספרי נחל יצחק סי' ע"ב סעי' מ"א. ועיין ברא"ש פסחים פ"א סי' ד' ובט"ז או"ח סי' ת"מ ס"ק ד' וקצרתי. וכיון דה"ל שינוי רשות דזהו קנין מצד שינוי השם א"כ אף דיכול לחזור בו עדיין תכ"ד מ"מ ה"ל כעין שינוי השם עדיין דמיד דנתן לידה החפץ במתנה נקראת החפץ מיד על שם האשה כיון דממילא מיד יהיה ע"פ דין נקנה החפץ להאשה ואינו מחוסר שום מעשה. וע"כ יכול הבעל לקנות מיד ואחר כ"ד נקנה להאשה וה"ל כמו קידשה בדבר שלו. וגם י"ל בזה אומדנא דכדי לקיים הקידושין זוכית האשה מתחלה מיד החפץ עבור הבעל ואח"ז מכוונת לקנותו וכעין מש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' א' בענין עדיו בחתומיו זכין לו בשטר שחרור כעין זה ע"ש. ועיין בטור אה"ע סי' ק"כ במש"כ בשם הרמ"ה באמר לעדים כתבו ותנו כו' שכתב ג"כ כעין אומדנא הנ"ל. כן י"ל ביאור סברת הרב המ"מ. וכן י"ל עפ"ז בכוונת הרשב"א שכתב דהקדשו וקנייתו באים כא' ג"כ כנ"ל. וידעתי מה דיש לדון בזה אך באמת אין מן הצורך לדמות זה להא דב"ק (דף ע"ג) הנ"ל כי בלא"ה י"ל בקצרה דהוי אומדנא דרוצים שניהם היינו הבעל והאשה שמתחלה יהא קנוי לו ואח"ז יהיה נקנה להאשה. ושפיר חל הקנין שלו כיון שכבר קראו שם שהחפץ שייך לה ומוכן ממילא להיות כן שיהא החפץ שייך לה ולא הוי שום מחוסר מעשה כנ"ל והוי בשם שינוי רשות שנקרא עליו. ולא הוי שום הוכחה מהמ"מ והרשב"א הנ"ל להך דנ"ד וזולת זה יש לחלק ביניהם ומחמת האריכות קצרתי. וזה פשוט דאין לדמות כ"ז כלל למה דמצינו בכ"ד דאמרו דגיטה וידה באים כאחד. ועיין בקצה"ח סי' שנ"ג ס"ק א' ובאבני מלואים סי' כ"ח ס"ק ד'. וכן עיין בחוות דעת ליו"ד סי' ק"ב ס"ק ב' מש"כ בשם הכרו"פ לתרץ קושיות הצ"צ:

ענף י:

והקצה"ח כתב הכא בפשיטות דאם המשכון הוא ת"י האחר הטוען ברי יכול להקנותו בתורת קנין גמור משום דמשכון א"צ כו"מ כו' וכן ביאר דבריו במשובב נתיבות. אכן לפמש"כ יש לדון בזה ג"כ דה"ל ממון שא"י להוציאו בדיינים. ולא מבעיא לפי שיטת השארית יוסף דס"ל דאין הנגזל יכול להקנות בשם קנין את הגזילה להגזלן וכמש"כ הקהלת יעקב כנ"ל. משום דאזלינן בתר דידי' וודאי אין זה בהקנאה. ואף לפמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט דנקנה הגזילה להגזלן עכ"ז יש לחלק דשא"ה דגוף דבר הנקנה הוא ת"י רשות הגזלן אבל הכא במשכון אף בתפס משכון שלא בשעת הלואתו דקני משכון מ"מ אין זה רק בשם שעבוד רק דהוי שעבוד אילימא וכמש"כ התוס' בב"ק

(דף מ"ט) ד"ה משכונו של כו' והובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ט בשם התוס' הנ"ל והנ"י והמ"מ והמהרש"ל. ולכן התם דלא קנה גוף החוב ע"כ אין לו שום זכות בהמשכון אף שהוא ת"י משום דתועלת המשכון אינו אלא דע"י המשכון נקנה גוף החוב להקונה כמבואר בסי' ס"ו סעי' ח'. והש"ך דס"ל שם ס"ק ט' דמלוה על המשכון יש לו קנין גמור בגוף המשכון מ"מ שם ס"ק קמ"ט מסתפק בעצמו בזה. [וכ"כ הש"ך בסי' ע"ב סוף ס"ק ק"ט דמלוה על המשכון אין לו אלא שעבוד על המשכון וכ"כ הש"ך הכא]. וכ"כ האו"ת בסי' ע"ב סעי' ל"ו באורים ס"ק קל"ז בשם הרשב"א ע"ש. ועיין בספרי נחל יצחק סי' מ"ט סעי' י' ענף ח'. ולכן כיון דגוף החוב אינו ת"י הקונה רק דממילא ע"י המשכון שת"י התופסו נקנה החוב לו ולכן קני משכון. אבל הכא דלא קני גוף החוב לפי דה"ל ממון שא"י להוציאו בדיינים מקודם הקנאתו להאחר דהא אף אם יחזיר לו המשכון ג"כ לא יהא יכול לגבות לפי דטוען ספק. וכיון דעיקר דבר הנקנה אינו ת"י התופסו להמשכון ולא קנה להחוב אף לפמש"כ דגזילה נקנה להגזלן במתנה. ולכן ממילא לא מהני מה דהמשכון הוא ת"י התופס וע"ז קרינן מנה אין כאן משכון אין כאן. וכש"כ לשיטת הש"י הנ"ל:

ולכן נראה לי לומר דמש"כ המהרש"ל והש"ך דאם האחר מוחזק בהמשכון דאם כתבו הרשאה יכול לגבות. די"ל דדוקא היכא דהוי בתורת הרשאה בזה מהני הכא. משום דהא קיי"ל לדינא בסי' קכ"ג דהאידנא לאחר תקנת הגאונים כותבין הרשאה אף על מלוה בע"פ דכפריה לפי דאין הרשאה תלוי בקנין וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ב ס"ק ט"ו ובשא"ד שם ובסי' קכ"ג. ועיקר מילתא דהרשאה משום תקנה דיהא חשוב כמו בע"ד לטובת המשלח אף דהרשאה הוי בשם הקנאה גרועה כמש"כ הרשב"א לב"ק (דף ע') וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ג ס"ק א'. משום דאם לא היה על המורשה שם בע"ד רק כמו כל שליח היה יכול הלוה לומר לו לאו בע"ד דידי את וכמש"כ הרמב"ן והובא בנתיבות סי' קכ"ב ס"ק ב' ובקצה"ח סי' קכ"ג משום דבעינן תביעת בעל הממון. ולכן ס"ל לתשובת מיימוני דאף שבועה יכול לחייב ע"י כתיבת הרשאה לקרובו דאף דקיי"ל דהוי שליח אפ"ה הוי כמו בע"ד כמו הא דתערובות בכור בב"ב פ' י"נ כמש"כ הש"ך בשמו וי"ל דנתכוין למש"כ התוס' בב"ב (דף קכ"ז) ד"ה מדדרש רבא כו'. ומה שהקשה האו"ת דכיון דקיי"ל שליח שוויי' איך יכול להטיל שבועה ע"י אחר שאינו בע"ד. ס"ל להגהות מיימוני דאין זה קשה לפי דבאמת מוכח דתקנת כתיבת הרשאה היה לטובת המשלח דיהיה נחשב עי"ז לבע"ד וע"כ בכל הענינים אשר יהיה לטובת המרשה דיהיה נחשב לבע"ד כמו להטיל שבועה על שכנגדו שוויוהו לבע"ד וכמש"כ לעיל בארוכה. וכמש"כ הש"ך בסי'

קכ"ג ס"ק י"ב דמרשהו על השבועה ג"כ. ורק שליח שוויי' דאמרו בגמ' הוא רק לענין דלא יהא מצי תפיס המורשה לעצמו. א"כ ה"ה לענין שיהיה מועיל תפיסת המורשה להמשכון להחזיקו עבור המרשה ג"כ מהני זה להיות נחשב כמו מיגו של הבע"ד. כן למד המהרש"ל להך דינא מן דברי הגהות מיימוני:

וכבר כתבנו לעיל דלא שייך לדון בכזה להכלל דמי איכא מידי דלא מצי עביד המשלח דלא יהי' מצי שוויי' שליח משום דהיכא דאינו עושה משום דהוי ספק אמרינן בזה סברת התוס' ביבמות (דף צ"ט) דכיון דאם יבא אלי' ויאמר כו'. ולשיטת רש"י דיבמות שם באמת י"ל כפי שיטת המחבר והראשונים בסי' קכ"ג סעי' י"ד דיכולים לשלוח הרשאה אף ע"י מי שאינו בתורת שליחות משום דלא בעינן בזה פרטי דיני שליחות וכמש"כ לעיל והטעם הוא משום דאף דלא הוי פרטי דין שליחות מ"מ יכול לעשות אותו למורשה משום דהוי הקנאה גרוע עכ"פ ולגבי זה תקנו דיהא נחשב הך הקנאה גרועה כמו קנין גמור משום טובת המשלח. ולשיטת המהרש"ל דהובא בש"ך סי' קכ"ג ס"ק ל' באמת יהי' מוכח מזה כשיטת התוס' יבמות הנ"ל. א"כ י"ל דדוקא בכתב הרשאה לאביו האומר ברי לי בזה ס"ל דמהני ההרשאה כדי שיהי' יכול להחזיק החפץ ת"י במיגו שיש לו עבור בנו האומר שמא ואף דהוי לגבי בנו ממון שא"י להוציאו בדיינים ואינו בהקנאה עכ"ז הא האידנא כתבינן הרשאה אף על מלוה בע"פ דאינו בהקנאה כלל ואפ"ה חזינן דעשו תקנה בשליחות המרשה דיהא חשוב שליחות של המורשה כמו בע"ד ולכן תובע מן הלוה וא"י לומר לו לאו בע"ד דידי את. א"כ מה"ט אף ממון שא"י להוציאו בדיינים שאינו בהקנאה אפ"ה מהני בי' כתיבת הרשאה לעשות אותו לבע"ד כדי שיהא נאמן במיגו שלו כמו בע"ד ממש. אבל היכא שאינו נותן לו הרשאה בתורת שליחות אלא מכר לו המשכון והחוב אז שפיר י"ל כמש"כ לעיל דא"י למכור לו לפי דהוי ממון שא"י להוציאו בדיינים מקודם הקנאתו דהא אף אם ימסור המשכון לבנו לא יהי' יכול לגבות מן המשכון לפי דטוען שמא א"כ ה"ל ממון שא"י להוציא כו' ואינו בהקנאה. ובכוונה כתבו דהרשאה מהני. דמשום דקנין לא מהני ולכן כתבו לשון הרשאה. וזהו להיפך מן האחרונים דכתבו דהרשאה לא מהני בזה ורק מכירה מהני בכ"ז כמש"כ האו"ת והנתיבות והקצה"ח. אכן לפמש"כ נראה לי לומר דמכירה לא מהני בכ"ז ויכול המוכר לחזור מהמכירה לפי דנתבאר דאין ממש בהמכירה משום דהוי ממון שא"י להוציאו בדיינים. רק תורת דין הרשאה מהני בזה משום דעשו תקנה היכא דהוי בי' דין שליח המועיל בתורת שליחות לכן אם כתב לו הרשאה עשאוהו כמו בע"ד לכל עניניו לטובת המשלח. ולכן א"ש כל מש"כ אף לדברי המהרש"ל שהובא בש"ך סי' קכ"ג ס"ק למ"ד

כנ"ל. ואף שהאו"ת והנתיבות לא הסכימו לדברי המהרש"ל והש"ך הכא מ"מ לדבריהם אנו שומעין כי הם דברי טעם כמו שנתבאר הכל בארוכה:

ענף יא:

והאו"ת הביא לדברי החוות יאיר סי' ר"ל שכתב בפשיטות במי שיש לו שטר שנולד בו ספיקא דדינא ומכרו לאחר שיש בידו מעות הלוה. דפסק דלא מהני מכירתו והשיג עליו האו"ת דנעלם ממנו דברי המהרש"ל והש"ך דהכא. וכן פסק השבות יעקב סי' קל"ז אך לא הביא ראי' לדבריו עכ"ל האו"ת. אכן לפמש"כ הנכון עם החוות יאיר דלא הוי ממש במכירתו לפי דהוי ממון שא"י להוציא בדיינים כנ"ל. ואינו קשה על החוות יאיר מדברי המהרש"ל והש"ך דהכא. משום די"ל כמש"כ דדוקא הרשאה מהני משום דהרשאה מהני אף בענינים שאין בהם תורת דין קנין כלל לעשותו כמו בע"ד לכן אף דהוי ממון שא"י להוציאו בדיינים ג"כ שייך בו תורת דין הרשאה משום התקנה אבל תורת דין מכירה לא מהני בזה והנכון עם החוות יאיר. ומ"מ י"ל בזה דהיכא דהוי ספיקא דדינא על השטר ומהני תפיסת המלוה ע"כ אף אם המלוה אינו תפוס בעצמו רק אחר הוא התופס א"כ אם הי' מחזיר החפץ שתופס בידו להמלוה הי' מהני תפיסתו ע"כ שייך לומר בזה הסברא שכתבתי לעיל דלכן מקרי הא דב"ב דף קכ"ז) ובכורות (דף מ"ט) דזה מקרי ממון שיכול להוציאו בדיינים לפי דביד שניהם לילך ביחד לפני הב"ד ואף דאין ביד אחד מ"מ מקרי זה בשם יכול להוציאו כמש"כ לעיל בארוכה. א"כ ה"ה הכא י"ל כן דהא ביד האחר להחזיר החפץ שתפוס בידו ליד המלוה ואז הי' יכול להוציאו בדיינים אף קודם ההקנאה ע"כ מועיל מכירתו. וכש"כ לפי מש"כ בספרי נחל יצחק בקונטרס תפיסה ע"י שליח דבספיקא דדינא מועיל תפיסה ע"י שליח א"כ הי' ביד התופסו להחזיקו עבור המלוה אף כשהוא עדיין בידו ובתורת שליחות ע"כ ודאי מהני מכירת השט"ח לו והנכון בזה כמש"כ השבות יעקב והאו"ת. אכן בטוען שמא על השטר בזה נראה דלא מהני המכירה לאחר אף שהוא מוחזק משום דהא אין בידם שום עצה להחזיק הממון ביד המוכר כיון דטוען שמא ע"כ מקרי ממון שא"י להוציאו כו'. ורק בתורת הרשאה שאני כנ"ל:

ועפ"ז יש לתרץ למה שהקשיתי לעיל על הפוסקים דס"ל דיכול לכתוב הרשאה בכה"ג מהא דכתובות (דף ע"ו) רישא מנה לאבא בידך ופי' התוס' וכמה ראשונים משום דברי של בתו ה"ל כמנה לאחר בידך. וקשה הא עדיין ביד האב ליתן הרשאה לבתו. אכן לפמש"כ א"ש דהא שיטת הרמב"ם הוא דמדינא דגמ' אין כותבין הרשאה אלא היכא דאי' בקנין כמבואר ריש סי' קכ"ג. א"כ כיון דהאב טוען שמא ה"ל הכתובה גביה האב לממון שא"י להוציאו בדיינים ע"כ אינו בתורת קנין כלל ולכן מה"ט לא מהני בי' הרשאה

ג"כ בזמן הגמ'. אבל האידנא לאחר תקנת הגאונים שפיר כותבין הרשאה אף על מידי דליתא בקנין כמו מלוה ע"פ אע"ג דכפרי' ומתורץ שפיר. אך בלא"ה אינו קשה וכמש"כ לעיל דזהו בכלל מה דאמרו שם האב צריך להביא ראי'. ולפמש"כ דהרשאה מהני אף במידי דלא הוי בתורת קנין. ודלא כהאו"ת והנתיבות אלא כמש"כ המהרש"ל והש"ך הכא. א"כ לפ"ז יש לדון דגם מועיל מכירת השט"ח או המשכון לאחר האומר ברי לפי די"ל ג"כ בזה כפי הסברא שכתבתי לעיל דמקרי ממון שיכול להוציאו בדיינים מקודם המכירה ע"י שיעשו למורשה בהרשאה כתובה וזהו ג"כ ביד שניהם לעשות כן. [והא שכתב השארית יוסף שאינו יכול להקנות הגזילה להגזלן. ולא אמרינן דהא ביד הגזלן להחזיר הגזילה להנגזל א"כ יהיה דבר ברשותו כפי הסברא הנ"ל. י"ל דשא"ה בענין מה דבעינן שיהי' דבר ברשותו ע"כ אף שביד הגזלן להחזיר החפץ אבל עכ"ז אין זה ביד הנגזל ע"כ מקרי זה דבר שאינו ברשותו ובידו משא"כ הכא דמיירינן בענין יכול להוציא בדיינים שאני וכמש"כ לעיל דלשון יכול שאני. ועוד דמסתמא הגזלן לא ירצה להחזיר הגזילה להנגזל]. אכן לפמש"כ האו"ת והנתיבות דלא מהני הרשאה כלל בזה אלא מכירה מהני כמש"כ הקצה"ח והנתיבות. בזה שפיר כתבתי דאינו כן לדינא לפי דהוי ממון שא"י להוציא בדיינים כלל מקודם המכירה לאחר: ענף יב:

ועוד נלע"ד לבאר היטב דאינו יכול למכור שט"ח שטוען שמא לאחר שיודע ברי. והוא דנלע"ד להסביר הענין דאמרו דיכול למכור שט"ח הן מה"ת והן מדרבנן. אף דכל חוב ה"ל כמו דבר שאינו ברשותו מ"מ בחוב בשטר שאני לפי דהא בספרי נחל יצחק סי' י"ב בארתי היטב שיטת הסוברים דמחילה ונקט שטרא לא מהני מחילה דטעמם משום דשט"ח העומד לגבות הוי כגבוי ואף דקיי"ל כבית הלל דלא הוי כגבוי וכמש"כ שם הש"ך עכ"ז הא כתבו התוס' בסוטה (דף כ"ה ע"ב) דדוקא התם גבי מתו בעליהן כו' דנולד ספק בהחוב ע"י קינוי וסתירה בזה ס"ל לב"ה דלא הוי כגבוי אבל בשט"ח דלא נולד בו ריעותא גם ב"ה מודו דהוי כגבוי. והא דגיטין (דף ל"ז) דמלוה בשטר משמט יש לחלק כמש"כ שם בספרי סברא לחלק ע"ש בענף ב'. גם י"ל בזה כעין סברת הריטב"א בגיטין (דף ל"ז) בשם ר' פנחס הלוי דשאני שמיטה דגזה"כ הוא ע"ש. וכן מצינו בנמוקי יוסף ב"ב רפ"ט דכתב דמלוה בשטר כמאן דגביא דמי וממעט בנכסים שיהיה דינו כמו נכסים מועטים ע"ש. משום דס"ל ג"כ כמש"כ לומר דשט"ח ברור הוי כגבוי לכ"ע. וזהו כוונת המ"ד בירושלמי גיטין פ"א בסופו ובקידושין פ"ג ה"ד דמחילה ונקט שטרא לא מהני המחילה. וכן הוא כוונת הרמב"ן שהובא בסי' מ"ד בסמ"ע ס"ק י' שהשטר מוחזק ביד המלוה וכאלו הממון שכתוב בו מוחזק בידו כו' עכ"ל. וזהו ג"כ מטעם דכיון דס"ל דהתם

לא הוי ריעותא בגוף השטר ע"כ הוי כגבוי. ואף לפי מה דהעלתי לדינא בספרי נחל יצחק סי' י"ב דגם שט"ח ברור לא הוי כגבוי. עכ"ז הא ידוע מש"כ הכנה"ג והובא בכללי מיגו ס"ק ח' ובאו"ת שם ובקצה"ח סי' י"ב דלכמה ענינים ה"ל השט"ח כגבוי לכ"ע. ועיין בנו"ב מ"ת ח' ח"מ סי' ל"ב ובשב שמעתתא שמעתא א' פ' כ"ד מזה: והנה העלתי בספרי נחל יצחק סי' ס"ו סעי' א' בקונטרסי ענף ו' דאי נימא דשט"ח הוי כגבוי ע"כ מכירת שטרות מה"ת לפי דהוי כמו המלוה מוחזק בהממון והוי דבר ברשותו והארכתי שם בזה. ע"כ י"ל טעם נכון על מה דיכול למכור שט"ח דלהסוברים מכירת שטרות מה"ת זהו משום דס"ל דשט"ח שאין בו ריעותא הוי כגבוי ולכן מקרי דבר ברשותו ומהני מכירתו והא דיכול למחול זהו משום דשעבוד הגוף אינו במכירה דעכ"ז אינו דומה למשכון כ"כ. והסוברים מכירת שטרות דרבנן זהו משום דס"ל דאף שט"ח שאין בו ריעותא לא הוי כגבוי וכמש"כ בספרי סי' י"ב. ועכ"ז תקנו חז"ל דיועיל מכירת השט"ח לפי דעשו את השט"ח גבי זה דיהא חשוב כגבוי וכמש"כ לעיל דלכמה ענינים עשו את השט"ח כגבוי כן י"ל בטעם במה דיכול למכור חוב בשטר. אלא העומד לנגדינו הוא מה שפסק הש"ע בסי' ס"ו סעיף ו' דיכול למכור חוב בכת"י. והא בכת"י דאינו גובה ממשעבדי לא הוי כגבוי וכמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ג ס"ק ד'. וכן כתבתי בספרי נחל יצחק סי' י"ב ענף ה' ובסי' מ"ד סעי' ו'. א"כ חזינן דלאו משום טעם דהוי כגבוי אתינן עלה. אך באמת עיקר הכלל הנ"ל אינו מוכרח דהא הש"ך בסי' פ"ג סוף ס"ק ט' מוכח ממנו דלא ס"ל לחלק בזה בין שט"ח דגבי ממשעבדי או לא ועיין בכללי מיגו של הכנה"ג ס"ק ח'. וכן כתב הריטב"א בגיטין (דף ל"ז) בשם הרב ר' פנחס הלוי דגם בשט"ח שאין בו אחריות ג"כ שייך לומר דהוי כגבוי ושמיטה שאני מצד גזה"כ ע"ש. ולכן לא הוי מזה דנמכר כת"י ג"כ שום סתירה למש"כ בטעמו של דבר מה דנמכר השט"ח דהוי כגבוי די"ל כן גם בכת"י דעשו אותו גבי זה כגבוי ולכן איתא במכירה: ולפ"ז י"ל דהיכא דבעהש"ט טוען שמא אינו יכול למכור השט"ח לאחר הטוען ברי דאף דלפי דברי האחר היה השט"ח עומד לגבות עכ"ז כיון דבעת דהיה השטר אצל המוכר לא הי' עומד לגבות כלל משום דטוען שמא. ע"כ לא שייך לומר בזה הך כללא דשט"ח העומד לגבות כגבוי דמי. כיון דלא הי' עומד לגבות כלל אצלו בעת המכירה א"כ הוי זה כמו דבר שאינו ברשותו כיון שלא הי' לו זכות לגבות ע"י השט"ח. וע"כ אינו במכירה כמו כל דבר שאינו ברשותו דאינו במכירה. ונפ"מ מזה דאלו לפמש"כ לעיל הטעם דאינו יכול למכור השט"ח כשטוען שמא משום דהוי ממון שא"י להוציאו בדיינים. א"כ לפמש"כ לעיל לקיים דברי הראשונים דס"ל דמהני כתיבת הרשאה בכה"ג ודלא כהאו"ת והנתיבות. ע"כ י"ל דזה מקרי ממון שיכול

להוציאו בדיינים מקודם הקנאה ע"י כתיבת הרשאה למי שיודע בברי ואף שאין זה בידו כ"כ דהא צריך לדעת חבירו מ"מ הא כתבתי לעיל דבשם יכול להוציאו בדייני' י"ל ג"כ אף היכא דצריך לדעת חבירו ג"כ כיון שיש להם ביחד עכ"פ איזה טצדקי להוציא הממון ממנו. אבל לפי הטעם שכתבתי כעת דמחמת דלא היה עומד לגבות אצלו ע"כ הוי זה נחשב גבי דהמוכר כמו דבר שאינו ברשותו ושאני כל שט"ח דנחשב כמו דבר ברשותו לפי דהוי כגבוי. א"כ מטעם זה אף דנימא דהי' יכול להוציא ע"י כתיבת הרשאה. מ"מ כיון דאינו בידו לבד להוציא הממון מהלוה רק צריך לדעת חבירו א"כ מקרי זה דבר דאינו ברשותו ובידו וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט ענף ב' מזה. ואינו יכול למכור השט"ח דמנלן דאף כה"ג איתא במכירה הן למ"ד מכירת שטרות מה"ת דהא י"ל דלכן נתפס קנין בשטרות מה"ת משום דהוי כגבוי והן למ"ד מכירת שטרות מדרבנן די"ל דזהו משום דעשו את השט"ח העומד לגבות כגבוי. אבל בנ"ד לא שייך זה והבו דלא לוסיף על התקנה כמו דאמרינן בכמה דוכתי:

ענף יג:

ולפי מה שנתבאר נלע"ד דהנכון עם החוות יאיר דכתב דאם נולד ספיקא דדינא על השט"ח שבידו ומכרו לאחר שהי' תפוס דלא הוי ממש במכירתו. ואף שהאו"ת ושבות יעקב לא פסקו כן עכ"ז י"ל דהנכון עם החוות יאיר משום דכיון די"ל דעיקר מכירת שטרות הוא משום דהוי כגבוי כנ"ל ומקרי כעין דבר ברשותו משום זה. אבל כיון שנולד ספק בהשטר ולא היה עומד לגבות כלל בעת שהי' אצל המוכר א"כ הוי זה כמו דבר שאינו ברשותו ואינו במכירה. ואף אם הי' הלוקח תפוס ועומד בעת שמכר השט"ח לו עכ"ז אינו במכירה כיון דלא היה ברשות המוכר. ומש"כ לעיל הסברא דהא היה ביד הלוקח להחזיר החפץ שתפס ליד המוכר מ"מ ז"א רק לפמש"כ לעיל הטעם דהוי ממון שא"י להוציא בדיינים. אבל לפי מש"כ כעת דמקרי דבר שאינו ברשותו ע"כ לא מהני בזה מה שביד הלוקח להחזיר החפץ ליד המלוה המוכר משום דאכתי אינו בידו ורשותו דהא צריך לדעת אחר וע"כ לא נתפס בי' קנין כלל כמו על כל דבר שאינו ברשותו. ומש"כ המהרש"ל והש"ך הכא דמהני כתיבת הרשאה אינו קשה עליו כמש"כ לעיל דשאני הרשאה דכותבין אף על מידי דליתא בקנין דכיון דהוי שלוחו ע"י הרשאה דינו כבע"ד וכמש"כ הרא"ש בב"ק פ"ז סי' ד' דתקנה עשו בשליחות שיהיה כאלו הי' קונה קנין גמור וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ג ס"ק א'. וא"ש דברי החוות יאיר:

ומ"מ לדינא אף שכתבתי לחזק שיטת המהרש"ל והגהות מיימוני במה דס"ל דמהני הכא כתיבת הרשאה. עכ"ז קשה להוציא ממון מהחייב עי"ז דהא חזינן בסי' ק"ה שכתבו שם

המחבר והרא"ש דלא מהני הרשאה להיות תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים. הרי דאף דיש לו הרשאה אין דינו כבע"ד ממש לכל הענינים. ומש"כ האו"ת שם לחזק דברי הב"ח דהיכא דההרשאה הוא מדינא דגמ' בזה מהני הרשאה אף להיות תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים. הא לפי מש"כ הדין נותן דמדינא דגמ' לא מהני הכא הרשאה כיון דליתא בקנין והוי כמו מלוה בעל פה דכפריה דלא כתבינן הרשאה אלא מצד תקנת הגאונים כמבואר בריש סי' קכ"ג ועיין בסמ"ע וט"ז שם. ע"כ הך דינא דכתיבת הרשאה הוי ספיקא דדינא הכא כיון שהאו"ת והנתיבות החליטו הדין בפשיטות דלא מהני הכא הרשאה ע"כ ה"ל לכה"פ ספיקא דדינא. ואם חזר הלוה ותפס מהני תפיסתו לומר קים לי דלא מהני כתיבת הרשאה. אך כ"ז דלא תפס אין מוציאין מהמורשה בנ"ד דיכול לומר קים לי כהגהות מיימוני והמהרש"ל. וכש"כ לפי מה שהעלתי בספרי נחל יצחק בקונטרס תפיסה ע"י שליח דמהני תפיסה בספיקא דדינא ע"י שליח. וכ"ז בהך דינא דהחפץ והמשכון הוא ת"י המורשה. וכן בשט"ח שטוען שמא והמורשה הוא תפוס בחפץ של הלוה דקשה להוציא מהמורשה כנ"ל. אבל בשט"ח שטוען שמא ואין המורשה מוחזק אין להוציא ממון מהלוה דזה גופא ה"ל ספיקא דדינא אי מהני הכא הרשאה. ולכן מה"ט לא מהני מכירה להאחר אף ע"פ הטעם שכתבתי לעיל דה"ל ממון שא"י להוציאו. ולא שייך לומר כמש"כ לעיל דהא בידם לכתוב לו הרשאה כו'. דז"א כיון דקשה להוציא ממון ע"י הרשאה כנ"ל ע"כ ה"ל אכתי ממון שא"י להוציא בדיינים. וכש"כ להטעם שכתבתי לעיל דזה מקרי דבר שאינו ברשותו ובכה"ג לא תקנו מכירת שטרות:

אך אם תפס הלוקח מהלוה אף לאחר המכירה אין להוציא ממנו משום דכיון דחזינן דהאחרונים כתבו דנתפס בזה קנין ולא ס"ל לכל מש"כ. א"כ זה גופא ה"ל ספיקא דדינא. ואפשר דטעמם דס"ל דהנגזל יכול להקנות הגזילה להגזלן וכמש"כ בספרי נ"י סי' ע"ג סעיף י"ט. וס"ל דהטעם הוא משום דאזלינן בתר הקונה דכיון דהוי דבר ברשותו אף דאין ברשות המקנהו מ"מ נתפס בי' קנין. א"כ ה"ה הכא בהך כללא דה"ל ממון שא"י להוציאו בדיינים דכיון דהלוקח השט"ח טוען ברי יהיה מצי להוציא בדיינים ע"כ נתפס ביה קנין. או אפשר דטעמם כמש"כ לעיל ע"פ דברי המ"מ פ"ה הלכות אישות ה"ז דכיון דקנאתו אף הוא קונה כו'. אך זה אינו ברור כפי שכתבתי לעיל בכ"ז וגם הא הרא"ש בב"ק פ"ז לא ס"ל לסברת המ"מ הנ"ל. וגם הא כתבתי לעיל לחלק בין הא דהקנאת הגזילה להגזלן ע"כ ה"ל לכה"פ ספיקא דדינא ואזלינן בזה בתר המוחזק:

העולה לנו מכל מה שנתבאר דהיכא דיש לאבי החתן מיגו דלא היה שלך מעולם דזהו בגדר הפה שאסר כנ"ל דבזה א"צ לכתיבת הרשאה של בנו כלל ואין להוציא ממנו החפץ

שתופסו עבור בנו וכש"כ אם עבר והחזיר החפץ שת"י לבנו דיכול הבן להחזיק החפץ ת"י ע"י מיגו של אביו דהיה בגדר הפה שאסר כו'. וכן יש לדון במש"כ הש"ך בסי' נ"ו ס"ק ה' בד"ה ולמדנו מתשובת הרא"ש כו' דהיכא שאין לו דין שליש אינו נאמן ע"י מיגו שיש לו ליתן החפץ לפלוני כיון שהמקבל אינו יודע ואפילו נתנו צריך המקבל להחזיר לו כו'. דלפמש"כ נראה לומר דהיכא דיש לו מיגו דלא היה שלך מעולם על החפץ שאנו דנין עליו דנאמן למסור החפץ להמקבל כנ"ל. וכן נתבאר בעיקר הכלל דקיי"ל דמיגו להוציא לא אמרינן. אבל היכא דהוי בשם הפה שאסר כו' נאמן אף להוציא. וכן נתבאר דמהני כתיבת הרשאה לאביו על החפץ שת"י אביו דנאמן ע"י מיגו אף אם אינו בשם הפה שאסר כו' וכמש"כ המהרש"ל ואין להוציא ממנו וכש"כ בעבר ומסרו לבנו דיכול הבן לומר קים לי כהמהרש"ל דמהני בזה כתיבת הרשאה. אך אם חזר הלוה ותפס ממנו אין להוציא ממנו דיכול לומר קים לי כמש"כ האו"ת דלא מהני כתיבת הרשאה בזה. וכן אם מכר הבן את החוב והמשכון שת"י אביו לאביו ג"כ אין מוציאין ממנו אך אם חזר הלוה ותפס ממנו יכול לומר קים לי כמש"כ דיש לומר דלא מהני הכא מכירת החוב והמשכון משום דה"ל ממון שא"י להוציאו בדיינים. ומש"כ לעיל די"ל בזה דהא בידם לכתוב הרשאה ועי"ז יהיה בידם להוציא בדיינים אף מקודם המכירה. זה אינו מוכרח כ"כ לפמש"כ האו"ת דאין להוציא ממון ע"י ההרשאה. וכמש"כ דזה גופא ה"ל ספיקא דדינא וכ"ז שאין המלוה מוחזק יכול הלוה לומר קים לי דלא מהני כתיבת הרשאה הכא משום דשליח שווייה ואינו כמו הבע"ד. א"כ ה"ל ממון שא"י להוציאו בדין עפ"י דיינים. וכן אם בעהש"ט טוען שמא ומכר שטרו לאחר שאומר ברי דהלוה חייב. זה ג"כ ה"ל ספיקא דדינא אם נתפס ביה קנין או לא וה"ל ספיקא דדינא ותלוי מי מהם הוא מוחזק. ואם נולד איזה ספיקא דדינא בהשט"ח ומכרו למי שהוא תפוס בממון הלוה ג"כ אין מוציאין מהלוקח דאף שכתבתי לבאר דברי החוות יאיר על נכון במה דס"ל דלא מהני מכירת השט"ח בזה כלל. עכ"ז כיון דהשבות יעקב והאו"ת לא הסכימו לדבריו. ה"ל זה ספיקא דדינא ואין מוציאין מהמוחזק: ולכאורה יש לדון במש"כ דיכול לומר קים לי כשיטת הגהות מיימוני והמהרש"ל דמהני בזה כתיבת הרשאה. דהא כתיבת הרשאה ה"ל תקנת חז"ל א"כ ה"ל ספק תקנה דלא מהני תפיסה בזה וזהו ספק בעיקר התקנה אם עשו כמו הבע"ד עצמו לכל עניניו. ואף שהמורשה טוען ברי ובזה מהני תפיסה אף בספק תקנה כמש"כ בקונטרסי ספק תקנה בספרי נחל יצחק. עכ"ז הא עיקר תפיסת המורשה הוא בשביל המרשה וכיון דהמרשה עצמו טוען שמא א"כ אף דמסרו להמרשה לא תועיל תפיסתו לומר קים לי דה"ל ספק בעיקר התקנה. אכן באמת שפיר כתבתי דהא

בקונטרסי לספק תקנה העליתי דהיכא דה"ל ספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא מועיל תפיסה אף בספק תקנה ע"ש. א"כ ה"ה הכא דה"ל פלוגתא דרבוותא מהני תפיסה לומר קים לי כהגהות מיימוני והמהרש"ל דס"ל דמהני הרשאה בזה. ואף שכתבתי לחלק שם דתקנה שלאחר חתימת הש"ס שאני ולא מועיל תפיסה בספק בזה. אך הא שיטת ר"ת והרא"ש דגם מן דין התלמוד מהני הרשאה אף על מלוה בע"פ דכפרי' כמש"כ הסמ"ע בסי' קכ"ג ס"ק ז' [ועיין בט"ז שם וקצרתי]. ע"כ שפיר כתבתי דמהני תפיסה:

ולפ"ז יש לדון ג"כ היכא דטענו המלוה והלוה ספק בהפרעון ויש אחר קרוב שאומר שיודע ברי שלא נפרע החוב די"ל דתועיל הרשאה של המלוה להאחר כפי שיטת הגמרא והמהרש"ל הנ"ל ומהני תפיסה בזה ג"כ כנ"ל. וכן יש לדון בכה"ג דאם הקנה המלוה את החוב שלו להאחר ע"י מעמד שלשתן דמהני אף במלוה בע"פ וכמש"כ התוס' בשבועות (דף ל"ג) ד"ה היכא דלא כפרי' כו' דמהני בכה"ג קנין מעמד שלשתן. והתוס' בב"ק (דף ע') ד"ה אמטלטלי דכפרי' כו' כתבו להסתפק אם מועיל בזה מעמד שלשתן כיון שלא היה יכול להוציא בדיינים א"כ ה"ל כמו כתובה כו'. וכ"כ התוס' בבכורות (דף מ"ט) ד"ה ה"מ היכא דכפרי' כו'. א"כ ה"ל ספיקא דדינא אם מהני בכה"ג דין מעמד שלשתן ומהני תפיסה כמו בכל ספיקא דפלוגתא דרבוותא אף בספק תקנה כנ"ל. ולכאורה י"ל בזה דהא יש פלוגתת הפוסקים אם מהני מעמד שלשתן בע"כ של הלוה כמבואר סי' קכ"ו סעיף ז' ובש"ך שם ס"ק כ"ח. והש"ך הכריע כהסוברים דלא מהני בע"כ. ועכ"ז נראה דאין להוציא מהמקבל אם הוא מוחזק שתפס מהלוה דיכול לומר קים לי כהמחבר. ומכש"כ לפמש"כ האו"ת שם להכריע דאם שתק הלוה אף דלא אמר הן חייב ע"י מעמ"ג. א"כ משכחת ליה זה אם שתק הלוה בעת שהמחה להמקבל אצלו ע"י מעמ"ג. ואף במקום שיש ספק ספיקא נגד המוחזק מ"מ מהני תפיסה כמש"כ הרא"ש בב"ק פ"ב סי' י"ב וכן כתבתי בספרי נחל יצחק סי' מ"ז סעיף א' ענף ב' לבאר זה ע"ש. ע"כ שפיר יש לדון דמהני תפיסת הקונה האומר ברי לי כי הלוה חייב ולא פרעו מעולם ואין מוציאין ממנו כי יכול לטעון קים לי כהסוברין דאף בכהאי גוונא מהני קנין מעמד שלשתן:

סימן עו

(סי' ע"ו סעיף א'):

א אחד שלוה משנים כו' צריך ליתן לכ"א ק"ק אחר שישבע כ"א כו'. ומקורו הוא בריב"ף והרמב"ם פ"ד ה' גזילה ופ"ה ה' שאלה וכמש"כ הנמוקי יוסף בב"מ פ"ג משום דכלל הוא לכל הנוטלים שלא יטלו אלא בשבועה ובהרא"ש בב"מ שם:

ובאה"ע סי' מ"ט סעי' א' המקדש אחת מן ה' נשים ואינו יודע איזו היא וכ"א אומרת אני הוא אסור בקרובות כולן ונותן גט כו' ומניח כתובה ומסתלק ואם קידש בביאה קנסו אותו חכמים שיתן כתובה לכל אחת. וכתב הב"ש בס"ק ב' בח"מ סי' שס"א מבואר אם גזל מאחד צריך ליתן לכ"א וכ"א ישבע וא"י למה לא תשבע כאן ג"כ כ"א ובש"ס מדמה אלו שני דינים להדדי עכ"ל. ונראה לע"ד ליישב משום דהא התם באה"ע דקנסו אותו שיתן כתובה לכ"א משום דעביד איסורא דקידש בביאה דלכאורה יש להעיר כיון דגם האשה עבדה איסור בזה דאין סברא לחלק בין איש לאשה וכמו שהעיר בישועות יעקב לאה"ע סי' כ"ו. א"כ כמו כן ה"ל למקנס את הנשים שלא יתן כתובה לכ"א ואדרבה בזה הי' לאוקמי על דין תורה דהא ע"פ דין פטור ליתן לכ"א. ועיין בב"ק (דף ל') בתוס' ד"ה שטר שיש בו רבית כו' הקשה ריב"א כו'. ואין זה ענין לנ"ד. ואפשר לומר הטעם בזה ע"פ הא דיבמות (דף פ"ה ע"ב) דאמרו דאלמנה לכה"ג וכו' יש לה כתובה ושניות מד"ס אין לה כתובה מפני דזה הוא מרגילה וזו היא מרגילתו. ופי' רש"י דהיכא דלא מפסדא מידי בביאתו היא מרגילתו כו'. ועיין באה"ע סי' קט"ז בב"ש ס"ק א'. ולפ"ז י"ל דה"ה בקידשה בביאה דכיון דמפסדת למה שהיה נצרך ליתן לה מטבע או ש"פ עבור הקידושין אך דהוא מרגילה להתקדש לו בביאה אבל היא אינה מרגילתו בזה דאין רצונה להפסיד את הכסף שהיה נותן לה זולת אם לא קידשה בביאה. ועיין בקידושין (דף ו' ע"ב) תוס' ד"ה דארווח לה כו' שכתבו ומה שפירש רש"י דרבית קצוצה לא הוי כו' לא נהירא כיון שהוא נותן לה פרוטה בקידושין כו' עכ"ל. אף שהיה יכול לקדשה בשטר מ"מ מקרי זה ש"פ משום די"ל דלא היתה נתרצית להתקדש בשטר רק בכסף. ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ד. ועוד די"ל דגם קידושין בשטר עדיפא לה משום הראיה דבשטר דיש לה עליו דנתקדשית לו. וע"כ מקרי קדושי ביאה דיש לה פסידא ואינה מרגילתו רק הבעל מרגילה ומסיתה לזה ע"כ קנסו אותו ביותר דמכין אותו ע"ז וכן קנסוהו הכא שיתן כתובה לכ"א ולא אותה. אבל בעצם העבירה דאסרו חז"ל לקדש בביאה האיסור מוטל עליו ועל האשה וכמו בכל איסורי ביאה מדרבנן דלא מחלקינן בין איש לאשה: וכיון דגם האשה עבדא איסורא במה שנתרצית להתקדש לו בביאה א"כ נפסלת האשה לשבועה וכעין דברי הסמ"ע בסי' ל"ד ס"ק ד' בשם המרדכי. ואף דפסולי דרבנן צריכים הכרזה עכ"ז הא דעת המהר"ם שיף בב"מ (דף ה') דלשבועה מיפסל אף בלא הכרזה וכ"כ הכנה"ג שהובא באו"ת סי' ל"ד ס"ק כ"ב. וידעתי מה די"ל בזה ע"פ דברי התוס' בב"ק (דף ס"ב) ד"ה חמסן יהיב דמי כו' והדברים ארוכין. וגם הא ידוע מש"כ הנימוקי יוסף שהובא בח"מ סי' ל"ד בסמ"ע ס"ק נ"ו ובש"ך ס"ק כ"ג דלאותו דבר נפסל אף בלא

הכרזה. ע"כ הכא דנשבעת האשה דקידשה בביאה דלפי דברי' היא פסולה לשבועה וע"כ אין רשאים למסור לה שבועה כמו בכל החשודים דאין מוסרין להם שבועה. ועיין בכתובות (דף כ"ה ע"ב) בתוס' ד"ה הרי שאמר בני כו' דכתבו דלדבריו קרוב הוא כמו בהחולץ לדבריך כו' ואין עדות כו' ע"ש. וה"ה הכא לפי דבריה חשודה היא ואין מוסרין לה שבועה. וכמבואר בסי' צ"ב סעי' ה' דבמודה מעצמו אינו נשבע ליטול כיון שהוא חשוד לפי דבריו. ולכן הכא דקנסו אותו שיתן כתובה לכ"א אם יצטרכו הנשים לישבע אז יהיה הדין דלא יטלו כלל כיון דאין מוסרין שבועה להם כנ"ל ע"כ קנסוהו שיתן כתובה לכ"א אף דאינן נשבעות. אבל בשא"ד דיכולים כ"א לישבע ולא יתבטל התקנה במה דקנסוהו ע"כ תקנו שלא יטול רק בשבועה: ועוד יש לדון בזה ע"פ מש"כ בספר ברית אברהם ח' ח"מ סי' י"ד בטעמא דמילתא דרוב אינו מחייב שבועה משום דאם ישבע נגד הרוב הוי כמו דנתברר לנו דנשבע שקר דהא אזלינן בתר רובא בכה"ת זולת בממון משום חזקת ממונא. א"כ לפ"ז יש לדון בגזל או לוה מן חמשה ב"א דהדין הוא דנשבע כ"א שגזל לו ונוטלין דאיך יכולין למסור לו שבועה הא על כ"א מהם לאחר שנשבע יש לנו עליו בירור מצד הרוב להכחישו דהא בעת דפריש מן החמשה אנשים שנסתפקנו מי הוא הנגזל ואיזה מהם נשבע לשקר יש לנו לומר עליו כל דפריש מרובא פריש. ולא שייך כאן קבוע כמע"מ כיון דלא נודע לנו מי הוא הנגזל ומי הוא הנשבע באמת דהא רוב אנשים מהם נשבעו לשקר כיון דלא ניכר לנו האמת וכמש"כ התוס' בנזיר (דף י"ב) גבי צא וקדש לי אשה דאסור בכל הנשים דאין זה קבוע דאורייתא כיון דלא ניכר לנו האיסור. אף דידוע להשליח ולהעדים שהיו בעת הקידושין מ"מ אין זה קבוע מה"ת רק משום קנסא דרבנן אתו עלה. וכ"כ התוס' בגיטין (דף ס"ד) דהא דאמרו בנזיר אשה הדרא לניחותא. אין זה רק קנס מדרבנן. ועיין ביו"ד סי' ק"י ש"ך ס"ק י"ד ובמג"א סי' שכ"ט ס"ק ג'. א"כ לכאורה יש להעיר בגזל מחמשה וא"י דנשבע כ"א ונוטל דתקשה דאיך מוסרין לו שבועה דהא יש לנו הרוב המכחיש לכ"א ומבררת לנו דנשבע לשקר. ובאמת העיקר בזה כמו שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ו דלכן יכולין למסור שבועה לכ"א בזה משום דהא כ"א אומר ברי לי דהנני נשבע באמת וגם יש חזקת כשרותו המסייעו א"כ הא ברי וחזקת כשרות מהני לסמוך עליו אף נגד רובא וכמש"כ הרא"ש בכתובות בסוגיא דפ"פ ע"ש. וע"כ שפיר יכולין למסור לכ"א שבועה הכא:

א"כ זה לא שייך רק היכא דלדברי התובע דנשבע יש לו חזקת כשרות אלימתא וע"כ מקרי זה ברי וחזקת כשרות. אבל בקידש א' מן ה' נשים וא"י איזהו מהם וכיון דקידשה בביאה וכבר נתבאר דגם האשה עבדא איסורא א"כ ממילא איתרע חזקת כשרות של

האשה עכ"פ ואף דאינו רק עבירה מדרבנן מ"מ מרעינן ע"י זה להחזקת כשרות וכעין זה כתב הפני יהושע בגיטין בסוגיא דנכתב ביום דאיתרע חזקת כשרות ע"י זנות פנויה אף דלא הוי רק איסור דרבנן וכ"כ החמדת שלמה ח' אה"ע סי' י"ט ע"ש. וכעין זה כתב המהרי"ט ח"א סי' מ"א והביאו הברית אברהם ח' יו"ד סי' מ"ט ע"ש והדברים ארוכין ובמק"א הארכתי בעיקר הסברא הזאת. א"כ הכא דעיקר הטעם דמשבעינן לכ"א אף דהוא נגד הרוב דיש לדון על כ"א מהם דכל דפריש מרובא פריש וגם הא לא שייך קבוע בזה כנ"ל. דהטעם הוא משום ברי וחזקת כשרות המסייע לו א"כ הכא גבי חמש נשים הללו דאף לדברי האשה האומרת ברי לי שנתקדשתי לו מ"מ איתרע חזקת כשרותה לפי דבריה עכ"פ כיון דעבדה איסורא דרבנן. ועוד דאף דנימא דעיקר האיסור לקדש בביאה אינו רק על האיש ולא על האשה מ"מ הא עברה האשה על לפני עור דאם לא היתה מתרצית להתקדש לו בביאה לא היה עובר הבעל על איסור זה וגם בדרבנן שייך לפ"ע וכמש"כ התוס' בעו"ג (ד' כ"ב) ד"ה תיפוק לי' משום לפ"ע כו' וביו"ד סי' ק"ס סעי' א' בהג"ה ע"ש. א"כ ממילא איתרע חזקת כשרותה עכ"פ כיון דעבדא איסורא דלפ"ע אף דאינו רק מדרבנן. וכיון דלדבריה האומרת דקידשה בביאה איתרע חזקת כשרותה עכ"פ כנ"ל. ע"כ אין אנו יכולין למסור להאשה שבועה משום דזהו נגד הרוב ולא מבעיא בעת שתהיה פריש מן הרוב אז בוודאי יש לנו הרוב המכחישה דהא כל דפריש מרוב פריש ואף בעת שיהיו ביחד ג"כ הא לא שייך כאן לומר קבוע כמעמ"ד כיון דאינו ידוע לנו האמת וכמו שכתבו התוס' בנזיר וגיטין הנ"ל דדוקא בניכר האיסור שייך קבוע משא"כ התם בנזיר אינו קבוע מה"ת רק משום קנסא אמרו לחלק דאשה הדרא לניחותא כו'. וגם הא כתבו התוס' בכתובות (דף ט"ו ע"א) ד"ה דילמא אזלא כו' לפרש התם דלא שייך כן בנ"ד ע"ש. ולכן הכא בקידש א' מן חמש נשים וא"י איזה מהן קידש בביאה אין אנו יכולין למסור שבועה לכ"א מהן משום ה"ט ע"כ תקנו שיתן כתובה לכ"א אף דאינן יכולות לישבע משום דאל"כ יתבטל תקנתם מה דקנסו אותו שיתן כתובה לכ"א. ומה"ט אף בנסתפק על אחת משתי נשים שאינו יודע איזה מהן קידש אף דלא שייך התם לדון להך רוב דשייך גבי קידש א' מן חמש נשים ואין יודע איזה מהן קידש דנקטו ביבמות (דף קי"ח) ובאה"ע סי' מ"ט. משום דאין סברא לומר דגבי קידש א' מן חמש נשים וא"י יהיה הדין דחייב לתת כתובה לכ"א אף דאינן נשבעות ואלו גבי קידש א' משתי נשים וא"י כו' יהיה הדין דלא יטלו רק בשבועה וע"כ תקנו לתקנתם דקנסו גבי קידשה בביאה שיתן כתובה אף דאינן נשבעות משום דאל"כ יתבטל להתקנה דקנסו שם גבי קידש בביאה. ומתורץ קושיות הב"ש:

וראיתי בקרבן נתנאל על הרא"ש ביבמות פ' ט"ו סי' י"א ס"ק למ"ד שכתב לתרץ לקושיות הב"ש וז"ל ולי לק"מ דהכא חמש נשים תובעין אותו ואם הי' טוען ברי שאינו חייב אלא לאחת מהנה שיודע הי' נשבע ופטור ועכשיו שטוען שמא הוא מחוייב שד"א דהא מודה באחת מהם וא"י לישבע משלם משא"כ התם לענין גזל השבועה לנגזלים כדתנן אלו נשבעין ונוטלין הנגזל כו' מ"ה כל א' נשבע עכ"ל הק"נ. ודבריו תמוהין. (א) איך שייך בהנך חמש נשים לדון דה"ל מודה במקצת ואי"ל משלם. דהא אינו מודה לאחת מהם בוודאי דהא אינו יודע למי מהן קידש א"כ אין זה מקרי כלל מודה במקצת. (ב) לפי דבריו דזה הוי כמו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ונוטל חבירו בל"ש א"כ כמו כן יש לדון התם בענין גזל מחמשה וא"י למי דיהי' נוטלים בל"ש כיון דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לפי שיטתו. והא דמביא ראי' מן אלו נשבעין ונוטלין הנגזל כו'. הא התם אינו נוטל הנגזל מן הדין רק בתורת קנס כמבואר בסי' צ' בטור וברמב"ם והובא בש"ך שם ס"ק א' והש"ך שם הביא בשם הלח"מ שהקשה דיהיה נוטל הנגזל משום דין דחשוד על השבועה כנגדו נו"נ ותירץ ע"ש. וכיון דהנגזל שם לא היה לו ליטול מן הדין ע"כ שפיר תקנו שם שלא יטול רק בשבועה. אבל היכא דהדין הוא דהגזלן ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כפי שיטת הק"נ דבהודה שחייב לא' מהם וא"י למי דה"ל כמו מודה במקצת וא"י על המותר. א"כ ה"ה בגזל מחמשה הדין הוא דה"ל הגזלן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דהא לא גרע זכות הנגזל משארי אדם דנוטלין בכה"ג בל"ש ע"כ תקשה לפ"ד דלמה חייבו שבועה לנגזלין שם. (ג) ועוד קשה לפי דבריו דאמאי בקידשה בכסף בלא ביאה וא"י למי דאמרו ביבמות שם דמניח כתובה ומסתלק ובקידשה בביאה משום קנסא אתו עלה הא כיון דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם הדין נותן דישלם לכ"א מן הדין. וע"כ כל דברי הק"נ הם תמוהים מאד:

וכ"ז לפי פשוטו אכן בעיקר דברי הק"נ נעלם ממנו דברי הנימוקי יוסף בב"מ פ"ג והרב המגיד פ"ה ה' שאלה בשם הרשב"א והובא בש"ך הכא בס"ק ד' ובסמ"ע ס"ק ב' באחד שלוה משנים מזה מנה ומזה ר' שכתבו דלכן לא אמרו דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום דהא ברי לו שאינו חייב לשניהם רק ש' ה"ל כטוען ברי לענין זה וכ"כ הבעה"ת בשם הרמב"ם ע"ש בש"ך. ואף דהתם דמודה לכ"א על מנה דלכאורה ה"ל כמודה במקצת והמותר אינו יודע דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ועכ"ז אמרו התם דלא מקרי זה חמשין ידענא וחמשין לא ידענא משום דהא טוען ברי שאינו חייב לשניהם רק ש'. א"כ כש"כ היכא שאומר שאינו יודע למי הוא חייב המאה

דוודאי דאין זה מקרי כלל כמו מודה במקצת ולא דיינינן בזה דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וגם הא פסקו כולם הכא בהודה שלוה משניהם מזה ק' ומזה ר' דצריך ליתן לכ"א ר' אחר שישבע כ"א. הרי להדיא דלא כדברי הק"נ ודברי הק"נ תמוהין מכמה טעמים וע"כ שפיר הקשה הב"ש. אכן לפי מש"כ מתורץ קושיות הב"ש על נכון. וכן מתורץ עפ"ז דברי הרמב"ם פ"ט ה' אישות ה' כ"א שכתב דבקידשה בביאה קנסו שיתן כתובה לכ"א ולא הזכיר שישבעו הנשים וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ד ה' גזילה ה"ט ובפ"ה ה' שאלה ה"ד דישבעו ואח"ז יטלו וכמש"כ הכ"מ ה' שאלה ה' ט' בשם הרי"ף והרא"ש בטעמו של דבר זה. אכן לפי מה שכתבתי מתורץ גם דברי הרמב"ם על נכון. והנה מן דברי התוס' יו"ט ליבמות פ' ט"ו משנה ח' משמע דס"ל דגם בהנך חמש נשים דקנסוהו שיתן כתובה לכ"א דצריכים לישבע מקודם כמש"כ התוס' יו"ט שם בד"ה ר"ע אומר כו' עד שיתן כו'. דקאי שם על הך דקידש אחת מחמש נשים דאמרו שם בלשון עד שיתן כו' דאלו בהך דגזל מחמשה אמרו בלשון עד שישלם כו'. א"כ מוכח להדיא דהתוס' יו"ט ס"ל דלא כהב"ש אלא דגם בהנך חמש נשים אינן נוטלין עד שישבעו והרמב"ם והטוש"ע קיצרו בזה וכן הדעת נוטה דהא הש"ס מדמה אותן להדדי וכמש"כ הב"ש. וס"ל להתוס' יו"ט דהאשה לא מיפסלא לשבועה עי"ז ודלא כמש"כ לעיל. וגם י"ל דס"ל להתוס' יו"ט לסברת רע"א זצ"ל כפי שכתב בתוס' רע"א למשניות סנהדרין פ"ג משנה ג' אות ט' בפסולי דרבנן לענין שבועה לא מפסדינן זכותא דאחרים כ"ז שלא הכריזו עליו ע"ש. וה"ה הכא כיון דקנסוהו ליתן כתובה לכ"א ואם לא ימסרו שבועה להנשים אז יהיה הדין דיטלו בל"ש דאל"כ תתבטל לה תקנתם. וכיון דיהיה פסידא לו אם יהיו חשודים על השבועה ע"כ שייך הכא סברת הגאון הנ"ל דלא מפסדינן זכותא דאחרים כ"ז שלא הכריזו. ולכן לדינא אין להוציא ממון ממנו גם בהנך חמש נשים כ"ז שלא ישבעו וכדברי התוס' יו"ט:

וראיתי בספר מלא הרועים אות מ' בפיסקא מתוך שאי"ל משלם אות י"ג שהקשה עלה דב"מ (דף ל"ז) דנותן לזה מנה כו' והא ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ונדחק לתרץ זה. ונעלם ממנו לדברי הנ"י והמ"מ והבעה"ת והסמ"ע והש"ך הכא שהקשו כן וכתבו לחלק דלא שייך כאן כלל לדון להך דמתוך שאינו יכול להשבע משלם כנ"ל. וכן כתב התוס' יו"ט בב"מ פ"ג משנה ד' בשם הנ"י כנ"ל. ועיין בב"ח בטור כאן ס"ק ב' במש"כ בד"ה ומ"ש ומדברי א"א הרא"ש יראה כו' ואפשר דלפי דהרמב"ן כתב בלוה מזה מנה ומזה מאתים דצריך ליתן לכ"א ר' ולא כתב דכ"א ישבע ויטול כו' אכן מן בעה"ת בשם הרמב"ן דגם הוא ס"ל דליכא הכא למימר מחוייב שבועה כו' ופשיטא דכ"א נשבע

ונוטל ולפי שהוא דבר פשוט לא היה צריך לפרש עכ"ל. הרי דמצינו דאף דלא כתב הרמב"ן בפירוש דכ"א ישבע דמ"מ אמרינן דכ"א ישבע וסתם בזה וכן מצינו כאן בסעי' ב' היה שנים תובעים אותו כו' צריך ליתן לכ"א מנה. ולא כתב בפי' דכ"א ישבע אך הש"ך בס"ק י"ד כתב דצריכים לישבע. וכן מצינו לקמן סי' ש' סעי' ג' שכתב המחבר וכן מי שתבעוהו שנים כו' ישלם לשניהם. ולא כתב בפי' דישבעו אך הסמ"ע והש"ך כתבו שם דישבעו. כמו כן י"ל בדברי הש"ע באה"ע סי' מ"ט דקיצרו בזה וסמכו על מה דמבואר בכמה דוכתי בש"ע ח"מ דצריכין לישבע. וידעתי מה דיש לחלק דשאני הכא בסעי' ב' ולקמן בסי' ש' סעי' ג' הנ"ל דכיון דהזכירו שם לעיל בריש הסימן דישבעו ע"כ קיצר הש"ע בזה לקמי' אח"ז משא"כ באה"ע סי' מ"ט ע"כ שפיר כתב הב"ש דה"ל לכתוב בפי' דישבעו. אבל גם זה אינו מוכרח די"ל דסמך על מה שמבואר בח"מ בכ"ד דלא יטלו עד שישבעו וכעין דברי הב"ח על דברי הרמב"ן והוי כש"כ מדהתם:

והנה לקמן סעי' רכ"ב סעי' ג' לקח מקח מחמשה ב"א וכפר ונשבע על שקר כו' חייב לשלם לכ"א. ולא כתבו שם בטוש"ע דלא יטלו רק בשבועה ולא נזכר שם כלל מזה. והדין מורה דגם שם ישבעו כ"א מקודם דמ"ש מכל הנך ואפ"ה קיצרו בזה משום דסמכו על המבואר בכ"ד דצריכים לישבע. ע"כ כ"כ י"ל בהך דאה"ע דקיצרו וסמכו על המבואר בח"מ בכ"ד דישבעו. אך אפשר לומר כיון דמבואר בב"ק (דף ק"ג) דהיכא דאישתבע אף ר"ט מודה דאמר קרא לאשר הוא לו יתננו כו'. א"כ זהו מדינא ולא בתורת קנסא ע"כ אפשר לחלק דדוקא היכא דהוי בתורת קנסא דיתן לכ"א בזה תקנו דלא יטלו רק בשבועה אבל היכא דהוא מדינא דאין לו כפרה עד שיגיע ההשבה ליד הבעלים בזה אף דלא ישבע ג"כ מחוייב להשתדל שיגיע ההשבה ליד הבעלים ומה"ט אף בלא תבעו ליה חייב התם. ואף שאינו רוצה התובע לישבע אין זה הוכחה כ"כ דהא כתב הר"נ בשבועות רפ"ז דאיכא אינשי דפרשי אף משבועת אמת. והש"ך בסי' רכ"ב בס"ק ז' שם כתב דבתורת קנס אתו עלה אף בנשבע לשקר וכ"כ הש"ך כאן ס"ק ו' דבנשבע קנסינן ליה שחייב ליתן לכ"א. הרי דס"ל להש"ך דאף בנשבע ג"כ אינו מן הדין רק מקנסא א"כ לפי דברי הש"ך הדין נותן דגם בנשבע לשקר לא יטלו רק בשבועה דמ"ש וניזל בתר טעמא דכתבו שם הראשונים במה דהצריכו שבועה שם ואפ"ה לא הזכירו שם בסי' רכ"ב שום רמז מן השבועה א"כ לפי"ז שפיר י"ל כן בהך דאה"ע וליתא להוכחת הב"ש שם. אכן לפי מש"כ דמדינא הוא ליתא להוכחה זו. אך כבר כתבתי לעיל דלדינא אין לזה הכרח ואין להוציא ממון נגד התוס' יו"ט הנ"ל. וכעת ראיתי בנתיבות כאן בס"ק ג' שתמה על הש"ך

כאן במש"כ דבנשבע לשקר קנסינן כו' דזהו מדינא ולא מקנסא. וזהו כמו שכתבתי. ויש להאריך בפרט הזה הרבה ובב"ק (דף מ') חייבי כופר מאי כו' וקצרתי: ב (שם סעיף ב): היו שנים תובעים אותו כו' צריך ליתן לכ"א מנה. וכתב הבאר הגולה בס"ק ד' דלא דמי ללקח מקח מן ה' וא"י דמניח דמי המקח משום דשא"ה דסתם מקח יש לו תובעים מיד משא"כ פקדון דמפקידין לזמן רב וכן סתם הלואה ל' יום וה"ל למידק נמוקי יוסף עכ"ל הבא"ג. וכן כתב הש"ך לקמן בסי' רכ"ב בס"ק ד' בשם הנ"י וכ"כ הסמ"ע בסי' ש' ס"ק י"א בשם הנ"י. ולפי מש"כ הסמ"ע שם דבפקדון שהוא לאחר זמן דמקרי פשיעה במה שלא כתב שם המפקיד על כיסו. א"כ לפ"ז הדין נותן דבהלואה דלא שייך לומר דה"ל לכתוב שם המלוה על כיסו דיהיה דומה ללקח מקח מן ה' וא"י למי דמניח דמי המקח ומסתלק. אבל באמת הא מבואר הכא הדין כן גם בהלואה דצריך ליתן לכ"א משום דסתם הלואה שלשים יום וה"ל למידק ולכתוב על פנקסו:

והנה הב"ח בטור ח"מ סי' ס"ז סעי' י"ג דעתו שם דהך סתם הלואה ל' יום דיינינן כן גם בקנה חפץ דאינו יכול לתבוע דמי המכירה בתוך ל' יום והובא זה בגשו"ע דהגר"ע איגר זצ"ל בח"מ סי' ע"ג סעי' א' ע"ש. והכא מוכח דדוקא בחוב הלואה אמרו דסתם הלואה למ"ד יום אבל בלקח מקח אין הדין כן דאם כדברי הב"ח דגם בחוב מכירה אמרינן כן א"כ תקשה על מה שפסקו הכא בחוב הלואה דא"י למי דצריך ליתן לכ"א דמ"ש זה מלקח מקח כו'. ועיקר החילוק הוא דסתם מקח יש לו תובעים מיד משא"כ בהלואה דהוי ל' יום כנ"ל אבל לדברי הב"ח תקשה עדיין דמ"ש זה מן לקח מקח כו'. ומוכח מזה דלא כהב"ח אלא רק בהלואה אמרו דסתם הוי ל' יום משא"כ בחוב מכירה. [ועיין בשבת (דף קמ"ח) ובתוס' ד"ה שואל אדם כו' ובראש פ"ק דמכות ובח"מ סי' ע"ג ובסי' שמ"א סעי' א' וקצרתי. ועיין בפלפלא חריפתא בפ"ג דב"מ ס"ק נ' וס"ק ש'] ויש לחלק דדוקא היכא שלא התנו שיהי' מכירת החפץ בהקפה כלל אז אמרו דסתם מקח יש לו תובעים דלפי שעה רוצים הדמים וכמש"כ הנימוקי יוסף אבל היכא שאמרו דמוכרין בהקפה בזה שפיר כתב הב"ח דהוי ג"כ כמו סתם הלואה ל' יום:

ולפי הטעם דכתבו דלכן בלקח מקח וא"י למי דמניח דמי המקח משום דסתם מקח יש לו תובעים מיד ולא ה"ל למידק. א"כ לפי מש"כ הבית יוסף סי' ס"ז סעי' י"ט עלה דהקפת חנות אינה משמטת דהקפת חנות דרך להקיף שנה ושנתים כו' וכ"כ הסמ"ע לעיל סי' ס"ז בס"ק כ"ו. וכ"כ התוס' יו"ט בפ"י משביעית משנה ב'. ולפ"ז יש לדון בהקיף בחנות וא"י ממי והם תובעים לו דבזה הדין דישלם לכ"א כמו הכא בהלואה ובפקדון ודוקא

בלקח מקח שאינו בהקפת חנות בזה אמרו דסתם מקח יש לו תובעין מיד ולא ה"ל למידק משא"כ בהקפה בחנות דה"ל למידק ולכתוב בפנקסו כיון דנמשך החוב לזמן ארוך:
ולכאורה יש להקשות על מש"כ הכא לחלק בין מקח לחוב הלואה ופקדון דחוב הלואה ופקדון דנמשך לזמן ארוך חייב ליתן לכ"א דה"ל למידק א"כ לפ"ז יש להעיר באה"ע סי' מ"ט בקידש א' מן ה' נשים וא"י למי דאם קידש בכסף דמניח כתובה כו' וכמבואר ביבמות (דף קי"ח). הא בחוב כתובה אין הזמ"פ אלא לזמן ארוך אם תתאלמן או תתגרש וגם אם תובעת הארוסה להארוס נותנין לו זמן יב"ח כמבואר בכתובות (דף נ"ז) ובאה"ע סי' נ"ו וגם בבעולה הא נותנין לו זמן שישאנה ל' יום. א"כ הא דומה זה לחוב הלואה הכא דאמרו דכיון דיש לו זמן סתם הלואה ל' יום דה"ל למידק ונותן לכ"א א"כ ה"ה התם בחוב כתובה ה"ל לומר דיתן לכ"א מה"ט. ויש לחלק דשאני בקידש אשה כיון דאין קידושין בלא עדים ומיירי בקידשה לפני עדים והלכו למדינת הים או מתו. וכן בהך דכתב כתובה לארוסה דשם כתב הנימוקי יוסף דמיירי בקנו העדים ממנו והלכו למדינת הים. ע"כ י"ל דמה"ט בקידש אשה לא ה"ל להבעל למידק כ"כ דהא סמך על העדים דהיו אז בעת הקידושין והקנין וע"כ לא ה"ל למידק בזה אף דנמשך לזמן רב ולא מקרי פושע דהא לא אסיק אז הבעל אדעתיה דילכו העדים או ימותו וע"כ מניח כתובה ומסתלק משא"כ הכא בחוב הלואה ופקדון דלא היה לו על מי לסמוך וה"ל למידק ודינו כפושע וחייב ליתן לכ"א ואינו קשה כלל. ולפ"ז ה"ה בלוה בעדים וא"י ממי דהעדים הלכו או מתו. בכה"ג הדין דמניח ביניהם מנה וזה דומה להך דקידש בכסף דמניח ביניהם כנ"ל ואפשר לחלק דשאני בקידש אחת מחמש נשים די"ל דלא ה"ל למידק כ"כ דלא חיישינן שתבא אשה אחרת לתובעו דהא תהיה נכשלת כל ימיה באיסור בעילת זנות בלא קידושין וכדמצינו בכ"ד דאמרו חזקה אין אדם עושה בעילת זנות וקצרתי:
ג' (שם סעיף ג'):
ואי לא תבעו ליה אלא הוא מעצמו אומר א' מכם הלוה לי מנה ואיני יודע איזהו פטור אף מידי שמים וי"א שלצאת יד"ש צריך לתת לכ"א. והש"ך ס"ק י"ח הקשה דהא לקמן סי' ש' סעי' ג' כתב הרב בסתם כסברא הראשונה וקשה דאמאי לא הגיה כאן דעיקר כסברא הראשונה דהא אין לחלק בין הלואה לפקדון בזה כו' עכ"ל:
ולפי ענ"ד יש לחלק בפשיטות בזה בין הלואה לפקדון. והוא די"ל כיון דבפקדון אינו חייב השומר רק על פשיעה והכא לא מקרי פשיעה במה שהנפקד אינו יודע כיון שגם המפקיד אינו יודע וכמש"כ הסמ"ע בס"ק ה' ובסי' ש' ס"ק י"ב. ע"כ י"ל דלכן פטור אף לצי"ש ודוקא בהלואה שהלוה חייב באונסין א"כ אף דנימא דמה דשכח הלוה מי הוא

המלוה זה לא מקרי פשיעה. מ"מ הא להמלוה האמיתי יש עליו חיוב לשלם לו ולא מיפטר משום טענת אונס וכיון דמוטל עליו חיוב לשלם לא' מהשנים אך אינו יודע למי הוא החייב באמת ע"כ חייב לצי"ש לשלם לכולם לדעת יש אומרים. משא"כ בפקדון דפטור על אונסין ואף באונס ממון פטור הש"ח כמבואר בסי' רצ"ב סעי' ח' ובב"ק (דף קי"ז ע"ב) דאף בנשא נתן ביד מיפטר בפקדון אם אדעתא דכספא אתו וכמש"כ התוס' שם בד"ה ואי לאו אדעתא דכספא אתו כו' וכמש"כ הש"ך בסי' רצ"ב ס"ק ך' דאדעתא דהכי לא קיבל שמירה ע"ש. וכה"ג כתב הרמ"א בתשובה סי' ק"ו דאם לא הציל את חפץ הנפקד אצלו מן השריפה מחמת שהיה טרוד להציל את שלו דש"ש חייב אבל ש"ח פטור וכמש"כ בארוכה הקצה"ח והנתיבות בסי' ש"ג ודלא כהש"ך שם. והכל הוא מחד טעמא דאף אונס ממון מקרי אונס גבי פקדון ואדעתא דהכי לא קיבל שמירה עליו. וע"כ הכא אם תחייבנו לשלם לכ"א לצי"ש א"כ יפסיד מעות שלו ע"כ בכה"ג לא קיבל שמירה מעיקרא ולא נשתעבד מעולם ע"ז ואין עליו חיוב כלל אף להמפקיד האמיתי לכן מיפטר לצי"ש מכולם. משא"כ בהלואה הכא דחייב באונסין ומוטל עליו חיוב לשלם להמלוה האמיתי אף דעי"ז יוציא מעות מכיסו ע"כ ס"ל להיש אומרים דחייב לשלם לכ"א לצי"ש. משא"כ בפקדון דאם תחייבו לשלם לכולם יפסיד מעות שלו. וכיון דזה לא מקרי פשיעה על כן מיפטר אף מן יד"ש. דהא אף להמפקיד האמיתי פקע ממנו החיוב כיון דע"ז זה יפסיד מעותיו שלו א"כ דמי ממש להנידון של תשובת הרמ"א הנ"ל: ועפ"ז יש לדון במש"כ הש"ך בסי' נ"ח ס"ק ז' להכריע לדינא דהיכא דהמפקיד והשליח חייב לשלם אינו יכול לתפוס ממנו ע"י מיגו וכמש"כ בתשובת הרא"ש. ובסי' קכ"ה בש"ך ס"ק כ"א הביא בשם הטור שם דס"ל בשליח מן לוה להביא המעות להמלוה דאם יש להשליח מיגו נגד המשלח וטוען דהמלוה חייב לו דנאמן במיגו. והקשה דהא זהו סותר לדברי תשובת הרא"ש הנ"ל דכיון דהלוה יתחייב לשלם להמלוה כיון דהמלוה כופר בהחוב שטוען השליח ה"ל גבי' חוב שאינו ידוע ע"כ אינו יכול לתפוס מהלוה עבור חוב שיש להשליח על המלוה כיון דיהיה פסידא להלוה כמו הא דסימן נ"ח הנ"ל ע"ש:

אבל באמת יש לחלק בין הלואה לפקדון בזה. די"ל דחוב הלואה שאני כיון דהמשלח חייב בחוב הלואה להמלוה שלו ע"כ שפיר יכול השליח לתפוס ע"י מיגו שלו שיש לו נגד המשלח לומר דהמלוה חייב לו. דהא לדבריו דהמלוה חייב לו והמשלח חייב להמלוה א"כ משועבד המשלח להשליח מדר"נ. וכיון דהמשלח חייב להמלוה שלו בחוב הלואה. ומוטל עליו חיוב אונסין ולכן אף דמוכרח עי"ז להוציא מעות משלו עוד מ"מ מוטל עליו חיוב תשלומין. וכיון דרחמנא שווי' לבע"ד שלו בתורת שעבודא דר"נ

ואותו הזכות שהי' להמלוה הראשון שייך להמלוה הב' וכמש"כ הקצה"ח ריש סי' פ"ו לפרש הענין דשדר"נ. ע"כ כמו שהמשלח חייב לב"ח שלו אף דיקרה לו אונס ממון ואונס גופו ה"ה דהוא נתחייב למלוה השני בתורת שדר"נ. אף דיהי' לו אונס בממונו וכהנה: לכן שפיר פסק הטור דיכול השליח לתפוס ע"י מיגו אף דהמשלח יחוייב לשלם להמלוה שלו. מ"מ יכול לתפוס דהא טוען דהמשלח הוי בע"ד שלו מצד שדר"נ. ואף דיצטרך ע"ז להפסיד מעות שלו דיחוייב לשלם להבע"ח שלו. מ"מ לא איכפת לי' בזה כיון דהוי הוא הבע"ד שלו וחייב אף על כל אונס שיארע לו. אבל גבי פקדון והא דסי' נ"ח דתופס ממון של השליח מחמת טענת סטראי דהנפקד פטור אם יארע לו אונס ממונו ע"י הפקדון. וכיון דהתם אם יוכל לתפוס מן הנפקד או השליח א"כ יצטרך הנפקד והשליח לשלם להמפקיד והמשלח. לכן אף דמצינו בסי' פ"ו דגם גבי פקדון מוציאין מהנפקד ע"י שדר"נ. מ"מ הא אף להמפקיד הראשון שלו אינו מחוייב אם יקרה לו אונס בממונו ע"י הפקדון. ואמרינן דאדעתא דהכי לא קיבל מעולם השמירה עליו כנ"ל. ולכן כיון דעי"ז יחוייב להוציא מעות מכיסו ע"כ פקע ממנו חיוב על גופו. ולא שייך בזה לדון שדר"נ. כיון דע"מ כן לא נתחייב מעולם בתורת ש"ח. והא דתופס מהנפקד והשליח בטענת סטראי. אינו רק מחמת שנוטל ממונו של הבע"ח שלו. ע"כ שפיר אמרו בזה כיון שיצטרך הנפקד והשליח לשלם להבע"ד שלו. ע"כ אינו תופס ממונו של הבע"ח שלו רק משל הנפקד הוא תופס. וכיון דאין לו חיוב על גופו ע"כ לא יכול לתפוס ממונו דהא שדר"נ לא שייך בזה כיון דבהאי גוונא מיפטר אף נגד המפקיד שלו. והוא חילוק ברור ופשוט ומתורץ קושיות הש"ך הנ"ל ואינו סותר דברי הטור דסי' קכ"ה להא דתשובת הרא"ש הנ"ל. וכן הוא נכון לדינא:

סימן עז

א (סימן ע"ז סעיף א' ש"ך ס"ק א'):
הביא בשם תשובת הרמ"א דשנים שקבלו פקדון ביחד אין נעשים ערבים זה לזה. והש"ך חולק עלי'. והקשה לי חכם א' על הרמ"א מהירושלמי דהובא בתוס' קידושין (דף מ"ב ע"ב) ד"ה וכן בדיני ממונות כו' דהדא דתימא בשטר אבל בכסף לא בתר דתקון רבנן ש"ה. ולשיטת הרמ"א משכחת עדיין בנתן להשלוחים פרוטה א' ואז לא יצטרכו לישבע דהא אין נשבעין בפחות מפרוטה דהא אינו יכול לתבוע מכ"א שיעור פרוטה. כיון דאינם ערבין זל"ז ועיין בקצה"ח סי' פ"ח ס"ק ה'. וכעת ראיתי בספר קהלת יעקב על אה"ע סי' ל"ה סעי' ב' שהקשה כן ונשאר בצ"ע:

ונלפענ"ד בקצרה ליישב זה בפשיטות דהא עיקר סברת הרמ"א דס"ל בשנים שקבלו פקדון אינם ערבין זל"ז. הוא מטעם שכתב הרמ"א שם דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד א"כ יכול לומר אוקימנא גברא בחריקאי ע"כ אין לחייבו על חלק מחצה של חבירו דהא כיון דאם הי' מוסר עכשיו הפקדון לאחר הי' נפטר ע"כ לא שייך לחייבו משום ערבות ע"ש. א"כ ז"א שייך רק באם הי' אשתו ובניו חייבים אז יכול לומר אוקימנא גברא בחריקאי. משא"כ אם נימא בהפקיד ש"פ בצמצום דלא יהי' חייב א' על חלק חבירו מן דין ערבות. א"כ אז לא יהא להמפקיד חוב על שום א' מהם משום דהא אין נזקקין על פחות מש"פ. ע"כ ממילא הוי האומדנא דמן הסתם הי' דעת המפקיד שיהי' חייב כ"א בפ"ע. והא עיקר הטעם דשומרים דחייבין כדינן הוי הטעם משום לא שדי זוזי בכדי וכמש"כ הנ"י בב"מ. א"כ כאן ג"כ שייך לומר משום לא שדי זוזי הוי כוונת המפקיד שיחוייב כ"א עבור חלק חבירו דאל"כ הא יפסיד לגמרי. וראי' לזה מירושלמי שבועות פ"ה הלכה א' דאי' שם אם הפקיד לשנים ש"פ וכפר א' מהם חייב קרבן שבועה. אלמא להדיא דנזקקין להם אף דלא קבלו פקדון רק על ש"פ ומוכח כנ"ל דבש"פ שאני:

וכן מוכרח לומר כן גם לשיטת הסוברים דשייך ערבות בפקדון וכמש"כ הש"ך שם. דתקשה ג"כ למאי דקיי"ל בסוף סי' מ"ט דהיכא דאין יכול לגבות מהלוה אינו גובה מן הערב. דא"כ איך אמרו בירושלמי שבועות דבקבלו פקדון ש"פ יכול לתבוע מא' מהן. הא כיון דאינו יכול לגבות חצי פרוטה מן חבירו משום אין נזקקין על פחות מש"פ. א"כ ממילא פקע שעבודו מן הערב. וע"כ מוכח דאף להסוברים דשנים שלוו אינן ערבים קבלנים רק ערבים סתם כדקיי"ל. עכ"ז בהפקיד לשנים ש"פ מודו דדינם כמו קבלנים ממש. משום דאל"כ לא יגבה לעולם מהם וכיון דלא שדי זוזי בכדי בע"כ הי' כוונתו לחייב כ"א על חלק חבירו מן דין ערב קבלן. ובקבלן הדין דיכול לגבות מן הע"ק אף דלא מצי תבע מן הלוה כמבואר בסי' קכ"ט סעי' ט"ו ע"ש. וכ"א מתחייב על כולי פרוטה בדין רמ"ג ורמ"ג. וע"כ הוי שפיר נוגעין בעדותן וע"כ אמרו בירושלמי הנ"ל דאבל בכסף לא ומתורץ קושיא זו. ולכאורה י"ל דהירושלמי שם דמיירי גם לב"ש שם והא ביש ס"ל בקידושי אשה בדינר א"כ אין מקום לקושיא זו כלל. אבל באמת ז"א דהא הירושלמי שם מיירי גם לב"ה א"כ תקשה עדיין. וע"כ העיקר כמש"כ לעיל: ובעיקר דברי הרמ"א בשנים שקבלו פקדון עיין מזה במחנה אפרים ה' שומרים סי' כ"ז שכתב דיש לדון דלא שייך בזה דין ערבות משום דלא מטא הנאה לבן אדם. אבל באמת י"ל דגם זה מקרי הנאה כמבואר בב"מ (דף צ"ד) דבהאי הנאה דמהימן לי' כו'. ועיין בב"מ (דף נ"ח) בתוס' ד"ה אריו"ח כו'. ובש"ך ח"מ סי' ס"ו ס"ק קכ"ט וקצרתי:

ולכאורה יש להוכיח מהתוס' ב"מ (דף פ') ד"ה ואי דוכתא כו' דכתבו דמספק שניהם פטורים שם ואי נימא דגם בפקדון הם ערבים זה לזה הדין נותן שם דיש לגבות מכ"א משום ממנ"פ דאף אם אינו החייב אלא שותפו הזיק דמ"מ יש לגבות ממנו משום ערבות. אכן אם נימא כדעת הרמ"א א"ש דברי התוס' הנ"ל. וי"ל דזה שיטת רש"י שם והנ"י דס"ל דחייב משום ערבות. אך באמת לא שייך בזה ערבות דזה דומה להא דסו"ס מ"ט בשני יוב"ש דאם אין יכול לגבות מהלוה דאין גובה מהערב אף דאיכא ממנ"פ. אך לפמש"כ האו"ת בסוף סי' מ"ט ס"ק כ"א להשיג על הש"ך שם דכיון דשייך ממנ"פ א"כ דומה להא דסי' קכ"ט ע"ש. א"כ שייך שפיר התם בב"מ ערבות ולכן י"ל דשיטת רש"י והתוס' בב"מ שם זה תלוי בפלוגתת הש"ך והאו"ת הנ"ל. ולקמן בחידושי יתבאר בעז"ה כל זה בארוכה:

ב (שם סע' א'):

שנים שלוו כו' או שקבלו פקדון שניהם ערבים זל"ז. ש"ך ס"ק א' או שקבלו פקדון. הביא בשם תשובת הרמ"א דכתב בשנים שקבלו פקדון דלא נעשו ערבים כו'. והשער משפט כתב להכריע כהרמ"א מטעם דכיון דלא מטיא הנאה לאינש אחרינא ע"כ לא שייך בזה דין ערבות דה"ל כמו זרוק דינר לים כו' והאריך בזה. וכבר הקדימו בזה המחנה אפרים ה' שומרים סי' כ"ז וכתב ג"כ דלא שייך ערבות בפקדון דלא מטי לי' הנאה לנפקד דאין הערב מתחייב אלא כי מטי הנאה לחבירו כו'. אך באמת י"ל דהנכון עם הש"ך דס"ל דשייך ערבות בפקדון משום דגם זה מקרי מטא הנאה ליד בן אדם דהא אמרו בב"מ (דף צ"ד) גבי מתנה ש"ח להיות כשואל דלכן חייב משום דבהאי הנאה דהימני' גמר ומשעבד נפשי'. אלמא דזה מקרי הנאה להנפקד ע"כ שפיר מקרי זה מטא הנאה לנפקד דיהיה חייב הערב משום ערבות כמו בכל מקום. רק בזרוק מנה לים וכה"ג דלא מטיא הנאה לשום בן אדם כלל בזה אמרו דלא חל בי' דין ערבות. ועיין בתשובת הרמ"א סי' כ"ז הנ"ל שכתב להסביר דלכן בשנים שקבלו פקדון לא נעשו ערבים לפי שאין להנפקד טובה ע"כ אין לנו אומדנא דנתערבו זל"ז ע"ש. י"ל דס"ל דאף דמצינו דאמרו בהאי הנאה דהימני' גמר ומשעבד כנ"ל. עכ"ז לא נחשב זה ההנאה כ"כ לדון האומדנא הנ"ל:

אבל מ"מ אין זה דומה לזרוק מנה לים דמ"מ מקרי זה מטיא הנאה עכ"פ דהא אין שיעור לזה. ומה"ט היכא דהתנה בפירוש גם הרמ"א מודה דנתחייב בדין ערבות. ועיין בתוס' ב"מ (דף נ"ח ע"א) ד"ה אמר ר' יוחנן כו' ובש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ט:

ולעיל בחידושי לסי' זה כתבתי מזה בקצרה וכאן הנני לבאר בארוכה: ענף א:

ולולי דברי הראשונים דכתבו דגם בשומרים שייך דין ערבות הייתי דן לחלק בין שומרים להלואה בדין ערבות. והוא דהא קיי"ל דאין על הערב חיוב ביותר מן מה שמחוייב הלוה דמה"ט היכא דהלוה פטור אז גם הערב מיפטר כמבואר בבכורות (דף מ"ח) ובח"מ סוף סי' מ"ט ולקמן סי' קכ"ט ש"ך ס"ק כ'. והנה שיטת הרא"ש והרמב"ן והנ"י והרשב"א וש"פ דס"ל דנכסי שומר לא משתעבדי רק מן עת פשיעה ואונסין כמבואר בסי' שמ"א ש"ך ס"ק ו' ומה"ט ס"ל להרבה פוסקים בטוען השומר איני יודע דלא הוי כאיני יודע אם פרעתי רק כאיני יודע אם נתחייבתי כמבואר בסי' רצ"א ש"ך ס"ק מ"ד. והקצה"ח סי' ש"מ ס"ק ד' ביאר דאף כל זמן שהפקדון בעיני' ליכא שום חיוב על השומר כלל ועיקר חיוב שומרים מתחיל מן עת אונסין להך שיטה דנכסי שומר מעידן פשיעה אשתעבד. וכ"כ הקצה"ח בסי' פ"ו ס"ק ד' דמה"ט לא שייך שעבוד דר' נתן בפקדון. ולכן יש לדון דמה"ט לא שייך דין ערבות בשומרים דכיון דעיקר חיוב שומרים לא חל מעכשיו רק מעידן פשיעה או אונסין ע"כ ממילא לא חל החיוב על הערב מעכשיו ג"כ. דהא אין סברא דחיוב הערב יהי' מעכשיו ואף השומר אינו חל מעכשיו. וכללא הוא דכל היכא דגוף הבע"ח פטור דאז גם הערב פטור ואין להטיל חיוב על הערב ביותר מן גוף הבע"ח: וכיון דעיקר חיוב הערב אינו חל מעכשיו ע"כ יש מקום לדון דלפ"ז פטור הערב לגמרי וגם לאחר זמן מיפטר. דהא כל עיקר חיוב של הערב הוא אסמכתא ורק משום האי הנאה דמהימן ליה אמרו דגמר ומשעבד נפשיה כמבואר בב"ב (דף קע"ג). א"כ י"ל דזה אינו רק היכא דחל החיוב מעכשיו. ובשביל האומדנא דבהאי הנאה דמהימן ליה אמרינן דהתחייב ע"י זה מעכשיו. אבל היכא דאינו חל מעכשיו יש לומר דהוי אסמכתא. ומצינו בדין אסמכתא דהיכא דאמר מעכשיו מסתלק דין אסמכתא כמבואר בב"מ (דף ס"ו) ובתוס' והרא"ש שם ובח"מ סי' ר"ז. ואף להסוברים דבאסמכתא גמורה לא מהני מעכשיו עכ"ז היכא דלא הוי אסמכתא גמורה לכ"ע מהני מעכשיו כמבואר בסי' ר"ז ובסי' קי"ג. ע"כ מנלן דחיוב ערבות יהיה מועיל היכא דאינו חל מעכשיו דילמא דייניגן כה"ג דין אסמכתא דלא קני. וביותר יש לומר כיון דעיקר חיוב ערבות הוא משום האי הנאה דמהימן ליה כו'. ובספרי נחל יצחק לח"מ סי' מ' כתבתי בארוכה די"ל דהאי הנאה כו' דאמרו בש"ס בכ"ד יש לומר דזהו כמו קנין חליפין. ולכן כמו דמצינו גבי קנין חליפין דלא מהני להקנות לאחר שלשים יום כמו שמבואר בנדרים (דף מ"ח) וביבמות (דף צ"ג) בתוס' שם ובח"מ סי' קצ"ה. ה"ה י"ל דלא חל חיוב עליו לאחר זמן ע"י הך האי הנאה כו' דלא עדיף זה מן חליפין גמורה. ואף לפמש"כ בספרי שם דהך הנאה דאמרו בש"ס ה"ל זה כמו קנין כסף. ובקנין כסף מהני לאחר שלשים יום כמבואר בקידושין (דף נ"ח)

ובח"מ סי' קצ"א. וגם יש לחלק דשאני קנין סודר דהדר סודר למרי' משא"כ הך בהאי הנאה דאמרו דהא הך הנאה נמשכת גם לאח"ז וע"כ מהני אף לאחר שלשים יום. עכ"ז יש לדון כיון דעיקר חיוב הערבות אינו חל מעכשיו רק לאח"ז מן עת אונסין א"כ זה דומה לקנין לאחר ל' יום דמצי לחזור בו בתוך שלשים יום כמבואר בקידושין (דף נ"ט) ובאה"ע סי' מ' גבי קידושי כסף לאחר שלשים. אך חיוב שומרים עצמן אף דחיוב שלהם אינו חל רק לאח"ז מן עת אונסין מ"מ לא מהני חזרה של השומרים מקודם שאירע האונס משום דכן גזרה התורה על השומרים שיותחל חיוב שלהם מן עת האונסין והוי מלוה הכתובה בתורה. אבל להיות חייב בדין ערב יש לומר דכיון דאינו חל החיוב לשעתו דמצי לחזור בתוך כך מקודם דאירע האונס. וגם הא נתבאר דיש בזה דין אסמכתא כיון דאינו חל בשעתו כנ"ל:

ונפ"מ בין שני הטעמים הנ"ל דאלו להטעם שכתבתי דהוי אסמכתא א"כ אף אם לא חזר השומר בנתיים ג"כ אינו מתחייב. אבל לפי מש"כ הטעם דה"ל כמו קנין כסף לאחר שלשים א"כ כל זמן דלא חזר בנתיים חייב. וע"פ כל מש"כ יש לדון בהא דסי' קכ"ט סעי' ח' בדברי הרמ"א בשם הרשב"א במי ששאל חפץ מחבירו כו'. אך בלא"ה הא כתב הש"ך שם ס"ק ך' בשם הב"ח דדוקא בקנו מידו כו'. והנה לפי סברת המח"א שכתב דלכן אין חל דין ערבות בפקדון משום דלא מטא הנאה כו'. א"כ לפ"ז בשאלה יש דין ערבות כמש"כ המח"א שם. אכן לפמש"כ יש לדון אף בשאלה דלא יהיה ביה דין ערבות. והא דמבואר בירושלמי שבועות פ"ה ה"א הפקיד לשנים דשייך בו דין ערבות. יש לומר דהירושלמי ס"ל דנכסי שומר משתעבד מן עת משיכה וכמו איכא דמתני לה ארישא דכתובות (דף ל"ד) וב"ק (דף קי"ב). אבל להסוברים כלישנא בתרא דשם דלא משתעבדי רק מעת פשיעה. שפיר יש לומר דלא שייך דין ערבות בשומרים:

ובב"מ (דף ל"ג ע"ב) שותפין ששאלו ושילם א' מהן מהו ופי' רש"י ושילם חצי דמיו מהו שיקנה הכפל מי אמרינן הרי שילם כל המוטל עליו עכ"ל רש"י. והקשה הנמוקי יוסף והר"נ בחי' שם וכן הר"נ בפ"ה דשבועות מן הירושלמי דפ"ה דשבועות דשנים שלוו ערבאין זל"ז. וכתבו לתרץ אכן לפמש"כ יש מקום לומר דס"ל לרש"י דשאני שומרים כיון דלא אשתעבד מעת משיכה. וכן י"ל דהך סוגיא דב"מ ס"ל ג"כ כהך לישנא בתרא דכתובות הנ"ל ע"כ שפיר כתב רש"י דכיון דשילם מחצה הרי שילם כל המוטל עליו כן י"ל לולי דברי הראשונים הנ"ל. וראיתי בשיטה מקובצת לב"מ (דף ל"ד ע"ב) ד"ה שותפין ששאלו ושילם א' מהו שכתב להקשות על רש"י הנ"ל מן הירושלמי דשבועות הנ"ל. וכתב בזה"ל ושמא נאמר שאין אחריות זה על זה אלא דומיא דמלוה כששלח בה יד

אבל אין חיוב פשיעה ואונסין של זה אחריותו על חבירו ואינו מחוור כו' עכ"ל השמ"ק. אכן לפמש"כ יש להסביר שפיר הך ושמא נאמר כו'. דבחיוב פשיעה ואונסין כיון דלא משתעבד ממשיכה לכן אין בהו דין ערבות כלל:

(הגה"ה וע"פ מש"כ לדון דחיוב שומרים אינו חל החיוב מעכשיו רק לאח"ז יש להסביר עפ"ז כוונת התוס' בב"מ (דף נ"ח) ד"ה אמר ר' יוחנן כו' דהיכא דמיפטר משבועה לא משתעבד משום בהאי הנאה דהימני' בלא קנין. והובא בש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ט והסביר זה ביתר ביאור דדוקא מי שהוא בדין השומרים יכול לחייב א"ע אף בדברים אבל מי שאינו בתורת שומרים כלל א"א שיחול עליו חיוב אא"כ קנו כו' עכ"ל. ולכאורה קשה דמ"ש דהא כיון דאמרו בהאי הנאה דהימני' גמר ומשעבד נפשיה. א"כ מסתמא יש שיווי להאי הנאה דמי שיווי פרוטה. ועיין בש"ך סי' ש"ג ס"ק א'. ע"כ הדעת נותנת דאף היכא דלא הוי בדין שומרים יחוייב עי"ז. אכן לפמש"כ א"ש דכיון דעיקר חיוב שלהם אינו חל רק לאח"ז ע"כ אינו מתחייב בפשיעה ואונסין רק בקנו מידו דהוי כעין אסמכתא כמש"כ הש"ך בסי' מ' ס"ק ד' והמח"א ה' ערב סי' א' דחיוב שומרים הוי אסמכתא יע"ש. אבל מי שהוא בדין שומרים שאני דכן גזרה תורה בדין שומרים כמש"כ לעיל וקצרתי. ומש"כ הרמ"א בתשובה סי' כ"ז הנ"ל, דהיכא דהתנו הנפקדים שיהיו חייבים בתורת ערבות דחייבים כדתנן מתנה ש"ח להיות כשואל כו' והובא באו"ת. באמת אין זה מדוקדק כ"כ לפמש"כ. אך בלא"ה יפה כתב כיון דעיקר סברת הרמ"א דאינן חייבים משום ערבות משום דליכא אומדנא דמתחייבים לזה כמש"כ הרמ"א דהא לא קבלו שום טובה. ע"כ ממילא היכא דהתנו בפי' שאני. אך לפי סברת המח"א והשער משפט יש לעיין בזה וקצרתי:

ע"כ הגה"ה:

ובב"מ (דף פ') אמרו ואי דוכתא דמחזקא גונדרי תרווייהו משלמין ופי' רש"י והנ"י משום שהיה להם להיזהר כו' והוי דבר המוטל בספק. והתוס' ד"ה ואי דוכתא כו' הקשו דהא קיי"ל כרבנן דפליגי על סומכוס. וכ"כ הריטב"א שם. [וי"ל בזה ע"פ מש"כ התוס' בב"ב (דף ס"ב) ד"ה איתמר להאי גיסא כו' ועיין תוס' כתובות (דף צ"ח ע"ב) ד"ה אר"פ כו' ובט"ז סי' קפ"ג סעי' ו' וקצרתי]. ובח"מ סי' ש"ט בסמ"ע ס"ק ט"ז הביא בשם הע"ש דכתב ג"כ דלכן משלמין האומנין משום דהוי ספק מכח מי נשברה והקשה עליו הסמ"ע. אך י"ל דהנכון עם פי' רש"י והנ"י לפי מה דקיי"ל דשנים שקבלו פקדון ערבים זל"ז. א"כ שפיר גובין משניהם בתורת ערבות דממנ"פ חייב כ"א מחצה בוודאי דאם מדחהו לומר דהשני הוא הפושע א"כ חייב הוא מן דין ערבות. אכן לפמש"כ הש"ך בסי' מ"ט

ס"ק כ' ביוב"ש שערב בעד יוב"ש כשם שא"י לתבוע הלוה כן א"י לתבוע הערב. א"כ ה"ה הכא י"ל ג"כ כיון דאינו יכול לתבוע מן המזיק כן א"י לתבוע הערב. אבל לפמש"כ האו"ת סוף סי' מ"ט לחלוק על הש"ך דכיון דלדברי הערב הוי הלוה הבע"ח לכן גובין מהערב ע"ש. א"כ ה"ה הכא כיון דמדחהו ואומר דהשני הוא הפושע והוא החייב ע"כ ממילא גובין ממנו מצד ערבות לכן שפיר כתבו דמשלמי תרווייהו. ואחר כותבי ראיתי בחידושי ר"ע איגר לב"מ (דף פ') שכתב ג"כ כל זה. והתוס' והריטב"א דהקשו. י"ל דס"ל כשיטת הרמ"א דבפקדון לא שייך ערבות. אמנם יש לומר דהא סברת הרמ"א הוא דכיון דלא הוי טובה להנפקד ע"כ לא אמרינן האומדנא דנעשו ערבים. א"כ הכא באומנין דיש להם הנאה מן הכלי שת"י ומה"ט נעשים ש"ש כמבואר בב"מ (דף פ') דבזה אף הרמ"א מודה דנעשו האומנים ערבים זל"ז. אכן לפמש"כ די"ל דבכל שומרים ואף בשואל לא נעשו ערבים להסוברים כהך לישנא דמשעת פשיעה אשתעבד משום דהוי ערבות לאח"ז כנ"ל. ע"כ שפיר י"ל בכוונת התוס' והריטב"א הנ"ל דס"ל לדינא כשיטת רוב הפוסקים דשומר אשתעבד מעת הפשיעה ואין סברא לומר דהך סוגיות הגמ' דב"מ יסבור שלא אליבא דהילכתא דהא קאמרי שם והלכתא כו'. ובפרט דהוזכר שם מעיקרא ר"פ. ור"פ הא ס"ל דמפשיעה אשתעבד כמבואר בכתובות (דף ל"ד). ולכן שפיר הקשו כן. ולפ"ז יהיה מוכח מן התוס' והריטב"א בב"מ הנ"ל דס"ל דאין דין ערבות בשומרים. אך אין זה הכרח כ"כ די"ל דהתוס' ורש"י יפלגו בפלוגתת הש"ך והאו"ת סוף סי' מ"ט כנ"ל. עכ"פ י"ל דהנכון עם הע"ש שכתב דמשלמין שניהם מכח ספק לפי מה דפסקו בסי' ע"ז דגם בפקדון נעשו ערבים ומתורץ קושיות הסמ"ע. ונתבאר דלולי דברי הראשונים הנ"ל יש מקום לחלק דשאני שומרים דאף דהתנו בפירוש אין בהו דין ערבות:

ענף ב:

ועוד יש לומר דאף לשיטת הסוברים דנכסי שומר ממשיכה אשתעבד עכ"ז יש לדון דאין חל חיוב על הערב בשומרים כיון דעיקר חיוב שומרים הוא בתנאי אם יגנב וכה"ג וכמש"כ הש"ך בסי' מ' ס"ק ד' א"כ זה דומה להא דמבואר בסי' קל"א סעי' יו"ד שיטת הרמב"ם והמחבר דערב בתנאי אינו מתחייב משום דה"ל אסמכתא. והרמ"א הביא שם שיטת י"א דס"ל דאין בערבות שום אסמכתא כלל. א"כ לשיטת הרמב"ם והמחבר דס"ל דערבות בתנאי לא משתעבד א"כ ה"ה ערבות בשומרים דה"ל כעין תנאי י"ל דלא משתעבד. והך דינא דערבות בשומרים תלוי בהך פלוגתת הפוסקים הנ"ל. ועיין לקמן סי' קכ"ט סעי' ח' ברמ"א מי ששאל חפץ כו' וציין לעיין סוף סי' קל"א. אך לפי מש"כ האו"ת בסי' קל"א ס"ק ח' לחלק דדוקא היכא שהלוה חייב א"ע בלא תנאי רק הערב

התחייב בתנאי בזה ס"ל דאין הערב חייב. אבל היכא דגם חיוב הלוה הוא רק בתנאי בזה כ"ע מודו דהערב חייב ע"ש. א"כ הכא בשומרים דגם עיקר החיוב של השומרים עצמן אינו רק בתנאי ע"כ הערב חייב בהו לכ"ע. א"כ אינו דומה זה להא דסי' קל"א סעיף יו"ד: אמנם יש לומר דזה דומה להא דסי' קל"א סעי' ט' בראובן שמכר שדה ולוי קיבל אחריות לא נשתעבד לוי וזהו שיטת הרמב"ם והמחבר שם ועיין בטור וסמ"ע שם. והבית יוסף שם כתב הטעם דשאני מלוה דאדעתא דהכי נחת לפרוע משא"כ ערב דשדה דסמכה דעתו שלא יוציאנה מת"י הלוקח כו'. והאו"ת שם הביא בשם ג"ת דהקשה ע"ז והאו"ת כתב להסביר על נכון דבערב דעלמא איכא חד ספיקא כו' משא"כ בשדה איכא תרי ספיקי דילמא לא יהא ערעור כלל על השדה ואת"ל כו' דילמא יהא סיפוק ביד המוכר לפרוע ובהך טובי ספיקא לא גמר ומקני נפשי'. אך קשה מערב דכתובה דהא הוי ג"כ תרי ספיקא אולי תמות בחייו ואולי יהיה סיפוק ביד הבעל כו' ודוחק לחלק עכ"ל האו"ת. אך באמת אין זה קשה דהא הך ספק דילמא תמות בחייו אין זה ספק השקול כ"כ להצטרף לספק ספיקא דהא אכתי הוי ספק דילמא יגרשה בגט ויגיע זמן גביות כתובה. וכעין מש"כ התוס' בב"מ (דף נ"א) ד"ה הכא מי ידע כו' בסה"ד שם. ועיין בהפלאה לכתובות (דף פ"ד) בתוס' ד"ה וסבר רב כו'. וידוע מש"כ התוס' בכתובות (דף ט' ע"ב) ד"ה אי למיתב כו' דהיכא דאיכא ס"ס הסותר לחד ספיקא לא חשיב הך ספק להצטרף לספק ספיקא. א"כ ה"ה הכא דבעיקר חיוב על הבעל מכתובה איכא ספק ספיקא לחייבו. משום דילמא ימות בחיי אשתו ודילמא יגרשה בגט דהא בידו לגרשה. ע"כ הוי זה כמו חוב ברור משא"כ בספק ערעור על השדה דהוי ספק השקול בעיקר החוב ע"כ הוי ס"ס מעליא ולא נשתעבד הערב ומתורץ קושיות האו"ת. ועפ"ז יש לדון בראיות האו"ת שם ס"ק ח':

ולפ"ז יש לדון בחיוב ערבות דשומרים כיון דעיקר החיוב של השומר הוא רק בתנאי שאם יארע אונס או פשיעה וכה"ג דאז יתחייב השומר. וכ"ז דלא אירע כ"ז רק החפץ הוא בעיני' אין על השומר שום חיוב לפמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ו ובסי' ש"מ. ועיקר החיוב של השומר הוא רק כשיהיה פשיעה וכה"ג. ואף אם יהיה פשיעה וכה"ג אכתי ספק דילמא יהיה סיפוק ביד השומר עצמו במה לשלם. וכיון דשיטת הרמב"ם והמחבר בסי' קל"א סעי' ט' הנ"ל דהיכא דאיכא ספק ספיקא לא משתעבד הערב א"כ מה"ט י"ל דלא מהני חיוב הערב בשומרים. אך לשיטת הישׁ"ש דהובא בקצה"ח סי' ש"מ דס"ל דכ"ז שהפקדון הוא בעיני' לכ"ע יש חיוב על השומר מיד. אין לדמות כ"ז להא דסי' קל"א הנ"ל משום דהא מיד שקיבל הפקדון יש עליו חיוב ברור. אכן לפמש"כ הקצה"ח כנ"ל

שפיר יש לדמות זה להא דסי' קל"א הנ"ל. כן יש מקום לדון בזה לולי דברי הראשונים הנ"ל. ומה שהוכיחו כן מירושלמי דשבועות פ"ה כמש"כ הרא"ש והר"נ שם. הנה לפי מה שנתבאר יש לדון בראייתם הנ"ל וקצרתי:

אמנם כיון דכל הראשונים כתבו דשייך ערבות בכל חיובי שומרים ולא אשתמיט שום פוסק דיפלוג. ואף הרמ"א בתשובה דחולק בפקדון טעמו משום דכיון דלא הוי טובה להנפקדים ע"כ אין כאן אומדנא זו אבל בשאלה דיש להם הנאה או אף בפקדון היכא דהתנו בפירוש אף הרמ"א מודה ולכן הנני מבטל דעתי כנגדם. וביאור סברתם הוא כי במש"כ לעיל דלשיטת הרמב"ן והנ"י וש"פ דס"ל נכסי שומר מפשיעה אשתעבד לא שייך בזה ערבות משום דלא הוי מעכשיו וכמש"כ לעיל בארוכה י"ל דס"ל דעכ"ז החיוב שמשעבד א"ע הערב הוא חל מעכשיו דמחמת אומדנא דבהאי הנאה דהימני' גמר ומשעבד נפשיה אמרינן דנתחייב א"ע באופן המועיל מעכשיו דאל"כ יתבטל ענין הערבות ואמרינן בזה דבכדי לא הוי עביד וכעין הא דח"מ סי' קצ"ה סעיף ה' ברמ"א שם וכן מצינו בכ"ד. ולכן כיון דהמפקיד אינו רוצה להאמין להנפקד רק ע"י ערבותו הוציא חבירו הממון ע"פ. ע"כ יש לנו אומדנא ברורה דהתחייב א"ע מעכשיו בכל החיובים שיהיה חייב הנפקד לאח"ז. ולכן אף הרמב"ן והנ"י דס"ל דמפשיעה אשתעבד כמש"כ הש"ך בשמם בסי' שמ"א עכ"ז הקשו בהא דב"מ (דף ל"ד) דשותפין ששאלו ושילם א' מהן דמוכח התם דשותף אינו חייב רק במחצה דהא בירושלמי אמרו דשותפין שלוו ערבאין זל"ז וחילקו כמבואר שם. אלמא דס"ל בפשיטות דאף בחיוב שומרים אף דמפשיעה אשתעבד מ"מ שייך גם התם הך דין דהם ערבים זל"ז. והוכיחו כן מהא דירושלמי רפ"ה דשבועות דמבואר התם דאף בפקדון לשנים הם ערבים כמש"כ הר"נ והרא"ש שם. דאל"כ הא אף בפקדון בעיני' לא יתחייב לשלם אם כופר הנפקד או דיהיה אלם וכה"ג. לפמש"כ הקצה"ח דאף בבעין אין עליו חיוב רק מעת שכופר. וכמו הא דפרה שאולה וטבחה דכתובות (דף ל"ד). א"כ לפ"ז לא יהיה דין ערבות בפקדון כלל כיון דאין חיוב הנפקד מעכשיו. וע"כ מוכח דס"ל דמחמת האומדנא דאין המפקיד רוצה להאמין להנפקד עד שיקבל זה עליו חוב ערבות אמרינן דנתחייב הערב מעכשיו בכל החיובים שיהיו לאח"ז על הנפקד. ואף דכללא הוא דבמקום שהלוה פטור דאז גם הערב פטור מ"מ ז"א רק היכא דעצם החוב שעל הלוה אינו חל אז אין דין ערב כלל. אבל היכא שיש חיוב על הבע"ח אף שהוא לאח"ז ולא מעכשיו מ"מ כיון שהוא חייב עכ"פ לכן לא דייניגן בזה הך כללא דאל"כ נלקה הדין דמה יעשה המפקיד דלא הימני' להנפקד זולת הערבות.

ולכן אמרינן דהערב התחייב מעכשיו בכל החיובים שיהיה חייב הנפקד לאח"ז. ועיין בסמ"ע סי' קכ"ט ס"ק כ"ה ובב"ח וט"ז שם וקצרתי:

וכן במה שהעירותי מן הא דסי' קל"א סעי' ט' וסעי' י'. הנה באמת מוכח מן הראשונים והירושלמי דשבועות פ"ה דס"ל דשייך דין ערבות בשומרים. דהיכא דחיוב הבע"ח הוא רק בתנאי דבזה אף הערב חייב וכמש"כ האו"ת בסי' קל"א ס"ק ח' וכמש"כ לעיל. והא דחיוב אחריות בשדה דסעיף ט' שם בע"כ מוכח דשא"ה ע"פ סברת הטור שכתב שם בכוונת הרמב"ם דלכן לא נשתעבד לפי שלא על אמונתו הלוהו כו' דעביד אינש דזבין ארעא ליומא. ועיין בט"ז שם ובטורי אבן לר"ה דף ז' ע"ב. [ומה שהקשה הט"ז שם דהא לא קיי"ל כשמואל בב"מ (דף י"ד). ז"א קשה דכעין זה כתב הטור בסי' ק"ח סעיף ל"ב לחלק דשאני לקוחות דזבין ארעא ליומא. ואף דלא קיי"ל כשמואל דב"מ הנ"ל מ"מ חזינן למ"ד דס"ל כן וע"כ הוי זה חשש רחוק וקצרתי]. אבל בפקדון דהוי חשש מעליא דילמא לא ירצה להחזיר הפקדון בעיני' ג"כ או חשש פשיעה וכה"ג בזה שייך שפיר לומר דעל אמונתו הפקידו אצל חבירו וכ"ע מודו דשייך דין ערבות בשומרים ולכן לא מצינו להראשונים דיחלוקו ע"ז. וגם בכוונת הבית יוסף בסי' קל"א שכתב הטעם דלכן לא מהני ערבות באחריות דשדה דכיון שרואה דאין מערער עליו ודאי כשמתערב אדעתא שלא יוציאנה מת"י נחית ואילו היה יודע שיוציאו מת"י לא היה מתערב עכ"ל הב"י. הנה לדעתי אין כוונתו לפי שיש בזה ספק ספיקא כמש"כ האו"ת בכוונתו. אלא לפי שחשש גזלנותא או ערעור מן ב"ח הוי חשש רחוק ביותר דהא קיי"ל דאחזוקי אינשי בגזלנא לא מחזקינן וכן חוב יש לי בידך הוי טענה גרוע כמבואר בסי' ע"ה. [ועיין ב"ב דף מ"ו ע"ב ובתוס' ד"ה לוקח מעיד כו']. ע"כ לא נחת הערב אדעתא דחיוב כלל. משא"כ חשש פשיעה וגניבה ואבידה דשכיח. [ועיין בש"ך סי' קכ"א ס"ק ס"א ובאו"ת סי' ק"ח ס"ק ה']. וה"ה חשש כפירה על הפקדון דכ"ז שכיח וכיון דנחת אדעתא דחיוב ע"כ ממילא מתערב גם בחיוב אונסין אף דנאנסו לא שכיח כמש"כ התוס' (ב"ב דף ע') ובח"מ סי' ק"ח. משא"כ חיוב אחריות דשדה דאינו רק על מילתא דלא שכיח ע"כ שפיר י"ל דאלו היה יודע שיוציאו מת"י לא היה מתערב כמש"כ הבית יוסף. ולכן שפיר הוכיחו הראשונים לחיוב אונסין בשותפין ששאלו מן דין ערבות כמו דמבואר בירושלמי גבי פקדון. ולא מחלקין דשאני אונסין דלא שכיח. משום דס"ל דאין לחלק כלל ביניהם: ולכן לא מבעיא אם התנו בפירוש דיהיה ערב על אחריות גניבה ואונסין בשאלה ואף בשותפין ששאלו ולא התנו בפירוש ג"כ חייבין השותפין באונסין משום ערבות כמש"כ האו"ת הכא בס"ק א' באורים בשם השמ"ק דב"מ (דף ל"ד) והרמב"ן דלכל מילי נכנס בערבות בעת קבלת

השמירה. וכן מוכח מן הר"ן בב"מ בחי' שם והר"ן פ"ה דשבועות והנ"י בב"מ שם שהקשו בהא דשותפין ששאלו ושילם אחד מהן מהו מהא דירושלמי דשותפין שלוו ערבאין זל"ז. ולא חילקו דשאני אונסין דלא שכיח ולא אמרינן האומדנא בזה דנתערב סתמא עבור חבירו כ"ז דלא התנו בפירוש משום דמילתא דלא שכיח לא אסיק אדעתי'. וע"כ מוכח דס"ל דלכל מילי דחיוב שומרים דחייב השומר. דנתערב בעדו בלא שום חילוק מן חיוב השומר עצמו וכמש"כ האו"ת והנה לכאורה אפשר לומר דהרמב"ן לשיטתי' אזיל דס"ל דגם אונסין מקרי מילתא דשכיח דהא ס"ל דטוענין נאנסו ליתמי כמבואר כ"ז בסי' ק"ח ש"ך ס"ק ח' ובכללי מיגו של הש"ך ס"ק כ"ב דס"ל להוכיח דנאנסו שכיח. ע"כ ס"ל להרמב"ן דאמרינן האומדנא דנתערבו גם עבור אונסין. אכן לפמש"כ התוס' בב"ב (דף ע') דנאנסו לא שכיח עדיין יש לומר דאפשר דלא אמרינן דנתערבו גם בעד אונסין דלא שכיח. אמנם יש להוכיח כן מן הנמוקי יוסף דכתב ג"כ שם בב"מ (דף ל"ד) בשותפין ששאלו ושילם א' מהו דגם באונסין חייבים משום ערבות. והנמוקי יוסף ס"ל דנאנסו לא שכיח כמש"כ בב"מ שם (דף ל"ה) בהא דאפקיד כיפי כו' כל לא ידענא פשיעותא כו'.. והובא בש"ך סי' קכ"א ס"ק ס"א ע"ש. הרי דאף הנ"י דס"ל דנאנסו לא שכיח עכ"ז ס"ל דשותפין ששאלו חייב כ"א משום ערבות אף באונסין. לכן לדינא נקטינן כמש"כ האו"ת דחייבין בערבות אף באונסין משום דנתערב על כל מילי דחייב הבע"ח עצמו:

ענף ג:

וראיתי בתשובת הרב מ' משה רוטנבורג סי' י"ג שכתב אם שני שותפים עשו שותפות עם א' לא אמרינן דהם ערבים על ההפסד משום דבעת עשיות השותפות אין כאן שום חיוב גמור על חבירו ולא אסקו אדעתייהו אז על ההפסד כמש"כ האו"ת סברא כיוצא בזה ולא אישתמיט חד מהפוסקים לומר כו'. ורב א' חולק עליו והובא בפ"ת סי' ע"ז ס"ק א'. אמנם לדעתי העיקר כדעת רב החולק עליו דהא עיקר הטעם דשותף חייב לשלם מביתו אף בלא התנו בפי' זהו משום אומדנא דאדעתא דהכי נשתתפו כמש"כ הרא"ש פ"י דכתובות סי' י' והובא בבית יוסף סי' קע"ו ובב"ח שם. [ושיטת הב"ח דאם ההפסד הוא מכח מו"מ דבזה חייב לשלם מביתו אף לפי שיטת יש מי שאומר בסי' קע"ו סעיף ו'. והובא בש"ך שם ס"ק י"ג. ושיטת האו"ת סי' צ"ג ס"ק י"א דהריוח שקיבל משועבד להההפסד לכ"ע. וכ"כ הנתיבות בסי' קע"ו ס"ק י"א]. א"כ לא מבעיא היכא דהתנו בפירוש לשלם ההפסד הרי חזינן דאסקו אדעתייהו אז בעת התחלת השותפות. וכן אף היכא דלא התנו בפי' אך דהיה ההפסד מכח מו"מ דחייב לשלם לשיטת הב"ח הנ"ל או לשלם מן הריוח שקיבל כבר דעיקר הטעם הוא משום האומדנא דהוי כהתנו בפירוש לשלם

מן הריוח שיקבל א"כ הא חזינן דאסיק אדעתי' בעת התחלת עשיות השותפות דישלם חבירו חלקו בהפסד שיהיה באופנים הנ"ל:

ולכן לא מבעיא אם התנו בפירוש שישלמו מביתם חלק ההפסד ודאי דנתחייבו ג"כ משום ערבות. ואף בלא התנו בפי' עכ"ז כיון שהשותף חייב לשלם ההפסד הבא מכח מו"מ להב"ח או לשלם מן הריוח שקיבל לידו כי הוא משועבד להקרן לפי דהוי כמו דהתנו בפי' דהריוח שיהי' יהא משועבד לתשלומי הקרן. א"כ זה דומה לשותפין ששאלו דחייבים גם על אונסין משום ערבות לכ"ע כנ"ל. דאף דלא התנו בפירוש בעת ששאלו שיהיו חייבין באונסין. עכ"ז אמרינן כיון דרחמנא חייבי' באונסין. וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סימן ג' ובספרי נחל יצחק סי' כ"ו ע"פ התוס' כתובות (דף נ"ו) ע"ש. דגם מחיוב שומרים אתינן עלה מצד האומדנא דמתחייבים א"ע לכל הכתוב בפרשה. ויהיה איך שיהיה עכ"פ חזינן דבכל מה שמחוייבים השומרים אף במה שיולד לאח"ז. וכן אף לשיטת רוב הפוסקים דנכסי שומר מעת פשיעה ואונסין משתעבד עכ"ז אמדינן דהערב התחייב מעכשיו בכל החיובים ובכל מה שיכול להיות לאח"ז. ואף באונסין דלא שכיח וכמש"כ לעיל כ"ז בארוכה. א"כ כש"כ הפסד הבא מכח מו"מ או הפסד הבא מצד אונסין וכה"ג דודאי כיון דהשותף מחוייב בזה ע"פ הדין דממילא נתערב חבירו עבורו אף דלא התנו בפי' על הערבות וכמו בהא דשותפין ששאלו. דהא הפסד לשותפות הוא מצוי ביותר מן אונסין דשומרים לפי דהפסד יכול להיות הן מכח אונסין. [היינו בהתנו לכ"ע או לשלם מהריוח שקיבל כנ"ל] או מאיזה זולא או אשראי דספק אתי ספק לא אתי ומה"ט אמרו בב"מ (דף ע') דעיסקא קרוב לשכר וקרוב להפסד. וכן אמרו שם (דף ס"ד ע"ב) כיון דמקבל עליו זולא קרוב לזה ולזה הוא. וכמו הא דכתובות (דף נ"ו) והלא אין קצובין ופוחתין וכן מצינו בכ"ד. א"כ חשש הפסד בהשותפות הוא מצוי ביותר מן חשש אונסין דחיוב שאלה. דהא בחשש הפסד גם אונסין בכלל ההפסד כנ"ל. וגם מצוי כמה אופני ההפסד מכח מו"מ הן מן פחת שיווי הסחורה מן זולא וכה"ג או מן הקפה דהוי אשראי כנ"ל. לכן כיון דחזינן דאף באונסין דלא שכיחי מ"מ חייבין השותפין משום ערבות אף דלא התנו בפירוש משום אומדנא דמסתמא נתערב בעד כל החיובים שיהיו על השואל הן במילי דשכיח והן במילי דלא שכיח א"כ כש"כ ולכה"פ הוא הדין בחיוב תשלומי חלקו בהפסד שיוולד עליו דנתערב עבורו. וע"כ העיקר כדעת הרב החולק שיהיו חייבים משום ערבות אף בחיוב לשלם חלקו בהפסד. ודלא כמש"כ הרב ר' משה רוטנבורג:

ומה שהוכיח מן מש"כ האו"ת בסי' צ"ג ס"ק י' שכתב דלכן אין נאמן השותף להיות נשבע ונוטל חלק ההפסד משום דלא אסיק אדעתי'. באמת אין זה דומה כלל לנ"ד דשאני

התם דהא קאי שם לתרץ מה שהקשה השב יעקב דאמאי לא יהי' השותף נאמן להיות נשבע ונוטל כמו מוציא הוצאות וע"ז כתב האו"ת לחלק בסברא זו ועיקר הטעם שם הוא כמש"כ האו"ת שם בסופו דכיון דעיקר הא דמוציא הוצאות נשבע ונוטל הוא תקנת חז"ל וכל ספק תקנה והבדל קל חזרינן לד"ת דלא מהימן ליטול עכ"ל האו"ת. הרי דדוקא לענין תקנת חז"ל מחלקינן בהבדל קל כמש"כ האו"ת עצמו. אבל היכא דמיירינן בענין שהוא לא מצד תקנה. וודאי דלא מחלקינן בזה כמו דמוכח מן חיוב אונסין בשותפין ששאלו כנ"ל. והנה לפי מש"כ השמ"ק בב"מ (דף ל"ד ע"ב) ד"ה שותפין ששאלו כו' בזה"ל ושמא נאמר שאין אחריות זה על זה אלא דומיא דמלוה כו' אבל אין חיוב פשיעה ואונסין של זה אחריותן על חבירו ואינו מחוור עכ"ל השמ"ק. הנה באמת לפי סברת דהך ושמא נאמר כו' יהיה מזה סייעתא לדברי הרב ר' משה רוטונבורג הנ"ל. אך כיון דכתב השמ"ק דזה אינו מחוור והעלה דחייבים באונסין ג"כ מצד ערבות ע"כ העיקר כמש"כ הרב החולק שם דחייבין גם בהפסד השותפות משום ערבות: ג (שם סעיף ב):
שותפין שלוה א' לצורך השותפות השני משועבד כו' וי"א דאם לא נתברר בעדים רק שהשותף מודה א"צ לשלם כו'. והע"ש הקשה ע"ז החילוק דאיזה סברא הוא לחלק בין ידוע בעדים ובין מודה הבע"ד דהא הודאת בע"ד כמאה עדים והובא בסמ"ע ס"ק ח'. וכן הש"ך ס"ק ט' כתב דבכל גווני פטור השותף לשיטת הרא"ש אא"כ נתברר שבהסכמתו וציווייו הלך השותף ולוה לצורך השותפות. וראיתי בע"ש עצמו שכתב דאין לפרש דעת הר"י בי רב דמחלק בין נתברר בעדים ובין מודה בעצמו דמיירי באמר לחבירו שילך וילוה מפלוני לצורך השותפות דנעשה כשלוחו דא"כ אף בהודאת בע"ד דציוה לשותפו ללוות ג"כ יהי' חייב לשלם משום הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וצ"ע כו' עכ"ל הע"ש:
ענף א:
ולענ"ד נראה ליישב קושיות הע"ש הנ"ל ע"פ הא דב"ק (דף ק"ד) דאיתמר שליח שעשאו בעדים הוי שליח כו'. והתוס' שם ד"ה שליח שעשאו כו' כתבו התוס' שם דצ"ל דבכל ענין שלא בפניו לא הוי שליח עד שיאמר לו בפניו שלח לי ע"י כו'. והובא בח"מ סי' קכ"א סעי' ב' דאם א"ל בפני עדים מעות יש לי ביד פלוני לך ואמור לו כו' ונתן לו הלוה ונאבדו בדרך פטור כו'. וכתב הסמ"ע שם דצריכין דוקא שיאמר כן בפני עדים ואמרינן מדטרח ויחד עדים כו' אבל אי לא א"ל כן בפני עדים אפי' אמר לשליח אמור לפלוני שישלח לי ואם יתן לך הביאם לי מ"מ כיון דלא אמר לו שלח ע"י אין כאן שליחות גמור ולא נפטר באבידת שליח עכ"ל. והובא בש"ך ס"ק ט'. ועיין בש"ך ס"ק יו"ד. ומשמע מהסמ"ע דדוקא בטרח ויחד עדים אמרינן דלכן עשה כן כדי דיתחייב באחריות מיד

דהגיע לשלוחו. אבל בלא טרח ויחד עדים לזה רק בלא"ה היו עדים במעמד ההוא כשעשאו שליח דלא נתחייב באחריות עד דיבוא לרשותו. והתומים שם ס"ק ג' השיג על הסמ"ע וכתב דאף דלא טרח ויחד עדים ג"כ אמרינן דנעשה שלוחו דיהי' חייב ויקום ברשותו מיד כשיגיע ליד שלוחו כיון דהיו עדים בזה. משא"כ בלא עדים חושב דלא יודע להלוה ואומר פטומי מילי בעלמא ולבו בל עמו ואינו רוצה דיקום ברשותו עד שיבוא לידו. ובאמת כן משמע מגמ' ב"ק (ד' ק"ד) דמקשו על המ"ד דשליח בעדים הוי שליח מהא דהשואל פרה ושילחה ביד שלוחו כו' אלא לאו דעשאו בעדים וקשיא לר"ח. ולא משני דמיירי בלא טרח ויחד עדים לזה. וע"כ מוכח דס"ל להש"ס דאף דלא יחד עדים ג"כ הוי שליח שעשאו בעדים. וכן מוכח מסתימות הפוסקים שם. אך אם לא היו עדים לא הוי שליח כיון דלא א"ל בפניו שלח. ועיין בנתיבות סי' קכ"א ס"ק ד' ובסי' ש"מ ס"ק י"א בשם השמ"ק אם מצד ערבות כו'. ומצינו דאף במינה אותו לשלוחו וכפי' רש"י בב"ק שם והובא בש"ך סי' קכ"א ס"ק י' דאם לא היו עדים בזה אינו מתחייב השואל באחריות במה שהגיע ליד השליח וכמש"כ הנימוקי יוסף בב"מ פ"ח במשנה השואל את הפרה ע"ש. וכמבואר בטור ח"מ סי' ש"מ סעי' ט' דדוקא בעשה שליח בעדים נתחייב השואל. וכמו בהא דסי' קכ"א גבי שליחות של המלוה וה"ה בשליחות של השואל בב"ק שם וכמבואר ברשב"א ובשמ"ק ד"ה אי לא עשאו בעדים מנא ידעינן דבלא עדים אינו חייב ע"ש:

ואף דקיי"ל בדיני שליחות דשלוחו כמותו דא"צ עדים לזה כמבואר ברא"ש קידושין פ"ב סי' ז' וברמב"ם ה' אישות פ"ג ובאה"ע סי' קמ"א סעי' י"א עכ"ז שאני הכא לענין חיוב אחריות ויקום ברשותו לא אמרינן כן אם לא היו עדים בזה כדמוכח מהך דהשואל. וגם בשליח שעשאו בעדים יש מ"ד דס"ל דאינו קם ברשותו לענין חיוב תשלומין כ"ז דלא יגיע לידו ממש וכ"ז דלא א"ל בפניו שלח. ע"כ שפיר יש לחלק כפי שכתב הר"י בי רב דדוקא בנתברר בעדים שלוה בידיעת שותפו וציווייו בזה נתחייב שותפו בעת שהגיע ההלואה ליד שותפו דהוי שלוחו. אבל אם לא היו עדים בזה אף שמודה דהסכים להלואתו וציוה לו ללות לצורך השותפות מ"מ אינו מתחייב על הלואתו כ"ז דלא הגיע לידו ממש משום דלא נתכוין דתיקום ברשותו וכמו התם בסי' קכ"א וסי' ש"מ. ולכן י"ל דהר"י בי רב והרמ"א מיירי בציוה לשותפו ללות לצורך השותפות וכמו שכתב הע"ש לפרש כן. אך מש"כ הע"ש להשיג ע"ז דמ"ש הא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי. הנה לפי מה שנתבאר יש ליישב קושייתו כנ"ל. והסבר הענין בשליח שלא בעדים דאינו מתחייב בתורת ערבות י"ל אף דא"ל שישלח ע"י משום דהא בערבות בעי שיאמר תן לפ'

ואתחייב לך כמבואר בסי' קכ"ט ובנתיבות סי' ק"כ ס"ק א' משום דאל"כ מנלן דקיבל ע"ע חוב וה"ט שייך גם בשליח שלא בעדים וקצרתי לפי דבעיקר הענין אם זהו מן דין ערבות או לא יש פלוגתא בזה כמש"כ השמ"ק. ושיטת הע"ש הוא דאף דנתברר בעדים דבהסכמתו ובציווייו הלך זה ולוה בשותפות דאם לא הגיע לתוך השותפות אינו חייב לשלם להמלוה משום דלא משתעבד עד שתבא ההלואה לעסק השותפות. ולכן אם נתברר בעדים כן אמרינן מסתמא עשה השליח שליחותו אבל בלא נתברר בעדים נאמן במה דטוען דלא הגיע לשותפות במיגו כו'. והש"ך השיג עליו דכיון דמודה דבהסכמתו וציווייו הלך ולוה לשותפות כו'. ובאמת לכאורה הנכון עם סברת הש"ך דמאיזה טעם לא יתחייב רק כשהגיע לתוך השותפות דמנלן לחדש כן כיון דהלך בשליחותו ללות:

ויש לומר דסברת הע"ש הוא שהוכיח כן מהא דב"ק (דף ק"ד) דשליח שעשאו בעדים דחד מ"ד ס"ל דלא הוי שליח להיות חייב באחריותו ואנן דקיי"ל כמ"ד דהוי שליח מ"מ אם לא עשאו בעדים לא הוי שליח כנ"ל. ובאמת צריך ביאור דמאיזה טעם לא יתחייב באחריות כיון דשלחו והא קיי"ל דשליחות א"צ עדים וכנ"ל. והנ"ל בטעמו דלכן אינו מתחייב באחריות דכיון דא"ל להשליח לך ואמור לו שיתן לך ואם יתנו לך הביאם לי דלא נגמר שליחותו עד שיביאם להמלוה או להשואל כמבואר שם. ולכן כיון דאירע אונס להשליח בדרך כיון דלא קיים תנאו להביאם להמלוה ולהשואל ע"כ לא נתקיים כל מה שאמר להשליח ונתבטל שליחותו והוי כמו דשינה השליח בשליחותו משום דהא קיי"ל דאונסא כמאן דלא עבד כמבואר בסי' כ"א. וכעין זה מצינו בח"מ סי' קכ"ה סעי' ד' וברשב"א לגיטין (דף ס"ג) גבי הולך ותן דלא נגמר שליחותו עד שיגיע לידו. והובא זה בקצה"ח סי' קכ"ה ס"ק ג' ע"ש. אלמא דמצינו דאף דלא אמר בלשון תנאי מ"מ הוי אומדנא דהוי כעין תנאי דכ"ז דלא יגיע לידו לא יחול בזה דין שליחות. וה"ה בנ"ד לא יחול בזה דין שליחות כ"ז דלא יגיע לידו דהא א"ל ואם יתנם לך הביאם לי. כן הוא הסבר הענין דבעי דוקא שליח שעשאו בעדים: ולעיל נתבאר דשיטת הסמ"ע והש"ך שם בסי' קכ"א דדוקא בטרח ויחד עדים בזה מקרי שליח שעשאו בעדים להיות חייב באחריותו אבל אם לא טרח ויחד עדים לזה אף שהיו עדים בלא"ה במעמד עשיות השליח דכה"ג אינו מתחייב המלוה או השואל. ואף שכתבתי לעיל להוכיח מקושיות הגמ' שם מהשואל את הפרה דמוכח כמש"כ האו"ת דלא כהסמ"ע. מ"מ מפשט הגמ' משמע כהסמ"ע דהא אמרו שם בב"ק דר"ח א' הוי שליח משום להכי טרחי ואוקמי' בעדים דליקו ברשותו. וכ"כ הנ"י שם בזה"ל דלהכי טרח לעשותו בעדים כו'. וכן משמע הלשון דאמרו שליח שעשאו בעדים דמשמע דהשתדל לעשותו לשליח בעדים. א"כ

משמע ממה דאמרו דלהכי טרח כו' כמש"כ הסמ"ע והש"ך ודלא כהאו"ת. ומה דהקשיתי לעיל מסוגיא הנ"ל באמת אין זה מוכרח כ"כ ואכמ"ל. ובאמת הפוסקים קיצרו בזה:

ולפ"ז י"ל דמזה הסוגיא כפי שנתבאר מזה הוציא הע"ש דינו וסברתו דכתב בשותף שלוה בידיעת שותפו ובהסכמתו בציוייו דלא נתחייב עד שיגיע המעות לתוך השותפות דכיון דא"ל שילך וילוה ויתן המעות לתוך עסק השותפות א"כ לא נגמר עסק שליחותו עד שימסור המעות לעסק שותפותם. ולכן אם לא מסר מעות ההלואה לעסק השותפות הוי כמו דשינה בשליחותו. והוי כש"כ מהא דב"ק הנ"ל דהא התם מיירי אם אירע אונס להשליח מקודם דמסר המעות ליד המשלח ואפ"ה אמרינן דאדעתא דהכי לא עשאו לשליח כש"כ בשינה ולא מסר המעות לתוך השותפות דוודאי לא נגמרה שליחותו ואדעתא דהכי לא הרשהו ונתבטל שליחותו והוי כמו דלוה שלא בידיעת שותפו ולא נשתעבד כדס"ל להרא"ש. אך בנתברר בעדים שלוה בהסכם שותפו כתב הע"ש דחייב משום דאמרינן מסתמא עשה השליח שליחותו. ולא מהימן לומר שלא הגיע המעות לעסק השותפות:

והא דתקשה דל"ל להע"ש לומר ה"ט הא בל"ז יש מקום לחייבו בנתברר בעדים דהא לפי מה דנתבאר דעיקר יסוד וסברת הע"ש הוא ע"פ הא דב"ק הנ"ל וכיון דבשליח שעשאו בעדים מבואר שם דקיי"ל דחייב א"כ בנתברר בעדים שלוה בידיעת שותפו ה"ל כשליח שעשאו בעדים. הנה לפי מה שנתבאר בשיטת הסמ"ע והש"ך בסי' קכ"א דשליח שעשאו בעדים הוי דוקא בטרח ויחד עדים. וכמש"כ רש"י בב"ק (דף ק"ד) ד"ה שליח שעשאו בעדים דמינה שליח בעדים לקבלם הימנו. והובא בש"ך סי' קכ"א ס"ק י' וכנ"ל ובאמת הפוסקים קיצרו בזה שם בסי' קכ"א וכתבו סתמא דשליח שעשאו בעדים הוי שליח דמשמעות הלשון דעשאו בעדים משמע דיחד עדים לזה כנ"ל. ולכן אם לא טרח ויחד עדים לזה דינו כמו בשליח שלא בעדים דאינו מתחייב כ"ז שלא יגיע לידו כנ"ל. וע"כ הכא דכתבו דאם נתברר בעדים חייב שותפו דמשמע דאף דלא טרח ויחד עדים לזה רק שהיו העדים בלא"ה וכיון שנתברר עכ"פ בעדים חייב. ע"כ כתב הע"ש לפרש הטעם דלכן חייב משום דמסתמא הגיע לעסק השותפות ועשה שליחותו. ולכן בכל גווני חייב מה"ט. ובאמת היכא דטרח ויחד עדים חייב אף דלא הגיע המעות לתוך השותפות כן י"ל בכוונת הע"ש ומתורץ קושיות הש"ך עליו:

ענף ב:

ומה שהקשה הש"ך עוד על הע"ש דכיון דאמרינן דמסתמא עשה השליח שליחותו א"כ לא יהיה מהימן במיגו. זה אינו קשה משום דבלא"ה יש לדון בסברת הע"ש דכתב לחייבו

משום דמסתמא עשה שליחותו. דהא הך חזקה שליח עושה שליחותו לא סמכינן עלה גבי איסורין רק לחומרא בדאורייתא ולא לקולא כמבואר בגיטין (דף ס"ד) ובעירובין (דף ל"ב). וגבי ממון לא סמכינן ע"ז כדמוכח בח"מ סי' קכ"א ובקידושין (דף מ"ג) וכן מוכח מהא דשליש בסי' נ"ו. ועיין מזה בתשובת ר' בצלאל אשכנזי סי' כ"ט. ובמחנה אפרים ה' שלוחין סי' כ"א ובספר קהלת יעקב ח' מדות חכמים סי' ח' מזה. אכן מצינו בח"מ סי' רס"ט סעי' ו' דאם אמר לחבירו זכה לי המציאה דאין המגבי' נאמן לומר לצרכי הגבהתי' וכה"ג כתבו בסי' קפ"ג סעי' ב'. וזהו מטעם דבכה"ג סמכינן על חזקה שליח עושה שליחותו. ועיין מזה בנתיבות סי' קפ"ג ס"ק ה'. ובשו"ת גאוני בתראי סי' כ"ג האריך בטעם הדבר דלכן אינו נאמן לומר לעצמי הגבהתי' דכיון דקיבל ע"ע לעשות שליחותו ע"כ אינו נאמן להכחיש לחזקה זו. ואף דטוען השליח ברי מ"מ אינו נאמן ומוציאין ממנו. וה"ה י"ל בהך עובדא דהע"ש הנ"ל דטוען השותף ברי לי דעשיתי שליחותך דנאמן אף דשותפו מכחישו. ומ"מ יש לחלק בין הנושאים הנ"ל. והא דח"מ סי' צ"א ש"ך ס"ק י"ב דכתב דחנוני נוטל מדינא משום דיש שם חזקה שליח עושה שליחותו. היינו התם דטוען החנוני ברי לי והבעה"ב טוען שמא וה"ל כמו הא דכתובות (דף י"ב) וכמש"כ הש"ך שם. ויש להאריך הרבה בעיקר דברי הע"ש שכתב לדון הכא הסברא דמסתמא עשה השליח שליחותו. להוציא ממון אף דטוען המוחזק ברי לי שלא עשה שליחותו בגמר הענין:

וכעין זה העיר הפרישה לעיל בסי' י"א סעי' ג' דסמכינן על שליח ב"ד דחזקה דעשה שליחותו והזמין לו ולא בא והא מספקא לן אי סמכינן על חזקה שליח עושה שליחותו. והובא באו"ת שם ס"ק ט' וכתב לחלק דשאני גבי שליח ב"ד כו' ע"ש. עכ"פ חזינן הכא דס"ל להע"ש גבי שותף דשייך בזה לומר חזקה שליח עושה שליחותו ומסתמא גמר שליחותו ומסר מעות הלואה שהלוה לתוך עסק שותפות. וכן ס"ל להש"ך הכא רק דהקשה על הע"ש דלפ"ז אף אם אין לו עדים רק שמודה בעצמו דלא יהיה מהימן אף במיגו משום דהוי מיגו נגד חזקה. לכן י"ל דבזה הנכון עם הע"ש דס"ל דמהימן במיגו נגד חזקה זו. דהא אף בהא דאמר לו זכה לי המציאה אם אין עדים בזה נאמן במיגו לומר דלעצמי זכיתי בה משום דזה לא הוי חזקה אלימתא וע"כ מהימן במיגו לאוקמי ממונא כמו בחזקה דתו"ז דב"ב (דף ה') דהוי איבעיא דלא אפשיטא. וכמש"כ האו"ת בסי' פ"ג ס"ק א' בהא דמגבי' מציאה דנאמן במיגו. והובא בנתיבות סי' קפ"ג ס"ק ב'. וכ"כ הנתיבות בסי' רס"ט ס"ק ג' גבי מגבי' מציאה דנאמן במיגו ע"ש. ע"כ הנכון עם

הע"ש דאף דנימא דמסתמא עשה השותף שליחותו ומסר המעות לעסק השותפות דמ"מ אם יש לו מיגו נאמן לאוקמי ממונא ומיפטר:

ונתבאר דיש מקום לדברי הע"ש דכתב דאף דמודה דציוה לשותפו ללוות המעות עבור צורך השותפות וכן לוה עבור שותפות דמ"מ אם לא הגיע המעות לעסק השותפות דאין שותפו נשתעבד משום דלא נגמר שליחותו עד שיביא המעות ויניחם בעסק השותפות. רק היכא דטרח ויחד עדים על שליחות השותף בזה מתחייב השותף להמלוה דהוי כמו בשליח שעשאו בעדים דנתחייב השואל כמו הא דב"ק (דף ק"ד). וכן יש לדון אף בלא טרח ויחד עדים לזה לפמש"כ האו"ת בסי' קכ"א להשיג על הסמ"ע שם משום דאף בלא טרח ויחד עדים רק שהיו עדים באותו מעמד דעשיות שליחותו דדינו כמו שליח בעדים. וכן י"ל בזה לחייבו משום סברת הע"ש דמסתמא עשה שליחותו ומסר לשותפות. אבל אם לא היו עדים שפיר מהימן במיגו לומר דלא הגיע המעות לעסק שותפות ומיפטר. אף היכא דעדים מעידים דראו ההלואה דהלוה לצורך שותפות דמ"מ כיון שליכא עדים על הסכמתו וציוויו שילך וילוה לשותפות רק השותף מודה ע"ז שציוה לו ללוות דמ"מ מהימן במיגו לומר דלא הגיע המעות לעסק השותפות. וכ"ז הוא אם טוען ברי שלא הגיע המעות לעסק שותפות אבל אם טוען שמא לא הגיע המעות לעסק השותפות בזה ודאי הדין עם השותף הטוען ברי שמסר המעות לשותפות דאף לפמש"כ לדון בהך חזקה דשליח עושה שליחותו מ"מ אם טוען המוחזק שמא מצרפין טענת התובע האומר ברי להך חזקה שליח כו' וכמש"כ הש"ך בסי' צ"א ס"ק י"ב גבי חנוני דנוטל מדינא מה"ט:

אך יש לחלק דהא אנו דנין לגבי המלוה דהלוה המעות שלו אם יכול לגבות מהשני ואיהו הא טוען שמא. וידוע דבעינן טענת ברי של הבע"ד בעצמו כמש"כ במק"א מזה. וע"כ טענת השותף הוי גבי המלוה כמו ברי של אחר. אך באמת אין אנו צריכים לזה לפי מה דכתב הע"ש והש"ך לדון בזה הך חזקה שליח עשה שליחותו ודוקא במיגו מהימן ע"כ היכא דטוען שמא דלא שייך מיגו בזה ודאי דסמכינן על חזקה שליח כו' להוציא ממון ממנו להמלוה: וכ"ז הוא אם לוה בהסכם ובציווי שותפו לילך וללוות. אבל אם לוה שלא בידיעת שותפו ודאי אין השני משועבד להמלוה כדעת הרא"ש ובזה אין חילוק בין מודה לידוע בעדים וכמש"כ הש"ך לדינא. והנתיבות בס"ק ד' העלה דכיון דמיירי שיש שבח בעסק השותפות ע"י ההלואה א"כ לא גרע מיורד שלא ברשות כו' עכ"ל ובאמת לא כן משמע מהש"ך וכל הפוסקים. כי זה אינו דומה ליורד להשביח נכסי חבירו דהא כתבו התוס' בב"ק (דף ק"א) ד"ה או דלמא אין שבח סמנין כו' דהיכא דאין בא ההנאה ע"י מעשיו ומעשה ממונו דכה"ג אינו חייב לשלם לחבירו. ומה"ט אם תחב לבהמה אוכלין

של אחר פטור הבעל הבהמה לשלם מה שנהנית והובא זה בח"מ סי' שצ"א ש"ך ס"ק ב'. וכ"כ הרא"ש בב"ק שם דאם ממונו נהנה ע"י אחר פטור. וכ"כ הישו"ש בב"ק שם. א"כ לפ"ז י"ל דפטור השותף נגד המלוה דהא מטעם דמשביח נכסי חבירו הוא בא בעת שהובא המעות לעסק השותפות והתחיל לישא וליתן בהמעות א"כ הא אז לא בא השבח ע"י מעשה של המלוה רק ע"י מעשה של שותפו א"כ הוי גבי המלוה כמו דממונו נהנה ע"י אחר דפטור מצד משביח נכסי חבירו לשלם לבעל הממון ובעל האוכלין. וגם י"ל בזה כיון דאמרינן דאין שותפו משועבד ע"י חבירו מקודם דהשביחו עסק השותפות. א"כ נקנה מעות ההלואה לשותף שלוה. א"כ אף דאח"כ השביח השותף לעסק שותפותם מ"מ הא אינו בא השבח ממעות של המלוה רק מממון של השותף כיון דמלוה להוצאה ניתנה. [וגם הא במעות מותרין מותר להשותף שלוה להשתמש לצרכו מקודם דנמסר לעסק השותפות כפי דמשמע בש"ך סי' קכ"א ס"ק ל"ה. ולפי שיטת הש"ך בסי' מ"ז ס"ק ט' ה"ל זה כמעות הלואה א"כ לא נעשה השבח מממון של המלוה רק מממון שותפו א"כ לא הוי בע"ד שלו רק השותף. אך ז"א ברור לפמש"כ הנתיבות בסי' קכ"א ס"ק י' ע"ש. וכש"כ לפי שיטת חכ"צ בח"מ סי' ע"ז סעי' י"ט בט"ז ע"ש]. א"כ אין כאן חיוב מצד משביח נכסי חבירו רק אנו דנין על עת ההלואה אם נשתעבד אז שותפו וכיון דס"ל להרא"ש דאין שותף נשתעבד במאמר שותפו ע"כ בכל גווני אין המלוה בע"ד של שותף חבירו:

גם מש"כ הנתיבות לחייבו משום דהב"ד הי' יכולין לכופו ללוות בע"כ של זה כמבואר בסי' קע"ח. זה ג"כ אינו כלל גמור דהא אין יכול לכופו ללוות רק על ענין שיכול להיות פסידא לשותפות ולהציל מהפסד בזה כופין זה את זה כמש"כ הנתיבות בסי' קע"ח ס"ק ג'. וכ"כ הנתיבות בסי' קע"ו ס"ק ל"ב דאם נשתתפו והתחילו לישא וליתן בחמשים זוז אינו יכול לכופו ליתן עוד מעות לעסק השותפות אף שהתנו על מנה ע"ש. ורק במקום חשש פסידא יכול לכופו ללוות עוד. אבל במה שצריך לאיזה שבח והרווחה בעלמא אין כופין א"כ שפיר כתבו כאן דאין שותפו נשתעבד אע"פ שהוא לצורך השותפות כיון דלא הוי במקום פסידא. ומש"כ הנתיבות לדמות שותף שלוה לאשה הנושאת ונותנת דסי' צ"ו דבעלה חייב לשלם עבורה. הנה האו"ת בסי' צ"ו באורים ס"ק י"ז כתב לחלק ביניהם ע"ש וע"כ אין הכרח מהתם לשותף שלוה וע"כ אין מוציאין ממנו להמלוה כי אינו בע"ד שלו. ושפיר כתבו הפוסקים בזה ודלא כהנתיבות. ולכן אם לוה שלא בידיעת וציווי שותפו אין עליו חיוב לשלם להמלוה ולא הוי בע"ד שלו. ואף בהסכים אחר ההלואה

לזה ג"כ אינו בע"ד של המלוה לשלם לו כיון דלא נשתעבד בשעת ההלואה לו. ואינו רק בע"ד של שותפו הב' לשלם לו:

ד (שם סעיף י):

איש ואשתו שלוו מאחד היא חייבת לפרוע החצי מכתובתה כו'. וכתב הנתיבות בס"ק י"א דדוקא כשחתמה האשה עצמה בשטר כו' אבל אשה שהקיפה סחורה אפילו היא נושאת ונותנת מ"מ כיון שידוע לכל שיש לה בעל והיא לית לה משלה כלום הוי כהודית שהיא שליח שהדין הוא עם המשלח כו' עכ"ל הנתיבות. והנה מן הב"ש באה"ע סי' ק"ב ס"ק ח' מבואר דלא ס"ל כן דכתב שם בשם המהרי"ל דאם היא נושאת ונותנת ובאו המעות לידה חייבת לשלם מן דין ערב כו' עכ"ל הב"ש. אך הבית מאיר שם השיג על הב"ש והעלה דלדינא אין לחלק בין נו"נ לאינה נו"נ וחלילה להעלות על הדעת שתתחייב לשלם מדידה זולת בנידון דידי' של המהרי"ל שנתערבה בפי' כו' עכ"ל הב"מ. הרי שהבית מאיר כתב ג"כ כהנתיבות וכן הוא ברור ופשוט לדינא:

סימן עח

א (סעיף א' סמ"ע ס"ק ב'):

חזקה דתוך זמנו לא מהני אלא בתובע טוען ברי אבל לא כשטוען שמא. והש"ך בס"ק א' כתב להוכיח דבטוענים היורשים שמא שייך חזקה דתו"ז וכתב דכן מוכח מן תשובת הרא"ש שהביא הטור לעיל סי' ע"א סעי' כ"א גבי יורש ראובן שתבעו לשמעון בשטר שמת ראובן תו"ז כו': ענף א:

והנה התומים בס"ק א' כתב לחלק דשאני יורשים דלא ה"ל למידע ע"כ גובין מהם משא"כ במלוה טוען שמא דה"ל למידע ע"כ איתרע טענתו דאינו גובה ע"ש. ובאמת לפי מש"כ בספרי נחל יצחק סי' נ"ט דאף בשטר דטוען המלוה שמא היכא דלא ה"ל למידע דמוציאין מן הלוה וכמו שהוכחתי שם. א"כ כש"כ בחזקה דתוך זמנו דעדיפא מן שטר וודאי דמהני החזקה דתו"ז אף בטוען שמא היכא דלא ה"ל למידע. אכן היכא דה"ל למידע בזה אמרו שם גבי שטר דהמלוה טוען שמא דאינו גובה אם הלוה טוען ברי. אבל אם הנתבע ג"כ טוען שמא לא איתרע החזקה דהשטר א"כ כש"כ בחזקה דתוך זמנו דעדיפא משטר וודאי דגובין אף דהמלוה טוען שמא כיון דהנתבע טוען ג"כ שמא. דכמו דאלימא לן מעלת השטר בשניהם טוענים שמא כש"כ דאלים לן מעלת החזקה דתו"ז אם שניהם טוענים שמא:

והנתיבות כתב להוכיח דבשמא ושמא לא אמרינן חזקה דתוך זמנו דהא חזקת הגוף אלים טובא ואפ"ה לא אמרינן חזקת הגוף בטענת שמא ומכש"כ בחזקה דתו"ז עכ"ל. ותמהני על ראייתו דהא חזינן דחזקה דתו"ז עדיף מחזקת הגוף. דאלו חזקה דתו"ז מוציא ממוחזק בברי וברי. ואלו חזקת הגוף לא מהני בברי וברי כמבואר ברפ"ב דכתובות דבברי וברי לא אמר ר"ג. עי"ש בפני יהושע. וע"כ נדחה ראייתו. וע"כ הדין נותן דבשניהם טוענים שמא מהני החזקה דתו"ז כמו בברי וברי. אבל בתובע טוען שמא ונתבע טוען ברי בזה אינו גובה. והטעם הוא הכל משום סברת הסמ"ע דסי' נ"ט דברי ומוחזק עדיפא משטר וה"ה דעדיפא מחזקה תו"ז. ועיין באור זרוע סי' תש"ס ובתה"ד סי' ר"ז שכתבו לחלק בין חזקה תו"ז ובין אוקי אחזקה וקצרתי:

ולפ"ז הדין נותן דבמלוה שהוציא שטר בתו"ז וטוען איני יודע והלוה טוען ברי דיש לעיין בזה. דהא חזינן דחזקה דתו"ז עדיפא ממעלת ברי ושמא. דהא בברי ושמא אין מוציאין ממוחזק ואלו בתו"ז מוציאין ממוחזק אף בע"פ ובטוענים ברי וברי. וכמו כן עדיפא מעלת שטר ממעלת ברי ושמא. וכיון דבשטר או בחזקה תו"ז לבד הוא מוציא מהלוה בטוענים שניהם ברי וברי. רק היכא דחסר לי' טענת ומעלת ברי אינו גובה בו. ולכן היכא דיש כאן שטר וחזקה תו"ז ביחד בזה אף בטוען המלוה שמא. י"ל דנוטל דהא מעלת חזקה תו"ז עדיפא מרובא דהא אין הולכין בממון אחר הרוב ובתו"ז גובין. וכיון דרוב עדיף ממעלת ברי כמש"כ הפ"י רפ"ב דכתובות על תוס' ד"ה כיון דרוב נשים בתולות נישאות כו'. דרוב עדיף מן ברי ושמא ע"ש. וכ"כ ההפלאה שם. א"כ כש"כ לחזקה תו"ז דעדיפא מרובא וודאי דעדיפא ממעלת ברי ושמא. וכש"כ היכא דלא בעי ברי ושמא רק סגי בברי וברי ומוציאין. וודאי דבזה סגי מעלת חזקה תו"ז. וע"כ בשטר וחזקה תו"ז ביחד הדין נותן דאף במלוה טוען שמא ג"כ גובין עי"ז. וכעין מש"כ הפני יהושע רפ"ב דכתובות דכמו דע"י ברי ושמא בצירוף אוקי אחזקה מוציא מן המוחזק. דה"ה היכא דרוב מסייע להתובע דיש לו אוקי אחזקה וברי וברי. דע"י הרוב הוי כמו ברי ושמא דאז מהני אוקי אחזקה עכ"ל. וכש"כ היכא דסגי בברי וברי דוודאי מצרפין מעלת חזקה תו"ז דעדיפא מרובא לצירוף מעלת שטרא בידי מאי בעי להוציא מהמוחזק. ואף דמן הש"ך בסי' הנ"ל ס"ק הנ"ל לא משמע כן דהא הוכיח מתשובת הרא"ש וטור דסי' ע"א דביורשים מהני חזקה תו"ז אף בטוענים שמא. מהא שכתבו שם בשטר שהוציאו יורשים בתו"ז כו'. ולפמש"כ אין זה ראיה משום דהא התם הי' חזקה תו"ז בצירוף שטר ביחד דכה"ג מהני אף בתובע טוען שמא אף היכא דה"ל למידע מטעם הנ"ל. וע"כ מוכח מהש"ך דלא מחלק כן. ועכ"ז לדינא נראה כמש"כ דהסברא נותנת כן:

ועפ"ז יש לתרץ קושיות הש"ך בח"מ סי' פ"ד סעי' ב' במה שכתב המחבר שם גבי פוגם שטרו דבחזקה תו"ז אע"פ שפוגם שטרו יפרע שלא בשבועה אא"כ טוען השבע לי. והמ"מ כתב על הרמב"ם דכתב כמחבר הלז דיש לפקפק ולומר דאיתרע החזקה דתו"ז לגבי האי דהרי מודה בעצמו דנפרע מקצתו בתו"ז. והמל"מ כתב שם לדון דלא איתרע החזקה דתו"ז אלא לגבי השבועה ולא לגוף הפרעון והובא בקצה"ח שם. והש"ך שם תמה על המחבר עי"ש. ובאמת דברי המחבר הוא מוקשה דכיון דס"ל להמחבר דחזקה דתו"ז פוטרתו משבועת פוגם שטרו א"כ ה"ה דיפטור אותו מן שבועת השבע לי. ואי דס"ל דאיתרע החזקה דתו"ז ע"י מה דנפרע קצתו א"כ ישבע לו אף בלא א"ל השבע לי וכדין פוגם שטרו דחייבו חז"ל לישבע:

אבל לפמש"כ אתי שפיר די"ל דשי' המחבר כך הוא דס"ל כסברת המ"מ דע"י מה דפוגם בעצמו איתרע ליה החזקה דתו"ז וכמש"כ המל"מ לפרש דלא איתרע רק לגבי חשש שבועה ולא לגבי חשש עיכוב הפרעון דבאמת עדיין החזקה תו"ז הוא בתוקפו. וע"כ אף בתו"ז כיון דפגם ואיתרעי ליה חזקה דתו"ז יכול להשביעו ע"י השבע לי כמו בכל שטר משום דלשבועה איתרעי לי'. רק בלא טען השבע לי רק מצד שבועת פוגם שטרו דחייבו חז"ל לישבע אף בלא טענת השבע לי משום דפרע דייק דמיפרע לא דייק. א"כ עיקר טעם שבועת פוגם משום דחשדינן לי' באינו יודע אם שטרו פרוע או לא והוי כטוען שמא על שטרו. וע"כ ז"א שייך רק בשטר בלא תו"ז דאם הוא טוען שמא אינו גובה בו. משא"כ בשטר ותו"ז ביחד דאף בטוען שמא מ"מ נתבאר דדינו דגובה בו. דשניהם ביחד הוי כמעלת טענת ברי בצירוף שטרא בידי מאי בעי כנ"ל. וע"כ אף אלו יודה בפנינו דהוי טוען שמא מ"מ יגבה בו דהא אף דאיתרע החזקה דתו"ז מחמת הפוגם מ"מ הא לא איתרע ליה רק לגבי חשש להצריכו שבועה. ולא לעכב הפרעון וכמש"כ המל"מ והקצה"ח. וע"כ לא שייך בזה לחייבו שבועה כיון דעיקר הטעם דחייבו חז"ל שבועה בפוגם שטרו הוא משום דמיפרע לא דייק. והיכא דהוי תו"ז ושטר ביחד אז גובה אף בטוען שמא. אם כן לא שייך בזה לחייבו שבועה דפוגם שטרו דתקנו חז"ל. רק בטוען השבע לי דאז חייב לישבע כמו בכל שטרות כיון דאתרעי החזקה דתו"ז לגבי חשש שבועה כמש"כ המ"מ והמל"מ. ולכן שפיר פסק המחבר בזה דחייב שבועת השבע לי בפוגם בתו"ז ולא שבועת פוגם עצמה. ומתורץ קושיות הש"ך הנ"ל על נכון. וקושית הש"ך על המחבר במה דפסק דע"א בתו"ז דחייב שבועה בטוען השבע לי זה אינו מיושב עדיין. אבל פסק המחבר בפוגם שטרו זה מיושב שפיר ע"פ מש"כ:

ענף ב:

ומן שיטת רבינו האי דפסק דפוגם שטרו חייב שבועה אף בתו"ז שהובא שם בסי' פ"ד בטור ובסמ"ע ס"ק ז' ועיין בש"ך ס"ק ב'. יש להוכיח לפ"ז דס"ל דאף בשטר ובחזקה תו"ז אינו גובה בטוען שמא. דאל"כ אמאי חייב שבועה בפוגם בתו"ז כיון דעיקר השבועה בפוגם משום דמיפרע לא דייק. וכבר כתבתי בשם המל"מ דיש לדון דאף דאתרעי לי' חזקה דתו"ז ע"י פוגם שטרו מ"מ לענין עיכוב הפרעון לא איתרעי. א"כ אף בטוען שמא יהיה גובה בשטרו בתו"ז. ומדחייבו שבועה מוכח דס"ל דאף בשטר וחזקה ביחד אינו גובה בטוען שמא ודלא כמש"כ לעיל:

אך זה אינו ראיה כלל כאשר יבואר. ונקדים מש"כ כבר וזהו.

ומתחלה נבאר מה שיש להעיר במש"כ המל"מ פ' י"ד ה' מלוה שכתב לדון בדברי המ"מ שכתב בפוגם שטרו בתו"ז דאיבטל לחזקה דתו"ז כיון דהלה מודה דמיפרע מקצתו. וע"ז כתב המל"מ אם פסקו של המ"מ לחייבו שבועה למלוה ניחא ואם לפוטרו במלוה בע"פ ללוה בשבועתו קשיא לי פוגם שטרו אמאי נשבע ונוטל הא איבטל החזקה דשטרא בידי מאי בעי דכמו דאיבטל חזקה דתו"ז ה"נ איבטל שטרא בידי מאי בעי דהא פרע ולא כתב שובר. ואפשר לדחות דהתם גוף הפרעון מבטל החזקה דתו"ז דהא פרע אבל בפוגם אפשר דפרע אדעתא דהכי לכתוב שובר ונטרפה השעה מאיזה סיבה ולא כתב עכ"ל המל"מ. ועיקר הוכחתו אינו מובן לכאורה דאי קאי בפוגם בעדים הא בזה לא איתרע החזקה דשטרא בידי מאי בעי. דהא חזינן דאינו פורע רק בעדים. והא דאמרי בהכותב ד' פ"ז בפוגם בעדים די"ל דחייב שבועה דלמא אתרומויי אתרמי לי'. ז"א רק לחייב שבועה משא"כ לבטולי שטרא בוודאי לא אמרינן משום זה לבטולי לחזקה זו. דהא י"ל דלכן לא חשש לכתוב שובר דהא הי' הפרעון לפני עדים עכ"פ. ואי נימא דכוונת המל"מ להוכיח מן פוגם שטרו ע"י הודאת המלוה ג"כ אינו הוכחה. דהא י"ל דבכל פוגם שטרו יש להמלוה מיגו והא דחייבו שבועה זהו כמש"כ התוס' כתובות שם ד"ה דמיפרע לא דייק כו' דהוי מיגו בדדמי. א"כ ז"א שייך רק לחייב שבועה משא"כ אחר דרמו רבנן עליו שבועה כי היכי דנידק שפיר מהימן במיגו. ולא מקרי מיגו להוציא כיון דשטרא מסייע לי' וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ב). א"כ לכאורה אין הבנה להמל"מ הנ"ל:

אך י"ל דשפיר הוכיח המל"מ מן פוגם שטרו בעדים דהמלוה נשבע ונוטל. דהא מבואר בשבועות (דף מ"א) בא"ל אל תפרעני אלא בעדים דאם א"ל פרעתי בפני פ' ופ' ומתו או הלכו למדה"י דנאמן. וכן כתב הסמ"ע סי' קל"ג ס"ק י' דטענינן ללוקח דלמא היה טוען המוכר החזרתי בפני עדים והלכו למדה"י ע"ש. 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

עי"ש. אבל במי דחזינן דפורע בעדים ואינו חושש דלמא מייתי סהדי או ילכו למדה"י. ע"כ יהיה נאמן הלוה לומר פרעתי כולו לפני עדים ומתו או הלכו למדה"י ובאמת הא אף בזה המלוה נשבע ונוטל. וע"כ שפיר הוכיח המל"מ דחזקה דשטרא בידי מאי בעי לא איבטל. אף דפרע קצתו בסהדי. משום די"ל דנטרפה השעה דלא כתב שובר. אבל באמת אמרינן דלא איתרעי החזקה דשטרא בידי. משום דלא הי' פורע לפני עדים בע"פ משום חשש דלמא מייתי. ועיין בש"ך סוף סי' פ"ב במה שמשיג על בעה"ת:

ובעיקר דברי המל"מ שכתב להסתפק בחזקה תו"ז היכא דפרע מקצת אם איתרע לי' המותר. 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 פרעו אלא בעדים. וכ"כ כתבו רבוותא בתו"ז ונתברר שפרעו קצת בגו זמנו דאיבטל ליה חזקה דת"ז שהרי פרע קצתו בגו זמנו ע"ש במל"מ. וטעמו דאף דמיירי במודה ג"כ אפ"ה לא מהימן במיגו משום דהוי מיגו להוציא דהא מיירי במלוה בע"פ דליכא בי' חזקה דשטרא מסייע לי' בזה. ועיין בש"ך בכללי מיגו ס"ק ט"ו:

ונלע"ד להוכיח דכה"ג איבטל ליה החזקת דתו"ז כיון דאיתרע ליה קצתו ע"כ איבטל ליה לגמרי. והוא דהתוס' ב"ב (דף מ"ה) ד"ה נתנה לו כו' הקשו אמאי לאח"ז הממע"ה. ה"ל למימר נשבע ונוטל כדמפרש בפ' כל הנשבעין דחזקה אין שכיר משהא שכרו ואין הבעה"ב עובר בבל תלין והכא הרי שהא שכיר ובעה"ב עבר בבל תלין דמודה שקצץ לו אחת ועדיין חייב לו כו'. ואין לתרץ כגון שאומר ברשותך השהיתי דלא עבר בבל תלין. דמ"מ חזקה דאין שכיר משהא שכרו ליכא דהרי שיהא אחת ודוחק לומר דמאי דחזינן דשיהה שיהה ומאי דלא חזינן דלא שיהה לא שיהה עכ"ל התוספות. 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 במקצתו החזקה ממילא איתרע כולו ולא אמרינן במה דאיתרע איתרע ומאי דלא איתרע לא איתרע. אלא כיון דאיתרע גביה החזקה 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 בחזקה דתו"ז דכיון דחזינן דלא שייך ביה חזקה זו ממילא איתרע ג"כ המחצה הב'. [ועיין ביו"ד בכללי טריפות דאוקי אחזקה דאיתרע]. אך בחזקה דשטרא בידי מאי בעי יש לחלק כמש"כ המל"מ דנשארת בתקפה משום דנטרפה השעה. גם יש לדון דאפשר דאערומי קא מערים הלוה דלכן פרע מקצתו כדי דיתרע גביה חזקה כו'. וזה יש לדחות:

ולפ"ז במה דמבואר בסי' פ"ד סעיף ב' דפוגם בתו"ז נפרע שלא בשבועה. ועיין בסמ"ע ובש"ך שם. ולפי דברי התוס' הנ"ל יש לדון כדברי המ"מ דכתב דאיתרע החזקה תו"ז. ובמלוה ע"פ ובתו"ז והמלוה מודה דנפרע מקצתו. יש להכריע ע"פ דברי התוס' בב"ב ובשבועות דאיתרע ליה החזקה דתו"ז לגמרי. ולא שייך בזה מיגו דהא הו"ל מיגו להוציא כיון דהוי מלוה ע"פ. ולפ"ז אפשר דיכול הלוה לטעון קים לי כהתוס' ואיתרע לי' חזקה דתו"ז ואין מוציאין מהלוה במלוה בע"פ. אך במלוה בשטר יש לחלק דנשארת החזקה דשטרא בידי מאי בעי דאפשר דנטרפה השעה כמו דמחלק המל"מ. אך גבי שבועה דמצד השטר היה צריך שבועה בפוגם שטרו רק החזקה דתו"ז פוטרו משבועה וכיון דאיתרע החזקה דתו"ז משום דפרע מקצתו. ע"כ אין מוציאין מהלוה עד שישבע המלוה שבועת פוגם. וידוע מש"כ הרא"ש בפ"ט דכתובות גבי פוגמת בעדים. דכיון דהוי ספיקא דלא איפשיטא. ע"כ לא תפרע אלא בשבועה. כ"ז כתבתי בקונטרס אחד מכבר:

ולפ"ז נדחה ראייתי מרבינו האי דס"ל דפוגם שטרו בתו"ז ישבע. וכתבתי לעיל דמוכח דס"ל דאף בחזקה דתו"ז בשטר ביחד באם טוען שמא אינו גובה. די"ל דאין זה ראיה משום דשא"ה דאיבטל ליה החזקה דתו"ז לגמרי ולא נשאר לנו רק החזקה דשטרא בידי כו'. ובזה אם המלוה טוען שמא אינו גובה וכמו בכל שטר בסי' נ"ט. וע"כ ס"ל דישבע שבועת פוגם. ואין סתירה מרבינו האי להך דין מחודש שכתבתי. ומהמחבר דסי' פ"ד הנ"ל מוכח שפיר להך דין שכתבתי. והש"ך דתמה על המחבר אפשר דאזל לטעמיה דכתב בסי' ע"ח להוכיח מתשו' הרא"ש דביורשין אף דטוען שמא. מכל מקום מהני חזקה דתו"ז. ובאמת לפמש"כ אין זה ראיה דהא התם הוי חזקה דתו"ז עם שטר וכנ"ל. אלמא דהש"ך לא נחת לזה. אך בלא"ה לא הוצרך הש"ך שם להוכחה דהא לא גרע חזקה דתו"ז מן שטר דיורשין נשבעין שלא פקדנו וגובין כדקיי"ל לדינא כנ"ל:

וע"כ לדינא הדין נותן דבשטר וחזקה תו"ז ביחד אף דטוען שמא מ"מ גובה בו. [ועיין בש"ך סוף סי' פ"ט ובסי' ק"ח ס"ק ז' וסוף סי' מ"א וקצרתי בכ"ז]. דהא מעלת חזקה תו"ז עדיפא ממעלת ברי ושמא במקום דה"ל למידע ג"כ. דהא ברי ושמא אף במקום דה"ל למידע אינו מוציא ממוחזק דהא קיי"ל ברי ושמא חזקת ממון עדיף. ואלו בחזקה תו"ז מוציא ממוחזק. וע"כ ע"י צירוף לחזקה תו"ז מתוקן החסרון שיש בטענת התובע דטוען שמא במקום דה"ל למידע כנ"ל:

ועדיין יש לדחות זה ולומר דלעולם מעלת חזקה תו"ז גרוע ממעלת ברי ושמא והא דמועלת חזקה תו"ז להוציא ממון. י"ל הטעם דהא היכא דמועלת חזקה דתו"ז אז מועלת ברי ושמא. דהא בכל חזקה דתו"ז הוי בי' לעולם חזקת חיוב ג"כ. והיכא דהוי חזקת

חיוב אז מועלת ברי ושמא להוציא ממון. כמו באיני יודע אם פרעתי דחייב משום מעלת ברי וחזקת חיוב. ע"כ נדחה לכאורה הוכחה הנ"ל. אכן באמת זה אינו ועדיין ההוכחה בתקפו וקצרתי:

וכן לפמש"כ במק"א לדון דכל יורש מקרי א"י א"נ ולא הוי כא"י א"פ משום דהא הוי ספק שמא פרע המוריש והוי היורש בחזקת פטור ולא הוטל עליו מעולם שום חזקת חיוב כלל וכמש"כ כן גם הבית מאיר בסי' קע"ח וכמש"כ במק"א בארוכה. והא חזינן דחזקה תו"ז מוציא אף מיתמי כמבואר ב"ב (דף ה'). אלמא דאף היכא דלא ה"ל חזקת חיוב כמו ביתמי דהוי ספק שמא פרע המוריש ולא הוטל עליהם שום חיוב כלל ואפ"ה גובין מיתמי. הרי דחזקה תו"ז אלימא אף היכא דלא הוי חזקת חיוב ג"כ וע"כ שפיר הוכחתי כנ"ל. וכן יש להוכיח מהא דבכור בתוך ל' יום בחזקת שלא נפדה אף דהוי ספק בעיקר החיוב כנ"ל. אך לפמש"כ התוספות בב"ב (דף ה') ד"ה כי היכי כו' לחלק דשאני בבכור דאף אבייו ורבא מודו התם. אינו ראיה מהתם לכל חזקה תו"ז. אך מהא דב"ב (דף ה) שפיר הוכחתי כנ"ל: ועוד יש להסביר כל זה ביתר ביאור והוא דהא עיקר הטעם דמלוה טוען שמא על שטרו אינו גובה משום דחזקת ממונא בצירוף ברי של הלוה עדיף מחזקת שטרא בידי. והנה חזקת תו"ז או חזקה דשטרא בידי כ"א עדיף ממוחזק דהא בשניהם טוענים ברי או שמא גובה מהלוה כמבואר בסי' נ"ט וסי' פ"ב. וכיון דבחזקת ממונא בטוען הלוה שמא אין מוציאין ממנו אף דאיתרע טענת הלוה בטוען שמא דה"ל למידע. מ"מ מעלת החזקת ממונא עדיף מן ריעותא דיש בטענת הלוה הטוען א"י. וע"כ אף דיש ריעותא בטענתו מ"מ אלים מעלת המוחזק. וכיון דבמוחזק מצינו כן כש"כ במעלת שטרא בידי או בחזקה תו"ז דעדיף כ"א מחזקת ממון. דודאי אף במקום דטוען המלוה שמא לא איתרע החזקה הנ"ל וכ"א מהחזקות הנ"ל הוא בתקפו. והא דאינו גובה מהלוה אם התובע טוען שמא. הטעם הוא משום דחזקת ממונא וצירוף ברי של הלוה שניהם ביחד עדיף ממעלת שטר. או מן מעלת חזקה תו"ז. וזה אינו שייך אלא נגד כל חזקה בפ"ע. אבל היכא דהוי חזקה בשטר בצירוף תו"ז דהא אחת משתי החזקות הנ"ל עדיף ממעלת מוחזק. ונתבטל מעלת המוחזק שיש להלוה ואין כאן להלוה זכות רק מעלת ברי בלבד משום דלהמלוה יש ריעותא בטענתו דטוען שמא. ע"כ י"ל כיון דהחזקת ממונא היא בתקפה אף במקום דאיכא ריעותא דטוען הלוה שמא. א"כ כש"כ באחת מהחזקות הנ"ל דכל אחת מהם בתקפה אף במקום ריעותא דטוען שמא והוי כמו דנסתלק הריעותא דטוען שמא לגמרי. ואין כאן ריעותא כלל לפנינו בטענת המלוה. ונגד מעלת מוחזק דיש להלוה יועיל בזה אחת מהחזקות הנ"ל דעדיף ממעלת מוחזק כנ"ל. וע"כ בצירוף

שתיהן ביחד אף בטוען שמא הדין נותן דגובה בו המלוה. ואף דמצינו בסוף סי' מ"א בשטר שנפל אף בתו"ז דאיתרע דאינו גובה בו. אף דיש שני חזקות הנ"ל. שא"ה דהוי ריעותא גדולה דנפל איתרע. משא"כ בנ"ד כמו שנתבאר. ועפ"ז א"ש דברי המחבר בסי' פ"ד סעיף ב' במש"כ שם בפוגם תו"ז א"צ לישבע רק בטוען השבע לי וכמש"כ לעיל בארוכה בענף א'. ודברי המחבר בסי' פ"ד סעיף ה' גבי עד אחד ז"א קשה כ"כ דשא"ה כיון דעיקר שבועת ע"א הוא להפיס דעתו של בעה"ב א"כ בתו"ז מפוייס ועומד הוא כ"ז דלא טען השבע לי וכמש"כ כעין זה הקצה"ח בסי' פ"ד ס"ק ד' עיי"ש. אך דברי המחבר שם סעיף ב' הם מוקשים בסברא. אכן לפי מה שנתבאר א"ש דברי המחבר:

ומ"מ לדינא קשה לסמוך על זה ולהוציא ממון כיון דמהש"ך בסי' ע"ח ס"ק א' במה שהוכיח מתשובת הרא"ש שהביא הטור בסי' ע"א לחזקה דתו"ז. ולא מחלק דשא"ה בתשובת הרא"ש דה"ל שטר וחזקה תו"ז. מוכח דס"ל שלא לחלק בזה וע"כ אין להוציא ממון בחזקה ושטר ביחד אם המלוה טוען שמא. ומ"מ אם תפס אין להוציא מהמלוה אף דטוען שמא כיון דהחזקה דתו"ז והשטר מסייע לו. ולכל הפחות הוי זה ספיקא דדינא ע"פ כל מה דנתבאר: ב:

(שם סעיף א בהג"ה):

דלא אמרינן חזקה דתו"ז אלא במלוה אבל אם היו מופקדין ועוסק בהם כו'. והאו"ת באורים ס"ק ח' כתב בשם המהרי"ט ח' ח"מ סי' קכ"ד דפסק דאם צריך ליתן ריוח בבירור כגון להקדש וכדומה אפילו דבר מועט נאמן לומר דפרע בתו"ז לפי שהריוח שנותן הוא קבוע וברי היזיקא כו'. וסיים האו"ת דצ"ע בשטרי עיסקא שלנו אם לא דמיא לנידון של המהרי"ט הנ"ל עכ"ל. וכ"כ בתשובת הר הכרמל ח' ח"מ סי' כ"ה דבהלואות שלנו שהם על ריוח הן בשטרי עיסקא והן בזקוקים דליתא בכ"ז להחזקה דתו"ז והביא כן בשם הראנ"ח:

ענף א:

ובספרי נחל יצחק בסוף ספרי בקונטרסי לאה"ע סי' ע"ז ענף ח' כתבתי לדון בכתובות (דף ק"ז) באשה שהלך בעלה דרב ס"ל פוסקין מזונות לא"א ושמואל ס"ל דאין פוסקין מזונות לא"א ופריך הגמ' מ"ט דשמואל ר"ז אמר אימא צררי אתפסה ר"פ אמר חיישינן שמא א"ל צאי מע"י למזונותיך. ואף דהוי בכלל הטוען אחר מעב"ד דלא אמר כלום וגם למ"ד דלית לי' כו' מ"מ שייך בזה לומר מה הועילו חכמים בתקנתם כעין מש"כ התוס' בכתובות (דף צ"ו) ד"ה יתומים אמרו נתננו כו'. אפ"ה ס"ל דאין פוסקין מזונות מפני החששות הנ"ל ע"פ סברת התוס' שם ד"ה ששמעו בו כו' דטעמא דשמואל דאין

פוסקין משום דמוכחא מילתא מדאינו חוזר שנסתלק ממנה בשום ענין כו'. וכ"כ הר"נ שם. והארכתי שם במה דיש לדון ולחוש שמא גירשה כו'. והקשיתי לשיטת הפוסקים כדקיי"ל דע"י השלשת גט וכתובה מיפטר מן מזונות אף דהוי בעל כרחה א"כ ניחוש שמא שלח לה גט וכתובה ע"י שליח והיא לא רצתה לקבל וממילא נפטר מהמזונות ובזה לא שייך לומר אם איתא דגירשה קלא אית לי' כו'. ועיין בר"נ ובפני יהושע שם שהביא בשם הירושלמי דחיישינן שמא שלא צררי ע"י שליח. א"כ קשה אמאי לא אמרו שם ה"ט דלכן ס"ל לשמואל דאין פוסקין מזונות לא"א משום דכיון דמוכח מילתא מדאינו חוזר שנסתלק ממנה בשום ענין כמש"כ התוס' והר"נ דאמרו מה"ט לחוש לצררי כו' אף דיש לומר בזה הסברא דאם אתפסה צררי ה"ל ליקח שובר ממנה עי"ז ואל"כ ה"ל בכלל הטוען אחר מעב"ד כו'. וכש"כ בהחשש שמא שלח לה גט וכתובה ע"י שליח די"ל דלא נתרצתה לקבל ע"כ לא החזירה הכתובה שת"י וכן לא נתנה לו שובר ונשאר כ"ז מונח ת"י השליח לעיקול עד שתתן שובר או תחזיר הכתובה כמבואר בסי' נ"ד דיכול לעכב הפרעון עד שתחזיר השטר ע"ש. ואף דגם זה הוא בכלל הטוען אחר מעב"ד דע"פ דין אינו נאמן בכ"ז מ"מ כיון דיש לדון בזה לסברת התוס' דמוכח מילתא שנסתלק ממנה כו'. [ועיין בירושלמי יבמות פ' י' ה"א דשמואל א' שמא שילח לה גיטה ממדינת הים. אך אין זה ענין לנ"ד דהתם מיירי לענין מה דחיישינן דיאמרו בעלה שלח לה גט ממד"ה. ויאמרו א"א יוצאה בלא גט. אבל לדינא י"ל דלא חיישינן לזה וקצרתי]:

וכתבתי שם לתרץ דלכן לא חיישינן שמא השליש גט וכתובה ע"י שליח משום דאמרינן בזה חזקה דתו"ז ואף לר"פ כו' והא דחשו שמא צררי אתפסינהו שא"ה בחוב מזונות ע"פ סברת הש"ך גבי קונטרסים כו'. אבל לפרוע הכתובה תו"ז לא חיישינן ואף דיש לו רווחא דמיפטר ע"י זה ממזונות מ"מ דיינינן בזה הך חזקה דתו"ז. א"כ מוכח מזה דגם בהלואות על ריוח ג"כ דיינינן דאינו נאמן לומר דפרע תו"ז כו' ע"ש בספרי. אך יש לחלק דשא"ה דלא הוי חוב ברור דשמא תמות בחייו וע"כ בכה"ג י"ל דאף היכא דאיכא רווחא ג"כ שייך החזקה דתו"ז דכיון דעיקר החוב הוא בספק ע"כ לא יטיל מעותיו בספק משום דיהיה לו קצת ריוח. אבל בחוב ברור עדיין יש לומר דכיון דיש לו רווחא יקדים הפרעון אף בתו"ז וכה"ג כתבו התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה כי היכי כו' ובחוס' ב"מ (דף ק"ב) ד"ה בחזקת שלא נפדה כו' לחלק בין חוב ברור כו'. וכ"כ האו"ת ס"ק א' לחלק כן גבי ענין אחד ע"ש:

אך באמת אין זה קשה לפי מש"כ הר"נ ר"פ שני דייני גזירות דטעמא דשמואל דס"ל אין פוסקין מזונות לא"א משום דאמרינן אילו איתי' קמן הוה טעין הכי והיא לא תעיז

פני' להכחישו כו' עכ"ל הר"נ. הרי דעיקר טעמא דשמואל הוא דאמרינן שמא יבא בעלה ויטעון דאתפסה צררי או כו' והיא לא תעיז פניה נגדו כעין מה דאמרינן בדוכתי טובא חזקה אין אשה מעיזה ואף דבממון לא מהני הך חזקה כמבואר בש"ך ח"מ סי' ס"ב ס"ק ו' בארוכה מ"מ י"ל כיון דיש כאן לדון לסברת התוס' והר"נ דמוכחא מילתא מדאינו חוזר שנסתלק ממנה כו' כנ"ל ע"כ במקום צירוף מצרפינן בזה להסברא דהיא לא תעיז פניה להכחישו ויבא הענין לידי בירור ע"כ אמרו אין פוסקין מזונות. וכיון דהטעם הוא משום שלא תעיז פניה ע"כ לא אמרו הטעם דשמא שלח לה גט וכתובה ע"י שליח דהא בנדרים (דף צ"א ע"א) בר"נ בד"ה ואיכא למידק אשמעתין כו' כתב בשם הרמב"ן דלא דמיין אהדדי כו' משום חזקה דאין אשה מעיזה. דכי אמרינן הכי היכא דאיהי בעיא לאפוקי נפשה מבעלה כו' אבל התם דאיהו בעי לאפוקי נפשה מעיזה כו' עכ"ל. א"כ ה"ה הכא בחשש שמא שלח לה גט וכתובה ע"י שליח לא שייך הסברא דהיא לא תעיז פניה להכחישו. משום די"ל דכיון דאיהו בעי לאפוקי אותה בגט וכתובה ע"כ לא תחזור מדבריה שאומרת לפנינו שלא שלח לה מעולם גט וכתובה ולא יבא הענין לידי בירור כלל ע"כ לא אמרו טעם זה אליבא דשמואל. ולכן אין מקום להוכיח מזה כלל לנ"ד. אך בעיקר דברי הר"נ דשם יש לדון טובא וקצרתי:

ענף ב:

ובב"מ (דף ז' ע"ב) מצא שטר כתובה בשוק כו' ר' יוסי אומר עודה תחת בעלה יחזיר לאשה נתארמלה או נתגרשה לא יחזיר כו' ופי' רש"י בד"ה יחזיר לאשה דלא עביד אינש ליתן כתובה קודם גירושין. ורבנן פליגי וס"ל דאף עודה תחת בעלה לא יחזיר משום דס"ל דכיון דנפל איתרע ע"כ אף בתו"ז דיינינן כן כמבואר בארוכה בש"ך סי' מ"א ס"ק י"ט. אך ר' יוסי ס"ל כיון דלא עביד אינש ליתן כתובה בתו"ז ע"כ לא אמרינן בזה נפל איתרע. ונקדים מה דאי' בכתובות (דף נ"ג ע"א) מוחלת כתובתה לבעלה אין לה מזונות ופי' רש"י באלמנותה כו'. ושיטת הרמב"ם פ' י"ז ה' אישות ה' י"ט דהמוחלת כתובתה אין לה מזונות אף בחיי הבעל. וראיתי בכסף משנה שם שכתב כך נראה מדברי הרי"ף והרא"ש כו' עכ"ל. ודבריו תמוהים דהא מבואר להדיא להיפוך בהרא"ש כתובות פ"ד סי' כ"ד שכתב ראיתי מפרשים אין לה מזונות אף מהבעל והא ליתא כלל כו'. א"כ אדרבה דעת הרא"ש דבחייו יש לה מזונות וכפי' רש"י. וע"כ בוודאי מש"כ הכ"מ כן בשם הרא"ש זהו טעות סופר. ועיקר הך פלוגתא הובא באה"ע סי' צ"ג סעי' ט'. ולשיטת הרמב"ם דס"ל דמוחלת כתובה אין לה מזונות ה"ה בנפרעה כתובתה מרצונה אין לה מזונות אף בחיי הבעל משום דשיטתו דהיכא דאין לה כתובה אין לה מזונות אף בנפרעה כמבואר

בהרמב"ם ה' אישות פ' י"ב ה' י"ח וזה לשונו יש מן הגאונים שהורה שאין פוסקין מזונות לאשה שהלך בעלה או שמת בעלה עד שיהא שטר כתובה יוצא מת"י ואם לא תוציא שטר כתובה אין לה מזונות שמא נטלה כתובתה מבעלה או מחלה לו כתובתה שאין לה מזונות כמו שיתבאר. ויש מי שהורה שפוסקין לה מזונות בחזקת שלא נטלה ולא מחלה ואין מצריכין אותה להביא כתובה ודעתי נוטה לזה במי שהלך בעלה הואיל ויש לה מזונות מה"ת אבל אם מת בעלה אין לה מזונות עד שתביא כתובה מפני שהיא אוכלת בתק"ח ועוד שניזונת מנכסי יורשים ולעולם טוענין ליורש עכ"ל הרמב"ם. ודברי הרמב"ם הלז הובא ברא"ש לכתובות פ' י"ג סי' ו'. ועיין מזה באה"ע סי' צ"ג סעי' י"ח וב"ש ס"ק כ"ט: א"כ מבואר להדיא ה דס"ל דאם ידוע שנטלה כתובתה מבעלה אין לה מזונות אף בחיי בעלה כמו דאמרו במוחלת דס"ל לקמן פ' י"ז ה' י"ט דאף בחייו הפסידה המזונות וזה שכתב הרמב"ם שאין לה מזונות כמו שיתבאר. אך כ"ז שלא ידוע שנטלה הכתובה ס"ל כדעת יש מי שהורה שפוסקין לה מזונות בחזקת שלא נטלה ולא מחלה כיון דיש לה מזונות מה"ת. והא דאמרו בכתובות (דף נ"א) דאם אמר הרי גיטה וכתובתה תרפא א"ע רשאי דבעינן גט וכתובה ביחד היינו בפרעון בע"כ וכמש"כ בקונטרסי לאה"ע סי' ע"ז הנדפס בסוף ספרי נחל יצחק לבאר זה היטב בעז"ה. אבל היכא דנפרעת האשה מעצמה אז איבדה המזונות אף בחיי הבעל לשיטת הרמב"ם ויש מן הגאונים שהובא שם כנ"ל. והא דמוכרת כתובתה לבעלה דס"ל להרמב"ם דיש לה מזונות בחיי' כמש"כ הב"ש בשיטת הרמב"ם באה"ע סי' צ"ג ס"ק י"ח בע"כ מוכח לחלק דשאני מכרה בעד טובת הנאה בזה אמרו הטעם דהוי כאונס כמו שאמרו בכתובות (דף נ"ג) גבי כתובת בנן דכרין וכמש"כ הב"ש שם. אבל בנפרעת כולו בזה לא אמרינן דהוי כאונס וכמש"כ בקונטרסי לאה"ע סי' ע"ז הנ"ל ועיין שם בענף ד' מזה:

ולפי מה שנתבאר בשיטת הרמב"ם דס"ל דאם נטלה כתובתה אין לה מזונות אף בחיי בעלה. א"כ יש להעיר דאמאי ס"ל לר' יוסי לחלק דבעודה תחת בעלה יחזיר לאשה ובנתארמלה לא יחזיר לה והא אף בעודה תחת בעלה יש לחוש שמא נפרעה הכתובה כיון דס"ל להך דין דנפל איתרע השט"ח והכתובה א"כ ממילא ה"ה אף עודה תחת בעלה ג"כ ניחוש לפרעון ואין לומר דהטעם הוא משום דאין אדם פורע בתו"ז. דזה אינו דאם נימא דהיכא דאיכא רווחא להלוה כמו מלוה על רווחים וכה"ג יש לדון דאדם עשוי לפרוע בתו"ז וכמש"כ המהרי"ט והאו"ת ובתשובת הר הכרמל הנ"ל. א"כ ה"ה בכתובה הא איכא רווחא להבעל כשמסלק לה הכתובה דעי"ז נפטר מן חוב מזונות א"כ איכא ריוח ברור להבעל כשנפרעה הכתובה א"כ לא שייך בכה"ג מעלת החזקה דתו"ז. ע"כ

ממילא דומה לכל שט"ח הנמצא בשוק דאמרינן כיון דנפל איתרע ולא יחזירו. ומדחזינן דס"ל לר' יוסי דעודה תחת בעלה יחזיר מוכח דהיכא דדיינינן להחזקה דתו"ז דאף היכא דאיכא רווחא להמלוה ע"י מה שיפרע בתו"ז ג"כ אמרינן החזקה דתו"ז דכללא הוא דאין אדם עשוי לפרוע בתוך זמנו בשום גוונא כלל. ואין לומר דשא"ה בכתובה עודה תחת בעלה דכיון דאסור להשהות אשתו בלא כתובה ע"כ לא חשו התם שמא נפרעה כתובתה. דזה אינו דהא ר' יוסי ס"ל דרשאי להשהות אשתו בלא כתובה כמבואר בכתובות (דף נ"ו ע"ב) דר"מ ס"ל כל הפוחת לבתולה ממאתים כו' ה"ז בעילת זנות ר' יוסי אומר רשאי ואמרו שם לקמן זו דברי ר"מ אבל חכמים אומרים משהא אדם אשתו כו'. וכיון דר' יוסי ס"ל דמותר להשהות אשתו בלא כתובה ע"כ ליכא למימר ולחלק כן:

א"כ מוכח מהך סוגיא דב"מ הנ"ל דאין לחלק בין איכא רווחא לליכא רווחא ולעולם אמרינן דאין אדם פורע בתו"ז. אך יש לחלק דשא"ה דעיקר חוב כתובה לא הוי חוב ברור דשמא תמות בחייו וכיון דהוי עיקר החוב בספק שמא לא יבא לידי גובייא ע"כ בכה"ג מצינו דאף במקום רווחא לא משלם בתו"ז כיון דעיקר החוב הוא בספק וכמש"כ לעיל. ומה"ט אתי שפיר הא דאמרו דלר' יוסי בעודה תחת בעלה יחזיר דתקשה לאביי ורבא דס"ל בב"ב (דף ה') דעביד אינש דפרע בתו"ז דא"כ אמאי ס"ל לר' יוסי עודה תחת בעלה יחזיר ודוחק לומר דס"ל דזה גופא הוא פלוגתת רבנן ור' יוסי שם וס"ל כרבנן דלכן קאמרי דאף עודה תחת בעלה לא יחזיר משום דלא ס"ל כלל להחזקה דתו"ז דזה אינו מכמה טעמים. וע"כ מוכח לחלק דשאני היכא דלא הוי חוב ברור בכה"ג אף אביי ורבא מודו דאין אדם פורע בתו"ז וכמש"כ התוס' לחלק כן בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה כי היכי כו' ובב"מ (דף ק"ב ע"ב). ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' מ"א במש"כ לתרץ שם קושיות הש"ך. א"כ י"ל דלא מצינו כן רק בחוב כתובה דהוי בספק אבל בחוב ברור שפיר יש לומר כמש"כ האחרונים הנ"ל דבמקום דאיכא רווחא עשוי לפרוע אף בתו"ז ואין ראיה משם לנ"ד אף לשיטת הרמב"ם דס"ל דבנטלה כתובתה אין לה מזונות אף בחייו וכש"כ לשיטת הפוסקים החולקים עליו וס"ל דמזונות בחייו לא הפסידה כלל אף בנטלה או מחלה וודאי דליתא לראיה זו כלל: (הגה"ה וע"פ כל זה יש לתרץ קושיות הש"ך בסי' מ"א ס"ק י"ט על הרמב"ם שכתב בשם הורו רבותי בשטר שנפל דאף בתו"ז אמרינן נפל איתרע והראב"ד השיג עליו משום דבתו"ז לא אמרינן נפל איתרע והקשה ע"ז מהך סוגיא דב"מ (דף ז') דאמרינן גם בכתובה עודה תחת בעלה דלא יחזירו משום דאמרינן גם בזה נפל איתרע א"כ קשה על הראב"ד וכן תקשה על הרמב"ם דלמה תלה דין זה בהוראת רבותיו והאריך שם. ובספרי נחל יצחק שם כתבתי לתרץ זה. אכן לפמש"כ

לעיל דהרמב"ם ס"ל דאם נפרעה כתובתה אין לה מזונות אף בחייו וגם הראב"ד ס"ל כן דהא לא השיג על הרמב"ם ה' אישות פ' י"ז ובפרק י"ב שם. לכן יש מקום לחלק דשאני חוב כתובה דאף עודה תחת בעלה אמרינן נפל איתרע משום דזה גרע מכל חוב תו"ז לפי דהכא יש רווחא להבעל במה שמסלק לה הכתובה דנפטר עי"ז ממזונות וכמש"כ הפוסקים הנ"ל לחלק דבמקום דאיכא רווחא להלוה דיפטר עי"ז מן תשלומי רווחים דכה"ג אדם עשוי לפרוע אף בתו"ז ע"כ אינו מוכח מן הא דב"מ לנידון דכל שט"ח בתו"ז ואתי שפיר דברי הרמב"ם והראב"ד:

ועוד יש לומר ולתרץ לקושיות הש"ך הנ"ל ע"פ מש"כ הריטב"א בחידושיו לב"מ (דף ז' ע"ב) בד"ה ר"פ אמר כו' דבאמת לא חיישינן לפרעון בתו"ז אף היכא דנפל השט"ח והא דס"ל לרבנן שם אליבא דאוקימתא דר"פ דחיישינן אף עודה תחת בעלה דשמא צררי אתפסה הטעם הוא ע"פ דברי מורי הרב דכיון דאסור להשהות אשתו בלא כתובה א"כ יש לחוש שמא כיון דנאבדה הכתובה אתפסה מטלטלי כמו דאי' בכתובות (דף ז') כדי שיהי' מותר לו להיות עם אשתו כו' עכ"ל הריטב"א. א"כ מתורץ קושיות הש"ך בפשיטות דהא גם הריטב"א כתב דע"פ דין אמרינן דלא איתרע לי' החזקה דתו"ז אף דנאבד השט"ח והא דכתובה שאני משום דאסור להשהות אשתו בלא כתובה מצוי להתפיסה צררי. ועפ"ז יש לומר דלכן ר' יוסי דס"ל שם דעודה תחת בעלה יחזיר לאשה משום דאזיל לשיטתו דס"ל לר' יוסי בכתובות (דף נ"ו) דרשאי להשהות אשתו בלא כתובה ע"כ ממילא ה"ל דינה של עודה תחת בעלה ככל חוב בתו"ז דלא חיישינן לפרעון וצררי וכמש"כ הריטב"א. ורק טעמא דרבנן הוא משום דס"ל דאסור להשהות כו' כנ"ל ולר' יוסי דס"ל דרשאי א"כ לא שייך סברת הריטב"א הנ"ל אליבי' דר' יוסי. והנה הש"ך שם הביא דברי הריטב"א דב"מ שם שכתב לעיל מינה בהא דשטר כתובה כולה ר' יוסי דאע"ג דבשטר דעלמא חייש ר"י לפרעון אף בתו"ז כו'. ותמהני עליו דלא הביא לדברי הריטב"א הנ"ל דכתב בד"ה ר"פ א' כו' דבכל חוב בתו"ז לא חיישינן לפרעון ושאני שטר כתובה כנ"ל. וקושיות הש"ך הנ"ל הקדימו הריטב"א וכתב לתרץ זה היטב בשם מורו הרב כו' כנ"ל. (ע"כ הגה"ה)):

ויש לדון סעד לדברי המהרי"ט דכתב דהיכא דאיכא רווחא להלוה דנאמן לומר דהקדים הפרעון כדי שיפטר מן תשלומי הריוח דכעין זה ראיתי בשמ"ק לכתובות (דף צ"ו ע"א) ד"ה בעי ר' יוחנן יתומים אומרים נתננו כו' ופי' רש"י במ"ק יתומים אומרים נתננו לה מטלטלין למזונותי' כו' ואם תאמר אכתי ריע טענתייהו דיתמי דמה להם להקדים מזונות לשנה או שנתים הי' להם לזונה דבר יום ביומו או לשלשים יום לכל היותר ומה להם

להקדים ויש לומר דאיברא אלו היו נותנין לה מעות לא היו מקדימין כ"כ אבל לפי שנתנו לה מטלטלין והיא מוכרת אותם למזונותיה לכך הקדימו לה כדי שתמכרם על יד על יד ולא יזדלזלו שאלו היו נותנין לה אותם כשהגיע זמן החיוב של מזונות שנה או שנתים היתה מוכרת אותם מיד והיו מזדלזלים המטלטלים ולכך כתב הרב ז"ל נתנו לה מטלטלי למזונותי' וכו' כנ"ל ובמהדורא בתרא לא פי' כן שכתב וז"ל נתננו דמי מזונות לשנה זו הבאה כו' עכ"ל השמ"ק. הרי מצינו כעין סברת המהרי"ט דהיכא דמגיע טובה להלוה ע"י מה דמקדים התשלומין מקודם זמ"פ דאמרינן דכזה עביד אינש לפרוע מקודם זמ"פ ואף לפי פי' רש"י במהדורא בתרא וכפי שמסיק השמ"ק שם היינו משום די"ל דס"ל דאין זה מקרי רווחא כ"כ בהקדמת המטלטלין משום דעיקר סברתו אין זה ברור כ"כ. אבל היכא דאיכא ריוח ברור כ"ע מודו לסברת המהרי"ט הלז. ובעיקר דברי השמ"ק בכל הסוגיא שם יש לדון טובא וקצרתי:

ענף ג:

ומן לשון הרמ"א שכתב אבל אם היו מעות מופקדין בידו ועוסק בהן לצורך אחרים הוי כשאר פקדון ויכול לומר דהחזירן אפילו תוך הזמן שקבע. משמע דהיכא דהיו עיסקא לצורך עצמו כמו כל דין עיסקא המבואר ביו"ד סי' קע"ז דבזה אין נאמן לומר דהחזירן בתו"ז. וזה לשון הש"ך ס"ק ט' ואין לו הנאה מן המעות א"כ בכל עיסקא דיש לו הנאה א"י לומר דהחזירן בתו"ז. ולכאורה מוכח מהרמ"א דלא ס"ל לסברת המהרי"ט שכתב דנאמן לומר פרעתי בתו"ז כדי שירוויח הרווחים שלא יצטרך ליתן. אך יש לחלק ע"פ דברי האו"ת שכתב דהמהרי"ט מיירי היכא שצריך ליתן ריוח ברור כמו להקדש וכדומה אבל בעיסקא דאינו נותן הריוח רק אם יהיה ריוח ע"כ מה איכפת לי' להקדים התשלומין ואולי יקרה ליה ריוח ואם לאו הא גם להנותן אינו נותן עכ"ל האו"ת. ע"כ אינו ראי' מן דברי הרמ"א לסתור לדברי המהרי"ט. אך בעיסקא הנהוג האידנא דאף דנאמן על הרווחים בשבועה מ"מ יש הרבה תנאים שיצרך ליתן בכל חודש וחודש חשבון וכדומה עד שמוכרח הוא ממש ליתן הרווחים כפי קצבתו שקצב א"כ י"ל דהחזיר בתו"ז כדי להקל מעצמו כו' כמש"כ האו"ת וסיים בצ"ע בשטרי עיסקא שלנו. אך בתשובת הר הכרמל סי' כ"ה כתב בפשיטות דלא שייך לדון בעיסקא להחזקה דתו"ז דאף דיכול לפטור ע"י שבועה או עדים מ"מ עשוי אדם לפייס את בעל השטר לקבל שלו אף תו"ז כשרואה שאינו עושה פירות כו' וכ"כ בשם תשובת מהראנ"ח ואין ספר הלז ת"י. א"כ לסברת הר הכרמל הלז יש לדון כן בכל עיסקא הנהוגות בזמן הש"ס והשו"ע ביו"ד סי'

קע"ז ואפ"ה חזינן דס"ל להרמ"א הכא בפשיטות דעיסקא שיש לו הנאה לעצמו אין נאמן לומר דהחזירן בתו"ז כנ"ל א"כ יש לסתור לדברי הר הכרמל מן דברי הרמ"א:

אך יש לדון דאין לסתור לסברת הר הכרמל מן דברי הרמ"א והוא דע"פ הסברא הנכון הוא כפי דברי הר הכרמל דאף דנאמן בשבועה לישבע דלא הרויח מ"מ יש לומר כעין סברת הר"נ ברפ"ז דשבועות בקושיות הגמ' שם וליתב לי' בלא שבועה דאיכא למיחש בכדי חייו דאיכא אינשי דפרשי משבועה ואף בקושטא לא בעי לאשתבועי. א"כ לפ"ז י"ל דהדרך הוא באם שרואה המקבל העיסקא שאינו עושה פירות ע"כ חושש שמא יצטרך לישבע שבועה חמורה שלא הרויח ואף בקושטא לא בעי לישבע כמש"כ הר"נ וע"כ הקדימו ופרעו בתו"ז. דאף דאם התובע ירצה יהיה יכול להשביעו על הפרעון מ"מ בזה י"ל דאינו חושד להמלוה שישביעו בחנם כיון דעיקר שבועת היסת הוא מצד חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו עליו כמבואר בשבועות (דף מ'). וגם הא אמרו בב"מ (דף ל"ה) דדרך הלוה להאמין להמלוה. וע"כ אינו חושד שהמלוה ישביעו ש"ה בחנם כיון שהמלוה בעצמו יודע מהפרעון ובוודאי לא יכחישנו. משא"כ בשבועה חמורה על לא הרווחתי דהמקבל נשבע על טענת שמא דהנותן דלא שייך כן ע"כ י"ל דהמקבל אינו רוצה לישבע אף שבועת אמת ובפרט שבועה חמורה בנק"ח ע"כ הדרך לפרוע אף בתו"ז כדי שיפטר משבועה חמורה. וכעין סברא זו ראיתי בקצה"ח סי' ק"א ס"ק ו' שכתב להכריע כשיטת הפוסקים דהיכא דמסלקו בקרקע א"צ הלוה לישבע משום דכיון דכמה אינשי פרשי אף משבועת אמת וכל אשר יש לו יתן ולא ירצה לישבע א"כ הוי כמו פסידא דיכול לסלקו בקרקע כו' עכ"ל הקצה"ח. הרי דכתב דחיוב שבועה מקרי בשם פסידא. אך כבר כתב הר"נ לסברא זו כנ"ל. א"כ לפ"ז יש מקום לדברי תשובת מהראנ"ח והר הכרמל הנ"ל דמה"ט נאמן לומר דפרעו להעיסקא אף בתו"ז כדי שלא יצטרך לישבע שבועה חמורה:

ולפ"ז אין לסתור לדבריהם מן הרמ"א דהא לקמן סי' צ"ג סעיף ד' מבואר דיש פלוגתת ראשונים במקבל עיסקא אם צריך לישבע או לא דהרמ"א הביא שם דיש חולקים כיון דמקבל שכר טרחו א"צ לישבע דלא שייך מורה היתירא בזה כמש"כ התוס' בשבועות (דף מ"ח) א"כ ממילא כיון דהדין הוא דבספק אם חייב לישבע אינו נשבע כמש"כ הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י' ושם סי' צ"ג ס"ק ט'. ע"כ שפיר כתב הרמ"א הכא לדינא דאין נאמן לומר שהחזיר העיסקא בתו"ז דלמה לי' להחזירן בתו"ז דמה איכפת ליה דהא אם ירויח מה טוב ואם לא ירויח הא לא יצטרך ליתן כלל וגם לא יצטרך לישבע שבועה חמורה ע"ז ע"כ ממילא דינו ככל חזקה תו"ז. וכ"ז הוא בזמן הקודם אבל האידנא דהתקנה הוא ע"פ

תקנת מהר"ם להשביע שבועה חמורה בשטרות שנעשו ע"פ היתר עיסקא כשטוען לא הרווחתי וכמו שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ס"ו בריש סימן הנ"ל ענף ה' בשם השל"ה וכ"כ הנתיבות סי' צ"ג ס"ק ג' וכבר הקדימו השל"ה. א"כ האידנא שפיר יש לדון כמש"כ הראנ"ח והר הכרמל דנאמן המקבל עיסקא לומר החזרתי בתו"ז כדי שלא יצטרך לישבע ש"ח בלא הרווחתי ובפרט לפמש"כ בספרי שם דהחמירו בהך ש"ח דאינו יכול להטיל קב"ח ולא להפך השבועה על המלוה שחושדו דהתקנה היה דכ"ז דלא ישבע ישלם כפי השוואתם ואין לו שום עצה להפטר מן ש"ח ע"כ י"ל דחשש ולא רצה שיהיה העיסקא בידו כשראה שאינו עושה פירות ולכן אינו קשה עליהם מן דברי הרמ"א:

אכן יש להוכיח דלא כמש"כ מן הטור והש"ע סימן ק"ח סעיף ד' שכתבו דבעיסקא תו"ז אין טוענים להיתומים נאנסו כו'. הרי דס"ל להטוש"ע דאף עיסקא תו"ז דינו ככל חוב תו"ז והא שיטת הטוש"ע בסי' צ"ג סעיף ד' דמקבל עיסקא בשכר ג"כ צריך לישבע ש"ח א"כ מוכח דלא כסברת הר הכרמל. אכן לפמש"כ האו"ת לחלק דשאני עיסקא הנהוגות בזה"ז שצריך ליתן חשבון בכל חודש כו'. וכן לפמ"ש דהחמירו בהך ש"ח דא"י להפך ולהטיל חרם ע"כ שפיר יש לחלק ולדון דהאידנא אין לו דין חוב בתו"ז. ואפשר דגם תשובת הר הכרמל נתכוין לזה רק שקיצר בלשונו. וראיתי בחתם סופר סי' קמ"ד שכתב ג"כ בשם רב א' דבעיסקא אין דינו כחוב תו"ז כו' אך שהעלה טעם אחר דא"נ לומר שהחזירו בתו"ז דאף דהמקבל עיסקא חוזר בתו"ז מ"מ א"נ לומר שחזר בו ושוויי' נפשי' הדרנא כמבואר סי' קע"ו כו' עכ"ל. ויש לדון הרבה בדבריו ומתחלה אבאר לדברי הרמ"א דהכא שכתב דאם היו מעות מופקדים בידו ועוסק בהם לצורך אחרים יכול לומר דהחזירן בתו"ז:

ביאור נכון על דברי הרמ"א סי' קע"ו סעיף ג' ובכמה ענינים השייכים לזה:

ענף ד:

ויש להעיר ע"ז מן מש"כ הרמ"א בסי' קע"ו סעיף ג' באומנין שנשתתפו דיכולין לחזור אבל לא לענין מה שהרויחו כבר וא"נ לומר שחזרו בהם. ומקורו הוא מן הנמוקי יוסף פ"ק דב"ב בהא דרשאין להסיע על קיצתן דבאתנו שכל מה שישתכרו באומנותן יהא לאמצע כו' קנו עד שיחזרו בהם שהרי פועל יכול לחזור ודוקא ביש עדים בדבר שחוזר בו דאינו נאמן לומר קודם שלקחתי חזרתי בי שאם כן אף פועל שנשכר ללקט מציאות יאמר כן וכי נאמין אותו אלא ודאי פועל אע"פ שיכול לחזור בו כל שלא חזר בו מסתמא על דעת תנאו הראשון עושה כ"כ הרנב"ר ז"ל עכ"ל הנ"י. וכן הובא שם בשם כמה ראשונים שכ"כ והטעם הוא משום דחזרה הוא טענה גרוע דמסתמא עומד אדם כדעתו הראשונה

ולכן מוציאין עי"ז מהמוחזק כמבואר התם. א"כ קשה במש"כ הרמ"א דאם היו מעות עיסקא בידו יכול לומר דהחזירן בתו"ז. הא טענת חזרה ושינוי דעתו ממה שקיבל עליו מתחלה הוי טענה גרוע ואינו נאמן. ואפשר לחלק דדוקא באומנין שנשתתפו בדשלב"ל וכן פועל שנשכר ללקט מציאות כיון דדין פועל הוא שידו כיד בעה"ב כ"ז דלא הדר בי' כמבואר בב"מ (דף י') ע"כ אמרו בפועל דא"נ לומר שחזר בו משום דיש לדון בזה קצת כעין חזקת מרא קמא ואף דפועל אין גופו קנוי וכמש"כ הש"ך בסי' של"ג ס"ק כ"ה מ"מ יש לומר כן. אבל במי שעושה בחנם דאז אין דינו כפועל ע"כ אין בזה שום שייכות קצת לדון בי' כעין חזקת מ"ק על ידיו וגופו. לכן הכא דכתבו דעוסק בהם לצורך אחרים ואין לו הנאה מן המעות א"כ י"ל דכוונו ג"כ לומר דמיירי בעוסק בחנם דאין דינו כפועל ע"כ נאמן לומר דנשתנה דעתו והחזיר העיסקא. והחילוק בין פועל בשכר לעוסק בחנם זהו מבואר בב"מ (דף י') דשאני פועל דידו כיד בעה"ב כו' וכ"כ הש"ך בסי' ק"ה ס"ק א' לחלק בין פועל בשכר דדינו כפועל ומי שעושה בחנם אין דינו כפועל. וכעין זה כתב הרמ"א לקמן סי' של"ג סעיף ה' בשם המהרי"ק סי' קל"ג דפועל שעושה בחנם יכול לחזור אף בדבר האבוד והטעם כתב המהרי"ק שם משום דה"ל לאסוקי אדעתא דילמא הדר בי' ע"ש. הרי דבמי שעושה בחנם מצוי בו החזרה. ולכן כתב הנמוקי יוסף בב"ב שם בלשונו דפועל שנשכר ללקט מציאות כו' משום דלא שייך זה רק בעושה בשכר:

(הגה"ה:

ובביאור הגר"א צ"ל ח"מ סי' של"ג ס"ק ל"ו כתב דלכן פועל שעושה בחנם יכול לחזור אף בדבר האבוד משום דטעמא דהתחלת מלאכתו הוא קניינו משא"כ כה"ג ועש"ך עכ"ל. ויש להסביר דבריו הקדושים ע"פ מה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ל"ט סעיף י"ז דיש לדון טעם הדבר דלכן הוי התחלת המלאכה נחשב לקנין לפי דהוי כמו קנין חליפין לשיטת הרמב"ן דכיון דזוכה להשעבוד על הבעה"ב שהתחייב לתת לו השכירות כו' ע"ש. ע"כ זה אינו שייך רק בפועל בשכר אבל בפועל שהשאיל את עצמו בחנם אף על זמן אינו נתפס ביה שום קנין כלל ולכן לא הוי התחלת המלאכה נחשב לקנין כלל בפועל שעושה בחנם ואפשר דזהו כוונת הגמ' ב"מ (דף י') שאני פועל דידו כיד בעה"ב כו'. אך לפי מש"כ בספרי שם עוד טעם במה דאמרו דהתחלת המלאכה הוי קנין משום דהוי כמו קנין חזקה בעבד כמש"כ שם בארוכה ע"כ יש לדון בזה טובא וקצרתי:

(ע"כ הגה"ה:

אך עיקר הדברים שכתבתי דהכא מיירי בעוסק בחנם אין זה במשמע בדברי הרמ"א. ומש"כ הש"ך דאין לו הנאה מן המעות הכוונה דאין הפירות לבעל המקבל העיסקא

וכמש"כ האו"ת שם בלשונו ע"ש. וכן מוכח ממש"כ הש"ך ס"ק ח' להקשות על הרמ"א דהא הרא"ש בתשובה והטור וש"ע סי' ק"ח חולקים ע"ז. והא יש לחלק שאני הכא דמיירי בעוסק בחנם אבל לקמן סי' ק"ח מיירי בעיסקא לצורך עצמו דאינו רשאי לעסוק בחנם משום איסור רבית וכיון דהוי פועל בשכר ע"כ א"נ לומר החזרתי בתו"ז ומוכח דהש"ך ס"ל דהכא מיירי אף בעוסק בשכר. אך זה יש לדחות דאכתי תקשה דיהיה נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו התם בסי' ק"ח כיון דלא שייך בזה לדון להחזקה דתו"ז ואף דנימא דלא חיישינן לחזרה בזה בעושה בשכר מ"מ מיגו מהני בזה ושפיר הקשה הש"ך ואינו ראיה כלל מן הש"ך. אך באמת סתימת לשון הרמ"א הכא משמע דמיירי אף במתעסק בשכר. ולכן עדיין תקשה דמ"ש זה מכל שותף או פועל שאינו נאמן לומר שחזר בתו"ז משום דמסתמא עומד בדעתו הראשונה ולא נשתנה דעתו ועי"ז מוציאין הריוח מן השותף או המציאה מן הפועל אף שאין המציאה בעיני' לפנינו ונחתינן לנכסיו לפי דחזרה מדבריו הראשונים הוא מילתא דלא שכיח כלל ומוציאין אף מהמוחזק עי"ז הסברא. א"כ כמו כן נימא הכא ג"כ לסברא זו דמה דטוען החזרתי העיסקא בתו"ז הוא טענה גרוע ולא מהימן לומר דנשתנה דעתו וחזר בו ויוציאו ממנו הממון אף דהוי מוחזק. ובודאי אין סברא לחלק דשאני פועל שנשכר ללקט מציאות דלא שייך לדון התם דיש להפועל חזקת ממונא. וכעין סברת התוס' כתובות (ד' ט"ו ע"ב) ד"ה להחזיר לו כו' וב"ב (דף כ"ג ע"ב) ד"ה חוץ לחמשים וב"מ (דף כ"ג) תוס' ד"ה והא איכא כו'. דזה אינו דומה כלל לנ"ד. וגם הא הדין הוא כן גם בשותף דאינו נאמן על הריוח שת"י כמו באומנין שנשתתפו בדשלב"ל לומר דחזר בו כנ"ל וע"כ אינו סברא כלל לחלק ולדון כן:

ולכאורה אפשר לומר דדוקא באומר שחזר בו בלא הסכם חבירו הבע"ד שלו אז אינו נאמן אבל אם אומר שחבירו הסכים להחזרה שלו אז נאמן לומר דחזר בהסכם חבירו הבע"ד שלו. אבל גם זה אינו דא"כ אמאי אמרו שם בסי' קע"ו סעי' ג' הנ"ל וכן הנ"י בפ"ק דב"ב הנ"ל דאינם נאמנים לומר דחזרו בהם והא יש להם מיגו דאי בעי אמרו שהיה החזרה בהסכם שותפו או בהסכם הבעה"ב. ובמיגו וודאי נאמן ע"ז וגם במיגו במקום חזקה דתו"ז מהני מספיקא וכש"כ בזה. ומדאמרו בפשיטות דאינו נאמן לומר דחזר בו מוכח דאף היכא דאומר דהיה החזרה בהסכם חבירו הבע"ד ג"כ אינו נאמן משום דשינוי דעתא הוי טענה גרוע א"כ תקשה כן. וכן מבואר לקמן בסי' רס"ט סעי' ו' דאין המגביה המציאה נאמן לומר לעצמי הגבהתיה והטעם הוא הכל משום דחזרה הוי טענה גרוע. ואף דבמציאה התם לא מקרי דמאי אם יחזור מדבריו הראשונים וכמש"כ הנתיבות סי' קפ"ג ס"ק ה'. ועיין שם ס"ק ג' ובתשובת גאוני בתראי סי' כ"ג. מ"מ הוי חזרה טענה

גרוע ומשמע גם שם דאף אם יאמר דהיה החזרה בהסכם הבע"ד שלו ג"כ אינו נאמן דאל"כ יהיה נאמן במיגו דאי בעי אמר דהיה החזרה שלו בהסכם חבירו הבע"ד וכמו שכתב האו"ת סי' פ"ג ס"ק א' דהיכא דיש לו מיגו נאמן דחזר בו וכ"כ הנתיבות בסי' רס"ט ס"ק ד'. וגם מהתם מוכח דאף בעושה בחנם דייניען דחזרה הוי טענה גרוע משום חזקה שליח עושה שליחותו ולא הדר בי'. או משום סברת הנתיבות שם שכתב דלכן אינו נאמן לומר שחזר בו משום דאם חזר בו היה אומר כן בפני עדים כעין הא דגיטין (דף ל"ה) דאם איתא דבטל לעדים הוי אמר כו' ע"ש בנתיבות. ויהיה איך שיהיה עכ"פ מוכח מכל הנ"ל דאינו נאמן לומר דחזר מדבריו הראשונים ואף אם יאמר דהיה החזרה בהסכם הבע"ד משמע דאינו נאמן דאל"כ יהיה נאמן תמיד ע"י מיגו דאמר דכן הסכים לו הבע"ד שכנגדו כנ"ל. א"כ תקשה דאמאי נאמן המקבל שקיבל עליו להיות עוסק במעות חבירו על זמן לומר דהחזיר לו בתו"ז דהא חזרה אף דאומר דהיה כן בהסכמת חבירו ג"כ הוי טענה גרוע ואינו נאמן רק ע"י מיגו. ואין לומר דהכא במקבל לעסוק במעות חבירו ג"כ יש לו מיגו דנאנסו דזה אינו דא"כ ל"ל להרמ"א לומר דלא שייך החזקה דתו"ז היכא שעוסק לצורך אחרים הא אף אם היה שייך שם לדון להחזקה זו ג"כ הא היכא דיש לו מיגו הוא נאמן להחזיק הממון כמבואר לקמן סעי' ה' ובש"ך שם ס"ק י"ט ובסי' ק"ח ס"ק ז' ע"ש. ועוד דאי נימא דעיקר הנאמנות הוא מצד מיגו דנאנסו היה להרמ"א לכתוב דחייב שבועה בנק"ח כמו על כל טענת החזרתי דנאמן במיגו דנאנסו כמבואר בב"ב (דף ע'). וכ"כ הנתיבות ס"ק ג' לפרש דברי הרמ"א דלכן כתב דלא שייך חזקה דתו"ז בעוסק לצורך אחרים משום דהיה צריך שבועה בנק"ח כנ"ל:

ובדברי הנ"י פ"ק דב"ב הנ"ל דכתב דדוקא בחזר בו בפני עדים דאל"כ אינו נאמן. יש לומר לכאורה דמיירי באומר דחזר בו שלא בהסכמת חבירו והיכא דאומר דחזר ע"י הסכם חבירו י"ל דנאמן וכן הסברא נוטה כיון דהטעם הוא משום חזקה שליח עושה שליחותו שקיבל עליו לעשות. א"כ היכא שאומר שחבירו בעצמו הסכים שלא יעשה שוב שליחותו מאיזה טעם שלא היה צריך שוב לשליחותו וכה"ג בזה הדעת נותנת דנאמן. והא שאינו נאמן ע"י מיגו דאי בעי אמר דהיה החזרה בהסכמת חבירו י"ל דטעמו דהנ"י הוא משום דאזיל לשיטתו דס"ל להנימוקי יוסף דלא אמרינן מיגו דהעזה כמבואר בכללי מיגו של הש"ך ס"ק ו' דהנ"י ס"ל כן א"כ זהו ג"כ מיגו דהעזה ע"כ אינו נאמן לומר דחזר בו בפירוש שלא בידיעת חבירו משום דאינו יכול להעיז פניו נגד חבירו לומר דהסכים לו על החזרה ונעשה החזרה ע"פ דעתו. ולפ"ז אתי שפיר בפשיטות מה שכתב הרמ"א דמעות שעוסק לצורך אחרים נאמן לומר דהחזיר לו העיסקא בתו"ז משום דכיון

דאומר דחבירו בעצמו קיבל ממנו כל המעות ע"כ לא שייך בזה הך חזקה שליח עושה שליחותו כיון דאומר דחבירו לא היה נצרך לעסק שליחותו שקיבל עליו לכן נאמן. אבל באמת כל זה ליתא לפי מה שהעלה הש"ך בכללי מיגו שם דלא כהנ"י דלדינא קיי"ל דאמרינן מיגו דהעזה וכן הוא שיטת הר"נ ורוב פוסקים ע"ש. ואפ"ה כתבו כולם לדינא בסי' קע"ו סעי' ג' דאינן נאמנין לומר שכבר חזרו בהן וכן בהא דסי' רס"ט א"כ מוכח דס"ל לדינא דאף היכא שאומר שהיה החזרה בהסכם חבירו ג"כ אין נאמן דאל"כ תקשה דיהיה מהימן במיגו דהא קיי"ל דאמרינן מיגו דהעזה. וכן הנימוקי יוסף הא כתב כן בפ"ק דב"ב להך דינא דאינו נאמן על החזרה דכ"כ הר"נ. והר"נ הא ס"ל דאמרינן מיגו דהעזה לאפטורי מממון ואפ"ה כתב דאינו נאמן על החזרה ומשמע בפירוש דמה"ט מוציאין הממון מהמוחזק א"כ שפיר הקשיתי כן. וכן יש להעיר בדברי הגהות אשרי בב"מ פ' ח' בראש"ש סי' ל"א בהג"ה שניה. אך אפשר לחלק בזה. אבל במה שכתב הרמ"א כן הכא גבי מתעסק במעות חבירו דנאמן לומר שהחזיר המעות לחבירו בתו"ז תקשה דמ"ש זה מכל פועל דאינו נאמן לומר שחזר בתו"ז אף בהסכם חבירו כנ"ל א"כ ה"ה אף באומר שחזר בו והחזיר המעות לחבירו ג"כ לא יהיה נאמן לפ"ז דאי נימא דשאני היכא דאומר דהחזיר המעות לחבירו א"כ ממילא לא שייך בזה החזקה שליח עושה שליחותו כיון דאין כאן מקום שליחות כלל. א"כ לפ"ז ה"ה בכל כי הני מילתא דאומר דחזר בו בהסכם חבירו מאיזה טעם וסיבה שלא היה נצרך לשליחות כלל ג"כ יהיה נאמן לפ"ז ואפ"ה הא נתבאר דמוכח דגם בכה"ג אינו נאמן א"כ קשה לחלק ביניהם. וכבר נתבאר דמסתימת הרמ"א משמע דאף במתעסק בשכר אמרו כן ותקשה כן:

ענף ה והנלע"ד לבאר עיקר מילתא דנא מה דאמרו בפועלים ובאומנין שנשתתפו אף בדשלב"ל דאינן נאמנין לומר שחזרו בהן ומשמע דמוציאין ממון מהמוחזק ע"י מה דאמרינן דחזרה הוי טענה גרוע. והוא דמצינו בח"מ סי' קי"ב סעי' א' דשיטת כמה פוסקים דס"ל דאם כתב דאקני יכול לחזור בו והש"ך שם ס"ק ב' הקשה דאם כן ניחוש לטריפת לקוחות שלא כדין דשמא חזר בו. והאו"ת שם ס"ק ג' כתב לתרץ דבריהם משום דלא חיישינן לחזרה דשארית ישראל לא יעשו עולה וע"כ מוציאין ממון מהלקוחות עי"ז הסברא והוכיח כן בכמה הוכחות וכ"כ הנתיבות שם דכן הוא העיקר כמש"כ האו"ת. וכעין זה מצינו בפסחים (דף צ"א) דשוחטין הפסח על מי שהבטיחוהו להוציאו מן בית האסורים משום שארית ישראל כו'. וכעין זה איתא בקידושין (דף מ"ה ע"ב) ההוא דאמר לקריבאי והיא אמרה לקריבה כו' א' אבייי כתיב שארית ישראל לא יעשו עולה כו'. הרי דמצינו מקור לסברת הפוסקים הנ"ל דס"ל דמחמת הסברא דשארית ישראל

כו' לא חשו לחזרה ואף דיש לחלק דשאני ממונא מאיסורא דטפי אנן מחמירין בממונא מן איסורא דהא אין הולכין בממון אחר הרוב כו' וכמש"כ התוס' כעין זה בב"מ (דף כ' ע"ב) ד"ה איסורא כו' ע"ש. מ"מ עכ"פ מצינו יסוד לסברא זה מן הש"ס. וס"ל להפוסקים הנ"ל מה"ט גבי דאקני דאף דיכול לחזור בו מ"מ כיון דשארית ישראל כו' ע"כ הוי כמו חזקת כשרות דהוי חזקה אלימתא וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח ע"פ דברי התוס' כתובות (דף כ"ב) ע"ש. [וגם אפשר דיש לדון בזה כעין רוב וחזקה דרוב אנשים אינן חוזרין מדבריהם הראשונים כעין סברת התוס' גיטין (דף ל"ג) ד"ה ואפקעינהו כו' דרוב אנשים אינן מבטלין. וע"י צירוף הרוב לחזקת כשרות מוציאין ממון מהמוחזק אף לשיטת הרמב"ן ברפ"ב דכתובות דחולק שם על הבעל המאור וקצרתי]. א"כ י"ל דמה"ט לא חשו לחזרה וטענת חזרה בפועלים הוי טענה גרוע ואינו נאמן. ולא מבעיא היכא דהוי רמאי כמו בסי' קפ"ג וודאי דאינו נאמן לומר דחזר בו. ואף היכא דלא הוי רמאי מ"מ כיון דשארית ישראל כו'. וחזרה דפועלים אף דיכול לחזור בו מ"מ הא אמרו בב"מ (דף ע"ו) דפועלים שחזרו יש להבעה"ב תרעומות עליהם ועיין פי' רש"י שם בד"ה אין להן זע"ז אלא תרעומות כו' דתרעומות איכא שיהיו צריכים לחזור זה אחר פועלים כו'. וכן מבואר בסי' של"ג ע"כ שפיר שייך אף בפועלים לדון הך סברא דשארית ישראל כו' ולכן אינן נאמנים לומר שחזרו:

אך לכאורה קשה ע"ז מהא דקידושין (דף מ"ה) הנ"ל דרבא פליג שם על אביי וס"ל דיש לחוש שמא חזר בו האב היכא דלא טרח בסעודה והלכה כרבא ועיין באה"ע סי' ל"ז בח"מ ס"ק כ"ג מזה. א"כ חזינן דאף היכא די"ל הסברא דשארית ישראל כו' כמו דקאמר אביי שם אפ"ה ס"ל לרבא דיש לחוש לחזרה. ואפשר לומר דשאני בחשש איסור א"א דמצינו דהחמירו לחוש למיעוטא אף היכא דאיכא חזקת פנויה וכמש"כ התוס' בקידושין (דף נ' ע"ב) ד"ה ה"ג מקדשי והדר מסבלי כו' בשם הר"ח דאף במיעוט מקדשי והדר מסבלי חיישינן למיעוט וכמבואר באה"ע סי' מ"ה סעי' א' ובב"ש ס"ק ב' וביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ח' שהביאו שם שיטות הראשונים בהטעמים שכתבו שם. ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ח ענף י' מזה. אך יש לדחות זה מכמה טעמים וקצרתי. לכן נראה לי לומר דסברת רבא הוא דכיון דקיי"ל במתנה מרובה יכול לחזור בו ואין בו משום מחוסר אמנה כמבואר בב"מ (דף מ"ט) ובסי' ר"ד א"כ ה"ה בהא דקידושין שהבטיח אבי הבת ליתן בתו לקרובי' לאשה זה מקרי מתנה מרובה דהא מבואר באה"ע סי' קל"ד באנסו אותו לגרש אשתו ונותנים לו מעות דאין זה בכלל תליוה וזבין דאין דמים לאשה. ולכן ס"ל לרבא דיש לחוש לחזרה משום דלא שייך בזה שארית ישראל כו' ובזה

גופא מחולקים אביי ורבא. ולכאורה יש להעיר ע"ז מן מש"כ התוס' בקידושין (דף נ"ב ע"א) ד"ה והילכתא כוותי' דאביי כו' מעשה בא לפני ר"ת כו' יש לומר דאדעתא דהכי קדיש דשארית ישראל כו'. הרי דס"ל להר"ת דאף בקידושי אשה אמרינן הך מילתא דשארית ישראל כו' וזהו דלא כמש"כ בטעמו של רבא דקיי"ל כוותי'. ויש לחלק דשא"ה כיון דבת אחת מרוצה האב ליתן לו אך הספק הוא שמא חזר ממה שנתרצה ליתן לו בתו פ' וקידשה לו לאחרת אח"ז ע"כ בכה"ג לא מקרי זה מתנה מרובה ואסור לו לחזור וע"כ שפיר אמרו בזה להך דשארית ישראל כו'. וממש"כ הוי סיוע למש"כ הקצה"ח בסי' רכ"א דבאיש ואשה שהבטיחו לישא זא"ז לא אשכחן דין תרעומות וחולק על הב"ש ע"ש. ובאמת מוכח כן מקידושין (דף מה) כנ"ל: ועוד י"ל והוא העיקר דנ"ל דסברת רבא דס"ל דאם לא טרח בסעודה חיישינן שמא חזר בו האב ולא ס"ל לסברת אביי דשם דשארית ישראל כו' משום דשא"ה דמבואר בהך עובדא דהתם דהוא אמר לקריבאי והיא אמרה לקריבה כפתי' עד דאמר לה תיהוי לקריבה כו' ופי' רש"י הכריחתו והודה לה כו'. א"כ עיקר הבטחתו לתת לקרובי אשתו לא היה זה מתחלה מרצונו הטוב רק ע"י איזה הכרח בע"כ שלא מרצונו הטוב לכן בכה"ג ס"ל לרבא לפלוג על אביי דאמר שם שארית ישראל כו'. משום דכיון דלא היה ההבטחה מרצונו הטוב ע"כ יכול ע"פ דין ומותר לו לחזור ואין בזה שום מחוסר אמנה כלל ולא שייך בכה"ג כלל להך דשארית ישראל כו'. אבל היכא דיש בו משום מחוסר אמנה שפיר יש לומר כסברת אביי דמשום שארית ישראל כו' לא חיישינן לחזרה ואפושי פלוגתא לא מפשינן כידוע'. וכעין זה ראיתי בהריטב"א לקידושין (דף מ"ה) בהך עובדא דהוא אמר לקריבאי כו' שכתב לדחות שיטת הראשונים שכתבו להוכיח מהך עובדא דהלכה כרב ושמואל דחיישינן שמא נתרצה האב משום די"ל דשא"ה שהיה אנוס בקידושי קרובה כו'. וכ"כ הרא"ש שם סי' ז' בקצרה וי"ל דהרא"ש ג"כ נתכוין לסברת הריטב"א הנ"ל. ות"ל שמצאתי כעין סברתי בהריטב"א שכ"כ. והחלקת מחוקק באה"ע סי' ל"ז ס"ק כ"ג הביא להך עובדא דקידושין (דף מ"ה) הנ"ל והשמיט למה דאמרו שם כפתי' עד דאמר ה לה תיהוי לקריבה רק כתב בקצרה ונתרצה הוא לקרובה. ולפמש"כ ה"ל להביא להך דכפתי' כו' כי זהו עיקר בדין זה לפמש"כ בעז"ה. ונתבאר דמתורץ שפיר מה דהקשיתי דהא רבא לא ס"ל להך סברא דשארית ישראל כו' משום דיש לחלק כנ"ל. א"כ לפ"ז מוכח מהך סוגיא דקידושין דהיכא דשייך שארית ישראל כו' אז הוי חזרה חשש רחוק משא"כ היכא דלא שייך שארית ישראל כו' כגון במתנה מרובה ודכוותי' כיון דמותר לו לחזור ע"כ שפיר יש לחוש לחזרה ואז לא הוי חזרה טענה גרוע וממילא נאמן בכה"ג לומר דחזר בו. ולכן אמרו גבי פועל

דאינו נאמן לומר דחזר בו משום דהא פועל אף היכא דיכול לחזור בו מ"מ אמרו דיש לבעה"ב תרעומות עליו כמבואר בב"מ (דף ע"ו) ובח"מ סי' של"ג. והסמ"ע שם ס"ק א' ובפרישה שם כתב לדון דיש שם ג"כ מחוסר אמנה ויש גווני דלית ביה משום מחוסר אמנה רק תרעומות בלבד ע"ש. ובאמת מצינו בב"מ (דף מ"ט) נתנו לבן לוי אחר אין לו עליו אלא תרעומות ופי' רש"י שם שהבטיחו בתוחלת נכזבה ושם קאי במתנה מועטת כל הסוגיא שם הרי דמצינו לשון תרעומות היכא דהוי מחוסר אמנה ועיין בקצה"ח סי' רכ"א ס"ק א':

וכן מהא דב"מ (דף מ"ט) הנ"ל מוכח ג"כ דהיכא דשייך שארית ישראל כו' דאסור לחזור בו אז אין לחוש לחזרה כמו דאמרו שם אי אמרת בשלמא לא מצי למיהדר ביה משום הכי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר ואי אמרת מצי למיהדר ביה אמאי רשאי כו' ופי' רש"י ד"ה משום הכי רשאי שיש לו לסמוך על מה שכתוב שארית ישראל כו'. וזהו כעין הך דקידושין (דף מ"ה) הנ"ל. א"כ מבואר גם בסוגיא דב"מ הנ"ל דהיכא דמותר לו לחזור חיישינן לחזרה ולא הוי חזרה חשש רחוק משום דאם היה חזרה חשש רחוק אף בכה"ג א"כ הדין נותן דיהיה רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר אף אם נימא דמותר לו לחזור כיון דמצינו דמוציאין ממון עי"ז הסברא דחזרה הוי חשש רחוק כנ"ל אף דאין הולכין בממון אחר הרוב כש"כ דיש לסמוך ע"ז אף במקום דאתחזק איסורא דטבל ומוכח כנ"ל. ועיקר הטעם הוא דהיכא דאסור לו לחזור אמרינן שארית ישראל כו' ואוקי על חזקת כשרות וכנ"ל. וכעין זה אמרו גבי מוכר שאמר במאתים ולוקח א' במנה כו' דסי' רכ"א דאם היה קציצה ביניהם ע"ד קציצה הראשונה קנו וכן ה"ה בפועלים ובעה"ב כמש"כ שם הט"ז בשם הנ"י ולקמן סי' של"ב דתלוי אם יש להם תרעומות וזהו ג"כ כעין הנ"ל דכיון דיש להם תרעומות אם יחזור בו ע"כ אמרינן דמחמת אוקי אחזקת כשרות מסתמא נתרצה לקציצה הראשונה וקצרתי:

ענף ו:

ובב"ב (דף קנ"ד ע"א) תוס' ד"ה ניחוש דילמא הדר בי' כו' דבכל מתנת שכ"מ לא חיישינן לחזרה כ"ז שאין לו עדים שחזר בו משום דחזרה הוי חשש רחוק. ומשמע דאף במתנה מרובה הדין הוא במתנת שכ"מ דלא חיישינן לחזרה אף דמותר לו לחזור. א"כ מוכח מזה דאף היכא דמותר לו לחזור אפ"ה לא חיישינן לחזרה ומוציאין ממון מהמוחזק כמו התם דנכסי בחזקת יתמי קיימי ואפ"ה מוציאין ממון מהיורשים בכל מתנת שכ"מ כיון דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי ומה"ט א"צ לומר כתובו כמבואר בב"ב (דף קע"ה) ובתוס' שם ד"ה ודברי שכ"מ ככתובין כו' דאלימא טובא כדברים הכתובין הילכך הוי

כאלו אמר כתובו והרבה ייפוי כח עשו חכמים בשכ"מ כו' עכ"ל התוס'. וכיון דדברי שכ"מ הוי כקנין וכאלו אמר כתובו ע"כ אין לנו לחוש לחזרה כ"ז דאינו מברר בעדים משום דהוי כמו דהמקבל מתנה נקט שטרא בידו כיון דידוע לנו שנתן השכ"מ במתנה וע"כ אינם נאמנים היורשים לומר שחזר בו כ"ז דאינם מבררים בעדים משום דאמרינן אלו היה חוזר בו ה"ל לחזור בעדים וכמו בכל דוכתי דמצינו דאמרו דאינו נאמן לסתור מה דמפורש בהשטר שת"י חבירו. וגם יש לדון בזה למש"כ הנתיבות בסי' פ"א ס"ק ד' דכיון דדברי שכ"מ הוי ככתובין א"כ דמי להקדש דהוי כתקפה ע"ש. ע"כ אין אנו חוששין לחזרה כ"ז שאינו מבורר בעדים וקצרתי. ולכן אין זה דומה לכל מש"כ לעיל דיש לחוש לחזרה היכא דמותר לו לחזור כמו שהוכחתי. וכן היכא דאמר לשלוחו תן חפץ זה לפלוני דא"צ אמלוכי בי' כמש"כ הרא"ש ריש פ"ה דכתובות ולא חיישינן לחזרה הטעם הוא דכיון דעשה אותו בפי' לשליח ושלוחו כמותו ע"כ לא נעתק ממנו שם שליח כ"ז שאינו מבורר בעדים וכמו בשליח על הגט דלא חיישינן שמא ביטלו אף מקודם תקנת ר"ג וכמש"כ מזה בספרי נחל יצחק סי' ל"ט סעי' א' ע"ש. ועיין בתוס' גיטין (דף ל"ג) ד"ה ואפקעינהו כו' וכששולחין גט אין מבטלין עכ"ל. הרי דכתבו דלא שכיח שיבטל את השליח. וכן יש בזה צירוף סברת אוקי אחזקה שלא עשה את דבר המחודש של הביטול כמו דאמרינן בכל הטוען דבר מחודש עליו להביא ראיה מטעם אוקי אחזקה כו'. א"כ הוי רוב ואוקי אחזקה ביחד דכה"ג מוציאין מהמוחזק כמש"כ הבעל המאור רפ"ב דכתובות ואף הרמב"ן במלחמות שם מודה לזה כמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ז' ע"ש. והא שכתב הרא"ש בב"ק (דף ק"ד) דחיישינן שמא יבטל השליח בפני עדים. עיין באו"ת סי' קכ"ב ס"ק א' שכתב לפרש כוונתו דיש שם שני חששות שמא ימות ושמא יבטל כמש"כ הטור שם אבל משום חשש ביטול לחוד לא חיישינן. וגם הא הרא"ש כתב שם לחוש שמא ביטלו בעדים אבל שמא ביטל שלא בעדים גם הרא"ש מודה דלא חיישינן. והטעם הוא דבחשש ביטול אמרינן אם איתא דבטליה ה"ל לבטלו בפני עדים כמבואר כעין זה בגיטין (דף ל"ה ע"ב) משום דכיון דעשהו לשליח ה"ל מילתא אילימא ע"כ אמרינן כן וקצרת. ואם אי' דביטלו בעדים ה"ל קלא. ועיין בתוס' גיטין (דף ל"ג) ד"ה ובי תלתא כו' וגבי מוכר שדה בעדים כו' הכא בעינן גילוי מילתא טפי עכ"ל התוס'.

ועיקר חשש של הרא"ש הוא שמא יבטלו בעדים ויברר כן בעדים:

ונחזור לענינינו דעיקר הטעם מה דלא חיישינן לחזרה זהו משום שארית ישראל כו' כיון דהוי מחוסר אמנה אם יחזור בו. וע"כ אינם נאמנים הפועלים לומר דחזרו בהם משום דגם בהו שייך לומר דהוי מחוסרי אמנה דהא זה לא הוי בגדר מתנה מרובה וגם

היכא דלא הוי בגדר מחוסרי אמנה וכמו שכתב הסמ"ע בסי' של"ג ס"ק א' ע"ש. מ"מ כיון דיש לבעה"ב עליו תרעומות כמבואר שם ג"כ הוי חזרה טענה גרוע ומה"ט אמרו גבי פועלים דאם היה קציצה ביניהם מתחילה וחזרו הפועלים ופייסם הבעה"ב דאין זה דומה להא דתניא בתוספתא זה אומר במנה וזה אומר במאתים כו' משום דשאני היכא דיש להבעה"ב תרעומות עליהם כמבואר בנימוקי יוסף פ' האומנין והובא בסי' רכ"א ברמ"א ובט"ז שם ובסי' של"ב סעי' ה' ובש"ך ס"ק כ"ב. והטעם הוא הכל ע"פ הך סברא דכיון דיש תרעומות עליהם ע"כ אמרינן דשארית ישראל כו' ובוודאי ראו לקיים דבריהם הראשונים א"כ ה"ה מה"ט אינם נאמנים לומר שחזרו בהם אף היכא דלא הוי מחוסרי אמנה רק דיש לבעה"ב תרעומות עליהם. ומה"ט אמרו בסי' רס"ט גבי מציאה דאינו נאמן לומר המגביה המציאה דחזר ונתכוון להגביה לעצמו ואף בעושה בחנם שייך כן וגם הוי מחוסר אמנה דהא זה לא הוי מתנה מרובה דהא המציאה לא הוי שלו דנימא דזה הוי מתנה מרובה רק הוי של הפקר א"כ אף לפי מש"כ הנתיבות בסי' קפ"ג ס"ק ה' דגבי מציאה דשם לא הוי רמאי מ"מ הא הוי מחוסר אמנה דמחוייב לקיים הבטחתו דהבטיחו לזכות המציאה בשבילו וגם בזה שייך לקיים הן שלך צדק כיון דלא הוי מתנה מרובה משלו. ובעיקר דברי הנתיבות הלז יש לדון הרבה לפי מש"כ לעיל בהא דקידושין (דף מ"ה) דלכן ס"ל לרבא שם דלא כאביי שם דאמר שארית ישראל כו' משום דקידושי אשה הוי כמו מתנה מרובה כו'. ואפ"ה מצינו בקידושין (דף נ"ט) ובאה"ע סי' ל"ה סעי' ט' דאם שלחו לקדש אשה פ' והלך וקידשה לעצמו נקרא רמאי ורשע כמבואר שם בב"ש ס"ק כ' בשם הרמב"ם. וכש"כ להסוברים דגם במציאה שייך דין עני המהפך בחררה כמבואר בסי' רל"ז דוודאי שייך דין רמאי גם במציאה וקצרתי. והא דמבואר בסי' קע"ו ש"ך ס"ק מ"ה גבי הא דשותף יכול לומר לעצמי אני מציל במקום פסידא דאינו נאמן לומר לעצמי הצלתי אם אין לו מיגו ועיין בסי' קפ"א סעי' ב' ובנתיבות שם ס"ק ד' מזה. והנה התם לא שייך לדון להסברא שכתבתי דכיון דהוי מחוסר אמנה ותרעומות דהא במקום פסידא חולק השותף בלא דעת חבירו ולהציל לעצמו ומשמע אף לכתחלה ואפ"ה אמרו דאינו נאמן אם אין לו מיגו ומוציאין אף מהמוחזק: יש לומר דשא"ה בשותפין מכבר בחפץ שאנו דנין עליו כעת דשייך התם סברת רש"י בב"ק (דף קט"ז) ד"ה לא אמר כו' הואיל והוא שותף עמו אורחי' למטרח אכולא עיסקא. וגם הא מה ששותף אחד הוי מוחזק לא הוי זה נחשב למוחזקות ממש כמש"כ רש"י בב"מ ריש הבית והעלי' ד"ה לא קפדי אהדדי כו' הילכך כי נמי יתבי ברשותא דחד מינייהו לא הוי אידך מוציא דברשותא דהאי נמי יתבי דהא לא קפיד עליו מלאושלי דוכתא וכמש"כ הנתיבות בסי' קע"ט ס"ק

ב' ע"ש. וע"כ אינו נאמן שותף לומר שהציל לעצמו כ"ז דליכא מיגו ומוציאין ממנו משום דלא מקרי מוחזק ממש. אבל בשותפין שנשתתפו בדבר שלא בא לעולם כמו בהך דסי' קע"ו סעי' ג' דעיקר הטעם הוא דמה שהרויחו כבר אם לא חזרו הוא שייך לשותפות זהו משום דדינן כפועלים זל"ז א"כ לא שייך התם לומר סברת רש"י הנ"ל דשותפין לא קפדי אהדדי ולא מקרי מוחזק ממש נגד חבירו. דהא התם אי נימא דחזר בו כבר א"כ לא הוי כלל שותפין. וכן לא שייך התם לדון למה שכתבתי ע"פ סברת רש"י בב"ק דאורחא דשותפין למיטרח אכולא עיסקא דז"א רק היכא דידוע דהם שותפין בהעסק אבל היכא דאנו מסופקין אם הם שותפין ושמא חזרו מקודם שקנו והרויחו לא שייך כ"ז. [וע"פ סברת רש"י בב"ק הנ"ל יש לדון בדברי הנתיבות סי' קפ"א ס"ק ד' וקצרתי]. ולכן עיקר הטעם בהא דסי' קע"ו סעי' ג' דלכן אינן נאמנין לומר שחזרו בהם וכש"כ בפועל שכ"כ הנ"י בב"ב כנ"ל דהטעם הוא משום דכיון דהוי מחוסר אמנה ותרעומות א"כ סמכינן על הא דשארית ישראל כו'. ונפ"מ לדינא להיכא דשכיח פועלים אחרים בלא טורח דכתב הש"ך בסי' של"ג סוף ס"ק א' דאז אין להן אף תרעומות. ואף שהש"ך שם לעיל מינה כתב דאין דרך הבעה"ב לחזור אחרי פועלים מ"מ י"ל דזה אינו מוכרח כ"כ רק היכא דצריך לטרוח הבעה"ב אחרי פועלים אבל היכא דמוצא פועלים בלא טורח י"ל דגם בפועל החוזר אין לבעה"ב עליו תרעומות דהא עיקר טעם דתרעומות הוא בשביל הטורח כמש"כ הרא"ש והטור והסמ"ע והש"ך ריש סי' של"ג. א"כ היכא דליכא טורח אין לו תרעומות על הפועל שחזר בו כן נ"ל בזה אף שאינו במשמע כן כ"כ בדברי הש"ך שם ואפשר לדון דגם הש"ך ס"ל כמש"כ. א"כ היכא דאין לבעה"ב תרעומות על הפועל החוזר אז יש לומר דיהיה נאמן הפועל לומר דחזר בו מקודם שהגבי' החפץ דכיון דלא שייך בכה"ג סברת שארית ישראל כו' ע"כ הוי חזרה מילתא דשכיחא וממילא אין מוציאין מהמוחזק בכה"ג. והא דסי' קע"ו והנ"י הנ"ל אין לנו הכרח לדון כן רק היכא דשייך דין תרעומות אבל היכא דלא הוי תרעומות אין לנו הכרח לדון כן ולהוציא מן המוחזק. ותלוי הך מילתא באם הוי תרעומות. וכעין דברי הנ"י בב"מ שהובא בט"ז סי' רכ"א וסי' של"ב סעי' ה' שכתבו לחלק כן שם גבי אם חזרו ופייסו והיה קציצה ראשונה כו' כנ"ל:

ענף ז:

ועכשיו שנתבאר דלכן אינן נאמנים לומר דחזרו בהם זהו משום שארית ישראל כו' א"כ לפ"ז יש לדון דהיכא דאומרים דהיה החזרה בהסכם חבירו הבע"ד שלו דיש מקום לומר דיהיה נאמן ע"ז דבזה לא שייך לדון להטעם הלז. ולפי מש"כ לעיל מתחלה דיש לומר דלכן הוי חזרה טענה גרוע משום דשינוי דעת ממה שנתרצו בתחלה ולומר דחזרו בהם

הן הפועלים והן הבעה"ב זהו הכל טענה גרוע. וע"כ לפ"ז יש מקום לומר דגם טענת הפועלים דהיה החזרה בהסכם הבעה"ב ג"כ זהו לא שכיחא וע"כ אינן נאמנין כלל. אכן לפי מה שנתבאר דהיכא דלא שייך לומר שארית ישראל כו' שפיר יש לחוש לחזרה ואין מוציאין ממון מהמוחזק ועיקר הך מילתא זהו משום שארית ישראל א"כ היכא דאומר דהיה החזרה ברצוי חבירו יהיה נאמן. ובאמת משמע דאף בכה"ג אינו נאמן דאל"כ יהיה נאמן לומר דחזר בו בלא הסכמתו במיגו דאי בעי אמר דהיה החזרה בהסכם חבירו כעין מש"כ האו"ת בסי' פ"ג ס"ק א' והנתיבות סי' קפ"ג ס"ק ג' דהא אמרינן מיגו במקום חזקה להחזיק ע"ש. ואפשר לומר דלכן אינו נאמן לומר דהיה החזרה בהסכם חבירו דזהו כמו טענת מחילה דהוי טענה גרועה ואינו נאמן בלא מיגו כמבואר סי' ע"ה ש"ך ס"ק כ"ב ובסי' ע"ח סעי' א' ברמ"א. וה"ה כל היכא דהי' איזה זכות לבע"ד שכנגדו באיזה ענין שהי' לטובתו וכשטוענים שהי' זה בהסכם של חבירו ומחל לו זכותו שהיה לו חיוב עליו באיזה ענין הן ע"פ דין והן אף מה שאינו ע"פ דין חיוב ממש רק מפני איסור מחוסר אמנה או תרעומות עליו עכ"פ יהיה איזה זכות שיהיה לחבירו הכל נחשב זה כמו טענת מחילה דאינו נאמן בלא מיגו. כן יש לומר. אבל באמת זה דוחק דהא אפשר לומר שהיה איזה ענין דלא היה נצרך הבע"ד התובע לפעולות הפועל וכה"ג. רק הנ"י דמיירי בשכרו ללקט מציאות שפיר יש לומר דאם נתרצה הבעה"ב שיחזור בו הפועל זה הוי כמו טענת מחילה. אבל דברי הש"ע והנ"י שם דמיירי באומנין שנשתתפו בדשלב"ל בזה קשה לומר דמן דין טענת מחילה דהוא טענה גרוע נגעו בה דהא י"ל דהיה איזה ענין לשותף השני דאינו צריך לשותפות השני מאיזה ענין שהיה אחר זמן בהעסק שלהם א"כ אין זה דומה למחילה כלל. ותקשה עדיין דכיון דהדין נותן דנאמן לומר דהי' החזרה בהסכם חבירו א"כ יהי' נאמן לעולם דחזר בו במיגו דאי בעי אמר דחזר בו בהסכם חבירו. ובוודאי אין לדון בזה למה שכתב הש"ך ביו"ד סי' קס"ט ס"ק ע"ט דיש סוברים דבמקום דמשים א"ע רשע אינו נאמן אף במיגו דהא במקום דלא הוי רק מחוסר אמנה ותרעומות אינו נקרא רשע ע"כ לא שייך הכא לדון כן כלל:

והעיקר מה שנלע"ד לומר בזה ע"פ מש"כ האו"ת בסי' ע"ח ס"ק ח' במש"כ התוס' בב"ב (דף ה') דאינו נאמן לומר פרעתי בתו"ז במיגו דאי בעי אמר פרעתי ביומא דמשלם זמני' משום דזה הוי העזה. דאף דקיי"ל דאמרינן מיגו דהעזה מ"מ ע"י צירוף להסברא דהוי מיגו במקום חזקה וגם הוי מיגו דהעזה זה לא אמרינן וכ"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק ע"ו ע"ז ע"ש. ואף להסוברים דמהני מיגו דפרעתיך ביומא דמשלם זמני' כמבואר בסי' ע"ח סעיף ד' ובש"ך שם ס"ק ט"ז י"ל דטעמם דס"ל דאין זה נחשב להעזה ביותר מן מה

שטוען עכשיו פרעתיך בתו"ז ומכחישו. אבל היכא דהוי מיגו דהעזה ממש גם אינהו מודה לסברת האו"ת דהיכא דהוי תרתי היינו מיגו במקום חזקה וגם הוי מיגו דהעזה דכה"ג לא מהני מיגו כלל. והנה הא דנאמן השליח והפועל לומר דחזרתי משליחותי ופעולתי שקבלתי עלי לעשות במיגו דאי בעי אמר שעשיתי כן בהסכם בע"ד שלי שנתרצה להחזרה. זהו הכל מצד דקיי"ל דאמרינן מיגו במקום חזקה להחזיק כמש"כ האו"ת בסי' פ"ג ס"ק א' והנתיבות בסי' קפ"ג ס"ק ג' כעין זה. וגם מצינו בש"ך סי' ע"ז ס"ק ט' לחלוק על הע"ש דהך חזקה שליח עושה שליחותו הוי חזקה אלימתא דאף מיגו לא מהני נגדו. והנתיבות שם ס"ק ד' כתב דהעיקר כהעיר שושן דנאמן הבע"ד במיגו נגד הך חזקה להחזיק ע"ש. א"כ ה"ה הכא בפועלים האומרים דחזרו בהם מן שליחותם שקבלו עליהם לעשות ג"כ יש לדון בזה להחזקה שליח עושה שליחותו ועשה כל ענין השליחות והמלאכה שהבטיחו לעשות וע"כ יש לומר דמיגו במקום זה נקרא ג"כ מיגו במקום חזקה רק כיון דקיי"ל דאמרינן מיגו להחזיק ע"כ נאמן במיגו לומר דחזרתי משליחותי אף דהוי מיגו במקום חזקה שליח עושה שליחותו. [ויש לומר דהך חזקה שליח עושה שליחותו ג"כ זהו מצד הסברא שכתבתי לעיל דשייך בזה שארית ישראל כו' ועפ"ז יש לדון בסוגיא דעירובין (דף ל"ב) ואכמ"ל]. אבל היכא דהוי ג"כ מיגו דהעזה כמו היכא דטוען חזרתי משליחותי שלא ברצון הבעה"ב ויש לו מיגו דאי בעי אמר שהיה החזרה ברצון הבע"ד א"כ זה מקרי מיגו דהעזה. וכיון דהוי תרתי היינו מיגו במקום חזקה דעשה כל מלאכתו ושארית ישראל כו' וגם מיגו דהעזה ובמקום הנך תרתי ביחד לא מהני מיגו וע"כ שפיר מוציאין ממון מהמוחזק: והא שכתב הש"ך בסי' קע"ו ס"ק מ"ה בשם הרשב"א דנאמן לומר לעצמי הצלתי במיגו דלא קבלתי ממנו כלום. התם הא הך טענת מיגו דהוי אמר לא קבלתי ממנו כלום זה ג"כ לא הוי העזה דהא אם לא הודיע לו שקיבל ממנו לא היה יודע. ועוד דהא התם לא שייך כלל הך חזקה שליח כו' ושארית ישראל כו' דהא התם לא הבטיח לו בפיו שיקבל עבורו רק כיון דסתם שותפין אורחא למטרח אכולא עיסקא כמש"כ רש"י בב"ק (דף קט"ז) וכמש"כ לעיל. אבל היכא דהבטיח לו לעשות כן ושייך בזה חזקה כו' ושארית ישראל כו' שפיר יש לדון כן. ואין לסתור עפ"ז למש"כ האו"ת בסי' פ"ג ס"ק א' דאם אין לו עדים נאמן במיגו דלהד"ם וכ"כ הנתיבות בסי' קפ"ג ס"ק ג'. דיש לומר דשאני היכא דיש לו מיגו דלהד"ם דלא היה דררא דממונא מעולם כלל וכדמצינו כעין זה בכתובות (דף ט"ז) במודה ר' יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך כו' שהפה שאסר הוא הפה שהתיר כו' ובסוגיא שם הכא אין שור שחוט כו' ובתוס' שם ד"ה ומודה ר' יהושע כו' דאף בהלה תובעו שייך כן וכ"כ התוס' שם ד"ה התם שור

שחוט כו'. וכמש"כ במק"א להוכיח מהאי סוגיא דמיגו דלהד"ם עדיף טפי ונקרא בשם הפה שאסר דעדיף מן מיגו וכמש"כ הש"ך בסי' ק"ח ס"ק ז' לחלק בין הפה שאסר מן מיגו ע"ש. א"כ כיון דלא מצינו הך סברא דשניהם ביחד לא מהני מיגו נגדם היינו נגד חזקה ונגד העזה דעיקר המקור הוא מן התוס' ב"ב (דף ה) דלא נאמן במיגו דפרעתיך ביומא דמשלם זמנו. י"ל דכיון דלא הוי בשם הפה שאסר ע"כ לא אמרינן מיגו במקום זה אבל היכא דהוי בשם הפה שאסר כמו מיגו דלהד"ם אין לנו הכרח לדון כן וע"כ אין לנו לסתור עפ"ז לדברי האו"ת סי' פ"ג והנתיבות סי' קפ"ג הנ"ל. וכן יש לדון במש"כ הש"ך סי' קע"ו ס"ק מ"ה הנ"ל במיגו דלא קבלתי כלום דהוי ג"כ בשם הפה שאסר כו' והדברים ארוכים:

ולפ"ז יש לומר דהיכא דאומר הפועל שהי' החזרה מרצון הבעה"ב דנאמן כיון דלא שייך בכה"ג שארית ישראל כו'. רק היכא דנראה מתוך הענין שבתורת מחילת זכותו היה כן שפיר י"ל דאינו נאמן כמו דאינו נאמן בכל טענות מחילה דהוי טענה גרוע וה"ה היכא שמן הדין היה יכול לחזור רק אסור לו לחזור משום שארית ישראל כו' ג"כ י"ל דאינו נאמן לומר שהיה החזרה ע"פ רצוי שלו דזהו ג"כ כעין טענת מחילה דאינו נאמן כמש"כ לעיל. אבל היכא די"ל דלכן נתרצה על החזרה לפי שלא היה נצרך כלל להענין שיהי' עוסק במלאכתו וכיוצא בזה שפיר י"ל דנאמן לומר כן כיון דלא שייך בכה"ג לדון להסברא דשארית ישראל כו' וכן לטענת מחילה דבכה"ג לא הוי זה נחשב לטענה גרוע. ע"כ אתי שפיר מה דאמרו הכא דנאמן המתעסק במעות חבירו לומר דהחזיר העיסקא בתו"ז. די"ל דלא היה צריך בעל המעות כלל שיהיה זה עוסק במעותיו וגם אפשר דהיה צריך המעות לצורך ענין אחר ע"כ נתרצה לקבל ממנו המעות בחזרה ולכן נאמן לומר דהחזיר העיסקא לחבירו בתו"ז כיון דלא שייך בכה"ג לדון לסברא דשארית ישראל כו'. ואין זה דומה להא דסי' קע"ו סעיף ג' דאינם נאמנים לומר דחזרו בהם דשא"ה דאומרים דחזרו שלא מרצון הבע"ד וע"י מיגו א"נ כנ"ל ואתי שפיר הכל על נכון:

ענף א:

ועוד יש לומר בכ"ז והוא דהנה לכאורה יש להעיר במש"כ הרמ"א בסי' קע"ו סעי' ג' הנ"ל והנ"י פ"ק דב"ב דאין הפועל נאמן לומר דחזר בו וכתבתי הטעם משום דחזרה הוי טענה גרוע משום שארית ישראל כו' א"כ תקשה במה דקיי"ל בענין חזקה שליח עושה שליחותו בעירובין (דף ל"ב) ובחולין (דף י"ב) ובגיטין (דף ס"ד) דלקולא לא סמכינן על חזקה שליח עושה שליחותו בדאורייתא וכמו שפסק הרמב"ם הלכות תרומות פ"ד ה' ו' דהאומר לשלוחו צא ותרום כו' דאין חזקתו תרום וביו"ד סי' של"א סעי' ל"ד וכמש"כ

בארוכה המל"מ פ"ד ה' בכורות והנודע ביהודה במ"ק ח' אה"ע סי' ב' מזה. וגם לרב ששת דס"ל דאף בשל תורה סמכינן גם להקל על חזקה שליח עושה שליחותו הטעם הוא כמש"כ התוס' שם דזהו במקום שאם לא יעשה שליחותו יבא המשלח לידי עבירה. וקשה הא חזינן דמשום סברא דשארית ישראל כו' סמכינן אף באיסור טבל לומר דלא חיישינן לחזרה כמבואר בב"מ (דף מ"ט) דמה"ט ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לי בידך רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר ומותר לאוכלו ואינו חושש למה דאיתחזק איסורא דטבל. משום דשארית ישראל כו' וע"כ לא חשו לחזרה. א"כ ה"ה בכל מידי דשייך לדון להחזקה שליח עושה שליחותו כיון דהבטיחו שיעשה שליחותו א"כ ממילא שייך ביה לדון דיהיה מחוסר אמנה אם יחזור בו ולא ירצה לעשות שליחותו דאף בחנם כיון דזה לא הוי מתנה מרובה כדמשמע שם דאף בשליח על פרט א' ג"כ דייניגן כן וקשה דנימא שם ג"כ להך סברא דשארית ישראל כו' וע"כ מסתמא לא יחזור בו. ואין לומר דשאני בטירחא דגופא דלא דייניגן ביה מחוסר אמנה כמש"כ המהרי"ק כעין זה בסי' קל"ג והובא בש"ך ח"מ סי' רמ"ג ס"ק א' דבטירחא דגופא לא דייניגן דנעשה נדר בעני. דהא להדיא מבואר בסי' של"ג ס"ק א' בסמ"ע דגם בפועלים שייך דין מחוסר אמנה ע"ש בפרישה וזה פשוט. א"כ תקשה דנימא כן בכל מידי דחזקה שליח כו' היכא דהבטיח לו לעשות שליחותו ואף בחנם אם לא הוי מתנה מרובה ג"כ שייך מחוסר אמנה א"כ נימא שארית ישראל כו' ולא ניחוש לחזרה. וכבר נתבאר דאף רבא דקידושין (דף מ"ה) דפליג שם על אביי ולא ס"ל להסברא דשארית ישראל כו' טעמו משום דהתם בקידושי אשה הוי כמו מתנה מרובה או דשא"ה דכפתי' עד שנתרצה ליתן בתו לקרובה אבל היכא דליכא למימר כן גם רבא מודה לסברת אביי דהתם. ואין לנו הכרח לומר דרבא פליג בעיקר סברת אביי דהתם דאין לנו להרבות במחלוקת וכדמוכח בסתמא דגמ' בב"מ (דף מ"ט). א"כ תקשה כנ"ל:

ועוד קשה לפי מש"כ בתשובת מיימוני ספר קנין סי' כ"ג דבממון לא סמכינן על חזקה שליח עושה שליחותו. וכ"כ האו"ת בסי' י"א באורים ס"ק ט' בשם הפרישה דלהוציא ממון לא סמכינן על חזקה שליח עושה שליחותו. וקשה דהא חזינן בהא דסי' קע"ו סעי' ג' דאינן נאמנין לומר שחזרו בהם וכן בסי' רס"ט סעי' ו' דאין המגביה נאמן לומר לצורכי הגבהתיה דזהו הכל מטעם דכיון דשתק ונתרצה לעשות שליחותו א"כ ממילא חזקה שליח עושה שליחותו ולא חזר בו אף דשם במציאה לא שייך לומר דהוי רמאי כמש"כ הנתיבות בסי' קפ"ג ס"ק ה' ועיין בב"ח ח"מ סי' רס"ט ובשו"ת גאוני בתראי סי' כ"ג בשם הב"ח. אך בהא דסי' רס"ט הנ"ל יש לחלק דכיון דחבירו שעשה לו לשליח

להגביה המציאה עומד אצלו א"כ גם בזה אמרינן כיון דשתק ולא חזר בו בפניו או בפני עדים מסתמא אינו חוזר וכמש"כ הנתיבות כעין זה בסי' רס"ט ס"ק ד'. ועוד כיון דמיירי שרק הרוכב ראה המציאה ולא המגביה כמש"כ בתשובת גאוני בתראי סי' כ"ג ע"כ שא"ה וכמש"כ הנתיבות שם. וכן אפשר לדון דשא"ה במציאה דלא שייך ביה חזקת ממון כ"כ וכעין סברת התוס' כתובות (דף ט"ו ע"ב) ד"ה להחזיר לו כו'. אבל באמת כ"ז דוחק מהרבה טעמים. ובפרט מהא דסי' קע"ו סעי' ג' תקשה בוודאי דכיון דאמרינן שם דאינן נאמנים לומר שחזרו השותפים מקודם שהרויחו ומוציאין ממון מן המוחזק ושם לא שייך לומר סברת הגמ' ורש"י בב"מ (ד' קט"ז ע"ב) ד"ה לא קפדי אהדדי כו' דהא בסי' קע"ו הנ"ל מיירי בנשתתפו בדשלב"ל וכמש"כ לעיל א"כ ממילא הוי מוחזק ממש ואפ"ה מוציאין ע"י הסברא דשארית ישראל כו' מהמוחזק א"כ כ"כ נימא בכל חזקה שליח עושה שליחותו גם בממון היכא דלא הוי הבטחתו לעשות השליחות בשם מתנה מרובה ויוציאו ממון עי"ז. ודוחק לחלק דשא"ה דהתחיל לעסוק בשותפות עבור חבירו דכ"ז אינו:

והנה בש"ך סי' צ"א ס"ק י"ב כתב בשיטת הראשונים דס"ל דחנוני נוטל מדינא דזהו משום חזקה שליח עושה שליחותו. אף דכתבתי לעיל בשם תשובת מיימוני והפרישה דכתבו דחזקה שליח עושה שליחותו לא מהני בממונא מ"מ אתי שפיר דברי הש"ך הנ"ל וכמו שהביא כן בשם הבעה"ת שכ"כ משום דשא"ה כיון דהחנוני טוען ברי והבעה"ב טוען שמא א"כ כמו בהך דכתובות (דף י"ב) דע"י אוקי אחזקה בצירוף מעלת ברי ושמא מוציאין ממון א"כ ה"ה הך סברא חזקה שליח כו' הוי תועלת מזה להיות צירוף למעלת ברי ושמא ומוציאין ממון עי"ז אבל היכא דהוי ברי וברי או שמא ושמא בזה שפיר י"ל דאין מוציאין ממון ע"י החזקה שליח כו' וא"ש דלא סתרי דברי הפוסקים הנ"ל אהדדי. אך מצינו בש"ך סי' ע"ז ס"ק ט' שהביא בשם העיר שושן שכתב דמשום סברא חזקה שליח עושה שליחותו מוציאין ממון מהמוחזק והש"ך ס"ל שם דגם מיגו לא מהני נגד החזקה שליח כו' והע"ש ס"ל דמהני מיגו נגד החזקה שליח כו' אבל אם אין לו מיגו אינו נאמן לומר שלא באה הלואה זו לתוך השותפות משום כיון דידוע שבהסכמתו הלך ללוות המעות לצורך השותפות א"כ דיינינן חזקה דעשה שליחותו ומוציאין ממון ממנו ומוכח דס"ל להע"ש והש"ך דגם בממון סמכינן על חזקה שליח להוציא מהמוחזק:

ענף ט:

והאמת הוא דכ"ז אינו קשה כלל דהחילוק פשוט הוא דדוקא היכא דאנו מסופקים אם עשה השליח שליחותו או לא עשה ונתעצל ולא רצה לטרוח כמו הא דעירובין (דף ל"ב)

וגיטין (דף ס"ד) וחולין (דף י"ב) בזה מצינו דאמרו דלא מהני החזקה שליח כו' לסמוך ע"ז לקולא. ואף דיש מקום לומר הסברא דשארית ישראל כו' ולא חזר מהבטחתו מ"מ הוי זה כמו רובא דתלוי במעשה דלא אמרינן וכמו שראיתי בספר שושנת העמקים כלל י"ב שכתב דלכן לא סמכינן על חזקה שליח עושה שליחותו לקולא משום דהוי רובא דתלי במעשה דלא אמרינן ע"ש. [ובפלוגתת רבא ורבינא בכורות (דף כ') י"ל דשא"ה ע"פ סברת התוס' שם ד"ה רבינא כו' ויבמות (דף קי"ט) ד"ה ר"מ היא כו' ואף דפעמים צריך להרביע הבהמה כמש"כ התוס' שם מ"מ י"ל דרבא ס"ל דלא חיישינן לסברא זו אבל בשא"ד י"ל גם רבא מודה לרבינא בזה וקצרתי]. א"כ אף היכא דהוי הבטחת השליח לעשות השליחות רק בשם מתנה מועטת ואסור לו לחזור בו משום מחוסר אמנה מ"מ כיון דמסופקים אנחנו אם נעשה כלל דבר המחודש של השליח בזה לא סמכינן על הך דשארית ישראל כו' דעיקרו אינו רק משום סברת רובא דרוב בני אדם לא יעברו על שארית ישראל כו' וכללא הוא דכל הטוען דבר מחודש עליו להביא ראיה והוי רובא דתלוי במעשה וכמש"כ השושנת העמקים כנ"ל. אבל היכא דאינו מחוסר מעשה כמו הא דב"מ (דף מ"ט) באומר כור מעשר יש לך בידי רשאי לעשותו תרומת מעשר משום דסמכינן על סברת שארית ישראל כו' דלא יחזור בו ואדרבה יש לנו לומר אוקי אחזקה הראשונה ולא יחזור בו ולא יהיה דבר המחודש הוא החזרה. וכן בהא דקידושין (דף מ"ה) דע"פ סברת שארית ישראל כו' סמכינן דלא חזר מדבריו הראשונים ואוקי אחזקתו הראשונה דלא נשתנה דעתו עי"ז הסברא דשארית ישראל כו':

וכן בהא דסי' קע"ו סעי' ג' דאומנין שנשתתפו בהמלאכה שיעשו וירויחו שיהיה שייך לשותפות וכן בפועל שנשכר לעשות עסק עבור בעה"ב דשם מיירי דידוע בעדים שעשה עסק האומנות והרויח רק שטוען שחזר בו ועשה זה לצורכו וחזר בו מהבטחתו בזה שפיר יש לנו לדון דמשום סברא דשארית ישראל כו' דהוי כמו רובא דרוב בני אדם אין דרכם לחזור מדבריהם הראשונים משום דהוי מחוסר אמנה ובצירוף אוקי אחזקה הראשונה דלא נעשה דבר המחודש של החזרה. וכעין מש"כ התוס' בגיטין (דף ל"ג) ד"ה ואפקעינהו כו' דאוקי אחזקה דלא ישאל על נזירותו כו'. והכל הוא משום אוקי אחזקה דלא נעשה דבר המחודש. וע"י רוב בצירוף אוקי אחזקה סמכינן להוציא ממון מהמוחזק כמש"כ בעל המאור ברפ"ב דכתובות וכמש"כ במק"א מזה בארוכה. וכן בהא דסי' רס"ט במגביה המציאה דידוע בעדים שהגביה המציאה רק דאומר דלצורכו הגביה משום דאם לא היה עדים ע"ז בהא דסי' רס"ט וכן בהא דסי' קע"ו הנ"ל וודאי דנאמן לומר דחזר בו במיגו דהיה אומר דלא הרויח כלל וכעין מש"כ הש"ך בסי' קע"ו ס"ק מ"ה בשם

הרשב"א דנאמן לומר לעצמי הצלתי במיגו דלא קבלתי ממנו כלום וכיון דידוע דעשה את הענין שהבטיח לעשות רק דהספק הוא אם עשה כן לעצמו או עומד הוא בדבריו הראשונים ע"כ דייניגן בזה להכלל דשארית ישראל כו' ומוציאין ממון מהמוחזק עי"ז. אבל היכא דהוי ספק אם עשה השליח כלל להמעשה שקיבל עליו לעשות בזה שפיר אמרו דלא סמכינן על החזקה שליח כו' להוציא ממון. וכן בדברי הע"ש והש"ך סי' ע"ז ס"ק ט' אם ידוע שהשותף לוה המעות ע"י הסכם וציווי שותפו השני רק דהספק הוא אם מסר המעות לעסק השותפות או לעסק שלו לבדו בזה שפיר כתבו דיש לדון התם החזקה שליח עשה שליחותו כפי מה שהבטיחו כיון דמעשה ההלואה נעשה בודאי רק דהספק הוא שמא עשה זה העסק לעצמו או דעומד בדבריו הראשונים ע"כ גם בכה"ג דייניגן חזקה שליח כו' ומוציאין ממון ממנו לשלם להמלוה כמבואר שם. וסעד לסברת הש"ך והע"ש הלז מהא דסי' קע"ו סעיף ג' דא"נ לומר שחזרו בהם והכל הוא מה"ט דשארית ישראל כו' דהוי כמו רוב ואוקי אחזקה דעומד הוא בדבריו הראשונים ולא נשתנה דעתו מבתחלה כיון דידוע דעשה עכ"פ המעשה. אבל היכא דמסופקים אם עשה כלל להמעשה ושמא נתעצל ולא רצה למטרח וכיוצא בזה בזה שפיר כתבו דלא סמכינן על החזקה שליח כו' להוציא ממון דהוי רוב דתלוי במעשה. וגם יש לנו לומר אוקי אחזקה דלא נעשה המעשה כלל וכל הטוען דבר מחודש עליו הראי' והכל הוא מטעם אוקי אחזקה דלא נעשה המעשה כלל. ע"כ אין לנו כח להוציא ממון מהמוחזק אף אם היה מקום למידן בזה רובא דהא אין הולכין בממון אחר הרוב. וכ"ז הוא מוכרח ופשוט לחלק כן ולפ"ז אתי שפיר כל הנ"ל על מכונו. וכיוצא בזה מצינו כן בסי' רמ"א סמ"ע ס"ק כ"ג דבתנאי קום ועשה מוקמינן שנשאר הדבר כמו שהי' מעיקרא וצריך להביא ראיה ע"ש:

ולפ"ז חתי שפיר מה דכתבו הכא דנאמן המתעסק לומר דהחזיר המעות בתו"ז להנותן דכיון דיש לומר דחזר בו ולא רצה לעסוק בהעסק הלז יותר וכדין המקבל עיסקא דיכול לחזור בו כמו פועל שחוזר בו אף בחצי היום א"כ יש לנו לומר אוקי אחזקה דלא עשה כלל העסק שהבטיחו לעסוק במעותיו של חבירו וע"כ נאמן לומר שהחזיר להנותן כיון דלא עשה מעשה של העסק במעות חבירו ע"כ ממילא נטל חבירו ממנו המעות. ולכן אף אם אומר שהיה החזרה שלא בהסכם הנותן וגם ידוע שזה העסק שלו היה זה טובה להנותן ואינו רוצה שיחזור בו המתעסק דכתבתי לעיל דזהו חשוב כמו טענת מחילה דאינו נאמן אם אין לו מיגו. ואלו משום מיגו דנאנסו היה צריך שבועה חמורה כמו בהא דהחזרתי במיגו דנאנסו כמש"כ לעיל אפ"ה הדין נותן דנאמן המתעסק לומר דחזר בו

ולא רצה לעסוק יותר אף שלא בהסכמת חבירו ואין מוציאין ממון ממנו ע"י חזקה שליח כו' ושארית ישראל כו'. משום דכיון דהוי ספק לנו שלא עשה המעשה כלל ואומר בפיו ברי לי כן שלא עשיתי זה המעשה ביותר לכן נאמן ואין מוציאין ממון ממנו. ואין זה דומה כלל להא דסי' קע"ו סעי' ג' הנ"ל:

(הגה"ה:

ודע דלפמש"כ דעיקר הטעם דסי' קע"ו סעי' ג' דא"נ לומר שחזרו בהם הוא משום דיש שם מעלת רוב ואוקי אחזקה ע"י הכלל דשארית ישראל כו'. א"כ מוכח מזה דאף אם המוחזק טוען ברי בצירוף מעלת מוחזק לטענת ברי. והתובע טוען שמא דמ"מ מועיל מעלת רוב ומעלת אוקי אחזקה להוציא מהמוחזק אף שטוען ברי. ודלא כמש"כ בתירוץ א' בספרי נחל יצחק סי' מ"ג סעי' י"ד ענף ג' בד"ה ועדיין יש להעיר בזה מהא דבכורות (דף מ"ט) כו' והדברים ארוכין ואכ"מ:

וכן יש להעיר ע"פ מש"כ לדון הכלל דשארית ישראל כו' דאין לנו לחוש לחזרה היכא דלא הוי מתנה מרובה משום דהוי מחוסר אמנה ומוציאין ממון עי"ז א"כ יש להעיר עפ"ז בהא דב"ב (דף נ"ג) דשלא בפניו צריך לומר לך חזק וקני וכמבואר בסי' קצ"ב והא יש לנו אומדנא לדון דאלו היה יודע שחבירו יקח את החפץ הנמכר לו בוודאי היה מסכים ולא היה חוזר משום שיהיה מחוסר אמנה ושארית ישראל כו'. וכעין אומדנא זו אי' בח"מ סי' ס"ו סעי' י"ז גבי מוכר שט"ח בלא כתב לי' קני איהו כו' דכתב הרמ"א שם דאם אין הלוה כו' אין מוציאין מן הלוקח הואיל ותפס. ועיין בש"ך שם ס"ק ס"ו ובקצה"ח סי' ר"ט ס"ק ה' כעין זה שכתב דלפמש"כ הש"ך בסי' שנ"ח דמתנה שלא מדעת הוי מתנה היכא דיש אומדנא דהיה מסכים ע"ז. וכעין זה בסי' רמ"א סעי' ג' ושם מחלקינן בין מטלטלין וקרקע ועיין שם בנתיבות ס"ק ד' מזה. ובדין זה דשלא בפניו צריך לומר לך משוך וקני הדין הוא כן אף במטלטלין שמכר לו כמבואר בב"ק (דף נ"ב) ובסי' קצ"ז סעי' ג'. ואפשר לומר דכיון דלא אמר לו בפי' לך משוך וקני א"כ משמע ממנו דאינו מסכים שיקחנו בלתי דעתו כ"ז דלא אמר לו כן בפירוש. [ועיין בב"ב שם (דף נ"ג) דאמרו שם ורב סבר מאן דיהיב מתנה בעין יפה יהיב וב"ב (דף ג') תוס' ד"ה רב אשי א' כו' וברא"ש שם וקצרתי]. ובאמת יהי' מזה סייעתא למש"כ הש"ך בסי' ר"ט ס"ק ה' גבי מוכר דשלב"ל דאי תפס לא מפקינן מיניה דדוקא כשידע המוכר וכ"כ בסי' ס"ו ס"ק ס"ו אבל כ"ז דלא ידע המוכר לא מהני תפיסתו ולא דיינינן בכה"ג הך דאי שמיט כו'. א"כ לפ"ז א"ש בפשיטות דשלא בפניו לא מהני משיכה כ"ז דלא אמר בפי' לך משוך וקני והדברים ארוכין ואכמ"ל. (ע"כ הגה"ה)):

ענף י:
ונתבאר על נכון דברי הרמ"א דנאמן המתעסק במעות של אחרים לומר דהחזיר העיסקא בתו"ז ואין דומה להא דסי' קע"ו סעי' ג' דא"נ לומר דחזר בו משום דשאני היכא דאומר דחזר בו שלא בהסכם הבע"ד אבל היכא דאומר דחזר בו בהסכם הבע"ד שכנגדו ונראה מן הענין שאינו בתורת מחילת זכותו רק דאפשר שלא הי' נצרך שיעסוק המקבל או הפועל ושותפו בעסק שלו יותר א"כ בכה"ג דלא הוי בתורת מחילת זכותו ודאי דנאמן לומר שחזר בו והחזיר המעות לחבירו בתו"ז. או כפי אופן השני שנתבאר דדוקא היכא דידוע דעשה הענין שקיבל לעשות בזה א"נ לומר דחזר בו בתו"ז ועשה כן לעצמו אבל היכא די"ל דחזר בו ולא עשה כלל להענין שהבטיחו לעשות עבור חבירו בזה י"ל דנאמן לומר שלא עשה כן משום דחזר בו אף בתו"ז ולא רצה לעסוק יותר בעיסקא של חבירו וזהו בכלל מה דאמרו דלא סמכינן על חזקה שליח כו' להוציא ממון. וממילא חזר הנותן וקיבל מהמקבל את כל העיסקא בחזרה וע"כ אף באומר שחזר מלעסוק בהעיסקא אף שלא בהסכם הנותן גם כן נאמן. וכ"ז הוא מוכרח ופשוט כפי שנתבאר בעז"ה:
ועתה נחזור לדברי החתם סופר ח' ח"מ סי' קמ"ד שכתב לדון במקבל עיסקא לעסוק לצורך עצמו כדין כל עיסקא דהוי פלגא מלוה ופלגא פקדון דאף דלא שייך בזה דין חזקה תו"ז משום דעביד דפרע תו"ז כדי לפטור מן פריעת הרווחים מ"מ א"נ לומר דהחזיר הפלגא פקדון ולא רצה לעסוק יותר דאף דפועל חוזר בתו"ז מ"מ א"נ לומר דחזר בו כדין המבואר בסי' קע"ו סעי' ג' דא"נ לומר דחזר בו וממילא א"נ לומר שהחזיר הפלגא מלוה כו' עכ"ל. ולכאורה י"ל דיהיה נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו בשבועה חמורה. אך י"ל בזה לפי מש"כ הנתיבות בסי' ס"ט ס"ק ט' דתיקון מהר"ם היה בעיסקא דידן שכ"ז שלא יברר ההפסד בעדים שיהיה חייב ע"ש. ע"כ אינו נאמן לומר נאנסו אף בשבועה חמורה. אכן לפי מה שנתבאר דהרמ"א דכתב דנאמן המתעסק במעות של אחרים לצורך הנותן ואין לו הנאה כו' דהחזירו בתו"ז. א"כ לדברי החתם סופר הנ"ל תקשה עדיין על דברי הרמ"א הלז מן הא דסי' קע"ו סעי' ג' דלשווייי נפשי' הדרנא לא מהימן וכמש"כ לעיל להקשות כן בארוכה וע"כ מוכח מן דברי הרמ"א דלא כהחתם סופר. וע"כ ה"ה בכל מקבל עיסקא אף בדין פלגא מלוה ופלגא פקדון נאמן לומר דהחזיר כל המעות בתו"ז ע"פ הסכם הנותן דהיה נצרך לקבל המעות בחזרה מאיזה ענין שראה אז לאח"ז. או די"ל דנאמן לומר דחזר בו אף בלא הסכם של הנותן העיסקא כדין המקבל עיסקא שיכול לחזור בתו"ז ולא עסק יותר בהעיסקא וממילא הוכרח הנותן העיסקא לקבל העיסקא בחזרה וכ"ז מוכרח ע"פ דברי הרמ"א הנ"ל. ולכן העיקר בזה כמש"כ הרב א' שהובא

בחתם סופר שם ולא כהחתם סופר שהשיג עליו בזה. ועיקר סברת הרב א' הנ"ל שכתב דהיכא דמשלם רווחים לא שייך החזקה תו"ז כבר הקדימו בזה תשובת הראנ"ח ותשובת הר הכרמל. והאו"ת בשם המהרי"ט. ובעיסקא דידן העלה האו"ת בצ"ע וממילא אין מוציאין ממון מספיקא:

ועכ"ז יש לדון עדיין במה שכתבתי דנאמן המקבל עיסקא לומר שחזר בו בתו"ז שלא ברשות הנותן כיון דעיקר הטעם דלא דיינינן הכא להחזקה דתו"ז הוא משום הטעם שכתבתי לעיל דאולי ראה שאין העיסקא עושה פירות וחושש שישביעו שבועה שלא הרווחתי וכיון דהוי ש"ח כמש"כ לבאר לעיל שאינו יכול להפך ולהטיל קב"ח עליו שחושדו באמת. א"כ לפי מש"כ הנתיבות בסי' ע"ד ס"ק ד' דאם המקבל עיסקא חוזר בתו"ז בע"כ מחוייב לבא עמו לחשבון ולישבע כמה הרוויח וליתן החצי כו'. א"כ כיון דאף בחוזר בתו"ז יכול הנותן להשביעו כמה הרוויח. ע"כ לא שייך בזה ה"ט שכתבתי דמחמת דפרשי אינשי משבועת אמת ג"כ לכן ראה להחזירו בתו"ז דהא עדיין לא ינצל מן השבועה. וכש"כ לפי מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ע"ד סעי' ג' דאם חוזר המתעסק בתו"ז אינו נוטל אף חצי הריווח שעלה על חלקו ע"ש. א"כ בוודאי יכול הנותן להשביעו אם חזר בתו"ז דהא אם היה ריוח מחוייב להחזיר כל הריוח להנותן וע"כ חייב ש"ח שישבע כמה הרוויח וע"כ לא שייך בכה"ג הטעם שבארתי לדון דלא שייך הכא החזקה דתו"ז דחושש מהשבועה דהא עדיין לא ינצל מן השבועה. ולכן הדין נותן דא"נ לומר שחזר בו שלא בהסכם הנותן. אבל באומר שחזר בו ע"פ הסכם הנותן שראה שא"צ להעיסקא שיהיה זה עוסק במעותיו כגון דנמצא אנשים אחרים בטוחים ביותר שירצו לעסוק במעותיו בתורת דין עיסקא או אולי היה נצרך הנותן להמעות וכיוצא בזה בזה י"ל דנאמן ולפ"ז ה"ה אף באומר שחזר בו בע"כ שלא בהסכם הנותן ג"כ י"ל דנאמן בתורת מיגו דאי בעי אמר שהיה החזרה בהסכם חבירו וכמש"כ לעיל דהא גם מיגו במקום חזקה דתו"ז מהני מספיקא ואין מוציאין מן המוחזק:

היוצא לנו מכל הקונטרס הזה דהיכא דאיכא רווחא במה דפורע בתו"ז לא דיינינן להחזקה דתו"ז כמש"כ המהרי"ט. וכ"ז הוא בחוב ברור אבל אם אינו חוב ברור בזה דיינינן להחזקה דתו"ז אף היכא דאיכא רווחא. וגם נתבאר בארוכה על נכון דברי הרמ"א בסי' קע"ו סעי' ג' דאינן נאמנין השותפין על דשלב"ל וכן פועל לומר שחזרו בהם וזהו דוקא היכא דשייך לדון דהוי מחוסר אמנה או דין תרעומות ע"כ דיינינן בזה שארית ישראל כו' והוי חזרה טענה גרוע. אבל היכא דלא הוי מחוסר אמנה ולא דין תרעומת בכה"ג י"ל דנאמנים לומר דחזרו בהם. והיכא שטוענים שחזרו ברצון הבע"ד

אם לא הוי בזה הרצוי ענין מחילת זכותו נאמנים לומר שהיה החזרה בהסכם בע"ד. ועכ"ז אינם נאמנים לומר שחזרו שלא ברצון הבע"ד אף שיש להם מיגו דאמרי שהיה החזרה בהסכם שלו משום דזהו כעין מיגו במקום חזקה ומיגו דהעזה ביחד. ובאמת היכא דאומרים דהחזרה היה בפני הבע"ד שידעו מזה אך לא הסכימו ע"ז. בכה"ג כיון דלא הוי מיגו דהעזה דהא גם עכשיו מעיז בטענתו נאמנים במיגו דאמרי דהיה החזרה בהסכם הבע"ד כנ"ל. ומזה הוי סיוע לדברי האו"ת ס"ק ח' שכתב לבאר דברי התוס' בב"ב (דף ה') דאינן נאמנים לומר פרעתיך בתו"ז במיגו דפרעתי ביומא דמשלם זמניה דה"ל מיגו דהעזה. דטעמם הוא דה"ל מיגו במקום חזקה וגם ה"ל מיגו דהעזה וכ"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק ע"ו וס"ק ע"ז. וגם נתבאר על נכון במה דאמרו דחזקה שליח עושה שליחותו לא מהני בממון דזהו היכא דאנו מסופקים אם עשה המעשה כלל אבל היכא דידוע דעשה המעשה רק דהספק שמא חזר ונתכוין לעצמו בזה דיינינן להחזקה שליח כו' אף בממון. וגם נתבאר דבשטרי עיסקא דידן אם אין להשטר דין שטר לפי שלא נכתב באופן המועיל ויכול לומר פרעתי מצד השטר ע"כ נאמן לומר פרעתי אף בתו"ז כמש"כ הראנ"ח ותשובת הר הכרמל והאו"ת ודלא כהחתם סופר. ואף באומר שחזר בתו"ז שלא בהסכם הנותן וממילא נטל הנותן המעות ממנו בחזרה ג"כ נאמן במיגו שהיה אומר שהיה החזרה ברצוי הנותן כנ"ל: ג (שם סעיף א ש"ך ס"ק י"ב):

דכתב דאם יש זמנים הרבה ליתא בזה להחזקה דתו"ז כמו בקונטרסים. ולכאורה יש להוכיח להיפך מן הר"נ לכתובות ריש פ' י"א גבי הא דבעי ר' יוחנן יתומים אומרים נתננו כו' דכתב הר"נ דבמזונות דלהבא וודאי לא מהימני דדמי לחוב תו"ז שאין נאמן לומר פרעתי כו'. אלמא דאף דבמזונות הוי זמנים הרבה דבכל יום ויום הוי זמן של חוב מזונות אפ"ה קרינן לי' חוב תו"ז א"כ מוכח דלא כהש"ך. ואפשר דשיטת רש"י שם הוא משום דס"ל כסברת הש"ך ולכן מתורץ עפ"ז לקושיות הר"נ עליו. ועיין בתוס' כתובות (דף צ"ו) ד"ה יתומים אמרו נתננו כו' ובהרא"ש שם. אכן לפי מש"כ הנתיבות בסי' ע"ח ס"ק ד' לחלק דשאני בקונטרסים דיכול להיות הכל ביום א' כו' בזה כתב הש"ך כן. א"כ אינו קשה על הש"ך מן הר"נ הנ"ל. ועיין בתשובת משכנות יעקב ח' ח"מ סי' ל"ו. ולדינא י"ל דעיקר מילתא דנא תלוי בפלוגתת רש"י והתוס' והרא"ש שם בכתובות עם הר"נ הנ"ל דהא לא כתבו שם דמטעם חזקה תו"ז לא יהא נאמן לומר דפרע לה מזונות דלהבא. ובב"ב (דף ה') תוס' ד"ה ואפילו מיתמי כו' כתבו דר' יוחנן אית לי' ג"כ להחזקה דתו"ז. ובפרט לפי מש"כ התוס' שם ד"ה כי היכי כו' דבחוב שאינו ברור כ"ע מודו. א"כ ה"ה הכא במזונות דיש לחוש שמא תמות א"כ הוי חוב שאינו ברור וכ"ע מודו דשייך

לדון להחזקה דתו"ז ומדלא כתבו כן א"כ מוכח דרש"י והתוס' והרא"ש שם ס"ל כסברת הש"ך בזה. והר"נ לא ס"ל כן וה"ל ספיקא דפלוגתא:

כ"ז כתבתי מכבר ואחר זה נתתי לעיין עוד בזה וע"כ הנני בארוכה שנית בקונטרסי לבאר ענין הזה ביותר ביאור בעז"ה. ד (שם סע' א' ש"ך ס"ק י"ב):

ד בקונטרסים דבקוגטרסים דכל קונטרס זמנו נאמן לומר פרעתי מקודם כיון דיש הרבה זמנים כו':

ענף א:

ונלע"ד להביא ראי' לזה הסברא מכתובות (דף צ"ו ע"א) בעי ר' יוחנן יתומים אומרים נתננו והיא אומרת לא נטלתי על מי להביא ראי' כו' ופי' רש"י נתננו דמי מזונות לשנה הבאה. והתוס' שם ד"ה יתומים אומרים כו' כתבו דמיירי במזונות שעברו דמוכח מילתא משום דשתקה עד השתא דיתמי קושטא קאמרי אבל במזונות דלהבא על היתומים להביא ראי' דהא ריו"ח אית לי' הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום כו' וכ"כ הרא"ש והמרדכי שם. וכ"כ התוס' בב"מ (דף י"ז) סד"ה הטוען אחר מעשה ב"ד כו'. ולכאורה צ"ע דברי רש"י שכתב דגם במזונות דלהבא איבעי' לר' יוחנן אם היא נאמנת דתקשה עליו קושיות התוס' דהא ה"ל מעב"ד. והנלע"ד דרש"י ס"ל לחלק דשאני מזונות האשה כיון דעיקר הטעם דהטוען אחר מעב"ד לא אמר כלום דמעב"ד כמאן דנקיט שטרא בידי' כמבואר בב"מ (דף י"ז). א"כ מזונות האשה דאינה טורפת ממשעבדי כמבואר בגיטין (דף נ') ע"כ יש מקום לדון בזה להסברא שכתבו התוס' בכתובות (דף כ"א) ד"ה הוציא עליו כת"י כו' בשם רב אלפס דדוקא בשטר שגובה ממשעבדי אינו יכול לומר פרעתי אבל היכא דאינו גובה ממשעבדי נאמן לומר פרעתי משום דלא חש להניח בידו. וכן הוא שיטת כמה פוסקים והמחבר בסי' ס"ט סעי' ב' ובש"ך שם ס"ק י"ד בארוכה. א"כ ה"ה מזונות דאינה טורפת ממשעבדי נאמנים היתומים לומר פרענו דלא עדיפא הך מעשה ב"ד משטר בכה"ג דג"כ נאמן לומר פרעתי כן יש לומר בשיטת רש"י דכתובות הנ"ל. אכן בב"מ (דף י"ז) ברש"י ד"ה הטוען אחר מעב"ד כו' פירש שם דמעב"ד דבר שהוא תנאי ב"ד כגון כתובה ומזון האשה והבנות הטוען ואמר פרעתי לא אמר כלום. הרי דס"ל לרש"י בב"מ דאף מזונות האשה הוי בכלל מעב"ד ולא ס"ל להסברא שכתבתי לחלק דמזונות שאני. ויש לי לדון הרבה וליישב זה ג"כ ואכמ"ל אך רש"י דכתובות י"ל דס"ל כמש"כ:

ועדיין יש להקשות לפי' רש"י. דמפרש דמיירי שאומרים נתננו מזונות לשנה הבאה. וכן לפי מש"כ התוס' דמיירי במזונות שעברו משום דבמזונות להבא ה"ל בכלל הטוען אחר מעב"ד כו'. הא בלא"ה י"ל דמזונות להבא ה"ל תוך זמנו ואינו נאמן לומר פרעתי תו"ז

וגם ר' יוחנן אית לי' חזקה זו כמש"כ התוס' בב"ב (דף ה') ד"ה ואפילו מיתמי כו'. ובפרט בחוב שאינו ברור כ"כ דשמא תמות בתוך שנה וכעין מש"כ התוס' בב"ב שם ד"ה כי היכי דלא ליטרדן כו' ובב"מ (דף ק"ב ע"ב) ד"ה בחזקת שלא נפדה כו' דבחוב שאינו ברור כ"כ כ"ע מודו דאין פורע בתו"ז. אכן לפי מש"כ הש"ך לחלק דהיכא דיש זמנים הרבה בזה יש לומר דפורע תו"ז כי היכי דלא ליטרדן בטרדות הרבה. ע"כ אתי שפיר הא דמזונות שיש שם זמנים הרבה בכה"ג פורע אף בתו"ז ולכן לא כתבו התוס' והרא"ש והמרדכי וכן רש"י למה דהוי תו"ז. א"כ מוכח מן רש"י והתוס' והרא"ש והמרדכי דכתובות כמש"כ הש"ך דאם יש זמנים הרבה נאמן לומר דפרע תו"ז:

ובכתובות (דף ק"ז ע"א) דאם בא הבעל ואמר פסקתי לה מזונות נאמן ופי' רש"י נאמן ומחזרת מה שנתנו לה ב"ד. וקשה הא הוי תו"ז ומוכח מזה ג"כ דשאני היכא דיש זמנים הרבה כמו חוב מזונות כנ"ל. גם י"ל דלכן כתב רש"י שם אם בא ואמר פסקתי לה מזונות אתפסתיה צררי. משום דהא כתב הרא"ש בב"ב פ"א סי' ט' בשם הר' יונה דאע"ג דלפרעון בתו"ז לא חיישינן לצררי חיישינן ע"ש. וכש"כ כאן דמיירי בהלך בעלה למדינת הים ע"כ בזה לא שייך חזקה אינו פורע בתו"ז כיון שלא יהי' בביתו לזמ"פ וכמש"כ התוס' בב"ב (דף קנ"ח) ד"ה וב"ה אומרים נכסים כו' דבהלך למדה"י הדרך להתפיס לה צררי ע"ש וכן לפמש"כ התוס' בכתובות שם (דף ק"ז) ד"ה ששמעו בו שמת להסברא דמוכחא מילתא מדאינו חוזר שנסתלק ממנה בשום ענין. ע"כ אינו מוכח מהתם לנ"ד וקצרתי:

ויש להעיר בסוגיא דכתובות הנ"ל דפי' רש"י דאם בא הבעל ואמר פסקתי לה מזונות נאמן אף להוציא מידה אך כ"ז דלא בא הבעל ס"ל לרב דפוסקין ולא חיישינן לצררי משום דחסו חז"ל על האשה דא"א בענין אחר שהרי אם לא התפיס צררי תמות ברעב כו' וכמש"כ הפני יהושע לכתובות שם בתוס' ד"ה ואם אמר פסקתי נאמן פי' רש"י כו'. וקשה דמ"ש מן הא דכתובות (דף צ"ו) דיתומים אומרים נתננו והיא אומרת לא נטלתי דהדין הוא דנכסי בחזקת אלמנה קיימי לפי דמוכרת שלא בב"ד כמש"כ התוס' שם לכן נקראת האלמנה מוחזקת א"כ ה"ה במזונות האשה בחיי בעלה דקיי"ל דמוכרת שלא בב"ד ג"כ כמבואר באה"ע סי' ע' סעי' ה' הוי האשה מוחזקת מעיקרא בנכסי הבעל אף מקודם שבא לידה א"כ לא הוי דינה כמו תפס אחר לידת הספק לכן קשה דמפני מה נאמן הבעל לומר פסקתי לה מזונות. ואף מקודם דבא לידה תהא האשה נאמנת משום דדינה כמוחזקת ממש מה"ט ואף שכתבו התו' בשיטת רש"י הנ"ל משום דמסתמא דמילתא מתפיס לה צררי ע"ש. מ"מ אם נימא דדינה כמוחזקת מעיקרא קשה לומר סברא הנ"ל דתצטרך להחזירו מה"ט. וכן לעיל בכתובות (דף צ"ו) תוס' ד"ה יתומים אומרים

כו' שכתבו התוס' שם הסברא דמוכח מילתא טפי משום דשתקה כו' ואפ"ה לפי מה דמסקי דדינה כמוחזקת נאמנת האשה וה"ה בהך סברא הכא. וכן יש להקשות לשמואל דס"ל שם בכתובות (דף ק"ז) דאין פוסקין מזונות לא"א משום דחיישינן לצררי. דהא כיון דנכסי בחזקת האשה קאי מה"ט א"כ דינה כמוחזקת ותהא נאמנת. וכן יש להקשות לפי מה דקיי"ל בש"ע אה"ע סי' ע' סעי' י' דכ"ז שלא מכרו ב"ד ונתנו לה אם בא הבעל ואמר הנחתי לה מזונות נאמן הבעל וקשה מ"ש מיתומים דאינן נאמנין כמבואר בסי' צ"ג סעי' ט"ו משום דהיא נקראת מוחזקת:

והנלע"ד לתרץ כ"ז ע"פ מש"כ רש"י בכתובות (דף צ"ו) בד"ה בחזקת אלמנה קיימי שהרי נשתעבדו בתנאי ב"ד עכ"ל. וכ"כ הר"נ שם בזה"ל נכסי בחזקת אלמנה קיימי דרבנן העמידו הנכסים בחזקתה למה שהוא משועבד לה מתנאי ב"ד כדי שלא יוכלו יורשין לומר פרעתי עכ"ל. הרי דמבואר להדיא ברש"י וברי"נ דדוקא בתנאי ב"ד אמרו דהעמידו הנכסים בחזקתה. א"כ ז"א רק במזונות האלמנה אבל מזונות האשה בחיי בעלה דאין זה מתנאי כתובה כמש"כ הרא"ש בכתובות פ"ד סי' כ"ד ולכן פי' רש"י שם (דף נ"ג) דמוחלת כתובה אין לה מזונות באלמנותה דתנאי כתובה ככתובה אבל בחייו יש לה משום דאין זה מתנאי כתובה וכמש"כ הר"נ שם. וכ"כ בש"ע אה"ע סי' צ"ג סעי' ט' בח"מ וב"ש שם ואף לשיטת הרמב"ם דשם דס"ל שאף בחייו הפסידה מזונותי' אין הכרח כ"כ דנימא דלא ס"ל כן וקצרתי. ולכן אתי שפיר הא דס"ל לרש"י התם בכתובות (דף ק"ז) דאם בא הבעל ואמר פסקתי לה מזונות נאמן אף להוציא ממנה וכש"כ אם לא גבתה עדיין דנאמן הבעל משום דבמזונות בחיי הבעל לא שייך לומר נכסי בחזקת האשה קאי כיון דאין המזונות שלה בחייו מתנאי ב"ד ובחוב שאינו מתנאי ב"ד הוי הבעל בשם מוחזק ע"כ האשה נקראת מוציא מחבירו ועלי' הראיה. ולא מבעיא אם לא גבתה וודאי הבעל נאמן ואף בגבתה ס"ל לרש"י דמחזרת לפי דדינה כמו כל תפס בעדים מן המוחזק דהדין הוא דלא מהני תפיסתו היכא דלא הוי ספיקא דדינא ודררא דממונא. וכן הוא סברת הש"ע בסי' ע' סעי' י' דהבעל נאמן משום זה הטעם דמזונות בחייו אין זה נקרא בשם תנאי כתובה ואף דיכולה למכור למזונות שלא בב"ד מ"מ לא מהני זה בחוב שאין שם תנאי כתובה עליו. ואף בשיטת הרמב"ם יש לומר כן כנ"ל. ומזה יהיה סייעתא למה שכתבו הראשונים דבחוב מזונות בחיי הבעל אין זה נקרא בשם תנאי כתובה. ואחר כותבי כל זה ראיתי בהפלאה לק"א סי' ע' ס"ק ט"ז ובאבני מלואים סי' ע' ס"ק ב' ובסי' צ"ג ס"ק י' שהקשו ג"כ כעין מה שהקשיתי ולדעתי הנכון כמש"כ לתרץ כנ"ל:

ענף ב:

ולקמן בחידושי לסי' צ"ז סעיף כ"א כתבתי לדון דלשיטת התוס' כתובות (דף צ"ו) ד"ה נכסי בחזקת אלמנה כו' נראה דס"ל לכללא דהיכא דמוכר שלא בב"ד מומחין מקרי הבע"ח בשם מוחזק ולא מחלקים שם בין הא דנכסי בחזקת אלמנה קיימי לכל בע"ח רק משום דמוכרת למזונות שלא בב"ד ולא הזכירו כלל החילוק דשאני מזונות שהוא תנאי ב"ד וכן נראה מדברי השמ"ק שם ע"ש. לפ"ז י"ל דלכן התוס' בכתובות (דף ק"ז) ד"ה ואם בא ואמר פסקתי כו' כתבו דנאמן להצריכה שבועה ובשבועה תגבה מה שלותה כו'. די"ל דאזלי התוס' לשיטתייהו דס"ל לכללא דהיכא דמוכר שלא בב"ד מקרי הבע"ח בשם מוחזק. א"כ ה"ה בחוב מזונות בחיי הבעל כיון דמוכרת שלא בב"ד כדקיי"ל לדינא ע"כ נכסי בחזקת האשה קאי כיון דטוענת ברי. והא דס"ל לשמואל דאין פוסקין מזונות לא"א י"ל בזה הטעם כמש"כ האבני מלואים בסי' ע' ס"ק ב' דלשמואל י"ל דמחלק בין אלמנה לא"א בזה דא"א אינה מוכרת למזונות אלא בב"ד. אבל למאי דקיי"ל כרב ע"כ ממילא גם א"א מוכרת שלא בב"ד ע"ש. ולכן לדינא ס"ל להתוס' דהאשה נאמנת כיון דנכסי בחזקתה קאי משום חזקת חיוב שהיה לה מכבר בודאי ומוכרת שלא בב"ד. ושאני הא דמתו בעליהן עד שלא שתו דלא נוטלת הכתובה משום דכיון דהיה קנוי וסתירה לא מקרי טענתה לטענת ברי כעין מש"כ התוס' בסוטה (דף כ"ה) ד"ה ב"ה אומרים כו' והארכתי בזה בחידושי לסי' צ"ז סעי' כ"א הנ"ל ע"ש. וזהו לפי מש"כ התוס' בכתובות (דף צ"ו ע"ב) ד"ה נכסי כו' בתי' א' שם. כן י"ל בשיטת התוס' דאזלי לטעמייהו. אבל רש"י אזיל לשיטתו דבעינן דוקא תנאי ב"ד וכן הר"ן שם דפסק דהבעל נאמן לומר פרעתי מקודם שפסקו הב"ד כדמסיק שם דזהו ג"כ דאזיל לטעמיה דס"ל דדוקא בתנאי ב"ד אמרו דנכסי בחזקתה קאי. רק רש"י ס"ל דמה"ט אף לאחר שגבתה דינה כמו תפס מרשות חבירו בעדים כנ"ל דמקרי בעל החפץ בשם מוחזק כנ"ל:

כ"ז כתבתי מכבר. אמנם לפי מה שכתבתי בספרי נחל יצחק בסוף הספר בקונטרסי לאה"ע סי' ע"ז בענף ב' וענף ג' להוכיח לדינא דלכ"ע גם מזונות בחיי הבעל מקרי בשם תנאי כתובה כמו שהוכחתי שם ע"כ קשה לומר לכל מש"כ לחלק בין מזונות אלמנה למזונות א"א בזה והעיקר בכ"ז כמש"כ האבני מלואים בסי' צ"ג ס"ק י' לדון דמה דאמרו נכסי בחזקת אלמנה קאי זהו רק היכא דאין אנו צריכים לשעבוד הגוף כמו לגבות מיתומים אבל בבא לגבות מהבע"ח עצמו אינו נאמן משום דאף דנכסי בחזקת התובע קאי אבל אין לו כח עי"ז לגבות משעבוד גופו וכיון דאינו נאמן על שעבוד גופו ממילא אינו גובה משעבוד נכסי כמו שהאריך שם. ולכן שפיר כתבתי בחידושי לקמן סי' צ"ז סעיף כ"א גבי משכון דכיון דהמלוה יכול למוכרו שלא בב"ד מומחין ע"כ מקרי המלוה

בשם מוחזק אף כשהוא ת"י הלוה כמו שהארכתי שם. ואף דאין זה בשם תנאי ב"ד מ"מ י"ל כשיטת התוס' דכתובות (דף צ"ו) דאף בחוב שאינו בתנאי ב"ד ג"כ כיון שמוכרו שלא בב"ד מקרי לעולם בשם מוחזק. והא דנאמן הבעל לומר פסקתי לה מזונות כדקיי"ל בש"ע אה"ע סי' ע'. י"ל כפי סברת האבני מלואים הנ"ל. ובהא שכתבתי גבי משכון דנקרא המלוה בשם מוחזק עפ"י הכלל דמה שיכול למכור הוי החפץ בחזקת המלוה אף לפי דברי האבני מלואים דהיכא דבעי שיהיה לו שעבוד הגוף אין מועיל להוציא מהמוחזק אף דמוכר שלא בב"ד. דהא העלתי בספרי נחל יצחק סי' מ"ט ענף ח' דהיכא שקנהו בתורת בע"ח קונה משכון אף במשכון בשעת הלואתו ג"כ אף במקום שאינו יכול למיחת לשעבוד גופו מ"מ לא פקע זכותו מן הקנין שיש לו בהמשכון ע"ש. לכן שפיר כתבתי לקמן בסי' צ"ז סעיף כ"א לדון כן. ואין לדחות למה שכתבתי שם דיש מקום לדון להך כללא דמה דמצי למכור שלא בב"ד מקרי בשם מוחזק אף שהחפץ מונח ת"י הלוה ואף בחוב שאינו תנאי ב"ד כדמשמע מהתוס' כתובות (דף צ"ו). משום דאין הכרע לדינא מן דברי הש"ע באה"ע סי' ע' לדחות לכל הדברים שכתבתי שם בכוונת הש"ע. ויש לי להאריך בכ"ז אך לפי שאין כאן מקומו לכן קצרתי:

נחזור לענינינו דמן התוס' כתובות (דף צ"ו) והרא"ש והמרדכי וכש"כ מן שיטת רש"י שם מוכח דהיכא דיש זמנים הרבה בזה נאמן לומר פרעתי בתו"ז. אכן הר"ן שם כתב לפרש דמיירי במזונות לשעבר משום דבמזונות להבא הא אין פורע בתו"ז כו' ע"ש. א"כ מוכח מן הר"ן דאף היכא דיש זמנים הרבה ג"כ שייך חזקה דאינו פורע תו"ז. ובאה"ע סי' ע' סעיף י' דאם בא הבעל ואמר הנחתי לה מזונות נאמן בלעבר אבל על להבא אינו נאמן ופירש הח"מ דמאחר דלא הגיע הזמן א"נ לומר פרעתי בתו"ז וזהו מדברי הר"ן הנ"ל כמו שנרשם שם וכמש"כ הדרכי משה שם בשם הר"ן ר"פ אלמנה ניזונת. וחזינן דהך דינא דאם אמרינן בזמנים הרבה להחזקה דתו"ז זהו פלוגתא דרבוותא היינו רש"י והתוס' והרא"ש והמרדכי ס"ל דלא שייך בכה"ג חזקה הנ"ל. והר"ן ס"ל דגם בזה שייך החזקה הנ"ל והרמ"א הכריע כהר"ן וכמש"כ הח"מ שם וכ"כ הב"ש בסי' צ"ג ס"ק כ"ה לדון להחזקה תו"ז גבי מזונות האלמנה ע"ש. ולפי הכרעת הרמ"א באה"ע והח"מ והב"ש כהר"ן א"כ מוכח דלא כהש"ך. אכן לפי מש"כ הנתיבות בסי' ע"ח ס"ק ד' לחלק דדוקא בקונטרסים דאין לו זמן קבוע כלל ושמא יגמור הכל ביום א' או בשני ימים בזה כתב הש"ך דליתא להחזקה דתו"ז אבל היכא שיש לו זמנים קבועים דיינינן להחזקה דתו"ז. א"כ לא הוי שום סתירה מדברי הר"ן והרמ"א באה"ע לדברי הש"ך דהא במזונות הוי ג"כ זמן קבוע כל יום ביומו:

ענף ג:

שוב ראיתי דאין הוכחה מן הרמ"א באה"ע לדון שהכריע כדברי הר"נ משום דבאמת יש לומר דמה שכתבו דאין הבעל נאמן על מזונות דלהבא דאין הטעם משום דה"ל חוב בתו"ז כמש"כ החלקת מחוקק שם. אלא יש לומר הטעם כמש"כ התוס' בכתובות (דף צ"ו) בד"ה יתומים אמרו כו' דבמזונות להבא אינם נאמנים משום דה"ל כטוען אחר מעב"ד ואף למ"ד דנאמן בטוען על מעב"ד מודה דאינו נאמן דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתם כו' ועיקר האיבעיא דהתם הוא במזונות שעברו דמוכחא מילתא טפי מדשתקה עד השתא דיתמי קושטא קאמרי וכמש"כ הרא"ש שם וכ"כ המרדכי שם דבמזונות שעברו דכיון דשתקה איתרע לי' מעב"ד אבל מזונות דלהבא ה"ל בכלל מעב"ד. וכ"כ הר"נ שם דאין לומר דקאי במזונות להבא דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתם זולת הטעם דכתב מתחלה שם דה"ל חזקה תו"ז כנ"ל אלא דמיירי במזונות לשעבר ולא ה"ל בכלל מעב"ד משום דעשויין לפרוע בכל יום ע"ש בהר"נ. והתוס' והרא"ש והמרדכי כתבו דלכן לא ה"ל בכלל מעב"ד משום דשתקה איתרע ליה מעב"ד כנ"ל:

(הגה"ה:

והנה לעיל סי' ל"ט סעיף י' דאם יש פס"ד בידו א"נ לומר פרעתי ואם איחר כמה ימים הפס"ד בידו ולא תבעו סברא' שפרעו מדשתק כולי האי עכ"ל הש"ע שם. ולא כתבו מקור לזה ובאמת לכאורה נראה דאף שאיחר כמה ימים יהיה נאמן על פס"ד שבידו כיון דעיקר הטעם של הסוברין דא"י לטעון פרעתי על הפס"ד משום דדינו ככל מעב"ד דא"י לומר פרעתי כמש"כ הנ"י בב"מ והובא בש"ך שם ס"ק כ"ט ועיין בביאור הגר"א שם ס"ק נ'. וכיון דבמעב"ד דא"נ לומר פרעתי הטעם הוא משום דכמאן דנקט שטרא בידו דמי כמבואר בב"מ (דף י"ז) א"כ לכאורה קשה דאף שאיחר כמה ימים ג"כ יהיה דינו כמו שטר דמן הדין גובה אף בשטר ישן כמבואר בסי' ס"א ובסי' צ"ח. אכן באמת יש מקור לזה ממה שכתבו התוס' בכתובות (דף צ"ו) והרא"ש והמרדכי שם דבמזונות לשעבר כיון דשתקה איתרע לי' מעב"ד ונאמנים לומר פרענו. הרי דמצינו גבי מעב"ד דאף דא"י לומר פרעתי משום דה"ל כנקט שטרא מ"מ אינו דומה ממש לשטר בכזה דהיכא דשתק ולא תבע אמרינן דאיתרע לי' מעב"ד ונאמן לומר פרעתי בכה"ג ויש מקור לזה מן הש"ס. ושפיר כתב הרמ"א וזהו מן תשובות מיימוני לספר משפטים סי' ס"ו שכתב כן בקצרה. (ע"כ הגה"ה)):

ולפ"ז יש לומר דמה שכתב הרמ"א באה"ע סי' ע' סעי' יו"ד דאם בא הבעל ואמר פסקתי לה מזונות דנאמן אבל אין נאמן לומר שנתן לה על העתיד. דאין הטעם משום דה"ל תו"ז

כמש"כ הח"מ שם אלא הטעם הוא דה"ל בכלל מעב"ד וכמש"כ התוס' והרא"ש והמרדכי והר"נ לחד טעמא דאל"כ מה הועילו חכמים בתקנתן ודוקא במזונות לשעבר נאמן משום דאיתרע לי' מעב"ד כיון דשתקה כו'. או בהלך בעלה למדה"י דיש הוכחה ג"כ כמש"כ התוס' בכתובות (דף ק"ז) ד"ה ששמעו בו כו' דמוכחא מילתא מדאינו חוזר שנסתלק ממנה כו' עכ"ל התוס' וכ"כ הר"נ שם. והיכא דיש קצת הוכחה דפרע לא דיינינן להך מעב"ד וכנ"ל. ובמזונות לשעבר לא שייך לומר מה הועילו חכמים בתקנתן שהרי יכולה לתבוע כל שעה תחילת מזונות הבאין כמש"כ התוס' בכתובות (דף צ"ו ע"ב) בד"ה דר' יהודה סבר כו' אבל במזונות להבא דה"ל בכלל מעב"ד וכמש"כ גם רש"י בב"מ (דף י"ז) ד"ה הטוען אחר מעב"ד דבר שהוא תנאי ב"ד כגון כתובה מזון האשה והבנות כו'. ועיין בנ"י שם דמשמע דלא תלוי דוקא בתנאי ב"ד. ואף דנימא דזהו דוקא במה שנקרא תנאי ב"ד כדמשמע מדברי רש"י עכ"ז הא נתבאר לעיל דגם מזונות בחיי הבעל ה"ל בשם תנאי כתובה וכמש"כ בספרי נחל יצחק בסוף הספר בקונטרסי לאה"ע סי' ע"ז ע"ש. ולכן אין הבעל נאמן לומר דפרע מזונות דלעתיד. ומה שנרשם בהרמ"א באה"ע שם הר"נ אלמנה ניזונת. י"ל דנתכוין להטעם שכתב הר"נ שם עוד זולת הטעם שכתב מתחלה דה"ל תו"ז כתב שם אח"ז הטעם דלכן אינו נאמן במזונות דלהבא דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתם כנ"ל. א"כ לפ"ז אף דנימא דחוב מזונות לא שייך ביה לדון לחזקה דתו"ז עכ"ז לא מהימן לומר פרעתי משום טעם זה. ובלא"ה אין לשון הדרכי משה מדוקדק כ"כ דהדרכי משה באה"ע סי' ע' שם כתב כן בשם הר"נ ר"פ אלמנה ניזונת דאם בא הבעל ואומר שפסק לה מזונות על העתיד אינו נאמן עכ"ל. וכן הוא לשון הרמ"א שם ובאמת הא הר"נ ר"פ אלמנה ניזונת לא מיירי שם בהבעל עצמו רק מיירי שם ביתומים אומרים נתננו כו'. אלא לקמן פ' שני דייני גזירות בסוגיא שם (דף ק"ז) כתב הר"נ שם דהבעל עצמו אינו נאמן רק במזונות דלמפרע כו'. ולא כתב שם שום טעם רק כתב בקצרה וי"ל דסמך על מש"כ הטעמים ר"פ אלמנה ניזונת. עכ"פ אין שום ראי' מן הרמ"א באה"ע הנ"ל לדון דס"ל דאף היכא דיש זמנים הרבה דיינינן להחזקה דתו"ז אלא י"ל דטעמו הוא משום דמזונות להבא ה"ל מעב"ד. וגם הא שייך לומר דמה הועילו חכמים בתקנתם א"כ לדינא יש לנו לומר דהיכא דלא ה"ל מעב"ד יש לנו לומר כמו דמוכח מן שיטת רש"י והתוס' והרא"ש והמרדכי דהיכא דיש זמנים הרבה דליתא בזה להחזקה דתו"ז. ודעת הר"נ הוא דעת יחידאה וכש"כ דאין לנו כח להוציא ממון מהמוחזק ויכול לומר קים לי ככל הפוסקים הנ"ל דליתא בכה"ג להחזקה דתו"ז ויכול לומר פרעתי:

והנה בביאור הגר"א זצ"ל לאה"ע סי' ע' ס"ק מ"ב כתב דלכן אין האיש נאמן לומר שנתן על העתיד משום דה"ל תו"ז דאינו נאמן וצ"ע מהא דכתובות (דף ק"ז) דחיישינן שמא צררי אתפסה עכ"ל. ובהגה"ה שם בצידו כתב תירוץ נכון ע"ז ע"פ דברי הר"נ דכתובות שם. ולענ"ד נראה לתרץ זה ע"פ דברי התוס' בב"ב (דף קנ"ח ע"א) ד"ה וב"ה אומרים נכסים בחזקתן כו' בשם הר"ר שמשון דבהלך למדה"י אז מתפיס לה צררי כו'. וכ"כ הנימוקי יוסף בב"מ פ"א בסוגיא דמצא כתובה עודה תחת בעלה כו' שם (דף ז') דנפרעת שלא בפניו לא תפרע אלא בשבועה כו' לפי מי שמניח ביתו והולך עביד דמתפיס לה צררי שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד כו' עכ"ל הנ"י. וכ"כ הר"נ בחי' לב"מ (דף ז') ע"ש. ע"כ שפיר אמרו בכתובות שם דמי שהלך למה"י אין פוסקים מזונות לא"א דחיישינן שמא צררי אתפסה דאף שאז בעת שהלך למה"י היה בתו"ז מ"מ דרך להתפיס צררי אז קודם הליכתו כמש"כ התוס' והנ"י. אבל אין הדרך להתפיס מזונות לעתיד על שיעור ביותר מן הזמן שנתעכב בדרך במדינת הים ולכן אם בא הבעל ואמר פסקתי לה מזונות לעתיד ביותר מזמן שנתעכב שם אינו נאמן משום דה"ל תו"ז דלמה לי' להתפיס ביותר מזמן הנ"ל דבזה לא שייך ה"ט דאין רוצה שתתבזה אשתו ושפיר כתב הר"נ והח"מ הטעם דה"ל חוב תו"ז. ועוד י"ל בזה דהא לשמואל דס"ל אין פוסקין מזונות לא"א אמרו שם הטעם דחיישינן לצררי אבל אנן ס"ל כרב דאמר פוסקין מזונות ולא חיישינן באמת לצררי ומתורץ קושייתו. ובעיקר דבריו שכתב דלכן אין הבעל נאמן לומר שנתן לה על העתיד כבר נתבאר שזהו דברי הר"נ ר"פ אלמנה ניזונת ומה שיש לדון לדינא בזה. וראיתי בהפלאה כתובות (דף צ"ו ע"א) תוס' ד"ה יתומים כו' שכתב ג"כ בכוונת רש"י דשם דבחוב מזונות לא שייך לדון לחזקה תו"ז לפי שזה דומה למש"כ הש"ך בקונטרסים דבזמנים הרבה לא דיינינן להחזקה תו"ז. וכ"כ ההפלאה בק"א לאה"ע סי' צ"ג ס"ק י"ט ולא ס"ל להחילוק שמחלק הנתיבות בין הא דקונטרסים לחוב שהוא על זמנים הרבה. וזהו כמו שכתבתי רק דקיצר בזה. ואפשר לומר דאם הזמנים רחוקים זה מזה שאני. אך אם הזמנים תכופים זה לזה כמו מזונות דבזה יש לדון דנאמן לומר פרעתי וה"ה אם הזמנים הם לכל שבוע ושבוע דזהו ג"כ כעין חוב מזונות הנ"ל: ענף ד:

שוב ראיתי דיש לדון הרבה בעיקר הוכחתי מן רש"י דכתובות (דף צ"ו) הנ"ל והתוס' והרא"ש והמרדכי שם מדלא כתבו שם דבמזונות להבא איכא חזקה תו"ז דס"ל כמש"כ הש"ך כנ"ל. והוא דהתוס' גיטין (דף ל"ד ע"ב) ד"ה אין אלמנה כו' כתבו דהא דצריכה שבועה אף דהוי תו"ז משום דבחוב תנאי ב"ד מתפיס צררי אף תו"ז:

וכ"כ התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה ואפילו מיתמי כו' וכ"כ הרא"ש שם בב"ב פ"א סי' ט' ועיין ברא"ש כתובות פ"ה סי' א', וכ"כ המרדכי בפ"ק דב"ב שם. ע"כ י"ל דלכן לא כתבו התוס' והרא"ש והמרדכי שם לדון בחוב מזונות אלמנה דהוי חוב תו"ז משום דשא"ה דהוי תנאי ב"ד ע"כ ליתא שם להחזקה תו"ז. ובאמת י"ל דהר"נ דכתב שם בכתובות דבחוב מזונות א"נ לומר פרעתי דהוי תו"ז אזיל לשיטתו דהנה בב"מ (דף ז') בהר"נ לחידושיו שם ד"ה רבינא אמר כו' הקשה ג"כ דאמאי צריכה לישבע על כתובתה הא הוי חוב תו"ז ותירץ דסמוך למיתה עביד דמתפיס צררי לפי שאין רוצה שתתבזה אשתו כו' וכ"כ הנימוקי יוסף בפ"א דב"מ שם. א"כ חזינן דס"ל להר"נ שלא לחלק בין תנאי ב"ד לשארי חוב תו"ז ואף בתנאי ב"ד ס"ל דשייך החזקה דתו"ז ע"כ שפיר כתב הר"נ דאף בחוב מזונות אלמנה שייך לדון להחזקה דתו"ז ואזלי התוס' והרא"ש והמרדכי והר"נ לשיטתייהו. וכן ראיתי להקצה"ח סי' מ"א ס"ק א' שכתב לתרץ לקושיות הש"ך שם ע"פ דברי התוס' גיטין (דף ל"ד) הנ"ל דבחוב תנאי ב"ד לא שייך לדון להחזקה תו"ז וכתב כן בשם המל"מ פ' י"א ה' מלוה ע"ש. ולפ"ז נסתר כל מש"כ להוכיח כן מן התוס' וש"פ הנ"ל וי"ל דזהו ג"כ שיטת רש"י דס"ל כן:

אבל באמת זה אינו דהנה הש"ך בסי' מ"א ס"ק י"ט כתב להוכיח מסוגיא דב"מ (דף ז') דרבנן ס"ל דאף בכתובה שעודה תחת בעלה ג"כ אמרינן נפל איתרע א"כ מוכח מזה בכל שט"ח בתו"ז אמרינן נפל איתרע והאריך שם בזה ועיין בספרי נחל יצחק שם. והקצה"ח כתב לדחות ראיות הש"ך ע"פ דברי התוס' דגיטין (דף ל"ד) הנ"ל דשאני כתובה שהוא תנאי ב"ד כו'. והנתיבות כתב שם דהנכון עם הש"ך דרק לענין חיוב שבועה חשו חז"ל בחוב תנאי ב"ד אבל בעיקר הדין הוי גם חוב כתובה ככל חוב תו"ז וקיצר בזה. ובאמת העיקר כהנתיבות והש"ך בזה דאם נימא כפשטות דברי התוס' הנ"ל דבחוב שהוא תנאי ב"ד לא דיינינן כלל להחזקה דתו"ז כמש"כ הקצה"ח א"כ תקשה לר' יוסי דס"ל בב"מ שם דעודה תחת בעלה יחזיר לאשה אף דס"ל בכל שט"ח שנפל איתרע לי' אך עודה תחת בעלה שאני משום דס"ל דבחוב תו"ז לא חיישינן לפרעון וכש"כ בחוב כתובה כמש"כ הראשונים שם. א"כ תקשה לר' יוסי דאמאי אין אלמנה נפרעת אלא בשבועה והא בחוב תו"ז נפרע מיתומים שלא בשבועה כקושיות התוס' ומש"כ התוס' לחלק דשאני תנאי ב"ד כו'. הא ר' יוסי ס"ל דאף בכתובה שהוא תנאי ב"ד ג"כ דינו ככל חוב תו"ז. ובוודאי אין סברא לומר דר' יוסי ס"ל דאלמנה נפרעת שלא בשבועה ויהא פליג על מתניתין דהנפרע מן היתומים לא יפרע אלא בשבועה דלא אישתמיט בשום מקום לומר דהך דינא דמתניתין הוא פלוגתא דתנאי. וגם מה פריך הגמ' בשבועות (דף מ"ח) על הא דאין

מוריש שבועה לבניו מהא דמתה יורשיה מזכירין כתובתה כו' ומן עוד משניות שם הא ה"מ לומר הא מני ר' יוסי דס"ל דאלמנה נפרעת שלא בשבועה וכמו דמשני שם אח"ז בע"ב הא מני ב"ש כו'. ואף אם נדחוק בכ"ז עכ"ז תקשה ביותר לאוקימתא קמייתא דב"מ (דף ז') הנ"ל דרבנן דר' יוסי ס"ל דשט"ח שנפל ה"ה בחזקתו ור' יוסי ס"ל דנפל איתרע וקיי"ל כר' יוסי בזה כמש"כ הראשונים שם והובא בש"ך סי' ס"ה ס"ק ל"ב. ושטר כתובה כולה ר' יוסי ומחלק דעודה תחת בעלה יחזיר לאשה ולא מצינו לפ"ז מי שיפלוג על ר' יוסי בזה. וכן לאוקימתא דרבינא שם דטעמא דרבנן הוא משום דחיישינן לשתי כתובות אבל משום חשש פרעון כ"ע ס"ל דאי ניחוש לפרעון בשט"ח שנפל דמ"מ עודה תחת בעלה לא חיישינן לפרעון משום דחוב תו"ז שאני או משום דעדיפא כתובה בזה מכל חוב תו"ז כמש"כ הראשונים שם. ואי נימא כפשטות דברי התוס' גיטין הנ"ל דכתובה שהוא תנאי ב"ד דינו ממש ככל חוב לאחר זמנו וכמש"כ הקצה"ח. א"כ תקשה דאמאי ס"ל דעודה תחת בעלה יחזיר לאשה הא כיון דס"ל שט"ח שנפל איתרע א"כ ממילא ה"ה אף עודה תחת בעלה ג"כ ניחוש לפרעון כיון דדין כתובה שהוא תנאי כתובה כמו כל חוב לאחר זמנו דמה"ט צריכה שבועה אף דחוב תו"ז א"צ שבועה. ובזה לא מצינו כלל פלוגתא דתנאי להנך אוקימתות הנ"ל:

וע"כ מוכח דאף דלענין הטלת שבועה הטילו על האלמנה לישבע אף דהוי תו"ז ולא ניתנה כתובה לגבות מחיים מ"מ כיון שהוא תנאי ב"ד תקנו שבועה. דז"א רק לענין שבועה בעלמא אבל מן עיקר הדין הוי חוב כתובה כמו כל חוב תו"ז ועדיפא מינה כיון שלא ניתנה לגבות מחיים. ואין לדמות חיוב שבועה באלמנה על כתובתה לענין מה שנוגע לעצם הוצאות ממון עי"ז משום דוודאי דין הכתובה בחיי הבעל עדיפא מן חוב שהגיע זמנו ומוציאין ממון ע"י זה הסברא מהמוחזק אף דמשום שטר ומעב"ד לא היה מועיל היכא דנפל דאיתרע ליה גם המעב"ד דלא עדיפא משטר עכ"ז מחמת מעליותא דעודה תחת בעלה מחזירין להאשה וגובין ממנו הכתובה רק לענין חיוב שבועה הטילו חז"ל שבועה על האשה אף שלא ניתנה לגבות מחיים. ואינו דומה לכל חוב תו"ז דא"צ שבועה משום דשאני תנאי ב"ד בזה ומוכח כהש"ך והנתיבות. וכן מצאתי להריטב"א בב"מ (דף ז' ע"ב) ד"ה רבינא אמר כו' באה"ד שהקשה וא"ת איך אפשר דלא חייש ר' יוסי לצררי בעודה תחת בעלה וכי ל"ל לר"י הנפרעת שלא בפניו ונפרעת מיתומים צריכה שבועה ואיכא למימר שא"ה אימור סמוך למיתה אתפסה צררי כו' וכן מי שהלך למדה"י כו' וכן בגרושה בעלמא כו' אי נמי אפשר דהתם תקנתא הוא דתקון וחיישינן לשמא בעלמא ואחמיר עליה שבועה ואפשר דאף בגרושה שבאה להפרע ממנו כן אבל מדינא

ליכא למיחש לצררי וכיון שכן לא אפסדינן מינה כתובה בנפילה דכולי האי לא עבדינן ומיהו מתשובת הרי"ף ז"ל נראה שסובר כלשון הראשון דדוקא ביתמי כו' אבל בגרושה דעלמא לא כו' עכ"ל הריטב"א. וכ"כ השמ"ק שם ובסוף דברי השמ"ק שם יש לדון הרבה וקצרתי. וכדברי הריטב"א והשמ"ק שם בשם הרמב"ן בלשון הראשון הנ"ל כ"כ הר"נ והנ"י שם בשם הרי"ף דשאני אלמנה דעשוי להתפיס צררי סמוך למיתה והובא דברי הרי"ף הנ"ל בב"ש אה"ע סי' צ"ו ס"ק ח' ועיין בב"ש שם ס"ק א' ולא הביא שם לדברי הריטב"א הנ"ל:

הרי להדיא כמש"כ דאלו לפי התירוץ הראשון שכתבו הריטב"א והשמ"ק לחלק דשאני אלמנה דסמוך למיתה מתפיס צררי אבל היכא דנתגרשה א"צ שבועה משום דדינה ככל חוב תו"ז דא"צ שבועה א"כ מדמינן הא דצריכה שבועה לענין הוצאות ממון. אבל לפי תירוץ השני שכתבו דשאני שבועה דתקנו חז"ל לחוש להצריכה שבועה בעלמא אבל מעיקר הדין הוי חוב כתובה לכה"פ ככל חוב תו"ז א"כ זהו ממש כמו שכתבתי בכוונת התוס' גיטין הנ"ל. והא דתקשה דלמה צריכה שבועה והא בחוב תו"ז לא חשו להצריכה שבועה בע"כ מוכח לומר לפי תירוץ השני הנ"ל דס"ל כסברת התוס' הנ"ל דשאני כתובה דהוי תנאי ב"ד. ורק בתירוץ השלישי שכתב השמ"ק שם כתב לחלק דלכן צריכה שבועה משום דחיישינן שמא תפסה בעצמה כו' ע"ש. אבל בתירוץ השני שכתב לחלק כנ"ל מוכח דס"ל כסברת התוס' דשאני כתובה דהוי תנאי ב"ד ואפ"ה לעיקר הדין עדיפא כתובה מכל חוב שהגיע זמ"פ ודינה ככל חוב תו"ז ומוכח להדיא כמש"כ בכוונת הש"ך וכמש"כ הנתיבות בקצרה. ות"ל שמצאתי לקושייתי דמ"ש מכל נפרעת מיתומים דצריכה שבועה ולתירוצי הכל הוא מפורש בהריטב"א ושמ"ק הנ"ל. ולפ"ז נדחה מש"כ הקצה"ח בסי' מ"א ובמשובב נתיבות שם לחזק דבריו ממה שכתב המל"מ פ' י"א ה' מלוה דכתובה שחתם עליה הבעל דלא שייך בזה החזקת דתו"ז דהא יש לומר דסמוך למיתה מתפיס לה צררי כו' כמש"כ התוס' כן לענין שבועה וה"ה לפרעון כו' עכ"ל המל"מ. ולפ"ז ה"ה להך תירוץ שכתבו התוס' דאף מת פתאום חיישינן לצררי משום דהוי תנאי ב"ד וצריכה שבועה מה"ט דה"ה לענין פרעון ג"כ כו' עכ"ל הקצה"ח. ובאמת אין זה ראיה כלל דדוקא להתירוץ שכתבו דלכן צריכה שבועה משום דסמוך למיתה מתפיס לה צררי בזה שפיר כתב המל"מ דה"ה לענין פרעון וכמש"כ הריטב"א והשמ"ק בתירוץ הראשון לדמות הא דאלמנה צ"ש להא דב"מ דעודה תחת בעלה יחזיר לאשה וכתבו לחלק כהך תירוצא דסמוך למיתה מתפיס צררי. אבל להך תירוץ שכתבו התוס' דשאני כתובה דהוי תנאי ב"ד בע"כ מוכח לחלק כמש"כ הריטב"א והשמ"ק בתירוץ

השני דשאני שבועה דתקנו חז"ל בחששא בעלמא לחוש ולהצריכה שבועה משא"כ בגוף הדין לענין ממון דינה ככל חוב תו"ז וכנ"ל דאל"כ תקשה קושיות הריטב"א הנ"ל דאמאי צריכה שבועה אליבא דר' יוסי כנ"ל ונדחה הוכחת הקצה"ח מן המל"מ. ונפ"מ לדינא לשיטת התוס' גיטין הנ"ל וסייעתם דאף דס"ל דבכתובה לא שייך חזקה תו"ז כלל משום דתנאי ב"ד שאני וה"ה בגרושה לפ"ז כנ"ל. דאם יש להבעל מיגו דקיי"ל דהוי ספיקא דדינא אי מהני מיגו במקום חזקה דתו"ז ומה"ט מהני תפיסת התובע כמש"כ הש"ך בסי' ע"ח ס"ק י"ט די"ל קים לי דלא מהני מיגו במקום חזקה דתו"ז. דה"ה בתובעת כתובתה ויש להבעל מיגו דמהני תפיסתה. דאף דהוי תנאי ב"ד מ"מ דינו ככל חזקה תו"ז ורק לענין שבועה החמירו לחוש להשביעה משום דהוי תנאי ב"ד. ולפ"ז שפיר כתבתי להוכיח מן התוס' כתובות וסייעתם דלא כתבו לענין מזונות דלהבא דהוי תו"ז דמוכח דזמנים הרבה שאני משום דאף דהוי תנאי ב"ד מ"מ דינו ככל חזקה תו"ז ושא"ה כנ"ל:

ענף ה:

שוב ראיתי דיש להוכיח מהתוס' גיטין (דף ל"ד) הנ"ל כהקצה"ח דע"י הסברא דכתובה הוי תנאי ב"ד דדינה לגמרי ככל חוב לאחר זמנו. וזה לשון התוס' שם ד"ה אין אלמנה כו' לאחר שכתבו דבתנאי ב"ד מתפיס צררי אף בתו"ז והקשו וא"ת הא דפריך הגמ' מאי איריא אלמנה כו' לימא דנקט אלמנה אע"פ שהוא תו"ז וי"ל דטפי ה"ל לאשמועינן דבר שאינו תנאי ב"ד כגון בע"ח לאחר זמנו מבאלמנה אע"ג שהוא תו"ז כיון דאית לה בתנאי ב"ד עכ"ל התוס'. הרי דהתוס' ס"ל דכח וזכות האלמנה אע"פ שהוא תו"ז גרע יותר מן בע"ח לאחר זמנו מדכתבו לפרש דטפי ה"ל לאשמועינן כו' דאי נימא כמש"כ לעיל דרק לענין שבועה חשו להצריכה שבועה משום תנאי ב"ד אבל מן עיקר הדין הוי דין כתובה ככל חוב בתו"ז א"כ לפ"ז אין מקום לקושיות הגמ' דהקשו דטפי ה"ל לאשמועינן בחוב לאחר זמנו דהא אדרבה כתובת אלמנה ה"ל רבותא טפי דהא מן עיקר הדין ה"ל דין חוב בתו"ז. ומדחזינן דהגמ' הקשו כן וכפירוש התוס'. א"כ מוכח כהקצה"ח דכיון דהוי תנאי ב"ד הוי דין הכתובה ככל חוב שעבר זמנו משום דתנאי ב"ד עושה זה דלא יהיה לה שום מעלת תו"ז כלל גם מן עיקר הדין אף לענין ממון: אך אכתי תקשה לפמש"כ לעיל דמוכח מהא דב"מ (דף ז') לאוקימתא קמייתא ולאוקימתא דרבינא שם דכתובה כ"ז שעודה תחת בעלה אף דהוי תנאי ב"ד מ"מ עדיפא זכותה מן כל חוב שעבר זמנו דהא בכל חוב לאחר זמנו אמרינן נפל איתרע ואלו בכתובה עודה תחת בעלה אף דנפל מחזירין להאשה א"כ מה הקשו בגמ' דגיטין דה"ל לאשמועינן טפי בע"ח לאחר זמנו. דהא חזינן דבע"ח שעבר זמנו גרוע יותר מן כתובת אלמנה וקשה כנ"ל. אך יש לומר דאף דלהנך אוקימתות

מוכח דכתובה עדיפא מן חוב לאחר זמנו מ"מ י"ל דזה אינו רק לאוקימתות הללו אבל לאוקימתא דרב פפא דפליגי רבנן על ר' יוסי וס"ל דאף בעודה תחת בעלה לא יחזיר משום חשש צררי. ויש לומר דס"ל להתוס' גיטין הנ"ל כשיטת הראב"ד דהובא בסי' מ"א ש"ך ס"ק י"ט דס"ל דשט"ח בתו"ז אף דנפל מחזירין להמלוה ולא אמרינן בכה"ג נפל איתרע. א"כ לפ"ז תקשה אמאי ס"ל דאף עודה תחת בעלה לא יחזיר וע"כ מוכח כסברת הקצה"ח דכתב דכתובה דהוי תנאי ב"ד ע"כ איתרע בזה לגמרי החזקה דתו"ז. ולהך מ"ד שפיר כתבו התוס' דכתובה גרוע ביותר מן חוב לאחר זמנו משום דלאוקימתא דר"פ מוכח דאין דנין כלל לחזקה תו"ז בכתובה ולכן שפיר הקשו בגמ' מאי איריא אלמנה ה"ל לאשמועינן טפי בבע"ח לאחר זמנו ואף דסתם גמ' הקשו כן עכ"ז הא מצינו בכמה דוכתי דדרך הגמ' להקשות אף אליבא דחד מ"ד כמש"כ הש"ך ח"מ סי' מ"א ס"ק א'. א"כ מוכח מהתוס' גיטין הנ"ל כמש"כ הקצה"ח. אך זה תלוי בהנך אוקימתות דב"מ (דף ז') דלאוקימתא קמייתא ודרבינא מוכח דכתובה דאף דהוי תנאי ב"ד מ"מ דינה ככל חוב תו"ז אך לענין שבועה דינה כחוב לאחר זמנו. אבל לאוקימתא דר"פ דינה לגמרי אף לענין ממון כחוב שעבר זמנו ותלוי זה בפלוגתת הנך אוקימתות הנ"ל וא"ש דברי התוס'. ולפ"ז יש לדון במש"כ להוכיח מן התוס' כתובות (דף צ"ו) והרא"ש והמרדכי שם מדלא כתבו דבמזונות להבא ה"ל תו"ז דמוכח דס"ל דכיון דיש זמנים הרבה לא שייך בזה החזקה תו"ז די"ל דז"א הוכחה דכיון דמצינו לחד מ"ד דאליבי' מוכח לומר דבחוב דהוי תנאי ב"ד לא שייך בי' כלל לחזקה תו"ז א"כ י"ל דלכן לא כתבו לדון שם משום חזקה תו"ז משום דאין זה הכרח כ"כ די"ל דילמא ס"ל להך סוגיא דכתובות (דף צ"ו) הנ"ל כשיטת ר"פ דס"ל דבחוב דהוי תנאי ב"ד לא שייך בי' כלל חזקה תו"ז וע"כ כתבו רק משום דהוי הטוען אחר מעב"ד כו':

אך עדיין יש להוכיח כן מן דברי הריטב"א כתובות (דף צ"ו) על הא דבעי ר' יוחנן יתומים אומרים נתננו כו' דהביא בשם רש"י דפירש דקאי על מזונות להבא וכתב ע"ז הריטב"א דלהבא לא שייך כלל להסתפק כיון דהטוען אחר מעב"ד כו' אלא מיירי במזונות לשעבר כו' עכ"ל. ולפ"ז שפיר יש להוכיח מהריטב"א דס"ל דהיכא דיש זמנים הרבה לא דיינינן להחזקה דתו"ז דאל"כ ה"ל להריטב"א לכתוב הסברא דה"ל תו"ז וע"כ אין לפרש דקאי על מזונות דלהבא ומדלא הזכיר זה כלל מוכח דס"ל כנ"ל ולכן זולת הסברא דה"ל הטוען אחר מעב"ד הוי אתי שפיר פירש רש"י דפי' דקאי על מזונות דלהבא. ואין לומר בשיטת הריטב"א דס"ל לחלק דשאני מזונות דהוי תנאי ב"ד כנ"ל. דזה אינו דהא בחי' הריטב"א לב"מ (דף ז') בד"ה ר"פ א' לעולם לא תיפוך כו' כתב להקשות על מה דאר"פ דרבנן

ס"ל דאף עודה תחת בעלה לא יחזיר משום חשש צררי דהא הוי בתו"ז ולא חיישינן לפרעון. וכתב לתרץ דכוונת הגמ' הוא דבשעה שנאבד הכתובה יש לחוש דאתפסה צררי משום דאסור להשהות אשתו בלא כתובה כו'. וע"פ דברי הריטב"א הנ"ל מתורץ קושיות הש"ך סי' מ"א ס"ק י"ט שהקשה על הסוברין דבתו"ז לא דיינינן נפל איתרע מהא דב"מ הנ"ל והביא שם דברי הריטב"א דמעיקרא. אבל לא הביא דברי הריטב"א ד"ה רפ"א כו' הנ"ל. ולדברי הריטב"א הלז שפיר י"ל כשיטת הראב"ד דבתו"ז לא אמרינן נפל איתרע והא דב"מ דחיישי לצררי אף עודה תחת בעלה י"ל כסברת הריטב"א הנ"ל דכיון דנאבד הכתובה יש לחוש להתפסת צררי משום דאסור להשהות אשתו בלא כתובה. אבל בכל חוב תו"ז עדיין י"ל דלא דיינינן בי' נפל איתרע ומתורץ על נכון קושיות הש"ך הנ"ל. וגם מעיקרא שהקשו שם ולא חייש ר"י לפרעון אבל לרבנן א"ש משום די"ל כסברת הריטב"א הנ"ל:

ולקמן שם בחידושי הריטב"א ד"ה רבינא אמר כו' דהקשה דאמאי נפרעת בשבועה והא ה"ל תו"ז ותירץ שם דסמוך למיתה מתפיס צררי ועוד תירוץ אחר וכמש"כ לעיל בשם הריטב"א. ולא הזכיר כלל להסברא דה"ל תנאי ב"ד ואלו היה ס"ל להריטב"א לחלק דשאני כתובה דה"ל תנאי ב"ד א"כ אין מקום לקושייתו שהקשה הריטב"א דאמאי חיישינן לצררי בעודה תחת בעלה והא הוי חזקה דתו"ז כנ"ל. דהא המ"ל דשאני כתובה דהוי תנאי ב"ד. ומדהקשה בפשיטות כן מוכח דלא ס"ל לחלק כלל בין חוב תנאי כתובה לשאר חוב בזה משום דאף בתנאי כתובה שייך להחזקה דתו"ז רק דמחלק דשאני באבדה הכתובה דיש לחוש לצררי משום דאסור להשהות בלא כתובה. [ומדברי הריטב"א הלז מוכח דס"ל כשיטת הראב"ד דהיכא דיש חזקה דתו"ז אף דנפל השט"ח מ"מ מחזירין להמלוה. והש"ך בסי' מ"א שם כתב בפשיטות בשם הריטב"א דס"ל דהיכא דנפל איתרע לי' אף להחזקה דתו"ז ע"ש. ובאמת חזינן דהריטב"א במסקנתו לא ס"ל כמש"כ הריטב"א מעיקרא ויש להאריך בזה וצ"ע]. וכיון דהריטב"א ס"ל דאף בחוב תנאי ב"ד שייך לדון להחזקה דתו"ז. ועכ"ז לא העיר כלל בחי' לכתובות (דף צ"ו) דחוב מזונות דלהבא ה"ל חוב תו"ז. א"כ מוכח כמש"כ הש"ך דשאני היכא דיש זמנים הרבה דלא שייך זה לדון להחזקה דתו"ז. ועוד יש לדון בעיקר הדברים שכתבתי לעיל די"ל דלכן לא העירו התוס' והרא"ש והמרדכי בכתובות (דף צ"ו) במזונות להבא דה"ל חוב בתו"ז משום די"ל דשאני חוב דהוי תנאי ב"ד. דהא לא מצינו לסברא זו רק בהבעל עצמו דיש עליו חיוב כתובה והן במזונות הבנות מצד תנאי כתובה דנתחייב ע"ז בעת הנישואין לכן אמרו דחוב כזה חשוב מאוד בעיניו וחושש דילמא לא יהיה לו בעת הצורך וע"כ דרכו להתפיס צררי

אף בתו"ז. אבל ביורשים דהם לא התחייבו בעצמם ע"ז החוב בתורת תנאי כתובה א"כ להם הוי החוב אף מצד תנאי כתובה כמו כל חובות בעלמא ודינם ככל חוב בתו"ז. ועיין ברש"י גיטין (דף נ"א) ד"ה כיון דבתנאי ב"ד כו' נותן לב להשלים חוקה. ובתוס' כתובות (דף ק"ב ע"ב) ד"ה אימא צררי כו' ובחי' הרשב"א לגיטין (דף נ"א ע"א) ד"ה ת"ש אמר ר' נתן כו'. וביורשים דלא התחייבו בעצמם ע"ז לא שייך כן. ועיין בכתובות (דף ס"ט ע"א) למאי נפ"מ למיגבא שלא בשבועה כו' ובאה"ע סי' קי"ג סעיף ה' וב"ש ס"ק י"ד וקצרתי. לכן שפיר כתבתי להוכיח מהתוס' כתובות (דף צ"ו) והרא"ש והמרדכי דבזמנים הרבה לא שייך החזקה דתו"ז [ובפרט לפי דברי הש"ך בסי' מ"א ס"ק י"ט דלא מחלק בין תנאי ב"ד כנ"ל]. ע"כ הוי ספיקא דדינא היכא דיש זמנים הרבה אם שייך ביה החזקה דתו"ז ותליא במוחזקות מי מהם הוא המוחזק כמו בכל ספיקא דרבוותא. והמשכנות יעקב סי' ל"ו הביא בקצרה לדברי הר"ן ר"פ אלמנה ניזונת הנ"ל. והעיקר כמו שכתבתי דה"ל ספיקא דדינא:

כ"ז כתבתי מכבר וכעת ראיתי בספר שער משפט ס"ק ד' שהביא לדברי הר"ן הנ"ל ולדברי המ"מ ס"פ כ"ג ה"א שכתב דבחיוב מזונות הבת חשיב תו"ז על השנים הבאות כו' וזהו דלא כהש"ך כ"כ בקצרה ע"ש. ובאמת יש לחלק דשאני היכא שהי' החוב על זמנים הרבה אם הוא חוב ברור. משא"כ בחוב שאינו חוב ברור כמו שכתבו התוס' לחלק כעין זה בב"ב (דף ה' ע"ב) כי היכי כו' דהיכא דיש לחוש שמא ימות בתוך למ"ד וכן שמא יפול ביתו של משכיר וכן שמא לא יבנה הכותל בכה"ג כ"ע מודו דא"א פורע בתו"ז כו' וכ"כ התוס' בב"מ (דף ק"ב ע"ב) ד"ה בחזקת כו'. והנה חוב מזונות הבת הא אם מתה לית לה כמש"כ הרא"ש כתובות פ' י"ב ה"א בשם הירושלמי. ובאמת כן מבואר בב"ב (ד' ק"מ) דאמרו גבי בת אשתו דאם מתה לית לה ואכמ"ל מזה. וכן גבי חוב מזונות האלמנה בוודאי אם מתה לית לה. א"כ לפ"ז יש לדון דאף דנימא דבחוב על זמנים הרבה לא שייך ביה חזקה תו"ז ע"פ סברת הש"ך דכיון דשייך ביה טרדות הרבה ע"כ גם ר"ל מודה לסברת אביי ורבא בזה. אבל ז"א רק בחוב ברור דבכה"ג ס"ל לאביי ורבא כן אבל בחוב שאינו חוב ברור דחזינן דבזה מודו אביי ורבא לר"ל דא"א פורע תו"ז משום דמחשש טירדא לא מחית נפשי' לספיקא. א"כ ה"ה אף בזמנים הרבה דשייך ביה טירדות רב מ"מ כיון דלא הוי חוב ברור דינו ככל חוב תו"ז דא"א פורע משום דמחשש הטירדא לא מעייל נפשי' לספיקא להקדים הפרעון מקודם שיבורר החוב על בוריו. וכמו דכתבו התוס' דאם יש לחוש שמא ימות או יפול הבית או לא יבנה הכותל כ"ע מודו א"כ ה"ה הכא בחוב מזונות האלמנה או בחוב מזונות בת אשתו כיון די"ל שמא תמות בתו"ז א"כ

לא הוי חוב ברור ואף דיש לחלק דשא"ה בחשש שמא ימות בתוך ל' דהוי בחשש נפל כו' מ"מ הא כתבו כן בחשש שמא יפול הבית כו'. א"כ ה"ה היכא די"ל שמא ימות. [עיין גיטין (דף כ"ח) דהא שמא יבקע הנוד כשמא ימות הוא כו']. הוי זה חוב שאינו ברור ע"כ בכה"ג יש להוכיח מן הר"ן והמ"מ הנ"ל דלא ס"ל סברת הש"ך. ובאמת גם בהך דשכר סופר לכתוב הקונטרסים כו' ג"כ יש לדון כן לפ"ז דכיון דלא הוי חוב ברור דשמא לא ירצה לכתוב את הקונטרסים וכמו התם דכתבו התוס' שמא לא יבנה הכותל. א"כ בכה"ג ודאי מוכח מן הר"ן והמ"מ דלא ס"ל לסברת הש"ך משום דאף דנימא דבכה"ג שייך לכ"ע עביד דפרע בתו"ז דלא ליטרדן מ"מ כיון דלא הוי חוב ברור דינו ככל חוב דדיינינן ביה להחזקה תו"ז כדקיי"ל. ובאמת מה שהוכיח הש"ך כן מהך דכל שפא ושפא אין זה הכרח כ"כ. אבל בחוב ברור אפשר לומר דגם הר"ן והמ"מ ס"ל כעין סברת הש"ך דכיון דהוא על זמנים הרבה דלא דיינינן בזה להחזקה דתו"ז וכמו שכתבתי לעיל להוכיח מן שיטת הריטב"א וסייעתו דלא ס"ל לסברת הר"נ והמ"מ הנ"ל. וע"כ י"ל דבחוב ברור בודאי. דבזה אפשר דמודו כ"ע לסברת הריטב"א וסייעתו הנ"ל דלא שייך ביה חזקה דתו"ז. וידעתי די"ל דאי נימא לסברת הש"ך הנ"ל דכיון דעיקר הוכחת הש"ך הוא מן הך דכל שפא ושפא כו'. א"כ לפ"ז ה"ה אף בחוב שאינו חוב ברור כמו התם בחשש שמא לא יבנה הכותל ועכ"ז הא דנו שם כן א"כ לפ"ז אין לחלק כנ"ל. אבל באמת י"ל דס"ל כן מסברא דנפשי' לחלק כן. וכ"ז הוא להיפך מן מש"כ הנתיבות ס"ק ד' לדון דבחוב שהוא על הרבה זמנים בוודאי שייך ביה החזקה דתו"ז ושאני הך דקונטרסים. אכן לפמש"כ אפשר לדון להיפך דחוב קונטרסים כיון דהוי ספק שמא לא יכתוב ע"כ בכה"ג י"ל דהוי דינו ככל חוב דדיינינן להחזקה דתו"ז. אבל בחוב על הרבה זמנים כיון דהוי חוב ברור שפיר יש לדון דלא שייך ביה החזקה דתו"ז כן יש לדון בכ"ז:

ה (שם סעיף ב):

אם מת תו"ז ובא לטרוף מלקוחות להרמב"ם אין צריך שבועה כמו ביתומים וי"א שצריך. וזהו שיטת הרא"ש בב"ב פ"א סי' ט' דשאני ביתמי דאם איתא דפרע הוי פקיד ועיין במע"מ ובתומים מזה. ויש להעיר בזה מהא דב"מ (דף ק"ב). שוכר אומר נתתי ומשכיר אומר לא נטלתי כו' אי בתו"ז תנינא מת בתוך ל' בחזקת שלא נפדה כו' ולא מחלקי דשא"ה ביתמי דאם איתא דפרעו הוי פקיד. אך לפי מש"כ התוס' בב"ב (דף ע' ע"ב) ד"ה דאם איתא דפרעיה הוי אמר דדוקא היכא דיש לחבירו שטר עליו ה"ל להודיעם אם הוא פרוע אבל במלוה בע"פ לא כו' א"כ א"ש הא דב"מ:

ובעיקר סברת הרמב"ם והרא"ש בפלוגתתם. נ"ל דאזלי לטעמייהו והוא דבסי' שמ"א סעיף ד' בהניח להם אביהם פרה שאולה וטבחוה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול ואם הניח אחריות נכסים חייבין לשלם ואף דנימא דנכסי שומר נשתעבדו מעת הפשיעה ולא מעת משיכה מ"מ חייבין לשלם בטבחוה אם הניח אחריות נכסים משום דפשע בחייו דלא הודיעם כמבואר כ"ז בכתובות (דף ל"ד) ובתוס' שם ובב"ק ר"פ הגוזל בתרא. והש"ך שם בס"ק ו' כתב דהרמב"ם ס"ל דזה לא מקרי פשיעה במה שלא הודיעם בחייו דיש לומר דמלאך המות אנסי' כמבואר בב"ב (דף ע') דהלכה דנשבע וגובה מחצה משום דהא דלא הודיעם י"ל דמלאך המות אנסי' ע"ש. ומה"ט הכריע הרמב"ם ופסק דנכסי שומר מעת משיכה אשתעבד. וע"כ שפיר כתב הרמב"ם דאף בבא לטרוף מלקוחות א"צ שבועה בתו"ז כמו ביתמי. ולא מחלק דשאני יתמי דאם איתא דפרעי' הוי פקיד וחשש לטובתם משא"כ בלקוחות. דהא י"ל דגם ביתמי אין הוכחה ממה דלא הודיעם משום דאפשר דמלאך המות אנסי'. ועכ"ז פטור משבועת יתומים בתו"ז א"כ ה"ה בלקוחות. וע"כ מוכח דחזקה תו"ז אלימא בעצם למיפטר אף משבועה אף היכא דלא שייך אם איתא דפרע הוי פקיד: אבל הרא"ש אזיל לטעמי' לפי מה דפסק שם דנכסי שומר מעידן פשיעה אשתעבד והא דטבחוה ואכלוה דמשלמין אם הניח אחריות נכסים. הטעם הוא משום דהוי פשיעה מחיים דה"ל להודיעם וכמש"כ התוס' בכתובות שם. ולפ"ז מוכח מסוגיות הש"ס דכתובות וב"ק הנ"ל דלא אמרינן להסברא דמלאך המות אנסי' וכדמוכח מדברי הש"ך דמדמה אותן אהדדי. ע"כ שפיר יש מקום לחלק דשאני ביתמי דאם אי' דפרעי' הוי פקיד משא"כ בלקוחות. ומוכח מזה דאף דפסקו בהא דב"ב (דף ע') דנשבע וגובה מחצה ומבואר בש"ס התם הטעם דמלאך המות אנסי'. דמוכח לומר ע"פ סוגיות הש"ס דכתובות וב"ק הנ"ל דלדינא לא אמרינן להסברא דמלאך המות אנסי'. והא דקי"ל הלכה נשבע וגובה מחצה הטעם הוא דכיון דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו הוי זה כמו חוב בע"פ דלא שייך בזה לומר אם איתא דהוי פרע הוי פקיד וכמש"כ התוס' התם. ורק בתחלת הסוגיא בב"ב שם היה ס"ל להטעם דמלאך המות אנסי'. אבל לבסוף דרבא גופא אמר שם בב"ב דהלכה נשבע וגובה מחצה א"כ מוכח ממה דמצינו דרבא גופא ס"ל לחד לישנא בכתובות (דף ל"ד) ובב"ק שם דהניח להם אביהם אחריות נכסים חייבין לשלם בטבחוה ואכלוה משום דפשע במה דלא הודיעם. א"כ מוכח מזה דרבא בעצמו ס"ל דלא אמרינן מלאך המות אנסי' וע"כ מוכח דהא דפסק רבא בב"ב דנשבע וגובה מחצה דבאמת אינו תלוי בזה. משום דהטעם הוא דכיון דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו דהוי כמו מלוה בע"פ דכתבו התוס' שם די"ל דלא חשש האב להודיעם. א"כ י"ל

דהרמב"ם והרא"ש אזלי לטעמייהו בזה. ועיין בהרשב"א לגיטין (דף י"ג) שכתב בהא דחיישינן שם למנה קבור בפקדון דקשה דאכתי יהיה חייב משום פשיעה דה"ל להודיען קודם מותו ותירץ משום דהתם הא מיירי אליבי' דרב ורב הא ס"ל מלוה בע"פ אינו גובה מן היורשים עכ"ל הרי דלא ס"ל להסברא דמלאך המות אנסי'. ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"א וקצרתי בכ"ז:

ו (שם סעיף ב בהג"ה):

ואם הלוה חי ואמר שפרעו י"א דצריך המלוה לישבע וי"א דא"צ שבועה. והש"ך שם ס"ק ט"ו העלה דשבועת היסת לאחר הפרעון צריך כו' וגם תשובת הרי"ף שהביא הבעה"ת לא מכרעא די"ל דכוונתו דא"צ לישבע קודם הפרעון אבל לאחר הפרעון צריך לישבע כו' עכ"ל הש"ך. אכן באה"ע סי' צ"ו בב"ש ס"ק ח' העלה בשם הרי"ף והרשב"א והבעה"ת דס"ל דבטוען פרעתי תו"ז א"צ לישבע אף אחר הפרעון דהרי כתבו דלאו טענה היא ומסיק דכיון דש"ה הוא רק תקנתא ע"כ במקום פלוגתא אם יכולין להשביעו ש"ה כמו בתו"ז כנ"ל דאוקמינן אדינא ע"ש בב"ש. וכ"כ ההפלאה שם ס"ק ו' דבאמת משמע מדברי הרי"ף בתשובה כדברי הב"ש דהא כתב שם בתשובת הרי"ף וז"ל נותן לה הכתובה ויחרים סתם על מי שגבה ממנו שלא כדין משמע דשבועה ליכא אפי' אחר הפרעון עכ"ל ההפלאה. וכ"כ הב"ש בסי' ס"ח ס"ק כ"א דהיכא דחזקה מסייעו א"צ לישבע היסת. ותשובת הרי"ף הנ"ל הובא בנימוקי יוסף ב"מ פ"א בסוגיא דשם (דף ז):

ענף א:

והנה במה שהביא הב"ש כן בשם הרשב"א שהביא לתשובת הרי"ף דלאו טענה היא אלמא דס"ל להרשב"א דאף משבועת היסת פוטר הך חזקה דתו"ז. י"ל בזה דהרשב"א אזיל לטעמיה במה דס"ל להרשב"א והובא בח"מ סי' ק"מ סעי' ב' ובבית יוסף שם. דחזקה שלש שנים פוטר למי שמחזיק בה אף מן שבועת היסת. ועיין בש"ך שם ס"ק ד' שהביא כן בשם הרשב"א בתשובה ע"ש. וגוף תשובת הרשב"א אינו כעת ת"י. אלמא דס"ל להרשב"א דהך חזקה דשלשה שנים אילימא למיפטר מן ש"ה כיון דאיכא חזקה מעליא דמדלא מיחה ג' שנים חזקה שמכר לו. ע"כ י"ל דה"ה מה"ט ס"ל להרשב"א כן גבי חזקה דתו"ז דהוי חזקה אלימתא ע"כ פוטר מן ש"ה. אבל לדינא לפי מה דהכריע הש"ך לקמן סי' ק"מ ס"ק ה' דבחזקה דשלש שנים חייב ש"ה. ע"כ שפיר הכריע הש"ך הכא גבי חזקה דתו"ז דחייב ש"ה לאחר הפרעון וכמש"כ הש"ך לדמות הך חזקה דתו"ז לחזקה דשלש שנים דצריך לישבע ש"ה כדלקמן ר"ס ק"מ. ועיין ברא"ש ב"ב פ"ג סי' י"ז מש"כ דלא מסתבר לחלק דשאני מטלטלין דשייך בהו שד"א:

ועוד נלע"ד לדון בזה ע"פ הא דמצינו בב"מ (דף ד') גבי סלעין דינרין דכתב הנימוקי יוסף שם דאיכא מ"ד דהאי שטרא מסייע לי' פוטר אף מן ש"ה כו' ואיכא מאן דפליג שאינו כעדות גמורה למפטרי' אלא משבועה דאורייתא אבל מהיסת לא כו' אבל הרשב"א ז"ל כתב כו' דלגבי שבועה כזו שהיא מן התקנה אפשר דהוי עדות מעליא עכ"ל. ועיין מזה בחידושי הר"נ לב"מ ובריטב"א ושמ"ק שם. אלמא דמצינו להרשב"א דס"ל דאף מה דלא הוי הוכחה גדולה כמו הך דסלעין דינרין דמסייע לי' שטרא. אפ"ה פוטר זה מן ש"ה א"כ כש"כ הך חזקה דתו"ז דהוי חזקה אלימתא להוציא ממון וודאי דאלימא למיפטר מן ש"ה. וע"כ ס"ל להרשב"א דבתו"ז פטור מן ש"ה. א"כ לפי מה דקיי"ל לדינא בח"מ סי' מ"ב סעי' י"ב בסלעים דלוה אומר שתים דנשבע היסת אלמא דס"ל להטוש"ע שם כשיטת הסוברים דהך דשטרא מסייע לי' אינו פוטר מן ש"ה. ע"כ י"ל דמה"ט ה"ה בחזקה דתו"ז וכן בחזקה דשלש שנים אינם פוטרים מן ש"ה:

אך באמת יש לחלק דשאני הך מילתא דשטרא מסייע לי' דזה גרע מן חזקה דתו"ז כמבואר שם בראשונים. וגם הא לפי מה דקיי"ל דהילך פטור אין הכרח לומר הסברא דמסייע לי' שטרא כמבואר בב"מ שם בסוגיא דסלעין דינרין. וכן לפי מה דאמרו שם אי נמי משום דה"ל שעבוד קרקעות כו'. והא דאמרו שם דשלש פטור משום דה"ל משיב אבידה דהיה יכול לומר שתים דמסייע לי' שטרא זהו דוקא גבי החזקה דא"א מעיז כו' כמש"כ הסמ"ע בסי' פ"ח ס"ק נ"ז וכ"כ התוס' ב"מ (דף ד') והנ"י והר"נ והריטב"א והשמ"ק שם. וכמש"כ בארוכה מזה בסי' פ"ז סעי' כ"ח בחידושי שם. ומה"ט כתבו הטוש"ע בסי' פ"ח סעי' ל"ב בסלעים דינרין דלוה אומר שתים פטור משום שלא הודה אלא מה שבשטר ואין כאן הודאה. ולא כתבו הטעם דמסייע לי' שטרא. אלמא דס"ל דלדינא אין הכרח לסברא דמסייע לי' שטרא. ע"כ כתבו הטוש"ע בסי' מ"ב דנשבע היסת בלוה אומר ב'. ע"כ אין הכרח להוכיח מזה דחזקה תו"ז לא יפטור מן ש"ה. דעדיין י"ל דחזקה תו"ז דהוי חזקה אלימתא ע"כ פטור ג"כ מן ש"ה. ועיין ברא"ש בב"מ פ"א סי' ג' ובפלפולא חריפתא שם ס"ק כ' וקצרתי בזה:

והנה האו"ת והנתיבות הכריעו הכא לדינא דחזקה תו"ז אין פוטר מן ש"ה אחר הפרעון כשיטעון עליו וכמבואר בסי' שי"ז גבי שכירות. אבל לא הזכירו להכרעת הב"ש הנ"ל דמשמע דס"ל דאף ע"י טענה אין להשביעו ש"ה לאחר הפרעון אלא סגי בחרם סתם על מי שגבה ממנו שלא כדין. ולענ"ד יש לדון בעיקר ראיות הב"ש מן תשובת הרי"ף הנ"ל. והוא דהא לכאורה יש לדון במה דס"ל לחד שיטה דחזקה דתו"ז אין פוטרו מן ש"ה לאחר הפרעון. הא כיון דעיקר טעמא דר"נ דס"ל לחייב ש"ה זהו משום חזקה אין אדם

תובע כו' וכמבואר בשבועות (דף מ') ופריך הש"ס התם הא איכא חזקה א"א מעיז פניו ומשני אשתמוטי כו'. [ועיין בתוס' ב"מ (דף ו' ע"א) ד"ה אלא הא דאר"נ כו'. ובשבועות שם בתוס' ד"ה אישתמוטי כו'. ובראש"ש ב"ב פ"ג סי' י"ז בהגהות הב"ח ס"ק ב' מזה. אך אין זה ענין לנ"ד כמש"כ מזה במק"א]. אלמא דעיקר טעמא דחיוב ש"ה הוא משום חזקה א"א תובע כו'. ע"כ הדעת נותנת דהיכא דאיכא חזקה הסותרו בתחלת דינא דלא יצטרך לישבע ש"ה. א"כ כש"כ בחזקה דתו"ז דהוי חזקה אלימתא ביותר מן החזקה דא"א תובע כמבואר. ע"כ הדעת נותנת דלא יהיה צריך בזה לישבע ש"ה. וכה"ג כתב ההפלאה לכתובות בק"א סי' פ' ס"ק י"ח דלכן פטורה שם מן ש"ה בטען הבעל שאינה עושה המלאכות. משום דאיכא חזקה דאין אשה מעיזה נגד החזקה דא"א תובע כו' ע"ש: אכן י"ל דטעם הסוברים דחזקה דתו"ז אין פוטר מש"ה דזהו כיון דמה דמוציאין מהמוחזק בממון הוא עיקרו רק ע"י החזקה דתו"ז. לכן כיון דכבר עשתה פעולה החזקה דתו"ז להוציא ממון ע"כ אין בכחה גם לפטור מש"ה. וכנגד החזקה דא"א תובע כו' הוי כמאן דליתנהו כלל במה לסתור להחזקה דא"א תובע ודיו לחזקה דתו"ז שמוציאה מהמוחזק. וכ"כ בחידושי לח"מ סי' פ"ז סעי' ו' בתרי ותרי המכחישים זא"ז די"ל מה"ט דפטור מן ש"ה ע"ש. וכעת מצאתי כן בהפלאה סי' צ"ו ס"ק ו'. ולפ"ז יש לדון היכא דאיכא שטר וחזקה תו"ז ביחד דכיון דיכולים להוציא ממון ע"י השטר לבד א"כ נשאר לנו החזקה תו"ז הסותר לחזקה דא"א תובע ועדיפא ממנה ע"כ הדין נותן דכה"ג לא יהיה חייב ש"ה. וכעין זה מצינו בש"ך סוף סי' פ"ט ס"ק י' גבי היה משכון בידו דהדין הוא דחייב לישבע שבועת המשכון דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן דאם הוא מן הנשבעין ונוטלין דאף בלא המיגו היה יכול להיות נשבע ונוטל ע"כ מהני המיגו בזה למיפטר משבועה. וכ"כ הרשב"א בחי' לשבועות (דף מ"ו). והכל הוא מה"ט דשני פעולות קשה לדון בהמיגו ודיו להיות פועל להוציא ולהחזיק המשכון ת"י ע"ש: ולפ"ז י"ל דמה שכתב הרי"ף בתשובה הנ"ל גבי טען שנתן לה הכתובה בתו"ז דפטורה מש"ה. דהא התם אף בלא חזקה דתו"ז לא היה יכול לטעון פרעתי דהא מעב"ד כמאן דנקט שטרא בידו דמי במקום שאין כותבין כתובה לכ"ע. ומכש"כ אם כתובה יוצא מת"י. ועיין באה"ע סי' ק' סעי' ו' שיטת הראשונים שם. וע"כ יכולה החזקה דתו"ז לפעול פעולה אחת ולהיות סותר להחזקה דא"א תובע ויפטור מש"ה. אבל היכא דאין לפנינו רק חזקה דתו"ז לבד בזה שפיר כתבו בח"מ סי' שי"ז דחייב ש"ה וכן הא דסי' ע"ח סעי' ב' דמיירי שם בשטר בתו"ז כמש"כ המחבר שם ע"כ שפיר הכריע בזה הרמ"א דהעיקר דא"צ שבועה. וכעת מצאתי בספר שער המשפט שכתב ג"כ לחלק כזה. אבל לא הביא ראי' מוכרחת

לזה אכן לפמש"כ לדון כל זה ע"פ דברי ההפלאה בסי' פ' הנ"ל דזהו מוכרח להמעיין שם יש יסוד נכון לדון דהיכא דיש חזקה הסותר להחזקה דא"א תובע דאין לחייבו ש"ה ובאמת דברי ההפלאה הנ"ל הם מוכרחים דאם לא כן תקשה דאמאי כתבו הרמב"ם והש"ע גבי טען הוא שאינה עושה והיא אומרת כו' דמושיבין אשה ביניהם ולא כתבו לחייבה ש"ה. ומש"כ הח"מ שם ס"ק כ"ח טעם לזה הוא דוחק וכמבואר כעין זה באה"ע סי' פ' סעי' ט' ובב"ש שם ס"ק י"א ע"ש ובח"מ ס"ק כ'. ומנלן להרמב"ם זה. ואף שהמ"מ כתב שם דדברי רבינו פשוטים הם עכ"ז הא לפמש"כ הח"מ טעמו דזהו משום שלום בית. א"כ בעינן לזה ראיה מהש"ס דגם בזה אמרינן להסברא דשלום בית. אבל לפמש"כ ההפלאה טעמו א"ש דברי הרמב"ם: ענף ב:

ולכאורה יש להקשות על ההפלאה במש"כ דלכן בטען הוא שאינה עושה כו' דפטורה מש"ה משום דאיכא חזקה דאין אשה מעיזה ואף בממון דיינינן להך חזקה. ולפ"ז עדיין יש להקשות בהא דמבואר באה"ע סי' פ"ה סעי' י"ב בהא דנמצאו ביד האשה מעות ומטלטלין דאם אמרה אתה נתתו לי נאמנת ונשבעת ש"ה. והנה הטעם דנאמנת כתב המ"מ שם והובא בב"ש שם ס"ק ל' דזהו משום חזקה דאינה מעיזה. ואף דהש"ך בסי' ס"ב ס"ק ו' השיג ע"ז עכ"ז הלא הב"ש שם החזיק דברי המ"מ והעלה דאף במקום הנאת ממון כשיושבת תחתיו ואין רצונה לצאת ממנו דיינינן להחזקה דא"מ. ועיין מזה באה"ע סי' ע"ז ב"ש ס"ק ל"ב. ולפמש"כ ההפלאה דלכן בטען שאינה עושה פטורה מש"ה משום דהחזקה דא"מ סותר להך חזקה דא"א תובע. א"כ תקשה דאמאי נשבעת ש"ה בטענה אתה נתתו לי במתנה הא גם התם איכא החזקה דא"מ הסותר להחזקה דא"א תובע:

אבל באמת אין זה קשה כלל לפי מה דנתבאר דהחזקה דתו"ז אם ליכא שטר אז אינה פוטרת מן ש"ה. משום דאין בכחה לפעול שתי פעולות כנ"ל. א"כ א"ש בהא דאתה נתתו לי במתנה דלכן צריכה ש"ה דהא לולי החזקה דאין אשה מעיזה לא היתה נאמנת דהא אשה הנושאת ונותנת מה שיש לה הוא בחזקת הבעל ועיקר נאמנותה הוא משום חזקה דא"מ כמש"כ המ"מ והב"ש ולא ס"ל לסברת הש"ך בזה. ע"כ אינה יכולה הך חזקה דאינה מעיזה למיפטר ג"כ מן ש"ה כנ"ל. א"כ עדיין י"ל דהיכא דלהחזיק הממון א"צ להך חזקה ע"כ פועלת שפיר להיות סותר להחזקה דא"א תובע כו' ויפטור מן ש"ה. כ"ז כתבתי כבר:

וכעת ראיתי כי בעיקר הכלל של ההפלאה שכתב דהיכא דיש חזקה הסותר להחזקה דא"א תובע כו' דיהיה פטור מן ש"ה ומה"ט בטען על האשה שאינה עושה פטורה מן ש"ה. דיש להוכיח להיפך מהכלל שלו. והוא דהא מצינו בח"מ סי' ע"ה סעי' ח' ובסי'

שס"ד סעי' ח' דהאומר לחבירו גזלתני והוא משיב להד"ם דחייב ש"ה. וכן מבואר בסי' צ' והא כתבו התוס' בב"ב (דף נ"ב ע"ב) ד"ה דברים העשויים כו' ובב"מ (דף קט"ז) ובשבועות (דף מ"ו) ד"ה וספרא דאגדתא כו' דאם טוען גנבת אינו נאמן אף ע"י מיגו משום דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן. וכ"כ הש"ך לדינא בסי' קל"ג ס"ק י"ג דאף דמשום מיגו להוציא היה מועיל המיגו. אך משום דהוי מיגו במקום חזקה דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן ע"כ לא מהני המיגו ועיין מזה בסי' צ'. א"כ חזינן דהך מילתא דאמרו דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן זה הוי חזקה אלימתא. ואפ"ה בטען גנבת משביעין ש"ה כדקיי"ל לדינא. א"כ לפי הכלל של ההפלאה הנ"ל דהיכא דאיכא חזקה דאין אשה מעיזה אז סותר זה להחזקה דא"א תובע ופטור מן ש"ה. א"כ תקשה דאמאי חייב ש"ה בטוענו גזלתני והוא משיב להד"ם דהא איכא חזקה אילימא הסותר להחזקה דא"א תובע. דהא חזינן דאף מיגו לא מהני נגד הך חזקה דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן. ומשמע התם דהך סברא דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן עדיפא מן חזקה דתו"ז דהא התם הוי איבעיא דלא איפשיטא בב"ב (דף ה') אי אמרינן מיגו ומה"ט מהני תפיסה בזה כמבואר בסי' ע"ח ובש"ך ס"ק י"ט. ועיין בסי' ק"ח ש"ך ס"ק ז' ואכמ"ל. ואלו הכא גבי הך דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן משמע דהיה פשיטא להו דלא מהני מיגו'. והטעם הוא שאין החזקות דומות זו לזו כמש"כ הפוסקים והובא בסי' פ"ב ש"ך ס"ק ג' ובכללי מיגו ס"ק י' וקצרתי:

ומכל מקום אף דהוי זה חזקה אילימא מ"מ חייב הנשבע ש"ה בטוענו גנבת ממני והוא משיב להד"ם אלמא דאף דאיכא חזקה הסותר להך חזקה דא"א תובע אפ"ה חייב ש"ה. והא התם במה שמחזיק הממון ת"י אינו משום הך סברא דאחזוקי בגנבי כו' דהא בלא"ה הממע"ה. ואפ"ה אינה פועלת הך חזקה למיפטר מן ש"ה אף דהוי רק לדבר אחד. אלמא דאמרינן גם בזה לא פלוג וכמש"כ התוס' בב"מ (דף ו' ע"א) ד"ה אלא הא דאר"נ כו'. א"כ מוכח מזה דלא כסברת ההפלאה. והא דלא חייבו ש"ה התם בטען הבעל שאינה עושה ע"כ הטעם כמש"כ החלקת מחוקק באה"ע סי' פ' ס"ק כ"ח:

וכן יש להוכיח דלא כמש"כ ההפלאה דלכן פטורה מן ש"ה משום דאיכא חזקה דאינה מעיזה הסותרו וזה מהני אף בממון. דלפ"ז תקשה בהא דמבואר באה"ע סי' צ"ז סעי' א' דאין יכול להשביע לאשתו בטענת שמא. אבל בטענת ברי משביעין כמש"כ הטור והרא"ש שם. והא בטענת ברי אין משביעין לשבועת חנונית ובן הבית ושותפות כמש"כ הנתיבות בסי' צ"ג ס"ק א' ע"ש. וע"כ כוונתם במש"כ דבטענת ברי משביעין היינו ש"ה. ולדברי ההפלאה דכתב דבטענת האשה אף בממון שייך חזקה דאינה מעיזה להיות סותר לחזקה דא"א תובע ופטור מן ש"ה. א"כ מה"ט הדין נותן דיהי' פטורה האשה

מן ש"ה אף בתבעה ממון וכמו בטען שאינה עושה דתבעה מ"י דפטורה מש"ה מה"ט שכתב ההפלאה משום דדוקא בחזקה דא"א מעיז בפני בע"ח אמרו בשבועות בזה דשייך אשתמוטי כו'. אבל בחזקה דא"מ לא שייך זה א"כ ה"ה אף בתבעה ממון דמ"ש. והא להחזיק מה שת"י א"צ להחזקה דא"מ ואפ"ה לא מהני החזקה דאינה מעיזה לפוטרה מן ש"ה. ועיין באה"ע סי' פ' סעי' ט"ו וברמ"א שם ובסי' ע' סעי' ה' ובח"מ שם ס"ק כ' וב"ש שם ס"ק ט"ז ובאבני מלואים שם ס"ק ג' וקצרתי. ועיין באה"ע סי' צ' סעי' י"ד וברמ"א שם. וכה"ג מבואר באה"ע סי' ע' בב"ש ס"ק ל"א ע"ש:

ענף ג:

והנה המרדכי פ"א דב"מ סי' רכ"ט כתב בשם רבינו שמחה דפסק באומר לחבירו גזלתני או גנבתני והלה אומר להד"ם דלא ניתקנה שבועת היסת בזה אלא היכא דאיכא שבועה דאורייתא כמו מודה במקצת וכה"ג כו' וראי' מהא דכל הנשבעין דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן ואומר ר"מ כו' מיהו הנתבע ישבע ועוד כי קאמרינן פ' שבועות הדיינים מאי איכא בין שד"א לשבועה דרבנן לימא איכא בינייהו לאשבועי אגנבה ואגזלה דשד"א משביעין וש"ה אין משביעין כו' עכ"ל המרדכי. וכן קיי"ל לדינא כשיטת הר"מ דמשביעין ש"ה בטענת גנבתני וגזלתני כנ"ל. אכן שיטת ר' שמחה דכתב לחלק דדוקא ש"ה אין משביעין בגזלתני משום דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן. וזהו כשיטת הפוסקים והמרדכי דהובא בש"ך סי' ע"ח ס"ק ט"ו דס"ל דכח חזקה אלימא למיפטר מן ש"ה. א"כ לפ"ז הדעת נותנת דגם מן שד"א יהיה פטור כדמצינו בב"מ (דף ד') דמשום סברא דשטרא מסייע לי' פטור מן שד"א וכמש"כ הרא"ש בב"מ פ"א סי' ג' להוכיח מזה דעד מסייע פוטר וכתב שם דהא פערינן לי' משבועה בסיועי שטר בעלמא אע"פ שאין כאן עדות גמורה ע"ש בפלפולא חריפתא. וגם הא כתב הנימוקי יוסף שם דיש סוברים דהך מילתא דשטרא מסייע אינו כעדות גמורה למפטרי' אלא משד"א אבל מהיסת לא ע"ש. א"כ הדעת נותנת דאי נימא דהא דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן הוי חזקה מעליא למיפטר מן ש"ה א"כ כש"כ דיפטר מן שד"א. ואפשר דר' שמחה ס"ל כשיטת הסוברים שם דשאני הך דמסייע לי' שטרא דהוי כעדות גמורה ע"ש בנ"י:

ועוד י"ל דהא דכתב ר' שמחה דבטוען גזלתני אם איכא שד"א נשבע טעמו דכיון דהודה במקצת דגזל א"כ איתרע החזקה דאחזוקי בגנבי כו'. וכן בע"א מעיד שגזל ס"ל דאין כח בהך סברא דאחזוקי בגנבי כו' למיפטר מן שד"א דס"ל דשאני שד"א ע"י ע"א דהא כ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייבו שבועה ע"כ אין בכח הסברא דאחזוקי בגנבי כו' למיפטר מן שד"א הבא ע"י ע"א. ועיין בקצה"ח סי' פ"ד ס"ק ד'. ולפ"ז יש לומר דאם

תובעו מנה שגזלו ומנה בהלואה והלה מודה במקצת על חוב הלואה וכופר הגזלה די"ל דס"ל לרבינו שמחה דפטור בזה מן שד"א אף דהוי מ"מ כיון דלא איתרע לי' החזקה הבא ע"י מה דאחזוקי בגנבי כו'. ודוקא במודה במקצת שגזלו חמשים אף דא"א משים א"ע רשע מ"מ דיינינן דאיתרע הך חזקה כידוע. ולפ"ז היה מתורץ מה שהקשה הר"מ על ר"ש דלדבריו ה"מ לומר נפ"מ בין שד"א לדרבנן. דהא לפמש"כ גם במקום שד"א משכחת לי' דיהי' פטור מן שד"א כנ"ל:

אבל באמת זה אינו בכוונת ר' שמחה דהא משמע ממנו דכיון דאיכא שד"א אף שהוא ע"י הודאת חוב הלואה ג"כ משביעין. ודוקא בש"ה ס"ל דאין להשביע מטעם זה ולכן שפיר הקשה הר"מ עליו כנ"ל. ולכן נראה לי בכוונת ר"ש דס"ל להכלל שכתב ההפלאה דבמקום ש"ה כיון דעיקרו הוא משום חזקה א"א תובע כו' ע"כ היכא דאיכא חזקה הסותרו פטור מן ש"ה כנ"ל. לכן היכא דאיכא חזקה דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן ממילא פטור מן ש"ה. אבל במקום שד"א דאין חיובו משום חזקה א"א תובע לכן חייב שד"א אף בטענת גזלתני כן י"ל בכוונת ר"ש ויהיה מזה סייעתא להכלל של ההפלאה הנ"ל:

אמנם לדינא דפסקו בח"מ דלא כשיטת ר' שמחה אלא כשי' הר"מ דאף בטענת גזלתני משביעין היסת א"כ מוכח דלדינא לא קיי"ל כהכלל של ההפלאה הנ"ל. ובאמת מן הא דלא אמרו בשבועות הך נפ"מ בין שד"א לדרבנן מוכח מזה דלא כהכלל של ההפלאה הנ"ל וכמש"כ המרדכי להוכיח מזה דלא כרבינו שמחה כנ"ל. והטעם הוא דלכן חייב ש"ה אף במקום דאיכא חזקה הסותרו משום דגם בזה אמרינן לסברת התוס' דב"מ (דף ו' ע"א) ד"ה אלא הא דאמר ר"נ כו'. דבתקנת ר"נ לש"ה אמרינן לא פלוג רבנן. ומהא דשבועות (דף מ"א) דאמרו מאי איכא בין שד"א לדרבנן מוכח ג"כ כמש"כ התוס' שם וש"פ דגם בתובעו חפץ בעיני' חייב ש"ה דאל"כ הא ה"מ הגמ' לומר איכא בינייהו בין שד"א לדרבנן אם תובעו חפץ בעיני' דשד"א משביעין אבל ש"ה אין משביעין משום דאיכא חזקה א"א מעיז פניו כו' הסותר להחזקה דא"א תובע. וע"כ מוכח כמש"כ התוס' בב"מ בתי' קמא שם דאמרינן בזה לא פלוג רבנן כנ"ל. ועיין בשבועות (דף מ') בתוס' ד"ה אשתמוטי כו':

ואפשר לומר דרבינו שמחה ס"ל דהא דאמרו בשבועות (דף מ') דלכן תקנו ש"ה משום דאיכא חזקה א"א תובע כו' דזהו רק ללישנא קמא דר"נ דס"ל דחייב ש"ה אף היכא דליכא דררא דממונא וע"ז שפיר הקשו מ"ט והוכרחו לומר משום חזקה א"א תובע כו'. אבל ללישנא בתרא דר"נ דדוקא באומר פרעתי חייב ש"ה משום דאיכא דררא דממונא א"כ לפ"ז אין הכרח לחדש בהסבר החיוב ש"ה דזהו משום חזקה א"א תובע כו' די"ל דאף

היכא דנסתר החזקה דא"א תובע ג"כ הסברא נותנת לחייבו ש"ה משום דהא איכא דררא דממונא ואי נימא כן מתורץ קושיות המרדכי על ר' שמחה וכן קושייתי על ההפלאה די"ל דדוקא בטוען להד"ם דעיקר החיוב ש"ה הוי משום חזקה א"א תובע ע"כ היכא דאיכא סברא דאחזוקי בגנבי כו' דזהו סותר להחזקה דא"א תובע ע"כ שפיר כתב ר' שמחה לפטור מש"ה בתובעו גזלתני. והא דלא אמרו בגמ' נפ"מ בין שד"א לדרבנן י"ל דהש"ס קאי ללישנא ב' דר"נ דבעינן דררא דממונא והא דלא אמרו דא"ב בין שד"א לדרבנן היכא דטוען להד"ם דבדרבנן לא משביעין ש"ה משום דליכא דררא דממונא ובשד"א חייב אף דטוען על המותר להד"ם. ואף דליכא דררא דממונא. ז"א קשה כלל דהא כתבו התוס' בב"ק (דף קי"ח) ד"ה, ר"נ וריו"ח כו' דהיכא דאיכא סהדי דאכל תרי מינייהו כמו בהא דב"מ (דף ה') הוי זה דררא דממונא וכ"כ התוס' בשבועות (דף מ"א) וכ"כ הר"נ בשבועות ע"ש. ועיין בתשובת מיימוני משפטים סי' ל"ז. וי"ל דגם התוס' בב"מ (דף ה') ד"ה אין לך בידי כו' מודו לזה אך דעיקר ראייתם וכן הראיות של האלפסי כוונתם למאי דהביאו בגמ' שם להך ל"ק דר"נ ע"ש. וכיון דשד"א דמודה במקצת ג"כ מקרי דררא דממונא ע"כ שפיר הקשו לל"ב דר"נ מאי איכא בין שד"א דזהו מ"מ כפי' רש"י שם ובין דרבנן. דהא גם היכא דחייב שד"א מקרי זה דררא דממונא וכש"כ שבועת שומרין דוודאי מקרי דררא דממונא. וע"כ לא ה"מ למימר האי נפ"מ בין שד"א לדרבנן היכא דאיכא חזקה הסותר להך חזקה דא"א תובע וכמו דהקשיתי לעיל על ההפלאה די"ל דלל"ב דר"נ לא שייך כ"ז. אבל היכא דחייב ש"ה במקום דליכא דררא דממונא שפיר י"ל כיון דעיקר החיוב ש"ה הוי משום חזקה א"א תובע כו' ע"כ היכא דאיכא חזקה הסותרו יהיה פטור מן ש"ה וכמש"כ ההפלאה. ולכן שפיר ס"ל לר' שמחה להך כלל של ההפלאה הנ"ל:

אבל מ"מ באמת ז"א והוכרחתי לקצר וכיון דלדינא קיי"ל דאף בטענת גזלתני משביעין ש"ה אף דאיכא אנן סהדי דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן ולא מהני מיגו נגדו ובוודאי אין זה מטעם רובא דא"כ היה מועיל מיגו נגדו כמבואר. וע"כ הטעם דלא מהני מיגו נגדו זהו משום דהוי מיגו במקום חזקה אלימתא ואפ"ה חייב ש"ה בזה. א"כ מוכח מזה דשום חזקה אינה פוטרת מן ש"ה אף היכא דאינה פועלת לממון כלל. אפ"ה חייב ש"ה משום דגם בזה אמרינן לא פלוג כנ"ל:

ענף ד:

והנה בח"מ סי' קל"ח סעי' ח' מבואר דאם טוען שכרתי' לו או חטפה ממני הממע"ה וישבע היסת כמש"כ הש"ך שם ס"ק י"ב והרמ"א שם חולק וס"ל דאם אמר שחטפה נאמן והא דלא מהימן לומר שכרתי' לו במיגו כתב הסמ"ע שם ס"ק י"ז דזהו משום דהוי

מיגו במקום חזקה. וכ"כ התוס' בב"מ (דף ו' ע"א) בד"ה אגרת לי' בלא סהדי כו' ובבא"ש שם ובהגהות מרדכי שם דה"ל מיגו במקום עדים. והר"נ בחי' לב"מ שם וכן הנ"י שם והרב המ"מ פ"ט ה' טוען ה' י"ג כתבו בזה"ל דלכן אינו נאמן במיגו דחטפה משום דה"ל מיגו במקום חזקה כו'. או משום דה"ל מיגו במקום עדים כו'. ואפ"ה מבואר ברמב"ם פ"ט ה' טוען ה' י"ג דאם טען השכרתי' לו דישבע וכמש"כ המחבר כנ"ל וכן סתם הרמ"א בזה. אף דלהרמ"א מוכרח לומר דאין נאמן לומר השכרתי' במיגו דחטפה דה"ל מיגו במקום עדים או דה"ל מיגו במקום חזקה אלימתא ואפ"ה חייב ש"ה ואין פוטרין ע"י הך חזקה דאנן סהדי הנ"ל מן ש"ה. אלמא דאין בכח החזקה לפטור מן ש"ה. א"כ מזה יהיה סייעתא למה שהעלה הש"ך בסי' ע"ח דאין בכח חזקה תו"ז למיפטר מן ש"ה:

אך להוכיח מזה לסתור הכלל של ההפלאה הנ"ל אין מזה הוכחה כלל משום דשאני הכא דהך חזקה פועלת לדחות כח וזכות של המיגו דחטפתי ע"כ אין בכחה לדחות לחזקה דא"א תובע כו' וכנ"ל. אכן בעיקר פלוגתת הפוסקים אי יש בכח חזקה תו"ז למיפטר מן ש"ה זה שפיר יש להוכיח מזה כהכרעת הש"ך דאין פוטרין עי"ז מן ש"ה. ומן הא דכתבתי לעיל להוכיח מהא דאחזוקי בגנבי כו' גבי טענת גנבת או גזלתני דמשביעין היסת בטוען להד"ם דאף דהתם אינו צורך להך סברא לענין החזקת ממון ביד הנתבע דהא בלא"ה הדין עמו דהא טוען להד"ם. אפ"ה אינו פועלת הך סברא לדחות להחזקה דא"א תובע כו'. א"כ מוכח מזה דלא כמש"כ ההפלאה בהכלל הנ"ל. ועיין בח"מ סי' קל"ז סעי' א' ובפ"ט ה' טוען בהרמב"ם ה' ו' גבי ליקט פירותיו דבעל השדה טוען שבגזל לקחם דאינו נאמן לפי דחזקה היא שאין אדם מעיז פניו לאכול פירות שאינו שלו ונשבע היסת ומקורו הוא בב"ב (דף ל"ג) ויש לדון בזה טובא וקצרתי:

והב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק ח' הקשה דאמאי בהא דח"מ סי' ע"ח הובא פלוגתא אי חזקה תו"ז פוטר מן ש"ה או לא ובסי' ס"ח בטור וברמב"ם פ' י"א ה"א פסקו אם הבעל אומר לא מצאתי בתולים דא"צ לישבע משום חזקה א"א טורח בסעודה ומפסידה וצ"ל דהחזקות אין דומות זו לזו עכ"ל הב"ש. ולענ"ד אין זה ברור כ"כ דאף דמצינו כעין זה בח"מ סי' פ"ב ובכללי מיגו של הש"ך ס"ק י' בשם הנ"י דכתבו גבי חזקה דאין כל החזקות דומות זו לזו ולכן א"ש הא דמצינו דאמרינן מיגו במקום חזקה ובשא"ד מצינו דלא אמרינן מיגו במקום חזקה וע"ז תירץ הנ"י דאין כל החזקות דומות. דזה אינו שייך אלא במה דמצינו מקור בש"ס לזה דמחלקי בזה וע"כ אמרו באיזה מקומות דאמרינן מיגו במקום חזקה ובשא"ד אמרו דלא אמרינן כן. אבל במקום חיוב ש"ה דלא נמצא מקור לזה בש"ס באיזה מקום מחייבינן ש"ה אף במקום חזקה ובאיזה מקום לא מחייבינן ש"ה במקום חזקה.

וא"כ עדיין תקשה דמנלן להו לחלק בזה בין החזקות. וכן יש להקשות ביותר על הרמב"ם דכתב בפ"ז ה' שכירות גבי שכירות דצריך לישבע אחר הפרעון והובא בש"ך הכא בסי' ע"ח ס"ק ט"ו אף דהוי חזקה דתו"ז. וגם הא בשכירות הוי החזקה אילימא ביותר מכל חזקה דתו"ז כמש"כ התוס' בב"ב (דף ה') ד"ה כי היכי דלא ליטרדן כו'. ואלו גבי הך חזקה א"א טורח כו' פסק הרמב"ם דא"צ לישבע היסת. והא חזינן גבי הך חזקה א"א טורח כו' דזה לא הוי חזקה אלימא כ"כ דהא לגבי תוספת כתובה לא מהני הך חזקה כמש"כ הרמב"ם והש"ע שם. אלא לגבי כתובה דרבנן האמינוהו חז"ל משום הך חזקה א"א טורח כו' כמבואר בכתובות (דף י') ואפ"ה כתב הרמב"ם דמהני הך חזקה לפטור מן ש"ה ותקשה דמ"ש ומנלן לחלק בזה נגד הסברא:

והנלע"ד בזה די"ל דהרמב"ם ס"ל דכיון דאמרו בכתובות (דף י') אר"נ חכמים תקנו כו' והם האמינוהו כו'. דלשון האמינוהו משמע דלגמרי האמינוהו דלא יצטרך לישבע היסת ג"כ דנתקנה בימי רב נחמן. והא דלא ילפינן מהתם לכל החזקות י"ל דשאני התם דכיון דחכמים תקנו וכתובה דרבנן ע"כ מהני בזה החזקה דא"א טורח אף למיפטר מן ש"ה. ואין למדין הימנה לחוב דאורייתא דיהיה אלים החזקה למיפטר מן ש"ה ולפ"ז י"ל במה שכתב החלקת מחוקק בסי' ס"ח ס"ק י"ד בשם הגהות אלפסי דצריך לישבע היסת על טענתו כו'. וחולק על הרמב"ם דס"ל דא"צ לישבע ע"ש. הנה לפי מה שראיתי בשלטי הגבורים בכתובות שם דקאי על תוספת כתובה דנאמן ומשביעין אנתו היסת כו' ועיין בב"ש סי' ס"ח ס"ק י"ט שהביא שיטת הש"ג בזה א"כ י"ל דאפשר דמודה הש"ג להרמב"ם דבחוב כתובה דרבנן דבזה א"צ שבועה וקצרתי. עכ"פ זה מוכרח דעיקר החילוק בהא דסי' ס"ח באה"ע דע"כ הטעם התם משום דשאני חוב דרבנן דאל"כ תקשה דמ"ש:

היוצא לנו מכל זה דאף דדעת הב"ש בסי צ"ו דחזקה תו"ז פוטר מן ש"ה משום דבמקום פלוגתא אוקי אדינא וכ"כ הב"ש בסי' ס"ח ס"ק כ"א עכ"ז העיקר לדינא כהכרעת הש"ך הכא דצריך לישבע היסת אחר הפרעון כמו דהוכחתי. וגם נתבאר דאף בחוב בשטר וחזקה תו"ז ביחד ג"כ חייב ש"ה משום דנתבאר דהכלל שכתב ההפלאה אינו ברור לדינא. וע"כ העיקר כמשמעות הש"ך והב"ש דלא מחלקים בזה. וגם נתבאר דבחוב דרבנן מועיל חזקה מעליא היכא דמצינו דיש לו דין חזקה דבזה יש למילף מן הא דחזקה א"א טורח כו' כהכרעת הפוסקים באה"ע סי' ס"ח דא"צ לישבע אחר הפרעון:

סימן עט

א (סעיף ג):

מי שהודה בב"ד שחייב ואח"כ אמר נזכרתי והרי עדים ה"ז עדות מועלת כו'. וזהו שיטת הרמב"ם והובא בטור חולקים בזה והכריעו כהרמב"ם. ולכאורה יש להקשות ע"ז מהא דכתב הטור בסי' קל"ח סעיף ז' גבי שתק ואח"ז צווח דהוי כהודאה דכתב הרא"ש שם דאף אם יביא עדים אח"כ שהיא שלו לא מהני דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי. והובא זה בש"ע שם סי' קל"ח סעיף ו'. ועיין בש"ך שם ס"ק ח' ובט"ז שם. אלמא דס"ל להרא"ש והטור והרמ"א שם דהודאה בב"ד אלימא טובא דלא מהני אף שמביא עדים לסייעו. ומשמע שם דאף במביא העדים לאחר שטוען לפטור דג"כ לא מהני: אבל באמת אין זה קשה כלל דהא דוקא בטוען נזכרתי הוי זה אמתלא נכונה כשמביא עדים לסייעו. אבל התם בסי' קל"ח מיירי דאינו טוען האמתלא דנזכרתי ע"כ שפיר אמרו דאינו נאמן. וכה"ג מבואר בסי' קמ"ו סעיף י"ז ובט"ז ח"מ סי' קכ"ט סעי' ח' גבי אמתלא דהשני נוח לו כו'. לפרש דשם מיירי בלא טען אמתלא זו. ועפ"ז מתורץ מה דהקשה הט"ז בסי' קל"ח סעיף ו' והאו"ת שם על מש"כ בשם הרא"ש דבשתק ולבסוף צווח לא מהני עדים דהא בגמ' שם אמרו בזה הממע"ה. אלמא דראיה מהני. אבל לפמש"כ אינו קשה די"ל דכוונתם דיהי' מהני ראי' כשיטעון נזכרתי והרי עדים כמו הא דסי' ע"ט דאף בהודאה גמורה בפירוש בפני ב"ד מהני טענת נזכרתי והרי עדים. ולפ"ז יש לומר במש"כ המ"מ ברמב"ם פ"ז הל' טוען ה"ז על מ"ש הרמב"ם שם כנ"ל דיכול לומר נזכרתי והרי עדים כו' דלא ידעתי עיקר לזה בגמ'. אבל לפמש"כ י"ל דהרמב"ם יליף זה מהא דב"מ (דף ו') דאמרו שם בשתק כו' דאודויי אודי. ואפ"ה תני שם בזה דהממע"ה. אבל ראיה מהני כקושיות הט"ז והאו"ת הנ"ל. א"כ מוכח מזה דאמתלא נזכרתי והרי עדים מהני. ולכן י"ל דהרא"ש והטור בסי' קל"ח לא פליגי על הא דסי' ע"ט הנ"ל אלא הם מיירי בלא טען נזכרתי. וכה"ג כתב הש"ך בסי' פ"א ס"ק ס' לתרץ לקושיות התוס' מהא דשבועות דמיירי התם דאינו טוען טעיתי כו'. וכדמצינו בטענת משטה דאי לא טען לא טענינן:

ב (שם סעיף ט):

אינו מוחזק כפרן אא"כ כפר בב"ד ובאו שני עדים והכחישוהו. אבל הטוען להד"מ כו חזר וטען פרעתי כו' כיון ששני הטענות באות לפוטרו כו'. (הג"ה) וכן אם היה קול בעיר שלוה אם לא שהקול מפורסם כו'. והש"ך שם ס"ק כ"ג כ' דזה צ"ע לדינא די"ל דשאני הכא כיון דמתחלה טען כן ואלו הי' עומד בטענתו הראשונה היה פטור דמשום קול מפורסם לא מפקינן ממונא וא"כ מ"מ הוי מיגו דאי בעי קאי בטענה קמייתא שהרי כבר טען כן ולא חשש לקול וצ"ע עכ"ל:

ענף א:

והנה האו"ת בסי' הנ"ל באורים ס"ק כ"ז כתב לתרץ לקושיות הש"ך מעל הרמ"א די"ל דהרמ"א מיירי ביצא קול מפורסם לאחר שכפר ואמר דלא לוה כו'. אבל היכא דיצא הקול כבר קודם שכפר שפיר י"ל כמש"כ הש"ך דחזינן דאינו חושש להקול כו' עכ"ל האורים. א"כ ביצא קול קודם שכפר גם האו"ת מסכים להש"ך דמהני המיגו דהי' עומד בטענתו הראשונה דהא חזינן דאינו חושש להקול. אך ביצא הקול לאחר שכפר בזה י"ל דאין לו מיגו דלא חציף להכחיש להקול. ועיקר המקור דאין לו מיגו להכחיש להקול הוא מהא דב"ב (דף ל"ג) גבי רבא בר שרשום דאמרו לקוחה בידי לא מצית אמרת משום דנפק עליה קלא דאכלת ארעא דיתמי כו'. וכתבו התוס' שם ד"ה לקוחה היא בידי כו'. דאין לו מיגו להעיז פניו להכחיש להקול. וכן מבואר בסי' קמ"ט וסי' ק"נ בארוכה. ולפי דברי הש"ך והאו"ת הנ"ל למדנו דגם התם גבי עובדא דרבא בר שרשום. אם היה טוען מתחלה לקוח ואח"ז טען שיש לו תביעה עליו דנאמן במיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה דאף דהוי במקום קול מ"מ כיון דטען כבר ולא חשש להקול ע"כ ליתא בזה להסברא דאמרו דלא חציף להכחיש להקול דהא חזינן דחצף כבר להכחישו:

ועפ"ז יש ליישב קושיית האו"ת בסי' קמ"ט ס"ק י' על שיטת הרמב"ם והתוס' דס"ל דנאמן לומר לקוח נגד הקול רק מיגו לית ליה דא"כ תקשה ברפ"ב דכתובות דקתני אם יש עדים שהיה של אביו אינו נאמן לומר לקחתיה ממנו. והא ה"ל למיתני רבותא יתירה דאף בקול גרידא שהוא של אביו אינו נאמן. וכן תמה הנתיבות בסי' קמ"ט ס"ק י' על הש"ך שם וכתב דזהו נגד משנה מפורשת הנ"ל והוא ראיה שאין עליה תשובה ע"ש. אכן לפמש"כ בשם הש"ך והאו"ת דס"ל הכא בסי' ע"ט לכלל דהיכא דהעיז פניו כבר נגד הקול אז שפיר מהימן במיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה אף דהוי נגד הקול. ע"כ י"ל דלכן נקטו במשנה רפ"ב כתובות שם. ואם יש עדים שהיה של אביו כו'. לאשמועינן לנו הך דינא דנגד הקול משכחת לפעמים דיהיה נאמן לומר לקוח במיגו דלא היה של אביך מעולם. כגון היכא דהכחיש מעיקרא להקול שיצא שהיה של אביו והוא טען בראשונה דלא היה של אביו דנאמן להכחיש הקול. וע"כ אף דחזר וטען אח"ז לקוחה היא בידי נאמן במיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה להכחיש הקול ע"פ דברי הש"ך והאו"ת הנ"ל. אבל אם יש עדים שהיה של אביו אז אינו נאמן לעולם בכל גווני. ואשמועינן התנא להך דינא גופא. ואלו להורות לנו הדין דמיגו נגד הקול י"ל דזה היה פשוט לכל מסברא כדמצינו כה"ג בכמה דוכתי. וע"כ מסולק תמיהות האו"ת והנתיבות הנ"ל:

ובעיקר קושיות האו"ת והנתיבות הנ"ל. תמהני עליהם איך לא הביאו לדברי הב"ש באה"ע סי' ז' ס"ק י"ד דכתב דלא דייקינן מדתנא עדים מכלל דקול לא דהא בא"א נמי

תנא עדים עכ"ל הב"ש. א"כ מוכח באמת דהך דיוק שכתבו האו"ת והנתיבות לאו דיוקא הוא כ"כ. ויש להאריך בזה ואכמ"ל:

ובעיקר מילתא דכתב הרמ"א הכא בסי' ע"ט דבמקום קול מפורסם שלוה אינו נאמן במיגו שהי' עומד בטענתו הראשונה להפטר. יש לעיין בזה ע"פ המבואר באה"ע סי' י"ז וסי' קנ"ב גבי אשה שאמרה לבעלה גרשתני דנאמנת משום חזקה אינה מעיזה. דכתב הדרכי משה שם בשם הריב"ש דאם התחילה לומר גרשני בעלי שלא בפני הבעל דאז אף כשבא בעלה אומרת בפניו גרשתני מ"מ אינה נאמנת משום דעבידא לאחזוקי דיבורה וליתא בזה להחזקה דאינה מעיזה. א"כ לפ"ז יש לדון כש"כ בנ"ד דהא חזקה דאינה מעיזה הוי חזקה אלימתא מפאת עצמה אף נגד חזקת איסור דא"א. ואפ"ה אמרו דכיון דאמרה כבר להיפך ע"כ קשה עלי' לחזור מדבריה הראשונים. ואדרבא נוח לה להעיז נגדו כדי שלא תצטרך לחזור מדברי' א"כ כש"כ במקום קול מפורסם דהא נאמן להכחיש להקול. אך במקום מיגו להכחיש להקול אמרו דלא חציף להכחישו כידוע. ע"כ וודאי י"ל דכמו דאמרו בהך חזקה דאינה מעיזה. דאם אמרה מקודם דבא הבעל דגרשני בעלי דפקע בזה להך חזקה. א"כ ה"ה וכש"כ בהך דמיגו במקום קול דכיון דכבר אמר בב"ד דלא לוה ע"כ שפיר יש לו מיגו דהי' עומד בטענתו הראשונה כי קשה עליו לחזור מדבריו הראשונים דאמר בב"ד. ולפ"ז א"ש בפשיטות מה שכתב השלטי גבורים במרדכי רפ"ג דב"ב דאף במקום קול נאמן לומר לויתי ופרעתי. דאין אנו צריכים לדחוקי דמיירי בקול שאינו מפורסם. וכן לדחוקי דמיירי דיצא הקול מכבר כמש"כ הש"ך. אלא י"ל דהש"ג ס"ל כשי' הריב"ש בזה ע"כ ס"ל דנאמן לומר בכל גווני לויתי ופרעתי משום דעביד לאחזוקי דיבורו ביותר אף במקום דיהי' איזה העזה וכנ"ל. כן י"ל בזה. ועיין מזה בתוס' שבועות (דף מ"ו ע"ב) ד"ה כי מטא כו' שכתבו וי"ל דכיון שהתחיל לכפור שוב לא יודה כו' פן יהא מוחזק שקרן עכ"ל:

אכן כ"ז הוא לשיטת הריב"ש. אבל להרשב"א דהובא באה"ע סי' י"ז וסי' קנ"ב בב"י שם דס"ל דאף באמרה שלא בפני בעלה גרשני דמ"מ אם כשבא בעלה אומרת בפניו דשייך הך חזקה דאינה מעיזה. וכ"כ הח"מ בסי' י"ז ס"ק ג' ועיין בב"ש שם ס"ק ג'. ומלשון הטור והמחבר שם משמע דדוקא בנשאת או נתקדשה שלא בפני בעלה שייך לומר דעבידא לאחזוקי המעשה שלה ולא תחזור מזה אף במקום דתצטרך להעיזו. אבל אם לא עשתה מעשה רק הי' אמירה בעלמא משמע דס"ל להטוש"ע שם. דשייך החזקה כו'. ועיין מזה בנו"ב מ"ת סי' צ"א ובמק"א הארכתי בזה. ולפ"ז שפיר כתב הרמ"א הכא דבמקום קול מפורסם אינו נאמן במיגו שהי' עומד בטענתו הראשונה. משום דלא חציף להכחיש

להקול אף במקום שיצטרך לחזור מדבריו מ"מ נוח לו יותר לחזור מדבריו כדי שלא יצטרך להעיז נגד הקול. כמו בהחזקה דאינה מעיזה נגד בעלה כנ"ל:
ועוד יש לחלק דדוקא באמרה גרשני שייך לומר דעבידא לאחזוקי לדיבורה. משום דהא יש חילוק גדול בין גרושה לאינה גרושה. וע"כ מיכספא לחזור מדברי' הראשונים. אבל בהך דלהד"ם או לוויתי ופרעתי דבהפטור בין כך ובין כך הכל חדא הוא ואין ביניהם שום חילוק כלל בעצם הפטור. ע"כ לא שייך כ"כ בזה לומר עביד לאחזוקי דיבורא. דהא בזה לא יותפס כ"כ לשקרן בעיני הבריות ע"כ בזה גם הריב"ש מודה דנוח לו לחזור מדבריו הראשונים כדי שלא יעיז נגד הקול ושפיר כתב הרמ"א. ועוד יש לחלק דשאני הכא בסי' ע"ט בענין מיגו. דהא מצינו בכמה ענינים דמדחינן להמיגו משום איזה עילה ואמתלא בעולם. כיון דאין זה טענת עצמו. ודלמא לא ניחא לי' לומר לטענת מיגו כמו במיגו דהעזה וכה"ג. וכעין זה כתב הש"ך בכללי מיגו ס"ק ל"ב דדוחין המיגו בסברא מועטת ע"ש. ע"כ יש לחלק להך דסי' ע"ט הנ"ל דמיירי בענין מיגו מן הך דאה"ע בחזקה אינה מעיזה כו'. ואף הריב"ש מודה בזה. דלא מהני מיגו דאי בעי עומד בטענתו במקום קול מפורסם:
ענף:
ובעיקר מש"כ הש"ך לחלק דהיכא דטען כבר להכחיש להקול בעת דידע מהקול. דבזה י"ל דנאמן במיגו דהא חזינן דאינו חושש להקול. והעלה זה בצ"ע:
ולענ"ד יש לדון בזה הרבה דהא לפ"ז יש לדון כן בהא דאמרו דמיגו דהעזה לאפטורי משבועה לא אמרינן לכ"ע כמו בהא דאמר רבה מ"מ מודה במקצת ישבע כו'. וכן בהא דרפ"ז דשבועות גבי ש"ש המובא בח"מ ריש סי' רצ"ו דשי' הרא"ש והר"נ הוא דאף בלא אפקיד בשטרא חייב ש"ש משום דהוי מיגו דהעזה. משום דבלא"ה מהני מיגו לאפטורי משבועה כפי שיטתם. ולפי דברי הש"ך הנ"ל יש לומר אם כפר מתחלה הכל בב"ד בפניו ואח"ז הודה במקצת דלפ"ז הדין נותן דלא יצטרך לישבע שד"א משום דהא נאמן במיגו דאי בעי הי' עומד בטענתו הראשונה דהעיז כבר בב"ד נגד בע"ד בפניו והא ס"ל להני פוסקים דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה כנ"ל. וכיון דעיקר הטעם דמ"מ ישבע ולא מהימן במיגו דכפר הכל משום דה"ל מיגו דהעזה. א"כ כמו דחזינן בהך מיגו במקום קול מפורסם דלא אמרינן. דעיקר הטעם ה"ל משום דלא חציף להעיז נגד הקול ולהכחישו. א"כ כיון דכתב הש"ך והאו"ת דהיכא דהעיז כבר נגד הקול והכחישו דבזה נאמן במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה. דכיון דחזינן דחציף כבר נגד הקול ע"כ אמרינן דנאמן במיגו כיון דלא איכפת לי' זה. ע"כ ה"ה בהך מיגו דהעזה נגד הבע"ח דכיון דהעיז

פניו כבר נגד הבע"ח. נימא דכיון דלא איכפת לי' וטען כבר נגדו דיהי' מהימן במיגו דהי' עומד בטענתו הראשונה ויפטר כדין כופר הכל:

ואדרבה יש למילף זה מכש"כ. דהא חזינן דהך העזה דמכחיש להקול הוי סברא אלימתא יותר מן מיגו דהעזה נגד הבע"ח. דהא לדינא קיי"ל דאמרינן מיגו דהעזה נגד הבע"ח רק מיגו דהעזה לאפטורי משבועה לא אמרינן כמבואר כ"ז בכללי מיגו של הש"ך ס"ק ו'. ואלו מיגו במקום קול אף בממון לא מהני לפטור. אלמא דהכחשה להקול הוא העזה יתירה מן הכחשת הבע"ד. ואפ"ה היכא דהכחיש כבר להקול. אמרינן דנאמן במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה שטען כסברת הש"ך והאו"ת. ולא אמרינן דלמא עד עת הזאת היה מעמיד א"ע להעיז נגד הקול. ועכשיו לא היה יכול להעיז נגד הקול. א"כ ה"ה וכש"כ בהעזה נגד הבע"ד דנימא דכמו דהעיז עד עכשיו. א"כ יהיה נאמן במיגו דהיה עומד בטענתו ויפטר. ושאני הא דהעדאת עדים דר"ח דריש ב"מ וכן הא דנתחייב מתוך טענותיו דסי' ע"ה וסי' פ"ז דהא הוי כמו העדאת עדים. אבל לא במ"מ דיש לו מיגו. והא ס"ל לכמה פוסקים דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה רק משום מיגו דהעזה ס"ל כן ובזה הא לא שייך העזה כנ"ל:

וכן יש לדון בשבועת שומרים אם לא אפקיד בשטרא דלשי' הרא"ש והר"נ רפ"ז דשבועות עיקר הטעם דחייב ש"ש ולא מהימן במיגו דלהד"ם והחזרתי משום דה"ל מיגו דהעזה. והובא שיטתם בסי' רצ"ו סעי' א'. א"כ לפי סברת הש"ך והאו"ת יהיה דין מחודש דאם טען השומר מתחלה להד"ם או החזרתי בב"ד בפניו ואח"ז טען נאנסו דלא יהיה צריך לישבע ש"ש משום מיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה דהעיז כבר נגד בע"ד. לשיטתם דס"ל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה. ובאמת זה אינו סברא לומר כן בכל זה. ועיין במרדכי פ' חז"ה אות תקכ"ו מזה. ועיין בסמ"ע בסי' רצ"ו ס"ק ב' שכתב דאין נפ"מ לדינא מן מש"כ המחבר שם לטעם הרמב"ם דלכן שומר חייב לישבע ולא מהימן במיגו משום דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה. והרמ"א כתב טעם של הרא"ש והר"נ דה"ל מיגו דהעזה. דלא הוי משום נפ"מ מזה לדינא גבי שד"א וכ"כ הסמ"ע בסי' צ"ג ס"ק ט'. ואלו לפמש"כ הא הוי נפ"מ רבתא מפלוגתא זו. אך זה אינו מוכרח דהא בלא"ה משכחת לה הרבה גווני דיהי' נפ"מ כגון אם טוען המפקיד ברי דפשע דכיון דגם עכשיו מעיז נגד בע"ד א"כ יהיה מהימן במיגו להסוברים דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה. וכמש"כ האו"ת בסי' ע"ב סעי' כ"ז על הש"ך שם ס"ק קט"ו. וכ"כ הנתיבות שם ס"ק ל"ז. וכן יש לאשכוחי גווני אחריני ביניהם. ע"כ אין מזה הכרח לנ"ד:

ומלבד דאין סברא לומר כן נלפענ"ד להוכיח בראי' ברורה דגם בכה"ג חייב לישבע שד"א במודה במקצת אף שכפר מתחלה בב"ד. מהא דכתב הטור בסי' פ"ז סעי' מ"ג בשם תשובה לרב אלפס בנשבע היסת ואח"כ הודה מקצת דכתב רב אלפס דה"ל חשוד על השבועה וכנגדו נשבע ונוטל. ותמהו עליו דהאיך יחשד ע"פ עצמו ורב שרירא גאון כתב דאם שלא בדרך תשובה הודה נשבע על השאר כו'. והובא דין זה במחבר שם סעי' כ"ח. והב"י שם כתב דאין צריך לישבע עכשיו שנית דמועיל ליה שבועתו שנשבע כבר. והש"ך והסמ"ע חלקו עליו והעלו דצריך לישבע שנית וזהו שד"א כמש"כ הש"ך שם ס"ק פ"ב דאם רצה התובע נשבע ונוטל וזהו רק בשד"א כידוע וכ"כ המהרי"ט בתשובה ח' ח"מ סי ל"ו דצריך לישבע עכשיו שד"א כדין כל מודה במקצת. אלמא דאף דכפר מתחלה וגם נשבע היסת אפ"ה צריך לישבע אח"ז כשמודה במקצתו עכשיו לשד"א. וכמש"כ הקצה"ח שם ס"ק כ"ז דהוכיח שם דמשום שבועת מודה במקצת אתו עלה. אלמא דאף דכפר הכל מתחלה והעיז נגד הבע"ח ולא חשש לזה מ"מ ס"ל לכל הפוסקים דצריך לישבע שד"א עכשיו שהוא מ"מ. וגם ס"ל להרי"ף דכנגדו נשבע ונוטל וכמו כל שד"א. רק דתמהו עליו משום דאין נחשד ע"פ עצמו. וגם לשיטת הבית יוסף דס"ל דא"צ לישבע עכשיו טעמו משום דכיון דנשבע כבר וכמש"כ מזה במק"א לבאר שיטתו בטוב טעם: והנה הטור בסי' רצ"ו הביא לשיטת הרא"ש דס"ל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה רק עיקר הטעם שם משום דה"ל מיגו דהעזה. וכן כתב הרמ"א בריש סי' רצ"ו כנ"ל. ואלו הכא בסי' פ"ז כתב הטור דצריך לישבע עכשיו שהוא מודה במקצת לשד"א. וכן סתם הרמ"א הכא בש"ע ולא השיג על המחבר. אלמא דס"ל לכל הפוסקים דאף בכפר הכל מתחלה בב"ד דמ"מ אם הודה אח"ז במקצת דחייב לישבע שד"א כדין כל מ"מ. אלמא דזה היה פשוט לכל הפוסקים דאף בכה"ג דכפר מתחלה הכל. דמ"מ אם לאח"ז הוא מודה במקצת דוודאי חייב שד"א. דאף דהעיז מתחלה וגם נשבע היסת דמ"מ יש לומר דעתה מתחרט וקשה לו להעיז נגד הבע"ח דלא אמרינן מיגו בזה. א"כ ה"ה וכש"כ במה דהעיז כבר נגד הקול די"ל דעתה מתחרט דקשה לו להעיז ולהכחיש להקול וע"כ אין לו מיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה:

וידעתי מה דיש לדחוק ולחלק דשאני במיגו דהעזה לאפטורי משבועה דכיון דקיי"ל דבממון אמרינן מיגו דהעזה אלא במקום לאפטורי משבועה לא אמרינן מיגו. ע"כ אף היכא דהעיז כבר מ"מ הוי קצת העזה עדיין דבמקום שבועה אף בהעזה קצת לא מהני מיגו. משא"כ הכא בסי' ע"ט דמיירי במיגו במקום קול בענין ממונא דבעינן העזה גמורה. ע"כ בכה"ג כיון דהעיז כבר לא הוי העזה גמורה ולכן מהני מיגו כזה בממונא. גם אפשר

לחלק דשאני בשבועה דעיקר הוא לברר הספק ע"כ אפשר לומר דאף כה"ג עדיין הוי ספק דלמא אינו רוצה להעיז לכן עדיין חייב הוא לברר הספק ולישבע וכמש"כ כעין זה הנתיבות בסי' פ"ז ס"ק ד' והקצה"ח סי' פ"ב ס"ק י"ט ע"ש. משא"כ בממון דאם הוי ספק א"כ הא אין מוציאין ממון מספיקא. אבל באמת כל זה הוא דוחק לחלק בסברא בעלמא בלא שום מקור מהש"ס לזה. דמנלן להו לחייב שד"א בהך דסי' פ"ז הנ"ל מסברא דעלמא. ובאמת מ"ש הך העזה דנגד הבע"ד להך העזה להכחיש להקול. ע"כ מוכח מזה דאין לחלק בין היכא דטען כבר להכחיש להקול ובין היכא דלא הכחיש מעולם להקול. כי באמת בכל גווני לא מהני מיגו במקום קול. ומה"ט סתמו הפוסקים ולא חילקו בזה בהך דח"מ סי' קמ"ט וסי' ק"נ בהך מיגו במקום קול כמו בעובדא דרבא בר שרשום בב"ב (דף ל"ג). וע"כ הנכון עם הרמ"א הכא בסי' ע"ט דלא מחלק בזה כלל. ולעולם אינו נאמן במיגו נגד קול אף היכא דטען כבר להכחיש להקול. ולכה"פ אם תפס המלוה לא מפקינן מיני' כי גם הש"ך לא כתב זה לדבר ברור רק העלה בצ"ע. רק מהאו"ת משמע דס"ל זה לדבר ברור דמהני מיגו בכה"ג. אכן באמת י"ל דהוי ספיקא דדינא לכה"פ בזה וכנ"ל:

סימן פ

א (סעיף א'):

מי שטען בב"ד כו' אינו יכול לטעון טענה אחרת כו'. והקצה"ח בס"ק א' כתב בשם מוהר"ש הלוי דיכול לחזור ע"י אמתלא בממון כמו באיסור כו' וכן פסק מוהרשד"ם ומוהר"א ששון נחלק עליו דבממון לא מהני אמתלא והביא לדברי הרא"ה המובא בהר"ן פ"ב דכתובות דאם אמרה מקודשת אני לפלוני לא מהימנינן לה בשום אמתלא דלאו כל כמינה לחוב לו ולהפקיע עצמה ממנו והקצה"ח הכריע דלא מהני אמתלא בממון אלא השטאה והשבעה דבזה רגילי אינשי כו' ע"ש. ובשב שמעתתא שמעתא ו' י"ב הביא בשם מוהר"י בן לב ח"א כלל ששי סי' מ"א שכתב דבממון מהני אמתלא דלא גרע אמתלא מטענת שלא להשביע כו' עכ"ל. ובשמעתא שם פ' י"ג ציין לדברי הקצה"ח הללו. דלא מהני אמתלא בממונא. והנה החלקת מחוקק בסי' קט"ו ס"ק כ"ב כתב דבממון לא מהני אמתלא כו' ע"ש. וכן האריך בזה המקנה ה' קידושין סי' מ"ז סעיף ד' בהגהת הרמ"א שם ובהפלאה סי' קט"ו ס"ק ט"ז ע"ש. ועיין בבית מאיר סי' מ"ז סעיף ד':

ולענ"ד נראה להוכיח דבממון לא מהני אמתלא דאמרינן בב"מ (דף ג') תני ר' חייא כו' שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מקו"ח דהא פיו אין מחייבו קנס מחייבו שבועה עדים שמחייבין אותו קנס אינו דין שמחייבין שבועה. וזה ברור דעדים אינן

יכולין לחזור מן עדותם שהגידו בראשונה אף ע"י אמתלא וכמבואר בח"מ סי' כ"ט סעי' א' דעדים א"נ לחזור אפילו נתנו טעם לדבריהם כו' והוא מסנהדרין (דף מ"ד ע"ב) וכמו דהאריך בזה ההפלאה לכתובות (דף כ"ב ע"א) בגמ' בד"ה והא שוויי' אנפשיה כו'. והטעם הוא כמש"כ השמ"ק לכתובות (דף י"ח ע"ב) בד"ה אמר לי' רבא כיון שהגיד אינו חוזר ומגיד כו' וכמו דפי' רש"י שם ואף באומרים אנוסים היינו מחמת נפשות דה"ל אמתלא טובה אפ"ה לא מהימני משום דנפק להו זה מן פסוק דאם לא יגיד וכמו דפירש בשמ"ק שם ע"ש. ועיין בפני יהושע לכתובות שם בד"ה א"ל רבא כו'. ואי נימא לחלק דבהודאת פיו נאמן לחזור ע"י אמתלא ושאני עדים דא"נ לחזור אף ע"י אמתלא כדנפק לי' זה מקראי א"כ הא הוי מצי הש"ס לדון הקו"ח למילף הודאת פיו מן העדאת עדים בקו"ח דמה פיו דלא אלים כ"כ דהא עדיין יכול לחזור ע"י אמתלא ואפ"ה מחייב שבועה כש"כ העדאת עדים דאלימא טובא דהא אינם יכולים לחזור מעדותם ע"י אמתלא ואין להם שום טצדקי לבטל עדותם דכש"כ דמחייבי שבועה. [ואין לומר בזה דשאני עדים דמה דאינם יכולים לבטל עדותן ע"י אמתלא דזהו ע"פ גזה"כ כנ"ל דזה אינו דהא גם בהקו"ח דמה פיו שאינו מחייבו קנס כו' ג"כ אף דזהו ע"פ גזה"כ מ"מ דייניו הקו"ח וכמו בכולי הש"ס דגמרינן בקו"ח אף במה דהוי רק מגזה"כ]. והך קו"ח הוי עדיפא מן הקו"ח דגמרי במה פיו שאין מחייב קנס כו' דהנה הט"ז בח"מ סי' ל' סעיף ה' כתב דעדים ע"י צירוף אינן מחייבין שבועה משום דהא עיקר הקו"ח דר"ח הוא ממה שפיו אינו מחייבו קנס ועדים מחייבין קנס א"כ עדים ע"י צירוף דאינן מחייבין קנס אינן מחייבין שבועה ע"ש. אבל אם הי' דנין הקו"ח הזה אז הדין נותן דאף בעדות מיוחדת ג"כ חייב שבועה על השאר ע"פ דין קו"ח הזה דהא גם בעדות מיוחדת שייך הקו"ח דכיון דאינם נאמנים לחזור מן עדותם ע"י אמתלא א"כ מצינו בהו מעלה יתירה מן הודאת פיו והך סברא דהודאת פיו ישנו בחזרה דאמתלא משא"כ בעדים הוא כעין מה דאמרו שם מה לפיו שאינו בהכחשה והזמה ע"י אחרים ובזה הוא להיפוך. ועוד דהא אמרו שם מתחלה ומה פיו שאין מחייבו ממון כו' עדים שמחייבין ממון כו' והא הודאת בע"ד כמאה עדים מאי ממון קנס כו'. ואי נימא דמחלקינן בזה בין הודאת בע"ד לעדים בנותן אמתלא לדבריו א"כ שפיר יש לפרש הך קו"ח בממון ג"כ בזה האופן דפיו אינו מחייבו ממון בהחלט דהא עדיין בידו אם יהיה לו איזה אמתלא דיתן יהיה פטור משא"כ בעדים ול"ל למיהדר בי' ממאי דאמר מעיקרא לדון הקו"ח מן ממון דהא גם גבי ממון משכחת כה"ג. וע"כ מוכח מכל זה דכמו דבעדים א"נ לחזור ע"י אמתלא דה"ה בהודאת בע"ד וכמו דהקשו שם והא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי. ואפשר דזהו כוונת הגמ' שם דכיון דאמרו לכללא

דהודאת בע"ד כמאה עדים א"כ ממילא דין הודאת בע"ד כמאה עדים גם לענין אמתלא דאינו יכול לחזור כלל וכמו בעדים ע"כ לא משכחת שום גוונא דישתנה הדין להקל על הנתבע בהודאתו ביותר מן עדים המחייבין אותו. א"כ מוכח מסוגיא זו דגם בהודאת בע"ד א"נ לחזור אף שיתן אמתלא:

אכן אף שזהו ראיה מוכחת עכ"ז י"ל דאינו מוכח מסוגיא זו רק היכא דתבעו דהא מיירינן בסוגיא זו בהודאת פיו דמודה במקצת דשם בעינן דיהיה תביעה קדמה להודאה כמבואר בהר"נ פ' שבועת הדיינין אבל היכא דלא הי' תביעת הבע"ד רק מודה מעצמו בזה אכתי י"ל דיהיה נאמן לחזור ע"י איזה אמתלא שיתן וכן ראיתי בקצה"ח סי' פ"א ס"ק כ"א שכתב בשם המרדכי פ' מי שמת דמשמע דס"ל דנאמן ליתן אמתלא אף בהודאת ממון דז"א רק היכא דהודה בלא תביעה אבל היכא דהודה ע"י תביעה לא מהני האמתלא וכמש"כ המהרי"ט ח' אה"ע סי' ח' דלא מקבלין אמתלא אלא כשמודה מעצמו אבל לא היכא דיש מי שתובעו דאין עשוי להודות כו' וכן מצינו בממון כו' ע"ש עכ"ל הקצה"ח. א"כ מן מש"כ מוכח כדברי המהרי"ט והקצה"ח דהיכא דהוי ההודאה ע"י התביעה לא מהימן ע"י האמתלא:

ועפ"ז יש לפרש להתוספתא ריש ב"מ דהובא לקמן בש"ך סי' פ"א סעי' כ"ב ס"ק נ"ו הודאת בע"ד כמאה עדים אימתי בזמן שטענו והודה אבל הודה מפי עצמו יכול לחזור בו כו' והאריך הש"ך לבאר דהתוספתא מיירי בהודאה בב"ד ויש מי שפירשו דכוונת התוספתא בטוען משטה והש"ך פירש דמיירי בטוען טעיתי ומחלקינן בזה בין הודאה ע"י תביעה למודה מעצמו ע"ש. אכן לפי מש"כ יש לפרש בפשיטות לכוונת הך תוספתא דכוונתו בנותן אמתלא טובה על מה שהודה וזה שאמרו הודאת בע"ד כמאה עדים דכמו דהעדים אינם נאמנים לחזור אף בנותנים אמתלא דה"ה בהודאת בע"ד דאינו נאמן אף שיתן אמתלא וזהו בזמן שתבעו והודה אבל הודה מפי עצמו יכול לחזור בו בנותן אמתלא. וכמש"כ המהרי"ט וכדמשמע במרדכי וכמש"כ הקצה"ח. ובאמת מצינו דאף אמתלא שאינה מן השטאה והשבעה ג"כ נאמן הבע"ד וכדמצינו בח"מ סי' מ"ז סעי' א' דיכול המלוה לומר דכוונתי היה לדחות להבע"ח. אך י"ל דשא"ה דבעת שאמר מתחלה אמנה הוא לא היה אז בתורת הודאה לחובתו משא"כ היכא דבעת ההודאה הודה לחובתו עדיין י"ל דאף בהודה מעצמו אין נאמן ליתן אמתלא וכמש"כ הקצה"ח לדינא. וכמו שכתב הרא"ה המובא בהר"נ כתובות פ"ב והובא בהגהת הרמ"א באה"ע סי' מ"ז סעי' ד' דבאומרת נתקדשתי לפלוני לאו כל כמינה לחוב לו. דמשמע דאף בהודית בלא תביעה ג"כ אינה נאמנת ליתן אמתלא וה"ה בהודאת ממון לחובתו: ב (שם סעיף א):

מי שטען כו' אבל אם בא לתקן טענה הראשונה ולומר כך נתכוונתי כו' שומעין לו כו'. ומיירי הכל בנתבע אבל בתובע אם יכול לחזור ולתקן טענתו הראשונה לא מבואר כאן להדיא. ובירושלמי דכתובות פ' י"ג סוף ה"ד ובירושלמי שבועות פ"ו סוף ה"ד בסוגיא דפלוגתת אדמון ורבנן בטוענו כדי שמן והודה בקנקנים דמוקמינן בטוענו קנקני שמן וכמו בש"ס דילן כתובות (דף ק"ח) ופריך ע"ז שם בירושלמי וישאלוני' הכוונה דישאלו הב"ד איך היה כוונתו אם טענו שמן וקנקנים או שמן בלבד ומשני והוא דאישתתק התובע ואין לשואלו. וכתב המראה הפנים לשבועות שם בד"ה וישאלוני' כו' שמעינן מהכא דהיכא דאיכא ספיקא בטענת התובע ובמשמעות לשונו נאמן הוא לומר כך היה כוונתי כדי לחייב לזה שד"א ומרוב פשיטותו לא זכרו הפוסקים לזה שהרי אפי' בנתבע אמרינן דחוזר וטוען כל היכא שאינו סותר טענתו הראשונה כמבואר בסי' פ' עכ"ל המראה הפנים: הנה מה דפשיטא ליה למילף מהירושלמי דלדינא גם התובע יכול לחזור ולתקן דבריו הראשונים הנה לדעתי קשה לבנות יסוד ע"ז דראיתי בשיטה מקובצת לכתובות (דף ק"ח ע"ב) בד"ה עשרה כדים מלאים שמן כו' כי פליגי דא"ל עשרה כדי שמן סתמא כו' אדמון סבר יש בלשון הזה לשון קנקנים כו' ורבנן סברי אין בלשון הזה לשון קנקנים דכיון דאמר סתמא הכי משמע מלא עשר כדים יש לי אצלך ולא קנקנים וז"א קנקנים ולא שמן ומה שהודה לא טענו שהרי שמן בלא קנקנים טענו ואפי' אי הדר ופשיט ליה למילתי' ואמר קנקנים ושמן טענתי לא משגחינן ביה דאמרינן ודאי שמן בלא קנקנים טענו והשתא הוא דקא הדר ביה ואינו טוען וחוזר וטוען ופטור דבעינן הודאה ממין הכפירה רש"י במהדורא קמא עכ"ל השמ"ק. הרי להדיא דכתב השמ"ק בשם רש"י במ"ק דלרבנן דס"ל אין בלשון הזה לשון קנקנים דאף היכא דמפרש בפירוש התובע לאח"ז דכוונתו היה גם על קנקנים אין שומעין לו לתקן דבריו הראשונים וה"ל טוען וחוזר וטוען וחזינן דרש"י במ"ק והשמ"ק לא ס"ל למה דמבואר בירושלמי להדיא דאף דרבנן ס"ל דאין בלשון הזה לשון קנקנים דמ"מ אם יאמר התובע לפרש לדבריו הראשונים דנאמן לחייב להנתבע שד"א ומטעם זה מוקמי בירושלמי שם להך פלוגתא דאדמון ורבנן דמיירי בנשתתק לאחר שטענו. ואלו רש"י והשמ"ק כתבו להיפך. ומוכח מזה דס"ל דכיון דלא אמרו בש"ס דילן על הך פלוגתא דאדמון ורבנן דמיירי בנשתתק דמוכח מזה דהש"ס דילן לא ס"ל כן משום דאי נימא כהירושלמי ה"ל להש"ס לפרושי להך מילתא:

וכעין זה כתב הבית יוסף לקמן בסי' פ"ח ס"ק ך' על מה דאמרו שם בכתובות (דף ק"ח) דאמר רבא דכ"ע היכא דא"ל עשרה כדי שמן יש לי שמן קא טעין ליה קנקנים לא קא

טעין כו' ומפרש רבינו שמן קטעין ליה קנקנים לא קטעין ליה שאם הודה בשמן וא"ל התובע א"כ השבע לי על הקנקנים שהרי הודית במקצת הטענה שכשטענתי כדי שמן כוונתי היה על הקנקנים ג"כ ואשמועינן רבא דלא חיישינן ליה דאין במשמע כדי שמן קנקנים ואין כאן מודה מקצת ולא ישבע עליהם אלא שבועת היסת כו' עכ"ל הבית יוסף. הרי דכתב הבית יוסף על מה דאמרו שם דכ"ע היכא דא"ל עשרה כדי שמן דשמן קטעין קנקנים לא קא טעין דאף היכא דאומר התובע שכוונתו היה מתחלה לתבוע גם להקנקנים דאין שומעין לו. וכן הוא במשמע דברי הראשונים והטוש"ע שם בסי' פ"ח סעי' י"ח לכל הרואה שם. א"כ זהו דלא כמו דאמרו בירושלמי דמוקמי דמיירי בנשתתק לאחר שטען. וידעתי מה די"ל דדוקא במה דפליגי אדמון ורבנן כדמוקמינן שם דמיירי באומר כדים שמן דאדמון ס"ל דיש בזה לשון קנקנים ורבנן ס"ל דאין בלשון הזה לשון קנקנים דכיון דאדמון ס"ל דיש בזה לשון קנקנים ע"כ אף לרבנן דס"ל דאין בלשון הזה לשון קנקנים מ"מ ס"ל דאם בא לתקן לדבריו הראשונים שומעין לו. אבל במה דכ"ע ס"ל דאין בלשון הזה לשון קנקנים בזה אין שומעין לו אף בבא לפרש לדבריו משום דלשון כזה משמע כמו דאמר בפי' דאינו תובע להקנקנים רק השמן. א"כ מן דברי הבית יוסף וסתימות הפוסקים והטוש"ע בזה אינו מוכח כ"כ דלא נקטו לדברי הירושלמי לדינא אכן מן השמ"ק ורש"י במ"ק מוכח דס"ל דכיון דבש"ס דילן לא הוזכר כלל דמיירי כל הסוגיא בפלוגתת אדמון ורבנן בנשתתק וע"כ כתבו להיפך מהמבואר בירושלמי:

ולפ"ז אין לנו מקום להוכיח מהירושלמי לדינא דאף התובע יכול לפרש לדבריו הראשונים וכמש"כ המראה הפנים משום דהא חזינן דהראשונים לא נקטו להירושלמי הזה. ומש"כ המראה הפנים שהרי אף בנתבע אמרו דחוזר וטוען א"כ כש"כ בתובע. זה אינו הוכחה די"ל דשאני בנתבע דהוי מוחזק לכן נאמן להחזיק משא"כ בתובע שבא להוציא ממון אפשר דא"נ להוציא מהמוחזק וע"כ דברי המראה הפנים אינם מוכרחין כ"כ לדון אף בתובע כן. אכן באמת מוכח לדון דאין לחלק בזה בין תובע לנתבע משום דמוכח בב"ב (דף ל"א) דהוא המקור דטוען וחוזר וטוען היכא דמתקן טענתו הראשונה דמבואר שם כן בקרקע. דהתובע הביא עדים דאבהתי' היא והמחזיק הקרקע טען של אבותי ולסוף טען אין דאבהתך וזבינתא מינך והאי דאמרי דאבהתי דסמיך לי כדאבהתי דהלכתא דטוען וחוזר וטוען. ואי נימא לחלק דבאמת אין זה ברור דיהיה יכול לחזור ולטעון רק מצד דהוי ספיקא אם נתכוין לזה מתחלה וע"כ היכא דהוי להחזיק נאמן משום דבמקום ספיקא הדין הוא דהממע"ה משא"כ בתובע הבא להוציא. א"כ לפ"ז היה הדין נותן שלא יהיה נאמן המחזיק את הקרקע לחזור ולטעון ולהוציא הקרקע מן מי

שיש לו חזקת אבהתא דהא בקרקע מעמידין כל ספק בחזקת בעלים הראשונים. ועיין בתוס' ב"ב (דף ל"ב ע"ב) ד"ה והלכתא כו'. ומוכח מזה דהך מילתא דטוען וחוזר וטוען לתקן דבריו הראשונים אין זה מצד ספיקא רק בתורת וודאי אמרו כן א"כ ממילא אין לחלק בין תובע לנתבע בזה. וכעין זה מצינו לקמן סי' פ"ח סעי' י"ד דיכול התובע לומר טעם על מה שלא תבע מתחלה לשעורים וכעין זה מצינו לעיל בסי' מ"ז סעי' א' ע"ש. ואף שיש לחלק בין הנאמר שם לשארי ענינים ועיין בט"ז בסי' פ"ח סעי' י"ד שם ובבאר היטב שם. אך לפי מש"כ למילף זה מן הך דב"ב הנ"ל שפיר מוכח לדון כן אף בשארי ענינים דכמו דהנתבע יכול לחזור ולטעון לתקן טענתו הראשונה דה"ה בתובע:

ואף שכתבתי לעיל דמוכח מן הש"ס דילן בכתובות (דף ק"ח) דלא הוזכר שם כלל דמיירי כל הסוגיא שם בנשתתק כמו דאמרו בירושלמי שם וכמו שהבאתי בשם רש"י והשמ"ק שם א"כ חזינן דהש"ס דילן ס"ל דאינו נאמן לפרש לדבריו הראשונים. עכ"ז העיקר כמש"כ דגם התובע נאמן לפרש לדבריו וכמו בנתבע. והא דאינו נאמן לפרש גבי תובע כדי שמן דתביעתו היה מתחלה גם על הקנקנים די"ל דשא"ה לענין לחייב שד"א להנתבע דהא במודה במקצת בעינן שיהיה תביעה קדמה להודאה וכמש"כ הר"נ בפ' שבועת הדיינין והובא בש"ך לקמן סי' פ"ח ס"ק ל"א ובס"ק ל"ד דאם הודאה קדמה לתביעה פטור מן שד"א. ע"כ י"ל גבי תביעת כדי שמן כיון דבעת התביעה לא פירש אז בפירוש דתובע גם להקנקנים ע"כ מקרי זה הודאה קדמה לתביעה אף דנידון דנאמן לפרש לדבריו דכוונתו היה גם לתבוע הקנקנים עכ"ז כיון דלא היה מפורש בתביעתו שתבע להקנקנים ע"כ מקרי זה הודאה קדמה לתביעה כיון דלא הי' מבורר בתביעתו זה ע"כ ס"ל להש"ס דילן דלא כהירושלמי בזה. אבל בשארי ענינים כ"ע ס"ל דגם התובע יכול לחזור ולתקן לדבריו הראשונים וכמו בנתבע ואין לחלק ביניהם וכמש"כ המראה הפנים:

ג (שם סעיף א):

מי שטוען כו' בד"א כו' כשנתחייב בדין בטענה ראשונה אבל אם יכול לזכות בדין גם בטענה הראשונה כו' יש לו לחזור ולטעון ולהפך כל מה שירצה מפטור לפטור כו'. וכעין זה מבואר לעיל סי' ע"ט סעי' ט' דבטוען להד"ם וחזר וטען פרעתי דכיון ששתי הטענות באות לפוטרו נאמן. וכן מבואר בטור בסי' ע"ט וכאן דנאמן במיגו דאי בעי הי' עומד בטענתו הראשונה. ועיין לעיל בסי' ע"ט ש"ך ס"ק כ"ג:

ויש להעיר ע"ז מהא דב"ב (דף ל"ט ע"ב) דתני בר קפרא ערער וחזר וערער אם מחמת טענה הראשונה ערער אין לו חזקה ואם לאו יש לו חזקה והטעם הוא כיון דהודה

דמחאתו הראשונה היתה בשקר א"כ הא הי' חזקה בלא מחאה ואין מוציאין השדה מן הלוקח המחזיק וכן קיי"ל לדינא בטוש"ע סי' קמ"ו סעי' ז'. ויש להקשות דהא יש להאמין להמערער על המחאה השניה דבמשכנתא באה לידו במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה דירד בגזלנות וכמו דמיחה בראשונה וכמו דאמרו הכא דהיכא ששתי הטענות באות לפוטרו מהימן במיגו דאי בעי הי' עומד בטענתו הראשונה. ואין לומר דזה מקרי מיגו להוציא דז"א דהא מצינו כה"ג בב"ב (דף ל"ה ע"ב) בתוס' ד"ה ואי דלי ליה כו' שהקשו דיהיה מהימן המערער במיגו דלפירות הורדתיו. הרי דזה לא מקרי מיגו להוציא משום דקרקע בחזקת בעלי' עומדת וכמש"כ התומים בכללי מיגו ס"ק ט' והנתיבות בכללי מיגו ס"ק ה'. ובאמת התוס' בב"מ (דף ק"י ע"א) ד"ה א"ל רבינא כו' כתבו שם בתירוץ השלישי דכה"ג מקרי מיגו להוציא דלא אמרינן כיון שאכל שני חזקה. א"כ לפ"ז א"ש מה דאמרו הכא דאם לא חזר וערער מחמת טענה הראשונה דיש לו חזקה משום דלא מהימן במיגו דזה מקרי מיגו להוציא. וכן לפי מש"כ התוס' שם בתירוץ קמא דלכן אינו נאמן בגזל בא לידו 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. דכיון דידוע דהחזיק ג' שנים בלא מחאה דמשכונא והוי כמו אנן סהדי דלא מהימן במיגו. אכן לפי מש"כ התוס' שם בתירוץ אמצעי דלכן אינו נאמן המערער לומר בגזלנות ירד במיגו דהיה במשכנתא משום דסבור להוציא גם הפירות שאכל. משמע דלולי זה היה מהימן במיגו משום דזה לא הוי מיגו להוציא וכעין סברת התומים הנ"ל וגם ס"ל דזה לא הוי מיגו במקום עדים. א"כ תקשה ע"ז דאמאי אמרו דאם שלא מחמת טענה הראשונה ערער דיש לו חזקה. דהא יש להאמין להמערער במיגו דאי בעי הי' עומד בדבריו הראשונים דבגזלנות ירד וע"כ אף עכשיו דאומר דירד במשכנתא יהיה מהימן במיגו ותקשה כנ"ל: ויהיה מזה סייעתא לדברי האו"ת בסי' ע"ב ס"ק ל"ה ובסי' קמ"ו ס"ק י"ד דמיגו חוץ לב"ד לא מהני וכעין דברי הסמ"ע בסי' קל"ג ס"ק ח'. דלפ"ז אתי שפיר דלכן אינו מהימן בעת שמיחה לפני עדים בשלשה שנים אחרונים דהיה במשכנתא במיגו דהיה אומר בגזלנות כמו דאמר בשלשה שנים ראשונים. משום דזה הוי מיגו חוץ לב"ד דלא מהני. והך דערער וחזר וערער מיירי במיחה לפני עדים וכמש"כ הרשב"ם שם. ועדיין תקשה לפי דברי הש"ך בסי' ע"ב ס"ק צ"א דדוקא היכא דצריך שבועה בנק"ח אמרו דלא מהני מיגו חוץ לב"ד לפי דהכל תלוי בשעת שבועתו שיפסקו לו הב"ד וכמו שהאריך שם הש"ך בזה. ועיין בסי' קל"ג ש"ך ס"ק ה' מזה. א"כ היכא דלא שייך סברא זו מהני מיגו אף חוץ לב"ד.

וכן מוכח מהא דח"מ סי' שמ"ח סעי' 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 מזה דמיגו אף חוץ לב"ד מהני ג"כ. וכן יש לדון בסוגיא דב"ב (דף קכ"ז). ובהא דאמרו דנאמן משום מיגו דבידו לגרשה. ובהר"נ פ' האומר גבי נשבית ופדיתי' ובשער המלך סוף ה' מכירה. ועיין מזה בנתיבות סי' קמ"ו ס"ק י"ז דחולק על האו"ת. וכבר הוכחתי במק"א דהעיקר כדברי הש"ך דמיגו אף חוץ לב"ד מהני. ועיין בנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' י"ח שהביא לדברי הש"ך הנ"ל. וע"כ תקשה עדיין במה דאמרו דאם שלא מחמת טענה הראשונה ערער יש לו חזקה דהא יש להאמין להמערער במיגו דאי בעי היה אומר כטענתו הראשונה:

וע"כ נלע"ד להוכיח מזה למש"כ הנתיבות בסי' ע"ב סעי' י"ח בס"ק ל"ד לפרש מה דאמרו דיכול לשנות מפטור לפטור במיגו דאי בעי הי' עומד בטענתו הראשונה דאין זה בתורת מיגו ממש דהא מבואר בכנה"ג בכללי מיגו דכל שבא לסתור דבריו הראשונים לא מהימן אף במיגו וכמש"כ הריב"ש כו' אלא הטעם הוא דטענה הראשונה לאו בדיוק אמרה וכמש"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק קל"ג וחשבינן לי' כאלו לא אמר כלל ואין זה שייך רק היכא דהדין הוא דאם לא אמר כלל בראשונה היה יכול לטעון כמו דטוען עכשיו והי' נאמן. אבל היכא דאם לא אמר כלל בראשונה לא היה נאמן עכשיו אז אינו נאמן לחזור מדבריו הראשונים אף דיש לו מיגו והאריך בזה וכ"כ הנתיבות בסי' ע"ט ס"ק ד' ע"ש. ולפ"ז אתי שפיר במה דאמרו דאם לא מחמת טענה ראשונה ערער יש לו חזקה. משום דכיון דדבריו האחרונים סותר לדבריו הראשונים וחשבינן לי' כמו דלא אמר לדבריו הראשונים כלל ע"כ הוי ממילא חזקה בלא מחאה במה שהחזיק ג' שנים ראשונים וע"כ יש לו חזקה משום דתורת מיגו לא מהני בזה כדברי הנתיבות בשם הכנה"ג והריב"ש הנ"ל ויהיה מזה סייעתא לדברי הנתיבות בהכלל שלו הנ"ל. אך בערער וחזר וערער בתוך ג' שנים אין לו חזקה וכמש"כ הרא"ש בב"ב שם לחלוק על הרשב"ם שם וכ"כ הטור בסי' קמ"ו והובא בבאר הגולה לסי' קמ"ו סעי' ז' ס"ק ת'. משום דבתוך ג' שנים שפיר יכול לחזור ולטעון מפטור לפטור דאם נימא דכיון דלאו בדיוק אמרה דהוי זה כמו דלא אמר כלל וכעין פירוש הנתיבות א"כ ממילא מועיל המחאה האחרונה כיון דלא עבר ג' שנים בלא מחאה משא"כ בערער וחזר וערער בכל ג' שנים מחולקים כנ"ל:

וראיתי בב"ח לטור בסי' קמ"ו ס"ק י"א שכתב לדחות לדברי הרא"ש החולק על הרשב"ם משום די"ל דגם הרשב"ם ס"ל כמו המבואר בסי' ע"ט דיכול לשנות מפטור לפטור אלא

גבי חזקה שאני דיכול המחזיק לומר דלא חששתי למחאתו לפי שהוחזק לשקרן וכיון דיש לו אמתלא ע"כ מהני חזקה שלו כו' עכ"ל הב"ח. וכבר הקדימו בסברא זו השיטה מקובצת לב"ב שם שכתב בשם הרשב"א כן בזה"ל דיכול המחזיק לומר דכל שזה מתהפך מטענה לטענה ונראה כמשקר כו' חשבתיו כמתעתע ולא נזהרתי בשטרי כו' וכ"כ שם בשם הר"י בן מיגש ע"ש. ולדעתי נראה לפרש ביותר ביאור לדברי הרשב"ם די"ל דמודה במה דמבואר בסי' ע"ט והכא בסי' פ' דיכול לשנות מפטור לפטור משום דאמרינן דלאו בדיוק אמרה וכעין דברי האו"ת והנתיבות הנ"ל. אך דס"ל להרשב"ם דלא אמרינן כן אלא היכא דבא להחזיק ולהפטר דבזה לא מדייק כ"כ אבל הכא גבי חזקה דהמחזיק מחזיק השדה והמערער בא להוציא השדה ממנו דבזה ה"ל להמערער למידק שפיר 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 ע"כ ה"ה הכא דכיון דלא יכול לומר דסמכתי על המוחזקות שלי דהא לא הוי מוחזק ממש בהקרקע לכן ה"ל למידק ואינו חוזר וטוען. ודומה למה דאמרו הכא דבכתבו הטענות אינו חוזר וטוען אף דיש לו מיגו וכמש"כ הנתיבות בסי' ע"ב בס"ק ל"ד משום דכיון דה"ל למידק שאני וה"ה בזה כן י"ל בכוונת הרשב"ם וזהו כעין דברי הב"ח הנ"ל:

אכן לפי דברי הרא"ש והטור דחולקים על דברי הרשב"ם ואינם מחלקים בין הך דחזקה להך דאמרו דיכול לשנות מפטור לפטור. בע"כ מוכח לומר כמש"כ לעיל לתרץ להך דערער וחזר וערער כו':

סימן פא

א (סעיף ב' בהג"ה):

וה"ה אחרים שהודו לו או שתקו לצוואתו הוי כהודאה כו'. והש"ך ס"ק ט' כ' דדוקא הכא שיש לומר שהש"מ אומר אמת כו'. והט"ז הקשה ע"ז מלקמן סעי' ז' דאם שתק מתחלה עד סוף יכול לומר לא חששתי להשיבך ולא הוי כהודאה. והט"ז באה"ע סי' ק"ו ס"ק ג' העלה לחלק דשאני בנידון הא דסי' פ"א בהג"ה הנ"ל דמקורו הוא במרדכי פ' זה בורר באשה שצותה לבנה שיתן שבעה זקוקים לפלוני מנכסי' והבן שתק ואחר מותה אומר שלא נשבעה על הכתובה דהשיב דשתיקה של הבן הוי כהודאה דכיון דע"פ דין אם תשבע על הכתובה שיש לה דתטול הכתובה ואין להבן חוב על אמו רק להכריחה לשבועה ע"כ בזה אמרו דשתיקה הוי כהודאה עכ"ל הט"ז באה"ע. וכעין זה כתב המל"מ פ' יו"ד ה' זכי' ה' ט' דשאני בנידון המרדכי בשם הראבי"ה דמה"ת הנכסים בחזקתה אלא

דרבנן רמו עליה שבועה ע"כ אמרו דשתיקה הוי כהודאה עכ"ל המל"מ. ולפ"ז מתורץ קושיות הט"ז הכא שהקשה ע"ז מלקמן סעי' ז':

ענף א:

ונלע"ד להביא ראיה דבכה"ג דנידון המרדכי בשם הראבי"ה אמרינן דשתיקה כהודאה דמי. והוא דאיתא בב"ק (דף צ"ו ע"ב) המחליף פרה בחמור וילדה כו' זה אומר ברשותי ילדה והלה שותק זכה בה כו' וכתבו התוס' שם בד"ה והלה שותק כו' דלמ"ד לא ברי עדיף אומר ר"י שהוא מפרש דשתיקה כהודאה דמיא ולא כאומר איני יודע עכ"ל התוס'. הרי להדיא דאמרינן שתיקה כהודאה וכן איתא בב"מ (דף ק' ע"ב). וכן פסקו בח"מ סי' רכ"ג סעיף ה'. ומדסתמו שם משמע דאף בשתק השני מתחלה עד סוף דדיינינן שתיקה כהודאה דמיא. ולכאורה קשה מזה על מה דמבואר בח"מ סי' פ"א סעיף ז' דבשתק מתחלה עד סוף יכול לומר לא חששתי להשיבך ולא הוי כהודאה. וע"כ מוכח לחלק דשאני התם בהמחליף פרה בחמור וילדה דה"ל דרא דממונא דנולד הספק לב"ד בלא טענותיהם וידוע לנו דיש להצדדים שייכות להענין שמחולקים ע"כ אמרינן בזה דשתיקה כהודאה דמי דלא ה"ל לשתוק בכה"ג ורק היכא דאין לנו שום ספק כלל בלא טענותיהם אז אמרינן דשתיקה לא הוי כהודאה משום די"ל לא חששתי להשיבך. והתם בב"ק הך דהמחליף פרה בחמור דאתיא כסומכוס כמבואר בב"מ (דף ק' ע"ב) אין זכות לשום אחד מהם רק ליטול המחצה אבל לא יותר מהמחצה כלל ואפ"ה אמרינן בזה שתיקה כהודאה. כש"כ בחוב כתובה דע"פ דין תורה נאמנת ליטול כל הכתובה רק רבנן רמו עליה שבועה ע"כ בוודאי אלימא זכות האשה בכתובתה ביותר מן זכות שיש להבע"ד בדרא דממונא ע"כ כיון דאמרינן שם דשתיקה כהודאה דמיא דלא ה"ל לשתוק בכה"ג כש"כ דאמרינן כאן באשה שצותה ליתן מכתובתה לפלוני דשתיקה כהודאה דלא ה"ל לשתוק בכה"ג. ומוכח כסברת המרדכי בשם הראבי"ה. ולפ"ז יוצא לנו דין מחודש דהיכא דיש לנו לידת הספק כעין הך דב"ק וב"מ הנ"ל דבזה אמרינן שתיקה כהודאה דמי. והא דב"מ (דף ל"ז) שאני דהא לא הוי התם דרא דממונא ועוד יש לחלק כמו דיתבאר לקמן. ואין סברא לומר דהך דב"ק (דף צ"ו) וב"מ (דף ק) דמיירי שם בתבעו בב"ד אבל בתבעו חוץ לב"ד שאני ועיין בסי' פ' ובאורים סי' פ"א ס"ק י"ב. דא"כ איך סתמו בגמ' ובש"ע סי' רכ"ג בזה:

ועוד נלענ"ד לומר בישוב קושיות הט"ז בהקדם דברי התוס' ב"מ (דף כ' ע"א) ד"ה ש"מ איתא לדשמואל כו' שכתבו וא"ת ניחוש שמא מכרה במעמד שלשתן כו' וי"ל דליכא למיחש שמא מכרה במעמד ג' כו' ואי איכא עדים נשיילינהו אם אומרים שנתרצה הבעל

או שתק א"כ מודה שהשובר שקר כו' עכ"ל התוס'. וכ"כ הרא"ש בכתובות פ"ט סי' י' בזה"ל וי"ל דליכא למיחש דאם שתק הבעל כשמכרה כתובתה הרי הודה שהשובר שכתבו היה שקר שאם היה אמת היה לו למחות כו' עכ"ל הרא"ש. ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעיף י"א מש"כ שם על דברי התוספות והרא"ש הנ"ל. ולכאורה יש להעיר במש"כ התוס' והרא"ש דאם שתק הבעל בעת המכירה דזה הוי כהודאה דהשובר שקר הא מצינו בט"ז אה"ע סי' ק"ו ס"ק ג' שכתב שם לחלק בנידון המהר"ם דשם דאין לומר שתפסיד ע"י שתיקתה די"ל שהיא סומכת על שטר כתובה ומה לה לווכח עמו בזה כו'. וכעין זה כתב האו"ת כאן בס"ק ט' להלכה למעשה בש"מ שציוה לפני יורשיו שאין חייב לשום אדם והיורשים שתקו ואח"ז הוציאו שטרות עליו דלא אמרינן בזה שתיקה כהודאה דיכולים לומר דסמכו על השטר שת"י. א"כ לפ"ז הדעת נוטה הכא דאף ששתק הבעל בעת שמכרה הכתובה דמ"מ יהיה יכול הבעל לומר דמה ששתקתי זהו לפי דסמכתי על השובר שהיה אז ת"י מקודם דנפל ממנו ובפרט דיש לו מעלת מוחזק ג"כ ומעלת השובר שהיה אז ת"י וע"כ לא היה לו לווכח עמה בזה א"כ תקשה איך כתבו התוס' והרא"ש בפשיטות דשתיקה של הבעל הוי כהודאה. ובאמת אינו קשה דיש לחלק דשא"ה דמכרה הכתובה לאחד וע"פ מה דשתק הבעל בעת המכירה ולא הראה את השובר אז ע"כ סמך הלוקח ע"ז ונתן מעות המכירה ליד האשה א"כ גרם הפסד להלוקח הכתובה במה ששתק וזהו אסור ע"פ דין וכמבואר כעין זה בח"מ סי' קמ"ו סעיף י"ז סמ"ע ס"ק ל"ט ע"ש. ואף דהתם אם טוען דעשה כן משום דהשני נוח לו כו' נאמן שא"ה דבא להוציא מן חבירו ושייך בזה לומר האמתלא הלז משא"כ היכא דהוא מוחזק מעיקרא דלא שייך אמתלא זו וכמש"כ מזה בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעיף י"א. וכמבואר בש"ך סי' קכ"ג ס"ק כ"ד. ע"כ בכה"ג דייניין דשתיקה הוי כהודאה דאל"כ היה לו למחות כיון דאין לו טובה כלל מזה וע"כ תלינן דעשה במה ששתק כדין ולא בא מכשול כלל ע"י שתיקתו והלוקח קנאו בהכשר וכדין:

אך עדיין יש להעיר דניחוש שמא נתנה הכתובה במתנה במעמד שלשתן דאינה יכולה למחול וכקושיות התוס' והרא"ש בב"מ שם ואף בחשש טירפא שלא כדין ממקבלי מתנה ג"כ חיישינן כמבואר בב"מ (דף י"ט ע"כ) ובשא"ד. ובחשש שמא נתנה במתנה לא שייך לומר הסברא שכתבתי לחלק דשאני היכא דבא מכשול ופסידא לחבירו ע"י שתיקתו. דהא לא נתן מעות ע"ז ושאני במכירה דהוציא מעות מכיסו ע"י שתיקתו. אך באמת מדחזינן לפי תירוץ של התוספות והרא"ש הנ"ל דאתי שפיר דלפ"ז אף למקבל מתנה ג"כ לא חיישינן דע"כ מוכח דגם בחשש למקבל מתנה ג"כ קרינן דבא הפסד ע"י

שתיקתו והוא דהא מצינו בח"מ סי' קכ"ט סעיף ה' דמי שנתן מתנה לחבירו והעמיד לו ערב י"א דהוי כשעת מתן מעות כו' וכתב הסמ"ע שם בשם ר' ירוחם דהסברא ראשונה עיקר משום דבשעת המתנה נחשב כשעת מתן מעות כו' ועיין בש"ך שם. וי"ל דטעמם הוא דכיון דאמרינן דאי לאו דה"ל הנאה מיניה לא הוי יהיב לי' ע"כ הוי זה כמו מתן מעות בשעת המתנה דיכול להיות דבשעת המתנה נתן לו המקבל להנותן איזה טובת הנאה. או אפשר דאמרינן דכיון דקיבל הנותן איזה טובה מהמקבל מתנה מכבר ע"כ יכול להיות דאם לא היה מתרצה להיות מרב עבור המתנה דאפשר דהיה נותן איזה מתנה אחרת במזומן להמקבל. וה"ה בנידון הך דב"מ הנ"ל דאפשר דאם לא היה שותק הבעל בעת שנתנה הכתובה במתנה דאז היתה נותנת איזה מתנה אחרת וטובת הנאה וכיוצא להמקבל. וכן אפשר דבעת ששתק הבעל בעת שקיבל המקבל מתנה זאת המתנה דאז היה נותן איזה מתנה או איזה טובת הנאה אחרת להאשה וע"כ קרינן בזה דע"י שתיקת הבעל הגיע פסידא להמקבל מתנה דאם הבעל מיחה אז יכול להיות שהאשה היתה נותנת איזה מתנה אחרת ע"י איזה החזקת טובה להמקבל מתנה וגם אז לא הי' המקבל מתנה רואה להחזיק איזה טובה ומתנה להאשה וכמו דאמרו דערב בעת המתנה נחשב כמו ערב בשעת מתן מעות. ואף להחולקים שם יש לחלק דשאני נידון דידן והחילוק הוא פשוט לכל המעיין וקצרתי:

וכעין זה מצינו בגיטין (דף נ' ע"ב) דאמרינן דמתנה נמי דאי לאו דאית ליה הנאה מיני' לא יהב ליה מתנה דכפסידא דלקוחות דמי ומבואר ברא"ש שם דכן קיי"ל לדינא וכמבואר בח"מ סי' קי"א וסמ"ע ס"ק א'. ומה דיש לדון בהא דמגילה (דף כ"ו) וב"מ (דף ט"ז) ובקושיות טורי אבן שם ובשא"ד בענין מתנה כמכר הארכתי בכ"ז הרבה במק"א ואכמ"ל. וגם מספיקא אין לו להזיק לחבירו וכמבואר בח"מ סי' קנ"ה סמ"ע ס"ק י"ב בשם המ"מ וכל עקרי הדברים הללו הם ארוכים. אך אין לנו להאריך דהא חזינן מבואר להדיא בתוס' והרא"ש בב"מ שם דמוכח דס"ל דגם במתנה ושתק הבעל דדייניגן בזה דשתיקה כהודאה דמי דבמקום דמגיע פסידא לאחרים לא ה"ל לשתוק וגם במקבל מתנה מקרי פסידא כה"ג וע"כ אמרינן דמדשתק ש"מ דהאמת עם הנותן מתנה וזכה המקבל ואינו יכול לערער על המתנה. ולפ"ז מתורץ קושיות הט"ז הכא דשפיר כתב הרמ"א דאם שתקו לצוואתו הוי כהודאה וזכה המקבל משום דגם בזה שייך סברת התוס' והרא"ש דב"מ דאם לא היה האמת כדברי הש"מ לא ה"ל לשתוק ואז היה יודע המקבל מתנה דאין ממש במתנתו וגם הש"מ היה רואה אז דאין שום ממש במתנתו וע"כ אפשר דהיה נותן איזה מתנה אחרת להמקבל וגם המקבל מתנה לא היה מחזיק טובה להנותן אז אם היה

מוחה וע"כ דיינינן בזה שתיקה כהודאה דמי. ואין לחלק דשאני בהא דב"מ דמיירי שם בנתן במעמד שלשתן דהוי כקנין וכמבואר בסי' קכ"ו סעי' י"ג ובסמ"ע ס"ק ל"ו ובש"ך ס"ק נ"ד ע"ש. דזה אינו דהא גם כאן במתנת שכ"מ דהוי ג"כ כקנין דדברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמי א"כ גם כאן יש לדון לסברא זו דלא ה"ל לשתוק בעת שהקנה לחבירו וע"פ סברא שנתבאר. וא"ש דברי הרמ"א. ועיין לקמן השייך לזה במש"כ בחי' סעי' ז' בענף י"ב בארוכה:

ענף ב:

וי"ל דזהו כוונת המרדכי בשם הראבי"ה בפרק זה בורר שכתב דכיון דצותה בפניו ושתק הוי כאלו הודה כו' דזהו ג"כ ע"פ הטעם שכתבתי. אך זה אינו רק בשכ"מ דהוי כמו דאמר אתם עדי וכמש"כ המרדכי שם דתביעתו ה"ל כמו דאמר אתם עדי דאינו יכול לומר משטה. ומשמע דבריא אם הקנה בקנין לפלוני על פקדון שאומר שיש לו ביד חבירו והנפקד שותק ע"ז או אף דמודה לו על הפקדון יכול לומר משטה. [וכתבתי כן על פקדון משום דאלו בחוב הלואה הא לאו בר הקנאה הוא כיון דהוי דבר דאינו ברשותו] ואף דמבואר בסי' קכ"ו סעי' י"ג דבהודה במעמד ג' א"נ לומר משטה משום דהוי כקנין כו'. שא"ה במעמד שלשתן דהוי כקנין מצד הנפקד דעשו חז"ל כמו דזכה החפץ עבור המקבל ע"כ אמרו דא"נ לומר משטה משא"כ הכא דהקנין הוא מצד הנותן המתנה ולא מצד הנפקד היכא דלא היה במעמד שלשתן וגם לא היו הפרטים המבוארים בסי' קכ"ה סעי' ו' וסעי' ז' אם אמרו תן כזכי במתנה ע"ש. ע"כ יכול הנפקד לומר משטה בתבעו בריא. ובאמת מש"כ לעיל לדמות הך דאמרו במתנת שכ"מ דהוי כקנין משום דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין להא דאמרו דמעמד שלשתן הוי כקנין. באמת יש לחלק ביניהם דשאני מעמ"ג דהוא כקנין מצד הנמחה משא"כ קנין דדברי ש"מ ככתובין כו' הוא מצד הנותן המתנה ולא מצד הלוה והנפקד. ועכ"ז שפיר כתבתי לעיל להוכיח דכמו דמהני מה דשתק הבעל בעת שמכרה ונתנה האשה להכתובה במעמ"ג דזהו משום דאמרינן שתיקה כהודאה דמי בכה"ג א"כ ה"ה בנידון הא דסי' פ"א בשכ"מ ששתקו היורשים בעת צוואתו. דאם נימא דאמרינן בכה"ג שתיקה לאו כהודאה דמי משום דיכול לומר לא חששתי להשיבו א"כ ה"ה התם בב"מ (דף ך') דאם שתק הבעל הוי כמודה דתקשה דנימא התם ג"כ דיהיה יכול לומר לא חששתי להשיבך וממילא לא הוי כקנין אף דהיה במעמ"ג ואף לשיטת התוס' והפוסקים דמעמ"ג מהני אף בע"כ של הלוה והנפקד כמבואר בסי' קכ"ו סעי' ז' זהו היכא דהחוב והפקדון ידוע אבל היכא דאינו חוב ברור רק דאנו דנין מצד מה דשתק בזה שפיר י"ל דזה תלוי אם אמרינן שתיקה כהודאה בכה"ג או

לא משום דאם אמרינן בכה"ג שתיקה לאו כהודאה לפי דיכול לומר לא חששתי להשיבך א"כ ה"ה אף אם היה במעמ"ג ואין סברא לחלק ביניהם בזה ע"כ שפיר כתבתי להוכיח לדברי הרמ"א מן דברי התוס' והרא"ש דב"מ הנ"ל. ואתי שפיר מה דקיצר הרמ"א וכתב בסתימות דאם שתקו לצוואתו הוי כהודאה ואלו לפי מש"כ לעיל לחזק סברת הט"ז באה"ע שכתב בנידון הראבי"ה באשה שצוותה ליתן מכתובתה כו' דשא"ה דאם תשבע תטול הכתובה כו' וכמש"כ לעיל בארוכה. דא"כ לא ה"ל להרמ"א לקצר וה"ל למכתב בפירוש דמיירי באם יש להאשה הכתובה תחת ידה רק דלא נשבעה בזה דוקא אמרו דאם שתקו לצוואתו הוי כהודאה אבל היכא דאין להשכ"מ שום זכות כלל לסייעו בזה לא אמרינן דשתיקה הוי כהודאה. אבל לפי מש"כ לעיל הטעם בזה ע"פ דברי התוס' והרא"ש דב"מ (דף ך') א"כ לפ"ז בכל גווני הוי שתיקה כהודאה במה דשתקו לצוואת השכ"מ:

והא דמשמע הכא גבי שכ"מ אם היה נותן מתנה לאחר ושתקו לצוואתו דאם היו יכולין לומר משטה לא היה ממש במתנתו וכן משמע בסי' קכ"ו סעי' י"ג גבי מעמ"ג דדוקא משום דמעמ"ג הוי כקנין אבל לולי זה היה יכול לומר משטה ולא אמרינן בזה להסברא שכתבתי לעיל דע"י שתיקתו נגרם הפסד להמקבל מתנה וה"ה הכא שאמר בפי' הן אך דטוען משטה. משום דיש לחלק דהיכא דיכול לומר משטה אז לא נגרם שום הפסד להמקבל מתנה משום דזהו פשוט לכל דהיכא דלא הודה הודאה גמורה יכול לומר משטה ואין שום חולק ע"ז וכמבואר בסנהדרין (דף כ"ט) ובכל הסוגיא שם. משא"כ במה דאמרו דשתיקה לאו כהודאה דמי הא יש פלוגתא בכעין זה כמבואר בב"מ (דף ל"ז) ועיין בהריטב"א לב"מ שם ובאו"ת סי' פ' ס"ק ג' ואפילו נימא דיש לחלק בין הא דב"מ לנידון דידן מ"מ לאו כ"ע גמירי. וכבר כתבתי כמה פעמים בספרי נחל יצחק ע"ש בסי' י"ז סעי' י"ב ענף א' ובסי' מ"ב סעי' ט' דהעלתי דהיכא דיש פלוגתא בזה אף דלא קיי"ל כוותי' עכ"ז י"ל דטעו בזה. משא"כ היכא דלא מצינו פלוגתא כלל בזה אין לומר דטעו בזה. ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף א' מזה. וגם הא מצינו ביו"ד סי' קכ"ז ש"ך ס"ק י' דבשתיקה אף דלא הוי כהודאה ממש מ"מ רגלים לדבר מקרי כו' וכמש"כ התוס' ביבמות (דף פ"ח ע"א) ד"ה דשתיקה כהודאה כו' ובקידושין (דף ס"ו) בתוס' ד"ה רבא אמר כו' וע"כ אין לומר בזה דזהו דין פשוט לכל וידעו דשתיקה לאו כהודאה. דהא כיון דחזינן דעכ"פ רגלים לדבר מקרי ע"כ שפיר יש לדון הכא למש"כ לעיל דע"י שתיקתו נותן מקום מכשול לאחר שיטעהו ע"י שתיקתו ויגרום לו הפסד וע"כ לא אמרינן בכה"ג שתיקה לאו כהודאה אלא כיון דשתק מסתמא האמת כן והוי

כהודאה. לכן שפיר כתבתי לתרץ לדברי הרמ"א. ועיין בסי' פ"א סעי' א' בסמ"ע ס"ק ב' ובש"ך ס"ק ב' ובאו"ת שם ס"ק ב' ובאורים ס"ק ד' וקצרתי:

ענף ג:

והנתיבות בס"ק ד' כתב לתרץ לדברי הרמ"א ע"פ הא דב"מ (דף ו') דכתבו התוס' שם ד"ה הקדישה בלא תקפה כו' דכיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ע"כ הוי כתקפה ודייניגן דשתיקה הוי כהודאה וה"ה הכא במתנת שכ"מ דכיון דדברי שכ"מ ככתובין ומסורין א"כ הוי כתקפה והוי שתיקה כהודאה כו' עכ"ל הנתיבות. ואינו מחלק דשם מיירי בב"ד משום דס"ל כמש"כ לעיל דא"כ לא ה"ל לסתומי. ולענ"ד יש להקשות עליו דהא מסקנת הגמ' שם בב"מ דהקדש לא הוי כתקיפה וכמש"כ התוס' שם דלמה יצווח בשביל דבריו וגם אף בשתק מתחלה ועד סופו כתב הריטב"א שם דאפשר לומר דשתיקה לא הוי כהודאה ומתחלה רצו לומר דאף בשתק ולסוף צווח יהיה ההקדש כמו תקפה ולסוף מסקי דהקדש לא הוי כתקפה אף בשתק מתחלה עד סוף ע"ש. וגם הא כתב הפני יהושע שם דדוקא בשנים אוחזין דכ"א על המחצה שלו לא הוי מוחזק גמור בזה רצו לומר דתקפה או הקדישה בפנינו דנימא בזה דשתיקה הוי כהודאה אבל היכא דהוי מוחזק גמור ותופסו לבדו בזה לא אמרו דכיון דשתק אודויי אודי לי' ע"ש. א"כ הכא דהיורשים הם מוחזקין גמורים ע"כ אינו דומה כלל לדהתם. ובפרט לפי המסקנא דהקדש לא הוי כתקפה התם: וגם בעיקר דברי הנתיבות שכתב לדמות הך דנידון הראבי"ה דבמרדכי באשה שצוותה ליתן שבעה זקוקים לפלוני ואחר מיתתה טען שלא נשבעה על כתובתה כו' דכיון דדברי שכ"מ כמסורין דמי ע"כ דומה להקדישה דה"ל כתקפה. דאינו דומה דשא"ה בב"מ דטוען על גוף החפץ דהוא שלו משא"כ בנתנה מתנת שכ"מ להחוב שיש לה ע"פ כתובתה דהא גם האשה עצמה אין לה זכות בגוף החפץ כ"ז דלא החליטו לה הב"ד והוי מחוסר גובייגא. ועיין בכתובות (דף צ"ו ע"ב) תוס' ד"ה נכסי בחזקת כו'. ע"כ אין סברא לומר דמתנתה יהיה כמסורין ויהיה כמו תקפה. [ומש"כ המרדכי שם דה"ל כהודה שיש שבעה זקוקים כו' ואיך שבאו לידה בין במציאה בין מעיסתה קמצה כו'. אין זה ענין לנ"ד וקצרתי]. אך דברי הנתיבות הללו יש להם מקום לפי דברי בעל הלכות גדולות סוף ה' נדוי וז"ל מאן דאית לי' הלואה או פקדון גבי חבריה ואית ליה ברתי' ואית לה בעל ופקדי' לההוא הלואה לברתי' ושכיב הוא ושכיבת ברתי' אע"ג דלא מטא לידו דבעל מחיים דילה ירית לה בעל לההוא ממונא דתנן גיטין י"ג האומר תנו מנה לפלוני ומת יתנו לאח"מ ומסקנא דברי שכ"מ ככתובין ומסורין דמי כו' איתתא דיריתת ממונא מן בית נשא ממילא כדלא איתפקד בה א"נ אית לה ממונא גבי אינש מעלמא הלואה או

שטרא ושכיבת לא ירית לה בעל מ"ט דמחסרי גובייגא ולא דמיא לקמייתא דקמייתא אמרו רבנן דברי שכ"מ כמסורין דמי אבל האי ראוי הוא ובעל אינו נוטל בראוי כבמוחזק עכ"ל בה"ג הרי דס"ל להבה"ג דמתנת שכ"מ לחוב הלואה חשוב כמוחזק דחז"ל עשאוהו דה"ל כמו בא לידו ממש אף דהנותן לא ה"ל כמוחזק בחוב הלואה כ"ז דלא גבהו. ומן דברי בה"ג הללו מוכח דלא כמש"כ החלקת מחוקק באה"ע סי' ק' סעי' ב' ס"ק י"ג. והנה הקצה"ח בסי' רנ"ג ס"ק י"ט הביא בשם התה"ד סי' ש"נ ודברי ריבות סי' קכ"ח דפסקו דמתנת שכ"מ מקרי ראוי ועיין בב"ש סי' צ' ס"ק י"ג ובסי' ק' ס"ק י"ג מזה. אכן מן הבה"ג מוכח דס"ל דמתנת שכ"מ אף לחוב הלואה מקרי מוחזק. ומצאתי בשער משפט סי' רנ"ג ס"ק ו' שהעיר ג"כ לדברי הבה"ג הלז ועיקר הדברים ארוכין ואכ"מ להסביר לדברי הבה"ג: ולפי דברי הבה"ג דכתב דהא דאמרו דברי שכ"מ כמסורין דמי דה"ל כמו דבא לידו ממש. יש מקום לפ"ז לדברי הנתיבות דמדמה מתנת שכ"מ להקדישה דהוי כמו תקפה. אבל כבר כתבתי לעיל להקשות עליו דהא גם בהקדישה אין זה ברור דה"ל כמו תקפה ובפרט במוחזק גמור. ועוד יש לדון בעיקר דברי הנתיבות דאף דנימא דמתנת שכ"מ לחוב הלואה דה"ל כמו דבא לידו ממש ודומה זה להקדישה דה"ל כתקפה. עכ"ז יש לחלק ביניהם בפשיטות דהא קיי"ל דמתנת שכ"מ אינו קונה רק לאח"מ כמבואר בב"ב (דף קל"ז). והטור בח"מ סי' ר"נ סעי' א' כתב דמתנת שכ"מ קונה לכשימות למפרע משעת נתינה. ותמה עליו הבית יוסף שם שהרי אמרו מתנת שכ"מ אינו רק לאח"מ ועיין בקצה"ח שם ס"ק א' שהביא לדברי התוס' והרא"ש סוף פ"ק דגיטין. והנתיבות שם ס"ק א' דהביא לדברי המהרי"ט דכתב דמתנת שכ"מ הוי כמו דהשעבוד חל מהיום ועיקר זכותו הוא לאח"מ. א"כ לפ"ז לא שייך לומר דבעת הצוואה יהיה כמו תקפה כיון דעיקר זכותו הוא לאח"מ. וגם הא מסיק הנתיבות בסי' ר"נ ס"ק א' דהעיקר דאינו זוכה למפרע רק באמר הולך. וכן כתב הנימוקי יוסף לב"ב ד' ריי"ח סוף ע"א בהא דשתק ולבסוף צווח במתנת שכ"מ דדוקא בשתק לאח"מ אבל מחיים כיון דאינה חלה מתנת שכ"מ רק לאח"מ אפילו שתק יכול לחזור בו עכ"ל הנ"י והובא דברי הנ"י הלז בנתיבות סי' רמ"ה ס"ק ו' והכריע כן לדינא ודלא כדברי הקצה"ח שם ס"ק ד'. ועיין בסי' רמ"ה סעי' י' וסעי' י"א ובש"ך שם ס"ק ז' ועיקר הדברים הנ"ל יש לי מה להאריך ואכ"מ. אך אף לדברי הטור בסי' ר"נ דס"ל דמתנת שכ"מ נקנה למפרע וע"כ אף דנימא בהא דסי' רמ"ה סעי' י' דלא כהנמוקי יוסף הנ"ל אלא אף דשתק מחיים כיון דמת אז זוכה למפרע מעת המתנה וכמש"כ הקצה"ח בסי' רמ"ה ס"ק ד' אבל הכא דאתו עלה מהטעם דמדמה הך דמתנת שכ"מ להקדישה דהוי כמו תקפה וע"כ אמרו דמדשתק ה"ל כהודאה דאל"כ ה"ל

למצווח ע"כ שפיר י"ל כיון דמחיים לא זכה להמתנה רק לאח"מ נתברר למפרע כו'. א"כ ממילא אינו דומה להקדישה כיון דאז בעת הצוואה בפני היורשים לא היה אז כמסורין רק לאח"מ אז אמרו כן דזכה למפרע. ע"כ י"ל דשאני הקדישה דה"ל אז בעת שהקדישה כמו תקפה משא"כ במתנת שכ"מ דאינו זוכה מחיים רק ע"י למפרע ע"כ י"ל דלכן לא צווח אז. ובפרט דרבו החולקים וס"ל דלא אמרינן במתנת שכ"מ דזוכה למפרע וכמש"כ הקצה"ח בסי' רמ"ה ס"ק ד' בשם הרשב"א והר"נ ספ"ק דגיטין וכמש"כ הקצה"ח בסי' ר"נ ס"ק א' ובסי' קכ"ה ס"ק ה'. וגם הא הנתיבות עצמו הכריע בסי' רמ"ה דהעיקר כדברי הנ"י וכן הכריע בסי' ר"נ ס"ק א'. ע"כ ברור דהך דציוה לתת מתנה ושתקו היורשים בפני הנותן דאין זה דומה כלל להקדישה ולכן הדין נותן דשתיקה לא הוי כהודאה לפי הטעם של הנתיבות כיון דרבו החולקים וס"ל דמתנת שכ"מ אינה רק לאח"מ ולא אמרינן דנקנה למפרע וכנ"ל וע"כ בוודאי אין זה דומה להקדישה כלל. אכן לפי הטעם שכתבתי ליישב דברי הרמ"א ע"פ דברי התוס' והרא"ש דב"מ ד' כ' א"ש דברי הרמ"א לדינא:

ענף ד:

ועוד יש לדון בזה בהקדם הא דיו"ד סי' קכ"ז סעי' א' דהאומר לחבירו נתנסך יינך לפניך ושתק דשתיקה כהודאה:

דמי וכתב הט"ז שם ס"ק ב' דהא דמשמע הכא דאינו יכול לומר לא חששתי להשיבך דתקשה ע"ז מן ח"מ סי' פ"א דיכול לומר לא חששתי להשיבך וחילק בין איסור דמגונה לו לשתוק שאומרים עליו שהוא שותה איסור כו' וכוונתו להא דסי' פ"א סעי' ז'. ולענ"ד אפשר לומר בעיקר קושיות הט"ז הלז באופן אחר והוא די"ל דהך אמתלא דאומר לא חששתי להשיבך הוא נגד הרוב משום דע"פ הרוב הדרך שאם יודע כי האמת אתו ה"ל להשיבו ולא לשתוק והוי זה מילתא דלא שכיח ובאיסורין דהולכין אחר הרוב לא מהימן לומר לא חששתי להשיבך כיון דזהו מילתא דלא שכיחא ואינו נאמן נגד הרוב כמבואר ביו"ד סי' ר"ח סעי' א' דאם רוב אנשי המקום קורין לבשר מליח קדשים בשר מליח סתם אינו נאמן וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ה'. ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז מש"כ שם בענין אם נאמן נגד הרוב דליתא קמן. וע"כ בממון דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ נאמן לומר לא חששתי להשיבך ולכן פסק המחבר והטור בסי' פ"א סעי' ז' דבשתק מתחלה עד סוף נאמן לומר כו' ופטור משום דאין מוציאין מן המוחזק ע"פ הרוב. והא דמבואר בסנהדרין (דף כ"ט ע"ב) הא דאמר רב יהודה א' רב צריך שיאמר אתם עידי ל"ש אמר לוה ל"ש אמר מלוה ושתיק לוה כו' דבאמת לפי שיטת רב דס"ל בב"ב (דף צ"ב) דהולכין בממון אחר הרוב א"כ אף בשתק לוה מתחלה עד סוף א"נ לומר לא

חששתי להשיבך אלא אמרינן שתיקה כהודאה. והא דב"מ (דף ל"ז) דרב יהודה א' רב הלה שותק דשתיקה לאו כהודאה כו' אף דס"ל לרב דהולכין בממון אחר הרוב. שא"ה דידוע דאינו חייב רק לאחד מהם וכמש"כ התוס' בב"מ (שם ע"א) ד"ה גזל מחמשה כו' לסברא זו וע"כ שתק דסמך ע"ז ועפ"ז יש לפלפל בדברי האו"ת בסי' פ' ס"ק ג' שפלפל בהא דב"מ (דף ל"ז) הנ"ל. ועיין בכתובות (דף צ"ד ע"א) ובדברי מהרי"ו דהובא באו"ת שם וקצרתי. ולפ"ז י"ל בעובדא דראבי"ה שבמרדכי דהיה לה כתובה ולא נשבעה דאלו לא שתקו היורשים לא היו גובין הכתובה משום דאין מוריש שבועה וחיישינן לפרעון. א"כ הא העליתי בספרי נחל יצחק סי' מ"ג סעי' י"ד דע"י רוב בצירוף חזקת חיוב מוציאין ממון. א"כ התם ביש לה כתובה דיש שם חזקת חיוב וכיון דשתקו דלא שכיח לשתוק אם היה האמת כדבריהם ה"ל כמו רוב וחזקת חיוב ע"כ חייבין היורשים לשלם ודייניו בכה"ג שתיקה כהודאה. ולפ"ז הא דסי' פ"א סעי' ז' בשתק מתחלה עד סוף וטען הלוה פרעתי הדין נותן דחייב לשלם דדוקא בטען להד"ם אמרו שם דבשתק מתחלה עד סוף פטור אבל בטוען פרעתי דיש שם חזקה חיוב דה"ל רוב וחזקת חיוב ביחד דמוציאין ממנו הממון ולא מהני האמתלא דאומר לא חששתי להשיבך אף בשתק מתחלה עד סוף. כ"ז אמרתי מכבר והארכתי בראיות לזה ולתרץ בכמה דוכתי הסותרות בהך מילתא דשתיקה כהודאה:

אך באמת דוחק לומר כן דא"כ לא ה"ל להטוש"ע ולהפוסקים לסתומי ולומר דבשתק מתחלה עד סוף פטור ומשמע דאף בטוען פרעתי פטור ע"י האמתלא דאומר לא חששתי להשיבך וע"כ לדינא אין לומר כ"ז. ועיקר קושיות הט"ז ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק ב' מפני מה אמרו התם בשותק לדברי העד דשתיקה כהודאה והא בח"מ סי' פ"א אמרו דבשתק מתחלה יכול לומר לא חששתי להשיבך. באמת אין זה קשה כלל דהא כתבו התוס' ביבמות (דף פ"ח ע"א) בד"ה דשתיקה כהודאה דמיא כו' דלא הוי הודאה ממש דא"כ לא שייך לומר התם נאמן העד אלא הטעם הוא דכיון דשתק הוי רגלים לדבר כו' ובכה"ג נאמן העד כו'. וכ"כ התוס' בקידושין (דף ס"ו ע"א) ד"ה רבא אמר כו' והובא בש"ך יו"ד סי' קכ"ז ס"ק י'. ויש להסביר סברתם ע"פ מה דמצינו בתוס' חולין (דף ט' ע"ב) ד"ה התם הלכתא גמירי כו' דכיון דקינא ונסתרה יש רגלים לדבר ואיתרע לה חזקת טהרה וכ"כ התוס' בריש נדה. הרי דבמקום רגלים לדבר איתרע לי' החזקה שהיה מקודם. וה"ה י"ל בענין ע"א באיסורין דכיון דאם אין לנו חזקה הסותרתו הדין הוא דע"א נאמן אך אם יש חזקה הסותרתו אינו נאמן. ולכן כיון דשתק דיש לנו רגלים לדבר עי"ז ואיתרע לי' החזקת היתר ע"כ הוי כמו דבר דלא איתחזק דנאמן ע"א כן יש להסביר שיטתם. עכ"פ מצינו

דבהך מילתא דאמרו שם גבי ע"א נאמן באיסורין היכא דשתק הבע"ד דלאו הודאה ממש הוי אלא מהטעם דבכה"ג דשתק נאמן העד דאל"כ לא היה צריכין לנאמנותו של העד וכמש"כ הש"ך שם. א"כ ממילא אינו קשה קושיות הט"ז דמ"ש מהא דסי' פ"א דהא עיקר הטעם בע"א באיסורין דכיון דה"ל רגלים לדבר נאמן העד. א"כ התם בסי' פ"א בממון ובתביעת בע"ד דלא שייך לומר הטעם הלז שפיר אמרו דשתיקה לא הוי כהודאה ואף דאיכא רגלים לדבר עכ"ז הא אין מוציאין ממונא ע"י רגלים לדבר וכ"ז פשוט:

והנה הש"ך ביו"ד שם סי' קכ"ז ס"ק י"ח כתב במה שכתב המחבר שם דאם שתק ואח"כ הכחישו ואמר מה ששתקתי היה להתיישב בדבר ולחשוב בלבי לזכור אם הוא אמת נאמן דכ"כ ר' ירוחם סוף נט"ו מיהו בנכ"ג כתב דבא"ל נתנסך בפניך ושותק ואח"כ אמר לא שתקתי אלא מפני שלא חששתי לדברי העד לא מהני כיון דעד אחד נאמן באיסורין אבל בערוה דאין פחות מן ב' אם אמר שתקתי מפני שלא חששתי לדברי העד מהני עכ"ל. א"כ לפ"ז בוודאי אין מקום לקושיות הט"ז הנ"ל דהא היכא דע"א מעיד באיסורין כיון דע"א נאמן באיסורין ע"כ היה לו לחוש ולא לשתוק. אבל בסי' פ"א בתביעת הבע"ד שפיר יכול לומר לא חששתי לתביעת הבע"ד כיון דאין לו נאמנות כלל. והוא כש"כ מן ע"א בערוה דנאמן לומר לא חששתי לדברי העד וע"כ אין לבנות יסוד ע"פ קושיות הט"ז הנ"ל:

ומה שהקשה הש"ך בסתירת דברי ר' ירוחם אין זה קשה כלל לפי מש"כ הט"ז שם לחלק דדוקא באומר דלכן שתקתי לפי דראיתי להתיישב ולזכור כו' בזה כתבו דנאמן. אבל באומר דלכן שתקתי לפי דלא חששתי לדברי העד א"נ דבזה אמרינן שתיקה כהודאה דמי. א"כ ממילא אינם סותרים דברי ר' ירוחם כלל להדדי דדוקא באומר דראיתי לזכור האמת נאמן אבל באומר דלכן שתקתי לפי דלא חששתי כו' זה לא מהני וזה פשוט. והא דלא מהימן לומר דשתקתי לפי דלא חששתי כו' במיגו דאי בעי אמר האמתלא דראיתי לזכור האמת כו' י"ל בזה דזה הוי כמו מיגו דאינו יודע דלא הוי מיגו וה"ה בכה"ג דאומר דראיתי לזכור האמת א"כ לא ידע מתחלה וע"כ אינו רוצה לטעון כן. גם י"ל דזה דומה למש"כ הסמ"ע בסי' פ"א ס"ק ח' בשם המרדכי דאפילו לא היה עדים לא מהימן במיגו משום דהוי כמו מיגו במקום עדים וכן הוא במרדכי פ' זה בורר בשם הראבי"ה על מה דאמרו שם דשתקו לצוואתו ה"ל כהודאה. א"כ ה"ה י"ל בהא דע"א נאמן באיסורין אם שתק הבע"ד דה"ל כהודאה ע"כ אינו נאמן לומר דמה ששתקתי היה מפני שלא חששתי להשיבך במיגו דאי בעי אמר דשתקתי מפני שראיתי לזכור האמת דגם זה הוי כמו מיגו במקום עדים:

אך עדיין יש לפקפק ע"ז לפי מש"כ לעיל בשם התוספות והש"ך שם ביו"ד דהך שתיקה כהודאה דאמרו שם דלא הוי הודאה ממש רק עיקר הטעם דמחמת דשתק הוי רגלים לדבר ובכה"ג נאמן ע"א באיסורין אף דאיתחזק היתירא. ע"כ אין לומר בזה דה"ל כמו מיגו במקום עדים דהא זהו לא הוי הודאה ממש רק דה"ל כמו מיגו במקום ע"א ומבואר בתוס' ב"ב (דף ל"ד ע"א) ד"ה הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כו' דדוקא במקום דמחייב שבועה ועכשיו אינו מעיז פניו נגד העד אז אינו נאמן במיגו דהיה מכחיש להע"א. א"כ הכא גבי ע"א באיסורין דגם עכשיו בטענתו דלכן שתקתי לפי דלא חששתי לדברי העד ואומר דלא נתנסך בפניו ומכחיש להעד שאומר דנתנסך בפניו ע"כ שפיר יש להאמינו במיגו דאמר דלכן שתקתי לפי דראיתי לזכור האמת ולהתיישב כו'. ואפשר לומר דזה תלוי בהשני תירוצים שכתבו התוס' בב"ב (דף ל"ד) שם דבתירוץ א' שכתבו דלכן לא מהימן במיגו דאי בעי אמר לא חטפתי משום דלא חציף להכחיש את העד. א"כ הכא שגם עכשיו מכחיש להעד שפיר יש להאמינו במיגו אבל להתירוץ שכתבו שם בשם הריב"ם דלכן לא מהימן במיגו משום דהדין הוא דע"א נאמן לחייב שבועה ואם אינו נשבע הדין הוא שישלם וכ"כ הרמב"ן בחי' לב"ב שם דלכן לא מהימן במיגו דלא חטפתי משום דהדין הוא דע"א כ"ז שאינו נשבע להכחישו נאמן כשנים וה"ל מיגו במקום עדים. א"כ מטעם זה בע"א באיסורין דהיכא דנאמן דינו כשנים וכדאמרינן ביבמות (דף קי"ז) ובכתובות (דף כ"ב) ובסוטה (דף ל"א) דכ"מ שהאמינה תורה לע"א ה"ה כשנים וע"כ ה"ל כמו מיגו במקום עדים. וי"ל דאף לתי' קמא של התוס' ב"ב הנ"ל ג"כ מודו דבאיסורין דע"א נאמן לגמרי דדינו כשנים ולא מהני מיגו נגדו ושאני התם בממון דע"א אינו נאמן רק לחייב שבועה. ועיין באה"ע סי' מ"ב בב"ש ס"ק ו' ובמקנה שם ובבית מאיר ואבני מלואים שם ובש"ך ח"מ סי' נ"א ס"ק א' ובנתיבות שם בד"ה עוד כתב הש"ך דנ"מ אם יבוא אותו כו'. והדברים ארוכין ואכמ"ל:

וע"פ דברי המרדכי בשם הראבי"ה דכתב בהך דאם שתקו היורשים לצוואתו דהוי כהודאה דאף אם ליכא עדים רק דמודים שכך היה דמוציאין מהם וכמש"כ הסמ"ע בשמו כנ"ל. יש לסתור עפ"ז למה שרציתי לומר לעיל דהא דאמרו כן זהו משום דהוי בגדר רוב ובצירוף חזקת חיוב כו' כנ"ל. דא"כ ה"ל להיות נאמנים לומר דשתקו מפני איזה אמתלא כו' במיגו דהא לא שייך לומר דה"ל מיגו במקום עדים דהא לא הוי כהודאה ברורה רק משום רוב וחזקת חיוב ובוודאי נאמן במיגו נגד הרוב וחזקת חיוב והא מצינו בב"ב (דף ה') דאף נגד חזקה דתוך זמנו איבעיא דלא איפשיטא אם נאמן במיגו וה"ל איבעיא דלא איפשיטא דאין מוציאין ממון מהמוחזק וכמבואר בח"מ סי' ע"ח סעיף א' והא חזקה

תו"ז עדיפא מרובא וכש"כ דלא גרוע מן רובא והרי התם יש חזקת חיוב ג"כ ואפ"ה נאמן להחזיק ממונא ע"י מיגו א"כ ה"ה וכש"כ בכל רוב וחזקת חיוב דנאמן להחזיק ממונא ע"י מיגו ואין מוציאין ממנו. ועיין בכללי מיגו של האו"ת ס"ק צ' צ"א צ"ב מש"כ שם מזה בענין מיגו במקום מנהג וקצרתי. והעיקר בכוונת המרדכי והרמ"א בהא דשתקו לצוואתו דכתבו דה"ל כהודאה דוודאי כוונתם דה"ל הודאה גמורה וע"כ לא מהני מיגו נגדו:

ולדינא העיקר כמו דפסק הרמ"א דאם שתקו לצוואתו ה"ל כהודאה אף בשתקו מתחלה עד סופו ואף דהט"ז והאו"ת לא פסקו כן עכ"ז הא לפי מה שכתבתי לתרץ קושיות הט"ז אתי שפיר פסק הרמ"א לדינא וכן הכריע הנתיבות לדינא ואף שבעיקר תירוץ וסברת הנתיבות כתבתי לבאר דזה אינו לדינא עכ"ז הא העלתי טעם אחר לחזק דברי הרמ"א וע"כ קיי"ל כן לדינא. וכן העלתי לעיל להוכיח דהיכא דיש דררא דממונא דנולד לנו הספק בלא טענותיהם ותובעו הבע"ד והוא שותק דבזה אמרינן שתיקה כהודאה דמי אף בשתק מתחלה עד סופו משום דבכה"ג לא שייך לומר לא חששתי להשיבך. וכעין זה מוכח בהא דכתובות (דף י"ד ע"ב) דקרו לי' ממזר ושתק פסול דשתיקה כהודאה וכתב הטור באה"ע סי' ב' בשם הר"י דזהו דוקא בנתערב פסול במשפחה כו' וכ"כ הבית יוסף שם בשם הרמב"ן והרשב"א. והב"ח כתב שם דזהו ע"פ גירסת התוס' בשם הר"ת דגריס התם איזהו עיסה כו' וכ"כ המ"מ ברמב"ם פ' י"ט ה' איסורי ביאה ה' כ"ב והובא באה"ע סי ב' סעי' ד' בשם י"א דוקא משפחה שנתערב בה א' מהפסולים בזה אמרו דאם קרו לי' ושותק דנפסל אבל אדם אחר שקורין לו ושותק אין בכך כלום. ונלע"ד דטעמם הוא ג"כ כעין מש"כ דהיכא דאין שם לידת הספק בזה אמרינן שתיקה לאו כהודאה דמי משום דיכול לומר לא חששתי להשיבך וכדאמרו בקידושין (דף ע"א ע"ב) שתיקותא דבבל היינו יחוסא. אבל היכא דנולד לנו הספק בל"ז כמו הא דנתערב פסול א' בהמשפחה א"כ בכה"ג לא שייך לומר לא חששתי להשיבך ואדרבה ה"ל להשיב ע"כ אמרו בזה דשתיקה כהודאה ואף אם נשאת תצא בזה וכמש"כ הב"ש בסי' ב' ס"ק י"ב. וזהו מסייע לדברינו ויש לי להאריך בכ"ז וקצרתי. ועיין במה שכתוב בחידושי מזה הענין בסעי' ז' לקמן:

ב (שם סעיף ז):

הא דמהני אתם עידי דוקא כשתבעו מנה וא"ל הן כו' אבל בשתק מתחלה עד סופו יכול לומר לא חששתי להשיבך:

ענף א:

והנה ביו"ד סי' קכ"ז סעי' א' דהאומר לחבירו נתנסך יינך בפניך והבע"ד שתק דשתיקה כהודאה דמי וכתב הט"ז שם בס"ק ב' דהא דח"מ סי' פ"א סעי' ז' דיכול לומר לא חששתי להשיבך בשתק מתחלה עד סופו דשא"ה לענין הודאת ממון אבל בענין איסורים אין אדם עשוי שלא לחוש אם אומרים שהוא שותה איסור כו' עכ"ל הט"ז. ועיקר המקור דאמרינן בע"א נאמן באיסורין היכא דשותק הבע"ד משום דשתיקה כהודאה הוא ביבמות (דף פ"ח) בע"א א"ל אכלת חלב והוא שותק וכן הוא בקידושין (דף ס"ו) בע"א א"ל אכלת חלב או נטמאו טהרותיך או שורך נרבע והלה שותק דנאמן וכן הוא בכריתות (דף י"א) ועיין בתוס' כריתות שם ד"ה ואשה אומרת כו' ובתוס' יבמות שם ד"ה דשתיקה כהודאה כו'. ולפי דברי הט"ז דלכן אמרו דבאיסורין הוי שתיקה כהודאה ואינו יכול לומר לא חששתי להשיבך משום דלא ה"ל לשתוק באומרים עליו שהוא שותה איסור. א"כ מוכח דסברת הט"ז הלז שייך גבי בכל הנך דמצינו והוא דבא"ל אכלת חלב והוא שותק דאף דמיירי באכילת שוגג ובענין העבר בע"כ מוכח דגם זהו מגונה לומר עליו דאכל מכבר דבר האסור אף דהיה שוגג וכעין סברת התוס' חולין (דף ה' ע"ב) ד"ה צדיקים עצמן כו'. והא דא"ל שורך נרבע דמיירי בהקרבתו למזבח ולא בענין אכילת אדם בע"כ מוכח לפי סברת הט"ז דאף דהשתיקה היה שלא בענין מה דקיימי לאכילה אפ"ה אמרו בזה דשתיקה כהודאה דמי דלא ה"ל לשתוק כיון דאומרים עליו שעשה דבר איסור עכ"פ דגם זהו מגונה ולא ה"ל לשתוק ושאני ענין ממונא דבזה אינו מגונה כיון דלא עשה מעשה האיסור רק היה בשוא"ת וידוע מה דאמרו אשתמוטי קא מישתמט כו'. וע"כ שתק דלא חש להשיבו ולכן אמרו בזה שתיקה לאו כהודאה כן נראה לפי דברי הט"ז: ולפ"ז יש לדון דאם תובע לחבירו גזלת ממני והנתבע שותק מתחלה עד סופו דבזה י"ל דשתיקה כהודאה דמי. וגם אפשר לומר דאף היכא דלא אמר התובע אתם עידי ג"כ לא שייך לומר משטה היכא דא"ל הן דלא שייך להודות על דבר גזלה ורק בחוב הלואה מצינו דאומרים בזה משטה. אך בתובעו כי גזלת ואומר אתם עידי והנתבע שותק מתחלה עד סופו כיון דאם היה מודה בוודאי לא שייך לומר משטה ע"כ י"ל דה"ה בשותק מתחלה עד סופו דאמרינן בזה שתיקה כהודאה דכיון דמגונה לומר דעשה איסור בקום ועשה ע"כ לא ה"ל לשתוק וכדמוכח לסברת הט"ז דאף בענין דלאו בר אכילה וגם הוי ענין עבר דג"כ אמרו בזה שתיקה כהודאה משום דה"ל לחוש ולא לשתוק ורק בתבעו חוב פקדון או הלואה כיון דבזה לא עשה מעשה איסור בקום ועשה על כן אמרינן דלא חש להשיבו ולכן שתק. ועפ"ז אתי שפיר הא דב"מ (דף ל"ז) דאמרו התם דקא תבעו ליה, והלה מה טוען רב יהודה אמר רב הלה שותק רב מתנה אמר רב הלה צווח מ"ד הלה צווח אבל

שתיקה כהודאה ומ"ד הלה שותק שתיקה דהכא לאו כהודאה מצי א"ל האי דשתקי לכל חד דאמינא דילמא האי הוא וחזינן דחד מ"ד ס"ל שתיקה כהודאה ואף מ"ד דס"ל שתיקה לאו כהודאה הטעם הוא משום דמצי א"ל דהאי דשתיק הוא דאמינא כו' אבל לא משום הטעם דלא חששתי להשיב א"כ תקשה מן התם על הא דאמרו הכא דיכול לומר לא חששתי להשיב ולכן בשתק מתחלה עד סוף לא הוי שתיקה כהודאה. אבל לפי מש"כ ע"פ סברת הט"ז דהיכא דאומרים עליו דעשה איסור ושתק דכיון דהוי דבר מגונה ע"כ שתיקה כהודאה א"כ אתי שפיר הא דב"מ הנ"ל דהא התם מיירי בתבעו גזלתני דכיון דאומרים עליו דעשה איסור בקום ועשה לא ה"ל לשתוק וע"כ אמרו בזה שתיקה כהודאה ויהי' מזה ראי' לסברת הט"ז:

אכן באמת עיקר קושיות הט"ז אינו קשה דהא מבואר בתוס' קידושין (דף ס"ו ע"א) בד"ה רבא א' כו' דטעמא דשותק מהימן לאו משום דשתיקה כהודאה דמי אלא משום דאיכא רגלים לדבר מהימני' לי' וכיון שאין האיסור מכח עדות הבעל אלא מכח עדות העד לא מהימני' לי' דע"א א"נ בדבר שבערוה עכ"ל התוס'. וכ"כ התוס' ביבמות (דף פ"ח) ד"ה דשתיקה כהודאה דמי פי' כיון דשתק נראה לו אמת ויודע קצת שיש רגלים לדבר אבל ליכא למימר הודאה ממש כו' דא"כ אפילו גזלן נמי מאחר שהוא שותק כו' ועוד אם הוא הודאה ממש לא הוי שייך למימר התם נאמן העד כו' עכ"ל התוס'. ועיין בכריתות (דף י"א ע"ב) בתוס' ד"ה ואשה אומרת כו'. והובא דברי התוס' הללו בש"ך יו"ד סי' קכ"ז ס"ק יו"ד וז"ל שתיקה כהודאה לאו כהודאה ממש דא"כ פשיטא וגם לא היינו צריכים לנאמנות העד ועוד דמוכח בפ' האומר דבע"ד גזלן אפילו שותק א"נ אלא כיון ששותק נראה שיודע רגלים לדבר וסומך על העד כ"כ התוס' כו' עכ"ל הש"ך. הרי להדיא דגם באיסורין לא הוי שתיקה כהודאה ממש אלא עיקר הטעם דלכן ע"א נאמן באיסורין אם הבע"ד שותק דכיון דשותק נראה מזה שיש רגלים לדבר וע"כ נאמן העד בכה"ג. ויש להסביר זה ביתר ביאור דהא היכא דלא איתחזק נאמן ע"א מן הדין רק היכא דאיתחזק היתירא א"נ ע"א אבל היכא דיש רגלים לדבר מחמת שתיקתו איתרע לי' החזקת היתר וכעין דברי התוס' בחולין (דף ט' ע"ב) ד"ה התם הלכתא גמירי כו' שכתבו דכיון דקינא ונסתרה יש רגלים לדבר ואיתרע לה חזקתה ע"ש. ולכן כיון דע"י שתיקתו הוי רגלים לדבר ואיתרע ליה החזקת היתר ע"כ נאמן ע"א לעשות זה לוודאי איסור. וכעין זה כתב בפתחי תשובה ליו"ד סי' קכ"ז ס"ק י"א בשם הנו"ב והפני יהושע דהיכא דאיתרע חזקה נאמן ע"א. וע"כ אינו קשה למה שהקשה הט"ז מן הא דיו"ד על הא דח"מ משום דאדרבה מוכח ביו"ד שם דשתיקה לא הוי הודאה ממש רק משום רגלים לדבר אתינן עלה א"כ

הכא בממונא אף דיש רגלים לדבר ע"י שתיקתו ג"כ אין להוציא מהמוחזק ע"י רגלים לדבר ואין כאן שום סתירה מן יו"ד לח"מ וע"כ אין לבנות יסוד ע"פ קושיות הט"ז:

ענף:

וכן יש להוכיח מן כתובות (דף י"ד ע"ב) דאמרו דכל פסול דקרי ליה ושתיק פסול משום דשתיקה כהודאה כמש"כ רש"י שם. וכן פסקו ברמב"ם ה' איסורי ביאה פ' י"ט ה' כ"ב ובטור וש"ע אה"ע סי' ב' סעי' ד'. ולכאורה יש להוכיח מזה דאמרינן שתיקה כהודאה ודלא כמבואר הכא דשתק מתחלה עד סופו לא הוי שתיקה כהודאה. ואפשר לחלק דשאני פסולי קהל או פסולי כהונה דה"ל לחוש ולהשיב ולא לשתוק שלא יוציאו לעז עליו ע"כ אמרו בזה שתיקה כהודאה משא"כ בתביעת ממון י"ל דלא איכפת ליה כ"כ וע"כ אינו ראיה מהתם. וכן לשיטת הטור בשם הר"י והבית יוסף שם בשם הרמב"ן והרשב"א דס"ל דדוקא במשפחה שנתערב בה פסול בזה אמרו דאם קרו ליה פסול ושתק מיפסל והובא ברמ"א שם. א"כ אדרבה מוכח מהתם דשתיקה לא הוי כהודאה משום די"ל דלא חש להשיבו רק כשנתערב בה פסול אז י"ל דה"ל לחוש ולהשיב ומדשתק אמרו בכה"ג דוקא דשתיקה כהודאה וכמש"כ בחידושי לעיל בסי' הלז סעי' ב' בסופו. וכן לשיטת יש אומרים דהובא ברמ"א שם בשם הר"ן דלא אמרינן שם שתיקה כהודאה רק במי שצווח על פסול אחר אבל אם שותק תמיד לא הוי כהודאה. א"כ גם לפ"ז מוכח מהתם דשתיקה לא הוי כהודאה. אבל לפי שיטת הרמב"ם והש"ע שם נראה דס"ל דשתיקה כהודאה כנ"ל אלא דיש לחלק דשאני פסולי קהל דה"ל לחוש כנ"ל:

אכן לפי מש"כ לבאר דבהא דיו"ד בע"א באיסורין ושותק דזה לא הוי הודאה ממש רק דהוי רגלים לדבר ואיתרע ליה החזקה כנ"ל. ע"כ אתי שפיר בפשיטות הא דכתובות דהא כתב הרמב"ם שם בפ' י"ט ה' א"ב ה' כ"ב כל שקורין לו ממזר ושותק כו' חוששין לו כו' ואין נושאין אא"כ בודקין כו' וכתב המ"מ שם דמפרש רבינו שהוא כמו משפחה שקרא עליה ערעור דבבדיקה סגי דלא להוי האי דשתיק טפי מעדים שהעידו שנתערב פסול במשפחה זו וכמש"כ רבינו למעלה כו' עכ"ל המ"מ. וכ"כ הטוש"ע באה"ע סי' ב' סעי' ד' דכל שקורין לו ממזר ושותק כו' דבדיקה מהני. והבית מאיר שם כתב דהך שתיקה כהודאה דהתם לא הוי הודאה ממש דא"כ לא היה מהני הבדיקה אלא דהשתיקה כהודאה דאמרו שם הוא רק להצריכה בדיקה מספק כו'. אך לא כתב טעם לזה. אכן לפי מש"כ א"ש זה בפשיטות משום דבאמת הא מוכח דשתיקה לא הוי כהודאה ממש הכא בממונא. וכן התם ביו"ד סי' קכ"ז גבי איסורין לא הוי כהודאה ממש רק אמרינן דמחמת שתיקתו הוי כמו רגלים לדבר ואיתרע ליה החזקה. א"כ אתי שפיר בפשיטות

מה דאמרו התם בכתובות דאם קרו ליה ממזר ושתיק דבעינן בדיקת המשפחה כיון דאיתרע ליה החזקת כשרות. אבל בדיקה מהני ולא אמרינן דשוויי' נפשיה חד"א משום דלא הוי כהודאה ממש. ולקמן יתבאר עוד מה די"ל בהא דכתובות הנ"ל:

נחזור לענינינו דנתבאר דאף היכא שאומרים עליו ששותה דבר האסור כמו בנתנסך יינך וכה"ג אפ"ה אמרו דשתיקה לאו כהודאה ממש א"כ ה"ה היכא דתובע מחבירו גזלתני וכה"ג אף דהוי דבר האסור ומגונה אפ"ה אמרינן שתיקה לאו כהודאה. ואין סברא לחלק דשא"ה בנתנסך יינך דבעת שאמרו לו כן עדיין לא נעשה האיסור. והא דע"א אומר אכלת חלב שא"ה דמיירי בשוגג אבל במזיד שאני. דאין סברא לחלק ביניהם עפ"ז דהא כמו דחזינן בנתנסך יינך וכה"ג דקיימי לשתי' או לאכילה והוי דבר מגונה דיאכל וישתה דבר האסור אפ"ה אמרו בזה דשתיקה לאו כהודאה ממש. א"כ ממילא ה"ה בטענו גזלתני אף דהוי דבר מגונה מ"מ לא הוי שתיקה כהודאה ממש ואין לחלק ביניהם כלל. וידעתי מה די"ל דאף לדברי הט"ז הלז יש מקום לחלק דשאני היכא דיעשה איסור להבא לפי דברי העד דזהו מגונה ביותר מן מה דתבעו גזלתני דמה שעבר עבר. ומש"כ לעיל לדחות זה החילוק ע"פ הא דע"א אומר אכלת דהוי ג"כ ענין עבר. די"ל דהתם גבי ע"א אומר אכלת חלב ג"כ הוא ענין להבא כמו דאמרו בקידושין (דף ס"ו ע"א) דאי אשמועינן קמייתא דאכלת חלב אי לאו דקים ליה בנפשיה חולין בעזרה לא הוי מייתי כו'. אך באמת יש לדחות זה. ואין מן הצורך להאריך בזה כיון דנתבאר דאין לבנות יסוד ע"י קושיות הט"ז ואדרבה מוכח דאף גבי דבר איסור במידי דבר שתיה ואכילה כמו הא דנתנסך יינך ונטמאו טהרותיך דלא הוי שתיקה כהודאה ממש א"כ ה"ה הך דתבעו גזלתני ושתק מתחלה עד סופו ג"כ לא הוי שתיקה כהודאה ממש ואין לנו מקור לחלק ביניהם. והא דב"מ (דף ל"ז) בתבעו גזלתני והוא שותק דאמרו בזה שתיקה כהודאה י"ל דשא"ה דהא מיירי התם דידוע דלאחד מהתובעים גזל בוודאי והספק הוא למי מהם גזל א"כ בכה"ג לא ה"ל לשתוק ולא שייך לומר בזה דלא חששתי להשיב וכעין הא דכתבתי לעיל סעי' ב' בסופו ע"פ הא דב"ק (דף צ"ו) וב"מ (דף ק') וע"פ הא דכתובות (דף י"ד). ושיטת הטור בשם הר"י והב"י בשם הרמב"ן והרשב"א דדוקא בנתערב פסול בהמשפחה בזה אמרו שתיקה כהודאה וע"כ אף אם נשאת תצא וכמש"כ הב"ש בסי' ב' סעי' ד' סוף ס"ק י"ב דבכה"ג הוי שתיקה כהודאה ממש וכמש"כ הבית מאיר שם. והטעם הוא כמש"כ לעיל דכיון דהוי עכ"פ מקום לידת הספק ע"כ לא ה"ל לשתוק וה"ל לחוש להשיב בכה"ג וכמש"כ לעיל בארוכה. וע"כ ה"ה בהך דגזל מחמש ב"א ואינו יודע מאיזה מהם גזל כיון דיש לפנינו עכ"פ מקום לידת הספק ע"כ לא ה"ל לשתוק ולכן אמרו בזה שתיקה

כהודאה ממש. ועיין בשיטה מקובצת לב"מ שם. אבל היכא דלא הוי שום לידת הספק בזה שפיר י"ל דאף בתבעו גזלה וכה"ג ושותק דגם בזה אם שתק מתחלה עד סופו הדין הוא דשתיקה לא הוי כהודאה: והנה לעיל העירותי בהא דכתובות (דף י"ד ע"ב) דאמרו דאם קרו ליה פסול ושתיק פסול משום דשתיקה כהודאה כמש"כ רש"י שם ואף דהכא אמרו דשתיקה לאו כהודאה. וכתבתי לעיל לחלק בכמה חילוקים היינו דשאני פסול יוחסין דלא איבעי לשתוק שלא יוציאו לעז עליו ע"י שתיקתו. ויש להסביר זה ביותר לפי דברי הראב"ד בהשגות להרמב"ם פ' י"ט ה' איסורי ביאה הל' כ"ב והובא בהרמ"א לאה"ע סי' ב' סעיף ד' דכ"ז בדורות הראשונים כו' ע"ש וקצרתי. או דיש לחלק דאף דשתיקה לאו כהודאה ממש אבל רגלים לדבר הוי ואיתרע ליה עי"ז החזקת כשרות וכמש"כ לעיל. או לפי שיטת הסוברים דכ"ז במשפחה שנתערב בה פסול וכמש"כ לעיל. וכעת ראיתי דאין שום ראיה כלל מהתם לנ"ד דהא בסוף הסוגיא דהתם מסקי דממזר וצווח חלל ושותק פסול והאי דאשתיק סבר מסתיי' דלא מפקי ליה מקהל ופי' רש"י דאם יצווח יכריזו עליו ויוודע פסולו כו'. והתוס' שם ד"ה מסתיי' דלא מפקי ליה מקהל כו' כתבו להקשות דמה צריך לה"ט לימא הא דשתיק משום דאודויי קא מודי דהא ממזר ושותק פסול משום דשתיקה כהודאה כו'. וי"ל דה"פ סבר מסתיי' דלא מפקי ליה מקהל כו' וסבור אם יצווח יחזרו לברר הדבר ויפסלוהו וטעם זה שייך גם בממזר שותק לת"ק ולא נאמר דשתיקה כהודאה וכן פי' בקונטרס עכ"ל התוס'. וכתב המהרש"א שם לפרש כוונתם דלעיל גבי ממזר פשיטא ליה לתלמודא ה"ט דודאי הוא חש ומונע א"ע מלצווח כדי שלא יתברר ויהיה פסול מקהל ישראל אלא הכא אפילו גבי פסול כהונה יש לחוש לזה שהוא מונע עצמו מלצווח כו' עכ"ל המהרש"א. וזה לשון הבית מאיר באה"ע סי' ב' סעיף ד' ומה שמסיימי התוס' סוף ד"ה מסתייע ולא נאמר דשתיקה כהודאה די"ל דלא נאמר שתיקה כהודאה בלי טעם אלא מטעמא מדחזינן דמתייירא פן יוודע פסולו בבירור ש"מ דאמת הוא והוי הודאה דאל"כ הא רש"י פי' בהת"ק הטעם משום הודאה ולא מקשו עליו וע"ש במהרש"א עכ"ל הבית מאיר:

וכן כתב בשיטה מקובצת שם לפרש לדברי התוס' בזה"ל דלכ"ע לא מיפסל בשתיקתו מטעם הודאה אם לא שיש טעם לפוסלו מחמת שתיקתו וה"פ מסתיי' דלא מפקי ליה מקהל פי' מקהל כהונה כו' וירא שאם יצווח יחזרו לברר הדבר ויוודע פסולו עכ"ל השמ"ק. והובא באבני מלואים סי' ב' סעי' ד'. הרי להדיא דאף בהא דקרו ליה פסול ושתיק דלא אמרינן בזה ג"כ דשתיקה כהודאה רק משום דיש הוכחה משתיקתו ויש לנו טעם לפוסלו אבל אם לא היה לנו הוכחה וטעם משתיקתו אז אמרינן גם בזה דשתיקה

לא הוי כהודאה. וראיתי באבני מלואים שם דהקשה ע"ז דהא קיי"ל בכל דוכתי דשתיקה כהודאה אע"ג דאין הוכחה משתיקתו אלא משום דאדם נאמן על עצמו. אבל באמת אין זה קשה דהא מבואר להדיא הכא דבשתק מתחלה עד סופו לא הוי שתיקה כהודאה משום די"ל לא חששתי להשיבך. והא דיו"ד סי' קכ"ז בע"א נאמן באיסורין לפי מש"כ דשם הטעם דע"י שתיקתו הוי כמו רגלים לדבר ואיתרע ליה החזקה. י"ל דשא"ה דהעד העיד בתורת עדות אבל הכא דקרו ליה פסול בדרך מריבות וקטטות לא הוי זה אף רגלים לדבר ולא איתרע ליה החזקה כלל. וע"כ הוכרחו לומר בהא דקרו ליה פסול ושתיק דמיפסל משום דיש לנו הוכחה וטעם משתיקתו. והנה לפי שיטת הר"נ בכתובות שם דהובא ברמ"א לאה"ע סי' ב' סעיף ד' שכתב דלא אמרינן שתיקה כהודאה התם אא"כ צווח על פסול אחר אבל אם שותק תמיד לא הוי כהודאה. משום דמפרש למה דאמרו שם ממזר צווח חלל ושותק דבפסול ממזר צווח ובפסול חלל שותק אבל אם שותק תמיד לא הוי כהודאה. והובא שיטה זו בפני יהושע לכתובות שם בתוס' ד"ה ממזר צווח כו' וכתב דע"פ דברי הר"נ מתורץ קושיות התוס' שם וכתב לפרש כן בכוונת רש"י שם. וכ"כ בביאור הגר"א זצ"ל לאה"ע סי' ב' ס"ק כ"ג דגם רש"י ס"ל כהר"נ ובזה מתורץ קושיות התוס' שם וכנ"ל. א"כ נראה לכאורה לפי שיטה זו דאף באינו שותק מתחלה עד סופו דגם בכה"ג לא הוי שתיקה כהודאה רק מטעמא דיש הוכחה וטעם לשתיקתו דסבר מסתיי' דלא מפקי ליה מקהל ואם יצווח יחזרו לברר הדבר ביותר וכדאמרו בסוף הסוגיא שם האי טעמא. אך י"ל בזה דאם היה במעמד אחד דקרו ליה ממזר וצווח חלל ושותק דבכה"ג הוי שתיקה כהודאה אף היכא דלא הוי הוכחה וטעם. והא דמסקי בסוגיא ה"ט דמסתייע. הוא היכא דאם קורין לו ממזר מכבר היה צווח ועכשיו דקרו לי' חלל שותק דבכה"ג בעינן הטעם דסבר מסתיי' כו'. וכן נראה מן דברי המהרי"ט לכתובות (דף י"ד) שכתב להוכיח כדברי הר"נ הלז מן הא דכתובות (דף צ"ה) דכתב לראשון ולא חתמה לו ולשני וחתמה לו איבדה כתובתה משום דאם איתא דנחת רוח עבדת לקמא איבעי לך למיעבד וה"ה בזה ע"ש במהרי"ט. ולפי זה הדין נותן אף לפי שיטה זו דגם אם לא הי' באותו מעמד אלא היה כן בזמנים מחולקים דאם קרו ליה ממזר צווח ובפסול חלל שותק דגם בכה"ג ס"ל שתיקה כהודאה. א"כ בעת דקרו לי' חלל שותק אז מתחלה עד סופו דהדין נותן דלא הוי שתיקה כהודאה כה"ג ע"כ מסקי להטעם דסבר מסתיי' דלא מפקי לי' מקהל כו':

ע"כ לכל השיטות מוכח מן הך סוגיא דאף היכא דקרו ליה פסול ושתיק לא הוי שתיקה כהודאה אף דיש בזה חשש לעז ע"י שתיקתו אפ"ה י"ל דלא חשש להשיבו וע"כ הוכרחו

להטעם דסבר מסתיי' דלא מפקי לי' מקהל וכמש"כ השמ"ק והבית מאיר בכוונת דברי התוס' ופשט הסוגיא. א"כ אדרבה הוי סייעתא מן סוגיא זו למה דאמרו הכא דשתיקה לא הוי כהודאה. ואף דהתם בכתובות דיש חשש דע"י שתיקתו יוציאו עליו לעז אפ"ה חזינן דאמרו שתיקה לא הוי כהודאה א"כ ה"ה הכא. וגם כש"כ דאף בממונא לא הוי שתיקה כהודאה בשתק מתחלה עד סופו. ואין סברא לחלק בסברות דחוקות בזה: אמנם עיקר הסברא דאמרו התם בכתובות דשתיקה לא הוי כהודאה רק דשא"ה דהוי הוכחה וטעם דסבר מסתיי' דלא מפקי לי' מקהל וחשש למצווח שמא יחזרו לברר פסולו ביותר וכמש"כ השמ"ק כנ"ל והבית מאיר. דדבר זה צריך ביאור דכיון דחזינן הכא דס"ל דשתיקה לא הוי כהודאה אף דיש שם חשש הוצאות לעז עליו מ"מ י"ל דלכן שתק משום דלא חש להשיבו [אף דהיה בדורות הראשונים וכמש"כ הראב"ד והרמ"א שם]. א"כ ממילא אין לנו הוכחה וטעם במה דאמרו סבר מסתיי' ולכן לא צווח דשמא יחזרו לברר הדבר ביותר. דמנלן לנו דמה דשתק היה זה משום ה"ט דסבר כן הא י"ל דלכן שתק משום דלא חשש להשיבו א"כ אין לנו הוכחה וטעם וע"כ עצם סברת הש"ס והתוס' מוקשה מאוד. ואף דהאבני מלואים שם ס"ק ב' כתב לבאר זה לפי שיטת הח"מ דשתיקתו מהני להכשיר המשפחה. אבל לפי שיטת הב"ש שם ס"ק י"א וס"ק י"ב דשתיקתו לא מהני להכשיר המשפחה תקשה כן. וגם עיקר דברי האבני מלואים אין לו הבנה כ"כ. וידעתי מה דיש לדחוק בכ"ז אבל באמת פשט הענין מוקשה בסברא ואין לזה הבנה כ"כ:

ענף ד:

וע"כ :

נלע"ד לפרש פשט הסוגיא הלז והוא די"ל דעיקר הכלל שכתבו הכא דשתיקה לא הוי כהודאה שיכול לומר לא חששתי להשיבך וכמש"כ בביאור הגר"א זצ"ל בס"ק י"ד להוכיח כן מן שבועות (דף ל"ח) ע"ש. דיש לומר דעיקר הטעם הוא ע"פ מה דכתב האו"ת בכללי מיגו ס"ק ק"ט בפלוגתת הראשונים דהובא באה"ע סי' קנ"ב סעיף ו' דאשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני נאמנת שהפה שאסר כו' וי"א דוקא כשאומרת כך בתכ"ד כו' וכתב הב"ש שם דלדיעה קמייתא אפילו לאחר כ"ד נאמנת לפרש דבריה הראשונים כו'. והעלה האו"ת שם דלשיטת הסוברים כן נאמנים במיגו למפרע לפרש דבריו הראשונים וכן הוא שיטת הרא"ש ורש"י בכתובות ועיין בח"מ סי' קמ"ו סעיף י"ד והדברים ארוכין ואכמ"ל. והנה לפי שיטת הסוברים דנאמן במיגו אף לאחר כ"ד לפרש דבריו הראשונים יש להסביר לפ"ז דהא דנאמן לומר דלכן שתקתי לפי דלא חששתי להשיב דבאמת זהו טענה גרוע אך ע"י מיגו דהיה לו למפרע להכחישו ולומר להד"ם

או פרעתי אז בתכ"ד בעת שתבעו דנאמן עכשיו לפרש למה דשתק למפרע דנסתפקנו בכוונת שתיקתו אם היה כהודאה או דזה היה משום דלא חשש להשיבו דנאמן ע"י המיגו שהיה לו למפרע לפרש כוונת שתיקתו דלכן שתק משום דלא חשש להשיבו. וכיון דעיקר נאמנותו לומר דלא חששתי להשיבך זהו ע"י המיגו דהיה בידו למפרע להיות צווח ע"כ אתי שפיר בפשיטות הך דכתובות (דף י"ד) דאמרו בהא דקרו לי' פסול ושתיק דמיפסל משום דסבר מסתיי' דלא מפקי לי' מקהל דחשש להיות צווח דעי"ז יחזרו לברר הדבר ביותר. והקשיתי דאם נימא דלולי זה לא הוי אמרו שתיקה כהודאה משום הטעם דלא חשש להשיבו א"כ גם בהטעם דאמרו מסתיי' דלא מפקי ליה מקהל דעדיין אינו מספיק זה הטעם דהא מנלן הוא דמה דלא צווח היה מפני שחשש שיחזרו לברר הדבר ביותר ע"י צוויחתו הא יש לומר דלכן שתק לפי דלא חשש להשיבו ומוקמינן ליה על חזקת כשרותו ואין לנו כח להוציאו על ידי זה מחזקת כשרותו ומה שיש לדחוק בזה אין רצוני להאריך לפי שאין מתקבל על לבי כל כך. אכן לפי האמור אתי שפיר בפשיטות דכיון דעיקר הטעם דשתיקה לאו כהודאה משום דנאמן לומר לפרש כוונת שתיקתו דלכן שתק לפי דלא חש להשיבו במיגו דאי בעי היה מכחישו מיד. ע"כ הכא בקרו ליה פסול ושתק לא שייך להאמינו במיגו דאי בעי היה צווח מיד די"ל דלכן לא צווח משום דסבר מסתיי' דלא מפקי ליה מקהל והיה מתייירא שאם יצווח יחזרו לברר פסולו ביותר ע"כ יותר טוב לו לשתוק וכיון דבטענה דהאידנא טוב לו ביותר מן טענת מיגו ע"כ לא שייך להאמינו במיגו וכדאמרינן בכללי מיגו דהיכא דהטענת מיגו הוי גרייעותא לי' מן הטענה דטוען עכשיו דלא מהימנינן לי' במיגו. ובאמת לפי שיטת התוס' וסייעתם דס"ל דאף לפרש דבריו לא מהימנינן לי' במיגו למפרע וכמש"כ באו"ת שם. [ועיין בתוס' כתובות (דף כ"ב ע"א) ד"ה מנין להפה שאסר כו' ובתוס' כתובות (דף פ"ה) ובב"ב (דף ל') בתוס' ד"ה לאו קמודית כו']. בע"כ מוכרח לדחוקי בפשט הסוגיא דכתובות (דף י"ד) במה דאמרו מסתיי' דלא מפקי לי' מקהל. אבל לפי שיטת הסוברים דנאמן במיגו למפרע לפרש דבריו הראשונים כנ"ל אתי שפיר פשט הסוגיא זו. וא"צ לדחוקי בפשט הסוגיא ובאמת יהיה מזה הסוגיא סייעתא לשיטת הסוברים דנאמן במיגו למפרע לפרש לדבריו הראשונים:

ונתבאר דאדרבה מסוגיא דכתובות (דף י"ד) יהיה סייעתא דשתיקה לאו כהודאה דדוקא משום דאמרו סבר מסתיי' דלא מפקי' לי' מקהל כו' אבל לולי זה לא היה מיפסל. וגם נתבאר דמוכח מסוגיא זו דעיקר הטעם דשתיקה לא הוי כהודאה הוא משום דנאמן במיגו שהיה לו למפרע לפרש לכוונת שתיקתו דלכן שתק לפי דלא חשש להשיבו. ואף

דלפי שיטת הסוברים דאינו נאמן במיגו למפרע אף לפרש דבריו הראשונים ליכא למימר כן ובאמת לפי דבריהם יצטרך לפרש פירוש אחר בפשט הסוגיא הלז. אבל לפי שיטת הסוברים דנאמן ע"ז אף במיגו למפרע ויהיה אתי שפיר פשט הסוגיא בפשיטות לפ"ז ע"כ שפיר י"ל כן. ואף בלא ראיה מוכרחת אפשר לומר ולהסביר למה דאמרו דשתיקה לאו כהודאה ונאמן לומר לא חששתי להשיבך דזהו מפני המיגו למפרע שהיה לו אז בעת שתיקתו אבל לא מפאת טענת עצמו ונפקא מינה מזה לכמו דיתבאר לקמן. וגם אף דיהיה ספיקא מזה מ"מ כיון דאפשר לדון כן א"כ קשה להוציא ממון מן המוחזק היכא דתלוי בזה ובפרט דמן פשט הסוגיא דכתובות הלז נראה כן בפשטות. והא דיו"ד סי' קכ"ז סעי' א' דע"א נאמן באיסורין היכא דהבע"ד שותק ולא מהימן לומר דשתקתי ע"י המיגו למפרע דהיה לו אז להכחישו היינו משום דכיון דהאמינתו התורה לע"א במקום דשותק הבע"ד דהוי רגלים לדבר כנ"ל. ונגד ע"א במקום דנאמן מה"ת ה"ה כשנים לא מהני מיגו נגדו דה"ל כמו מיגו במקום עדים דלא אמרינן וכמש"כ לעיל בחידושי לסי' הלז סעי' ב' בארוכה מזה. ואדרבה עפ"ז יש ליישב קושיות הט"ז ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק ב' במה שהקשה דמפני מה בממון אמרינן בסי' פ"א דשתיקה לא הוי כהודאה ואלו באיסורין אמרינן דשתיקה כהודאה. אכן לפי מה דנתבאר דיש לדון לפי הסוברים דנאמן במיגו למפרע לפרש כוונת שתיקתו כו' אבל לא מפאת טענת עצמו. א"כ א"ש בפשיטות הא דאמרו הכא בממון דנאמן לומר דשתקתי לפי דלא חששתי להשיבך דזהו ע"י המיגו למפרע. אבל התם בע"א נאמן באיסורין כיון דהתורה הימני' ה"ל ע"א כמו ב' עדים דאינו נאמן במיגו נגדם וה"ה דאינו נאמן במיגו להכחיש להע"א כיון דא"נ בטענת עצמו נגדו. כן י"ל לפי שיטה זו. אך כבר נתבאר בל"ז דאינו קשה לקושיות הט"ז הלז. והא דכתב המרדכי בסנהדרין פ"ג והובא לעיל בסמ"ע ס"ק ח' דאפילו ליכא עדים על שתיקתו אם מודה שכן היה א"נ במיגו שא"ה דשם הוי השתיקה כהודאה ממש וכמש"כ בחידושי שם. אבל במק"א שפיר יש לדון דהא דאמרו שתיקה לאו כהודאה דמי דזהו מהצד מיגו למפרע כנ"ל:

ענף ה:

ובעיקר דברי המחבר דמחלק דדוקא בשתק לבסוף בעת שאמר התובע אתם עידי בזה אמרו שתיקה כהודאה כיון דמתחלה לא שתק אלא אמר הן אבל בשתק מתחלה עד סופו בכה"ג לא הוי שתיקה כהודאה וכ"כ הטור והבעה"ת. יש לדון בזה הרבה והוא דהנה הט"ז לעיל סעי' ב' כתב דהמרדכי פ' ז"ב לא ס"ל כן וכ"כ האו"ת לעיל בס"ק ט'. ובאמת מצינו כעין חילוק הלז בכתובות (דף י"ד ע"ב) בממזר צווח חלל שותק כו' דכתב הר"נ

בשם שיטה אחת דמפרשי דכוונת הגמ' הוא דכשצווח על פסול אחר ושתק בהאי מוכח דהאמת הוא כן כו' והובא שיטה זו באה"ע סי' ב' סעי' ד' בשם י"א דלא אמרינן שתיקה כהודאה אא"כ צווח על פסול אחר אבל אם שותק תמיד לא הוי כהודאה עכ"ל. והפני יהושע בכתובות שם כתב דע"פ דברי הר"נ מיושב קושיות התוס' שם בד"ה ממזר כו' וכ"כ בביאור הגר"א וצ"ל ס"ק כ"ג דכ"כ רש"י ועפ"ז מתורץ קושיות התוס' הלז. ונידון דידן עדיף מן נידון דהתם דהא שם מיירי אף דלא צווח באותו מעמד רק דצווח בזמן אחר כשקורין לו ממזר. אבל אם צווח בזמן אחר ובאותו הזמן כעת שותק מתחלה עד סופו גם בזה אמרינן שתיקה כהודאה. רק אם שותק תמיד לא הוי כהודאה וכמש"כ המהרי"ט לחזק זה ע"פ הראי' מכתובות (דף צ"ה) דכתב לראשון ולא חתמה כו' ע"ש. ואלו הכא הא מתחלה באותו המעמד א"ל הן ואח"ז בעת שאמר התובע אתם עידי שתק בזה הסברא נוטה יותר דנימא שתיקה כהודאה כיון דגילה דעתו דחושש לדברי התובע ומשיב לו ע"כ לא ה"ל לשתוק גם בסוף. וכן משמע הכא דאף אם במעמד אחר דרכו שלא לשתוק אם תובעין ממון ממנו רק באותו המעמד דכעת שתק מתחלה עד סופו דבזה לא אמרינן שתיקה כהודאה. ובאמת יש לחלק בין הא דכתובות להנידון דמבואר הכא בח"מ גבי ממון בחילוקים הרבה וקצרתי:

ונלע"ד להוכיח מן התוס' והרא"ש דס"ל דאין לחלק בין שתק מתחלה עד סופו לשתק בסוף ולא שתק בתחלה. הוא דהתוס' בב"ב (דף ס"ב ע"א) בד"ה מודה רב כו' כתבו פי' בקונטרס קודם ששתק משמע דבשתק מודה להו אע"ג דלקמן שתק רבה לאביי אע"ג דלא הודה לו אלא שלא חש להשיבו הכא ליכא למימר הכי כו' וברוב מקומות רב מודה כששתק להם בפ"ק דב"ק. גבי אין שמין כו' ובפ"ק דביצה (דף ו) גבי אפרוח שנולד ביו"ט דא"ל רב כהנא ורב אסי לרב וכי מה בין זה לעגל שנולד מן הטריפה ושתיק רב א' רב יוסף מ"ט שתיק רב לימא להו הואיל ומוכן אגב אמו לכלבים וכן בפ' איזהו נשך (דף ס"ט) גבי ספינה כו' משמע בכל הנהו דלא מפני שלא חש להשיבו שתק אלא מפני שהודה עכ"ל התוס'. וכ"כ הרא"ש שם בב"ב פ"ד סי' ב' דהוכיח מכל המקומות הללו וכן מהא דביצה (דף ו') דא"ל רב כהנא ורב אסי לרב וכי מה בין זה לעגל שנולד ביו"ט מן הטריפה שתיק רב א' רב יוסף מ"ט שתיק רב לימא להו הואיל ומוכן אגב אמו לכלבים ואי שתק משום דלא חש להשיבם א"כ מאי בעי רב יוסף מ"ט שתיק רב כו' אלמא שלא שתק רב מפני שלא חש להשיבם עכ"ל. וע"פ אלו הראיות פסק הרא"ש לדינא שם כרב כהנא ורב אסי דיקנה כנגד ראש תור משום דשתק רב דמוכח מכל הראיות הללו דאמרינן דשתיקת רב הוא כהודאה ולא מפני דלא חש להשיבו וכמש"כ התוס' והרשב"ם שם. וכן

כתב הרמב"ן בחי' לב"ב שם דיש מביאין ראיה דשתיקה כהודאה דמי מדאמרו בכה"ג במציעא א' רב ספינה אגרה ופגרה כו' ושתיק רב ומקשה רב יוסף מ"ט שתק רב ש"מ הא דשתק משום דאודי להו ולא משום דלא חש להו וכן במסכת ביצה גבי אפרוח וכו' אמרינן הכי כו' עכ"ל הרמב"ן. וכל הראיות הללו הובאו בביאור הגר"א זצ"ל בח"מ סי' רי"ט סעי' ג' ס"ק ד' והזכיר ג"כ לראייתם מן ביצה (דף ו') הנ"ל ע"ש. ועיין בחוות יאיר סי' קנ"ב:

וזה לשון הגמ' בביצה (דף ו') אפרוח שנולד ביו"ט רב א' אסור כו' א"ל רב כהנא ורב אסי לרב וכי מה בין זה לעגל שנולד ביו"ט א"ל הואיל ומוכן אגב אמו בשחיטה ומה בין זה לעגל שנולד מן הטריפה שתיק רב אמר רב יוסף כו' מ"ט שתיק רב לימא להו הואיל ומוכן אגב אמו לכלבים עכ"ל הגמ'. והנה לפי מה דמצינו הכא בח"מ דאמרו לפרש להא דאי' בסנהדרין (דף כ"ט) דאמר רב יהודה א' רב צריך שיאמר אתם עידי ל"ש א' לוה ול"ש א' מלוה ושתיק לוה. דדוקא באמר הלוה מתחלה הן אבל בשתק מתחלה עד סופו יכול לומר לא חששתי להשיבך ולא הוי שתיקה כהודאה. אלא היכא דחזינן דהשיב לו בתחלה אינו יכול לומר לא חששתי להשיבך כיון דחזינן דחשש להשיבו מתחלה א"כ מפני מה נשתנה דעתו בסופו ע"כ לא מהימן לומר כן ודייקינן בזה דשתיקה כהודאה. א"כ לפ"ז אין מקום להההוכחה שכתבו התוס' והרא"ש והרמב"ן להוכיח דלא נימא דמה דשתק רב היה מפני דלא חשש להשיבם דא"כ איך אמרו בביצה מ"ט שתיק רב כו' דהא י"ל דשתק מפני דלא חש להשיבם כו' כן הוא קוטב ראייתם מהא דביצה דגם הא דביצה הוא בחשבון הראיות דהביאו שם. והא יש לחלק בפשיטות דשאני היכא דשתק רב ולא השיב להם כלל מתחלה עד סופו בזה עדיין י"ל דשתיקתו לא הוי כהודאה רק דלא חש להשיבם כלל משא"כ התם בביצה דחזינן דבאותו מעמד השיב להם על קושייתם דמה בין זה לעגל שנולד ביו"ט ותירץ להם זה הקושיא א"כ מפני מה נשתנה דעתו אז תיכף אח"ז ולא השיבם יותר ע"כ מוכח דמה דשתק זהו משום דהודה להם אבל היכא דמצינו דשתק רב מתחלה עד סופו באותו מעמד עדיין י"ל דשתיקתו לא הוי כהודאה. ומדחזינן דכל הראשונים הללו לא נחתו לחלק כן מוכח דס"ל מצד הסברא דאם נימא דמה דשתק זהו משום דלא חשש להשיב א"כ ה"ה אף היכא דהשיב מתחלה ג"כ י"ל דלכן שתק בסופו משום דלא חשש להשיב ביותר וע"כ הוכיחו שפיר גם ע"פ ראייתם מהך דביצה. ולפ"ז י"ל דה"ה בהך דסנהדרין (דף כ"ט) דאמרו דבאמר המלוה אתם עדי ושתק לוה דחייב דממילא מוכח מזה דה"ה בשתק הלוה מתחלה עד סופו דג"כ הוי שתיקה כהודאה דאי נימא בכה"ג שתיקה לא הוי כהודאה משום דלא חשש

להשיבו א"כ לפ"ז י"ל כן גם היכא דהשיבו מתחלה וא"ל הן דעדיין יכול לומר משטה ומה דשתק בסופו בעת שאמר אתם עדי לא חשש להשיבו ביותר דהא לשיטתם מוכח דלא מחלקים בכה"ג בין שתק מתחלה עד סופו לשתק בסופו ולא בתחלה. וע"כ מוכח לומר לפי שיטתם דיסברו דלכן אמרו הכא בסנהדרין דאם אמר המלוה אתם עדי ושתק לוה דחייב משום דהיכא דתבעו וא"ל אתם עדי לא ה"ל לשתוק ולא שייך בכה"ג לומר לא חששתי להשיבך א"כ ה"ה אף בשתק בזה מתחלה עד סופו ג"כ הדין הוא דשתיקה כהודאה דלא ה"ל לשתוק בכה"ג א"כ מוכח מן התוס' והרא"ש והרמב"ן דהדין הוא דאף בשתק מתחלה עד סופו דשתיקה הוי כהודאה וכמש"כ הט"ז והאו"ת בכוונת המרדכי דפ"ג דסנהדרין כנ"ל:

ואפשר לחלק דשאני התם בהך דביצה דאף דחזינן דלא שתק רב מתחלה ותירץ להם על מה שהקשו לו וכי מה בין זה לעגל שנולד ביו"ט עכ"ז י"ל דמה ששתק לבסוף היה זה מפני דלא חש להשיב ביותר משום דקושיא הראשונה שהקשו לו היה נראה לכאורה כמו קושיא אלימתא וע"כ חשש להשיבם משא"כ קושיא השניה לא היה נראה לו דיהיה זה כמו קושיא אלימתא ע"כ לא חשש להשיבם ביותר. משא"כ הכא דמיירינן בתביעת ממון יש לחלק שפיר בין שתק מתחלה עד סופו להיכא דשתק רק בסופו וע"כ עדיין י"ל דאינו הוכחה כ"כ לומר דכל הנך ראשונים יחלוקו על מה דכתבו הכא הטוש"ע בלא חולק ע"ז כלל:

וכן בעיקר ראייתם מהך דביצה אפשר לחלק די"ל דהיכא דלא הקשו לרב איזה קושיא על מה שאמר לדינא רק חלקו עליו בזה י"ל דלא חשש להשיבם. אבל היכא שהקשו לרב איזה קושיא על מה שאמר בזה י"ל דבכה"ג שפיר היה לו לחוש ולהשיבם והתם בביצה דהקשו לו בלשון קושיא וכי מה בין זה לעגל שנולד מן הטריפה ע"כ שפיר הוכיחו דמדשתק רב ש"מ דהודה להם ולא היה לו תירוץ מספיק על קושייתם. וכן יש לדון עפ"ז במה שהוכיחו הראשונים מן ב"מ (דף ס"ט) דשתק רב התם במה שהקשו לו אי אגרא לא פגרא כו' די"ל דשא"ה כיון דהקשו לו בלשון קושיא ה"ל להשיבם. אך כיון דהראשונים לא נחתו לחלק כן ע"כ אין לנו לחלק כן מסברא ושפיר הוכיחו הראשונים בראייתם מן הך דביצה וב"מ הנ"ל. ועכ"ז נלע"ד להוכיח מן התוס' וכל הראשונים הללו דלא ס"ל להחילוק של הטוש"ע דאם היה ס"ל לחלק כן א"כ אין מקום להוכיח מהא די"ל דשתק רב משום דלא חש להשיבם דהא י"ל ולחלק דשא"ה בביצה כיון דחזינן דשקיל וטרי רב עמהם באותו ענין א"כ אמאי שתיק רב לאח"ז תיכף באותו המשא ומתן עמהם וע"כ

אמרו שם דמדשתיק ש"מ דהודה להם ומנלן להו להוכיח משם עכ"פ כיון די"ל כן. וע"כ מוכח כמש"כ דהנך ראשונים לא ס"ל דיש מקום לחלק כן:

ענף ו:

ונלע"ד להוכיח בהוכחה אחרת דהתוס' והרא"ש יסברו דאף בשתק לוה מתחלה עד סופו בעת שתבעו המלוה ואמר אתם עדי דחייב. וזה לשון התוס' גיטין (דף י"ד ע"א) ד"ה ולא פש גבי כו' פר"ח וכן ר"ת שהיו בע"ד מודים כו' דמנפשי' א"נ לומר טעיתי אע"ג דאית לי' מיגו דפרעתי וכן משמע מהא דשבועות (דף ל"ח) מנה לי בידך א"ל הן למחר א"ל תנהו לי אם אמר נתתיו פטור אין לך בידי חייב ומפרש טעמא בפ"ק דב"ב משום דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי ואמאי לא מהימן לומר אין לך בידי שטעיתי שהייתי סבור להיות חייב ואיני חייב מיגו דאי בעי אמר פרעתי אלא משמע דבמיגו לא מהימן לומר שטעה עכ"ל התוס'. וכ"כ הרא"ש שם סי' י"ז שהביא ראי' זו וכן הר"נ שם הביא לראי' זו וכן ראיתי במרדכי ספ"ק דגיטין שכתב ג"כ ראי' זו. וכ"כ המרדכי בב"ב פ' חזקת הבתים סי' תקכ"ד בשם הר"ת ור"ח שהביאו ראי' זו מן פ' שבועת הדיינין כנ"ל. והש"ך בח"מ סי' פ"א ס"ק ס' כתב לדחות ראיה זו דהא י"ל באמת דאם טוען טעיתי נאמן במיגו דפרעתי אבל התם בשבועות מיירי דאינו מפרש דבריו לומר טעיתי רק אומר להד"ם ע"כ אינו נאמן. ובאמת זהו תימא רבתי על התוס' והרא"ש והר"נ והמרדכי שכתבו ראי' זו דהא פשוט דיש לדחות זו הראי' וכמש"כ הש"ך:

וע"כ נלע"ד בכוונת התוס' והראשונים הללו בהקדם מש"כ הגר"א זצ"ל כאן בס"ק י"ד על מש"כ המחבר דבשתק מתחלה עד סוף לא הוי שתיקה כהודאה דהביא ראי' לזה מהא דשבועות (ד' ל"ח) א"ל מנה כו' א"ל הן דלכאורה הן זו אינו מועיל דבלא אתם עדי אינו כלום ובאתם עדי אפילו שתיקה מהני עכ"ל ביאור הגר"א זצ"ל. ובאמת זהו ראי' אלימתא למה דאמרו הכא דבשתק מתחלה עד סופו אינו חייב דאל"כ ל"ל למתני ואמר הן הא אף בשתק חייב וע"כ מוכח דבשתק מתחלה עד סופו פטור אם הודה שלא בב"ד רק בעדים כמבואר במשניות שם הגירסא א"ל בפני עדים והובא בפלפולא חריפתא בשבועות פ"ו ס"ק כ"ה וכדאמרו בשבועות (דף מ"א) עלה דמנה לי בידך והא הכא כמאן דתבעי' בעדים כו'. משום דאם היה זה בפני ב"ד אף בשתק חייב כמבואר בסי' פ' בהרמ"א. ובאמת תקשה זה על שיטת המרדכי בפ' זה בורר שכתב הט"ז לעיל סעי' ב' דס"ל דאף בשתק מתחלה עד סופו חייב וכמש"כ כן האו"ת שם ס"ק ט' בכוונת המרדכי הלז. דתקשה לפ"ז דל"ל למתני בשבועות דא"ל הן הא אף בשתק חייב וזה צריך עיון:

והנלע"ד לתרץ לדברי המרדכי והוא די"ל דהמרדכי אזיל לשיטתו דהא הבאתי לעיל בשם המרדכי ספ"ק דגיטין ובפ' חזקת הבתים דפי' להך דשבועות דמנה לי בידך כו' אין לך בידי חייב דאומר טעיתי ונזכרתי שאיני חייב לך ואף שיש לו מיגו דפרעתי אפ"ה חייב משום דלא מהני מיגו דה"ל כמו מיגו במקום עדים ואנן סהדי דאם הי' אפשר למטעי לא הוי משעבד נפשי' לפני עדים וכמבואר טעם סברת שיטה זו בסי' פ"א ובש"ך ס"ק סמ"ך. ע"כ אמרו שם דא"ל הן משום דבשתק אף דשתיקה הוי כהודאה לשיטת המרדכי ולא מהני גם מיגו בזה וכמש"כ הסמ"ע לעיל ס"ק ח' בשם המרדכי. היינו דוקא היכא דטוען לא חששתי להשיבך ושעשה כן שלא להכעיסו כמבואר שם דבזה הוי שתיקה כהודאה ממש. אבל היכא דטוען טעיתי בזה וודאי נאמן לומר טעיתי בזה ששתקתי ועכשיו נזכרתי שאינני חייב ודוקא בהודה בפיו ממש לפני עדים בזה ס"ל להנך פוסקים דאינו נאמן במיגו משום דהוי כמו אנן סהדי דלא היה משעבד נפשיה בפני עדים כמבואר שם הטעם. אבל בשתק כיון דלא שיעבד נפשי' בפירוש שפיר י"ל דנאמן לומר טעיתי במה ששתקתי דראיתי להתיישב בדבר ולזכור האמת ולכן שתקתי אז. ועוד די"ל דאף היכא דאין לו מיגו ג"כ נאמן לומר דבעת ששתקתי ראיתי להתיישב ולזכור האמת וכמבואר ביו"ד סי' קכ"ז סעי' ב' גבי ע"א נאמן באיסורין אם שותק הבע"ד דאם אומר הבע"ד עכשיו דמה ששתקתי תחלה היה בשביל להתיישב ולזכור האמת דנאמן. וכ"כ הש"ך הכא בס"ק י"ז בשם פסקי רקנטי והריא"ז דשתיקה כהודאה דמי וכל היכא דיש לתלות שתיקתו בעבור שחשב בלבו כו' דנאמן וכ"כ בהגהת אשרי ויש סעד לזה מן ב"מ (דף ל"ז) כו' עכ"ל הש"ך. ובאמת ה"ל להש"ך לציין ג"כ להא דיו"ד סי' קכ"ז דמבואר להדיא כן ומקורו הוא מן הרא"ש לגיטין פ"ה סי' ח' בשם הריצב"א שכתב להוכיח כן מהא דב"מ (דף ל"ז) דשתיקה לא הוי כהודאה משום דמימר אמר אכל חד וחד אמינא דילמא האי הוא. והובא בבית יוסף ליו"ד שם. ואף דבב"מ שם יש פלוגתא בזה ומשמע שם דמ"ד הלה צווח אבל שתיקה כהודאה דמי ולא מהני הך אמתלא. והריטב"א בחי' לב"מ שם כתב דהוי ספיקא כמאן מן הנך אמוראי הילכתא. עכ"ז י"ל דדוקא התם דאומר גם עכשיו איני יודע בזה פליגי אמוראי אם מהני אמתלא זו דהא חזינן דגם עכשיו לא נזכר האמת אבל היכא דאומר עכשיו נזכרתי את האמת שפיר כתבו דנאמן לומר ראיתי להתיישב ולזכור האמת משום דאין לנו להרבות במחלוקת בין הנך אמוראי דשם ושפיר כתב הרא"ש בשם הריצב"א שהוכיח כן מן הא דב"מ. ועיין באו"ת סי' פ' ס"ק ג' והעיקר כמש"כ ב"ה:

וע"כ הדין והסברא נותנת דהיכא דטוען גם הכא בענין ממון דמה ששתקתי תחלה היה זה בטעות ונזכרתי עכשיו את האמת דאינני חייב דוודאי נאמן וכש"כ היכא דיש לו מיגו דפרעתי דהא חזינן דכמה פוסקים ס"ל דאף בהודה בפיו ממש לפני עדים נאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי א"כ היכא דשתק מתחלה עד סופו הדין נותן דכ"ע מודו דנאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי ובפרט לפי מה דנתבאר ע"פ הא דיו"ד דכה"ג ה"ל טענת עצמו ונאמן אף בלא מיגו. וע"כ אתי שפיר מה דתנינן במשנה א"ל הן משום דבאמת היכא דשתק וטוען לא חששתי להשיבך ג"כ א"נ אף דיש לו מיגו וכמש"כ המרדכי בפ"ג דסנהדרין דגם מיגו לא מהני בכה"ג דלגבי זה ה"ל שתיקה כהודאה ממש וה"ל כמו מיגו במקום עדים ואנן סהדי כנ"ל. אבל כיון דהמשנה מיירי גם בטוען טעיתי וכמו דפירש המרדכי בעצמו לכוונת המשנה דבטוען אין לך בידי חייב דלא מהני ליה שום טענה למיפטר נפשיה וע"כ סתמו במשנה למתני חייב. וע"כ נקטו במשנה דא"ל הן דאלו בשתק הא משכחת לי' אופן דיהיה פטור בטוען טעיתי וגם ראיתי בלבי להתיישב ולזכור את האמת ועכשיו נזכרתי אבל באמר לי' הן אז לעולם חייב ולא משכחת לי' שום אופן דיהיה פטור ומתורץ מה דהקשיתי על המרדכי בפ"ג דסנהדרין דמה יענה בהוכחות הגר"א זצ"ל. אבל לפי שנתבאר א"ש מה דס"ל להמרדכי דשתיקה כהודאה דמי:

ולכאורה יש מקום לומר בקצרה ולתרץ למה שהקשה הגר"א זצ"ל והוא די"ל דבאמת גם בשתק מתחלה עד סופו חייב ואינו יכול לומר לא חששתי להשיבך אך כ"ז אם אין לו מיגו אבל היכא דיש לו מיגו אז נאמן לטעון לא חששתי להשיבך במיגו וע"כ התם בשבועות דמיירי דיש לו מיגו דפרעתי ע"כ תנן שם א"ל הן דבא"ל הן ואח"כ טוען אין לך בידי אף דיש לו מיגו לא מהימן משא"כ בשתק היה מהימן ע"י מיגו אבל היכא דאין לו מיגו לא מהימן אף בשתק מתחלה כן היה מקום לדון בהוכחת הגר"א. אבל באמת זה אינו דהא כבר הבאתי לדברי המרדכי פ"ג דסנהדרין דס"ל דשתיקה כהודאה דמי ואף היכא דיש לו מיגו לא מהימן לומר אמתלא על מה ששתק לגמרי. וע"כ העיקר כמש"כ מתחלה לתרץ להוכחת הגר"א זצ"ל. ולכן אתי שפיר מש"כ הגר"א בדבריו הקדושים בלשון לכאורה הן זו כו'. דנראה דס"ל דבאמת יש לדון בהוכחה זו ולכאורה צריך ביאור דבריו הקדושים דהא זהו הוכחה אלימתא אכן לפי מה שנתבאר א"ש:

ענף ז:

ועכשיו נחזור לתרץ עפ"ז לדברי התוס' והרא"ש והר"נ והמרדכי בפ"ק דגיטין דהוכיחו דטעיתי אינו נאמן אף במיגו מהא דשבועות כו' והקשה ע"ז הש"ך דהא לא מיירי התם בטוען טעיתי ומי הגיד להם דהמשנה מיירי בטוען טעיתי ונזכרתי עכשיו. אכן לפי

מש"כ דברי רבותינו הם נכונים מאוד בראייתם די"ל דכל הנך פוסקים ס"ל דגם בשתק מתחלה חייב דהוי כהודאה ואינו נאמן לומר לא חששתי להשיבך ואף ע"י מיגו לא מהימן וכמש"כ בשם המרדכי בפ"ג דסנהדרין וע"כ אי נימא דהמשנה לא מיירי בטוען טעיתי ונזכרתי. א"כ תקשה דלמה לי' למתני א"ל הן הא אף בשתק מתחלה ג"כ חייב. ומזה הוכיחו דע"כ המשנה דנקטי א"ל הן כו' אין לך בידי חייב דבכל גווני חייב ואין לו שום טענה למפטר נפשי'. ע"כ א"ש מה דנקטי א"ל הן משום דאז אף בטוען טעיתי ונזכרתי ג"כ חייב ולא מהני לי' המיגו שיש לו אבל אם לא היה אומר הן רק שתק אז מהימן לומר טעיתי ונזכרתי או דראיתי אז בעת שתיקתי לזכור ולהתיישב האמת ועכשיו נזכרתי דאיני חייב ונאמן בזה ע"י המיגו ואף בלא מיגו כנ"ל וע"כ שפיר הוכיחו כל הנך ראשוני' לראייתם מן הך דשבועות. ובפרט לפי מש"כ לעיל דיש מקום להוכיח מן התוס' דב"ב (דף ס"ב) והרא"ש שם דס"ל דשתיקה כהודאה אף בשתק מתחלה ולא מחלקים בין שתק מתחלה לשתק רק בסופו וכמש"כ לעיל בארוכה וכן שיטת המרדכי בפ"ג דסנהדרין דלעולם אמרינן שתיקה כהודאה וכמש"כ הט"ז והאו"ת בכוונתו. א"כ י"ל דאזלו התוס' והרא"ש והמרדכי לשיטתם וכן להר"נ י"ל דס"ל ג"כ דשתיקה כהודאה אף בשתק מתחלה ולכן כתבו להוכיח בראייתם מן הך דשבועות ומתורץ שפיר קושיות הש"ך מעליהם: והנה בחידושי לקמן סעי' כ"ג בש"ך ס"ק סמ"ך כתבתי לתרץ קושיות הש"ך הנ"ל באופן אחר דהתוס' והפוסקים דהוכיחו מהא דשבועות דא"נ לומר טעיתי במיגו כוונתם לפי דיש להקשות למאן דס"ל דאמרינן מיגו במקום עדים דתקשה עליו מהמשנה דתנן אין לך בידי חייב ואינו נאמן ע"ז במיגו דפרעתי ומזה הוכיחו דהמשנה מיירי בטוען טעיתי דאינו נאמן במיגו משום דזה הוי כמו אנן סהדי דבכה"ג לכ"ע א"נ במיגו זהו קוטב תירוצי שם. אכן באמת זה אינו מספיק לתרץ לדברי התוס' והראשונים הללו דהא עדיין תקשה על הוכחתם וי"ל דאם טוען טעיתי שפיר נאמן במיגו משום דאינו כמו אנן סהדי בכה"ג דאומר טעיתי. והא דתקשה לשיטת המ"ד דאמרינן מיגו במקום עדים. י"ל דאינו קשה דבאמת היכא דטוען עכשיו דלא הודיתי מעולם ומכחיש להעדים דמעידים דהודה לפניהם עדיין י"ל דנאמן להכחישם במיגו דנתתי'. והמשנה מיירי דמודה עכשיו על מה שהודה לפני העדים רק דטוען משטה על מה שאמר הן וכן במה ששתק אז בעת שאמר התובע אתם עדי משיב ע"ז דלא חששתי ע"ז להשיב או אמתלא אחרת כיוצא בו. אבל אינו מכחיש לעיקר ההודאה וכמו דמשמע לשון המשנה דאומר אין לך בידי ומפרשי בב"ב (דף ו') מאי אין לך בידי להד"ם דאמר מר כל האומר לא לויתי כו'. וכמש"כ הרא"ש לשבועות פ"ו סי' ח' אין לך בידי חייב ופי' רש"י כגון שאומר

להד"ם וי"ל שפירש דבריו ואמר אין לך בידי מעולם כו'. ומיירי הכל דאינו מכחיש לעיקר הודאתו רק דאומר איזה אמתלא על מה שאמר הן ושתק בעת שאמר התובע אתם עדי. וע"כ כיון דהדין נותן דא"נ לטעון איזה אמתלא למפטר נפשיה לאחר שמודה על עיקר הודאתו בפני העדים ע"כ שפיר לא מהימן במיגו לכ"ע דכיון דהוי זה כמו אנן סהדי דבכה"ג לכ"ע אינו נאמן במיגו כיון דכ"ע סהדי ע"ז וכמש"כ בחידושי שם דבמקום דשייך לומר אנן סהדי לכ"ע א"נ במיגו. אבל אם טוען טעיתי עדיין י"ל דנאמן במיגו ותקשה עדיין לקושיות הש"ך דאין מקום להוכחת התוס' והפוסקים הללו. ע"כ העיקר כמו שכתבתי כעת לתרץ לדברי התוס' והראשונים הללו ולפ"ז יהיה מוכח מהתוס' והרא"ש והר"נ והמרדכי בשני מקומות דיסברו לדון דשתיקה כהודאה דמי אף בשתק מתחלה עד סופו ולפי שיטתם לא נצטרך לחלק במה דמבואר בב"מ (דף ל"ז) דשתיקה כהודאה דמי לכ"ע רק דפליגי שם אם מהני האמתלא שלו דאומר אמינא לכל חד וחד דילמא האי הוא. משום דבאמת כמו כן קיי"ל לדינא בכולי דוכתי דשתיקה כהודאה. ומדסתמו שם בב"מ משמע דאף בתבעי ליה שם לפני עדים ולא לפני ב"ד ג"כ אמרו שם שתיקה כהודאה דמי. ומזה הוכיחו התוס' והראשונים הללו להוכיח דהא דאמרו בשבועות מנה לי בידך וא"ל הן חייב כו' דמיירי בטוען טעיתי דאל"כ הא אף בשתק ג"כ חייב משום דהא מוכח דאמרינן שתיקה כהודאה. וכן מוכח מן ב"ק (דף צ"ו) וב"מ (דף ק') דזה אומר ברשותי ילדה והלה שותק זכה בה וכמש"כ התוס' בב"ק שם ולא נצטרך גם התם לחלק באיזה חילוקים. ואתי שפיר לדברי התוס' דגיטין והראשונים דשם:

והנימוקי יוסף לב"ק פ"ק בסוגיא דשמין לשואל דאמרו מדשתיק רב ש"מ דהודה הביא בשם הרמ"ה דכתב זה בנה אב בכל התלמוד דשתיקה כהודאה דמי עכ"ל. ולכאורה נראה דכתב לכלל בכל הענינים דדיינינן דשתיקה כהודאה דמי אף בדיני ממונות בתביעת הבע"ד ושתק הנתבע. אבל באמת אין סברא לומר כן דהא לא שייך למילף מהא דאמרו דמדשתק רב ש"מ דהודה לרב כהנא ורב אסי דנימא דה"ה בשתיקת הנתבע. דהא יש לחלק בפשיטות ביניהם דשאני בפלוגתת אמוראי באיזה דין דבזה שפיר י"ל דלא ה"ל לשתוק דהא יטעו לומר דמדשתק ש"מ דהודה להו לפי מה דס"ל א"כ יכול לצאת איזה תקלה ע"י שתיקתו. משא"כ בענין תביעת התובע ושתק הנתבע עדיין י"ל דלא הוי כהודאה משום דלא חש להשיבו ואין הענינים הללו דומין להדדי. והעיקר נ"ל דכוונת הנ"י והרמ"ה הוא להוכיח דזה בנה אב בכל התלמוד היכא דפליגי אמוראי באיזה דין ואח"ז שתק א' לחבירו בעת שהקשה לו ע"ז דדיינינן ג"כ דשתיקה כהודאה דמי והוי הלכה כאותו המ"ד דהקשה לו דכיון דשתק ש"מ הודה לו. ולפי מש"כ התוס' בב"ב

(דף ס"ב) בד"ה ומודה רב כו' לחלק דדוקא ברב כהנא ורב אסי דהוי כמו תלמיד חבר לרב אמרו דמדשתיק רב ש"מ הודה להו אבל במה דשתק רבה לאביי לא אמרינן כן. יש לומר דגם כוונת הרמ"ה במה שאמר זה בנה אב בכל התלמוד שתיקה כהודאה דכוונתו ג"כ הוא דהיכא דפליג רב עם רב כהנא ורב אסי ושתק רב דאמרינן דשתיקה כהודאה דמי ולא בשארי מקומות. ולפ"ז אינו מוכח כלל מן הנ"י והרמ"ה לומר דיחלוקו על מה דמבואר הכא בח"מ דבשתק מתחלה עד סוף לא הוי שתיקה כהודאה משום די"ל כנ"ל. אכן מה שכתבתי לעיל להוכיח מן התוס' ב"ב (דף ס"ב) והרא"ש והרמב"ן שם דס"ל דלא מחלקינן בין שתק מתחלה עד סופו להיכא דשתק רק לבסוף. בזה שפיר הוכחתי למילף מן התם וכמש"כ בארוכה לעיל. ועיין לקמן בחידושי בסעי' זה ענף ט' מזה: ענף ח:

והנה בב"מ (דף י' ע"א) אמרו ואם תאמר משנתינו דאמר תנה לי ולא אמר זכה לי דמוכח מזה דבאמר זכה לי אפילו אמר שהגביה תחלה לעצמו אפ"ה לא זכה והטעם הוא כמש"כ המ"מ בהלכות גזלה פ' י"ז ה"ב דכיון דא"ל זכה לי וזה שתק דשתיקה כהודאה וכ"כ הפני יהושע לב"מ שם וכ"כ הש"ך בח"מ סי' רס"ט ס"ק ד' דהטעם הוא דמסתמא עשה כדעת חבירו. א"כ מוכח מזה דה"ה בכל מקום דייניגן דשתיקה כהודאה אף בשתק מתחלה עד סופו דאי נימא דשתיקה לא הוי כהודאה משום דיכול לומר לא חששתי להשיבו א"כ ה"ה התם גבי א"ל זכה לי נימא ג"כ דאף דשתק יכול לומר דזכיתי לעצמי ומה דשתקתי זהו משום דלא חששתי להשיבו. ויש לחלק דדוקא גבי תבעו א' ושתק הנתבע בזה אמרו דיכול לומר לא חששתי להשיבך משום דסובר כיון דהתובע עצמו יודע האמת שאינו חייב לו הנתבע לפי דבריו ע"כ יכול לומר דלא חשש להשיבו. אבל בהא דא"ל זכה לי ושתק המגביה דהבע"ד עצמו אינו יודע אם כיוון להגביה לעצמו או עבור חבירו א"כ לא ה"ל לשתוק דה"ל לחוש דחבירו יערער עליו ויתבע ממנו מחמת שתיקתו. וכעין מה דמצינו לקמן סעי' כ"ז בסמ"ע ס"ק נ"ד שכתב על מה דאמרו שם בהודה לפני השכ"מ א"י לטעון שלא להשביע דהטעם הוא כו' שהוא יודע האמת משא"כ זה שכשימות לא ידעו היורשים דשלא להשביע כיוון ויצטרך לישבע כו'. וכעין זה הסברא כתב הש"ך לקמן ס"ק ס"ג לחלק בין הבע"ד עצמו שיודע האמת שאינו חייב לו משא"כ בהודה לאחר כו'. וכמו כן י"ל הכא גבי שתיקה דהיכא דחבירו בעצמו אינו יודע האמת א"כ היה לו לחוש ולהשיבו ולומר דכוונתו לזכות המציאה לעצמו משום דע"י שתיקתו יכול להיות לו ריעותא דחבירו יערער עליו ויתבע ממנו כיון דאינו יודע האמת אם נתכוון לעצמו או לחבירו ושייך בזה סברת הסמ"ע הלז דכתב דלא היה לו להודות דיצטרך לישבע דה"ה הכא הדין נותן דאף אם היה אמרינן גבי א"ל זכה לי דנאמן לומר לעצמו זכיתי

ושתיקה לאו כהודאה בזה. עכ"ז היה המגביה חייב שבועת היסת לאחר שתקנו לשבועת היסת דהא העליתי לעיל להוכיח מן יבמות (דף פ"ח) וקידושין (דף ס"ו) ויו"ד סי' קכ"ז דבמקום שתיקה כהודאה דאף דלא הוי כהודאה ממש עכ"ז הוי רגלים לדבר וכמש"כ לעיל בארוכה. ומבואר לעיל בסי' ע"ה סעי' י"ז דהיכא דיש רגלים לדבר אף בטוען ספק יכול להשביעו היסת א"כ ה"ה הכא כיון דשתק יש לנו רגלים לדבר דכיוון לזכות עבור חבירו ולכן חייב שבועה ע"כ לא ה"ל לשתוק: ואף בזמן המשנה דלא היה אז חיוב שבועת היסת עכ"ז הא מצינו בב"מ (דף כ"ו) ראה סלע שנפל משנים חייב להחזיר דלא מייחש דסבר מימר נקיטנא ליה בדינא ופי' רש"י משבענא ליה ש"ה. וכתב הרא"ש שם דלכן לא מייאש דסבר דיתפוס משלו כו' והובא בסמ"ע סי' ע"ה ס"ק מ"ט והש"ך והט"ז שם השיגו על הסמ"ע דבאמת תפיסה לא מהני שם רק דכוונת הרא"ש הוא דהבע"ד לא מייאש דטעה וסובר דיהיה מועיל תפיסה שלו. [וזהו סעד למש"כ בספרי נחל יצחק סי' ע"ב סעי' י"ד בהגה דתפיסה הוא דבר קל]. ע"כ י"ל דמה"ט ה"ה הכא בא"ל זכה לי דלא ה"ל לשתוק משום דה"ל לחוש שמא יתפוס חבירו ממנו לאח"ז ע"י רגלים לדבר דיש ע"פ שתיקתו וכמו התם בראה סלע שנפל כו' דהוא המקור להא דרגלים לדבר דסי' ע"ה הנ"ל דאמרו דלא מייאש מה"ט דסבר לומר כן ה"ה הכא ה"ל לחוש לזה ולא לשתוק ומדשתק ולא חש לזה אמרו דשתיקה כהודאה ממש. משא"כ בתבעו א' ושתק הנתבע מתחלה דמבואר הכא דלא הוי שתיקה כהודאה הטעם הוא די"ל לא חששתי להשיבך דהא התובעו יודע שאינו חייב לו וע"כ לא חשש להשיבו. והוכיחו כן ע"פ ראיות הגר"א זצ"ל כנ"ל. ומה שיש לסתור לזה מהא דב"מ (דף יו"ד) מוכרחים לחלק כן:

ועפ"ז יש מקום לתרץ למה שהקשה הט"ז לעיל סעי' ב' על דברי הרמ"א שם דאחרים ששתקו לצוואת שכ"מ הוי כהודאה והא בשתיקה מתחלה לא הוי כהודאה. ולפמש"כ כעת ניחא בפשיטות דיש לחלק דשאני בשתקו לצוואת השכ"מ דהיה להם לחוש ולא לשתוק דהא כשימות השכ"מ ויבואו אותן שנתן להם במתנה השכ"מ ויתבעו ממנו ע"פ סמך שתיקתן דהא אינם יודעים האמת א"כ זה דומה להך דא"ל זכה לי דאמרו דשתיקת המגביה הוי כמו דנתרצה לדברי חבירו כיון דחבירו אינו יודע האמת היה לו לחוש ולא לשתוק וכמש"כ הסמ"ע לקמן בס"ק נ"ד דכשימות לא ידעו היורשים כו' כנ"ל. דאין לחלק דשאני התם בא"ל זכה לי דיש התם הסברא דחזקה שליח עשה שליחותו ומסתמא נתרצה לעשות השליחות משא"כ בענין תביעה על העבר. דזה אינו דהא אי נימא דשתיקה לא הוי כהודאה משום די"ל לא חששתי להשיבך א"כ ממילא ה"ה התם גבי א"ל זכה לי דנימא דאף דשתק עכ"ז לא נתרצה מעולם לעשות שליחותו א"כ ממילא לא

שייך התם לומר חזקה שליח עושה שליחותו דעיקר הטעם דאמרינן חזקה שליח עושה שליחותו הוא כמש"כ רש"י בחולין (דף י"ב ע"א) בד"ה חזקה שליח עושה שליחותו כו' ומחזקינן ליה בכך מאחר שנתרצה בהשליחות עכ"ל רש"י. ואי נימא להסברא די"ל לא חששתי להשיבך א"כ גם התם נימא כן. וע"כ מוכח משם דדייניגן להך כללא דדוקא היכא דתבעו התובע ושתק הנתבע מתחלה בזה אמרו הכא דשתיקה לא הוי כהודאה וכמש"כ הגר"א זצ"ל להוכיח כן מן שבועות (דף ל"ח) כנ"ל משום דס"ל כיון דהתובע עצמו יודע האמת ע"כ יכול הנתבע לומר לא חששתי להשיבך וסמכתי ע"ז דיחזור בו התובע ולא יערער לטעון עליו יותר. אבל היכא דחבירו אינו יודע האמת אז מוכח מן הא דב"מ דא"ל זכה לי דס"ל להש"ס דבכה"ג דייניגן לומר שתיקה כהודאה דה"ל לחוש דחבירו דאינו יודע האמת יצעוק עליו לערער ע"פ הוכחת שתיקותו. לכן שפיר פסק הרמ"א והמרדכי בשכ"מ שציוה ליורשיו שיתנו מנכסיו לפלוני ושתקו לצוואתו ואח"ז טוענים דאין להמוריש כלום בידם דאמרו בזה שתיקה כהודאה משום דה"ל לחוש ולא לשתוק דשמא יערער עליהם המקבל מתנה דאינו יודע האמת וכנ"ל דהא מוכח דהיכא דחבירו אינו יודע האמת דבכה"ג דייניגן דשתיקה כהודאה. ולכן מתורץ על נכון לקושיות הט"ז לעיל סי' ב' מעל הרמ"א שם ודברי הרמ"א נכונים לדינא:

ועדיין יש להקשות על זה מן ב"מ (דף ו') דהקדישה בלא תקפה מהו כיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט כמאן דתקפה דמי ואמרינן דכיון דשתק הודה לו וכמש"כ התוס' התם. ומייתי מההוא מסותא דהקדיש חד ושתק אידך דלא הוי הקדש אלמא דשתיקתו אינו כהודאה. והא התם דדייניגן לענין ההקדש דגם התם שייך לדון למה שכתבנו דההקדש עצמו היינו הגזברים אינם יודעים האמת א"כ ממילא לא ה"ל לשתוק א"כ לפי מה שכתבנו היה הדין נותן שם דנימא שתיקה כהודאה ואף בלא הטעם דכיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וה"ל כתקפה. אך באמת אין שום סתירה לדברינו מן התם דהא מיירי התם היכא דמתחלה היו מתווכחים זה עם זה וכ"א טוען כולה שלי וכן בההיא מסותא דהוו מנצו עלה האי אמר דידי כו' ואח"ז קם חד מינייהו אקדשה ושתק חבירו בעת שהקדישה ע"כ שפיר אמרו שם דשתיקה לא הוי כהודאה משום דיכול לומר דסמכתי על מה דאמרתי מתחלה דידי הוא והכחיש לחבירו. אך בתקפה א' בפנינו בזה אמרו דכיון דשתק דהודה לו דלא ה"ל לשתוק בכה"ג. אבל בהקדישה כיון דלא הוי כתקפה בזה שפיר י"ל דיכול לומר דסמכתי על מה שטענתי מתחלה ולא חש כלל אף דבעל ההקדש אינו יודע האמת כדמוכח מן הש"ס התם. אבל היכא דלא טען מעולם כלל רק שתק מתחלה בזה מוכח מן הך דב"מ דא"ל זכה לי דדייניגן בכה"ג דשתיקה כהודאה וכ"ז

מוכרח מן הש"ס בעז"ה. וכן י"ל דמה"ט אמרו בכתובות (דף י"ד) דקרו לי' חלל ושתיק דשתיקה כהודאה דזהו ג"כ משום דגם התם י"ל להסברא הלז דהא האחרים דאינם יודעים האמת יערערו עליו ע"י שתיקתו וע"כ לא ה"ל לשתוק ואמרינן בכה"ג דשתיקה כהודאה. והא דאמרו התם בסוף הסוגיא דסבר מסתיי' דלא מפקי מקהל דמשמע דלולי טעם זה לא היה מיפסל אף דשתיקה כהודאה וכמש"כ התוס' שם באמת הא כבר הקשה זה האבני מלואים לאה"ע סי' ב' סעי' ד' ס"ק א' דל"ל טעם זה הא קיי"ל בכל דוכתי שתיקה כהודאה כו' ותירץ זה שם ס"ק ב'. ולעיל העירותי על האבני מלואים מהא דסי' פ"א סעי' ז' דהכא דאדרבה הא מבואר הכא דלא אמרינן שתיקה כהודאה בשתק מתחלה. אכן לפי מש"כ כעת אתי שפיר דברי האבני מלואים משום דהא הוכחתי דהיכא דיש לו לחוש דיערערו עליו אחרים ע"י שתיקתו דאינם יודעים האמת ע"כ שתיקה כהודאה. א"כ ה"ה התם ע"כ יפה הקשה האבני מלואים ותירץ זה שם. ואף דלא נכלל זה בדבריו מ"מ י"ל כן מעצמינו ב"ה:

ענף ט:

וזה לשון הב"ח בטור ח"מ סי' רס"ט ס"ק ו' ראה את המציאה כו' ואין המגביה נאמן לומר לצרכי הגבהתיה כו' מכלל דאין חילוק אלא בין תנה לי לזכה לי כו' ובזכה לי זכה בה אפילו בסתם והכי משמע ממ"ש ה"ה רפי"ז ה' גזלה דהטעם כיון שאמר זכה וזה שתק ה"ז מגביה מציאה לחבירו וקנה חבירו. ביאור לדבריו דכיון דשתק הודה בשליחותו וכשהגביה בסתם בודאי לחבירו הגביה ואף לגבי איסורא אמר ר"פ האשה רבה בע"א א' אכלת חלב והלה שתק דשתיקה כהודאה דמי ומחייב קרבן ואינו נאמן לומר לא אכלתי חלב ולא מייתי חולין לעזרה והכי מוכח ר"פ המפקיד דכל היכא דלא מצי למימר טעמא דמתקבל מפני מה שתק דשתיקה כהודאה וכך פסק בהגהות אשרי שם והכי כתב הנמוקי יוסף פ"ק דב"ק מדשתיק רב אלמא דחזר בו והודה דשמין לשואל דכתב הרמ"ה עלה זה בנה אב בכל התלמוד דשתיקה כהודאה דמי עכ"ל הב"ח. וס"ל להב"ח בטעמא דא"ל זכה לי דא"נ לומר לעצמי הגבהתי משום דשתיקה כהודאה וכמש"כ לעיל. ומדמה זה להא דע"א נאמן באיסורין היכא דשתק הבע"ד ולהא דב"מ דף ל"ז) דתבעו לי' והוא צווח אבל בשתק שתיקה כהודאה דמי לכ"ע שם היכא דלא אמר טעם המתקבל והוכיח כן מן דברי הנ"י בשם הרמ"ה דב"ק. והנה בראייתו מן ע"א נאמן באיסורין היכא דשתק הבע"ד כבר נתבאר לעיל דאין זה ראי' לפי מש"כ התוס' ביבמות (דף פ"ח) ובקידושין (דף ס"ו) דבאמת לא הוי שתיקה כהודאה ממש אלא משום רגלים לדבר אתינן עלה שם וכמש"כ לעיל בארוכה. וכן במש"כ הב"ח להוכיח כן מן הנ"י בשם הרמ"ה לפ"ק דב"ק

כבר נתבאר לעיל דבאמת אין סברא למילף לענין הכחשת הבע"ד בממונא מן פלוגתת האמוראים דשתק חד מ"ד בעת שהקשה לו וכמש"כ לעיל בארוכה וכוונת הרמ"ה בב"ק שם הוא דזה בנה אב בכל התלמוד דשתיקה כהודאה דמי לענין פלוגתת אמוראי ושתק חד דבכולי ש"ס דאמרינן דמדשתיק הודה והלכה כן אבל לא לענין הכחשת בע"ד לענין ממונא:

ודברי הב"ח בטור הללו הם נאמרין בתשובת גאוני בתראי סי' כ"ג בשם הב"ח שכתב לבאר שם לדברי הטוש"ע דח"מ סי' רס"ט דבא"ל זכה לי א"נ לומר לצורכי הגבהתי והביא שם לדברי המ"מ ה' גזלה וכתב שם להראי' דבאיסורין ע"א נאמן אם שתק הבע"ד ולהך דפ' המפקיד והלה מה טוען כו' אלמא כל היכי דלא מצי לומר טעם המקובל שתיקה כהודאה וכ"כ בהגהת אשרי שם כו'. ובהג"ה שם כתב לדחות לראי' זו בזה"ל דודאי היכי דא' אמר לחבירו איזה דבר בב"ד והלה שותק שתיקה כהודאה דאל"כ ה"ל להשיבו משא"כ בא' שאומר לחבירו איזה דבר כמו בנ"ד להיות שלוחו אע"ג דשותק יכול לומר לא רציתי להיות שלוחך ולא חשתי להשיבך ע"כ הג"ה עכ"ל. וכוונת ההג"ה הלז לחלק ע"פ המבואר בח"מ סי' פ' דבתבעו לפני ב"ד ושתק הנתבע דאמרינן שתיקה כהודאה ע"כ יש לפרש להך דב"מ (דף ל"ז) דמיירי שם בתבעו לי' בב"ד וכן אפשר לפרש להך דע"א א' אכלת חלב דמיירי הכל בב"ד. אבל היכא דהוי חוץ לב"ד י"ל דשתיקה לאו כהודאה וה"ה גבי א"ל זכה לי. והב"ח ס"ל דדוחק לפרש דמיירי שם רק בהיה כן בב"ד וכמש"כ לעיל. וכן הך דע"א נאמן באיסורין הדין הוא גם בחוץ לב"ד דבאיסורין לא בעינן דיגיד בב"ד ולכן הוכיח הב"ח דשתיקה הוי כהודאה. אבל הראיה מן הנ"י בשם הרמ"ה לא הביא שם מוכח מזה דהב"ח עצמו לא חש לראי' זו משום דפשט דברי הרמ"ה הוא כמש"כ:

ועיקר דברי הב"ח צ"ע במה שפסק לדינא דשתיקה כהודאה כפי מה שהוכיח בראיות דהא להדיא מבואר הכא דבשתק מתחלה עד סוף לא הוי שתיקה כהודאה א"כ קשה איך לא הזכיר הב"ח בטור סי' רס"ט ובתשובת גאוני בתראי להא דסי' פ"א סעי' ז' דהכא דמבואר בטוש"ע דבשתק מתחלה לא הוי שתיקה כהודאה ולא הוזכר כאן שום חולק וכן הב"ח על הטור בסי' הלז סתם כן. א"כ קשה איך לא הביא להך דהכא דמבואר דלדינא קיי"ל דשתיקה לא הוי כהודאה. וכבר נתבאר בעיקר ראיות הב"ח הללו דאינם ראיות מוכרחות. וגם מה שכתב הב"ח בתשובת גאוני בתראי שם מן המרדכי בשם תשובת מהר"ם סוף מ"ק דע"א אומר אכלת חלב והלה שותק דנאמן משום דה"ל לידע ולהשיב כו'. גם זה אינו ראיה דהא כבר כתבתי בשם התוס' יבמות (דף פ"ח) דכתבו דהתם לא

הוי כהודאה ממש רק כיון דשתק נראה כמו רגלים לדבר ומהימן ע"א בכה"ג והכריחו כן דאל"כ לא שייך לשון נאמן וכ"כ התוס' בקידושין (דף ס"ו). ע"כ כמו דפירשו לכוונת הגמ' דשם דאמרו גבי ע"א אומר אכלת חלב כו' דשתיקה כהודאה כנ"ל כמו כן יש לפרש לדברי המרדכי הלז ואין ראי' מן המרדכי. וכן לפי מה דכתב הט"ז ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק ב' לחלק בין הא דיו"ד שם להך דסי' פ"א והובא לעיל ג"כ אין ראי' אך העיקר הוא כמש"כ. א"כ תמוהים דברי הב"ח בשני המקומות הללו:

ואפשר להעמיס כל מש"כ לחלק דשאני בא"ל זכה לי דכיון דהבע"ד אינו יודע האמת ע"כ לא היה לו לשתוק דהיה לו לחוש שיערער עליו וכנ"ל בארוכה דיש לומר דגם הב"ח כיון בקצרה לדברינו והוא די"ל דס"ל להב"ח דלכן אמרו ע"א נאמן באיסורין אם הבע"ד שותק משום דה"ל לחוש דיוציאו עליו לעז דעשה דבר מגונה ושתה איסור וכיוצא בו וכעין דברי הט"ז ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק ב' הנ"ל וכמש"כ לעיל בארוכה לבאר לדברי הט"ז הלז. ועיקר הסברא הוא דאחרים דאינם יודעים את האמת יערערו עליו ע"י הוכחת שתיקתו. וכן יש לפרש להא דב"מ (דף ל"ז) גבי תבעי לי' גזלת ממני והלה שותק דשתיקה כהודאה משום דאחרים דאינם יודעים את האמת יערערו עליו לומר שהוא גזלן וכמש"כ האו"ת סברא זו בסי' פ' ס"ק ג' בקצרה כעין זה ע"ש. וכן הא דנ"י בשם הרמ"ה דפ"ק דב"ק דאמרו זה בנה אב בכל התלמוד דשתיקה כהודאה. אף דנימא דנתכוין רק לענין פלוגתת אמוראי באיזה דין מ"מ עיקר הטעם הוא שם דלכן אמרו שם דשתיקה כהודאה משום דלא ה"ל לשתוק דהא יכול לצאת תקלה לאחרים דאינן בר הכי להכריע מן דעתן בענין הפלוגתא איך יהיה הדין ויסמכו ע"י שתיקתו ויסברו דמסתמא חזר להמ"ד החולק עליו וע"כ לא ה"ל לשתוק ולכן אמרו שם דשתיקה כהודאה דמי. וע"כ י"ל דאף הב"ח עצמו ס"ל דיש לפרש לדברי הנ"י בשם הרמ"ה דכוונתו רק לענין פלוגתת אמוראי וכמש"כ רק דס"ל דממילא יש להוכיח כמו כן דה"ה בכל מקום דיש לו לחוש שיערערו עליו אחרים ע"י שתיקתו כיון דהוי עכ"פ רגלים לדבר וכסברת התוס' הללו א"כ לא ה"ל לשתוק. וס"ל להב"ח ג"כ כעין סברת הט"ז ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק ב' הנ"ל רק קצת בסיגנון אחר וה"ט שייך כעין זה בב"מ (ד' ל"ז) גבי תבעי ליה דגזל וניחא ליה לאינש דלא לקריי' גזלנא דרבים וכעין הא דב"מ (דף ט"ו ע"ב) כעין זה ע"ש וכמו כן בסברת הרמ"ה דפ"ק דב"ק. והב"ח דכתב בלשון ואפילו באיסורין אמרינן דשתיקה כהודאה כו' כוונתו דכיון דמצינו כן באיסורין דה"ל למיחש דיערערו עליו עי"ז אף דלא שייך בע"ד התם כש"כ בממונא דיש לפנינו בע"ד דיתבע ויצעוק עליו ע"י שתיקתו דהוי רגלים לדבר כיון דאינו יודע האמת וישביענו או אף קודם תקנת ש"ה דר"נ עכ"ז יש

לו לחוש שיתפוס ממנו ויסבור דיהיה מועיל תפיסה ממנו וכמש"כ לעיל בארוכה ע"כ לא ה"ל לשתוק לכן אמרו גבי א"ל זכה לי דכיון דשתק ה"ה כהודאה כמש"כ המ"מ. אבל היכא דהתובע יודע את האמת בזה גם הב"ח מודה דשתיקה לאו כהודאה בשתק מתחלה כמבואר הכא בטוש"ע וכדסתם הב"ח כאן בטור. כן יש לפרש לדברי הב"ח אף שקיצר ולא הזכיר זה החילוק מ"מ נראה כן לפרש דבריו שלא יהיה מוקשה כ"כ:

ענף:

ועיקר ראיות הב"ח מן ע"א נאמן באיסורין היכא דשתק הבע"ד דה"ה בממון. הנה לפי מה שכתב הר"נ בקידושין פ' האומר בסוגיא אשתו זינתה בע"א מהו כו' דמסיק שם דהעיקר כשיטת הר"ת דע"א נאמן באיסורין משום שתיקה כהודאה וחידוש הוא שחדשה תורה באיסורא ומוכחין לי' מדכתיב או הודע אליו מ"מ כו' ובודאי למאי דאמרינן התם משום דשתיקה כהודאה אין הטעם אלא מפני נאמנותו של עד דכל היכא דשתיק דמחזי כמודה העד נאמן ולא מפני הודאתו בלבד כו' וגזירת הכתוב הוא באיסורין מרבויא דאו הודע שתהא שתיקתו של בע"ד לגבי ע"א כהודאה ולא מן הדין שהרי אין דנין כן בממון אלא באיסורין בלבד כו' אלא גזה"כ הוא באיסורין שיהא ע"א נאמן במקום שתיקה ושתחשב שתיקה כהודאה ואלו בממון ודאי אין אומרים כן ומש"ה א' רבא דדבר ערוה ילפינן מממון דלא אמרינן בי' שתיקה כהודאה כי היכי דלא אמרינן הכי בממון כו' שהענין תלוי בנאמנותו של עד ולא בהודאתו של בע"ד כו' עכ"ל הר"נ. א"כ הרי כתב הר"נ להדיא דבממונא לא דיינינן להך שתיקה כהודאה דאמרו שם גבי ע"א נאמן באיסורין אלא גזה"כ הוא באיסורין. ע"כ לפ"ז אין מקום לראיות הב"ח הלז ואדרבה מוכח משם להיפך דבממונא לא אמרינן שתיקה כהודאה. וכן לפ"ז אין מקום לקושיות הט"ז ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק ב' שהקשה מהא דיו"ד על הא דח"מ דהכא. ועיין בש"ך יו"ד סי' קכ"ז ס"ק יו"ד. אך אף לשיטת התוס' כבר נתבאר דאין ראי' מן התם לממונא דהכא. ולפ"ז יהיה מוכח מן הר"נ דס"ל לדינא דלא אמרינן שתיקה כהודאה בממונא היכא דשתק מתחלה וכמבואר כאן בהר"נ:

וכן יש להוכיח מן התוס' דס"ל דשתיקה דאמרו בע"א נאמן באיסורין דהוי כהודאה דלא הוי כהודאה ממש אלא מן פאת דהוי רגלים לדבר אתו עלה כנ"ל ג"כ יש להוכיח לכאורה דה"ה הכא בממונא לא הוי שתיקה כהודאה. וכן יש להוכיח מן שיטת הרשב"א והריטב"א בחי' לקידושין (דף ס"ה ע"ב ודף ס"ו) וסייעתו דהובא בקצרה ביו"ד סי' קכ"ז בש"ך ס"ק ט"ז ע"ש. וכמש"כ המקנה בקידושין (דף ס"ו ע"א) בד"ה א' אביי נאמן כו' בשיטת הרשב"א דס"ל בשתיקה אפילו היכי דה"ל למידע לא הוי כהודאה והשיג שם

לקמן בתוס' ד"ה רבא אמר כו' על הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק ט"ז בסופו ע"ש. אכן באמת אין זה הוכחה לפי דיש לחלק בין איסורין לממונא כדמוכח מן דברי הב"ח בח"מ סי' רס"ט ובתשובת גאוני בתראי סי' כ"ג במה שכתב להוכיח דא"ל זכה לי ושתק המגבי' שתיקה כהודאה וכתב בזה"ל ואפילו לגבי איסורי אמרינן בר"פ האשה בע"א אומר אכלת חלב והלה שותק דשתיקה כהודאה וחייב קרבן וא"נ לומר לא אכלתי חלב כו'. דמשמע ממנו דאמרינן לא מבעיא בממון דאמרינן שתיקה כהודאה ומוציאין הממון ממנו אלא אפילו באיסורין אמרינן שתיקה כהודאה. והדבר צריך טעם דמפני מה שייך יותר לומר שתיקה כהודאה גבי ממון ביותר מן גבי איסורין והא בממון קיי"ל דאין הולכין אחר הרוב משום דחזקת ממונא אלימא ביותר ואפ"ה אמרו בזה שתיקה כהודאה א"כ מאיזה טעם יהיה גרע בזה מילתא דאיסורא ודברי התוס' בכתובות (דף ט"ו ע"ב) בד"ה להחזיר לו אבידה כו' אין ענין לדמות לנ"ד וקצרתי. וע"כ מוכח דס"ל להב"ח דהסברא נוטה ביותר לומר דשתיקה כהודאה בממון מלגבי מילתא דאיסורין משום דבממונא דיש שם בע"ד לתבוע ממנו ה"ל לחוש ביותר ולא לשתוק משום דע"י סמך שתיקתו יערער עליו ויטעון לתבוע הממון ממנו ע"כ לא ה"ל לשתוק וה"ל לחוש ולהשיבו ומדלא השיבו אמרו דשתיקה כהודאה בממונא אבל באיסורין כיון דאין שם בע"ד לתבוע ממנו ולערער עליו ע"כ הסברא נוטה ביותר שם דלא הוי שתיקה כהודאה משום די"ל דלא חשש להשיבו ולכן כתב הב"ח בלשונו ואפילו במילתא דאיסורא אמרינן שתיקה כהודאה א"כ ממילא כש"כ בממונא כן הוא כוונת הב"ח במש"כ כן בשני המקומות הללו ע"כ ממילא אין מקום להוכיח ממה דמצינו דבאיסורין לא הוי שתיקה כהודאה ממש לדון כמו כן בממונא משום דיש לחלק כן. ולכן אף לפי מש"כ לעיל להוכיח מן הר"נ ספ"ק דגיטין בעובדא דהנך גינאי כו' דהביא ראי' מן שבועות (דף ל"ח) דא"נ לומר טעיתי במיגו וביארתי לעיל כוונתו בהראי' זו דס"ל לדינא דשתיקה כהודאה בממונא וכמו שהארכתי לעיל. עכ"ז א"ש למש"כ הר"נ הכא בקידושין דבממונא לא הוי שתיקה כהודאה רק באיסורין משום גזה"כ דאו הודע כו' משום דכוונתו הוא דהיכא דבא ע"א והעיד שהוא חייב ממון לפלוני והוא שותק בעת הגדת הע"א דיכול לומר אח"כ לא חששתי להשיבו כיון דהעד לא הוי בע"ד לתבוע ממנו ולא הוי סתירה מן דברי הר"נ להדדי:

ונתבאר ליישב דברי הב"ח על נכון. אך במש"כ הב"ח להוכיח מן מה דאמרו דע"א נאמן באיסורין בשתק הבע"ד דשתיקה כהודאה דה"ה בממונא דזה יש לדחות כמו דנתבאר. ועוד יש לתמוה על הב"ח בזה דהא אדרבה מוכח בקידושין (דף ס"ו) דבממונא שתיקה לא הוי כהודאה דהא אמרו שם באשתך זינתה בע"א ושותק דרבא אמר אין

דבר בערוה פחות משנים והטעם דילפינן בערוה דבר דבר מממון. הרי להדיא דבממון וערוה דשתיקה לא הוי כהודאה וכמש"כ התוס' שם בד"ה רבא אמר כו'. ועיין באה"ע סי' קע"ח סעי' ט' ובב"ש ס"ק ח' ובבית יוסף שם ובמהרי"ט ח' אה"ע סי' א' ובתוס' כתובות (דף ס"ג) ד"ה אבל אמרה כו' וקצרתי. ובעיקר הדברים במה שכתבתי לעיל להוכיח מן ב"מ (דף יו"ד) וטוש"ע בח"מ סי' רס"ט בא"ל זכה לי והלה שותק דא"נ לומר לעצמי הגבהתיה דיש להוכיח מזה שתיקה כהודאה כן כתב הב"ח. אך נתבאר דמוכרחין אנו לחלק ביניהם כדי דלא תקשה מן מה דאמרו הכא דשתיקה לא הוי כהודאה אף דלא משמע כן פשט דברי הב"ח כ"כ: ענף יא:

ולפי מה שכתבתי להוכיח מן טוש"ע סי' רס"ט דבא"ל זכה לי א"נ המגביה לומר לעצמי זכיתי וכמש"כ הב"ח כן בשם הרמב"ם פ' י"ז הל' גזלה וכמש"כ המ"מ שם. והב"ח הוכיח כן מן הגמ' וכמש"כ הש"ך שם ובביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ה'. וע"כ הטעם דס"ל להש"ס והראשונים דשאני היכא דהבע"ד אינו יודע האמת מה היה בכוונתו א"כ לא ה"ל לשתוק ומסתמא נתרצה לדברי חבירו רק היכא דהוי מחילת זכותו שהיה לו בזה דיינינן דשתיקה לא הוי כמחילה וכמש"כ הש"ך בס"ק ט' וכמבואר באה"ע סי' ק"ו ובסי' צ' סעיף י'. [ועיין בסמ"ע סי' קע"ו ס"ק ל"ד ויש לחלק וקצרתי]. הנה לפ"ז יש ליישב דברי הרמ"א בכאן שכתב מי שהתנה עם בחור ללמוד עם בן חבירו ואבי הבן שתק שתיקה כהודאה כו' והובא בשם המרדכי פ"ג דסנהדרין וכן כתב הרמ"א לקמן בסי' של"ו. והאו"ת בס"ק י"ג הניח דין זה בצ"ע דהא י"ל דהמרדכי דכתב כן אזיל לשיטתו דס"ל דשתיקה כהודאה אף דשתק מתחלה אבל לדינא לפי מה דפסקו הכא בטוש"ע דשתיקה לא הוי כהודאה בשתק מתחלה א"כ ה"ה הכא הדין כן עכ"ל האו"ת. והנתיבות בס"ק ה' כתב לתרץ זה בזה"ל דבכה"ג שעושה מעשה בשל חבירו ע"פ דיבורו ושתק דהוי כריצוי כגון באחד שאמר לחבירו הנני לוקח חפץ שלך בסך זה והנני מושכו לקנותו בסך זה ומשכו בפני חבירו ושתק הוי כהודאה וריצוי לכ"ע וה"נ מיירי דהבחור התחיל ללמוד עם בן חבירו בידיעתו מש"ה הוי כהודאה וריצוי לכ"ע עכ"ל. וכוונת הרמ"א במה דסיים הכא וכמ"ש בסמוך סעיף י"ג. זהו כמש"כ המרדכי למילף זה מן הא דמבואר בסנהדרין כן דהיכא דה"ל לאסוקי אדעתיה לא ה"ל לשתוק. וכמש"כ בביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ט"ו כוונתם דכמו דאמרו שם דהיכא דה"ל לאסוקי אדעתיה דיהיה לו ריעותא ע"י שתיקתו לא ה"ל לשתוק דה"ה הכא כיון דיכול להיות לו ריעותא ע"י שתיקתו בכה"ג ע"כ לא ה"ל לשתוק והוי שתיקה כהודאה. אך עיקר דמיון של הנתיבות אינו דומה כ"כ דהא היכא דלוקח חפץ של חבירו והבעלים שתקו בזה שפיר אמרינן דשתיקה כהודאה דלא ה"ל לשתוק

בכה"ג. משא"כ הכא בשוכר מלמד לבנו דלא לקח ממנו כלום ואין לו שום הפסד הדין נותן דיכול לומר בזה ג"כ דלא איכפת לי להשיבך ואין הענינים דומין כלל להדדי וע"כ תירוצו של הנתיבות אינו מספיק לתרץ לתמיהת האו"ת: אכן לפי מש"כ להוכיח מן הא דא"ל זכה לי ושתק המגביה דא"נ לומר לעצמי זכיתי משום דכיון דחבירו אינו יודע איך היה במחשבתו בעת שהגביה להמציאה וע"כ לא ה"ל לשתוק רק ה"ל לחוש ולהשיבו כדי שלא יערער לתבוע ממנו כנ"ל. א"כ ה"ה הכא בשכר מלמד לבן חבירו בפני אבי הבן ושתק אבי הבן דדייניגן בזה ג"כ להסברא זו דכיון דהמלמד אינו יודע איך היה מחשבת אבי הבן ויסבור דכיון דשתק אבי הבן מסתמא נתרצה שישלם שכירותו להמלמד כפי ששכרו חבירו וע"כ יערער עליו המלמד לתבוע ממנו שכרו ע"י שתיקתו ולכן אמרינן בזה שתיקה כהודאה דמי. ואינו קשה ממה דאמרו הכא בתבעו חבירו והנתבע שתק מתחלה עד סופו דלא הוי שתיקה כהודאה משום דהא נתבאר דע"כ מוכח מן הך דב"מ (דף י') דמחלקינן דדוקא היכא דחבירו יודע האמת בזה אמרו דשתיקה לאו כהודאה וכמו דהוכיחו זה מן שבועות (דף ל"ח) וכמש"כ בביאור הגר"א זצ"ל בס"ק י"ד כנ"ל משום דיכול לומר בכה"ג דלא חששתי להשיבך דאתה יודע את האמת כנ"ל. אבל היכא שאינו יודע האמת בזה מוכח מן הא דב"מ הנ"ל דאמרינן שתיקה כהודאה וכמו דנתבאר בעז"ה וה"ה בהך דשכר מלמד לבן חבירו ואזלינן בתר טעמא וא"ש לדברי הרמ"א ומתורץ קושיות האו"ת:

וביותר יש להסביר לדברי הרמ"א והמרדכי ע"פ מה שכתבתי לעיל בחידושי לסעיף ב' ענף א' ליישב לדברי הרמ"א דשם ע"פ דברי התוס' דב"מ (דף כ' ע"א) בד"ה ש"מ איתא לדשמואל כו' שכתבו דאי איכא עדים נשיילינהו אם אומרים שנתרצה הבעל או שתק א"כ מודה שהשובר שקר כו' וכ"כ הרא"ש בכתובות פ"ט סי' י' וביארתי שם בארוכה דלא תקשה הא שם היה שתיקה מתחלה ולא הוי כהודאה והעליתי שם לחלק דשאני היכא דיצא מכשול ע"י שתיקתו כדהתם דאותן שקנו ממנה כתובתה יתנו לה מעות עבור המכירה לפי שסמכו על שתיקת הבעל ואדרבה ה"ל להשיב ולמחות שלא יסמכו עלי' וע"כ שפיר אמרו שם שתיקה כהודאה דמי. ודוקא היכא דאינו בא מכשול לאחרים ע"פ שתיקתו בזה אמרו שתיקה לאו כהודאה כמו דאמרו הכא. אבל היכא דאחד נפסד ע"י שתיקתו והוציא מעות ע"פ סמך שתיקתו בזה אמרינן דלא ה"ל לשתוק וה"ל להשיב כדי דלא יגרום הפסד לחבירו ע"י שתיקתו ולכן אמרו בכה"ג דשתיקה כהודאה. א"כ ה"ה הכא כיון דהמלמד התחיל ללמוד עם בנו ע"י סמך שתיקת אבי הבן דסבר דמדשתק

נתרצה לשלם שכירותו כפי שקצב לו האחר ע"כ אמרו בזה דשתיקה כהודאה וחייב לשלם שכירותו ולכן שפיר פסק הרמ"א והמרדכי ומיושב קושיות האו"ת: ענף יב:

שוב ראיתי דיש עדיין לחלק בעיקר הראיה שהבאתי מן התוס' ב"מ (דף כ') והרא"ש הנ"ל והוא די"ל דשא"ה בנידון התוס' והרא"ש דמיירי התם בחשש שמא מכרה הכתובה במעמד שלשתן דהא הלוקח קנה כתובתה ממנה כדין כ"ז שלא ראה את השובר דהא הדין הוא כ"ז שאין רואין את השובר ת"י הבעל אז הכתובה שת"י האשה הוא בחזקת שטר מעליא ממעלת השטר ומעלת מעשה ב"ד וע"כ שפיר כתבו דאם שותק הבעל אז דהוי כמודה משום דה"ל למחות בהלוקח שלא יקנה ולא יסמוך על סמך הכתובה שיש ת"י משום דכ"ז דאינו מוחה בפירוש אז הכתובה בחזקת שטר מעליא ויש להלוקח הכתובה על מה לסמוך ולקנות. משא"כ היכא במי שמוציא הוצאות ממון או טירחא רק על ידי סמך השתיקה לבד וזולת הוכחת השתיקה אין לו שום הוכחה על מה לסמוך ולהוציא משלו בזה עדיין י"ל דכיון דהדין הוא דשתיקה לאו כהודאה דמי ע"כ ממילא לא היה לו להוציא מעות או טירחא על סמך השתיקה ואיהו דאפסיד אנפשיה דסמך על שתיקתו והוציא מעותיו וטירחתו בכדי וע"כ נדחה ראייתי הלז. ולכן העיקר כמש"כ לעיל לתרץ לדברי הרמ"א ע"פ הא דב"מ (דף י') בא"ל זכה לי כו' וכן תרצתי לעיל לדברי הרמ"א דסעיף ב' הנ"ל ג"כ ע"פ הך דב"מ הנ"ל ע"פ מה דמוכח שם דהיכא דחבירו אינו יודע האמת דבזה לא ה"ל לשתוק ואמרינן שתיקה כהודאה:

(הגה"ה:

והנה דברי התוס' דב"מ (דף כ') הלז בד"ה ש"מ אי' לדשמואל כו'. הוא תמוה במש"כ ואי איכא עדים נשיילינהו אם אומרים שנתרצה הבעל או שתק א"כ מודה שהשובר שקר ואם מוחה שאמר כבר פרעתי לה א"כ השובר נעשה קודם המכירה ואינהו דאפסיד אנפשיי' עכ"ל התוס'. וקשה דהא אף במוחה שאמר הבעל אז בעת המכירה כבר פרעתי עכ"ז אין זה הוכחה שהשובר נעשה קודם המכירה דהא אף דהבעל אומר פרעתי אינו נאמן כ"ז שכתובה יוצא מת"י או מת"י הלוקח את הכתובה ולכן עדיין יש לחוש על השובר שנמצא דלמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי דכיון דנפל איתרע זכות השובר וה"ל כמו דאין שובר לפנינו כלל וה"ל טענת הבעל פרעתי כמו כל טוען פרעתי להכתובה דא"נ כ"ז שאין לו שובר לפנינו וע"כ דברי התוס' צריך ביאור. והר"נ בחי' לב"מ שם דכתב ג"כ זה התירוץ וכ"כ הנימוקי יוסף לב"מ שם י"ל דכוונתם הוא לפי דהא שיטת הר"נ והנימוקי יוסף דמעמד שלשתן לא מהני בע"כ של לוה רק מדעתו וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק כ"ח בשם הר"נ ספ"ק דגיטין ובשם הר"נ בתשובה ובשם הנ"י פ'

מי שמת ובפרק החובל ע"כ כתבו שפיר לתרץ כן דהא מעמ"ג לא מהני רק מדעתו א"כ הא הוי כהודאה דלא פרעי' והשובר פסול. וכן כתב להדיא הר"נ ספ"ק דגיטין בזה"ל במה שהקשה ג"כ בהא דב"מ (דף כ') דניחוש שמא מכרה במעמ"ג דלא מצי למחול ותי' דאם אי' דזבנה במעמ"ג מדעתו של בעל הי' דלא אפשר בלא"ה וכדכתיבנא וכיון שכן אפי' מפיק שובר לא מהני שהרי הודה לאח"ז של שובר שלא נפרעת מכתובתה עכ"ל הר"נ וכ"כ הר"נ בחי' לגיטין שם. הרי להדיא דעיקר תירוצו הוא ע"פ מה שכתב הר"נ שם לעיל דמעמ"ג לא מהני רק מדעתו. וכן ראיתי בבעה"ת שער כ"ח חלק ששי שכתב ג"כ לתרץ להקושיא בב"מ דניחוש שמא מכרה במעמ"ג ותי' ג"כ בזה"ל שהרי יש עדים שמכרה במעמ"ג ואיהו א"ל הן נמצא שהודה כו'. וזהו ג"כ ע"פ שיטתו דכתב הבעה"ת שם חלק ה' אות ג' דמעמ"ג לא מהני רק מדעתו וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק כ"ח בשם הבעה"ת וכ"כ הב"י שם בשם הבעה"ת ע"כ שפיר כתב הבעה"ת בפשיטות דאיהו א"ל הן נמצא שהודה כו':

וכן י"ל בכוונת הרא"ש בכתובות פ"ט סי' יו"ד שכתב ג"כ לתרץ לקושיא זו בב"מ (דף כ') דניחוש שמא מכרה במעמ"ג ותי' די"ל דלהא ליכא למיחש דאם שתק הבעל הרי הודה שהשובר היה שקר שאם הי' אמת היה לו למחות ולומר כבר נתקבלה כתובתה עכ"ל. דקאי התם לתרץ לדברי המפרשים דבמעמ"ג א"י למחול וכמו דקאמר התם הרא"ש בקושייתו וי"ל דתירץ לקושיא הלז ע"פ שיטת הסוברים דמעמ"ג לא מהני רק מדעתו ולא בע"כ וכמש"כ הרא"ש שם לעיל מיני' בזה"ל ועוד י"ל הא דקאמר משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך פי' כשארצה להשתעבד כו' ובכה"ג פירשו התוס' בספ"ק דגיטין כשרצו לדקדק דמעמ"ג קנה בע"כ של לוה כו' ודחו ראי' זו כו' דשאני התם שעומדין שלשתן כאחד ונתרצה להשתעבד לו כדפרישית לעיל עכ"ל הרא"ש שם לעיל מיני'. ע"כ י"ל דמה דכתב הרא"ש שם אח"ז לתרץ להא דב"מ דכוונתו לתרץ כן ע"פ שיטת הסוברים דמעמ"ג לא מהני בע"כ ולכן א"ש תירוצו משום דהא מעמ"ג לא מהני רק בנתרצה הלוה או בשתק וכמש"כ האו"ת בסי' קכ"ו סוף ס"ק ז' דבשותק הלוה בעת שהיה המעמ"ג כ"ע מודו דמהני המעמ"ג רק אם הלוה מוחה בפירוש בזה פליגי החולקים וס"ל דבע"כ לא מהני ע"ש. ע"כ שפיר כתב הרא"ש דכיון דהיה ריצוי או לכה"פ שתיקה ע"כ הוי כהודאה שהשובר הוא שקר משום דאם לא היה שתיקה אם כן ממילא לא מהני המעמד שלשתן להסוברים דלא מהני בע"כ ולכן הרא"ש לא סיים כמש"כ התוס' בב"מ דאם מוחה שאומר פרעתי א"כ השובר נעשה קודם המכירה כו'. משום דהרא"ש כתב בפשיטות ובקצרה כן לפי דמיירי בשיטת הסוברים דלא מהני בע"כ. ולכן אתי שפיר דברי הרא"ש

בב"מ (דף כ') סי' מ"ח שהקשה שם ג"כ דניחוש שמא מכרה הכתובה במעמ"ג דלא מהני מחילתה ותי' דבכתובה לא מהני מעמ"ג דשמא לא תבא לידי גבייי' כו'. ולא כתב להתירוץ שמתרץ הרא"ש בכתובות כנ"ל משום די"ל דכיון דהרא"ש כתב בגיטין פ"ק סי' י"ז לדינא דמעמ"ג מהני בע"כ ג"כ ע"כ שפיר הוכיח האשרי בב"מ מקושיא זו דמעמ"ג לא מהני בכתובה ולכן לא כתב להתירוץ שמתרץ בכתובות כנ"ל וא"ש דברי הרא"ש. אבל דברי התוס' בב"מ מוקשין מאוד דהא כתבו לתרץ דאם מוחה שאמר כבר פרעתי א"כ השובר נעשה קודם המכירה ואינהו דאפסידו אנפשייי'. ולא כתבו דאם לא שתק הבעל הא מעמ"ג לא מהני בע"כ אלא דכתבו כנ"ל. א"כ תקשה דמנלן להוכיח דע"י מחאת הבעל מוכח דהשובר נעשה קודם המכירה הא י"ל דאף דהבעל טען אז פרעתי מ"מ כיון דא"נ לומר פרעתי הכתובה כ"ז דליכא שובר ע"כ עדיין איכא לחוש שמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי וכמו דפי' רש"י שם דהוא לא פרע עד תשרי וע"כ לא מהני השובר דאיתרע בנפילה לגרע זכות הלוקח את הכתובה במעמ"ג ולא מהני מחאת הבעל במה שמיחה אז בעת המעמ"ג. ובאמת התוס' דלא כתבו בפשיטות דאם הבעל מיחה אז א"כ לא מהני המעמ"ג כיון דלא היה בריצוי שלו. משום דאזלי לשיטתם דכתבו בגיטין (דף י"ג) דאף בע"כ מהני מעמ"ג וכמש"כ המהר"ם שיף בב"מ (דף כ') בתוס' ד"ה ש"מ איתא לדשמואל כו' להשיג על המהרש"א שם ע"ש. וכן תקשה על התוס' בגיטין (דף י"ג ע"ב) בד"ה תנהו לפלוני כו' דהקשו ג"כ בהא דב"מ דניחוש שמא מכרה במעמ"ג כו' ותירצו ג"כ דבשתק השובר שקר ואם מיחה מוכח שהשובר אמת וליכא למיחש דילמא כתבה ליתן בניסן כו' עכ"ל התוס'. ולא כתבו בקצרה דאם מיחה א"כ לא מהני מעמ"ג בע"כ משום דאזלי התוס' לשיטתייהו דכתבו שם בדיבור הקודם דמעמ"ג מהני אף בע"כ וכן באותו דבור כתבו בזה"ל לעיל מיני' דאע"ג דהבעל לא יתרצה הא פרישית דאפילו בע"כ קני עכ"ל התוס'. ולכן אתו התוס' לסיים דאם מיחה מוכח שהשובר אמת כו'. א"כ תקשה כמו שהקשיתי על התוס' ב"מ דאיזה הוכחה הוא להוכיח ממחאתו שהשובר אמת דהא א"נ לומר פרעתי כ"ז דליכא שובר וכיון דהשובר איתרע בנפילה ה"ל כמאן דליתא ועדיין יש לחוש שמא כתבה ליתן בניסן ולא פרע עד תשרי א"כ היה הפרעון אחר שמכרה במעמ"ג דחייב הבעל לשלם להלוקח את הכתובה. וע"כ דברי התוס' הללו צריך ביאור כעת:

וראיתי בקרבן נתנאל לרא"ש בכתובות פ"ט סי' יו"ד בס"ק כ"ה שכתב על דברי הרא"ש דשם דלשון התוס' בב"מ (דף כ') ד"ה ש"מ מתוקן יותר וז"ל וי"ל דליכא למיחש כו' ואם מוחה שאומר פרעתי א"כ השובר נעשה קודם המכירה כו' עכ"ל הק"נ. ובאמת לפי מה

שנתבאר א"כ לשון הרא"ש מדוקדק ביותר משום דכוונת הרא"ש שם הוא דאם לא שתק הבעל א"כ הא לא מהני מעמ"ג בע"כ לשיטת הסוברים כן וכנ"ל בארוכה. אבל דברי התוס' במה דסיימו כן הוא מוקשה כעת:

ואחר כותבי כ"ז מצאתי וראיתי בפלפולא חריפתא להרא"ש בב"מ פ"א סי' מ"ח בס"ק א' שכתב על דברי הרא"ש שהקשה דניחוש שמא מכרה הכתובה במעמ"ג כו' והתוס' כתבו דליכא למיחש דאי ליכא עדים כו' ואי איכא עדים נשיילינהו כו' ואם מוחה כו' ע"כ ורבינו בפ' הכותב לא כתב אלא זה התירוץ בלבד ואפשר לי לומר דבכאן סבור היה רבינו דאפילו כי אמרי עדים שמיחה ליכא למימר דלקוחות אפסידו אנפשייהו שיכולים לומר מה לנו ולמחאתו דילמא בשיקרא קא צוות ומחה שעדיין לא נתנתה לו השובר ומשום שיודע שכתבה סבור הי' שיפתנה ויוכל לה שתתנה לו השובר ועכשיו שפיתה אותה נתנה לו אבל כשצווח עדיין לא נתנה לו עכ"ל הפלפלא חריפתא. ות"ל שכוונתי בתמיהתי על התוס' לדברי הפלפלא חריפתא. אך בכוונת הרא"ש לכתובות נתבאר ב"ה די"ל דלא כיון למה דסיימו התוס'. ולפ"ז אתי שפיר לדברי הרא"ש בב"מ שלא הזכיר לתירוץ הלז בב"מ משום דלדינא כיון דכבר כתב הרא"ש בפ"ק דגיטין דמעמ"ג מהני אף בע"כ ע"כ לא כתב בב"מ מזה התירוץ רק הוכיח מזה הקושיא דכתובה אינו נקנה במעמ"ג):

וכדי דלא יהיו דברי התוס' בב"מ ובגיטין (דף י"ג ע"ב) מוקשין כ"כ ע"כ אפשר לומר בכוונתם והוא דבדברי התוס' בב"מ (דף כ') י"ל דקאי שם לשיטת הסוברים דמעמ"ג לא מהני בע"כ וכמש"כ המהרש"א שם בכוונת התוס' שם דלא הקשו ממתניתין דאשה פגיעתן רעה דתזבין במעמ"ג דשמא הבעל לא יתרצה כו'. ומה שהקשה שם המהר"ם שיף עליו דהא כמה פעמים פסקו התוס' דמעמ"ג מהני אף בע"כ כו' אין זה קשה דידוע בכללי התוס' דאין להקשות לדברי התוס' אהדדי וכמש"כ היש"ש לב"ק בהקדמה לפי דכמה בעלי תוס' היו. וכן יש לומר בכוונת התוס' גיטין (דף י"ג ע"ב) בד"ה תנהו לפלוני כו' במה שכתבו ועי"ל דהתם גבי שובר אין לחוש כלל כו' דקאי לתרץ בתירוץ השני לשיטת הסוברים דמעמ"ג לא מהני בע"כ וכמו דנראה מדבריהם באותו הדיבור לעיל שכתבו מתחלה בזה"ל דאע"ג דהבעל לא יתרצה הא פרישית לעיל דאפי' בע"כ קני ועוד גבי שחבלה בבעלה תמכור במעמ"ג כו' וכן בספ"ק דב"מ כו'. הרי דחזינן דהתוס' נחתי שם למשקל ולמטרי גם להסוברים דאינו קונה בע"כ ולכן כתבו ועוד גבי שחבלה בבעלה כו'. ע"כ אפשר לומר דכוונתם בהתירוץ השני שכתבו דהתם גבי שובר אין לחוש כו' דמיירי לשיטת הסוברים דאינו קונה בע"כ. ובאמת להסוברים דקונה בע"כ מוכרח כמו

התירוץ הראשון שכתבו שם דבכתובה לא תקנו מעמ"ג והתוס' קצרו בזה כדמצינו כעין זה בכמה דוכתי:

ונקדים עוד לענין א' אשר עפ"ז יבואר דברי התוס' על נכון והוא כי מבואר בטור ח"מ סי' קכ"ו סעי' ח' בטעם הסוברים דמעמ"ג לא מהני בע"כ לפי דיכול הלוה לומר אתה נוח לי והשני קשה לי ממך כו'. וכן מבואר בבעה"ת שער כ"ח חלק ה' סי' ג' שכתב כן להדיא טעם זה דלכן לא מהני בע"כ לפי דמצי טעין הראשון נוח לי והשני קשה ממני כו'. והובא טעם זה לשיטתם דס"ל כן בסמ"ע סי' קכ"ו סעיף ז' ס"ק ט"ז. ועפ"ז יש להעיר בדברי הש"ך בח"מ סי' קכ"ג ס"ק כ"ד שהעלה דלא אמרינן השני נוח לי כו' אלא היכא שצריך להוציא אבל היכא שהוא מוחזק לא שייך סברא זו ע"ש. והנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' י' כתב לחזק סברת הש"ך הלז בזה"ל דמצד הסברא דברי הש"ך נכונים דבשלמא כשהעד צריך להוציא ממון שייך לומר זה נוח וזה אדם קשה להוציא ממנו אבל כשהעד חייב כאו"א לא יוותר שלו זה כמו זה ואם העד מצד עצמו קשה להוציא ממנו שייך לומר כך הוא קשה נגד זה כמו נגד זה עכ"ל הנו"ב. אכן הכא בטור ובבעה"ת מבואר להדיא דלא כסברת הש"ך והנו"ב דהא הכא מיירי בהלוה שהוא מוחזק ואפ"ה אמרו הטעם דאתה נוח לי והשני קשה ממני. ומזה סייעתא לדברי השער משפט בסי' ל"ז ס"ק ה' שכתב להוכיח דלא כדברי הש"ך הלז ואף היכא דהוא מוחזק ג"כ שייך לומר אתה נוח לי והשני קשה לי ע"ש ובעיקר הוכחות השער משפט שם וקושיות הנו"ב במ"ת סי' י' הנ"ל כחבתי בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעיף י"א לתרץ באופן אחר ע"ש. ואפשר לומר דעיקר דבר זה תלוי בפלוגתת הראשונים אי מהני מעמ"ג בע"כ או לא דלהסוברים דמהני בע"כ מוכח דס"ל דלא מהני הטעם דהראשון נוח לי והשני קשה לי היכא דהוא מוחזק וע"כ ס"ל דמהני מעמ"ג אף בע"כ כיון דאין זה קפידא כלל וע"כ תקנו חז"ל דלעולם יהיה מועיל מעמ"ג. והעיקר מה דיש לחלק דשאני לענין נוגע בעדות די"ל כמש"כ הש"ך דהיכא דהוא מוחזק לא הוי נוגע בעדות משום הראשון נוח לי והשני קשה ממני אבל מ"מ הוי קפידא לענין דלא משתעבד בע"כ להשלישי דמ"מ יכול לומר הך טענה:

ויהיה איך שיהיה כיון דמבואר להדיא בטור ובעה"ת בטעם הסוברים דלא מהני מעמ"ג בע"כ משום דיכול לומר הראשון נוח לי והשני קשה לי ע"כ נראה לומר דדוקא היכא דטוען הלוה הטענה דהראשון נוח לי כו' בזה ס"ל להנך פוסקים דלא מהני מעמ"ג בע"כ ולכופו להשתעבד לו בע"כ אבל היכא דאינו טוען כך אז גם אינהו מודו דמשתעבד אף בע"כ ואומר דאינו רוצה להיות משועבד להשני אך דאינו אומר הטעם הלז דאתה נוח לי והשני קשה ממני. וכעין דברי הט"ז בח"מ סי' קכ"ט סעיף ח' גבי מכר הלוה קרקע וחתם

המלוה בעד כו' דדחה שם לדברי הסמ"ע דדוקא היכא דטוען השני נוח לי והראשון קשה לי בזה אמרו דלא איבד את זכותו אבל היכא דאינו אומר אמתלא זו אז איבד את זכותו ע"ש בט"ז. א"כ ה"ה הכא גבי מעמ"ג דס"ל להנך פוסקים דלא משתעבד בע"כ דכתבו הטעם דהראשון נוח לי והשני קשה די"ל ג"כ בזה דזהו אם אומר הך קפידא אבל היכא דאינו אומר להך טענה ע"פ קפידא זו רק דטוען להכחישו בעיקר החוב אז י"ל דהיכא דאינו נאמן להפטר מן החוב אז ממילא משתעבד להשני ג"כ כיון דאינו טוען להקפיד ע"ז רק מצד אחר דרוצה להיות פטור מן עיקר החוב אף להראשון לכן בכה"ג הדין נותן דמשתעבד להשני אף לשיטת הסוברים דמעמ"ג לא מהני בע"כ כן י"ל בכוונת התוס':

וע"פ ההקדמות הללו יש לפרש לדברי התוס' על נכון והוא די"ל דעיקר כוונת התוס' בב"מ (דף פ') ובגיטין (דף י"ג) דכתבו לתרץ דניחוש שמא מכרה הכתובה במעמ"ג משום דאם שתק הבעל אז הרי הודה ואם מיחה ואמר פרעתי אז מוכח שהשובר אמת כו'. די"ל דעיקר כוונתו דאף דא"נ לומר פרעתי כ"ז דלא ראו השובר אצלו אז ואף דעכשיו נמצא שובר הא יש למיחש שמא כתבה ליתן בניסן ולא פרע עד תשרי כיון דהשובר איתרע בנפילה. דמ"מ כיון דיכול לטעון הראשון נוח לי והשני קשה לי דאז הדין נותן דלא משתעבד בע"כ לפי מה דנתבאר דהתוס' בתירוצם הלז קאי בשיטת הסוברים כן א"כ לא מבעיא אם טען אז בעת המעמ"ג אמתלא זו דבוודאי אינו משתעבד בע"כ אך אף היכא דלא טען אז לקפידא זו רק דטוען אז פרעתי את הכתובה ובעצם ענין השתעבדות להשני אינו טוען להקפיד ע"ז אז אף דהדין נותן דמעמ"ג מהני בע"כ בכה"ג וכש"כ היכא שאומר בפירוש דאין שום נפ"מ לו בענין ההשתעבדות לראשון או להשני רק דבא בטענת פרעתי. דעכ"ז לא אתי שום תקלה להפסיד להלקוחות את הכתובה ע"י חזרת השובר ואף היכא דקנו במעמ"ג דאז לא מצי מחלה אפ"ה אין להלקוחות זכות כלל ע"פ דין משום דבכל גווני ואף היכא דאינו טוען הבעל טענת הראשון נוח לי כו' מ"מ נאמן הבעל לומר פרעתי במיגו דאי בעי היה טוען טענת הראשון נוח לי כו' דאז לא היה משתעבד להשני ע"י מעמ"ג א"כ ה"ה עכשיו דלא טען כן מ"מ נאמן בטענת פרעתי במיגו ולגרע זכות הלוקח שיש לו ע"י מעמ"ג דלא מציא מחלה משום דנאמן במיגו וה"ל כמו דלא היה מעמ"ג מעולם ונאמנת האשה במיגו דמחילה. ואין לומר דליתא להך מיגו משום דה"ל כעין מיגו לחצי טענה ואם לא היה טוען אז פרעתי רק להטענה דהראשון נוח לי כו' היה חייב לשלם החוב עכ"פ ע"כ טעין פרעתי להיות פטור מעיקר החוב. דזה אינו דהא מצינו בכללי מיגו של האו"ת ס"ק ל"ב ובכללי מיגו של הנתיבות ס"ק י"א דהיכא דאפשר לעשות שניהם שאני ונאמן ע"ש וה"ה היכא שיש לו לטעון שניהם וכמו

דהוכחתי זה במק"א בהרבה ראיות. ע"כ ה"ה הכא דיש לו מיגו לצרף לטענת פרעתי דיטעון ג"כ דהראשון נוח לו כו' ע"כ אף אם אינו טוען רק טענת פרעתי בלבד ג"כ נאמן ע"י הך מיגו. וזהו כוונת התוס' במש"כ דאם מוחה ואומר פרעתי דנאמן משום דזהו הוכחה דהשובר אמת וכוונתם הוא להוכחה ע"ז ע"י המיגו שיש לו והא דהוצרכו לומר דנאמן משום דיש שובר כו' והא לפי מש"כ אף בלא השובר הדין נותן דיהיה נאמן לומר פרעתי לגרע זכות של הלוקח דיש לו ע"פ תוקף מעמ"ג בהך מיגו. יש לומר דזה אתי שפיר ע"פ מש"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק צ"ד דמיגו לאורועי שטרא לא אמרינן א"כ אם לא היה השובר שנמצא עכשיו לא הי' נאמן במיגו לומר פרעתי לגרע כח השטר כתובה. אך לפי שנמצא עכשיו השובר דהורע כח השטר ע"י השובר דהא כמה פוסקים ס"ל בהשובר הנמצא בשוק דאין המלוה גובה בהשטר וכמש"כ הפרישה לאה"ע סי' ק"י אך הב"ש בסי' ק"י והח"מ שם ס"ל דגובין בהשטר וכ"כ בתשובת פני יהושע סי' ז' ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעי' י"ח ובמשכנות יעקב סי' כ"ט ובאמת כן מוכח בהתוס' והרא"ש שם דגובין בהשטר וכמש"כ השער משפט ג"כ בסי' ס"ה סעי' י"ח. אבל עכ"פ איתרע כח השטר עכ"פ לכ"ע דלא יהיה אלים כ"כ דנימא גם בשטר כזה להך כללא דלא אמרינן מיגו לאורועי שטרא. דהא לא שייך הכלל הלז רק היכא דאין שום ריעותא כלל בהשטר אז אמרו דלא אמרינן מיגו לאורועי שטרא משום דחזקה דשטרא בידי מאי בעי הוי חזקה אלימתא. וכמש"כ הנתיבות בסי' פ"ח ס"ק ט' בכוונת הש"ך שם בס"ק מ"ח. ודוקא בהחזרתי במיגו דנאנסו וכמו כן פרעתי במיגו דמזוייף דנאמן משום די"ל דסמכתי ע"ז ולא חששתי להניח בידו ע"ש. אבל ז"א רק היכא דלא איתרע כלל החזקת השטר אבל הכא כיון דאיתרע קצת כח השטר ע"י השובר עכ"פ ע"כ נאמן לומר פרעתי ולגרע זכות של הלוקח מה שיש לו ע"פ תוקף מעמ"ג. וכן מצינו בכמה דוכתי דחילקו בכזה בין חזקה דאתרעי לחזקה דלא איתרעי ועיין בש"ך בכללי מיגו ס"ק יו"ד ובאו"ת בכללי מיגו ס"ק ס"ב ס"ג ס"ד בענין מיגו במקום חזקה ואכמ"ל:

ולפ"ז אתי שפיר כוונת התוס' דעיקר כוונתם הוא דנאמן לומר פרעתי משום המיגו דיש לו כמו דנתבאר. ומה דסיימו התוס' בב"מ שם ואינהו דאפסידו אנפשייהו זהו לאו דוקא דהא התוס' בגיטין (דף י"ג) לא כתבו להא דאינהו אפסידו אנפשייהו רק כתבו דאם מיחה אז מוכח שהשובר אמת וליכא למיחש דילמא כתבה כו'. דעיקר כוונתם דבשביל המיגו דיש לו דהוי הוכחה לנו דהשובר אמת וע"כ ליכא למיחש כו'. וכן הכא בב"מ עיקר כוונתם דאם מוחה ואומר פרעתי א"כ השובר נעשה קודם המכירה. דנאמן לומר פרעתי משום השובר דנמצא עכשיו ונאמן לומר דהשובר נעשה קודם המכירה משום המיגו

שהיה לו בעת המעמ"ג ולגרע זכות המעמ"ג כיון דנתברר עכשיו דגרוע זכות השטר ולא אלימא כח השטר כ"כ וע"כ נאמן במיגו כנ"ל. ומה דסיימו דאינהו דאפסידו אנפשייהו היינו דלא נימא כיון דאז בעת המעמ"ג לא היה לפנינו השובר כלל א"כ הלקוחות שקנו את הכתובה סמכו על הדין דהיכא דלא חזינן ריעותא קצת בהשטר דאלים לי' זכות השטר דלא מהימן במיגו לאורועי שטרא ולכן היה מקום לומר דאף עכשיו דנתברר לנו דגרוע זכות השטר ע"י השובר דנמצא ונאמן שפיר במיגו. דמ"מ כיון דהלקוחות לא ידעו מזה אז א"כ אין לנו לגרוע זכות הלקוחות במה שזיכו להם חז"ל ע"י תקנת מעמ"ג. ע"כ סיימו התוס' דאינהו אפסידו אנפשייהו דה"ל לחוש שמא יתברר לאח"ז דגרוע זכות השטר ע"כ לא חיישינן במה דיפסידו הלקוחות כיון דע"פ דין נאמן לומר פרעתי. והעיקר הוא הכל משום דנאמן הבעל ע"פ דין לומר פרעתי משום דאם היה הדין דא"נ לומר פרעתי בוודאי לא שייך לומר דאינהו אפסידו אנפשייהו דהא יכולים לומר מה לנו לחוש למחאתו דהא כיון דע"פ דין נקנה להם השטר כתובה אין להם להשגיח כלל על הגדתו ואדרבה ראוי לנו לחוש לתקנתם שלא יהיה חשש פסידא להם כדמצינו בכ"ד דחשו חז"ל לתקנת הלקוחות אף היכא דהבע"ד צוות ומיחה להם. דכיון דא"נ ע"פ הדין א"כ כדין קנו. ולכן העיקר הוא בכוונת התוס' דאתו עלה דלכן נאמן הבעל משום המיגו כנ"ל:

וכן י"ל בכוונת הרא"ש בפ"ט דכתובות סי' יו"ד הנ"ל דכתב דאם שתק הבעל הרי הודה כו' שאם היה השובר אמת ה"ל למחות ולומר כבר נתקבלת כתובתך. דלפי מה שנתבאר דהרא"ש דכתב שם כן הוא בשיטת הסוברים דמעמ"ג לא מהני בע"כ א"כ אף באומר בפי' דאינו מקפיד לאיזה מהם ישתעבד אך דטוען פרעתי דנאמן ע"י מיגו דאי בעי היה אומר שהוא מקפיד ואינו רוצה להשתעבד להשני משום הראשון נוח והשני קשה ממני וכנ"ל.

כן יש לפרש לדברי התוס' והרא"ש וש"פ הנ"ל שלא יהיו מוקשין כ"כ: (ע"כ הגה"ה):

נחזור לענינינו דנתבאר במה שכתבתי לעיל ובסעי' ב' לעיל להביא ראיה מן התוס' ב"מ (דף ך') והרא"ש שם ושארי ראשונים דשם דשתיקה כהודאה דמי היכא שיכול להיות ע"י שתיקתו פסידא לאחרים. דבאמת אין זה כלל לדון כן בהענינים דכתבתי לעיל לפי דיש לחלק דשא"ה במכרה כתובתה דהלוקח יש לו על מה לסמוך וליתן מעותיו עבור הכתובה שיוצא מת"י כ"ז דאין השובר לפנינו אך אם הבעל אומר פרעתי נאמן במיגו עכשיו שנמצא השובר לפנינו כנ"ל ע"כ שפיר אמרו שם דאם שתק הבעל הוי כהודאה משום דאל"כ ה"ל למחות ולומר כבר נתקבלת כתובתך וכמש"כ הרא"ש כנ"ל. ואף דאף אם היה מוחה הבעל אז ג"כ לא היה נאמן במיגו כ"ז דלא נמצא אז השובר כנ"ל מ"מ

י"ל בזה דאם היה מוחה הבעל אז יוכל להיות דהלקוחות היו חוששים למחאתו ולא היו קונים את הכתובה ואם לא היו חוששים ע"ז שייך לומר כמש"כ התוס' דאינהו אפסידו אנפשייהו וכנ"ל. וכ"ז הוא רק היכא דיש להם הוכחה אף בלא הוכחות שתיקתו כדהתם דיש להם הוכחה מן הכתובה שיוצא מת"י כנ"ל. אבל בהך דמלמד שלמד עם בן חבירו ע"פ סמך מה ששכרו אחד בפני אבי הבן ושתק אכתי י"ל בזה דכיון דהדין הוא דשתיקה לא הוי כהודאה א"כ לא ה"ל להמלמד ללמוד עם בן חבירו כ"ז דלא שכרו אבי הבן בפירוש ולא ה"ל לסמוך על מה דשתק אבי הבן ולא שייך לומר בזה דה"ל לאבי הבן למחות כדי שלא יוציא טירחתו בחנם דהא איהו דאפסיד אנפשיה ולא ה"ל ללמוד עמו כ"ז שלא שכרו בפירוש. וכן י"ל לעיל סעי' ב' בצוואת שכ"מ ושתקו לצוואתו דכתבתי לעיל שם לדמות זה להך דב"מ (דף ך') הנ"ל דיש לחלק ולדחות זה כנ"ל. וגם יש לחלק דשאני הך דב"מ הנ"ל דמיירי התם במעמ"ג די"ל דכיון דתקנו חז"ל דאם שתק החייב יהיה מועיל המעמ"ג לקנין וכמש"כ האו"ת בסי' קכ"ו ס"ק ז' דכ"ע מודו דבשותק מהני המעמ"ג וכיון דהוי כקנין ע"כ אמרו בזה דשתיקה הוי כהודאה וכעין מה דמצינו בסי' קכ"ו סעי' י"ג בסמ"ע ס"ק ל"ו ובש"ך ס"ק נ"ד דמעמ"ג הוי כקנין כו'. ומש"כ הבעה"ת בשער כ"ח סי' ג' שם שהרי אם יש עדים כו' וכשאמרה לו אשתו מנה לי בידך א"ל הן כו'. זהו לאו דוקא דה"ה בשתק דגם זה הוי כמו דא"ל הן ואין זה סתירה להאו"ת. ע"כ העיקר כמש"כ לעיל לתרץ להך דמלמד ששכרו בפני אבי הבן ושתק אבי הבן כו'. וכן הך דלעיל סעי' ב' בצוואת שכ"מ ושתקו דמבואר שם דאמרינן בזה שתיקה כהודאה דהטעם הוא כמש"כ לעיל לדמות כ"ז להך דב"מ (דף יו"ד) ובח"מ סי' רס"ט בא"ל זכה לי ושתק המגביה דאמרו בזה דשתיקה כהודאה כיון דאינו יודע חבירו איך הוא האמת וכנ"ל בארוכה דה"ה בכל הנך ענינים דנתבארו ואתי שפיר כ"ז בעז"ה:

ענף יג:

ועכשיו נשובה לבאר הך דינא דהעלה האו"ת לעיל סעי' ב' בס"ק ט' לאחר דהשיג שם על הרמ"א והעלה דגם בצוואת שכ"מ דשתקו היורשים לצוואתו דלא הוי כהודאה כיון דשתקו מתחלה וכמו הך דסעי' ז' ומה"ט כתב להלכה בשכ"מ שציוה לפני מותו במעמד יורשיו שאינו חייב לשום אדם אפילו פ"א ויורשיו שתקו לצוואתו ואחרי מותו הוציאו קצת מהיורשים כתב חוב עליו ופסק דהדין הוא דהיורשים נאמנים לגבות בשטר שלהם וכן פסקו רבנים מומחים שהיו אז באותו הזמן להלכה למעשה דאין לפסול השט"ח ע"י מה ששתקו אז עכ"ל האו"ת ובאורים שם ס"ק י"ב כתב בזה הדין דלענין מעשה צריך ישוב וצע"ג. וכן הנתיבות שם ס"ק ד' לאחר דתירץ שם לדברי הרמ"א ע"פ הא דב"מ (דף

ו') דהקדישה ה"ה כתקפה כו' ומסיק בזה"ל אבל ודאי שכ"מ שציוה שפלוני חייב לו או שיש לו שטר פרוע ופלוני שתק לא הוי שתיקה כהודאה וכמש"כ הט"ז עכ"ל. ועיקר דבריהם הוא על פי דברי הט"ז שם שכתב להלכה ע"פ הא דסעי' ז' דבשתק מתחלה לא הוי שתיקה כהודאה דה"ה בצוואת שכ"מ דשם דלא הוי שתיקה כהודאה. והאו"ת שם כתב מתחלה דלפי תירוץ הש"ך דשם אם אמר במעמד הב"ח כל שטרות עלי בחזקת פרועים והב"ח שותק איבד זכותו דאמרינן וודאי דנפרע חובו:

ולענ"ד יש לדון בזה טובא לפי מש"כ לעיל בענף ד'. לבאר ע"פ פשטות הסוגיא דכתובות (דף י"ד ע"ב) במה דאמרו שם הטעם דסבר מסתיי' דלא מפקי ליה מקהל דלכן שתיקה דהתם הוי כהודאה כמו דפירשתי לעיל בארוכה ע"פ שיטת הסוברים דאמרינן מיגו למפרע היכא דמפרש לדבריו הראשונים א"כ הכא גבי מה דנסתפקנו בכוונת שתיקתו דלמפרע דנאמן לפרש כוונת שתיקתו דלא חששתי להשיבו ע"פ המיגו דלמפרע שהיה לו אז ולומר להד"ם מיד. ואף דלשיטת החולקים דס"ל דלא אמרינן מיגו למפרע גם לפרש דבריו דלפי שיטתם בע"כ נצטרך לדחוק ולפרש לכוונת הש"ס דכתובות שם באופן אחר. ומוכח לפי דבריהם דהא דכתבו הטוש"ע הכא דשתיקה לאו כהודאה הוא מפאת טענת עצמו דהדין הוא דנאמן לומר לא חששתי להשיבו וכמש"כ לעיל בשם ביאור הגר"א וצ"ל דהוכיח כן משבועות (דף ל"ח) כנ"ל בארוכה. אבל כיון דלפי שיטת הסוברים דאמרינן מיגו למפרע לפרש לדבריו הראשונים. יש לומר דזהו הטעם דאמרו דשתיקה לאו כהודאה משום דנאמן על האמתלא שאומר דלכן שתקתי לפי דלא חששתי להשיבו ע"פ כח המיגו למפרע שהיה לו אז. ולכל השיטות בפלוגתתם אי אמרינן מיגו למפרע לפרש לדבריו או לא אתי שפיר מה דפסקו הכא בטוש"ע דשתיקה לאו כהודאה כיון דמוכח כן מן הש"ס וכנ"ל. אך בטעם הדבר תלוי בשני השיטות הללו בפלוגתתם או משום טענת עצמו או משום המיגו דמהני להחזיק ממונא ולכן אין מוציאין מהחייב כלל:

ולפ"ז יש לדון בנ"ד בשכ"מ שציווה לפני מותו במעמד יורשיו שאינו חייב לשום בן אדם אפילו פ"א והשטרות שיש להם הם פרועים ושתקו אז. די"ל בכה"ג כיון דהם באים להוציא הממון מחזקת כל היורשים ע"כ כיון דאפשר לומר בטעם הדבר במה דקיי"ל דשתיקה לאו כהודאה דזהו רק מן פאת המיגו למפרע שהיה לו מתחלה לשיטת הסוברים דנאמן במיגו למפרע לפרש לכוונת שתיקתו. ולכן כיון דקיי"ל דלא אמרינן מיגו להוציא מהמוחזק ע"כ הכא דמי שבא בהשטר שלו לגבות ולהוציא ממון מהמוחזק יש מקום לומר בזה דיהיה הדין בכה"ג דע"י מה דשתקו מתחלה בעת צוואתו דאינם נאמנים על השטר מפאת טענת עצמו רק מן זכות המיגו שהי' לו למפרע א"כ כיון דלא

אמרינן מיגו להוציא אינם נאמנים לגבות בהשטר ולהוציא מהמוחזק. ואף דהיורשים החייבים המעות הם אינם אומרים ברי רק טוענין שמא ואותו שהשטר בידו טוען ברי ובברי ושמא אמרינן מיגו להוציא והכא בעת שבא עם השטר לב"ד ה"ל אז כמו ברי ושמא. עכ"ז הא שאני יורש וכדמוכח בהתוס' לב"מ (דף קט"ז) בסד"ה והא רבא כו' וב"ב (דף נ"ב) בתוס' סד"ה דברים העשויים כו' גבי המכיר כליו וספריו דא"נ במיגו להוציא מן הלוקח. אע"ג דהלוקח טוען שמא והתובע טוען ברי משום דזה מקרי ברי וברי ע"פ דברי הרא"ש בכתובות פ"ב סי' א' דכיון דטוענין ליורש ה"ל כמו טענת ברי וכמש"כ הנתיבות בכללי מיגו ס"ק א' והקצה"ח בסי' קל"ג ס"ק ז' וה"ה הכא דכיון דטענינן להיורשים דאביהם היה טוען פרעתי ובפרט כיון דטען כבר מורישם דאינו חייב לשום בן אדם ע"כ בוודאי ה"ל כמו ברי וברי דהדין הוא דלא מהני מיגו להוציא. ואף דקיי"ל דהיכא דשטרא מסייע לי' אמרינן מיגו להוציא וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ב) ובכללי מיגו. עכ"ז הא כתב הקצה"ח בסי' פ"ג ס"ק ה' דזה אינו רק בשט"ח דגובה ממשעבדי. דה"ל כגבוי אבל בשט"ח דאינו גובה ממשעבדי רק מבני חורין דכיון דכה"ג לא הוי כגבוי ע"כ אין מוציאין בשט"ח כזה אף שיש לו מיגו דגם בזה דיינינן להך כללא דלא אמרינן מיגו להוציא ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' י"ב ענף ה'. א"כ בנ"ד היכא דבאו לגבות מהיורשים בשט"ח דאין בו אחריות נכסים ואינו גובה ממשעבדי רק מיורשים דהא משכחת כמה גווני בשט"ח דלא גבי ממשעבדי רק מב"ח גבי וכן מיורשים גובה. וכיון דשתקו בעלי השטרות בעת שציווה השכ"מ שכל השטרות שיש עליו הם פרועים וכיון דהא דשתיקה לא הוי כהודאה יש מקום לומר דזהו מן כח המיגו שהיה לו למפרע בעת השתיקה דנאמן לפרש לכוונת שתיקתו. א"כ היכא דבא להוציא ממון ע"י השטר דלא גבי ממשעבדי כיון דלא הוי כגבוי ע"כ הדין הוא דאין מוציאין מהמוחזק ע"פ הכלל דלא אמרינן מיגו להוציא בשטר כזה. ואף דכתב האו"ת בכללי מיגו ס"ק ח' בשם איזה פוסקים דס"ל דלכן אמרינן מיגו להוציא במקום שטרא לפי דיש שם חזקה דשטרא בידי מאי בעי המסייע להמיגו ע"ש. א"כ לפ"ז ה"ה בשט"ח דלא גבי ממשעבדי ג"כ גבינן מב"ח ע"י המיגו עכ"ז כיון דזה גופא הוי ספיקא דדינא ואין מוציאין ממון ע"י המיגו בשט"ח דלא גבי ממשעבדי וכמש"כ הקצה"ח. ואף דבנ"ד יש עוד ספיקא דדינא דהא להסוברין דגם לפרש דבריו א"נ ע"י מיגו למפרע א"כ מוכח לפי שיטתם דהא דמוכח מן הש"ס דהדין הוא דשתיקה לא הוי כהודאה דזהו ע"פ טענת עצמו ולא משום המיגו. א"כ ה"ל בנ"ד ספק ספיקא דפלוגתא המבררת לנו להוציא הממון. עכ"ז הא קיי"ל דאף בספק ספיקא אין מוציאין מהמוחזק היכא דהוי ברי וברי וכמש"כ לעיל דכיון דטוענין ליורש

ה"ל כמו טענת ברי. ע"כ קשה להוציא ממון מהיורשים ע"פ השטר דלא גבי ממשעבדי היכא דשתקו בעת הצוואת שכ"מ דכל השטרות שיש להם עליו הם בחזקת פרועים:
ענף יד:
וגם בשטר דגבי ממשעבדי יש מקום לדון דהיכא דשתקו דאין להוציא ממון מהמוחזק. לפי מש"כ לעיל בענף ז'. ע"פ מה דהוכחתי שם מן תוס' גיטין (דף י"ד) והרא"ש והר"נ והמרדכי דהוכיחו דא"נ לומר טעיתי במיגו דפרעתי מהא דשבועות (דף ל"ח) דעיקר כוונתם להוכיח כן הוא משום דס"ל דשתיקה כהודאה אף בשתק מתחלה. א"כ י"ל דזה גופא דכתבו בטוש"ע הכא דשתיקה לאו כהודאה בשתק מתחלה דזה ה"ל ספיקא דדינא ע"כ הכא דמיירי בבא לגבות מהלוה לכן פסקו דאין מוציאין ממנו הממון ע"י שתיקתו לפי דהממע"ה וכדין כל ספיקא דדינא. אבל היכא דבא לגבות עם השטר דשתק בעהש"ט בעת שציווה השכ"מ במעמד כל היורשים שיש ת"י שטרות פרועים לפי דאינו חייב לשום בן אדם ושתקו אז. די"ל דילמא הלכה כשיטת הפוסקים דהוכחתי דמוכח דס"ל דשתיקה כהודאה דמי ואין מוציאין מהמוחזק: וראיתי בספר יד מלאכי חלק שלישי כללי השי"ן אות תקפ"ה שכתב בזה"ל שתיקה כהודאה דמי לא אמרינן, רק כשבתחלת הענין א"ל ושתק דאם אי' דלא ניחא לי' ה"ל לגלויי דעתי' אבל כשבתחלה גילה דעתו ואח"כ עשו לו היפך והודיעו לו ושתק אז לא הוי כהודאה דהאי דשתק לפי שכבר גילה דעתו ולפיכך לא אשגח לאהדורי עלה דמילתא בני אהרן סי' קי"ב וע"ש שלא החליט הדבר בפשיטות עכ"ל יד מלאכי. הרי שכתב לכללא דשתיקה כהודאה רק היכא שכבר גילה דעתו ואח"כ עשו לו היפך ושתק בזה לא הוי כהודאה וגם לא החליט זה כ"כ בפשיטות. וכעין זה הסברא ראיתי באו"ת סי' פ"א ס"ק ט' שכתב ליישב קושיות מהר"א בן ששון שהקשה מהא דב"מ (דף ו') בתוס' ד"ה הקדישה כו' דהאי מסותא דכ"א אומר שלי וקם חד ואקדשה ושתק אידך ומסקנא דלא הוי הקדש דשתיקה לאו כהודאה כו' וע"ז כתב התומים לדחות קושייתו דשם מתחלה היו מחולקים ז"א שלי וז"א שלי א"כ י"ל מה ששתק שסמך עצמו על מה שכבר טען ששייך לו ואטו כי רוכלא מבלי הפסק יטעון דבריו אבל כאן מעולם לא גילה דעתו ששקר דיבר התובע א"כ שפיר י"ל דהוי הודאה עכ"ל האו"ת. ואפשר דגם בספר בני אהרן שכתב זאת הסברא כיון לדברי האו"ת הלז שכתב ליישב עפ"ז לקושיות מהר"א בן ששון מהא דב"מ (דף ו') דלכן אמרו שם דשתיקה לא הוי כהודאה לפי דכבר גילה דעתו להכחיש, את חבירו. והא דתקפה א' בפנינו ושתק ולבסוף צווח דקיי"ל דאין מוציאין מידו זהו מעשה רבה ושאני וגם זה גופא הוא בעיא דלא איפשיטא וכמש"כ הרא"ש שם והמ"מ וכמבואר בסי' קל"ח סעי'

ו' והובא בבאר הגולה ס"ק פ' ובביאור הגר"א זצ"ל ס"ק י"ד וקצרתי. ואין ת"י ספר בני אהרן לעיין בו. ובאמת אין לפסוק מתוך הקיצורים כידוע. ואפשר לומר דמה שהביא יד מלאכי בשם בני אהרן דשתיקה כהודאה דמי דמיירי בשתיקה בפני ב"ד וכמבואר בסי' פ' סעי' א' בהרמ"א דאם שתק בפני ב"ד דהוי כהודאה כ"ז דלא נתן טעם למה שתק בתחלה וכמש"כ האו"ת בסי' פ"א ס"ק ט' כעין זה ע"ש. אבל בשתק בפני עדים אפשר דגם המחבר בני אהרן מודה דלא הוי כהודאה וכמבואר הכא בטוש"ע:

וכן ראיתי בספר יד מלאכי ח"ג אות שי"ן ס"ק תקע"ג שכתב בזה"ל שתיקה כהודאה דמי דאמרינן לאו דוקא בממון אלא אף לענין איסורא שתיקה כהודאה דמי מהרי"ק שורש קנ"ה וכ"כ ב"ח ח"מ סי' רס"ט ובעל זרע אברהם כתב בפשיטות דבמידי דאיסורא לא שייך ע"ש ובחזון נחום על ספר קדשי ד' קונטרס מיוחד לזה בארוכה עכ"ל. הרי דכתב שם ג"כ לדינא דשתיקה כהודאה דמי. ומה שכתב כן בשם הב"ח סי' רס"ט כבר הבאתי לעיל דברי הב"ח הלז וביארתי כ"ז בארוכה. ומה שהביא בשם בעל זרע אברהם דבמידי דאיסורא לא שייך. אין ת"י ספר הלז לעיין בו. ואפשר דטעמו הוא ע"פ מש"כ לעיל דהא דע"א נאמן באיסורין אם שותק הבע"ד דשתיקה דהתם לא הוי כהודאה ממש רק משום רגלים לדבר אתו עלה. ומה שהביא בשם המהרי"ק שורש קנ"ה דשתיקה כהודאה לאו דוקא בממון אלא אפילו לענין איסורא. ראיתי במהרי"ק שם דלא כתב כן בדרך כלל אך דמיירי התם בענין שאחד א"ל הילך חפץ זה ומכור בכך וכך והמותר שלך דכיון דשתק בעת שא"ל כן נעשה עליו ש"ש משום דשתיקה כהודאה וכמו הא דב"ב (דף קל"ח) בשותק ולבסוף צווח. ואף דהוי קצת חובה שיתחייב משום זה בדין ש"ש עכ"ז הא גם בהא דב"ב דמבואר שם דהיו שם עבדים הוי ג"כ קצת חובה כו' כמש"כ הרשב"ם דצווח שאינו רוצה לזון את העבדים כו' ע"ש. והך דין הובא בקצרה בסי' ש"ג סעי' א' בהרמ"א ובסי' קפ"ה סעי' א'. והמהרי"ק שם כתב בזה"ל וסמכינן אהא אף לענין איסור תרומה לזרים שהיא במיתה כדקאמר יאכלו עבדים בתרומה כו' כש"כ דיש לסמוך על השתיקה לענין ממון הקל כו' עכ"ל. ועפ"ז יש לסתור למש"כ לעיל בכוונת הב"ח דח"מ סי' רס"ט במש"כ שם בלשונו דאפילו לענין איסורא אמרו דשתיקה כהודאה דמי וכ"כ הב"ח בשו"ת גאוני בתראי סי' כ"ג וכתבתי לעיל לפרש להכוונה דאיזהו רבותא הוא באיסורין ביותר מבממונא כפי שכתבתי לעיל בארוכה. ומן דברי המהרי"ק הלז מוכח דלא כמש"כ לעיל וקצרתי. והנה בעיקר דברי בעל יד מלאכי שכתב בשם המהרי"ק דשתיקה כהודאה דמי כו' דהביאו בסתימות. ובאמת אינו מוכח מהמהרי"ק רק בענין אם הוי זכות להשותק כמו בהא דב"ב (דף קל"ח) גבי מתנה דזיכו לו והוא שותק ואף

בהיו שם עבדים דהוי קצת חובה עכ"ז הזכות רבה וכמו בכל מקבלי מתנה דהוי ג"כ קצת חובה משום שונא מתנות יחי' וכמש"כ הרשב"ם בב"ב (דף קל"ח) שם. וה"ה בנתנו לו חפץ למכור בסך כך וכך והמותר יהא שלו והוא שתק דנעשה ש"ש ע"י השתיקה דכיון דהוי זכות לו שהמותר יהיה שייך לו והוא שתק אמרינן בזה דשתיקה כהודאה דמי. אבל היכא דתובעין ממנו ממון והוא שותק עדיין י"ל כיון דע"י מה דנימא שתיקה כהודאה יהיה מזה חובה לו ע"כ לא אמרינן בזה שתיקה כהודאה דיכול לומר לא חששתי להשיבו רק במה דהוי זכותו בזה מצינו להמהרי"ק דס"ל שתיקה כהודאה ואינו מוכח מן המהרי"ק דיחלוק על דברי הטוש"ע דהכא: וכן ראיתי בספר יד מלאכי שם ס"ק תקצ"ד שכתב שתיקה בב"ד לאו כהודאה דמי שו"ת מהר"ם בוטין סי' כ"ה עכ"ל. וג"כ קיצר בזה דהא מבואר בח"מ סי' פ' סעי' א' ברמ"א דאם שתק תחלה ובא לטעון אח"כ דאינו יכול אא"כ נתן טעם למה שתק תחלה ודלא כיש חולקים דאם שתק יכול לחזור ולטעון עכ"ל הרמ"א. והש"ך העלה שם ס"ק ח' דבנתן טעם למה שתק תחלה אז אמרינן דשתיקה לאו כהודאה. והתומים העלה דכ"ז קודם שיצא מב"ד כו'. א"כ מבואר דהיכא דאינו נותן טעם למה שתק תחלה דאז הדין הוא דשתיקה בב"ד כהודאה דמי ואף שאומר דלא חששתי להשיבך דזה לא מהני לבטל למה דאמרו דשתיקה כהודאה. ובאמת אנו רואין כי בעל יד מלאכי קיצר בכ"ז וגוף שו"ת מהר"ם בוטין אינו תי' ואיני יודע על איזה ענין כתב שם כן. ולפי קיצור לשונו של בעל יד מלאכי נראה דסתרי דבריו אהדדי דלפי הנראה מדבריו הוא דשתיקה בכל מקום כהודאה דמי רק דשתיקה בב"ד לאו כהודאה דמי וזה נגד הסברא והמבואר בסי' פ' דאדרבה בב"ד שתיקה כהודאה דמי וכמש"כ האו"ת בסי' פ"א ס"ק ט' דבב"ד הוי יותר הודאה ע"ש. וע"כ העיקר כמש"כ לעיל דאין לפסוק ע"פ הקיצורים. וכיון דגוף הספרים אינם ת"י לעיין שם על איזה ענינים כתבו שם כן לכן קשה לסמוך על כ"ז לדינא. אך העיקר לפי מש"כ לעיל להוכיח מן התוס' גיטין (דף י"ד) והרא"ש שם והר"נ והמרדכי דמוכח דס"ל דשתיקה כהודאה דמי אף בשתק לפני עדים ע"כ היכא דהוי מוחזק קשה להוציא ממון ממנו דיכול לומר קים לי כוותייהו. וכן נראה מלשון מהר"ם רקנטי המובא בש"ך ס"ק י"ז שכתב בזה"ל פסק ריא"ז דשתיקה כהודאה דמיא וכל היכא דיש לתלות שתיקתו בעבור שחשב בלבו מה לומר לא אמרינן ששתיקה כהודאה והכל כפי מה שב"ד יכולין להבין דעתו של שותק כך דנין עכ"ל וכ"כ בהג"א כו' ויש סעד לזה כו'. וכן ראיתי בפסקי מהר"ם רקנטי עצמו בסי' תכ"ג שכתב בזה"ל. ומשמע מסתימות לשונו דאף בשתק מתחלה וגם בשתק לפני עדים ג"כ פסק דשתיקה כהודאה ולא מצי למימר לא חששתי להשיבך רק אם נתן אמתלא דחשב בלבו להתיישב

ולזכור את האמת וכיוצא בו דאז נאמן וכמש"כ הש"ך דיש סעד לזה מן ב"מ (דף ל"ז). וכבר כתבתי לעיל דיש להעיר בדברי הש"ך הלז דאמאי לא העיר מן יו"ד סי' קכ"ז סעי' א' גבי ע"א נאמן באיסורין אם שותק הבע"ד דאם אומר דמה ששתקתי תחלה היה בשביל דראה להתיישב ולזכור את האמת דנאמן. [והא דלא מהימן לומר דלא חששתי להשיבו במיגו דהיה אומר דהיה כן בשביל דנתתי אל לבי לזכור האמת. משום די"ל דזה הוי כמו מיגו במקום עדים וכעין דברי הסמ"ע בסי' פ"א ס"ק ח' בשם המרדכי דסנהדרין]. וכעין זה אי' בח"מ סי' כ"ט סעי' א' בהרמ"א כשנותנים כו' בבהכ"נ אחר עדות שיעידו קודם שיצאו מבהכ"נ ולאחר שיצאו באו עדים להעיד ואומרים לא שמנו לבנו אז להעיד ועתה זוכרין יכולין לחזור ולהעיד הואיל ושתקו תחלה כו' עכ"ל הרמ"א. א"כ מן פסקי מהר"ם רקנטי סיוע למה שכתבתי לדון דאפשר לומר דשתיקה כהודאה דמי אף בשתק מתחלה וע"כ קשה להוציא מן המוחזק בכה"ג:

ענף טו:

ועוד יש לדון בנידון צוואת השכ"מ שאינו חייב לשום אדם והשטרות שיש תחת ידם הם פרועים ואמר כן במעמד יורשיו ושתקו ואחר מותו הוציאו השטרות. די"ל דאף דשתיקה לאו כהודאה מ"מ הא נתבאר לעיל ע"פ הא דיו"ד סי' קכ"ז גבי ע"א נאמן באיסורין אם שתק הבע"ד דאף דשתיקה לא הוי כהודאה ממש עכ"ז הוי רגלים לדבר וכמש"כ התוס' בכ"ד והש"ך שם. וביארתי לעיל הטעם ע"פ מש"כ התוס' בחולין (דף ט' ע"ב) ד"ה התם הלכתא כו' דכיון דקינא ונסתרה יש רגלים לדבר ואיתרע חזקתה עכ"ל. ע"כ ע"פ רגלים לדבר דיש לנו ע"י שתיקתו איתרע ליה החזקת היתר וה"ל כמו כל מידי דלית לי' חזקת היתר דנאמן ע"א באיסורין. א"כ ה"ה הכא דכיון דשתק הנתבע הוי לנו רגלים לדבר אך דאין מוציאין ממון מהמוחזק ע"פ רגלים לדבר. אבל גבי שטר שבאים היורשים לתבוע כיון ששתקו אז וה"ל רגלים לדבר ואיתרע לי' השטר עכ"פ וה"ל כמו כל שטרא ריעא דלא מגבינן בי' וכדאיתא בכתובות (דף ל"ו) כעין זה ובשבועות (דף מ"ב) דאיתרע שטרא. ועיין בתוס' שם ובכתובות (דף פ"ה) בתוס' ד"ה מרענא לשטרא כו' וביבמות (דף ק"א ע"ב) ובתוס' ד"ה מרענא שטרא כו' ובח"מ סי' נ"ח סעיף ב' ברמ"א דיש אומרים דלא מגבינן בי' כו'. וה"ה הכא ע"י שתיקתו ה"ל כמו שטרא ריעא ע"פ רגלים לדבר דיש לנו ואיתרע לי' השטר כן יש לדון לכאורה:

אך זה יש לדחות דאף דמצינו דעל פי רגלים לדבר איתרע לי' חזקת היתר גבי הא דע"א נאמן באיסורין מ"מ י"ל דחזקת שטר שאני דהא חזקת השטר עדיפא מן חזקת היתר דהא רובא עדיף מן חזקה וגם ע"י רובא אין הולכין בממון להוציא מן המוחזק וכש"כ הך

אוקי אחזקה דלא סמכינן עליה להוציא מן המוחזק וכדמוכח ברפ"ב דכתובות ובכ"ד. ואלו חזקת השטר עדיפא דמוציאין ע"פ כח השטר לממון מהמוחזק ע"כ אף דמצינו דחזקת היתר איתרע ליה ע"י רגלים לדבר אבל חזקת השטר דעדיפא י"ל דלא איתרע כחו ע"פ רגלים לדבר רק היכא דאמרו חז"ל בפירוש דאיתרע ליה שטרא. ועוד דהא חזינן בקידושין (דף ס"ו) גבי ע"א אומר זינתה אשתך והבעל שותק דא"נ להוציא מן חזקת היתר שיש לה וכמש"כ התוס' שם וכמש"כ לעיל. ודוקא באיסורין אמרו כן ולא בדבר ערוה משום דגמרינן דבר דבר מממון. וכש"כ לפירוש הר"נ שם דעיקרו נלמד רק מן קרא דאו הודע וע"כ בממון ובערוה לא דיינינן כן. א"כ ה"ה הכא גבי חזקת שטר לא מרעינן להשטר ע"י שתיקת הבע"ד כמו דלא מרעינן להחזקת היתר של האשה שם וזהו כש"כ מדהתם. וע"כ נדחה מה שרציתי לומר דהשטר איתרע ליה על ידי שתיקת בעל דין:

אבל לפי מש"כ לעיל לפרש לדברי הרמ"א לעיל סעי' ב' בצוואת שכ"מ ושתקו היורשים דחייבים לקיים ע"פ הא דב"מ (ד' י') וח"מ סי' רס"ט בא"ל זכה לי ושתק המגביה דמוכח ומבואר התם דא"נ לומר לעצמי הגבהתי משום דהיכא דאין חבירו יודע האמת שם אמרינן דלא ה"ל לשתוק ולכן ה"ל שתיקה כהודאה. וה"ה גבי צוואת שכ"מ דיינינן כן דלא ה"ל לשתוק כיון דה"ל לחוש שימות השכ"מ ואז יבואו המקבלי מתנה לתבוע מהם כיון דאינם יודעים האמת ויערערו לטעון עליהם ע"פ סמך השתיקה ולכן אמרו בכה"ג דשתיקה כהודאה וכמו שהארכתי לעיל. א"כ ה"ה הכא יש לדון כן דכיון דציוה השכ"מ שכל השטרות שיש ת"י עליו הם פרועים ושתקו דאחרי מותו יערערו על בעלי השטרות ע"פ סמך השתיקה בפרט דבעלי השטרות באים להוציא מהם ע"כ הדין נותן בזה דשתיקה כהודאה. ולא מבעיא אם השכ"מ אמר כן לנוכח בעלי השטרות ובדרך תביעה דיחזרו לו השטרות פרועים שיש ת"י וכדין כל המשהא שטר פרוע וכמבואר בסי' נ"ז. אלא אפילו היכא דלא אמר השכ"מ כן בדרך תביעה ולא בלשון נוכח לנגד בעלי השטרות רק אמר כן דכל שטרות שיש לשום אדם עליו הם פרועים ואינו חייב לשום אדם כלל ואמר כן במעמד בעלי השטרות דכתב האו"ת בס"ק ט' לחלק בזה. עכ"ז לא החליט האו"ת כ"כ בחילוק הלז לדינא כי אין זה מוכרח כ"כ. ובפרט דלפי דברי הש"ך שם הדין הוא דאף אם אמר כן שלא בדרך תביעה דג"כ אמרינן דאין להוציא ע"פ השטר מהמוחזק וכמש"כ האו"ת שם לפי דברי הש"ך. ועיקר חילו דהאו"ת שם הוא ע"פ מה דהוכיח מהא דסעיף ז' דבשתק מתחלה לא הוי שתיקה כהודאה. ולכן כיון דנתבאר דיש לדון בכה"ג ע"פ אופנים הרבה דשתיקה הוי כהודאה ע"כ קשה להוציא מן המוחזק כמו בנ"ד. ואף שיאמרו היורשים בעלי השטרות דלכן שתקו דעשו כן שלא להכעיס השכ"מ. עכ"ז אין

לחלק בזה כמו דמבואר במרדכי פ"ג דסנהדרין דאחר שהוכיח דשתיקה כהודאה ע"כ ה"ה בצוואת שכ"מ דאינן יכולין לומר דעשו כן שלא להכעיסו וכמו דפסק הרמ"א להדיא כן לעיל סעיף ב'. ואף שהאו"ת ס"ק ט' הביא להלכה למעשה דרבנים מומחים הורו דאין לפסול השט"ח בכך עכ"ז באורים שם ס"ק י"ב כתב דזה צע"ג ולענין מעשה צריך ישוב אף דהיה השתיקה שלא בפני ב"ד רק לפני עדים ע"ש. א"כ חזינן דהאו"ת עצמו לא ברירא לי' הפסק של הרבנים מומחים הללו ובפרט לפי מה דנתבאר בטוב טעם ב"ה כנ"ל ע"כ קשה להוציא בכה"ג הממון מהמוחזק. ואף דהנתיבות בס"ק ד' הכריע דאין לפסול השט"ח בכך עכ"ז העיקר כמו דכתבתי ב"ה:

ג (שם סעיף י"ז בהג"ה):

אבל אם נמצא כתוב אצלו ששטר זה של פ' או שכתב שם פ' על חפץ אפשר לומר שלא להשביע עשה כן כו'. והוא במרדכי פ' ז"ב. וכן העלה הש"ך בס"ק מ"ה בארוכה. והאו"ת ס"ק כ"ה הקשה ע"ז מן הא דמעשר שני פ"ד משנה י"א המוצא כלי וכתוב עליו קרבן מעשר תרומה הרי הוא קרבן כו' ולא אמרינן שלא להשביע כתב כן וע"כ מוכח דשאני כתיבה דהוי מעשה כו'. וכן הקשה הקצה"ח בס"ק י"ז:

ענף א:

ולכאורה אפשר לומר ולחלק דשאני התם במצא כלי וכתוב עליו קרבן כו' דדיינינן לענין איסורא אם מותר לאוכלן בזה אמרינן דאסור לאוכלן משום דהוי כמו רובא דלא שכיח דיעשה מעשה הכתיבה משום שלא להשביע ובאיסורא אזלינן בתר רובא. משא"כ הכא בנמצא כתוב שם פ' על החפץ דדיינינן לענין ממונא להוציא מן המוחזק ממש בזה לא מהני רובא דהא קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב וע"כ יכול לומר שלא להשביע עשה כן. וגם הא התם במוצא כלי לא הוי מוחזק ממש וכמש"כ התוס' בכתובות (דף ט"ו ע"ב) ד"ה להחזיר לו אבידה כו'. אך אין אנו צריכין לזה דהא התם מיירינן לענין איסורא וכנ"ל. ולפ"ז אפשר לומר הכא בנמצא כתוב שם פ' על החפץ דכיון דזהו לא שכיח א"כ בעינן דיהיה טוען בפי' טענת שלא להשביע. אך כ"ז דלא טען אין טוענין לו. והא דכתב המרדכי שם למילף כן מסנהדרין (דף ל') דבאמר של מעשר הם אם כמערים לא אמר כלום. י"ל דשא"ה דניכר שהוא כמערים וכמש"כ הנתיבות בס"ק ח' לפי תירוצו שם דהמרדכי משוה דין ממון שאינו ניכר שהוא כמערים כמו מע"ש כשהוא ניכר שהוא כמערים כן אפשר לומר:

אכן באמת מוכח בסוגיא דיבמות (דף קט"ו ע"ב) דאין לחלק כן דהא אמרו התם בעובדא דשומשמי ומי חיישינן שמא פינן והתנן מצא כלי וכתוב עליו ק' קרבן כו' ובתוס' ד"ה

ומי חיישינן שמא פינן תימא מאי קשיא לי' הא בממונא יש לחוש שמא פינו ולא נפיק ממונא מחזקתי' וי"ל דנראה לו לדמות כיון דרגילות לפנותם ואפ"ה לא חיישינן שמא פינו לענין ממונא נמי מפקינן לי' מחזקה כיון דלא חיישינן כו'. הרי להדיא דהתוס' הקשו כמו כן דנימא לחלק בין איסורא לממונא ותירצו דס"ל להש"ס לדמותן. וביאור דברי התוס' בתירוצם ראיתי בספר מראות הצובאות סעיף י"ז ס"ק ס"ב באה"ד שם בד"ה אמנם אי קשיא הא קשיא מעובדא דשומשמי כו' שכתב לבאר דבריהם בזה"ל ע"פ מה שפי' רש"י ד"ה הרי אלו חולין דאזלינן בתר רובא והיינו משום דרגילות לפנות תרומות ומעשרות ליתנן לבעליהן וחזקה אין אדם משהא מעשרותיו א"כ רוב תשמישי הכלי בחולין ואפ"ה לא אזלינן בתר רובא כו' וה"ה במקום חזקת ממון דלא עדיף מרוב כו' עכ"ל המה"צ. והנה במש"כ דה"ה חזקת ממון דלא עדיף מרוב אין זה מדוקדק כ"כ דהא קיי"ל דחזקת ממון עדיפא מרוב דהא אין הולכין בממון אחר הרוב. אך י"ל דכוונתם הוא כיון דחזינן דאמרו ה"ה קרבן או תרומה א"כ משמע דהוי ודאי קרבן ותרומה ולא ספק א"כ כיון דחזינן דהך חשש שמא פינו לא הוי חשש משום דדיינינן בזה סברא כאן נמצא כאן היה דזה עדיפא מן רובא אף דהוי דבר הרגילות לפנותן ואף דהוי נגד רובא די"ל כל דפריש מרובא פריש והרוב הם חולין א"כ מה"ט אף במקום חזקת ממונא המנגדתו ג"כ יש לדון לסברת כאן נמצא כאן היה. דהא רוב גמור מועיל להוציא מן חזקת ממונא כמש"כ התוס' בסנהדרין (דף ג' ע"ב) בד"ה דיני ממונות כו' דברוב חשוב ביותר אזלינן ג"כ בממונא אחר הרוב. א"כ הכא דאמרינן דחזקה כאן נמצא כאן היה עדיפא מן רובא א"כ ממילא יש לו מעלה יתירתא מן רובא וע"כ דינו כמו רוב חשוב דמוציאין ע"י מהמוחזק:

וביותר אתי שפיר לפי מה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' מ"ג סעיף י"ד לבאר בשיטת הבעל המאור רפ"ב דכתובות דרוב וחזקה מוציאין ע"י מהמוחזק דאף דהרמב"ן במלחמות שם חולק ע"ז וכן התוס' שם. מ"מ ז"א רק התם דלא הוי חזקה מעליא לפי דעומדות להנשא אבל היכא דהוי חזקה מעליא אז גם התוס' ס"ל דע"י סמך רוב וחזקה מוציאין ממון מן המוחזק וכמו שהוכחתי שם כן מן התוס' כתובות (דף כ"ט) והתוס' בב"ק (דף ל"ח) ד"ה ועל כו' ע"ש. א"כ הכא דיש לנו חזקה מעליא דהיה מכבר חולין דמקודם דהקדישו וכתב עליו קרבן היה חולין ולכן כיון דיש לנו רובא דהם חולין וכפי' רש"י וגם הך חזקה מעליא דהא אינו עומד להקדישו וכיון דהוי ע"י צירוף רוב וחזקה המבררת לנו דהנך פירות הם חולין ואפ"ה דיינינן הכא דהם הקדש ע"פ סברת כאן נמצא כו'. א"כ ממילא מוכח מזה דהך חזקה דכאן נמצא כו' עדיפא מהמוחזק ומוציאין הממון

עי"ז כיון דברוב וחזקה מוציאין מהמוחזק א"כ כש"כ בזה. כן י"ל בזה. ועיין בח"מ סי' סמ"ך סעיף ו' ובסמ"ע ס"ק כ' ובש"ך ס"ק כ"ח ובסי' קי"ב סעיף ג' ד' ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ב' מזה:

ואין להאריך יותר דהא עיקר הנצרך לענינינו הוא דהתוס' ביבמות שם הקשו ג"כ כעין מה שכתבתי לעיל לחלק בין איסורא לממונא דלא מפקינן ממונא מהמוחזק כו'. [וזהו כעין קושיות התוס' בב"מ (דף כ' ע"ב) ד"ה איסורא מממונא כו']. ותירצו דהש"ס ס"ל לדמותן התם ויהיה מאיזה טעם שיהיה עכ"פ חזינן דס"ל להש"ס להשוותן בזה. א"כ לפ"ז שפיר כתב האו"ת והקצה"ח להוכיח מהך משנה דמע"ש דכמו דאמרו התם בנמצא כתוב קרבן ה"ז קרבן ולא אמרינן דשלא להשביע עשה כן משום דשאני כתיבה דהוי מעשה משא"כ באמירה כו'. א"כ ה"ה בממונא דיינינן כן דשאני כתיבה לפי דהוי מעשה ואין לומר בכה"ג טענת שלא להשביע ואין לחלק בין ממונא לאיסורא כנ"ל:

ענף ב:

אמנם בעיקר דברי האו"ת שכתב דלכן אמרו שם בנמצא כתוב על הכלי קרבן דלא אמרינן שלא להשביע משום דשאני מעשה. יש לפקפק בזה דהא מסקינן ביבמות (דף קט"ו) דכ"ע חיישינן שמא פינן והטעם דת"ק דה"ז קרבן דאם אי והעיקר בזה כמו שכתב הנתיבות בס"ק ח' לתרץ קושיות האו"ת הנ"ל לחלק בזה בין ממונא לאיסורא לפי דבענין הנוגע לאיסור אמרינן דבעינן שיאמר האמתלא בפירוש משא"כ בממונא טענינן שלא להשביע כו' ועוד חילוק דשאני בממון די"ל דהן מוחזקין בעיניו לנאמנים משא"כ בצדקה דאין טוענין השבעה דמה"ת יעשה כן ולא יחוש להב"ד שאינם יודעים מזה שיתבעו ממנו לכן בעינן שיהיה ניכר שהוא כמערים כו' עכ"ל הנתיבות. וכעין סברא זו ראיתי בקצה"ח ס"ק ך' שהביא בשם הרדב"ז שכתב דבהודה להקדש לא שייך השבעה דירא מן ההקדש כו'. וכן כתב הסמ"ע בס"ק נ"ד הטעם דלכן בהודה לפני השכיב מרע א"י לטעון טענת שלא להשביע דאם היה מודה לא' מהבריאים י"ל דסמך דמסתמא לא יתבעוהו זה שמודה לו שהוא יודע האמת שאינו חייב לו משא"כ זה כשימות לא ידעו היורשים כו' עכ"ל הסמ"ע. וזהו כעין סברת הנתיבות דלא ה"ל להודות למי שאינו יודע האמת דה"ל לחוש שיתבעו ממנו. ואף לפי מש"כ הש"ך בס"ק ס"ז דדברי המחבר צ"ע בזה עכ"ז יש לחלק דשאני בהודה לצדקה והקדש דכל אדם ה"ל כגזבר ומצי תבעי ליה וכמש"כ הקצה"ח בס"ק ך' ע"כ לא ה"ל להודות בזה וה"ל כמו דהודה בפני התובע דהכריע הש"ך כהרמב"ם דלא מצי טעין השבעה. ולשיטת הרא"ש והיש אומרים בסעי' י"ד דאף בהודה לפני התובע שייך השבעה עכ"ז יש לחלק כעין סברת הסמ"ע הלז וכמש"כ הנתיבות.

ועיין בנתיבות סי' קצ"ט ס"ק ד'. כי כן מוכרח מהך משנה דמע"ש הלז ולפ"ז מוכרח דה"ט שייך ג"כ במעשר ודלא כמש"כ הקצה"ח שם מתחלה לחלק דשאני מעשר והא דסנהדרין (דף ל') מוכרח כמש"כ הנתיבות דשא"ה דהוי כמערים דניכר זה:

ונלע"ד להוכיח דמוכרחין הן דברי הנתיבות לחלק בזה הסברא בין איסורא לממונא והוא דבירושלמי מעשר שני פ"ד ה"ו אמרו דר' יונה ור' יוסי הוויין שותפי בגרבי כד דמך ר' יונה א' ר' מנא לר' יוסי כל גרב דכתיב ביה ר' יונה דידי א"ל אשתקד הוי דידך אישתדא דידי עכ"ל. והובא בתוס' יבמות (דף קט"ו ע"ב) בד"ה אימור אישתלי כו' וברא"ש שם. וכן פסקו לדינא בח"מ סי' קע"ו סעי' כ"ט שותף התובע מחבירו ואומר כל אותן שיש בהם סימן שלי הם שלי יכול האחר לומר אשתקד היה שלך עכשיו הם שלי וכן הוא בר' ירוחם בספר מישרים נתיב כ"ז ח"ב. וקשה הא פסק הרמב"ם בפ"ו ה' מע"ש ה"ח המוצא כלי וכתוב עליו מ' הרי מה שבתוכו מע"ש ת' תרומה ק' קרבן וזהו כרבנן דפליגי על ר"י במשנה דמע"ש פ"ד וכמש"כ הר"מ בפי' המשניות למע"ש שם. והטעם הוא כמבואר ביבמות (דף קט"ו) דכ"ע חיישינן שמא פינן רק דאמרינן אם אי' דפינהו מיכפר הוה כפר ופי' רש"י מקנח וגורר היה את האות. וכן מסקינן שם ביבמות (דף קט"ז) דהלכתא חיישינן שמא פינן. א"כ ה"ט שייך גם בשותף התובע מחבירו ואומר דאותן שיש בהם סימן שלי הם שלי דלא יהיה נאמן חבירו לומר דאשתקד היה שלך ועכשיו הם שלי. דהא א"כ ה"ל למחוק את מה שהיה כתוב עליו. והש"ס ביבמות שם מדמה ממונא לאיסורא וכמש"כ התוס' שם וכמש"כ לעיל. וכן תקשה על הרמב"ם שפסק כרבנן דהא חזינן בהך עובדא דבירושלמי דפסקו כר' יוסי דס"ל דלא הוי סימן במה שנמצא כתוב עליו משום דיכול לומר אימור אישתלי. וכיון דלא נמצא הוכחה בש"ס דילן דחולק בזה על הירושלמי הלז ע"כ ה"ל להרמב"ם למפסק לדינא כהירושלמי דנראה דפוסק להלכה כר' יוסי דס"ל דלא הוי הוכחה מן מה דלא מחקו די"ל אימור אישתלי וקשה על הרמב"ם דפוסק להלכה כרבנן:

אכן לפי סברת הנתיבות דמחלק בזה בין ממונא לאיסורא לענין חשש שלא להשביע דבאיסורא דמצי תבעי מיני' אותן דלא ידעו את האמת א"כ לא ה"ל להודות להו דה"ל למיחש שמא יתבעו ממנו דכ"ע כגזברים ע"ז משא"כ בממונא די"ל דהם מוחזקים בעיניו לנאמנים כו'. א"כ לפ"ז י"ל דלכן פסקו בח"מ כהירושלמי גבי תביעת שותפו דיכול לומר אשתקד היה שלך ועכשיו הם שלי משום דיכול לומר דלכן לא מחר את הסימן של חבירו דהניח את הסימן כתוב מפני טענת השבעה וחבירו היה מוחזק לו לנאמן ע"כ לא היה לו חשש שיתבע ממנו חבירו כיון דיודע את האמת כו'. משא"כ בהא דמע"ש בנמצא כתוב

קרבן או תרומה כו' בזה שפיר פסק כרבנן דס"ל דאל"כ ה"ל למחקו וא"נ לומר דהניח זה מפני השבעה דז"א דה"ל לחוש שמא יתבעו ממנו הגזברים דאינם יודעים את האמת כו'. אבל בהך עובדא דירושלמי גבי טענות בע"ד בממונא אף רבנן מודו דיכול לומר אמתלא זו דהיה זה משום שלא להשביע א"ע. או אף היכא דאינן טוענים טענת השבעה אנן טענינן עבורו השבעה. או די"ל דנאמן לומר דשכח למחוק את הסימן כדאמרו בגמ' אימור אישתלי כו' במיגו דאי בעי היה טוען טענת השבעה. והא דאמרו בירושלמי שם אני אומר אתמול היה מלאה תרומה ופינה כהדא דר' יונה ור' יוסי הוויין שותפי כו' וקאי שם על דברי ר' יוסי דמתניתין דהתם. י"ל דעיקר כוונת הירושלמי שם להוכיח דר' יוסי דס"ל אשתקד כו' דלאו דוקא בישנות אלא אף בחדשות אמרינן דיש לחוש שמא פינן וכמש"כ הפ"מ. אבל בעיקר מילתא דאמרו שם בממונא אשתקד היה דידך כו' זהו אליבא דכ"ע רק דרבנן ס"ל דגבי חשש צדקה ה"ל לחוש ולמוחקו ולא להניח זה משום השבעה משום דה"ל לחוש שיתבעו ממנו הגזברים דאינם יודעים האמת וכדמסקינן ביבמות הטעם דרבנן דס"ל כן. אבל בממון י"ל דהיה מוחזק הבע"ד בעיניו לנאמן ועשה כן משום טענת שלא להשביע ולכן שפיר פסקו בח"מ כהך עובדא דירושלמי אף דלדינא קיי"ל כהנך רבנן דמתניתן דמע"ש. ועיין לקמן בענף ג' מזה:

א"כ מוכח לפ"ז דע"כ מחלקינן בין הך דמע"ש להך דנ"ד בח"מ ונדחה הוכחות האו"ת והקצה"ח שכתבו להוכיח דבכתיבה לא אמרינן השבעה כמו דמבואר במשנה דמע"ש וחלקו על הרמ"א והש"ך הכא. דלפי מש"כ מוכח דאין להוכיח משם על טענת השבעה בממון. לכן שפיר פסקו דאף בנמצא כתוב על החפץ דהוא של פלוני מ"מ אמרינן דעשה כן משום שלא להשביע. ואף דמן הך עובדא דירושלמי ובח"מ סי' קע"ו הנ"ל אין לנו להוכיח רק היכא די"ל דבעת הכתיבה היה כן האמת רק מן מה שלא מחקו לאחר דפינן בזה י"ל דלכן לא עשה מעשה למוחקן משום דהיה בשוא"ת משום השבעה אבל הכא בח"מ דמיירינן דאומר טענת השבעה על העת שכתבו מפני זה עדיין י"ל ולחלק דאין ראיה לזה מן הך עובדא דהירושלמי. מ"מ כיון דעיקר ראיות האו"ת והקצה"ח הוא מן הך משנה דמע"ש וכיון דמוכח לחלק ביניהם כנ"ל ע"כ ממילא נדחה הוכחתם. ולכן שפיר פסקו הכא דאף בכתוב על החפץ יכולין לומר דעשה שלא להשביע ואינו קשה ע"ז מן הך משנה דמע"ש דהעיקר הוא כמו שכתב הנתיבות בסברתו לחלק ביניהם:

דפינהו מיכפר הוה כפר ופי' רש"י מקנח וגורר היה את האות. וכן מסקינן שם (דף קט"ז ע"א) מאי הוי עלה דשומשמי ומסקינן והלכתא חיישינן שמא פינן. והטעם הוא כמש"כ הרמב"ן דכיון דהוי דבר הרגיל לפנותם ע"כ לא דיי וראיתי בביאור הגר"א זצ"ל לשו"ע

יו"ד סי' רנ"ט סעי' ו' בס"ק ט"ז שכתב על דברי הרמ"א דשם דכתב דמי שמצא מעות וכתוב עליו צדקה דסמכינן אכתיבה וה"ה צדקה שהניח בצ"ע דהא תנן בפ"ד דמע"ש א"ר יוסי אפילו מצא כו' ועיין בתוס' יבמות (דף קט"ו ע"ב) ד"ה אימור כו' עכ"ל הגר"א זצ"ל. ודבריו הקדושים לא זכיתי להבינם במה שהקשה מן הא דא"ר יוסי כו' דהלא כבר נתבאר דהרמב"ם פסק לדינא כרבנן דפליגי על ר' יוסי דהלכה בכ"ד כהרבים וכיון דפסק כרבנן ע"כ א"ש פסק הש"ע הכא דפסק דסמכינן אכתיבה דהא לא קיי"ל כר' יוסי דהוא דעת יחידאה. ומה שציין לדברי התוס' ביבמות דהביאו להירושלמי דמע"ש. הלא כבר נתבאר דע"כ מוכח לחלק בין הא דמשנה דמע"ש להך עובדא דהירושלמי דאף דקיי"ל לדינא כהך דירושלמי וכמבואר בח"מ סי' קע"ו סעי' כ"ט. עכ"ז אין זה סותר למה שפסק הרמב"ם כרבנן דמע"ש וכמש"כ להוכיח כנ"ל. ועיין בתשובת הרא"ש סי' ק"ג אות ג' דהביא ג"כ להירושלמי דמע"ש הנ"ל וכן בתשובת הרא"ש כלל פ"ו אות א' הביא להירושלמי הנ"ל:

והנה לעיל כתבתי לחזק סברת הנתיבות שכתב לחלק דלכן בכתוב קרבן לא אמרינן טענת השבעה משום דלא ה"ל להודות למי שאינו יודע האמת כמו הגזברים והב"ד כו' והבאתי ראי' לדבריו מן דברי הסמ"ע בס"ק נ"ד שכתב כסברא זו בהודה לפני שכ"מ לפי שכשימות לא ידעו היורשים כו'. ולפ"ז אכתי יש להעיר בעובדא דירושלמי דמע"ש הנ"ל בהא דר' יונה ור' יוסי הוויין שותפי בגרבי כד דמך ר' יונה א"ר מנא לר' יוסי כו' א"ל אשתקד הוה דידך כו'. א"כ כיון דמיירי שם דמת ר' יונה ור' מנא הי' יורשו א"כ בזה תקשה עדיין על מה דפסקו שם דר' יוסי אמר אשתקד הוי דידך והשתא דידי. דהא כיון דקיי"ל כרבנן דר' יוסי דס"ל דהוי קרבן משום דאל"כ ה"ל למוחקו רק בממון כיון דהבע"ד יודע האמת ע"כ לא חשש למחוק כנ"ל. אבל התם דמת שותפו ר' יונה א"כ ה"ל לשותפו ר' יוסי למחוק מיד שמת את הסימן שהיה על הגרבי דחמרא בשם ר' יונה דה"ל לחוש שמא יתבע ממנו היורש של ר' יונה. ומדלא מחקו מיד שמת שותפו א"כ מוכח מזה דשייך הנך גרבי דחמרא לר' יונה. ובהא דח"מ סי' קע"ו סעי' כ"ט דמיירי דלא מת שותפו א"ש החילוק שכתבתי אבל בהירושלמי תקשה כנ"ל. ויש ליישב ולחלק דדוקא אם בעת שפינה את הכלי היה אז בחשש שיתבעו ממנו אותן דאינן יודעין את האמת א"כ ה"ל אז למוחקו מיד דאין לומר אישתלי משום דהא כיון דפינה את הכלי ואוחז את הכלי ה"ל למחוק את הסימן. אבל היכא דבעת שפינה את הכלי או קנה את הכלי היה אז בע"ד התובע חי וע"כ שפיר י"ל כיון דיודע האמת והיה מוחזק בעיניו לנאמן ע"כ לא חשש אז למחוק. ואח"כ אף שמת שותפו עכ"ז כיון דלא עסקו לאח"ז בנידון הנך

גרבי דחמרא ע"כ לא עלה על רעיונו למחוק את הסימן ונשכח ממנו הענין של כתיבת הסימן ובזה אמרינן די"ל אימור אישתלי. רק בעת שפינן או בעת שקנה את הסחורה אז כיון דעסקי בענין הנך גרבי דחמרא בזה שפיר ס"ל דה"ל למחוק את הסימן היכא דיש לחוש שיתבעו ממנו אותן דלא ידעי את האמת. וא"ש כל מש"כ כי כן מוכרח וברור לדינא כנ"ל: ובעיקר מילתא דנא במה שכתבו לחלק דדוקא באמירה מצינו דמהני טענת השבעה אבל לא היכא דעשה הכתיבה. הנה כעין זה מצינו בב"ב (דף ל' ע"ב) גבי טענת השני נוח לי והראשון קשה דמחלקי דבמעשה שחתם בעד שאני דלא מהני טענה זו אבל דיבורא עביד אינש דמיקרי ואמר. אכן מצינו בתה"ד סי' שכ"ו בשטר שכתב שהודה שנשבע ואח"ז נותן אמתלא דנאמן לומר שלא נשבע מעולם והובא ביו"ד סי' רל"ב סעי' י"ב בהגהת הרמ"א סעי' י"ב. ובח"מ סי' ע"ג סעי' ו' בט"ז שם. הרי להדיא דס"ל להתה"ד שלא לחלק בין כתב לבע"פ לענין אמתלא דלעולם נאמן לומר האמתלא. א"כ ה"ה הכא גבי אמתלא דעשה כן שלא להשביע א"ע. שוב ראיתי בתבואות שור ליו"ד סי' א' בס"ק ע"ו שהעיר ג"כ בזה ות"ל כי נתכוונתי לדבריו:

והעיקר לדינא כמש"כ הרמ"א והש"ך דאף בנמצא כתוב ג"כ י"ל טענת השבעה כנ"ל: שם להחזקה דכאן נמצא. ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ב' ובמראות הצובאות ס"ק ס"ב ואכמ"ל ולפלפל ביתר דברי הרמב"ן הנ"ל. וכיון דחיישינן שמא פינן א"כ לא מקרי מה שנמצא כתוב קרבן על הכלי מלא פי הודה בפני ב"ד בין שהודה מעצמו בין שתבעו אחר א"י לחזור אלא תוך כדי דבור. והש"ך בס"ק נ"ו כתב בפשיטות דתכ"ד אף בתבעו יכול לחזור והאריך לבאר עפ"ז להתוספתא בריש ב"מ כו'. ובאה"ע סי' מ"ז סעי' ד' בהג"ה דאם אמרה נתקדשתי לפלוני שוב אינה נאמנת לומר פנויה אני דלאו כל כמינה לחוב לו כו' וכתב הח"מ שם בס"ק ד' דמפשט הלשון משמע בין תכ"ד בין לאחר כ"ד א"נ באמתלא וכ"כ הר"ן בשם הרא"ה לא מהימנינן לה בשום מיגו כו' ולא ידעתי למה לא תהיה נאמנת תכ"ד דהא קיי"ל בכל התורה תכ"ד כדבור דמי כו'. והב"ש בס"ק ט' הביא לדברי הח"מ הלז ומסיק דבתכ"ד נאמנת כו'. ובספר יד המלך פ"ט ה' אישות ה' ל"א כתב לפרש דברי הר"ן בשם הרא"ה דאינה יכולה לחזור אף בתכ"ד היכא דאותו האיש אמר שקידשה והיא מודית לו דאף דתכ"ד כדבור דמי זהו דוקא היכא דגוף הדבר נגמר ע"י דבור כמו במקדש ונודר וכדומה משא"כ היכא דגוף הדבר נגמר מכבר והדבור הוא רק גילוי מילתא על דבר הנעשה מכבר דאף אם יבוטל הדיבור ע"י החזרה תכ"ד מ"מ מה שנתגלה לנו ע"י הדבור אין כח בידו לבטלו ואל תשיבני מהא דקיי"ל דעדים יכולין לחזור מעדותן תכ"ד אף דעדים מעידים על דבר הנעשה כבר דשאני עדים

דאף בעדותן לא נתברר לנו האמת דילמא שקר העידו רק דחק התורה לדון ע"פ שני עדים כמאמר הכתוב ע"פ שני עדים יקום דבר משא"כ בהודאת פיו לטענתו של חבירו דזה הוי בירור גמור שנתברר לנו דהאמת הוא כן דהודאת בע"ד כמאה עדים כו' והודאת בע"ד הוי כמו חוש הראות והוי כמו אם ראינו גוף החיוב בשעת מעשה כו' ועפ"ז צריך לפרש הא דח"מ סי' פ"א סעי' כ"ב הודה בפני ב"ד כו' א"י לחזור אלא תכ"ד הך תכ"ד קאי דוקא בהודה מעצמו ולא בתבעו אחר והודה ומיושב עפ"ז קושיות הש"ך שם מן התוספתא ע"ש עכ"ל יד המלך. וכתב לנו לכלל מחודש לחלק בזה בין הודאת פיו לעדים ע"פ הסברא דעדים דנאמנים אין זה מצד בירור הדבר רק משום גזה"כ משא"כ הודאת בע"ד דעדיפא דהוי בירור גמור וע"כ א"י לחזור בתכ"ד זהו קוטב דבריו: רות בשם מעשה. דהא י"ל באמת דבעת שכתב קרבן ותרומה היה אז פירות קרבן ותרומה ואח"כ פינן ואין כאן אלא ההוכחה דאם איתא דפינהו הוי מחיק לי' ומדלא מחיק לי' זהו מוכיח דהם קרבן ותרומה א"כ ההוכחה זו אינו מן מע ונלע"ד להוכיח כהש"ך דאף בהודאת פיו מהני חזרה בתכ"ד דבב"מ (דף ג') גבי מה דתני ר' חייא דהעדאת עדים מחייב שבועה בקו"ח מהודאת פיו ופריך מה לפיו שכן אינו בהכחשה ובהזמה תאמר בעדים שישנן בהכחשה ובהזמה. ואי נימא כפי הכלל של היד המלך דפסיקא להו לחז"ל דבהודאת פיו לא מהני חזרה בתכ"ד וכפי פירושו בהתוספתא משא"כ בעדים מהני חזרה בתכ"ד וכמבואר זה בכמה סוגיות בש"ס ובח"מ סי' כ"ט. א"כ הא הוי מצי הש"ס לומר פירכא זו דמה לפיו שאינו חוזר בתכ"ד משום דזה הוי לנו בירור הדבר וע"כ אלים לן הודאת פיו לחייב שבועה בהשאר משא"כ עדים דיכולים לחזור בתכ"ד משום דאין זה בירור הדבר רק מצד חוקי התורה ע"כ לא אלים כ"כ כח העדים לחייב שבועה על השאר. ומדלא אמרו בש"ס פירכא זו מוכח דשוה הוא בכל מילי הודאת פיו להעדאת עדים ע"כ לא מצא הש"ס למיפרך רק מה לפיו שאינו בהכחשה והזמה. א"כ מזה הסוגיא סייעתא לדברי הש"ך דגם בהודאת פיו ע"י תביעה יכול לחזור בתכ"ד דהא התם מיירי במודה במקצת דעיקרו הוא ע"י תביעה. וידעתי מה דיש לדון בזה ע"פ שיטת התוס' ב"ב (דף קכ"ט ובנדרים (דף פ"ז) בהר"נ בשם הרמב"ן דתכ"ד כדבור אינו רק מדרבנן אכן לשיטת הר"נ שם שפיר כתבתי ועוד י"ל בזה וקצרתי:

אך אפשר לדון בזה הראי' והוא דנלע"ד להסביר ביותר ביאור להכלל של היד המלך דלכן לא מהני חזרה בתכ"ד בהודאת פיו משום דהא הכלל דמהני החזרה בתכ"ד הוא משום דמשווי לדבור קמא כמו דיבור בטעות וכמבואר בהרמב"ם ה' שבועות וכמש"כ הקצה"ח בסי' רנ"ה ס"ק ב' בזה בארוכה. וזהו כוונת הר"נ בנדרים (דף פ"ז) במש"כ

שם הטעם במה דאמרו תכ"ד כדבור דמי והדברים ארוכין ואכ"מ. וכיון דעיקר מילתא דמהני חזרה בתכ"ד הוי משום דמשווי לדבורו הראשון דה"ל בטעות. והנה הר"נ בחי' לב"מ (דף ג' ע"ב) כתב לבאר למה דאמרו שם מה לפיו שאינו בהכחשה דזהו באומר נזכרתי שפרעתי והרי עדים דאינו נאמן לומר טעיתי דאל"כ מאי אולמי' דפיו הא מצי יהיב לי' במתנה כו' וכ"כ הנמוקי יוסף שם. והרמב"ם חולק ע"ז כמבואר בסי' ע"ט סעי' ג' ועיין בהג"ה שם ובביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק י' ובהריטב"א לב"מ שם. והשמ"ק שם כתב בשם הרשב"ץ דמחלק דאם היה ההודאה בב"ד לא מהימן לומר נזכרתי וטעיתי כו' משא"כ אם היה ההודאה בפני עדים. וכעין זה מצינו בח"מ סי' פ"א בש"ך ס"ק ס' שכתב על דברי הרמ"א שם דא"נ לומר טעיתי בהודאתי אע"פ שיש לו מיגו דדוקא היכא שהודה בפני ב"ד אמרינן כן ולא בהודה בעדים ולדברי הר"נ שם אף בהודה בפני עדים אמרו כן ע"ש. עכ"פ חזינן דהודאה בב"ד היא אילימא דאף ע"י מיגו א"נ לומר טעיתי משום דהוי חזקה גמורה דלא הוי משעבד נפשי' בב"ד ויש לן הוכחה גמורה מזה דלא טעה. א"כ מה"ט אינו יכול לחזור בתכ"ד על הודאתו בב"ד דהא עיקר מילתא דחוזר בתכ"ד הוא דמשווי לדיבורו הראשון דה"ל בטעות א"כ הא בהודה בב"ד דא"נ לומר טעיתי במיגו מה"ט אינו יכול לחזור בתכ"ד דאינו נאמן למשווי לדבורו הראשון דהוא ע"פ טעות משום דגם בזה שייך לומר דחזקה דהיה מדקדק על בוריו, ולא היה נבהל להודות וכעין דברי הר"נ לנדרים (דף פ"ז) על הא דמקדש ומגרש דאינו חוזר בתכ"ד משום דהנך מילי אינו עושה אותן אלא בהסכמה גמורה כו'. ואף דתכ"ד היכא דחוזר עדיף לי' מן טענת טעיתי דהא היכא דנאמן לומר טעיתי עכ"ז הא כ"ז דאינו טוען בפי' טעיתי לא טענינן לי' משא"כ בתכ"ד דאם חוזר אז א"צ לטעון טעיתי. עכ"ז אזלינן בזה בתר טעמא דכמו דא"נ לומר טעיתי אע"פ שיש לו מיגו וכן בהודה בפני ב"ד א"נ לומר טעיתי ונזכרתי שפרעתי אף שמביא עדים ע"ז וכדברי הר"נ בב"מ והנ"י בשם הר"נ כנ"ל. א"כ מה"ט אינו חוזר בתכ"ד בהודאתו משום דהכל חדא היא דיש לנו הוכחה ברורה דלא טעי דאל"כ לא ה"ל להודות בב"ד ולשעבד נפשיה:

ולפ"ז נדחה ההוכחה שהבאתי מן ב"מ (דף ג') דלא אמרו מה לפיו שכן אינו חוזר בתכ"ד משא"כ בעדים כו'. דהא י"ל דבאמת לפי מה דמסיק מה לפיו שאינו בהכחשה ולשיטת הר"נ הכוונה הוא דא"נ לומר טעיתי אף דיש לו עדים ע"ז משום דיש לנו הוכחה דלא טעה א"כ מה"ט ג"כ אינו יכול לחזור על הודאתו בתכ"ד ולכן אמרו הפרכא מה לפיו שאינו בהכחשה משום דבזה נכלל ג"כ מה דאינו חוזר על הודאתו בתכ"ד והכל מן חד טעמא הוא ולכן שפיר כתב היד המלך בכוונת הר"נ בשם הרא"ה לכתובות כן. משום

דלשיטת הר"נ בב"מ במש"כ לפרש למה דאמרו מה לפיו שאינו בהכחשה כו' אינו קשה במה דלא אמרו מה לפיו שכן אינו חוזר בתכ"ד משום דגם זה נכלל במה דאמרו מה לפיו שאינו בהכחשה כו':

ובקצרה י"ל עוד דבמה דאמרו מה לפיו שכן אינו בהכחשה די"ל דפירושו ג"כ דלא מצי אף איהו בעצמו להכחיש לדבריו הראשונים אף בתכ"ד וכן במה שאמרו תאמר בעדים שישנן בהכחשה נכלל בו ג"כ מה שהעדים עצמן יכולין להכחיש לדבריהם הראשונים בתכ"ד וכן נכללו בזה גם מה שעדים אחרים יכולין להכחיש להנך שני עדים משא"כ בפיו. והש"ס קאמרי בקצרה כדרך התלמוד בכ"ד שה דקום ועשה רק ע"פ סברת מדלא נעשה מעשה דקו"ע רק היה בשב ואל תעשה. אבל עכ"פ מעשה לא הוי ולכן אם נימא דבמודה שהוא של הקדש שייך גם בזה טענת שלא להשביע. א"כ ה"ה וכש"כ התם דהי' רק בשוא"ת דלא מחקו בודאי ל ועוד י"ל בעיקר הוכחתי דהקשיתי דאמאי לא אמרו מה לפיו שאינו חוזר בתכ"ד. דהא כתבו התוס' בב"ק (דף כ"ה ע"א) בד"ה אני לא אדון קרן כו' לכללא דפירכא שאינה כתובה בתורה רק מסברא אינה פירכא לסתור להקו"ח אלא מכניסין אותה בהקו"ח וכ"כ התוס' בקידושין (דף ד') ד"ה מה ליבמה כו'. א"כ ה"ה הכא כיון דמה דס"ל דבהודאת פיו אינו חוזר בתכ"ד ובעדים חוזרים בתכ"ד הא אינן כתובין בפי' בתורה רק דקים להו כן מסברא וכמש"כ היד המלך להסביר זה. א"כ לא הוי מצי למיפרך להקו"ח ע"פ הפירכא דמה לפיו שאינו חוזר בתכ"ד כו' דהא מכניסין זאת בהקו"ח ונימא דהא. חזינן דאף דבפיו דאינו חוזר בתכ"ד עכ"ז אין בכח הודאת פיו לחייבו קנס ומחייבו שבועה כו' ולכן מהדר הש"ס למיפרך מן פירכא הכתובה בתורה כמו הזמה. ומה דאמרו הכחשה והזמה י"ל דעיקר כוונת הגמ' הוא רק על הזמה. ועפ"ז אתי שפיר דברי רש"י שם בב"מ ד"ה עדים אין מחייבין אותו קרבן כו' דכתיב או הודע כו'. והשמ"ק שם הקשה דלמה הוצרך רש"י לטעם זה שכבר פירשו רבנן טעמם כו'. אכן לפמש"כ אתי שפיר דכוונת רש"י לומר דזהו מפורש בתורה ע"כ הוי פירכא הכתובה בתורה ואינן מכניסין זאת בהקו"ח ואף דקאמרי רבנן טעם ע"ז מ"מ ממילא ילפינן זה מן הכתוב וע"פ טעמם. ועיין בשמ"ק שם בד"ה אלא מה לפיו שכן אינו בהכחשה ובהזמה לא מהזמה קא פריך כו' ולזה לא הזכירה רש"י אלא בעדים והכחשה כו' ור"ח ז"ל פירש כו' ואכמ"ל. וכעין זה כתבו התוס' בב"מ שם בד"ה אבל העדאת עדים כו' בסוף הדבור שכן דרך הגמ' למפרך פירכא על קו"ח ולא מסברא כו'. והכוונה הוא ג"כ דאם אינו רק מסברא אין זה פירכא רק מכניסין זה בהקו"ח כנ"ל. א"כ נתבאר על פי כמה טעמים דיש לדחות ההוכחה הלז:

ועכ"ז בדרך פשטיות נלע"ד להוכיח מן ב"מ שם דאף בתכ"ד דהודאת פיו יכול לחזור בתכ"ד. דהא קאמרי שם שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מק"ו. דפשט הלשון משמע דהודאת פיו אינה גדולה לכל מילי מהעדאת עדים ואמרו שם מאי שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מק"ו שלא תאמר הודאת פיו הוא דרמיא רחמנא כו'. וכתבו התוס' שם בד"ה אבל העדאת עדים כו' דהכא דאתי לפרושי דהודאת פיו גדולה מהעדאת עדים ניחא לי' למינקט טעמא דמשתמיט דסברא הוא כו' וחומר שאינו בהכחשה כו' עכ"ל. ואי נימא כדברי היד המלך דבהודאת פיו אינו חוזר בתכ"ד משא"כ בהעדאת עדים משום דבהודאת פיו הוי לנו הוכחה ברורה משא"כ בעדים דלא מהני רק מצד חוקי התורה. א"כ לפ"ז יש סברא ביותר לומר דלכן הודאת פיו מחייב שבועה משום דיש להודאת פיו כח ביותר דהא על מה שהודה ברור לנו מצד הסברא דחייב לו ויש לנו הוכחה גמורה ע"ז ע"כ יש כח להודאת פיו לחייב שבועה משא"כ העדאת עדים דלא הוי הוכחה ברורה רק מחוקי התורה ומה"ט חלוק העדאת עדים מן הודאת פיו לענין חזרה בתכ"ד א"כ עדיין י"ל דאין כח בהעדאת עדים רק על חיוב ממון על מה שמעידים אבל לא לחייב שבועה על השאר כיון דלא הוי בירור גמור לנו אף על עיקר עדותן. ומדלא אמרו כן מוכח דאין לחלק בין הודאת פיו להעדאת עדים בזה ומסברא בעלמא אין לחלק ביניהם. וידעתי מה די"ל דבאמת מתחלה בסוגיא דשם דילפי העדאת עדים בקו"ח מהודאת פיו ולא ידעי הפירכא דמה להודאת פיו שאינו בהכחשה א"כ לפ"ז הדין נותן דע"פ הך קו"ח ה"ה דנילף ג"כ לענין חזרה בתכ"ד בעדים דלא מצי הדרי כמו בהודאת פיו דאינו חוזר בתכ"ד אבל לבסוף דמסקי הפירכא דמה לפיו שאינו בהכחשה א"כ מה"ט ה"ה דאין למדין בקו"ת להעדאת עדים מהודאת פיו לענין חזרה בתכ"ד. וע"כ לא אמרו מעיקרא להך שלא תאמר דשאני הודאת פיו דעדיפא לענין חזרה בתכ"ד כן יש מקום לומר לכאורה. אבל באמת זה אינו דהא אין סברא כלל לומר דהיה ה"א לומר ולמילף דגם עדים לא יהיו יכולים לחזור בתכ"ד דהא מוכח מכמה סוגיות מפורשות דעדים חוזרים בתכ"ד ועיין בב"ק (דף ע"ג) דמפרש להמשנה דשם שהעידו בבת אחת והוזמו ופי' בתוס' שם הטעם דכיון שהיו יכולים לחזור בתכ"ד כו'. וכן הוא בשבועות (דף ל"ב) בגמ' לפרש להמשנה דכפר א' והודה א' דמיירי דכפרו שניהן וחזר א' והודה בתכ"ד כו'. ע"כ אין סברא לומר כלל דהי' הוי אמינא דעדים לא יהיו יכולים להזור בתכ"ד. רק רבנן דר' יוסי בב"ק (דף ע"ג) דס"ל בכ"מ תכ"ד לאו כדבור לכן גם בעדות אין חוזרים תכ"ד. ע"כ שפיר כתבתי דמוכח מהך סוגיא דהעדאת עדים שוה להודאת פיו בענין תכ"ד ובשניהם יכולין לחזור בתכ"ד:

לא עדיפא הך דהיה בשוא"ת מן מה דהודה דהיה עכ"פ מעשה הדבור ואפ"ה מצי לומר דאמר כן משום שלא להשביע וה"ה בהך דשוא"ת א"כ עדיין תקשה מה דהקשה האו"ת והקצה"ח דאמאי לא נימא התם במצא כלי מלא פירות וכתוב קרבן דה והעיקר כדברי הש"ך דאף בתבעו והודה יכול לחזור בתכ"ד דאין סברא לומר דלשון הטוש"ע הוא רק על הודה מעצמו דהא אמרו בזה"ל הודה בפני ב"ד בין שהודה מעצמו בין שתבעו והודה א"י לחזור אלא בתכ"ד. דמשמע דקאי על הנאמר באחרונה בוודאי דגם בתבעו והודה חוזר בתכ"ד וכן הוא לשון בעה"ת שער מ"ב ח"א אות וא"ו וכפי שהובא בש"ך לשון הבעה"ת בשם תשובה לקמאי. ומן הר"נ בשם הרא"ה אינו מוכח דכבר כתב הב"ש בסוף סי' מ"ז בס"ק ט' לפרשו דאיירי לאחר כ"ד כו'. וראיתי בשמ"ק כתובות (דף כ"ב ע"א) ד"ה והא שויא אנפשה חד"א כו' שכתב וז"ל הרא"ה אמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנויה אני א"נ כו' אם נתנה אמתלא נאמנת כו' ואפשר באומרת מקודשת אני לפלוני לא סמכינן באמתלא שכבר הודית לנו ושוב לאו כל כמינה לחוב לו עכ"ל. וחזינן דעיקר דברי הרא"ה הוא לאחר כ"ד מדנקט לי' בלשון שכבר הודית דמשמע דעיקר כוונתו הוא להורות דדוקא לאחר כ"ד א"נ אף שאומרת אמתלא וכדברי הב"ש בכוונתו דאל"כ למה כתב ללשון שכבר הודית. וגם כתב דלא סמכינן באמתלא הרי דעיקר כוונתו הוא דאם אמרה מקודשת אני לפלוני לא מהני האמתלא אבל לא מיירי כלל בענין חזרה בתכ"ד. וגם בעיקר דברי הרא"ה לא כתב רק בלשון ואפשר כו' דחזינן דמסתפק בעיקר דין זה ולא כתב כן בהחלט וכמש"כ הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' סמ"ך בכוונת לשון הרא"ה עצמו ע"ש. וע"כ העיקר כהש"ך דאף בתבעו והודה חוזר בתכ"ד וכדמשמע פשט דברי הטוש"ע. ומה"ט סתם הרמ"א לעיל סי' פ' סעי' א' בהג"ה דתכ"ד יכול לחזור דמשמע דאף בהודה ע"י תביעה חוזר בתכ"ד. ועיין בקצה"ח סי' כ"ח ס"ק ח' במש"כ דחזרה בתכ"ד מהני אף במידי דלעבר. אבל אין זה שייך לנ"ד:

והנה התוס' בב"ק (דף ע"ג ע"ב) ד"ה כי לית לי' לר' יוסי כו' כתבו דכן הלכתא דתכ"ד כדבור. [גבי עדות דיכולים לחזור דמיירי התם]. דהכי פסקינן הלכתא בנדרים בפ' בתרא כו'. ואי נימא דיש מקום לחלק כסברת היד המלך לחלק בזה דשאני מילתא דלעבר א"כ תקשה דמנלן להו להוכיח דלא קיי"ל כרבנן דס"ל גבי עדות דתכ"ד לאו כדבור. הא יש לומר דטעמייהו דרבנן דא"י לחזור מעדותן משום דכיון דהעידו על מידי דלעבר ע"כ מסתמא האמת כן ולא ס"ל לחלק בין הודאת בע"ד לעדות. משא"כ בהך דנדרים דלא הוי מידי דלעבר. ומדכתבו התוס' להוכיח דלא קיי"ל כרבנן אף דהוי הרבים נגד ר' יוסי מהך דנדרים מוכח דאין סברא כלל לחלק בין מידי דלעבר כו'. ואף דמוכח מכתובות

(ד' ל"ג) ושבועות (ד' ל"ב) מהמשנה דגם בעדות תכ"ד כדבור עכ"ז הא הוכחת התוס' מנדרים ושם לא מיירי בענין עדות וכן בב"ב (דף קכ"ט):

וכן פשט לשון התוספתא דהובא בש"ך הכא משמע דאף בהודאת בע"ד דינו כמו עדים אף בתבעו והודה דהא ז"ל התוספתא ריש ב"מ הודאת בע"ד כמאה עדים אימתי בזמן שטענו והודה אבל אם הודה מפי עצמו יכול לחזור כו'. ובאמת ע"פ כלל של היד המלך שכתב לחלק דשאני הודאת בע"ד מן עדים בחזרה דתכ"ד יש ליישב קושיות הסמ"ע בסי' ע"ט סעי' א' ס"ק ב' על הרמ"א שכתב שם דנאמן ע"ע יותר מק' עדים [דזהו כלשון הגמ' בכריתות (דף י"ב)]. דל"ל למינקט לשון זה. ולדברי היד המלך דבהודאת פיו היכא דתבעו אינו חוזר בתכ"ד משא"כ בעדים י"ל דלכן כתב הרמ"א לשון זה דנפ"מ מזה דאף בתכ"ד אינו חוזר משא"כ בעדים משום דהודאת פיו אלים ביותר מן עדים. אכן לפי הלשון של התוספתא דהודאת בע"ד כמאה עדים בזמן שטענו והודה כו' דמפרש היד המלך דעיקר כוונת התוספתא דבטענו והודה אינו חוזר בתכ"ד משא"כ בעדים משום דהודאת פיו אלימא ביותר מן עדים. א"כ תקשה דה"ל להתוספתא לומר בזה"ל הודאת בע"ד יותר ממאה עדים בזמן שטענו והודה כו'. ובאמת מלשון התוספתא דנקטו הודאת בע"ד כמאה עדים משמע דאף דיהיה להודאת בע"ד כמו דין עדים ולא ביותר ג"כ שייך מש"כ שם לחלק בין טענו והודה להודה מפי עצמו דיכול לחזור בו א"כ מוכח מזה דהתוספתא לא מיירי שם בענין חזרה בתכ"ד ואדרבה מדקאמרי הודאת בע"ד כמאה עדים משמע דשווין הם הודאת בע"ד לעדים וכמו בעדים חוזר בתכ"ד כמו כן בהודאת בע"ד. ולכן אף דנימא לדינא כהכלל של היד המלך דהודאת בע"ד אלים ביותר מן עדים בענין חזרה בתכ"ד עכ"ז אין לפרש כן בכוונת התוספתא כיון דנקטו בלשונם שם דהודאת בע"ד כמאה עדים דמשמע דלא נחתי שם לאשמועינן דיש מעליותא ביותר להודאת בע"ד מן עדים. ע"כ העיקר בפירוש פשט דברי התוספתא כמש"כ הש"ך. וכיון דאין הכרח להכלל של היד המלך מן פירושו להתוספתא ע"כ ממילא מסברא בעלמא אין לנו לומר להכלל שלו בלא ראי' מוכרחת מן הגמ' והתוספתא. והעיקר לדינא דאף בהודאה ע"י תביעה חוזר בתכ"ד:

חולין וניזול בתר רובא כמו דפי' רש"י ביבמות שם לפי דפינן והא דלא מחקו זהו משום שלא להשביע ובאמת קיי"ל לדינא כהת"ק דר' יוסי דס"ל ה"ז קרבן ותרומה כמו שפסק הרמב"ם פ"ו הל' מע"ש ה' ח'. ואף לר' יוסי דס"ל דיכול לטעון טעיתי במיגו דפרעתי. והקשה על התוס' דגיטין (דף י"ד) ד"ה ולא פש גביה כו' דהביאו ראיה דאינו נאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי מהא דתנן בשבועות מנה לי בידך אמר לו הן למחר אמר לו תנהו

לי אם אמר נתתיו פטור אין לך בידי חייב כו' ואמאי לא מהימן לומר אין לך בידי שטעיתי במיגו דפרעתי אלא משמע דלא מהימן במיגו לומר שטעה עכ"ל התוס'. ודחה הש"ך זה הראיה דלאו ראיה היא דאה"נ אי טען טעיתי נאמן אלא התם מיירי שאינו טוען כך ומפרש ואומר בהדיא לא היה לך בידי מעולם כו' עכ"ל הש"ך:

ה"ז חולין הא אמרו שם הטעם אימר אישתלויי אישתלי א"נ לפנחיא. ולא אמרו הטעם דשלא להשביע ולכן עדיין תקשה קושיות האו"ת והקצה"ח וכן פסקו ביו"ד סי' רנ"ט סעי' וא"ו בהג"ה במי שמצא כיס מלא מעות וכתוב עליו צדקה ויש ליישב קושיות הש"ך והוא די"ל דשפיר הוכיחו התוס'. משום דתקשה לרב חסדא דס"ל בב"ב (דף ל"ג) דאמרינן מיגו במקום עדים. וכן ס"ל לרבה בב"ב (דף ל"א) ועיין בתוס' שם ד"ה אמר רבה כו' וברשב"ם ומהרש"א שם. וכן מוכח בבכורות (דף ל"ו) תוס' ד"ה ואמר רבא כו'. דא"כ מה יענו במשנה זו דשבועות (דף ל"ח) דמבואר שם דנתתיו לך פטור וטוען אין לך בידי חייב. ולהך מ"ד דס"ל דאמרינן מיגו במקום עדים. א"כ תקשה דאמאי לא מהימן לומר אין לך בידי ולהכחיש העדים ע"י מיגו דפרעתי דהא אמרינן מיגו במק"ע. ומזה הוכיחו התוס' לפרש דכוונת הך משנה דאין לך בידי היינו דאומר טעיתי. ובכה"ג י"ל דכ"ע מודו דלא אמרינן מיגו במקום אנן סהדי. דכיון דהוי דבר הגלוי לכל עדיף מעדים לגבי זה. וכעין מש"כ התוס' ביבמות (דף פ"ח) בד"ה אתא גברא כו'. ובש"ך סי' מ"ו ס"ק ס"ו:

וראיה לזה מהא דב"ב (ד' ע') דבעי רב עמרם מרב חסדא המפקיד אצל חבירו בשטר וא"ל החזרתי לך מהו מי מהימן במיגו דנאנסו או דילמא א"ל שטרא בידי מאי בעי א"ל מהימן ולימא ליה שטרא בידי מאי בעי א"ל וליטעמיך כו' ופי' הרשב"ם בד"ה או דילמא כו' דהוי מה לי לשקר במק"ע כו'. וקשה מאי מבעי ליה מר"ח הא ר"ח דס"ל דאמרינן מיגו במק"ע כנ"ל. א"כ מאי מקשה לו ולימא ליה שטרא בידי מאי בעי. ע"כ מוכח מזה דכיון דהוי אנן סהדי. בזה לכ"ע לא מהימן במיגו. דדוקא היכא דלא ידעינן האמת כי אם משני עדים או מיותר משני עדים בזה נאמן במיגו. אבל היכא דאיכא אנן סהדי לכל בזה לא מהימן לכ"ע במיגו. וכן מוכח בריש ב"ב (דף ב' ע"א) בתוס' ד"ה לפיכך כו' שכתבו דאשמועינן האי משנה דאף דשהו הרבה לא מהימן במיגו משום דאנן סהדי שלא עשה לבדו כיון שהיה יכול לדחוק את חבירו בדין שיהיה עושה עמו כו'. ואכתי תקשה למ"ד דס"ל דאמרינן מיגו במק"ע מהך משנה. וע"כ מוכח כנ"ל. דהיכא דהוי אנן סהדי לכ"ע לא מהימן במיגו כנ"ל. וכה"ג כתב הסמ"ע סי' פ"ה ס"ק ב' דהיכא דאיכא אנן סהדי לא מהני נאמנות כבתרי. דאנן סהדי עדיף מנאמנות כבי תרי. ואף דנאמנות כבי תרי עדיף מעדים עכ"ז אנן סהדי עדיף מעדים ע"ש: וכן מוכח מהא דהקשו התוס' בב"ב (דף ה'

ע"ב) ד"ה מי אמרינן כו' שהקשו בסוף הדבור שם מיבמות (דף קי"ב) במשנה יבמה שאמרה תוך שלשים יום לא נבעלתי כופין אותו אחר שלשים מבקשין הימנו ואין כופין אע"ג דאית לה מיגו דאי בעיא אמרה אינו יכול לבוא עלי דנאמנת. וכתב הש"ך בזה בכללי מיגו ס"ק יו"ד דשא"ה דאין כל החזקות שוות. דהא דתוך שלשים כופין אותו זהו משום חזקה דאין אשה מעיזה כו' ואפ"ה לאחר שלשים אין כופין משום דהך חזקה דלא מוקי אינש אפשי' הוי חזקה אלימתא ע"ש. ועיין ביבמות (דף קט"ז) בתוס' ד"ה ולהימנא כו' ובראש"ש שם. ואכתי תקשה למאן דס"ל דאמרינן מיגו במק"ע דהא אינו עדיף הך חזקה מעדים. וע"כ מוכח דהיכא דהוי חזקה אלימתא דחשוב כאן סהדי דבזה לכ"ע לא אמרינן מיגו. וע"כ שפיר הוכיחו התוס' בגיטין דהך משנה דשבועות דאין לך בידי דבוודאי כוונתם על טענת טעיתי כדי דיהא א"ש אף להך מ"ד דאמרינן מיגו במק"ע. ומוכח דטעיתי הוי טענה גרוע משום אנן סהדי כנ"ל. ולכ"ע לא אמרינן בזה מיגו ומתורץ קושיות הש"ך כ"ז כתבתי מכבר לרב אחד שהקשה ממני לקושיות הש"ך הזה על התוס'. ועיין מזה לקמן סוף ענף ב' במש"כ שם. ואגב אכתוב עוד מה שהשבתי אז להרב השואל הנ"ל בענין אחר סמכינן אכתיבה. וזהו כמו שפסק הרמב"ם הנ"ל כהת"ק דר' יוסי: וזה הוא. מה שהקשה עוד כת"ר בב"ב (דף ב' ע"ב) בתוס' ד"ה וחייב באחריות כו' שכתבו בסה"ד בזה"ל דאי קנס הוא במזיד דווקא היה ליה להתחייב. והקשה כת"ר דהא הך ברייתא אתי כר"מ דדן דד"ג. ור"מ הא ס"ל בגיטין (דף נ"ג) דמטמא אף בשוגג חייב. ע"כ קושיתו. יפה הקשה ועיין בתורת גיטין לגיטין (דף נ"ג) מה שהקשה שם על התוס' הנ"ל: ולפענ"ד נראה לתרץ זה דהא איתא בגיטין שם דכי קנס ר"מ ברבנן אבל בדאורייתא לא קנס. והרשב"א שם בגיטין הקשה דאמאי במטמא תרומה קנס ר"מ הא אסור מה"ת לטמא תרומה. ואף דהתשלומין הוי רק מדרבנן. עכ"ז הא האיסור הוי מה"ת ולא שכיח דעברי עלה לכן לא עשו חיזוק למיקנס בשוגג. ותי' משום דמיירי במטמא חולין ע"ש. אלמא דכיון דהאיסור הוי איסור מן התורה אף דהתשלומין אינו רק מדרבנן עכ"ז לא קנס ר"מ בשוגג. א"כ ה"ה במחיצת הכרם שנפרצה דהוי איסור כלאים מה"ת א"כ הא לא קנס ר"מ בזה בשוגג ואף במקיים כלאים בכרם דאינו לוקה. עכ"ז האיסור הוא מה"ת כמש"כ הט"ז ביו"ד סי' רצ"ז ס"ק ע"ו ע"ש. א"כ הא בדאורייתא לא קנס ר"מ אך עדיין יש להקשות דלמא מיירי שם בכלאים דרבנן דלא הגיעו השרשים להדדי ויש הרחק קצת ביניהם פחות מד"א דזה לא הוי רק כלאים דרבנן. א"כ עדיין תקשה קושיות כת"ר הנ"ל על התוס' הנ"ל דדלמא מיירי בכלאים דרבנן דבזה קנס ר"מ אף בשוגג:

אך גם זה ניחא לפמש"כ התוס' ביבמות (דף פ"ג) ד"ה ר' יוסי אומר כו' דהא דאיתא במנחות (דף ט"ו) דאסרו חכמים את הזרעים והתירו הגפנים ואמרו שם דזהו דוקא בכלאים דרבנן אבל בכלאים דאורייתא אסרו גם את הגפנים אתי זה כר"מ. משום דלר' יוסי גם הזרעים מותרים דכיון דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו אין כאן כלאים והכל מותר. אלמא דגם ר"מ ס"ל דבכלאים דרבנן לא נאסר רק שלו ולא של חבירו משום דבדידיה קנסו רבנן ולא בשל חבירו. וכ"כ השיטה מקובצת לב"ק (דף ק') ע"ש אך התוס' במנחות (דף ט"ו) הנ"ל ד"ה והתירו הגפנים כו' לא כתבו כן אבל ביבמות כתבו כנ"ל. ולפ"ז י"ל דהתוס' בב"ב ס"ל ג"כ כשיטת התוס' ביבמות הנ"ל. א"כ לפ"ז מוכח דהך ברייתא דמחיצת הכרם שנפרצה דנאסר גם של חבירו דמיירי בכלאים דאורייתא. משום דבכלאים דרבנן הא ר"מ מודה דלא נאסר של חבירו כמבואר במנחות. ובע"כ מיירי בכלאים דאורייתא ובזה מודה ר"מ דלא קנסינן שוגג. ולפ"ז שפיר הקשה התוס' דהא הך ברייתא אתי כר"מ דדן דינא דגרמי ור"מ הא ס"ל דבאיסור דאורייתא לא קנס שוגג אטו מזיד. וא"ש דברי התוס' בב"ב הנ"ל. וכן כתבו התוספות בב"ק (דף ק' ע"ב) ד"ה חייב באחריותו כו':

וע"פ דברי הרשב"א הנ"ל כתבתי במק"א על הא דב"ק (דף ה) מפגל פירש רש"י שם דשחט חטאת לשם שלמים. ותמהו בזה כל המפרשים דאמאי לא פירש רש"י כפשוטו ככל פגול שבש"ס. ועיין בפסחים (דף קכ"א) ברשב"ם ד"ה משום חשדי:

ובאמת זה אינו קשה משום דכן מבואר להדיא במנחות (דף מ"ט) דמפגל דהך משנה דהכהנים שפגלו במקדש כו' מיירי בשחט חטאת לשם שלמים א"כ מבואר כן להדיא. ועיין בירושלמי גיטין פ' ה' הלכה ה'. ומה דיש להקשות דל"ל להגמ' לפרושי כן הא יש לפרש דמיירי ככל פגול. נראה לי לומר דהא ר"י ס"ל במכות (דף ד') דלאו שאין בו מעשה לוקין עליו א"כ אינו לוקה ומשלם לר"ל דס"ל דאף בחייבי מלקות שוגגין פטורין. וגם בלאו דפגול לוקה כמבואר בזבחים (דף כ"ט) מן לאו דלא יחשב. והך דהכהנים שפגלו במקדש אתי כר"י כמבואר בגיטין (דף נ"ג) ושם במנחות (דף מ"ט) רבא הוא דקאמר כן שם ומבואר בר"ש בתרומות פ"ז משנה א' דכתב דרבא ס"ל כר"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין. א"כ אין כאן חיוב ממון משום קלב"מ אבל בחטאת לשם שלמים אין כלל לאו הנ"ל:

וביותר י"ל דהנה התוס' בגיטין (דף נ"ג) ד"ה בדאורייתא קניס ר"י שוגג אטו מזיד הקשו והא מתניתין ר"י הוא וקתני כהנים שפגלו במקדש פטורין. ולפענ"ד נראה לתרץ זה לפמש"כ הרשב"א בחידושיו לגיטין דאמרו שם. דלכן מטמא בשוגג פטור. משום

דר' יהודה לא קניס בדרבנן. והקשה הרשב"א והא מטמא תרומה הוי איסור דאורייתא ובדאורייתא הא קניס ר"י שוגג אטו מזיד. ותי' כנ"ל משום דמיירי במטמא חולין. ועוד תי' דכיון דלא ה"ל איסור לאו רק איסור עשה דמשמרת תרומותי ע"כ קיל איסורו ולא קנסו בשוגג עכ"ל. ולפ"ז י"ל להך תי' בתרא של הרשב"א הנ"ל דמשום זה הוכיח הש"ס במנחות דהכהנים שפגלו במקדש מיירי בשחט חטאת לשם שלמים. וזה לא הוי באיסור לאו דהך לא יחשב קאי בפגול חוץ לזמנו וחוץ למקומו. וכיון דשחט חטאת לשם שלמים לא הוי באיסור לאו ע"כ דינו ככל איסורים קלים דלא קנסו בשוגג. וא"ש דשוגגין פטורים ומתורץ קושיות התוס' הנ"ל. משום דאם האי מפגל מיירי בחוץ לזמנו א"כ הוי איסור לאו וכיון דהוי איסור דאורייתא החמור א"כ מבעי למקנס בי' שוגג אטו מזיד לר"י. ומזה הוכיח הש"ס דמיירי בשחט חטאת לשם שלמים וכיון דלא הוי באיסור לאו ע"כ לא קנסו ביה שוגג וא"ש כ"ז. כ"ז השבתי לרב השואל הנ"ל:

וכעת ראיתי להוכיח עוד דהיכא דאיכא אנן סהדי בזה אף רבה מודה דלא מהני מיגו. מהא דב"ב (דף קע"ה) דאמר רבה תנו מנה לפ' ואמרו יתומים חזר ואמר לנו פרעתי אינן נאמנין דאם אי' דפרעי' לא הוי אמר. ועיין בתוס' שם ד"ה חזר ואמר לנו אבא פרעתי כו' ובמהרש"א שם דאף דיש לו מיגו דאמר פרעתי אח"כ. מ"מ לא מהימן לומר טעיתי במיגו דכיון דאמר תנו הוי כמו מיגו במקום עדים דלא מהני. ואף דרבה אמר להדא מלתא התם ורבה הא ס"ל דאמרינן מיגו במקום עדים וכמבואר בתוס' ב"ב (דף ל"א) ואפ"ה לא מהימן לומר טעיתי במיגו. וע"כ מוכח דהיכא דאיכא אנן סהדי בזה אף רבה מודה דלא מהני מיגו כנ"ל. ועיין מזה בטור ח"מ סי' רנ"ה ובסמ"ע שם וקצרתי:

וכן מוכח מן פאה פ"ח משנה ג' דאין נאמנין על הקמח. וכתב הר"ש שם דאין להאמינו במיגו דאי בעי אמר שטחנו קמח דמאחר שאין דרך לחלקו כלל קמח ופת הוי כמו מיגו במקום עדים עכ"ל. והובא בתיו"ט שם. ובש"ך כללי מיגו ס"ק ב' ע"ש. ולפ"ז תקשה על מ"ד דאמרינן מיגו במקום עדים. מהך משנה דפאה. וע"כ מוכח לחלק דשאני היכא דהוי אנן סהדי לכל כנ"ל: גם יש לומר בזה דהא התוס' בב"ב (דף ל"א ע"ב) ד"ה וזו באה בפ"ע ומעידה כו' הקשו בין לרב הונא בין לרב חסדא נהמנינהו לבתראי במיגו כו' ותירצו דמיגו במקום עדים לא אמרינן דמיגו לא יוכל לסייעם כו'. וכ"כ התוס' בב"ק (דף ע"ב ע"ב) בד"ה אין לך בו אלא כו'. וקשה הא רב חסדא ס"ל דאמרינן מיגו במקום עדים כמבואר בב"ב (דף ל"ג ע"ב) א"כ תקשה איך כתבו הכא התוס' גם לרב חסדא דלכן לא מהימני משום דהוי מיגו במקום עדים. וע"כ מוכח מזה דאף למ"ד דס"ל דמהני מיגו במקום עדים דלא הוי המיגו עדיפא מהעדים רק לפי דלא מכרעא מילתא בין המיגו ובין

העדים והוי שקולים ולכן אין בכח העדים להוציא מהמוחזק אם יש לו מיגו. ולכן התם בב"ב (דף ל"ג) דהיה השדה מוחזקת בידו שלשה שנים ע"כ אין בכח העדים להוציא מהמוחזק. וכמו כל ספיקא דדינא דמהני תפיסה אף בקרקע. וע"כ שפיר כתבו התוס' הכא דלר"ח ג"כ אין נאמנים העדים אחרונים במיגו רק דהוי ספיקא:

ולפ"ז י"ל דלכן א"ש בהא דפאה דאינן נאמנין על הקמח במיגו.

משום כיון דאף למ"ד דאמרינן מיגו במקום עדים ג"כ עדיין הוי ספק לכן במקום איסור אזלינן לחומרא. ועיין לעיל בחידושי בסי' זה סעיף ז' ענף ז' מזה. וידעתי מה שיש לדון במש"כ לעיל דרבה בב"ב (דף ל"א) ס"ל דאמרינן מיגו במקום עדים. דלפי דברי הנימוקי יוסף ב"ב שם שכתב בטעמא דרבה דס"ל דהתם לא הוי במקום עדים ממש ע"ש. א"כ לפי דבריו ליתא למש"כ לעיל. אך לא כן משמע בהא דכתובות (דף כ"ז ע"ב) ובכורות (דף ל"ו) ועיין בתוס' שם וקצרתי:

ענף ג:

שכתב לחלק בין פקדון להלואה דבפקדון ליכא איסור רבית כיון דנשתמש שלא ברשות. וכמש"כ הסמ"ע סי' רצ"ב ס"ק כ"א וציין שם להא דסוף סי' פ"א. ובקונטרס הלז יבואר באריכות הך דינא אם שייך בגזל איסור רבית:

ד:

(שם סעיף כ"ב):

הנה הרמב"ם פ' ט"ז ה' מכירה ה' ח' והמחבר בסי' רל"ב סעי' ט' כתבו המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיו ולאח"ז נראה לו בה מום אם רצה להחזיר הקרקע לבעלים מחזיר כל הפירות שאכל ואם היה חצר ודר בו צריך להעלות שכר. וכתב הסמ"ע שם ס"ק ל"ג בשם הע"ש דמשום רבית נגעו בי'. והסמ"ע דחה דבריו דאין זה אלא אבק רבית והא דצריך להחזיר משום דהוי גזל כו'. ומשמע ממנו דאם מחל לו הפירות שאכל יש בזה איסור אבק רבית. רק דפליג על הע"ש דס"ל דיוצא בדיינים:

ולפענ"ד יש לדון בזה טובא ולומר דלא שייך בזה איסור רבית כלל. בהקדם דברי המרדכי ס"פ המפקיד והובא ביו"ד סי' קע"ז סעי' י"ט דאם הפקיד מעות אצל חבירו והנפקד הלוום במקום דמותר ברבית דאין למפקיד חלק בריווח כלל ואם הנפקד רוצה לתת לדבר מעצמו למפקיד אין בו משום רבית. וכ"כ הב"י שם בשם תשובת הרשב"א ובב"י סוף סי' ק"ס בשם הרשב"א. וכ"כ הסמ"ע בסי' רצ"ב סעי' ז' ס"ק כ"ב. אלמא דס"ל לכל הנך פוסקים דבגזל לא שייך איסור רבית משום דאין זה בכלל אגר נטר דמבואר בב"מ (דף ס"ג) דאמר רב נחמן כללא דרביתא כל אגר נטר אסור. וכן העלה המל"מ פ"ז הל'

מלוה הל' י"א בסופו בזה"ל כתב הרשב"א דנראה בשולח יד בפקדון דאם רצה ליתן מה שהרוויח כולו או מקצתו אין כאן משום רבית דאין כאן אגר נטר לי והאריך בזה הרבה. והכריע כן לדינא ע"ש. והטעם הוא דבגזלה לא שייך רבית משום דהא נשתמש בהמעות באיסור ולא היה לו רשות להשתמש בהם:

ונראה לי להוכיח כן מהא דב"מ (דף נ"ז) דאמרו שם בהא דאין רבית להקדש וזה חומר בהדיוט מבהקדש והטעם דבהקדש לא שייך רבית דלאו אחיך מקרי כמו דנתמעט מאונאה. ומקשה הגמ' ה"ד אלימא דאוזפי' גזבר מאה במאה ועשרים והלא מעל הגזבר וכיון שמעל הגזבר יצאו מעותיו לחולין. והתוס' שם ד"ה כיון דמעל הגזבר כו' כתבו דלא מצי לאוקמי דאוזפי במזיד דלא נפקע לחולין דא"כ ליכא אגר נטר כיון דהלוה אסור להשתמש בהם כו'. וכוונתם דא"כ ל"ל למימר דאין רבית להקדש וחומר בהדיוט מבהקדש. הא בלא"ה לא שייך בזה איסור רבית ואין זה מקרי אגר נטר והלוה אסור להשתמש בהם והא גם בהדיוט במקום איסור ליכא אגר נטר כנ"ל. אלמא דס"ל להתוס' דהיכא דאסור להלוה להשתמש לא שייך בזה איסור רבית. א"כ ה"ה בגזלה או שולח יד בפקדון כיון דאסור להגזלן או להנפקד להשתמש בהמעות מחמת לאו דאיסור גזל. ובוודאי אין לחלק בין היכא דאסור להשתמש מחמת איסור לאו דמעילה או היכא דאסור להשתמש מחמת לאו דגזל. כללא של דבר כיון דאסור להשתמש לא מקרי אגר נטר ולא שייך בי' איסור רבית. ובוודאי אין לומר דכוונת התוס' שם דכיון דאסור להשתמש א"כ לא הוי רבית קצוצה דהא הקציצה הוא בעד שכר שימוש וכיון דאסור עדיין להשתמש לא שייך בו רבית קצוצה. דעדיין תקשה דהא עדיין יש בו איסור מדרבנן אף בלא קציצה ושייך שפיר בזה אין רבית בהקדש דאינו נאסר אף מדרבנן. ובלא"ה זה אינו מחמת כמה טעמים. וע"כ מוכח מהגמ' והתוס' הנ"ל דבמקום האסור להשתמש לא שייך ענין איסור רבית כלל אף מדרבנן:

וביותר נראה לי להוכיח כן מהא דב"מ (דף י"ד ע"ב) דאתמר המוכר שדה לחבירו ונמצא שאינו שלו רב אמר יש לו מעות ויש לו שבח ושמואל אמר מעות יש לו שבח אין לו כו'. אתמר אמר רב נחמן אמר שמואל מעות יש לו שבח אין לו אע"פ שפירש לו השבח מאי טעמא כיון דקרקע אין לו שכר מעותיו עומד ונוטל כו' ואיפסקא הלכה כרב דיש לו שבח. וקשה מ"ט דרב דאמר יש לו שבח הא כיון דלא הכיר בה והוי מקח טעות דהדרי זוזי למרייהו א"כ אמאי מותר ליטול השבח הא הוי איסור רבית. ואף במכירה שייך איסור רבית מדרבנן א"כ מאי טעמא דרב ומ"ש מהא כשיהיה לי דמים תחזיר הקרקע דב"מ (דף ס"ה). וכן בהא דאת ונוולא אחי דב"מ (דף ס"ז). והא דזבין ולא איצטריך לי'

זוזי. וכן בזבין למיסק לארעא דישראל דמבואר ביו"ד סי' קע"ד דכיון דנתבטל המכר שייך בו איסור רבית ואסור להלוקח לאכול הפירות. וכן הכא בלא הכיר בה דהוי מקח טעות דנתבטל המכר דמפני מה יש לו שבח וזה קשה מאוד:

וע"כ נראה לי להוכיח מזה ככל הפוסקים הנ"ל דבגזל לא שייך איסור רבית והתם במוכר שדה בחזקת שלו ונמצא שאינו שלו והטעהו המוכר להלוקח. בוודאי הוי המעות שת"י המוכר כדין מעות גזל. כמו דאמרו בב"מ ר"פ איזהו נשך דל"ל לאו בגזל לאו באונאה. משום דהמאנה לחבירו יש לו דין גזלן. וכדמצינו בקידושין (דף נ"ו) המקדש בערלה ובכלאי הכרם כו' מכרן וקידש בדמיהן מקודשת. ובירושלמי התם קאמר זאת אומרת שמקדשין בגזלה והובא ברא"ש ובר"נ שם. אך לשיטת ש"ס דילן דאין מקדשין בגזל תירצו דמיירי במכר לאיסורי הנאה לא"י או כו' דהכיר בהם דהוי איסורי הנאה דלא הוי מקח טעות. אבל היכא דהוי מק"ט ע"י אונאה מקרי המעות שת"י המוכר מעות גזל כמבואר בירושלמי והובא כ"ז שם ברשב"א ובריטב"א. א"כ ה"ה היכא שלא הכיר הלוקח בהשדה שאינה של המוכר והמוכר הטעה להלוקח ע"י פשיעותו. וודאי דה"ל המעות שת"י המוכר כדין מעות גזל. ולא היה רשות להמוכר להשתמש בהמעות משום איסור גזל:

ע"כ א"ש מה דקיי"ל לדינא כרב דס"ל דלא הכיר בה יש לו שבח.

משום דה"ל כמו כל מעות גזלה דלא שייך ביה איסור רבית משא"כ בהתנה כשיהי' לי מעות תחזיר לי. וכן בזבין ולא איצטריך לי' זוזי וזבין למיסק לארעא דישראל דלא היה שום אונאה מהמוכר ואין להמוכר דין גזלן. והיה רשות להמוכר להשתמש במעות בהיתר. ע"כ שייך בהו איסור רבית משא"כ בלא הכיר בה דה"ל מק"ט ע"י אונאת המוכר דיש לו דין גזלן ע"כ לא שייך ביה איסור רבית כלל אף בהתנה לשלם השבח. כן נלענ"ד בטעמא דרב. וכן מוכח מן הרא"ש לב"מ פ"א סי' ל"ט שכתב דלכן בהכיר בה אין לו שבח משום דאף דזוזי לרב הוי כפקדון מ"מ לאשתמושי יהיב ניהלי'. וע"כ הוי רבית כו' עכ"ל. אלמא דאי לא ה"ל רשות לאשתמושי לא הי' אסור משום רבית דזהו הטעם דרב דבלא הכיר בה יש לו שבח ומוכח כנ"ל. דבמקום האסור להשתמש אין בזה איסור רבית כלל:

ושמואל דס"ל דאף בלא הכיר שייך איסור רבית אפשר דס"ל דג"כ בגזלה שייך רבית ובזה גופא פליגי רב ושמואל. או י"ל דטעמא דשמואל דס"ל כסברת הרא"ש והרשב"א והריטב"א דכתבו בקידושין שם דלולי דברי הירושלמי הי' מקום לומר דאף דהוי מקח טעות מ"מ הני מעות לאו גזל הם כי הני זוזי להוצאה ניתנו לו וכ"כ הר"נ שם. א"כ אם

נימא כן לא שייך לומר בלא הכיר בה שאינה שלו דהוי מעות גזל. דהא יש לו דין הלוואה ושייך ביה איסור רבית כן י"ל בטעמא דשמואל. והא דקאמר הש"ס בב"מ שם אליבא דשמואל דהתם הלואה הכא זביני דאע"ג דנתבטל המקח ויש לו דין הלואה. עכ"ז כיון דנחת בתחלה בתורת מכירה גמורה בלא שום תנאי ואומדנא יש לו דין מכירה דלא הוי ביה איסור רבית מה"ת. רק איסור דרבנן כמו כל מכירה וע"כ הקילו התם ע"ש:

והא דפסקו בשו"ע אה"ע סי' כ"ח סעי' כ"ב גבי עבר המוכר ומכר לאיסורי הנאה ולא ידע הלוקח שהם איסורי הנאה וקידש בדמיהן הוי ספק מקודשת. וכמש"כ הבית שמואל שם ס"ק נ"ט הטעם משום סברת הרא"ש והר"ן שכתבו דיש לומר דה"ל מעות הלואה כיון דדרך מקח וממכר באו לידו. וכתב הבדק הבית דדברי טעם הם עכ"ל הב"ש. הנה באמת הרא"ש כתב שם דלולי דברי הירושלמי היה מקום לומר דהני זוזי הוי מעות הלואה כו'. אבל באמת ס"ל להרא"ש כשי' הירושלמי דה"ל מעות גזל כמש"כ הטור שם סי' כ"ח דאם לא ידע הלוקח ה"ל מעות גזל ואינה מקודשת עי"ש. וכ"כ בפסקי הרא"ש שם. וגם הר"ן כתב שם בלשון אפשר לומר דה"ל מעות הלואה. וגם הרשב"א והריטב"א שם לא כתבו זה בדרך ברור דכתבו שם שארי תירוצים עי"ש. וע"כ רק משום חומרא דקידושין כתבו לחוש להקידושין. ולכן כתב המחבר דה"ל ספק מקודשת. וכן ראיתי להמל"מ פ"ה ה' אישות הל' ז' שכתב שם בד"ה הכלל העולה מזה כו' בסופו דהרואה יראה דלקושטא דמילתא ס"ל להרא"ש דהמעות הוי גזל ולפי האמת ביטל דעתו מפני סברת הירושלמי כו' עכ"ל המל"מ וזהו כמש"כ כנ"ל:

ועוד י"ל דלהפוסקים הנ"ל מספקא להו אם פליג הש"ס דיין על הירושלמי וס"ל דה"ל כדין הלואה. או דלא פליג על הירושלמי וס"ל ג"כ דכל מק"ט ה"ל המעות כדין גזל. ולכן גבי קידושין פסקו דה"ל ספק מקודשת משום דהוי ספק לדידן אם הדין נותן דה"ל מעות הלואה ומקודשת או דה"ל דין גזל ואינה מקודשת. אבל גבי לא הכיר בה שאינה שלו שפיר פסקו דיש לו שבח. משום דהא כתבתי במק"א וכן מצאתי בספר שער דיעה על יו"ד בסוף סי' קע"ז ליו"ד דהיכא דה"ל ספק אם ה"ל אבק רבית או לא דאז כופין להלוה לתת הרבית. משום דכיון דלגביה איסור רבית דרבנן במקום ספק הדין נותן דה"ל ספק דרבנן ולקולא. ממילא מחייבינן להלוה ליתן כיון דע"פ ד"ת מחוייב לתת היכא דהתחייב ואין בו איסור תורה. וכמ"ש הרא"ש בפ"ק דמכות גבי שביעית בזה"ז דרבנן. ועיין בספר שער דיעה שם מזה. ובמק"א הארכתי בזה:

א"כ ה"ה י"ל הכא גבי לא הכיר בה דכיון דה"ל ספק דרבנן אם יש בו איסור רבית דרבנן משום דה"ל הלואה. או דה"ל מעות גזל ולא הוי איסור דרבנן כלל. אבל איסור תורה

וודאי לא הוי בי' משום דהא ה"ל זבינא כדקאמר הש"ס התם בב"מ (דף ט"ו) התם הלואה הכא זביני. ובמכירה אינו אסור מה"ת בנתינת הרבית אם כן ה"ל ספק דרבנן ולקולא וכופין הלוה לתת השבח. וי"ל דרבא גופא דפסק שם בב"מ הלכה דבלא הכיר בה יש לו שבח טעמו ג"כ משום דס"ל להסתפק בזה. וגם ראיתי בבדק הבית באה"ע שם שכתב דיש לחוש לסברא זו מספק וכן הובא לשון הבדק הבית בביאור הגר"א זצ"ל בא"ע סי' כ"ח ס"ק ס'. וידעתי מה די"ל דכיון דהוי מוחזק ומותר לו להשתמש בהמעות מספיקא א"כ ה"ל היתר שימוש אבל ז"א ברור דהא עיקר מה דאמרינן דהוי ספק הוא מהרא"ש כנ"ל. והרא"ש הא ס"ל דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא ועוד י"ל בזה וקצרתי:

וגם מצינו כן בתוס' ב"ב (דף צ"ב ע"ב) ד"ה אי דליכא לאשתלומי מיני' כו' דאומר ר"י דשפיר גרסי אי דליתניהו להני זוזי כו' דלא דמי לבע"ח דהתם אדעתא דפרע לי' זוזי אוזפי'. אבל לוקח דהכא דהוי טעות לא משלם לי' זוזי כו' דכשהוציא אותם המעות הוי כמו מזיק מעות חבירו ודינו כמו נזקין עכ"ל. וכ"כ התוס' בב"ק (דף מ"ו ע"ב) ד"ה אי דליכא לאשתלומי מיניה כו' דאותן מעות בעין חוזרים ואי ליתניהו דינו כדין מזיק ור"ת חלק וס"ל דדינו כדין בע"ח אף היכא דהוי מק"ט. והובא פלוגתא זו בתשובת מיימוני ה' משפטים סי' י"ג ע"ש וכן הובא פלוגתא זו בשמ"ק לב"ק (דף מ"ו):

ענף א:

ובח"מ סוף סי' רל"ב כתב הרמ"א שם להכריע לדינא דבכל מקח טעות דינו של המוכר על המעות שקיבל כדין בע"ח ולא כמזיק וע"כ היכא דיש לו זוזי אחרינא צריך לסלק לו במעות כדין ב"ח וכמש"כ הנ"י לב"ב ר"פ המוכר פירות. ויש להקשות דהא מצינו באה"ע סוף סי' כ"ח דהכריע הטור דהיכא דהוי מקח טעות ה"ל המעות בגזלה' ת"י המוכר וכמו דאמרו בירושלמי וכמש"כ בפי' הרא"ש שם וכנ"ל בשם המל"מ. אך המחבר הכריע שם דהוי ספק מקודשת משום דהוי ספיקא כמש"כ הבדק הבית וביאור הגר"א שם. וכיון דהוי ספיקא אם דינו כגזלן על המעות או כבע"ח א"כ מספיקא אמאי מחייבינן להמוכר ליתן מעות להלוקח כדין בע"ח ואינו יכול לסלקו בקרקע כדין מזיק והא הממע"ה. ודוחק לומר דדוקא לגבי קידושין משום חומרא חשו לספק. אבל באמת דעתם להכריע דה"ל דין ב"ח. דז"א דהא שיטת הטור והרא"ש באה"ע שם לדינא דה"ל דין גזלן וגם הר"ן כתב שם בלשון אפשר לומר דה"ל מעות הלואה כנ"ל א"כ איך הכריע הרמ"א בח"מ כשיטת הנ"י ולהוציא ממון מהמוחזק:

וראיתי להמל"מ פ"ה הלכות אישות הל' ז' שם שכתב לחלק דאף דבמוכר איסורי הנאה הוי המעות גזל עכ"ז במוכר איזה דבר לחבירו ונמצא מום במקח בזה לא הוי המעות

בגזלה רק דינו כב"ח ע"ש. ולפ"ז היה מקום לחלק דהא דכתבו באה"ע סוף סי' כ"ח דהיכא דלא ידע הלוקח דה"ל איסורי הנאה הוי ספק מקודשת והרמ"א לא כתב שם בזה כלל. משום דהתם מיירי במוכר איסורי הנאה. אבל בח"מ סוף סי' רל"ב דמיירי בנמצא מום במקח בזה דעתו להכריע דלא הוי מעות גזל רק דינו כב"ח וצריך לסלק לו במעות אם יש לו מעות אחרים:

אבל באמת תמהני על המל"מ איך כתב כן מסברא דנפשיה בפשיטות. ולא הביא דזהו פלוגתת ראשונים הר"ת והר"י בתוס' ובהגהות מיימוני ובשמ"ק לב"ק כנ"ל אף גבי מום במקח דס"ל לכמה פוסקים דה"ל דין גזלן על המעות וכן הובא פלוגתא זו בחידושי הרמב"ן על ב"ב שם ובחידושי הרשב"א לב"ק (דף מ"ו) ואיך הכריע המל"מ כן בפשיטות ולא הביא דיש פלוגתת ראשונים בזה וגם עיקר החילוק שלו הוא דוחק בסברא:

וכן נראה להוכיח מן התוס' בכתובות (דף ע"ו ע"א) ד"ה על בעל החמור כו' דהקשו שם באה"ד ומיהו תימא למאי דס"ד השתא אמאי על בעל החמור להביא ראיה כיון שהוא מוחזק וגם איכא לאוקמי החמור בחזקת שהוא קיים והא שמואל גופא ס"ל בריש המוכר פירות המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דאין המעות חוזרין ולא מוקמינן להו בחזקת מ"ק אלא אזלינן בתר חזקה דהשתא אע"ג דרובא דרדיא מסייע למרא קמא כו' עכ"ל התוס'. אלמא דס"ל להתוס' בכתובות דאף דהוי מק"ט מחמת איזה מום ולא מחמת איסורי הנאה ג"כ ה"ל מעות גזל. דאי נימא דדינו כמו ב"ח א"כ לא שייך לאוקמי המעות בחזקת מ"ק דהא המעות יצאו בוודאי מחזקת בעלים הראשונים אי נימא דדינו כדין הלואה דהא מלוה להוצאה ניתנה. ועיין בח"מ בש"ך סי' צ"א גבי חנווני ובקצה"ח שם. וע"כ מוכח דהתוס' ס"ל דבכל מק"ט הדרי זוזי בעיני' למרייהו ואין דינו כב"ח ע"כ הקשו שפיר דהא יש התם במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן חזקת מ"ק על המעות. ואפשר לומר דהתוס' בכתובות שם הקשו כן לשיטת הגורסים בב"ב וב"ק אי דליתנהו להני זוזי כו' דלדידהו מוכח דהדרי זוזי כנ"ל:

ולפמש"כ לעיל דשמואל דס"ל בב"מ במוכר שדה לחבירו ולא הכיר בה דאע"פ שפירש השבח ה"ל רבית. וכתבתי טעמו דס"ל דכל מקח טעות ה"ל כהלואה וזה גופא פלוגתת רב ושמואל. א"כ אליבא דשמואל לא שייך חזקת מ"ק במוכר שור ונמצא נגחן. דהא מלוה להוצאה ניתנה. ולפ"ז יש לתרץ קושית התוס' בכתובות שם מש"כ לדון על המעות של הלוקח חזקת מ"ק אליבא דשמואל דהתם. כן יש לדון בכ"ז:

ועוד י"ל לפ"ז דאף להגורסים בב"ב וב"ק שם אי דליכא לאישתלומי מיני' וכגירסת הרי"ף והנ"י ור"ת שם. עכ"ז יש לומר דאינו ראיה מהך גירסא להוכיח לדידן לדינא דהיכא דהוי

מק"ט הוי המעות הלואה. משום די"ל דאין זה הוכחה דהא נתבאר דלשמואל בוודאי היכא דהוי מק"ט ה"ל הלואה כנ"ל במוכר שדה שלא הכיר בה. א"כ התם במוכר שור ונמצא נגחן פליגי ביה רב ושמואל. והא שמואל ס"ל שם דיכול לומר לשחיטה מכרתי לך משום דאין הולכין בממון אחר הרוב. אבל אם הוי מק"ט לא היה יכול לסלק להלוקח בהשור אלא היה מחויב לתת לו מעות. וע"ז שפיר אמרו אי דליכא לאשתלומי מיני' ומתרץ לא צריכא דאיכא לאישתלומי כו'. משום דלשמואל גופא דס"ל בכל מק"ט ה"ל ב"ח. ע"כ בוודאי הדין הוא דאף דליכא להנך זוזי מ"מ מחויב לתת לו מעות אחרים כדין ב"ח. אבל לדידן דקיי"ל הלכה כרב במוכר שדה לא הכיר בה דיש לו שבח. דהטעם הוא משום דה"ל מעות גזל וליכא בו איסור רבית. ע"כ שפיר י"ל לדידן לדינא דבכל מק"ט ה"ל כמו מעות גזלה כן יש לדון בכ"ז:

ויש להקשות לפי מה דנתבאר דהרא"ש ס"ל בסוף פ"ב דקידושין העיקר כשיטת ירושלמי דבמקח טעות ה"ל מעות גזלה וכמש"כ המל"מ בכוונת הרא"ש דשם. וכמו שפסק הטור ופסקי הרא"ש שם דבלא ידע הלוקח וקידש המוכר להאשה בהמעות אינה מקודשת. והנה בב"ק פ' שור שנגח ברא"ש שם סי' א' גבי הא דהמוכר שור ונמצא נגחן כתב שם דעיקר הגירסא בש"ס שם אי דאיכא לאשתלומי מיניה וכמו דגורס הרי"ף וכמש"כ הר"ת דכיון דנותן מעות כדי שיתקיים המקח ונתבטל המקח ה"ל הנך מעות הלוואה ודינו כבע"ח כו'. וכן פסק הרא"ש לב"ק פ"ק סי' ה' ובפסקי הרא"ש שם. א"כ תקשה דברי הרא"ש אהדדי. ובאמת לפמש"כ המל"מ פ"ה ה' אישות ה' ג' לחלק דשאני מוכר איסורי הנאה דבזה הוא דהוי מק"ט והוי מעות גזלה אבל בנמצא מום במקח לא ה"ל מעות גזלה כו'. ע"ש במל"מ. היה ניחא דברי הרא"ש הנ"ל די"ל דוקא במוכר איסורי הנאה בזה כתב הרא"ש דה"ל גזלה משא"כ במוכר שור ונמצא נגחן ה"ל מעות הלואה. אבל באמת אין חילוקו נראה לי כלל דמ"ש ואין סברא כלל לחלק ביניהם כנ"ל:

וע"כ העיקר לפענ"ד לחלק עפ"י מש"כ המל"מ שם בד"ה אך אני מסתפק כו' דדוקא היכא דהכיר בהמום אז נראה דנתכוין המוכר לגזול וה"ל גזל ביד המוכר. אבל היכא דלא הכיר בהמום אז לא ה"ל מעות גזל בידו ע"ש. וזהו מילתא דמסתברא א"כ שפיר יש לחלק דשאני בהא דמוכר שור ונמצא נגחן דהיה מוקי הש"ס התם דמיירי בגברא דזבין לשחיטה ולרדיא א"כ וודאי לא פשע המוכר כלל. ואף למ"ד דהולכין בממון אחר הרוב עכ"ז כיון דזהו פלוגתת אמוראי ותנאי. א"כ שפיר י"ל בזה דלאו כולי עלמא דינא גמירי וכמבואר בח"מ סי' מ"ב בש"ך ס"ק כ' וס"ק כ"ב כה"ג ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף א'. א"כ המוכר לא ידע כלל דקונה הלוקח השור לחרישה א"כ לא פשע

המוכר כלל ע"כ אין דינו כמו גזלן על המעות של הלוקח. אבל היכא דהמוכר ידע מן המום ולא הגיד להלוקח ונתכוין להטעותו אז הדין נותן דה"ל גזלן על המעות של הלוקח וכמו שאמרו בירושלמי על הא דמכר איסורי הנאה דה"ל כגזלה דהיכא דהמוכר נתכוין להטעות במזיד להלוקח. אין סברא לומר דהלוקח נתן לו המעות ע"מ להוציאן. וע"כ הכריע הרא"ש והטור שפיר באה"ע כהירושלמי. ובפרט לפי מה דהוכחתי מהא דקיי"ל כרב דבלא הכיר בה יש לו שבח אע"פ דפירש השבח ואין בו רבית. וע"כ מוכח כנ"ל. דהתם ג"כ כיון דהמוכר ידע דהוי שדה גזולה ולא גילה להלוקח ע"כ הוי מעות גזלה דלא שייך בו איסור רבית. א"כ מוכח כמש"כ לחלק בין היה המוכר מזיד ובין היכא דהיה המוכר שוגג משום כיון דעיקר הכלל שכתבו דהיכא דה"ל מק"ט ה"ל מעות הלואה. נלמד זה מן הא דמוכר שור ונמצא נגחן והא התם לא היה המוכר מזיד כנ"ל ע"כ אין לנו לומר דה"ה היה המוכר מזיד. כיון דיש לנו הוכחה להיפך מן הירושלמי הנ"ל ולכה"פ ספיקא הוי וכמו דמוכח מן הא דמוכר שדה ולא הכיר בה כנ"ל. ולפ"ז י"ל דהיכא דלא ידע המוכר שהיא שדה גזולה דאין לו שבח והסוגיא מיירי היכא שהיה המוכר מזיד כנ"ל. והרמ"א בסי' רל"ב קיצר בזה:

ענף ב:

והנה המל"מ פ"ט הלכות גזלה והנתיבות סי' קפ"ב ס"ק ח' כתבו פלוגתת הבעל התרומות עם הרא"ש במוכר שדה ולא הכיר בה הלוקח דהיא גזולה. דבעה"ת ס"ל דגזלה לא הוי כמו מום וביטול מקח דעד דאתי נגזל וטריף לי' המקח קיים וע"כ לא הוי מק"ט. והא דאחר שטרפה הנגזל מוציא הלוקח מיד המוכר זהו מצד חיוב אחריות שקיבל המוכר. וכ"כ הנתיבות בשם בעה"ת בסי' ס' ס"ק י"א. אבל הרא"ש פליג וס"ל דגזלה הוי ביטול מקח כמו כל מום במקח. וגם כתבו שם דהר"ן ס"ל ג"כ כהרא"ש בזה ע"ש. והא דב"ב (דף מ"ד) דאמרו אע"ג דאמור רבנן כו' נמצאת שאינו שלו חוזר עליו כו'. משמע משם דגזלה הוי מק"ט ועיין ברשב"ם שם. אכן י"ל דמזה אינו ראי' דכוונתם הוא דבנמצא שאינו שלו וודאי קיבל אחריות ע"ז. אבל מצד מק"ט עדיין י"ל דגזלה לא הוי ביטול מקח. ועיין בח"מ סי' ל"ז ובש"ך ס"ק כ"ה ויש להאריך בזה. א"כ לשיטת בעה"ת הנ"ל אינו קשה כלל במה דקיי"ל כרב דבלא הכיר בה יש לו שבח משום דאין בו חשש רבית כלל כיון דלא הוי מק"ט. אכן לפי שיטת הרא"ש והר"ן דס"ל דגזלה הוי ביטול מקח כמו כל מום במקח. תקשה לפ"ז דאמאי אמרו בלא הכיר בה דיש לו שבח והא יש בו חשש רבית. וע"כ מוכח כמש"כ דכיון דהוי גזל ביד המוכר לא שייך בו רבית דכיון דאסור להמוכר להשתמש בהמעות ע"כ לא שייך בי' אגר נטר. ולא מבעיא לשיטת הרא"ש

דס"ל בקידושין ספ"ב דהעיקר כהירושלמי דה"ל מעות גזלה ביד המוכר וודאי דאמרינן כנ"ל. ואף לשיטת הר"נ בספ"ב דקדושין דכתב להסתפק דאפשר דה"ל מעות הלואה ביד המוכר. מ"מ לא אמרינן כיון דהוי ספק אי שרי להמוכר להשתמש א"כ ממילא כיון דהוי המוכר מוחזק והיה מותר לי' להשתמש בהמעות משום דבכל ספק קיי"ל הממע"ה ומותר להשתמש במעות. דעכ"ז אמרינן בזה דכיון דהוי ספק ושמא יתברר הדין דהיה אסור להשתמש דאז לא שייך איסור רבית בזה כמו כל גזלה. א"כ ממילא הוי כמו כל ספק דרבנן דלקולא וכנ"ל דבכה"ג לא שייך איסור רבית וכמש"כ לעיל בשם שער דיעה. וזהו מוכרח דאל"כ תקשה לשיטת הר"נ דס"ל דגזלה הוי ביטול מקח כשיטת הרא"ש הנ"ל א"כ קשה דאיך אמרו בלא הכיר בה יש לו שבח וע"כ מוכח כנ"ל. ובוודאי אין סברא לומר דכיון דחזר ולקחה מיד הבעלים שייך השדה להלוקח כמבואר בב"מ (דף ט"ו) ע"כ יש לו שבח. דזה אינו דהיכא דלא חזר ולקחה דאז הוי ביטול מקח דיהיה בו איסור רבית. וע"כ מוכח כנ"ל. ועיין ב"מ (דף ע"ב ע"ב) וקצרתי: ונראה לי להוכיח מן התוס' ב"מ (דף י"ד) ד"ה שיעבוד כו' דס"ל דגזלה הוי ביטול מקח. דהא כתבו שם דאף לשמואל דס"ל אחריות לאו טעות סופר דעביד אינש דזבין ארעא ליומא מ"מ בנמצא שדה שאינו שלו חוזר על המוכר משום דה"ל מק"ט כו' א"כ מוכח דגזלה הוי ביטול מקח. אכן יש לדחות ראי' זו דהא אף לשיטת הבעה"ת דכתבו בשמו דס"ל דגזלה לאו ביטול מקח רק מצד אחריות חוזר. עכ"ז מוכח דלאו כ"ע ס"ל כן דהא בנמצא שאינו שלו פליגי רב ושמואל אם יש לו שבח. א"כ דוקא לדידן דקיי"ל כרב דיש לו שבח. שפיר אמרו דגזלה לא הוי ביטול מקח. אבל לשמואל דס"ל אין לו שבח משום רבית וודאי ס"ל דגזלה הוי ביטול מקח. ע"כ שפיר כתבו התוס' לשיטת שמואל כנ"ל. ובלא"ה י"ל קצת בזה דאף דנימא דגזלה לא הוי ביטול מקח. עכ"ז שפיר כתבו התוס' דשמואל אף דס"ל עביד אינש דזבין ארעא ליומא וליכא בזה אחריות טעות סופר משום דאכל הפירות בהיתר עד דאתי ב"ח. עכ"ז בנמצאת שאינה שלו לא שייך כן דהא הנגזל גובה ממנו הפירות שאכל וכמש"כ הר"ן בחידושיו לב"מ שם. א"כ דייניין בזה אחריות ט"ס. אך זה דוחק קצת בכוונת התוס' ועיין ברשב"ם ב"ב (דף מ"ד) ד"ה שנמצאת שאינו שלו. והעיקר כמש"כ לעיל דאינו ראי' מהתוס':

ובעיקר הכלל שכתבו בשם הבעה"ת דגזלה לא הוי ביטול מקח. לא ברירא לי כ"כ משום דהא גזלה הוי מלתא דאיסורא להשתמש בדבר הגזול. א"כ דומה למוכר איסורי הנאה דמחמת איסור הוי מק"ט לכ"ע. ומה לי איסור הנאה מחמת איזה לאו או איסור גזלה מחמת לאו דגזל כשנתברר בב"ד דהשדה היא גזולה. ומן הבעה"ת אין ראי' כלל וקצרתי

בכ"ז. לכן שפיר כתבתי להוכיח מהא דלא הכיר בה יש לו שבח דמוכח דבגזלה לא שייך איסור רבית. וגם מוכח מזה דבמקח טעות אסור להמוכר להשתמש במעות. ודוקא בהכיר בה בזה כתב הרא"ש בפ"ק דב"מ סי' ל"ט דהוי איסור רבית דהא מותר להמוכר להשתמש במעות. והא שכתבו התוס' בב"מ (דף ט"ו) ד"ה מעות יש לו כו' ובב"ק (דף צ"ה) דאף בהכיר בה יש לו שבח בקיבל עליו אחריות בפירוש. י"ל דמיירי בקנו מידו ויש לו קרקע וכמש"כ הרא"ש שם בשם ר' זרחיה הלוי וכמבואר בח"מ סי' שע"ג פלוגתא בזה וכמש"כ הסמ"ע והט"ז שם ובביאור הגר"א שם ס"ק ט'. או אפשר דס"ל להתוס' דכיון דהכיר בה ולא הוי מק"ט ע"כ דינו כמכירה גמורה דלא הוי איסור רבית. אבל בלא הכיר בה דיש לו שבח אף בלא קנו מידו אף דהוי מקח טעות שפיר הוכחתי דבגזלה לא שייך רבית כנ"ל. ולפ"ז יש לדון דה"ה במוכר שדה ונמצא בו מום לאח"ז דאם המוכר ידע מהמום דאף דהמעות חוזרין עכ"ז לא שייך בו איסור רבית. דכיון דהמוכר אסור להשתמש בהמעות כדין גזל כנ"ל ע"כ לא שייך בו רבית כמו בכל גזלה וכמו בהיתה שדה גזולה ולא הכיר בה דיש לו שבח: ולפמש"כ המל"מ לחלק בין מוכר איסורי הנאה דכיון דאינו שוה כלום ע"כ דינו על המעות כגזלה. משא"כ בכל מק"ט כיון דשוה מידי לא הוי כגזלן על המעות וכמו שהובא לעיל בשם המל"מ. א"כ יש לחלק דשאני מוכר שדה ולא הכיר בה דלכן יש לו שבח. דכיון דנמצאת שדה גזולה ומשום איסור גזל אסור לו לאכול הפירות ולהשתמש בהשדה. ע"כ י"ל דזה דומה למוכר איסורי הנאה דמשום איסור לא שוה לו כלום. וה"ה הכא מחמת איסור גזל לא שוה לי' להלוקח כלום. ע"כ שפיר אמרינן בו דהוי המעות גזלה ביד המוכר. משא"כ בנמצא מום במקח דהא שוה מידי עכ"פ. ע"כ אין דינו על המעות כגזלן אלא כבע"ח וע"כ שייך בו איסור רבית. אך כ"ז לשיטת המל"מ. אבל לפמש"כ לעיל דלא כהמל"מ בהחילוק הנ"ל אלא העיקר תליא דהיכא דידע המוכר בהמום אז דינו כגזלן על המעות שקיבל מהלוקח. אלא היכא דלא ידע המוכר מהמום אז דינו כבע"ח על המעות. א"כ ה"ה בנמצא מום במקח היכא דידע המוכר מהמום אז כיון דהוי כגזלן לכן לא שייך בי' איסור רבית כלל. ואפשר הסמ"ע בסי' רל"ב הנ"ל דכתב דשייך בי' רבית מיירי בלא ידע המוכר מהמום. אבל היכא דידע מהמום אפשר דמודה הסמ"ע לכל מש"כ:

ענף ג:

ובח"מ סי' רל"ה סעי' א' בסמ"ע ס"ק י"ד כתב בקטן פחות מבן כ' שמכר קרקע אביו דאף דבטל המכר עכ"ז אין מוציאין מן הלוקח הפירות שאכל דהא בזביני אמרו בב"מ (דף ס"ו) דמחילה בטעות הוי מחילה וכש"כ אם נתרצה הקטן בפירוש כו' עכ"ל. והנתיבות

שם ס"ק ד' תמה על הסמ"ע דהא הוי בזה איסור רבית דאף דנימא דלא הוי רק אבק רבית מ"מ הא דאמרו דלא מחשבין ומנכין במשכנתא על הקרן מטעם דמשכנתא בלא זוזי אפוקי מיני' הוא. אבל לא אמרו כן רק במשכנתא אבל קטן דאין לו יד להשכיר ולהשכין א"כ לא שייך זה ודחה דברי הסמ"ע הנ"ל:

אכן לפמש"כ יש להמליץ בעד הסמ"ע דהא יש לדון בקטן שמכר אף דמן הדין מכירתו בטילה מ"מ אפשר לומר דהוי המעות כמו גזל ביד הקטן המוכר. דהא מצינו ברא"ש פ' לולב הגזול סי' ל' גבי מתנה ע"מ להחזיר דס"ל לר' ישעי' דפטור מאונסין אבל הרא"ש ס"ל דאם לא החזיר חייב באונסין דאע"פ שברשות ירד הוא ביטל אותו רשות בשלא קיים תנאו ועשה א"ע גזלן למפרע כו' עכ"ל. וכה"ג כתב הקצה"ח סי' קצ"א ס"ק ג' בא"ל הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום או דא"ל שדך קנוי' לי לאחר ל' יום דחזר בו תוך ל' דאף דיכול לחזור בו תוך ל' מ"מ חייב באונסים על המעות שקיבלם מן המקדש וכן המוכר חייב באונסים על המעות שקיבל מן הלוקח דכיון דיכולים לקיים המקח והקדושין וחזרו ה"ל גזלן למפרע וחייב באונסים וכמש"כ הרא"ש גבי מתנה ע"מ להחזיר. ואף לדעת הש"ע בסי' רמ"א סעי' ח' ורבינו ישעי' החולקים וס"ל גבי מתנה ע"מ להחזיר דפטור מאונסים. היינו מטעמא דהר"נ פ"ק דקדושין שכתב דכיון דלא בא לידו בתורת שמירה אלא בתורת מתנה ונאנס שאינו יכול לקיים תנאו פטור כו'. אבל היכא דיכול לקיים המקח ה"ל גזלן למפרע כו' עכ"ל הקצה"ח. ועיין במח"א הל' זכיה סי' י"ח מזה:

א"כ לפ"ז ה"ה בקטן פחות מבן כ' שמכר דאף דחז"ל בטלו המכירה מ"מ מחוסר אמנה הוי וכמש"כ הסמ"ע דשייך בו לומר ניחא דליקו בהימנותי'. וכמו הא דזביני דב"מ (דף ס"ו). א"כ בוודאי גם בזה שייך לומר דוודאי לא הרשהו להשתמש בהמעות שנתן הלוקח לו אלא באופן שלא יחזור ממכירתו כשיהיה יותר מבן עשרים דהא ביותר מבן כ' אם שתק מהני כמבואר בסי' רל"ה סעי' י"ד. אבל אם יחזור ממכירתו אז לא הרשהו להשתמש בהמעות כיון דבידו לקיים המקח כנ"ל. ע"כ ה"ל דין גזלן למפרע ולא שייך בזה איסור רבית. משא"כ באסמכתא בהלוהו על שלש שנים דאמרינן דלא גמר ומקני והוי הפירות שאכל באיסור רבית. לא שייך לומר בזה דכיון דאינו מקיים המקח לבסוף א"כ לא היה לו מעולם רשות להשתמש בהמעות וה"ל גזלן למפרע כנ"ל. די"ל דכיון דאמרינן בב"מ (דף ס"ו) התם הלואה הכא זביני וכמו דפירשו הרא"ש והתוס' ושא"פ שם דכיון דהיה מתחלה על תנאי לא שייך בזה לומר ניחא דליקו בהימנותי'. וע"כ גם הלוקח לא סמך מעולם שיקיים המוכר תנאו כיון דהוי אסמכתא ובוודאי נתן לו המעות להשתמש ברשות בכל גווני אף דיתבטל המכר. אבל היכא דהוי ממנו הבטחה גמורה

ושייך בי' מחוסר אמנה וודאי דשייך אומדנא הנ"ל. וכמש"כ הקצה"ח כעין זה כנ"ל. ע"כ לא שייך בי' דין רבית משום דהא בגזלה לא שייך רבית. ועיין בנתיבות ס"ס קצ"א. כן יש להמליץ בעד הסמ"ע:

אבל לדינא זה אינו וגם דברי הקצה"ח הנ"ל אינו נכון לדינא דהא מצינו בב"ב (דף קמ"ו) ובאה"ע סי' נ' סעי' ג' בשולח סבלונות לבית חמיה והדרא בה איהי חוזר הכל ואם היה דבר מאכל ומשקה משלמת דמיו בזול היינו רק בעד הנאתה. ואם אמרינן כסברת הקצה"ח דכל הנותן לחבירו נותן על אומדנא שלא יחזור בו ואם יחזור בו ה"ל גזלן למפרע. א"כ ה"ה הכא בסבלונות כיון דהיכא דחזרה היא חוזרים הסבלונות משום דאיכא אומדנא דאדעתא דתחזור בה לא נתן לה. א"כ ה"ה במאכל ומשתה נימא דלא הרשה לה להשתמש אלא כשלא תחזור בה ואם תחזור ה"ל גזלן למפרע וחייבת כדין גזלן לשלם כולו. וע"כ מוכח דלא אמרינן זה הסברא. ואף הרא"ש דס"ל גבי מתנה ע"מ להחזיר כנ"ל אין זה אלא בהתנה בפירוש בלשון תנאי. אבל בלא התנה בפירוש לא אמרינן אומדנא זו לשוויא גזלן למפרע. אלא היכא דהיה מום ומק"ט דידע המוכר מזה בעת המכירה בזה שייך לומר דה"ל גזלן על המעות שקיבל אבל לא לעשותו גזלן למפרע. וידעתי מה דיש לחלק דשאני במאכל ומשתה דהא בחזר בו איהו אמרו שם דאינה משלמת כלל. ולי"א שם באה"ע היכא דאכל החתן אינה משלמת כלל. משא"כ בשארי סבלונות דאמרו שם דבחזר בו איהו מחזרת הכל. וע"כ מוכח דשאני מאכל ומשתה שם. ועיין בפירוש רשב"ם שם. גם יש לחלק דשאני היכא שנותן בתורת מכירה וקדושין. משא"כ בנותן בתורת מתנה כמו סבלונות וע"כ נדחה ראיה זו. אבל יש להוכיח בשארי הוכחות דלא כהקצה"ח בזה רק עת לקצר:

ענף ה:

(שם סעיף כ"ג ש"ך ס"ק ס):

ובעיקר הך מלתא דנתבאר דבגזל לא שייך רבית כמבואר בסי' קע"ז סעי' י"ט ובח"מ סי' רצ"ב סמ"ע ס"ק כ"א ובח"מ ס"ס פ"א. יש להקשות מהא דמבואר ביו"ד סי' קע"ו סעי' א' בזה"ל אסור להשכיר מעותיו כו' וה"מ כששוכר להוציאם אבל אם שכרן להתלמד ולראות ומחזירם לו בעין מותר. וכתב הש"ך שם ס"ק א' בשם הגהות מרדכי מיהו אם הוציא המעות אע"פ שבאו לידו אותן המעות עצמן אסורים משום רבית עכ"ל הגמ"ר. וכתב הב"י והיינו בששכרן להתלמד או לראות דאם להוציאן אפילו לא הוציאן נמי אסור דכיון דמלוה להוצאה ניתנה מעת שבאו לידו כאלו הוציאן דמי עכ"ל הש"ך. ויש לתמוה דהא השכירות נתחייב לו מעת ששכרן להתלמד ולראות ואפילו אם יחזור השוכר אחר

דשכרן ולא ירצה להחזיקם ויחזירם להמלוה בוודאי חייב לשלם השכירות שהתחייב א"ע בהם. ואטו בשביל שהוציאם אחר ששכרן להתלמד ועושה עצת הרמאות שיהיה על המעות איסור רבית אין סברא לפוטרו משום זה. וראיתי בחוות דעת סי' קע"ו ס"ק א' שכתב דזה אסור מדרבנן ואף השכר שעלה מקודם שהוציאן אסור כיון שנעשה שעה א' מלוה מחזי כמקבל שכר הלואה וע"כ לא חילקו הפוסקים עכ"ל החוו"ד. אבל אכתי לא נראה לי דז"א שייך אלא בהוציאן ברשות המלוה. אבל בהוציאן שלא ברשות המלוה אין סברא לפוטרו אף מדרבנן דא"כ כל רמאי יעשה טצדקי למיפטר מהשכירות שיעשה כדי להפסיד השכירות והלא המלוה לא פשע כלל. וביותר תקשה הא כיון דשכרן להתלמד ולראות א"כ הא אין רשאי הלוה להוציאן. רק במעות מותרין ולא התנה כלל מותר להשתמש. אבל לא בפירש ששוכרן להתלמד וכמש"כ הש"ך. ואם היה מותר להשתמש א"כ אף בלא הוציאן דינו כמלוה דלהוצאה ניתנה. וכיון דהוציא באיסור גזל. א"כ לא שייך בי' איסור רבית כלל וכמבואר בסי' קע"ו סעי' י"ט וכנ"ל דבשולח יד בפקדון וגזלה ליכא בהו איסור רבית. והך דינא דסי' קע"ז הנ"ל הוא מן המרדכי ס"פ המפקיד ומה שכתבו הב"י והש"ך בסי' קע"ו הנ"ל הוא מן הגמ"ר. וקשה מאוד סתירת הב"י והש"ך בזה:

וראיתי בהג"מ פ' איזהו נשך עלה דרב חמא מוגר זוזי בפשיטי שהביא לתוספתא דתניא משכיר אדם מעותיו לשולחני להתלמד ולראות נגנבו או אבדו חייב כו' ניטלו באונס ה"ה כש"ש נשתרש עליו אסור משום רבית כו' ופי' הג"מ דנשתרש שהוציא והרוויח אסור משום רבית לפי שהוציאן כו'. ולפמש"כ הב"י והש"ך מיירי בשכרן להתלמד דאל"כ אף לא הוציאן אסור. ובאמת התוספתא דקתני נשתרש דמשמע שהוציאן דווקא וכמש"כ הג"מ א"כ באמת מוכח מהתוספתא דאף בשולח יד בפקדון וגזלה אסור משום רבית מדרבנן. אכן בסי' קע"ו בב"י הביא בשם בעה"ת שכתב עלה דמשכיר מעות להתלמד כו' דה"מ שלא קיבל עליו אחריות אונסים אבל קיבל ע"ע אחריות אונסים אסור והכי משמע בתוספתא עכ"ל. והובא זה ברמ"א ריש סי' קע"ו שם וזהו רק מדרבנן. והנה בביאור הגר"א זצ"ל בסי' הנ"ל ס"ק א' כתב לפרש עפ"י דברי בעה"ת והרמ"א הנ"ל להתוספתא הנ"ל וגורס בזה"ל משכיר מעותיו להתלמד כו' נשתלשו עליהם אסור משום רבית ר"ל שהושלש בידו מתחלה שיהיה חייב באונסים אסור וזה שכתב בהגה"ה ודוקא שלא כו' עכ"ל ביאור הגר"א זצ"ל. א"כ להבעה"ת והרמ"א שהביא לדינא כפי' הבעה"ת דאם קיבל עליו כל אחריות אסור וזהו עפ"י גירסתם ופירושם בתוספתא כנ"ל. א"כ אין לנו הוכחה מן התוספתא דאף בגזלה שייך רבית. וכיון דליכא לנו הוכחה ע"ז אין לנו לאסור

מסברא בגזלה בפרט דהוא נגד שארי הוכחות שהוכחנו דבגזלה לא שייך רבית. דלפ"ז נדחה ראיות הגמ"ר מן התוספתא דהוכיח לאסור אף בהוציאן באיסור. ולולי דברי הש"ך והב"י הייתי אומר בפשיטות דאם הוציאן באיסור אינו אסור משום רבית משום דפשט התוספתא וגירסתו הוא כגירסת הבעה"ת. ואף בספיקא אינו אסור בזה כיון דעיקרו אינו רק מדרבנן דהא אף אם נימא דאסור אינו רק מדרבנן משום דמה"ת אינו אסור רק בדרך הלואה ואף מכירה אינו אסור רק מדרבנן וספיקא דרבנן לקולא. אבל לפי מה שהובא דברי הגמ"ר בב"י והש"ך הנ"ל לדינא קשה כנ"ל:

וידעתי . דיש לומר ולחלק דשאני הא דסי' קע"ז סעיף י"ט דמבואר שם דאם הנפקד שולח יד בפקדון דאם הנפקד רוצה לתת דבר מעצמו אין בו משום רבית. דשם מיירי בלא התנה וקצץ לתת לו רבית. וגם יש לומר דמיירי שם דבעת דהנפקד פורע החוב להמפקיד באותו המעמד נותן לו היתרון בבת אחת עם הפרעון חוב. דלכן אין בו משום רבית משום דהא מצינו ביו"ד סי' ק"ס סעיף ד' דאם הלוה נותן היתרון להמלוה בשעת הפרעון אין בו משום רבית היכא דהיה דרך מכר. רק בהלואה נאסר זה וכמש"כ הנ"י בשם התוס' בהא דב"מ (דף ע"ג) להוכיח כן מהא דרבינא יהב זוזי לבני אקרא ושפכי ליה טפי ע"ש. א"כ ה"ה י"ל דמה"ט מותר היכא דהיה חוב גזלה ונותן לו בשעת פרעון דלא גרע ממכירה כיון דאין אסור מה"ת אלא בדרך הלואה. ובכה"ג מיירי הא דסי' קע"ז דלא אמר ליה דנותן ליה בשכר מעותיו וכמש"כ השיך כה"ג בסי' ק"ס ס"ק ה' ע"ש. א"כ אתי שפיר הא דריש סי' קע"ו דאף דהתם נתחייב ליה השכירות בעת ששכרן. ואף אם היה מחזיר המעות להמשכיר באמצע הזמן מחוייב הוא בשכירותו וכמש"כ החוו"ד שם. עכ"ז נאסר מדרבנן כיון דהיה זה החיוב עליו משום תנאו דהתחייב בזה בעד לקיחת המעות עכ"פ. ובאמת י"ל דהיכא דהתנה אז נאסר אף בחוב כמו גזלה משום רבית:

אבל באמת גם זה לא נראה לי כמו שהוכחתי לעיל מן הא דיש לו שבח אע"פ דפירש השבח בלא הכיר בה והא התם הוי כהתנה. וגם לפי סברת התוס' בב"מ (דף נ"ז) דכתבו דלא שייך אגר נטר לפי שאסור להשתמש. ואף מדרבנן לא נאסר כמש"כ לעיל ע"פ התוס' הנ"ל. א"כ זה הטעם שייך ג"כ על איסור גזל דהא היה אסור עכ"פ להשתמש בהמעות. והא שכתב המרדכי ס"פ המפקיד והובא בש"ך סי' קע"ז ס"ק מ"ב וט"ז שם ס"ק כ"ה שכתבו בשמו בזה"ל דאם הנפקד רוצה לתת דבר מעצמו אין בו משום רבית כיון דלא ניתן לו בתורת מלוה ולא בתורת מקח ולא שייך לומר בי' קרוב לשכר כו' אלא היכא שהתנה עכ"ל המרדכי. אין כונתם במש"כ אלא היכא שהתנה דכוונתו הוא בהתנה על הריוח. ובאמת ז"א דהא רבית נאסר אף היכא דלא התנה וכמו אבק רבית. אלא כוונתם

שהתנה שיהיה המעות ברשותו. אבל היכא שלא הרשהו הבעלים להשתמש בהמעות אלא השתמש שלא ברשות בכה"ג לא שייך איסור רבית כנ"ל. ופשט לשונו משמע דאף שנותן הנפקד הרבית שלא בשעת הפרעון ג"כ אין בו איסור כלל א"כ ממילא נדחה כל מש"כ. ותקשה סתירת הא דסי' קע"ו לסי' קע"ז כנ"ל. ועיין בביאור הגר"א סי' קע"ז ס"ק מ"ג ומש"כ שם. ויש להאריך על פי זה ובדבריו:

ואפשר לומר דכוונת הגמ"ר דהובא בריש סי' קע"ו דאם הוציא אסור ובלא הוציאן לא נאסר וכתב הב"י והש"ך דמיירי בשכרן להתלמד כו' די"ל דכוונתן דהתוספתא קאי על מה דאמרו מתחלה שם משכיר מעותיו להתלמד כו'. וע"ז סיימו בסיפא ואם נשתרש אסור היינו דמתחלה הובא לידו להתלמד ולראות ואח"ז הרשהו הבעלים להשתמש בהמעות א"כ משתמש ברשות הבעלים. ובזה שייך שפיר איסור רבית כמו בכל מלוה. ואשמועינן התוספתא דאף דשכר מעותיו קא קני לי' הבעלים בעת דשכרן להתלמד ולראות. עכ"ז כשנעשה זה למלוה אח"כ נאסר מדרבנן גם בזה. והא דתקשה דא"כ למה כתבו דוקא הוציאן הא אף בלא הוציאן נאסר משום דמלוה להוצאה ניתנה כמו כל מלוה כיון דרשות להבעלים להשתמש כמש"כ הב"י והש"ך שם. וי"ל דזה אתי שפיר לפמש"כ הט"ז בח"מ סי' קפ"ט דהיכא דהוי פקדון בידו ואח"ז הקנה הפקדון להנפקד דלא קנה הנפקד משום דרשות הנפקד הוא כרשות המפקיד. והקצה"ח האריך שם הרבה בזה וכתב דע"י מה דהניח החפץ שלו ברשות הנפקד קנה המפקיד לרשות של הנפקד וע"כ אינו יוצא מרשות המפקיד. והנתיבות בסי' ר' השיג על הקצה"ח דהא ע"י זה לא נעשה המקום של בעל החפץ כדין חצירו עיי"ש. א"כ י"ל דבשכרן להתלמד מחמת דמסר המעות להנפקד קנה המפקיד להמקום. ע"י הנאתו שיש להנפקד מן מה שמסר המפקיד המעות לצורכו ובזה אינו שייך השגת הנתיבות כ"כ. וכש"כ בשומר שכר דהוי ידו כיד הבעלים יותר משומר חנם וודאי דשייך סברת הט"ז הנ"ל. וכמש"כ כעין זה המחנה אפרים ה' קנין חצר סי' ח' דבש"ש קאי החפץ יותר ברשות הבעלים מבש"ח ואף דגבי פקדון אמרו כל היכא דאיתא ברשותו דמרא איתא. היינו דהחפץ הוא ברשותו דמרי' להקנותו לאחרים. אבל מ"מ אין הפקדון עומד ברשות הבעלים ממש אבל בש"ש עומד החפץ ברשות הבעלים ממש כו'. כמו בב"מ (דף יו"ד) דפועל ידו כיד בעה"ב ע"ש במחנה אפרים:

(הגה"ה:

ובעיקר דברי הט"ז בסי' קפ"ט הנ"ל שכתב כן בכוונת הטור דס"ל דהנפקד אינו קונה במתנה החפץ של המפקיד יש לתמוה עליו דהא בטור בסי' רמ"א ובש"ע שם סעי'

ב' מבואר להדיא דאם נתן המפקיד במתנה להחפץ שיש לו אצל הנפקד קנהו הנפקד בדברים לבד וכן כתב הרמב"ם בפ"ג ה' זכי' דין ב' אלמא דלא כהט"ז וכן הוא בח"מ סי' ע"ג סעי' י"ט וסמ"ע ס"ק נ'. ועיין ברא"ש בפסחים פ"א סוף סי' ד' למה שהביא שם בשם רבינו יונה וקצרתי. ועיין באו"ח סי' ת"מ ובט"ז שם וברמב"ם ה' מכירה פ' ה' דין י"א ובח"מ סי' קכ"ה וסי' ר' וב"ב (דף פ"ה):

(ע"כ הגה"ה)):

ולפי דברי הט"ז הנ"ל וכ"ש בש"ש כנ"ל. י"ל דלכן כתב הגמ"ר בכוונת התוספתא דאם נשתרש אסור דהיינו בהוציאן. משום דמיירי התוספתא היכא דמתחלה שכרן להתלמד ולראות ואח"ז הרשהו להוציאן. ואלו לא הוציאן לא אמרינן בזה מלוה להוצאה ניתנה משום דהשוכר לא קנה את המעות כלל כיון דמתחלה אתי לידו בתורת פקדון והוי עליו ש"ש כדין שוכר. ע"כ לא קנה להמעות שיהיה בתורת מלוה רק בעת שהוציאן וכ"ז דלא הוציאן לא קנה אותם ע"י רשותו דהא רשות השוכר הוא כרשות הבעלים כנ"ל. וע"כ כתבו דבעינן דווקא הוציאן דאז קנאם. ואשמועינן התוספתא דאף דנתחייב בשכירות בעת ששכרן להתלמד עכ"ז אח"כ כשנעשה מלוה אסור מדרבנן משום רבית. וגם אשמועינן דדוקא נשתרש היינו הוציאן אבל כ"ז דלא הוציאן לא קנה להמלוה כיון דמתחלה אתו לידו בתורת פקדון ובדין ש"ש כנ"ל. א"כ מתורץ סתירה העצומה הנ"ל:

ענף א:

והעיקר מה שנראה לי ליישב הקושיא הנ"ל ע"פ מה שראיתי דבר נחמד ומחודש בהריטב"א לקדושין (דף מ"ז) על הא דאמרו שם על התוספתא דקידושין דהובא שם בגמ' דפליג ר"ש בן אליעזר משום ר"מ עם ת"ק במלוה אם הוי ברשות בעלים לחזרה דרשב"א ס"ל דלא אמרינן כלל מלוה להוצאה ניתנה. וכתב שם הריטב"א בשם רבו על הא דאמרו בב"מ (דף צ"ט) כשם שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים ואף בשאלה אינו קונה משיכה רק מדרבנן. וכתב הטעם דכיון דגוף החפץ אינו קנוי לבעלים אלא קנין לזמן ע"כ לא שייך ביה קנין משיכה מה"ת ואף במלוה לא יהיב ליה גופא אלא תשמיש המעות כו'. אלא דרבנן תקנו דשאלה נקנה במשיכה וגם התחלת המלאכה הוי קנין מדרבנן וע"כ במלוה היכא דהיא בעינה אינה נקנית במשיכה רק מדרבנן וזהו טעמא של רב הונא ורשב"א דס"ל מלוה ברשות בעלים אף מדרבנן אינו קונה כו' עכ"ל הריטב"א. וזהו לשיטת התוס' בע"ג (דף ע') דמתנה דליכא כספא קונה משיכה מה"ת. ועיין מזה בספרי ח' יו"ד סי' כ"ג בשיטת הרמב"ן שם ועיין בשמ"ק לב"מ (דף צ"ט) וקצרתי:

ולפי דברי הריטב"א הנ"ל יש לדון מלתא חדתא במי שלוה מחבירו מעות על רבית קצוצה והלוה לא הוציאן עדיין בהוצאה ומחזיר להמלוה אותן המעות עצמו ויש עדים ע"ז דאל"כ מסתמא הוציאן דהא קיבלן ע"מ זה. דבזה לא נאסר הרבית רק מדרבנן דאף דמלוה להוצאה ניתנה עכ"ז הא מה"ת לא קנהו הלוה בקנין משיכה וחצירו וידו רק מדרבנן כנ"ל. וכיון דמה"ת קיימא המעות ברשות הבעלים לחזרה ויכול מה"ת לחזור א"כ מה"ת דינו כפקדון ולא יצא מעולם מרשות בעלים כלל. א"כ ליכא כה"ג איסור תורה. כיון דמה"ת לא קני להמלוה עצמה. והא שכתבו דזה נאסר. אין זה רק מדרבנן כיון דקני ליה מדרבנן. וזה דומה למי שהבטיח לחבירו להלוות לו מעות עד זמן פלוני ועבר הזמן ולא קיבל הלוה המעות לידו ובזה אף אם נותן הלוה רבית להמלוה עבור הבטחתו דהיה בידו ליקח המעות לידו בתוך זמן הנ"ל וודאי אין בו איסור תורה כלל. כיון דלא אתאי לידו כלל מעולם. וה"ה אף היכא דהיה בידו רק דלא קנהו בתורת קנין. הוי ג"כ כלא אתאי לידו בתורת קנין דאין בו רבית מה"ת. ואף להסוברין דע"י קנין מדרבנן נעשה כמו קנין מה"ת משום הפקר ב"ד בזה"ב הפקר בכל מקום. עכ"ז ז"א שייך באיסור רבית דהא אי נימא בזה הפקר ב"ד. א"כ לא שייך ביה איסור רבית כלל כיון דזכה הלוה להמעות מהפקר. ולא מן המלוה הוא זוכה. א"כ לא מקרי הלואה מה"ת. וע"כ לא שייך לדון דע"י קנין מדרבנן דהוי הפקר ב"ד דהלוה זוכה מן הפקר יהיה שייך ביה איסור תורה בהרבית. וע"כ אין בזה איסור רבית רק מדרבנן כ"ז דלא הוציאן הלוה ומחזירם בעין להמלוה. ואף דלאונסין קיימא ברשותו דהלוה לכ"ע כדאמרי במסקנא דקידושין שם. עכ"ז ע"י מה דנתחייב באונסין לא משוויה ליה לרבית רק מדרבנן כמבואר כיון דלא קנהו לגוף המלוה ויכולין הבעלים עדיין לחזור מה"ת. ע"כ אין בזה רבית דאורייתא כנ"ל. כנלפענ"ד ע"פ דברי ריטב"א הנ"ל וקצרתי. ועיין ברמב"ם פ"ב ה' שכירות שפסק כר"א דתקנו משיכה בשומרים. ובמח"א ה' מכירה קנין משיכה סי' ב' ע"ש:

ומצינו בב"מ (דף ע"ג) דרבינא הוה יהב זוזי לבני אקרא כו' ושפכי ליה טפי כו'. והוכיחו מזה בנימוק"י בשם התוס' שם דבמכירה כיון דאין בו איסור רבית רק מדרבנן ע"כ לא אסרו בכה"ג כיון דאינו מזכיר בפירוש שנותנו בשכר מעותיו כמבואר כ"ז ביו"ד סי' ק"ס סעי' ד' ובש"ך ס"ק ה' רק בהלוואה אסרו מדרבנן כה"ג. וה"ה יש לדון בהך דשכרן להתלמד ולראות ואחר זה הרשהו להוציאן כיון דעיקר השכירות נתחייב בעת ששכרן כנ"ל. והא דאסור היינו רק מדרבנן כמש"כ החוות דעת. וכיון דזה הוי רק חומרא מדרבנן דהא באמת אינו נותן לו השכירות בעד ההלוואה רק בעד השכירות שהתחייב בהיתר עבור להתלמד. וזה קילא מן הך דב"מ (דף ע"ג) הנ"ל. וביו"ד סי' ק"ס הנ"ל. וכיון דחזינן

דמצינו בגמ' דהיכא דהרבית נאסר רק מדרבנן מצד חומרא. ע"כ לא אסרוהו רק ברבית בהלוואה דהוי ביה רבית מה"ת ולא במכירה דלא משכחת ביה רבית מה"ת כלל. ה"ה בהך רבית דנתחייב בהיתר מעיקרא בעת דשכרן להתלמד כו'. וזה הוי קצת כעין רבית מוקדמת דהא התחייב על השכירות מקודם דהותחל ההלוואה. וכיון דחומרא זו הוי רק מדרבנן ע"כ לא נאסר זה רק בהלוואה גמורה היינו לאחר שהוציאן כמו דאמרו בתוספתא נשתרש עליו אסור. משא"כ כ"ז דלא הוציאן דאף דמלוה להוצאה ניתנה עכ"ז אין בו שום רבית דאורייתא כנ"ל עפ"י הריטב"א הנ"ל. לכן לא אסרו בזה אף מדרבנן. כיון דבאמת נתחייב בשכירות בשעת היתר דשכרן להתלמד. ואף דנתחייב באונסים מ"מ גם זה אינו רק מדרבנן כ"ז דלא קנאן הלוה ויכול המלוה לחזור בו מה"ת ע"כ לא אסרו כה"ג:

והוכיח כן המרדכי מהתוספתא דקתני נשתרש אסור דמשמע דווקא נשתרש שהוציאן. וכמו דהוכיח הנ"י בשם התוס' והש"ך בסי' ק"ס מהא דב"מ (דף ע"ג) הנ"ל כן הוכיח המרדכי לזה מן התוספתא הנ"ל. ומיירי הכל היכא דהיתה ההלואה ברשות. וקאי על הא דלעיל מיני' דמשכיר מעותיו להתלמד דאם אח"ז נשתרש שהוציאן ברשות אסור משא"כ היכא דלא היתה הלואה ברשות אז לא נאסר כלל משום רבית. ובזה א"ש מה דאסרו חז"ל בזה אף דנתחייב בשכירות מעיקרא בהיתר כמש"כ החוות דעת. דאי נימא דמיירי בנשתמש שלא ברשות תקשה דהא המלוה לא פשע כלל. אטו בשביל דהנפקד פשע ונשתמש באיסור יפסיד המלוה מעות שזוכה מן הדין בכשרות וכל רמאי יעשה טצדקי כזו להיות פטור מן שכירותו שהתחייב בעת ששכרן להתלמד. אבל לפמש"כ דמיירי דהמלוה הרשהו להשתמש א"כ גם המלוה פשע בזה דע"י מעשיו נתהוה איסור רבית ע"כ אסרו חז"ל בזה. א"כ אין כאן שום סתירה כלל בדברי הראשונים והמרדכי כנ"ל:

ולולי דברי הגמ"ר הייתי אומר דלכן נקט התוספתא נשתרש שהוציאן דווקא ובלא נשתמש לא נאסר משום מלוה להוצאה ניתנה. די"ל דהך תוספתא דב"מ הנ"ל. ס"ל כרשב"א משום ר"מ דמבואר בחוספתא דקידושין והובא בש"ס קידושין (דף מ"ז) דס"ל מלוה לאו להוצאה ניתנה ונקט התוספתא לישנא דאתי לכ"ע. כידוע סוגיות הש"ס בזה. אבל לדינא לדידן דקיי"ל כרבנן דמלוה להוצאה ניתנה י"ל עדיין דנאסר מדרבנן אף כ"ז דלא נשתמש בהם. אכן לפי דזה דוחק קצת ויש לעיין הרבה בסוגיא דקידושין שם. ע"כ שפיר הוכיח הגמ"ר לדינא כנ"ל דבעי דווקא הוציאן והטעם הוא כמש"כ בעז"ה. ולכן שפיר כתבתי לעיל בארוכה דהיכא דנשתמש באיסור גזל לא שייך איסור רבית כלל. וכעת ראיתי בספר שער דיעה של המחבר ספר שער המשפט על יו"ד ריש סי' קע"ו

שנתקשה מאוד בסתירת דברי הגה"מ והב"י והש"ך דריש סי' קע"ו להא דסי' קע"ז הנ"ל ונשאר בצ"ע. אבל העיקר כמש"כ כנ"ל:

ועדיין יש להקשות לפי מה דמבואר בב"מ (דף צ"ט) דא"ר אמי המשאיל קורדום של הקדש מעל כו'. וכתבו התוס' בב"ק (דף ע"ט) דר' אמי ס"ל דאף בשאלה קונה ע"י משיכה מה"ת ע"ש. ולפ"ז ה"ה מלוה ברשות בעלים קנהו הלוה מה"ת. ותקשה עליו מן התוספתא דב"מ דכתבתי עיקר פירושו משום דמלוה ברשות בעלים אינו קונה רק מדרבנן. אך גם ז"א קשה דהא באמת אמרו בב"מ (דף צ"ט) שם תניא כוותיה דר' אלעזר דכשם שתקנו משיכה כו' כך תקנו משיכה בשומרים כו'. א"כ ה"ה הך תוספתא ג"כ מוכח דלא כר' אמי. אך הברייתא דהובא בב"מ שם מפורש להדיא דלא כר' אמי. ואלו מהך תוספתא אינו מוכח רק ע"י קושיות כנ"ל. או די"ל דר' אמי ס"ל כשמואל דבלא הכיר בה אין לו שבח ונתבאר לעיל דטעמא דשמואל דס"ל דאף בשולח יד בפקדון שייך איסור רבית. ולפ"ז אתי התוספתא לר' אמי בפשטות דאינו מוכח כ"ז ע"כ לא הביאו שם בב"מ להתוספתא הנ"ל די"ל כן. ועיין במח"א ה' מכירה קנין משיכה סי' ב' מש"כ שם בסתירת הרמב"ם וקצרתי: ענף ב:

ובח"מ סי' רצ"ב סמ"ע ס"ק כ"א על הא דמבואר ברמ"א שם דאם הרוויח במעות בין היה לו רשות להשתמש בין לא היה לו רשות א"צ לתת מהריוח לבעל הפקדון. וכתב הסמ"ע דאם רצה לתת רשאי. ונלע"ד דז"א רק היכא דלא היה רשאי. אבל במפקיד מעות מותרין דמותר להשתמש ע"כ היכא דנשתמש שייך בו איסור רבית. דאף דבאו לידו דרך פקדון מ"מ הא אחר דנשתמש דינו כהלואה ואסור. וראי' לזה מן הרא"ש דב"מ פ"א סי' ל"ט והר"נ בחידושיו והנ"י שם דבהכיר בה שאינו שלו דהוי מעות פקדון דרשאי להשתמש בהו דהוי כמו מעות מותרין יש בזה איסור רבית וע"כ אין לו שבח ע"ש. אלמא להדיא דאף כה"ג שייך איסור רבית וזהו פשוט. אך לפי שראיתי בגליון רש"א ליו"ד סי' ק"ס סע' וא"ו שלא כתב כן. אבל באמת פשוט כמש"כ. ושיטת התוס' דב"מ (דף ט"ו) כבר כתבתי לעיל כוונתם:

ובכתובות (דף נ') האשה שמכרה בנ"מ הבעל מוציא כו'. וכתב האלפסי שם דאי איתנהו להנהו דמי דשקלא אתתי' מהדר ללוקח כו'. וכ"כ הרא"ש בכתובות פ"ד סי' י"ז וסיים שם דהני דמי הוי גזל בידה כיון דהמכר לאו מכר הוי כו'. והובא כ"ז באה"ע סי' צ' סעיף ט' וביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק כ"ח. וצ"ע לפמש"כ הרא"ש בפ"ק דב"מ סי' ל"ט והנימוקי יוסף לב"מ שם דהיכא דהכיר בה שאינו שלו דהוי מעות פקדון מ"מ שרי להשתמש בהו וע"כ הוי רבית גבי שבח ולא גרע ממפקיד מעות אצל שולחני דמותרין

ישתמש כו' עכ"ל. א"כ הא באשה שמכרה בנ"מ הא הוי כמו הכיר בה דהא מסתמא ידע הלוקח דאין קנין לאשה בלא בעלה ואינה יכולה למכור הפירות של הבעל בוודאי. [כשי' הרמב"ם באה"ע סי' צ' סעי' ט']. א"כ הוי כהכיר בה. וקשה דאמאי אמרו דהוי מעות גזל הא בהכיר בה דינו כמו מעות פקדון. ואפשר דמזה הוציאו הראשונים דכתבו דה"ה בהלוואה אם לוותה האשה והמעות הם בעיני' דהבעל חייב לשלם כמבואר באה"ע סי' צ"א סעי' ד'. והטעם הוא משום אומדנא דאדעתא דלא יהיה לו ממי לגבות חובו לא נתן המעות כמבואר בצמח צדק סי' קי"ז דילפי מזה דה"ה לסחורה בעיני' גבי סידור בע"ח ע"ש. ובאמת הב"ש סי' צ"א ס"ק יו"ד כתב לחלק דשאני במכרה בנ"מ דהוי מק"ט ע"ש. אבל לפמש"כ דהא זה דומה להכיר בה שאינו שלו דהוי מעות הלואה. א"כ הוי התם גבי מכרה נ"מ דינו ג"כ כמו הלואה. ושפיר ילפי מן הרי"ף דה"ה בלותה אם הם בעיני' דחייב לשלם משום דהוי אומדנא דאדעתא דהכי לא הקנו לה המעות והוי כגזל בידה.

והוי מזה סייעתא להפוסקים דס"ל דה"ה במעות הלוואה בעיני' דחייב הבעל לשלם:

ויותר נראה לי לומר דהוי מזה סייעתא לשי' החכ"צ המגי' בט"ז בח"מ סי' ע"ג סעי' י"ט שהשיג על הע"ז והש"ך שכתבו דבמפקיד מעות מותרין דאף דהם בעיני' דינם כהלואה ואינו יכול לכופו להחזיר לו אותם מעות עצמם בעיני'. אבל החכ"צ שם העלה דכ"ז דהוי בעיני' מחוייב להחזיר לו אותם המעות עצמם בעיני'. ועיין בש"ך סי' צ"ט וסי' מ"ז. ובקצה"ח סי' צ"ט הכריע ג"כ כהחכ"צ. ולפ"ז א"ש דהא בהכיר בה שאינו שלו כתבו הרא"ש והנ"י דהוי כמו מעות פקדון מותרין דרשאי להשתמש בהם. ועכ"ז אם בא המפקיד לתבוע כ"ז דלא הוציאן מחוייב להחזירם בעיני' כמו כל פקדון. ואם אינו רוצה להחזיר הוי מעות גזלה כמו כל פקדון אם אינו רוצה הנפקד להחזיר להמפקיד דהוי כגזל ת"י הנפקד. ושפיר כתב הרי"ף והרא"ש ואינו קשה כלל. והוי מזה סייעתא להחכם צבי הנ"ל:

וע"פ שיטת החכ"צ הנ"ל וכן הוא שיטת המרדכי בב"מ פ' ה' והובא באו"ת סי' ע"ג ס"ק י"ט שכתב להדיא במפקיד מעות מותרין דישתמש בהם דכ"ז דלא הוציאם מצי למיהדר בי' המפקיד ולתבוע פקדונו כדמשמע ס"פ המפקיד למ"ד נאנסו לא כו' עכ"ל. א"כ לפ"ז א"ש דברי הגמ"ר דב"מ פ"ה דהובא בב"י וש"ך ביו"ד סי' קע"ו דכתבו גבי משכיר להתלמד ולראות דאם הוציא אסור. והקשיתי דהא ה"ל גזלה וליכא רבית כמו שהארכתי לעיל. אבל ע"פ שיטת החכ"צ והמרדכי הנ"ל אתי שפיר כ"ז משום די"ל דהגמ"ר מירי בשכרם מתחלה להתלמד ואח"ז הרשהו להשתמש במעותיו שהיו בפקדון אצלו וכ"ז דלא הוציאן לא שייך לומר בזה מלוה להוצאה נתנה משום דדוקא בבאו לידו מתחלה

דרך הלואה שייך לומר מלוה להוצאה נתנה דהא קבלם על דעת הלואה. אבל בבאו לידו דרך פקדון אף דמרשהו להשתמש מ"מ כ"ז דלא הוציאן לא הוי כהלואה לומר בזה מלוה להוצאה נתנה. משום דהא הנפקד לא גלה בדעתו שרוצה בתשמישן ושיהא ע"ז דין מלוה וכמש"כ התומים סי' ע"ג ס"ק י"ט. וכמו דמבואר כעין זה בח"מ סי' ע"ב סעי' ד' במלוה על המשכון ואח"ז נתן לו רשות להשתמש דנסתפקו אם חייב באונסין. ועיין בש"ך ובתומים ונתיבות שם. וזהו סברת החכ"צ והמרדכי הנ"ל דס"ל בכל מפקיד מעות מותרין דמחוייב להחזירם אם המעות בעין ולא אמרינן בי' מלוה להוצאה נתנה. משום די"ל דהא הנפקד לא גלה בדעתו בזה שרוצה להשתמש בהן כנ"ל. וע"כ היכא דשכרן להתלמד ואח"ז הרשהו להשתמש והנפקד שותק לא שייך בזה לומר מלוה להוצאה נתנה וכמש"כ הש"ך שם ריש סי' קע"ו ביו"ד. משום די"ל דשא"ה דלא קבלם ע"ד הלואה מעולם אלא אתי לידו בפקדון ולהתלמד כו'. וע"כ דוקא לאחר שהוציאן נעשו כמלוה ולא מקודם שהוציאן. כיון דמחוייב אז להחזיר לו המעות בעין לכן אין שייך בזה איסור רבית כלל רק לאחר שהוציאן דינם כמלוה ומיושב שפיר כל מה שהקשיתי לעיל:

אך כ"ז אתי שפיר לתרץ כן דברי הגמ"ר והב"י. אבל לפי מה שהובא דברי הגמ"ר הנ"ל בש"ך ריש סי' קע"ו. והא שיטת הש"ך בח"מ סי' צ"ט וסי' מ"ז דלא כהחכ"צ אלא ס"ל כהט"ז דאף מפקיד מעות מותרין דינם כהלואה אף כ"ז דלא הוציאן. א"כ לפ"ז תשאר קושייתי הנ"ל על מה שהביא הש"ך להגמ"ר הנ"ל בריש סי' קע"ו. אבל לפמש"כ לעיל לתרץ כ"ז אתי שפיר אף דברי הש"ך. א"כ נתבאר על נכון דבמקום דהיה אסור להשתמש בהמעות מחמת גזל דלא שייך בזה איסור רבית כלל:

וע"פ מה דהבאתי לעיל ענף ג' בשם המל"מ והנתיבות דכתבו בשם בעה"ת דס"ל דגזלה לא הוי ביטול מקח רק מצד חיוב אחריות חוזר עליו ולפי זה אתי שפיר בפשיטות מה דס"ל לרב בב"מ (דף י"ד) דבלא הכיר בה יש לו שבח ולא הוי איסור רבית משום דהא גזלה לא הוי ביטול מקח. רק שמואל ס"ל דגזלה הוי מק"ט ולכן ס"ל דבלא הכיר בה אין לו שבח כנ"ל בארוכה. לפי זה יש ליישב הסוגיא דב"ב (דף קס"ט ע"ב) דאמר רפרם זאת אומרת אחריות טעות סופר הוא כו' ורב אשי דחה לי' ועיין ברשב"ם שם. ויש להעיר בזה דהא בשטרי הלואה בוודאי הוא דאחריות טעות סופר כמבואר בב"מ (דף י"ג ע"ב) דרבנן דר"מ ס"ל אחריות טעות סופר הוא. ועיין בב"מ (דף י"ג ע"ב) דאר"א מחלוקת כו' ורבנן סברי מגבא גבי. וכגירסת מהרש"ל שם. וכן הכריע המהרש"א שם. דהא בברייתא דהביאו שם מבואר להדיא דרבנן ס"ל דאחד זה ואי זה גובין ממשעבדי א"כ בפלוגתת ר"מ ורבנן וודאי דהלכה כרבנן דאחריות טעות סופר. ועיין בכתובות (דף נ"א ע"ב) מזה.

וע"כ כוונת הגמ' הכא בב"ב להוכיח דאף בשטרי מכירה דאיכא למימר עביד אינש דזבין ארעא ליומא כדס"ל לשמואל בב"מ (דף י"ד) דאפ"ה גם בזה אחריות טעות סופר. וקשה הא גם במכר אמרו בב"מ שם דדוקא בבא בע"ח וטרפה ס"ל לשמואל דעביד אינש דזבין ליומא. אבל בבא נגזל וטרפה גם שמואל מודה דאחריות טעות סופר וכמש"כ התוס' בב"מ (דף י"ד) ד"ה שעבוד צריך לימלך כו'. א"כ התם בב"ב דמיירי בבא נגזל וטרף להשדה כמבואר בב"ב (ד' קס"ב ע"א) דאמרו שם לא צריכא דאתי מכח אבהתי' כו'. וכמש"כ הסמ"ע בסי' מ"א ס"ק י"ג. א"כ הא היכא דאתי נגזל וטרף לי' גם שמואל מודה דאחריות טעות סופר הוא. א"כ קשה איך אמרו זאת אומרת אחריות טעות סופר ורב אשי דחה לי' הא בכה"ג וודאי דאחריות טעות סופר הוא: אבל לפמש"כ די"ל דבהך סברא אי הוי גזלה מקח טעות או לא יש לומר דבזה גופא פליגי רב ושמואל בב"מ (דף י"ד) בלא הכיר בה דרב ס"ל דיש לו שבח ס"ל דגזלה לא הוי מק"ט וע"כ לא הוי בזה חשש רבית. אבל שמואל דס"ל דאין לו שבח טעמו דגזלה הוי ביטול מקח ע"כ ה"ל רבית כנ"ל. וע"כ י"ל דלכן ס"ל לשמואל לחלק בב"מ (דף י"ד) דאם אתי נגזל וטרף להשדה וודאי אחריות ט"ס מצד דה"ל מק"ט וה"ל כמו שטרי הלואה כמש"כ התוס' שם. אבל לדינא דקיי"ל כרב דיש לו שבח והטעם הוא דגזלה לא ה"ל מק"ט רק מצד חיוב אחריות אתי עלה לטרוף. לכן עדיין י"ל דבשטרי מכירה לא הוי אחריות ט"ס משום דכיון דלא הוי מק"ט. ע"כ שייך עדיין לומר בזה דעביד אינש דזבין ארעא ליומא כדס"ל לשמואל כן אם אתי בע"ח וערף להשדה המכורה. ע"כ הוצרכו להוכיח מהא דב"ב דזאת אומרת אחריות ט"ס הוא דאף במכירה אמרינן ט"ס. וא"ש הסוגיא הלז בפשיטות: אכן לפמש"כ לעיל דכ"ע ס"ל דגזלה הוי מק"ט וכפשטות הגמ' בב"ב (דף מ"ד ע"ב) דנמצאת שאינו שלו חוזר עליו אף במכר שלא באחריות. ודוחק לומר דבנמצאת שאינו שלו בזה הוי כאלו קיבל אחריות ע"ז אף דהתנה בפי' שלא באחריות וכמש"כ לעיל. דזהו דוחק. ע"כ נדחה לכל מש"כ בביאור הסוגיא דב"ב הנ"ל. וע"כ מוכח מזה דגם בשטרי הלואה לא היה ברירא להו אי אחריות ט"ס. או די"ל כיון דיש עכ"פ מקום לחלק כנ"ל דשאני שטרי מכירה ע"כ הוכרחו להוכיח לזה. ועיין בב"מ (דף ט"ו ע"ב) דאמר רבא הלכתא כו' אחריות ט"ס הוא בין בשטרי הלואה ובין בשטרי מכר כו'. ופי' רש"י שם ד"ה ואחריות ט"ס ול"ל דשמואל דא' שעבוד צריך לימלך עכ"ל רש"י. ויש להאריך בכ"ז ואכמ"ל:

היוצא לנו מכל מה שנתבאר דהיכא דהיה אסור להמקבל להשתמש בהמעות דלא שייך בזה איסור רבית כלל. וה"ה במכר לחבירו ונמצא איזה מום ומק"ט דידע המוכר מן

האונאה והמום. דבזה לא שייך איסור רבית כלל. כמו שהארכתי לעיל. ועוד כמה ענינים מחודשים נתבארו בהא דיו"ד ריש סי' קע"ו בהא דמשכיר מעותיו כו':

ענף ו:

(שם סעיף ל"ב ש"ך ס"ק פ"א):

המודה לחבירו כו' וה"ה למוחל חובו כו' אצ"ל כתובו. וכן כתב הרמ"א לעיל סי' ל"ט סעי' ג' דדוקא במתחייב עצמו צ"ל כתובו אבל במוחל א"צ כתובו. והטעם הוא דהיכא דלא הוי עליו שום חוב ע"י השטר אצ"ל כתובו וכמש"כ הקצה"ח בס"ק כ"ח בשם הר"נ דכיון דאין שום קפידא ונזק לו ע"כ אמדינן לדעתי' דניחא לי' בזה ולא מקרי מפי כתבם. וראיתי באבני מלואים לאה"ע סי' ל"ב ס"ק ד' שהקשה בהא דקידושין (דף ט' ע"ב) בכתבו לשמה ושלא מדעתה דחד מ"ד ס"ל מקודשת וקשה כיון שנכתב ונחתם שלא מדעת האשה ה"ל מפי כתבם כו' וצ"ע עכ"ל. ולדעתי אין זה קשה לפי האמור כאן דהיכא דלא הוי קפידא ונזק להבע"ד לא דיינינן בי' מפי כתבם. א"כ התם בכתבו שלא מדעתה ופי' רש"י דקודם הכתיבה לא נמלך בה ואח"כ הודיעה וקבלתה כו'. ע"כ אין שום חובה וקפידה להאשה בעת שכותבין וחותמין השטר קידושין דהא הברירה בידה אם תתרצה להקידושין תקבלו ואם לא תתרצה אין שום ממש בהקידושין ואדרבה זהו זכות לה דהברירה בידה על אחת משתי אופנים הללו. וזהו כעין המבואר בח"מ סי' רל"ה סעי' כ"ג המוכר שמכר קרקע וזיכה בהם ללוקח שלא מדעתו דידו על עליונה כו'. וזהו זכות לפי דהברירה בידו אם ירצה יקיים המקח ואם ירצה שלא יקבל כו'. וה"ה הכא דהברירה בידה אמדינן לדעתה דניחא לה מה שחותמין על השטר קידושין. ואף דיש לחלק דשא"ה במוכר שזיכה ללוקח דאם יתרצה לא יהיה יכול המוכר לחזור משא"כ בשטר קידושין דכ"ז דלא הגיע לידה יכול הבעל לחזור. מ"מ הא בעת שכותב השטר קידושין שלא מדעתה אז דעתו דאם תתרצה לקבל השטר ממנו דיקדשה על ידי השטר אם כן ממילא אין זה שום חובה וקפידה לה. אדרבה הוי טובה לה דמן הסתם לא יחזור כי לחזרה לא חיישינן וכמו שכתבתי במקום אחר דלא חיישינן לשינוי דעתא וגם הא לא הוי חובה לה על כל פנים וכמו הכא במוחל דהא לא הוי שום טובה להמוחל. מ"מ אמרינן כיון דלא הוי חוב לו דכותבין שלא מדעתו כש"כ בשטר קידושין שלא מדעתה דאם תתרצה לקבלו יהיה לה טובה וזכות. ואם לא תתרצה הברירה בידה ע"כ אין זה מקרי מפי כתבם ושפיר כותבין וחותמין שלא מדעתה:

גם י"ל דמיירי בכת"י המקדש בלא עדים וכעין הך דאה"ע סי' ל"ב סעי' ד' ברמ"א בכתבו להשטר קידושין בכת"י בלא עדים כו'. דבזה לא שייך לפסול משום מפי כתבם. אך לפי

דאין זה ברור דיהיה מועיל שטר קידושין כת"י בלא עדים דהא הביאו שם בשם הנ"י דהוי בזה קידושי ספק וכמש"כ הב"ש שם ס"ק ט' ע"כ לפ"ז שפיר הקשה הא"מ. אכן באמת אין זה קשה כלל לפי מה שנתבאר:

סימן פב

א (סעיף א' ש"ך ס"ק ב'):
אמנה כו' אפילו טוען שהעדים ידעו מזה וא"כ לפי דבריו העדים רשעים אפ"ה נאמן כיון דאית לי' מיגו כו'. והקצה"ח ס"ק א' הקשה דהא הוי מיגו במקום עדים דלא אמרינן. וההפלאה כתובות (דף י"ט) תוס' ד"ה אימא כו' כתב להסביר דברי הש"ך משום דמיגו בעיקר העדים אמרינן והאריך שם בזה. וכעין זה הוא דברי התוס' בב"ק (דף ע"ב ע"ב) ד"ה אין לך בו כו' בסוף דבריהם שכתבו והא דאמר בפ"ב דכתובות שנים החתומים כו' האי לאו מיגו הוא שאין השטר מתקיים אלא ע"פ והפה שאסר הוא הפה שהתיר כו'. הרי דס"ל להתוס' דהפה שאסר עדיף ממיגו ואמרינן כן אף במקום עדים דאף דמיגו לא מהני התם משום דהוי מיגו במקום עדים או דלא עדיף מיגו מעדים כמש"כ התוס' שם מקודם מ"מ היכא דשייך הפה שאסר שאני משום דמיגו בעיקר העדים עדיפא:
והנה בירושלמי כתובות פ"ב ה' ה' עלה דמתניתין האשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני נאמנת שהפה שאסר כו' ר' יודן בעא א"א הייתי ונתגרשתי במקום פ' ובאו שנים ואמרו לא נתגרשה אשה במקום פ' מכחישין הן אותה. ופי' הקרבן העדה מכחישין הן אותה או לא מי אמרינן כיון דמשקרת אינה נאמנת על הגט ואסורה או דילמא כו'. ולכאורה יש להעיר על הך איבעיא דהא בוודאי הדין נותן דאינה נאמנת דאף דיש לה מיגו דלא היתה מודה דא"א הייתי מ"מ הא ה"ל מיגו במקום עדים דהא עדים מעידין דלא נתגרשה שום אשה במקום פ'. ואפשר לומר דכוונת האיבעיא היה כיון דמצינו פלוגתת אמוראי בב"ב (דף ל"א ודף ל"ג) אי אמרינן מיגו במקום עדים או לא וכתובות (דף כ"ז) וב"מ (דף פ"א) ובכורות (דף ל"ו). [ועיין בתוס' שם ד"ה ואמר רבא דרבה גרסינן כו'. וי"ל דרבה לשיטתו דס"ל כן בב"ב (דף ל"א) דאמרינן מיגו במקום עדים. ועיין בתוס' ב"ב שם ובמהרש"א. ולהנימוקי יוסף שם אינו מוכרח זה ע"ש]. ע"כ י"ל דזה גופא איבעי' לי' להירושלמי אכן לפי דברי ההפלאה שכתב לחלק דמיגו בעיקר העדים שאני משום דהפה שאסר עדיף ממיגו ע"כ י"ל דכוונת הירושלמי בהאיבעיא היה לפי דהא מבואר במשנה שם דאשה שאמרה א"א הייתי וגרושה אני נאמנת שהפה שאסר הוא הפה שהתיר דהוי זה מיגו בעיקר העדים דהא אף אם יבואו עדים להעיד דלא נתגרשה שום אשה במקום פ'

מ"מ אם היתה שותקת ולא היתה מודית דא"א הייתי לא היה עליה שום חשש איסור כלל א"כ הוי זה מיגו בעיקר העדים. [ועיין בכתובות (דף ט"ז) במשנה ומודה ר' יהושע באומר שדה זו של אביך ולקחתי' שהוא נאמן שהפה שאסר כו' ובגמ' שם הכא אין שור שחוט לפניך כו' ובתוס' שם ד"ה התם כו' ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעיף ד' מנף א']. וע"כ י"ל בכוונת הירושלמי דיהיה אתי לדינא אף לפי מאי דקיי"ל דלא אמרינן מיגו במקום עדים מ"מ הכא שאני דהוי מיגו בעיקר העדים ומקרי הפה שאסר כו' ע"כ קמיבעי' להו אם אמרינן דמיגו בעיקר העדים שאני וכמש"כ ההפלאה או לא וזה גופא קמיבעי' להירושלמי. ועיין בפני משה שם:

ושם בירושלמי אח"ז אמרו ר' יוסי בעא אמרה א"א הייתי ונתגרשתי במקום פלוני באותו היום ובאו ואמרו נתגרשה אשה במקום פלוני ובאו שנים ואמרו לא נתגרשה אשה במקום פלוני כהכחיש עדות בתוך עדות אנו כחיין מפיה. ופי' הקרבן עדה אם אמרינן דהוי כמאן דליתנהו לעדים ונאמנת משום הפה שאסר או לא. והפ"מ פירש דמסקנת הירושלמי דנאמנת. והנה התוס' בב"ק (דף ע"ב ע"ב) ד"ה אין לך בו כו' דבמקום תרי ותרי לא מהני מיגו דלא עדיף מיגו מעדים דהא תרי כמאה כו' אך הפה שאסר שאני כנ"ל. ע"כ י"ל דלכן ס"ל להירושלמי דנאמנת במקום תרי ותרי משום הפה שאסר דעדיף מן מיגו. ומשמע דאם לא היו תרי ותרי אינה נאמנת אף דיש לה מעלת הפה שאסר נגד עדים המכחישות אותה. ומשמע מן מסקנת הירושלמי דלא כההפלאה. ולפי פי' הפ"מ שם בכוונת ר' יודן בעא כו' אין אנו צריכין לומר דהירושלמי בהאיבעיא אחרונה יהיה סותר להאיבעי' דלעיל מיני' ע"ש:

והשירי קרבן שם ד"ה כהכחיש עדות כו' הקשה הא לעיל בפירקין גבי שבוי' אמר ר' יוסי בפשיטות דנאמנת והכא קמיבעיא לי' וצ"ע עכ"ל. וכוונתו למה דאמרו שם לעיל מיני' בפ"ב ה"ב שנים אומרים נשבית והיא טהורה ושנים אומרים נשבית והיא טמאה וכן בשנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה דנאמנת לדברי ר' יוסי. אבל באמת אין זה קשה דשא"ה דחזקת היתר מסייע לה וכן קיי"ל בתרי ותרי מוקמינן אחזקה מה"ת ואינו אלא ספיקא דרבנן ע"כ ס"ל לר' יוסי שם דנאמנת באומרת ברי לי משא"כ הכא בתרי ותרי אם נתגרשה דאין שם חזקת היתר אדרבה הא יש לה חזקת איסור רק יש לה מיגו. בזה שפיר יש לחלק דשאני חזקה דמוקמינן אחזקה בתרי ותרי משום דכן גזרה התורה בכל ספק להעמידו על חזקה. משא"כ הכא אף דמעלת מיגו עדיף מן אוקי אחזקה ועיין בקידושין (דף ס"ד ע"ב). מ"מ הא מעלת מיגו הוא משום בירור הענין א"כ יש לומר בזה כעין סברת התוס' בב"ק הנ"ל וב"ב (דף ל"א) דמיגו לא יוכל לסייעם יותר מאלו באו

עוד עדים דהא תרי כמאה ע"כ אין שום סתירה מירושלמי דלעיל על הך דירושלמי דהכא ומתורץ בפשיטות קושיות הש"ק. ועיין בתשובת ר"ע איגר סי' קל"ו וסי' קל"ז. וראיתי בהפלאה כתובות (דף כ' ע"א) בתוס' ד"ה ואוקי ממונא כו' שכתב דשיטת הריטב"א דמיגו מהני במקום תרי ותרי וחולק על התוס' ע"ש. א"כ י"ל דהירושלמי איבעיא לי' בזה אם מיגו מהני במקום תרי ותרי או לא. והך בעיא דר' יוסי י"ל דהוא בשיטת את"ל דלעיל איבעי' לר' יודן אם מיגו לא מהני במקום עדים או אם מיגו בעיקר עדים מהני וכמש"כ לעיל ונשאר בספק ואח"ז איבעי' לר' יוסי את"ל דאינה נאמנת נגד עדים אפ"ה במקום תרי ותרי י"ל דנאמנת משום מיגו וכשיטת הריטב"א או דאמרינן דמיגו לא יוכל לסייע יותר משני עדים וכסברת התוס' ונשאר בספק וכפי' הקרבן עדה:

ענף א:

אם השטר מקויים כו' אם יש בו נאמנות כו' ומיהו אם יש ב"ח מאוחר לא יגבה אלא בשבועה כו'. והתומים ס"ק ד' כתב להסתפק להיכא דגובין ממטלטלין אם צריך שבועה ביש בו נאמנות מפורש משום די"ל דהוי בידו לתת לו הכל במתנה כו' ומסיק דדוקא בשעת הגביה יש לומר דמהימן במיגו משא"כ בנתן הנאמנות בעת ההלוואה עכ"ל התומים. וזה לשון האורים שם ס"ק י"ב ועיין תומים דיש לי ספק בגובה ממטלטלין אם צריך שבועה ביש לו נאמנות מפורש ע"ש עכ"ל. וזה לשון המחבר לקמן סי' ק"ד סעי' י"א בכל מקום שאנו אומרים בזה יחלוקו או שזכה הראשון הזוכה בנכסים ישבע תחלה שעדיין לא נפרע מחובו ואפילו אם יש נאמנות בשטרו. ומשמע מלשון המחבר דאף בגובין ממטלטלין צריכין לישבע דהא שם לעיל מיני' סעי' י' כתב בבאו כולם ביחד לגבות וכן בע"ח שכל א' קודם לזמן חבירו שבאו לגבות מטלטלים שהרי אין בהם דין קדימה כו' מחלקים ביניהם כו'. א"כ תיכף אח"ז שכתב המחבר לכללא דבכל מקום שאנו אומרים יחלוקו דישבע תחלה א"כ משמע דאף בגובין ממטלטלין דאנו דנין יחלוקו דחייבין לישבע כ"א נגד חבירו אפילו ביש לו נאמנות כמש"כ שם המחבר. ומשמע אף בנאמנות מפורש דאל"כ לא ה"ל למסתם וכמש"כ שם הסמ"ע. ומוכח מזה דס"ל דאף דביד הלוה לתת המטלטלין במתנה למי שירצה עכ"ז לא מהני הנאמנות לפוטרו משבועה וכמש"כ התומים דבנאמנות בעת ההלואה לא שייך מיגו כזו: ענף ב:

אכן לענ"ד יש לדון מטעם אחר לחלק בין היכא דגובין ממקרקעי להיכא דגובין ממטלטלי. והוא דהנה הך מקור דינא דבע"ח א' נשבע לבע"ח השני נובע מהך דכתובות (דף צ"ג) במשנה מי שהיה נשוי ד' נשים הראשונה נשבעת לשניה כו' ושיטת רש"י שם דדוקא בטוענת השניה השבע לי בזה מחייבינן אותה לישבע וכן כתב הר"ן והרע"ב שם.

והב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק כ"ד כתב דהרמב"ם והטור ס"ל דנשבעת בלא טענה. וכבר העיר התוס' יו"ט בכתובות פ' י' משנה ה' דנשבעת אף בלא טענה השבע לי משום דה"ל זה ג"כ בכלל אין נפרעין ממשועבדים אלא בשבועה. ועיין בפני יהושע בכתובות (דף צ"ג) שם. ובאמת מסתימות הפוסקים והטוש"ע משמע דאף בלא טענה השבע לי ג"כ משבעינן משום דס"ל דעיקר חיוב שבועה לבע"ח הראשון נגד בע"ח השני הוא משום דנקראים בשם משעבדי כיון דמשועבדים הקרקעות לכל הבע"ח ואין גובין ממשעבדי רק בשבועה. אף דלא טוענים השבע לי כמבואר בשבועות (דף מ"א). וכן ראיתי בספר בעל התרומות שער כ"א חלק ה' אות ו' שכתב דלכן צריך בע"ח לישבע לבע"ח השני משום דזהו ע"פ דין שבועת משעבדי שהרי הן משועבדים לשני ג"כ אלא שטורף ממנו כו' ומה"ט אף שנתן לו נאמנות ג"כ חייב שבועה והביא ראיה מן הרי"ף שכתב בהלכותיו לכתובות פ"ט במה דתנן התם ומנכסים משועבדים לא תפרע אלא בשבועה דמה"ט צריך לישבע נגד בע"ח השני אף שיש לו נאמנות כו'. וכ"כ הבעה"ת שער מ"ג חלק ד' אות י"ד דלכן צריך הבע"ח לישבע לבע"ח השני אף היכא שדנין יחלוקו משום דהוי כדין הבא ליפרע ממשועבדים דה"נ היו הנכסים משועבדים לכולן כו' עכ"ל הבעה"ת. א"כ מבואר להדיא בבעה"ת דהך שבועה מן דין הבא ליפרע מן משועבדים נגעו בה. ובאמת כן מוכח מן לשון הרי"ף הנ"ל וכמש"כ הבעה"ת בשמו דהא הרי"ף כתב הך דינא לחייב שבועה להבע"ח על הך משנה דטורף ממשעבדי צריך לישבע. וכ"כ הריטב"א לכתובות (דף צ"ג ע"ב) על משנה דמי שהיה נשוי ד' נשים הראשונה נשבעת כו' דבע"ח צריך לישבע לבע"ח השני כאלו בא ליפרע ממשועבדים כו' והובא בשמ"ק לכתובות שם:

ובספרי נחל יצחק סי' ע"א סעי' י"ט ענף א' כתבתי די"ל דעיקר הך מילתא דבע"ח מקרי משעבדי זה תלוי אם הלכה דשעבודא דאורייתא אז י"ל דזכות כל הבע"ח בנכסים של הלוה מקרי בשם משועבדים אכן אם נימא דשעבודא לאו דאורייתא אין סברא לקרותו בשם משעבדי ע"ש בספרי. וי"ל דהרי"ף והבעה"ת והריטב"א דכתבו דמן דין חיוב שבועת משעבדי דייניין כן משום דס"ל ש"ד וכמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' בשיטת הרי"ף והריטב"א. ומש"כ הש"ך שם בשיטת הבעה"ת עיין מזה בהאו"ת שם ס"ק ב' ובאמת נראה מן הבעה"ת שער ס"א דס"ל כשיטת הרי"ף דש"ד וקצרתי. ולפ"ז יש לדון היכא דגובין ממטלטלי דהדין הוא דיחלוקו ביניהם משום דאין קדימה כלל במטלטלין משום דמטלטלי לא משתעבדי וכמש"כ הסמ"ע בסי' ק"ד ס"ק א' ובמחבר שם סעי' יו"ד וסמ"ע ס"ק כ"ו ע"כ אפשר לומר דכיון דאין סברא לקרות להזכות שיש להבע"ח במטלטלין של הלוה בשם משעבדי כיון דמטלטלי לא משתעבדי כלל. ובפרט לפי מש"כ

בספרי נחל יצחק בקונטרסי סי' ב' בשעבודא דאורייתא סוף ענף ח' להוכיח מירושלמי כתובות פ"ט דהך דינא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי זהו מה"ת ע"ש. ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ט בד"ה ובחידושי לח"מ כו'. א"כ יש לדון דדוקא היכא דגובה ממקרקעי אז הדין דבע"ח נשבע לבע"ח השני משום דין גובה ממשעבדי. ובאמת מקור הך דינא דהוא מהמשנה דמי שהיה נשוי ד' נשים ומת דקתני שם הראשונה קודמת לשניה מיירי בקרקע דהא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי ועיין בכתובות (דף פ"א) בתוס' ד"ה ר' מאיר היא כו' וביבמות (דף צ"ט) תוס' ד"ה כתב כל נכסיו כו'. וי"ל דדוקא בקרקע אמרו דנשבע האחד להשני כמו דמיירי המשנה ומנלן לדון כן בגובין ממטלטלי כיון דלא משתעבדי א"כ אין שמם בשם משעבדי:

אכן מצינו בתוס' כתובות (דף צ') ר"פ מי שהיה נשוי בד"ה ש"מ בע"ח כו' שכתבו שם בסוף לפרש דהך משנה דמי שהיה נשוי ד' נשים דהראשונה קודמת ונשבעת לשני' ומפרשי דפלוגתת בן ננס ורבנן בבע"ח מאוחר כו' דזה מיירי במטלטלי כו'. ואפ"ה אמרו בהך משנה דהראשונה נשבעת לשני' א"כ מוכח לפ"ז דאף היכא דגובין ממטלטלי ג"כ חייבת לישבע להשניה משום דגם בזה תקנו כן. ולפ"ז אפשר לפרש לדברי רש"י שם (דף צ"ג) דפירש במשנה דהראשונה נשבעת דמיירי בטוענת השבע לי. דכתב הב"ש דפליגי בזה רש"י ושיטת הרמב"ם והטור. ובאמת י"ל דגם רש"י ס"ל דהיכא דגובין ממקרקעי דאז שמם בשם משעבדי אז צריכה לישבע אף בלא טוענת השבע לי משא"כ הך משנה דלפי מה דמפרשי הש"ס לפלוגתת בן ננס ורבנן בבע"ח מאוחר כו' וס"ל כשיטת התוס' דר"פ מי שהיה נשוי דמפרשים דזה מיירי במטלטלי. והא דקאמרי בסוגיא שם (דף צ"ד) שנמצאת שדה שאינה שלו הוא לאו דוקא וכמש"כ רע"א בדרוש וחידוש שם. אבל היכא דגובין ממקרקעי י"ל דס"ל דנשבעת אף בלא טענה השבע לי משום דדינו כמו גובה ממשעבדי דצ"ש אף בלא טענה השבע לי. ולכן אין ראיה אף לשיטת התוס' בר"פ מי שהיה נשוי דמפרשי דהך דנשבעת לשני' מיירי במטלטלי די"ל דגם אינהו ס"ל דבמטלטלי לא שייך להשביע משום שבועת משעבדי רק דמפרשי כשיטת רש"י דמיירי שם בטענת השבע לי אבל לעולם י"ל דבלא טענה אין משבעינן לה כי הסברא נוטה דבמטלטלי אין דינו כמשעבדי:

ענף ג:

ועוד י"ל דמטעם אחר אינו ראיה מן שיטת התוס' דר"פ מי שהיה נשוי דאף דכתבו דמיירי הך משנה דהראשונה נשבעת בגובין ממטלטלי אפ"ה יש לחלק לדינא אף דנימא דמשום שבועת משעבדי אתו עלה. והוא דהא לפי שיטת התוס' הנ"ל מוכח דס"ל דיש

קדימה במטלטלין דהא קתני שם הראשונה קודמת לשני' כו' ומוכח דס"ל להתוס' כשיטת הרמב"ן בתשובה דס"ל דיש קדימה גם במטלטלי והובא בבית יוסף לח"מ סי' ק"ד ובסמ"ע שם ס"ק א'. וטעמם הוא דס"ל דכיון דמה"ת מטלטלי משתעבדי וכמש"כ הפני יהושע שם ובק"א בתוס' ר"פ מי שהיה נשוי ע"פ דברי התוס' בבכורות (דף נ"ב) דתקנת הגאונים הוי דאורייתא מטעם הנ"ל. וכמש"כ הרשב"א לב"ק פ' הכונס ובחידושיו סוף קידושין והובא בקצה"ח סי' ל"ט. לכן ס"ל דמה"ט יש קדימה במטלטלין. וכיון דס"ל דיש קדימה במטלטלי היכא דגבינן מהמטלטלין א"כ מסתמא נקראו בשם משעבדי ולכן המוקדם גובה ראשון. ולכן שפיר שייך לדון בהו דהראשונה נשבעת לשני' משום דדינה כמו גובה ממשעבדי כיון דהמטלטלי נשתעבדו לכל הבע"ח. אבל לדינא לפי מה דפסק המחבר בסי' ק"ד סעי' יו"ד דאין קדימה במטלטלין א"כ מוכח דס"ל לדינא דמטלטלי לא משתעבדי כלל ואין שם שעבוד עליהם כלל דאם היה שם שעבוד עליהם א"כ היה הדין נותן דיהיה שייך דין קדימה גם במטלטלין וכמש"כ המחבר שם סעי' י"ג דבמלוה בע"פ שייך ג"כ דין קדימה. וידעתי מה די"ל דלפי דברי הרא"ש בב"ק פ"א סי' י"ט שכתב דבדורות הללו מטלטלי כמקרקעי לכל מילי שעבוד מדינא דגמ' אף בלא תקנה דהוי כגמלא דערביא ואשלא דקמחוניא דאשה גובא פורנא מהם עכ"ל. א"כ י"ל דמה"ט יהיה דין קדימה בהו ג"כ. אכן לאו כ"ע ס"ל הכי כדמצינו בח"מ סי' ק"ז בסמ"ע ס"ק ג' ובאה"ע סי' ק' בב"ש ס"ק ב' ובח"מ סי' תי"ט מזה ועיין ברא"ש כתובות פ"ח סי' י"ג ועיין בספרי נחל יצחק בקונטרסי סי' ב' בשעבודא דאורייתא ענף ח'. ויש להאריך הרבה בכ"ז אך בענין שלנו אין להאריך בזה דיהיה מאיזה טעם שיהיה כיון דחזינן דס"ל להמחבר לדינא דאין קדימה במטלטלין אף דס"ל דגם במלוה בע"פ שייך דין קדימה בקרקעי דמוכח מזה דס"ל דעל מטלטלין אין שם שעבוד עליהם כלל. א"כ ממילא הדין לפ"ז דהיכא דגובין ממטלטלין דאינו שייך בהו שבועת משעבדי כ"ז דלא טען רק היכא דטוען השבע לי בזה מחייב את חבירו הבע"ח שישבע:

אכן מן לשון המחבר בסי' ק"ד סעי' י"א שכתב בכל מקום שאנו אומרים בזה יחלוקו כו' ישבע תחלה כו'. דמשמע מזה דאף בגובין ממטלטלין ישבע אף בלא טוען השבע לי ולא מחלקינן בזה בין מקרקעי למטלטלין וכן משמע מן לשון הבעה"ת שער מ"ג חלק ד' אות י"ד דלא מחלקינן בזה בין מקרקעי למטלטלין וזהו דלא כמו שרציתי לומר. ולכן צריך טעם להסביר דמפני מה אף בגובין ממטלטלין צריכות לישבע כ"ז דלא טענו השבע לי דהא לא נקראים בשם משעבדי:

ולכן נראה לי מזה להוכיח דהעיקר כמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ע"א סעיף י"ט ענף ב' דהא באמת מוכח ומבואר בסי' קי"א סעיף ז' שכתב דבע"ח מוקדם צריך לישבע כדין טורף שהרי טורף מהשני כו' וכ"כ בסי' ע"א ובסי' פ"ב ובסי' ק"ד דמשמע דאף דלא טען השבע לי צריך לישבע וכדין טורף ממשעבדי וקשה איך לא הביאו שיטת רש"י בכתובות (דף צ"ג) דפירש דהא דראשונה נשבעת מיירי בטוענת השבע לי ולא הוי דעת יחידאה דהא כמו כן כתב הר"ן והרע"ב והריטב"א שם. ומשמע דכל זמן דלא טען השבע לי לא משבעינן ליה ואין דינו כמו טורף מן משעבדי. [והוי נפ"מ לענין תפיסה אם הוא מוחזק]. וכתבתי לבאר די"ל דלדינא גם לשיטת רש"י וסייעתו הדין הוא דאף בלא טען השבע לי ג"כ מחייבינן שבועה וכמו בא ליפרע ממשעבדי דמשבעינן לי' אף בלא טענה מהטעם דכתב רש"י והרע"ב והר"נ בכתובות (דף פ"ז) דטענינן ליה שמא היה הלוה טוען אישתבע לי דלא פרעתיך וכן הוא הטעם בנפרע מיתומים. א"כ זה הטעם שייך אף בבע"ח דהא טענינן בשביל הבע"ח ג"כ כמבואר בסי' צ"ט בש"ך ס"ק י"ג שכתב שם דהסרסור צריך לישבע אף דטוען הבע"ח שמא משום דהבע"ח דין לוקח ויורש יש לו וטענינן להו וצריך לישבע אף בטוען שמא כו' עכ"ל. וזהו משום דזכות הלוה בכל מה דמצי טען שייך להבע"ח א"כ ה"ה בחיוב שבועה דהוי מצי הלוה לטעון אישתבע לי דטענינן זה אף בשביל הבע"ח ודינן שוה בזה לטורף ממשעבדי דצריך שבועה מה"ט דטוענין להו כשיטת רש"י וסייעתו וה"ה בגובה מיתומים דהוא מה"ט לשיטת רש"י וסייעתו [רק דהחמירו בשבועת יתומים במה דאמרו בי' א"א מוריש שבועה לבניו אף דעיקר שבועה הוא משום דטענינן להו מ"מ כיון דטענינן להו ויש בהו עיקר חיוב מה"ט החמירו בזה ביותר מן שבועת אישתבע לי וקצרתי. ועיין בפני יהושע לכתובות (דף פ"ז ע"א) בד"ה מנכסים משועבדים כו' ובהפלאה לכתובות שם בד"ה מנכסים משועבדים כו' וקצרתי]. וכיון דקיי"ל לדינא דיתומים שאמרו בין גדולים בין קטנים כמבואר בגיטין (דף נ') והטעם הוא דטוענין ליורש דאבוהון היה טוען אישתבע לי וכדמוכח בסוגיא שם דמשום טוענין אתו עלה ע"כ ממילא ה"ה בבע"ח הגובה טוענין לשארי בע"ח ג"כ טענת הלוה דהיה יכול לטעון אישתבע לי וע"כ משבעינן להבע"ח אף דלא טענו השבע לי. ומה דפי' רש"י במתניתין דהשניה טוענת השבע לי זהו משום דהא המשנה דהתם דקתני והרביעית נפרעת שלא בשבועה ופי' רש"י דאתי כהתנא דלא ס"ל דאביי קשישא אלא לקטנים אמרו דיפרע בשבועה ולא בגדולים. ועיין בתוס' שם ד"ה שנמצאת כו' א"כ חזינן דס"ל להאי תנא דמתניתין דאין טוענין לגדולים לחיוב שבועה וכמש"כ שם בספרי הטעם מזה. [והא דמשמע דממשעבדי כ"ע מודו דנשבעין אף למאן דלית ליה

דאביי קשישא ומיתומים גדולים גובין בל"ש משום דס"ל דהדין נותן דאין טוענין בכה"ג וכמש"כ שם בספרי. ואלו הא דנשבעין לבא לטרוף ממשעבדי הא כתב רש"י וסייעתו בכתובות (דף פ"ז) דאתו עלה משום דטוענין כו'. י"ל דס"ל להאי תנא דבשביל דחסו על הלקוחות לכן טוענין להו בזה אף דהוי נגד הדין לשיטתו ודומה זה לבא ליפרע מן יתומים קטנים דנשבעין משום דחסו עלייהו אבל עיקר הטעם הוא משום דטוענין בכה"ג ובצירוף הטעם דחסו עלייהו]. ולכן היה קשה לרש"י דאמאי הראשונה נשבעת לשניה כיון דס"ל דאין טוענין בזה וס"ל לרש"י דבע"ח אין דינו כמשעבדי וכ"ש למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא א"כ אין שם שעבוד חל כלל על זכות הבע"ח בנכסי הלוה. ע"כ פירש רש"י דמיירי דטוענת השבע לי אבל בלא טענה אין נשבעין. אכן לדינא דקיי"ל דאף ביתומים גדולים משבעינן משום דטוענין א"כ ה"ה בבע"ח משבעינן אם יש בע"ח אחרים וטוענין להו אף דאינם טוענים השבע לנו ואתי שפיר פסקי הש"ע אף לשי' רש"י וסייעתו: ענף ד:

ושם בספרי כתבתי לבאר מפני מה ס"ל למאן דפליג על אביי קשישא דרק בקטנים משבעינן ולא ביתומים גדולים והא קיי"ל דטוענין ליורשים גדולים ג"כ ועיין בגיטין (דף נ"ח ע"ב) תוס' ד"ה כגון זה טוענין כו' דלא מצינו פלוגתא בזה ע"ש. וכעת נלע"ד לומר דטעמו דס"ל דזהו בכלל מה דס"ל להרבה ראשונים דמילתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי כמבואר בסי' ק"ח סעיף ד' והמקור הוא מן ב"ב (דף ע) דאין טוענים להו נאנסו והא אלו היה אביהן קיים והיה טוען נאנסו היה נאמן לפטור א"ע מן הממון אפ"ה כיון דהוי מילתא דלא שכיח לא טענינן להו כש"כ בהך טענת דשמא נפרע חובו לענין חיוב שבועה דאין טוענין דהא חזינן דאביהן לא היה נאמן לומר פרעתי לפטור א"ע כיון שיש שטר ביד חבירו א"כ זהו בוודאי נקרא מידי דלא שכיח לפרוע ולהניח השטר ת"י המלוה ע"כ מקרי זה מידי דלא שכיח מכש"כ דטענת נאנסו ולכן ס"ל להאי תנא דביתומים גדולים לא טענינן לחייב שבועה רק לדידי' בעצמו דטוען ברי פרעתי תקנו חז"ל לחייב שבועה כן י"ל בהסבר שיטת האי תנא ויש להאריך בזה הרבה. אך מה לנו להאריך דהא חזינן דהתנא דמשנה דס"ל דהרביעית נפרעת שלא בשבועה דס"ל דבגדולים נפרעין שלא בשבועה ואין טוענין להו בזה ויהיה מאיזה טעם שיהיה ע"כ ה"ה בבע"ח הגובה במקום בע"ח אחרים לא טענינן לחייבו שבועה כ"ז דאינו טוענין השבע לי. וגם אפשר לומר דלמאן דאית ליה דמיתומים גדולים נפרעין שלא בשבועה משום דאין טוענין להו בזה. יש מקום לדון אליבי' דהך תנא דהוא הדין בגובה ממשעבדי נפרעין שלא בשבועה לשיטת רש"י וסייעתו דהא דצריך שבועה בגובה ממשעבדי דזהו משום דטוענין להו

א"כ להאי תנא דס"ל דאין טוענין ליתומים בזה א"כ הדין נותן ג"כ דהוא הדין בגובה ממשעבדי נפרעין שלא בשבועה כיון דהדין הוא לשיטתו דאין טוענין בזה. וזהו דלא כמש"כ לעיל. [ואין זה רחוק כ"כ דהא מצינו באיזה פרט דהקילו על יתומים ביותר וחשו לטובת היתומים ביותר מן טובת הלקוחות כמו הא דשבועות (דף מ"ח) בהא דאין מוריש שבועה לבניו דזהו דוקא בשבועת יתומים וכמבואר בסי' ק"ח סעיף י"ד ולכן כיון דס"ל להאי תנא דלא שקדו בזה לטובת היתומים לחייבו שבועה א"כ י"ל דה"ה בשבועת משעבדי]. משום דאזלינן בתר טעמא לשיטת רש"י וסייעתו דמה דחייבו שבועה בטורף דזהו משום דטוענין להו א"כ ממילא לפי הת"ק דמתניתין דס"ל דאין טוענין לגדולים הדין נותן בפשטות לדון כן במשעבדי דאינו חייב שבועה. והך דכתובות (דף פ"ז) ושבועות (דף מ"ה) דתנן דממשועבדים לא יפרע אלא בשבועה זהו משום דס"ל דגם מיתומים גדולים צריך שבועה וכדקיי"ל לדינא וכמבואר בשבועות (דף מ"ב) וגיטין (דף נ') ועיין בתוס' כתובות (דף פ"ז) ד"ה מנכסי יתומים כו': ולכן י"ל בפשיטות בשיטת רש"י דכתב דהשניה טוענת השבע לי משום דאף דנימא דזכות כל הבעלי חובות בנכסי הלוה מקרי ג"כ בשם משעבדי ובפרט למאן דס"ל ש"ד מ"מ כיון דס"ל להאי תנא דאין טוענין ליתמי בזה דה"ה דאין טוענין למשעבדי בזה לכן הוכרח לפרש דמיירי בטוענת השבע לי. ונתבאר דלדינא גם רש"י מודה דהבע"ח נשבע אף שלא בטוענים השבע לנו משום דטוענין לשארי הבע"ח לחייבו שבועה. ולכן שפיר סתמו הטוש"ע וכתבו דהבע"ח ישבע נגד שארי בע"ח וכדין טורף ממשעבדי כמבואר בסי' קי"א וכל הנ"ל. ומשמע אף דאינן טוענים השבע לי משום דאין שום חולק ע"ז ולכן לא הביאו לשיטת רש"י וסייעתו אף בשם יש אומרים משום דלדינא כ"ע מודו בזה:

ולפ"ז שפיר כתבו וסתמו דבכל מקום שאנו דנין יחלוקו ישבע הבע"ח וכמש"כ הבעה"ת והש"ע בסי' נ דמשמע דגם בגובין ממטלטלין הדין כן ואף דבמטלטלי לא שייך לקרותן בשם משעבדי כנ"ל מ"מ חייב שבועה אף דלא טענו השבע לי משום דהא לדינא קיי"ל דטוענין אף בשביל זכות שארי הבע"ח וכמש"כ הש"ך בסי' צ"ט ובשארי דוכתי כנ"ל. א"כ טענינן להו מה דהוי מצי למטען הלוה ולומר השבע לי ולא מבעיא לשיטת רש"י וסיעתו דעיקר חיוב שבועה בגובה ממשעבדי הוא משום דטוענין להו א"כ זה הטעם שייך ג"כ במטלטלי. ואף לשיטת התוס' בשבועות (דף מ"א) ד"ה וכי מה בין זה כו' ביתומים וממילא ה"ה במשעבדי דלאו משום דטוענין אתו עלה מ"מ הא גם לשיטתם הדין הוא דטוענין עבורם. [ונפ"מ כפי שיבואר לקמן]. וסעד לדברינו מן הריטב"א לכתובות (דף צ"ג) במתניתין מי שהיה נשוי ד' נשים הראשונה נשבעת כו' פי' רש"י

אם שניה טוענת השבע כו' ושמעינן מהכא כי מלוה מוקדם הבא לגבות תחלה דנשבע מקודם בנק"ח כאלו בא ליפרע ממשועבדים כו' עכ"ל הריטב"א בחי' והביאו השמ"ק שם. ודברי הריטב"א מוקשים כיון דכתב מתחלה בשם רש"י דהראשונה נשבעת לשני' מיירי בטוענת השבע לי דוקא א"כ איך כתב מיד אחר זה ושמעינן מהכא דבע"ח צריך לישבע נגד שארי בע"ח כמו בא ליפרע ממשועבדים כו' דמשמע דאף בלא טענת השבע לי צריך לישבע כדין משעבדי וסותרים דבריו אהדדי:

ולפי דברי הפני יהושע לכתובות (דף צ"ג) בד"ה מי שהיה נשוי ד' נשים הראשונה נשבעת לשניה כו' שכתב לפרש לדברי רש"י דשם דגם רש"י מודה דכל בע"ח צריך לישבע במקום שיש שארי בע"ח אף בלא טענה רק דהתם במתניתין דמיירי רק בחשש שמא לא משתייר לה כשיעור כתובתה וכעת יש לכולם ממה לגבות. בכה"ג לא תקנו חז"ל שבועה רק אם טוענת השבע לי כמו שהאריך שם הפנ"י. ולפ"ז אתי שפיר דברי הריטב"א שכתב מתחלה לדברי רש"י דדוקא בטוענת השבע לי צריכה לישבע משום דהתם מיירי ביש לכולם ממה לגבות רק דטוענת שמא לא משתייר לי כתובתי דשמא תמצא שדה שאינו שלו כו' אבל היכא דאין מספיק לכולם ויש פסידא מיד לשארי בע"ח בזה הצריכו שבועה כדין גובה ממשעבדי אף בלא טענת השבע לי. וכן לדברי הפני יהושע אתי שפיר מה דלא הביאו בח"מ בכל הסימנים הנ"ל שיטת רש"י וסייעתו דדוקא בטוען השבע לי יהיה חייב הבע"ח לישבע. אכן לפי מה שכתבתי א"ש בפשיטות דברי הריטב"א משום דמתחלה מפרש פשט המשנה דס"ל לת"ק דהרביעית נפרעת שלא בשבועה משום דס"ל דאין טוענים ליתומים בזה וכמש"כ רש"י ע"כ פירש רש"י דמיירי בטענה השבע לי. ואף לפי מש"כ הריטב"א שם לקמן בד"ה אמר אביי כו' דלאוקימתא קמא מיירי בפטרה מהשבועה וכמש"כ התוס' שם בד"ה שנמצאת שדה כו'. עכ"ז לאוקימתא דאביי דת"ק לית ליה דאביי קשישא וס"ל דבגדולים נפרעין שלא בשבועה אם כן סבירא ליה דאין טוענין להו ע"כ הוא הדין דאין טוענין להבעל חוב לכן הביא פי' רש"י דמיירי דטענה השבע לי. וממילא לדינא שפיר העלה הריטב"א דכל בע"ח צריך לישבע לשארי בע"ח כדין טורף ממשעבדי דהטעם הוא דטענינן להו וכשיטת רש"י וסייעתו בכתובות (דף פ"ז) וא"ש בפשיטות דברי הריטב"א. וראיתי בביאור הגר"א זצ"ל בח"מ סי' קי"א סעי' ז' בס"ק ט"ו שכתב על מה דמבואר שם דצריך הבע"ח לישבע להבע"ח השניים כדין טורף כו' כתובות צ"ג ב' הראשונה נשבעת כו' ועיין רש"י שם ד"ה הראשונה עכ"ל. וכוונתו למש"כ רש"י שם דנשבעת אם שניה טוענת השבע לי. וזהו דלא כמש"כ הש"ע הכא. אך דאתי שפיר הן לדברי הפני יהושע והן לפי מה שכתבתי.

ודברי הב"ש באה"ע סי' צ"ו סעי' ט' ס"ק כ"ד ובס"ק ל"ג כבר הבאתי בספרי נחל יצחק בסי' ע"א סעי' י"ט. ולפי מש"כ אתי שפיר קושיות הב"ש הנ"ל:

ענף ה:

נחזור לענינינו דהדין הוא דאף במטלטלין דיחלוקו הבע"ח דגם בזה צריך הבע"ח לישבע אף בלא טענה. וכן ראיתי בתשובות מיימוני לספר משפטים סי' מ"א שכתב להדיא בזה"ל וכל הבע"ח לא שקלי אלא בשבועה כדין הבא ליפרע מנכסים משועבדים לא יפרע אלא בשבועה לא שנא מקרקעי לא שנא מטלטלי עכ"ל. הרי דכתב להדיא דהבע"ח צריך לישבע כדין טורף ממשעבדי דנשבע בלא טענה ולא שנא מקרקעי ל"ש מטלטלי. וזהו כמש"כ משום דאף דמטלטלי לא משתעבדי עכ"ז צריך לישבע אף בלא טענה מצד דטוענין להו והוי שפיר כדין טורף ממשעבדי לשיטת רש"י וסייעתו בכתובות (דף פ"ז) דלכן צ"ש שם משום דטוענין להו. וי"ל דכן הוא כוונת הרי"ף לכתובות דכתב בפ"ט להלכותיו הך דינא בבע"ח דצ"ש בפיסקא דממשועבדים נפרע בשבועה וכן הוא כוונת הבעה"ת הנ"ל:

ואף שנתבאר דל"ש מקרקעי ל"ש מטלטלי צריך הבע"ח לישבע נגד שארי הבע"ח אף דאין הלוה טוען השבע לי וכן אין הבע"ח טוענים השבע. דמ"מ יש נפקא מינה רבתא בין מקרקע למטלטלי כפי שיבואר. והוא דהנה בסי' ע"א סעי' י"ט כתב הש"ע דאין הנאמנות מועיל לגבי לקוחות כו' וה"ה למלוה מוקדם כו'. והש"ך ס"ק מ"ב כתב דיש רבים חולקים ע"ז ולכן אם תפס המלוה מהני תפיסתו וא"צ לישבע וסיים דזהו דוקא בנאמנות מפורש שהאמינו נגד הלקוחות אבל סתם נאמנות פשיטא דלכ"ע לא מהני נגד הלקוחות עכ"ל. ומשמע דכן הוא הדין במלוה נגד שארי מלווים דסתם נאמנות בוודאי דלכ"ע לא מהני ולא מהני תפיסתו לפטור א"ע משבועה. אכן לפי מש"כ דהדין הוא דאף במטלטלי צריך הבע"ח לישבע נגד שארי בע"ח אף בלא טענה משום דאף דאין שמם בשם משעבדי מ"מ חייב שבועה משום דטוענין להו מה דהוי מצי הלוה לטעון. ונקדים למה שכתבו התוס' בשבועות (דף מ"א ע"א) בד"ה וכי מה בין זה לפוגם שטרו כו' דמה דתנן הבא ליפרע מיתומים לא יפרע אלא בשבועה דאין הטעם משום דטוענין להו דאי היה אבוהון קיים הוי טעין אישתבע לי דא"כ היכא דנתן פטור להלוה בלבד דמ"מ לא יפרע אלא בשבועה נגד היתומים הא אביהן לא היה יכול להשביע אלמא עבוד רבנן תקנתא ליתמי אפי' במקום שאין האב יכול להשביע עכ"ל התוס' בשינוי לשון. ולפ"ז תקשה על שיטת רש"י והרע"ב והר"נ כתובות (דף פ"ז) שכתבו דלכן הנפרע ממשעבדי ומיתמי ישבע משום דטענינן להו מה דה"מ אביהן לטעון וכ"כ הרשב"ם בב"ב (דף ע'

ע"ב) וכ"כ הנ"י שם וקשה עלייהו מהך דכתובות (דף פ"ו) שהוכיחו התוס' מזה דלאו משום טוענין אתי עלה דהא אף היכא דאבוהון לא היה לו להשביעה משום דכתב נדר ושבועה אין לי עליך אפ"ה יורשיו משביעין. ומצאתי בפני יהושע לכתובות (דף פ"ז) בד"ה מנכסים משועבדים שהביא בשם נתיבות המשפט דתירץ זה דהא סוף סוף הוי מצי אביהן למטען אישתבע לי אלא דלא מהני מצד הפטור שכתב לה א"כ כיון דלא מהני הפטור גבי יורשים שפיר טענינן ליורשים ולקוחות וכתב ע"ז הפנ"י והדברים ראויין למי שאמרן ליישב שיטת רש"י ז"ל עכ"ל. ועיין בבית יעקב לכתובות (דף פ"ו) ד"ה הלכה מקבר בעלה שכתב דאף דהתוס' הקשו מנקי נדר מכל מקום היכא דלא היה הפטור רק נגדו ג"כ הדין כן כמש"כ הפנ"י:

הרי דלפ"ז מצינו פלוגתא במילתא חדתא דלשיטת רש"י וסייעתו מוכח דאף היכא דאביהן נתן נאמנות סתם להמלוה ולא היה יכול להשביעו דמ"מ יורשיו יכולין להשביע את המלוה משום דגם בזה שייך לומר דטוענין להו כיון דבאמת היה יכול אביהן לטעון זה רק מצד הפטור שלו לא היה יכול לטעון כן ע"כ גם בכה"ג שייך לדון דטוענין. אבל לשיטת התוס' דהטעם הוא דלכן בנתן נאמנות סתם הלוה אינו יכול להשביעו אבל יורשיו משביעין אותו דזהו משום דחסו חז"ל לטובת היתומים והלקוחות אף היכא דלא שייך לומר דטוענין להו אבל הטעם דטוענין לא שייך בכה"ג כיון דאביהן לא היה יכול עכ"פ להשביעו. ולכן נלע"ד בגביות מטלטלי שאין להבע"ח שעבוד מטלטלי אג"ק דנתבאר לעיל דזה לא נקרא בשם משעבדי כיון דמטלטלי לא משתעבדי דעיקר הטעם דמשביעין בכה"ג להבע"ח נגד שארי בע"ח משום דטוענין להו א"כ היכא דהלוה בעצמו לא היה יכול להשביע משום דנתן לו נאמנות נגדו דלא שייך טוענין בזה לשיטת התוס' לכן אין לנו יכולת להשביעו כ"ז דאינן טוענין השבע לנו. רק לשיטת רש"י וסייעתו דגם בכה"ג שייך לומר דטוענין לכן אף בגביות מטלטלין דאין שם משעבדי עליהן עכ"ז טוענים עבורם להשביע להבע"ח משום דהא ס"ל דגם בכה"ג שייך טוענין. וי"ל דמה דמבואר בתשובת מיימוני הנ"ל דל"ש מקרקעי ל"ש מטלטלי לא שקלי אלא בשבועה ומשמע דס"ל דאין לחלק בין מקרקעי למטלטלי י"ל דזהו משום דס"ל כשיטת רש"י דאף שבועת משעבדי הוא רק משום דטוענין להו לכן ס"ל דאין לחלק בין מקרקעי למטלטלי. אבל לשיטת התוס' יש לחלק ביניהם בזה:

ענף ו:

ולכן אם תפס המלוה להמטלטלי ויש לו נאמנות נגד הלוה אין אנו יכולין להשביעו כ"ז דאינן טוענין ברי שנפרע חובו והשבע משום דיכול לומר קים לי כשיטת התוס'

דס"ל דלא שייך לומר טוענין להו בכה"ג כיון דהלוה בעצמו לא היה נאמן לומר פרעתי ולהשביעו מחמת הנאמנות שנתן להמלוה ואף דלא היה נאמנות מפורש נגד ב"כ והלקוחות רק נגד הלוה בלבד מ"מ כיון דהלוה לא היה יכול להשביעו עכ"פ לכן לא שייך לדון דטוענין להבע"ח ופטור מן השבועה. רק בקרקע אף דתפס כעין המבואר בהרא"ש לכתובות פ"ט סי' י"א בשם ר' יונה ע"ש. לא יכול לומר קים לי כהתוס' משום דהא לשיטת התוס' ג"כ חייב שבועה אף היכא דלא שייך דטוענין. משום דנקראו בשם משעבדי דהא הקרקעות הם משועבדים לכל הבע"ח למ"ד ש"ד ואף למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא מ"מ יש עליהם שעבודא מדרבנן ויש עליו חיוב שבועה דהוי כמו טורף ממשעבדי דחייב שבועה אף היכא דלא שייך לומר דטוענין אבל גבי מטלטלין דלא משתעבדי ואין בזה החיוב שבועה משום גבי' ממשעבדי רק דעיקר חיוב שבועה הוא בזה רק משום טוענין להו ולכן כיון דהלוה לא היה יכול להשביע ממילא פטור מן השבועה לשיטת התוס' כ"ז דאין טוענין ברי שנפרע חובו והשבע לנו ע"כ ממילא מהני תפיסתו לומר קים לי כשיטת התוס' ומיפטר מהשבועה וכמו כל ספיקא דדינא. ואף דמן דברי הש"ך בסי' ע"א ס"ק מ"ב דסתם בזה לא משמע כן מ"מ נראה לי לדינא כן וי"ל דגם הש"ך מודה לזה רק דלא מיירי מזה דהא מיירי שם בלקוחות וגם מיירי בקרקע שם. אבל במטלטלי בבע"ח דתפס דמפסיד לשארי בע"ח י"ל דגם הש"ך מודה דאף בנאמנות סתם מהני תפיסתו ואין אנו יכולין לחייבו שבועה כ"ז דאינם טוענים השבע לנו וברי שנפרע חובו. אבל בלא תפס אז אף דיש להמלוה נאמנות מפורש נגד הב"כ והלקוחות מ"מ אינו גובה בל"ש במקום דיש בע"ח אחרים אף בגביות מטלטלין וכדמוכח בסי' ק"ד סעי' י"א דמיירי שם גם במטלטלי כמו דכתב שם בסעי' יו"ד. ומיירי שם בנאמנות ומשמע אף בנאמנות מפורש מדסתמו וכדמוכח מהסמ"ע שם בס"ק כ"ט. משום דלא שייך מיגו בזה וכמש"כ האו"ת בעצמו בסי' פ"ב בתומים ס"ק ד' דבמה דנתן נאמנות על מכאן ולהבא לא שייך מיגו כ"כ ואף דבאורים שם כתב להסתפק בזה אכן מ"מ העיקר כמש"כ. וכ"ז אם אין הבע"ח מוחזק. ולא שייך לומר בזה דהא ה"ל ספק תקנה דמוקמינן על ד"ת משום דהא היכא דה"ל טענת ברי כנגדו לא דיינינן כן וכדמוכח בהא דסי' פ"ד סעי' א'. א"כ ה"ה במה דטוענין להבע"ח ה"ל כמו ברי וכמש"כ הרא"ש רפ"ב דכתובות כעין זה. ואף לפמש"כ בשיטת התוס' דאין טוענין להו בכיוצא בזה זהו רק לענין אם יכולין לחייבו שבועה ע"י מה דטוענין להו אבל מ"מ מקרי טענת ברי לכ"ע במה דטוענין להו. וע"כ אף במקום ספק חיוב שבועה אם מהני נאמנות מפורש במקום דחב לאחרים וכמש"כ הש"ך בסי' ע"א ס"ק מ"ב דכתב בשם הרא"ש דכיון דאיפליגו רבוותא לא מפקינן עד

שישבע המלוה כו'. אף דהוי ספק תקנה אינו גובה רק בשבועה. אבל בתפס מטלטלי אף בנאמנות סתם אין אנו יכולים להוציא מידו אף דלא נשבע דאין כח בידינו לחייבו שבועה כ"ז דאינם טוענים ידענו שנפרע חובו והשבע לנו משום דיכול לומר קים לי כשי' התוס':

וזה ברור דאם נימא כשיטת התוס' דאין טוענין להו במקום דהלוה עצמו לא היה יכול לטעון לחייב להמלוה שבועה ולכן אם תפס המלוה מהני תפיסתו בלא שבועה. דאף דטוענים שארי הבע"ח להבע"ח שתפס דהשבע לנו דמ"מ אינן יכולין להשביעו מפאת טענת עצמו כיון דאין טוענין להו. דהא מבואר בסי' פ"ב סעי' ב' גבי טענת אשתבע לי על השטר דדוקא בטען הלוה טענת ברי אבל בטוען שמא אף דטוען אישתבע לי לא משבעינן להמלוה וכ"כ הח"מ באה"ע סי' צ"ו ס"ק כ"ג ע"ש. א"כ ה"ה כאן כיון דטוען קים לי כשיטת התוס' דאין טוענין בכה"ג דהיה להמלוה נאמנות סתם נגד הלוה וכיון דאין טוענין עבור הבעלי חובות א"כ אין זה מקרי טענת ברי לכן אף דיטענו השבע לנו דילמא נפרעת את החוב אינן יכולין לחייבו שבועה על שטרו. והא דמבואר בכתובות (דף צ"ג) דהראשונה נשבעת לשניה אם שניה טוענת השבע לי שלא גבית כלום כו'. י"ל דשא"ה דהא כתבו התוס' בב"ב (דף קנ"ח) בד"ה ובית הלל כו' בשם הר"י דלכן צריכה לישבע על כתובתה משום דחיישינן שמא תפסה מחיים כו' ע"ש. וזהו פלוגתת הראשונים שהובא באה"ע סי' צ"ו בב"ש ס"ק א' ובח"מ שם ס"ק י' ובב"ש שם ס"ק י' בשם הב"ח דס"ל דשבועה שלא תפסה אין זה רק גלגול שבועה ומן שיטת רש"י וסייעתו דכתבו הכא דהראשונה נשבעת לשניה בטוענת השבע לי שלא גבית משל בעלי משמע דס"ל דהוי חשש גמור שמא תפסה מעצמה וכן משמע הלשון דשלא גבית. דהא לשיטת רש"י וסייעתו הלז דס"ל דכ"ז דאינן טוענין השבע לי אינה חייבת לישבע משום דס"ל דאין טוענין בכה"ג ויהיה מאיזה טעם שיהיה א"כ תקשה דאף דטוענת השבע לי איך משבעינן דהא טוענת בספק וכבר נתבאר דטענת השבע לי על טענת ספק לא משבעינן והכא מקרי ג"כ טענת ספק כיון דס"ל דאין טוענין בכה"ג ודוחק לומר דמיירי בטוענת ברי. ומוכח מדברי רש"י וסייעתו דס"ל דהך שבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה ולא מצד ג"ש. והוי מזה סייעתא לדברי הט"ז באה"ע סי' צ"ז ס"ק א' שהביא בשם הרלב"ח דהך שבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה ומסיק לדינא דאף בגרושה אם טוען הבעל השבע לי צריכה לישבע שלא תפסה וחולק על הב"ח שם והובא בב"ש שם ס"ק א' ועיין בהגהות הט"ז שם. והט"ז הביא שם בשם הרלב"ח דרש"י ס"ל דלא חיישינן לשמא תפסה מדלא הזכיר חשש זה בכתובות (דף פ"ז). אכן לענ"ד מוכח מן דברי רש"י כתובות (דף

צ"ג) דס"ל דהחשש שמא תפסה הוא חשש מעליא והוי זה עיקר שבועה ומה דלא הזכיר רש"י זה שם (דף פ"ז) אין זה ראיה מוכרחת. ועיין בב"ש סי' צ"ח ס"ק י"ג מזה ובסי' צ' ס"ק כ"ד:

ולכן אין ראיה מרש"י הנ"ל לדון לחייב שבועה דאשתבע לי על הספק וע"כ בבע"ח א' דתפס מטלטלין וכתוב נאמנות בשטרו אף בנאמנות סתם אין יכולין הבע"ח האחרים להשביעו כ"ז דאינן טוענין ברי דנפרע חובו אף דטוענים השבע לנו מ"מ אינן יכולין להשביעו משום דיכול לומר קים לי כשיטת התוס' דבכה"ג אין טוענין להו. אבל אם לא תפס אף דכתוב נאמנות מפורש בשטרו מ"מ אינו גובה רק בשבועה נגד שארי הבע"ח אף דאין הלוה טוען אשתבע לי דלא פרעתיך וגם הבע"ח אינן טוענין השבע לנו מ"מ אינו גובה רק בשבועה. אכן בתפס מהני. וכבר נתבאר למעלה דיש סוברים דבזה"ז דתקנו הגאונים דמטלטלי משתעבדי די"ל דזהו ג"כ מן הדין כמו שכתב הרא"ש בב"ק פ"א סי' י"ט א"כ ה"ה מיני' דשייך הטעם שלהם. אבל הא רבים חולקים ע"ז. ובפרט דהא קיי"ל דבמטלטלי אין בהם קדימה כלל א"כ חזינן דלא משתעבדי ע"כ מהני תפיסתו ולומר קים לי כהסוברים דהא דמטלטלי דיתמי משתעבדי בזה"ז אין זה רק מצד התקנה ולא מצד שעבוד כ"ז דלא שיעבד בפי' מטלטלי ואין שמם בשם משעבדי רק עיקר חיוב שבועה במטלטלי הוא מצד דטוענים להו והא לשי' התוס' אין טוענים בכה"ג כיון דכתוב נאמנות סתם ולא היה יכול הלוה להשביעו עכ"פ לכן יכול לומר קים לי כשיטתם ואין אנו יכולין לחייבו שבועה. ואין לומר דהא כיון דתפס מטלטלי לגבות א"כ הא בא עליהם מצד שעבוד מדרבנן וע"כ כמו דהוא בא עליהן מן צד שעבוד ה"ה נידון כן בזכות שארי בע"ח. דז"א דהא מיירינן בתפס מטלטלי מן הלוה ולא מיירינן במטלטלי דיתמי דהא ביתמי וודאי צ"ש א"כ שפיר יכול לומר דאינו בא עליהן מצד שעבוד רק מצד פריעת בע"ח מצוה ומיני' אף מגלימא כו' גובין מה"ת ע"כ שפיר יכול לומר דאין דין שעבוד כלל על המטלטלין וא"צ שבועה נגד שארי הבע"ח כשתפס:

ענף ז:

אם טען השבע לי שלא פרעתיך משביעין אותו בנק"ח כו' והוא שיטעון הלוה ברי שהוא פרוע אבל אם בא בטענת שמא לא משבעינן לי' עכ"ל. והט"ז לקמן סי' צ"ג סוף סעי' י"ג כתב בזה"ל בא"ע סי' צ"ז בסופו הוכחתי במי שבא להוציא חוב ויש לו שט"ח והלוה טוען שמא תפסת משלי בהיותך שותף עמי אע"פ שחלקו השותפים חייב לישבע ע"ש עכ"ל הט"ז: ז (שם סעיף כ"ט):

והנה הט"ז באה"ע סי' צ"ז הביא בשם מהרל"ח בתשובה שכתב לדון בשבועת כתובה אם שבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה או לא ושיטת הרמב"ם דלא הזכיר שבועה זו ס"ל דלא הוי זה עיקר שבועה וכן בלשון רש"י כתובות (דף פ"ז) שכתב בשבועת משעבדי ויתומים שהוא מטעם שמא פרע ולא הוזכרה שבועה שלא תפסה. ולשיטת הטור הוי שבועה שלא תפסה עיקר שבועה וה"ה גרושה חייבת לישבע זה כן הוא קוטב דברי מהרל"ח והב"ח השיג ע"ז ומסקנת הט"ז להכריע דשבועה שלא תפסה הוא עיקר שבועה כשתובעת הכתובה בין אלמנה בין גרושה אלא דבאלמנה נשבעת אפילו לא יטענו היורשים ואלו בגרושה הבאה לגבות מהבעל בעינן שיטעון הבעל שתשבע שלא תפסה מעצמה ומה"ט בשותף הבא לגבות בשט"ח משותפו אם יטעון שותפו בטענת ספק שמא תפס ממנו וטוען שישבע לו צ"ש ואינו יכול להוציא הממון בלא שבועה כמו בגרושה שתובעת הכתובה דצ"ש שלא תפסה באם טוען שתשבע כן הוא קוטב דברי הט"ז שם. והובא דברי הט"ז הנ"ל בב"ש סי' צ"ז. ועיקר הך מילתא אם שבועה שלא תפסה הוא עיקר שבועה זהו פלוגתת הראשונים והובאו בב"ש סי' צ"ו ס"ק א'. ועיקר שבועה שלא תפסה כתבו התוס' בב"ב (דף קנ"ח) ד"ה ובית הלל כו'. והחלקת מחוקק בסי' צ"ו ס"ק י' כתב דשבועה שלא תפסה הוא ג"ש ולכן בגרושה א"צ שבועה שלא תפסה וכ"כ הב"ש שם ס"ק י' בשם הב"ח וכ"כ הב"ש מזה בסי' צ"ח ס"ק י"ג והאריך בזה שם. וכיון דזהו ספיקא דפלוגתא ע"כ אין להוציא ממון רק בשבועה שלא תפסה אף דהבעל טוען שמא רק דבעינן שיטעון השבע לי כמו בשבועת אשתבע לי דלא פרעתיך דבעינן שיטעון השבע לי וכמש"כ הט"ז:

ולכאורה קשה דהא מבואר הכא דבטוען שמא פרעתיך אף דיטעון השבע לי לא משבעינן לי' ואמאי בטענה שמא תפסה משבעינן לשיטת הט"ז. ובאמת אינו קשה דדוקא בטענה שמא פרעו לא משבעינן משום דיש בזה חזקה דשטרא בידי כו' משא"כ בחשש שמא תפסה בעצמה דלא שייך בזה חזקה דשטרא כו' ע"כ תקנו שבועה דלא תטול רק בשבועה אף בטענת שמא. ועדיין יש להקשות דהא אף במלוה בע"פ הדין הוא באיני יודע אם פרעתי דהמלוה נוטל בל"ש כמבואר לעיל סי' ע"ה סעי' ט' והכא בבאר הגולה ס"ק מ'. ומפני מה חייבו שבועה שלא תפסה הא הוי א"י א"פ. ואפשר לחלק דשאני בזה היכא דה"ל למידע הוי שמא גרוע משא"כ הכא בחשש שמא תפסה דלא ה"ל למידע ע"כ כיון דבא ליטול תקנו שבועה אף על טענת שמא כיון דיש לנו לידת הספק שמא תפסה כיון שנכסי בעלה מצויין בידה וכעין דברי הש"ך בח"מ סי' קמ"ו ס"ק ה' בשם תשובת מיימוני דטובא אשכחן ליטול דנשבעין על טענת שמא ע"ש. והא דח"מ סי'

קכ"א סעי' י' דאין הלוה יכול להשביע להמלוה שלא פרעו השליח אף דהמלוה בא ליטול. י"ל הטעם שם ע"פ סברת הנתיבות בסי' ע"ה ס"ק ה' על הא דחנוני ופועלים דהבעה"ב פשע דלא היה לו למסור הפרעון להחנווני וה"ל דינו כמו שמא גרוע. וה"ה הכא במה דמסר הפרעון לשלוחו מקרי פשיעה ודינו כמו שמא גרוע ולכן אינו חייב המלוה לישבע. ומן שיטת הסוברים דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה יש להוכיח מזה דה"ה בכל איני יודע אם פרעתי היכא דלא ה"ל למידע לשיטת הסוברים דחייב בזה דעכ"ז חייב התובע לישבע ואינו נוטל רק ע"י שבועה היכא דיש מקום לידת הספק. ואפשר לחלק עוד דשאני בחשש פרעון דיש כנגדו חזקת חיוב דעומד בחזקה הראשונה ולא נפרע חובו משום דאם נימא דפרעו א"כ נתבטל החזקת חיוב משא"כ בחשש שמא תפסה דע"י התפיסה שלה לא נפקע החוב רק זה גובה וזה גובה ואנו באנו עלי' משום הפוכי מטרתא לעשותו עכשיו לפרעון אבל בעת שתפסה לא נתבטל אז החוב לכן אין זה סותר להחזקת חיוב ושפיר חשו לזה ויש להאריך בכ"ז:

וההפלאה בסי' צ"ז כתב דמה שהביא הב"ש ראיה להרלב"ח דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה מן התוס' בב"ב (דף קנ"ח) ומחלק דשאני באלמנה דכתבו דשבועה שלא תפסה בעצמה הוא עיקר שבועה משום דטענינן ליורשים אם היה אביהם קיים היה טוען ברי שתפסה משא"כ בבעל הטוען לגרושתו שמא תפסה עדיין י"ל דלא משבעינן שמא תפסה עכ"ל ההפלאה. וכעין זה כתב בספר בית יעקב באה"ע סי' צ"ז דאין ראיה מן התוס' בב"ב הנ"ל משום דיש לחלק דשאני ביתומים דחשו לטובתם לחוש שמא תפסה אבל לגבי הבעל עצמו לא תקנו שבועה בטוען שמא תפסה ע"ש. ולענ"ד נראה להביא ראיה לדברי הט"ז דגם בגרושה התובעת מן הבעל חייבת שבועה שלא תפסה אם תובעת כתובה והוא דהא בכתובות (דף צ"ג) במשנה מי שהיה נשוי ד' נשים ומת כו' הראשונה נשבעת לשניה כו' והרביעית נפרעת שלא בשבועה ופי' רש"י אם שניה טוענת השבע לי שלא גבית משל בעלי כלום כו' וקסבר האי תנא דשבועת יתומים בקטנים ולא בגדולים עכ"ל רש"י. וס"ל לרש"י דהך שבועת הראשונה לשניה אין זה משום שבועת משעבדי דלא בעינן טענה וכמש"כ התוס' יו"ט. אלא כמש"כ הפני יהושע והקול הרמ"ז לפרש כוונת רש"י דבעינן דוקא טענת השבע לי וכ"כ הר"ן והריטב"א והרע"ב שם דבעינן שתטעון השניה השבע לי שלא גבית משל בעלי כלום. ויש להעיר בלשונם שכתבו כולם השבע לי שלא גבית משל בעלי ולא נקטו לשון פרעון דהשבעי לי שלא נפרעת כתובתך וכמו דכתב רש"י לעיל (ד' פ"ז) בשבועת משעבדי ויתומים וכמש"כ שם הר"ן והרע"ב והכא נקטו כולם לשון שלא גבית ובוודאי הלא דבר הוא:

ב (שם סעיף ב):
והנלע"ד דהראשונים הנ"ל נתכוונו לתרץ בזה למה שיש להקשות קושיא חזקה מהך משנה והוא דאמרינן בשבועות (דף מ"א) א' ר"פ האי מאן דאפיק שטרא על חברי' וא"ל שטרא פרוע הוא אם אמר לישתבע לי א"ל אישתבע ליה כו' מה בין זה לפוגם שטרו כו'. והתוס' שם בד"ה וכי מה בין זה לפוגם שטרו וא"ת תקשה ליה אמתניתין דהבא ליפרע מנכסי יתומים כו' ומיהו נראה דטעמא לאו משום הכי הוא כו' עכ"ל. ובאמת לשיטת רש"י והרע"ב והר"נ בכתובות (דף פ"ז) דכתבו דשבועת משעבדי ויתומים הוא בשביל דטענינן להו מה דאבוהון מצי למטען תקשה עליהם קושיות התוס' הנ"ל. והפני יהושע האריך בכוונת רש"י דכתובות (דף פ"ז) שם והביא שם דברי נתיבות המשפט ע"ש. והנתיבות המשפט שם לא תירץ רק מה שיש להקשות על שיטת רש"י וסייעתו ממשנה הקודמת דשם דאע"ג שכתב לה נדר ושבועה כו' אפ"ה יורשין משביעין אותה. ומה שהקשו התוס' שם דהמקשה דהקשה על ר"פ דשם ומה בין זה לפוגם שטרו דהא אף בלא מימרא דר"פ תקשה ליה אמתניתין דנפרע מיתומים כו' דטעמא משום דטענינן להו כפי' רש"י וסייעתו. על זה לא תירץ כלום הבעל נתיבות המשפט שהובא בפני יהושע שם. אך אפשר לומר דכיון דלא הזכיר המשנה מפורש להך שבועת אשתבע לי ע"כ לא הקשה המקשה דמה בין זה לפוגם שטרו רק על מימרא דר"פ. ובאמת הר"נ לכתובות (דף פ"ז) על משנה דנפרע ממשועבדים ויתומים דצ"ש כתב דמזה הוכיח הש"ס בשבועות לדון שבועת אשתבע לי דלא נאמר רמז מזה במשנה אלא משום ה"ט כמש"כ רש"י ע"ש. ועכ"ז כיון דלא נשנה זה במפורש במשנה ע"כ לא הקשו כן על המשנה. אבל למאי דפי' רש"י וסייעתו דהך שבועת הראשונה לשניה הוא משום דטוענת השבע לי א"כ תקשה ע"ז דהאי קושיות המקשה דמה בין זה לפוגם שטרו היה יכול להקשות על המשנה דמי שהיה נשוי דהראשונה נשבעת לשניה דזהו משום טענת השבע לי. וזהו מוכרח לפי מש"כ במק"א לפרש בכוונת רש"י דכיון דפירש דת"ק דאית ליה הרביעית נפרעת שלא בשבועה דס"ל דביתומים גדולים א"צ שבועה א"כ ס"ל דלא טענינן לחייב שבועה דתקשה דאמאי נשבעת הראשונה לשניה וע"כ פירש משום דטוענת השבע לי. וכן הוא מוכרח בפשט הסוגיא דכתובות (דף צ"ד) דא"ל מתניתין היא הראשונה נשבעת כו' ואילו ראשונה נשבעת לשלישית לא קתני כו' דמוכח מזה דבעינן טענה דאל"כ אין מקום להוכיח שם על הני תרי אחי ושותפי כו' והתרצן שם א"ל שבועה לא' שבועה למאה כו' אבל בעיקר דבריו דבעינן טענה לא דחי ליה. עכ"פ לדברי רש"י וסייעתו דפירשו להמשנה דהראשונה נשבעת לשניה דזהו משום טענת השבע לי וזהו מוכרח לשיטתם

דלא ס"ל למש"כ התוס' יו"ט שם. א"כ תקשה דהיה להמקשה דהקשה על ר"פ דמה בין זה לפוגם שטרו דה"ל להקשות כן על הך משנה מפורשת. בשלמא בהמשנה דנפרע ממשועבדים ויתומים כיון דאין זה מפורש כ"כ ע"כ י"ל דלכן לא הקשה שם משא"כ בהך משנה דנשנה מפורש תקשה כן:

ומטעם זה נלע"ד בכוונת רש"י וסייעתו דכתבו הכא דראשונה נשבעת בטוענת השבע לי שלא גבית משל בעלי ולא נקטו לשון פרעון דתשבע שלא נפרעת משל בעלי כמו דנקטו בלשונם בהמשנה דממשועבדים ויתומים דצ"ש משום פרעון כמבואר בכתובות (דף פ"ז) ובוודאי הלא דבר הוא. וע"כ נלע"ד לומר דרש"י וסייעתו נתכוונו בלשונם שכתבו דתשבע שלא גבתה דעפ"ז יהיה מתורץ מה שיש להקשות מהך דשבועות דה"ל להמקשה שם להקשות דמה בין זה לפוגם שטרו על הך משנה. ובאמת י"ל דאין זה קשה לשיטת הסוברים דעל כתובה צריכה לישבע שלא תפסה והוי זה עיקר שבועה ע"כ י"ל דמן הך משנה דהראשונה נשבעת לשני' אינו ראיה להוכיח מזה על שבועת אשתבע לי דלא פרעתיך על השטר משום דעדיין יש לחלק דשאני בכתובה דחשו שמא תפסה מנכסי בעלה שמצוי בידה ע"כ תקנו שתשבע דהא על זה החשש לא שייך לומר דחזקה דשטרא בידי כו' מסייע לה דדוקא בחשש פרעון שייך לומר ולדון להחזקה דשטרא בידי מאי בעי. ולכן עדיין י"ל דמי שהוציא שט"ח על חבירו כיון דמסייע ליה החזקה דשטרא בידי דלא תקנו חז"ל בזה לשבועה אף דיטעון השבע לי ועיין בשבועות (דף מ"א) ברש"י ד"ה וכי מה בין זה כו' שכתב דגבי פוגמת ליכא למיסמך תו אשטרא כו' ע"ש. א"כ על הך משנה דהראשונה נשבעת לשניה לא היה יכול להקשות דמה בין זה לפוגם שטרו משום די"ל דבלא פוגמת א"צ שבועה על חשש פרעון רק שבועה שלא תפסה בעצמה דע"ז החשש ליכא לסיועי מן חזקת השטר אבל בחשש פרעון דמסייע לה חזקה דשטרא בידי כו' או מעשה ב"ד דה"ל כמאן דנקט שטרא ע"כ א"צ שבועה על חשש פרעון. ואף דצריכה שבועה שלא תפסה וממילא חייבת לישבע על פרעון מצד גלגול שבועה ובזה לא שייך לדון דחזקה תסייע לפטור מן ג"ש כמש"כ הש"ך בסי' צ"ד ס"ק ח' דאף בטוען פרוזבול היה לי ואבד דצ"ש מצד ג"ש וכמש"כ הקצה"ח בסי' צ"ד ס"ק ג' להסביר דחזקה אינו דוחה לג"ש. עכ"ז י"ל דכיון דא"צ שבועה על פרעון רק מצד ג"ש שלא תפסה ע"כ היכא דפטורה משבועה שלא תפסה כגון אשה דידוע דלא היה מעולם נכסי בעלה תחת ידה דאז א"צ לישבע שלא תפסה דממילא פטורה משבועה שלא נפרעה כתובתה רק בפוגמת כיון דאיתרע לה כח השטר במקצתו ע"כ תקנו שבועה על פרעון:

וכיוצא בזה ראיתי בט"ז לאה"ע סי' ק"ג ס"ק ג' שכתב לדון לשיטת רש"י בכתובות (דף נ"ה ע"א) בד"ה ליתנהו בעינייהו שפירש כגון שאבדו דהלכתא בל"ש והובא בטור אה"ע סי' צ"ח. [ועיין בב"ש סי' צ"ו ס"ק ג']. והקשה הט"ז דאף דטעמו של רש"י דלכן א"צ שבועה דכיון שנתן לה פעם אחת צררי לא חיישינן תו לצררי דעכ"ז הא צריכה שבועה שלא תפסה בעצמה א"כ מזה יש להוכיח דשיטת רש"י הוא דשבועה שלא תפסה לא הוי רק ג"ש וכמש"כ הפרישה מזה להוכיח כן. וע"ז כתב הט"ז שם לדחות זה די"ל דכוונת הגמ' בליתנהו בעינייהו בל"ש היינו בל"ש על חשש פרעון והתפיסה צררי אבל עדיין י"ל דצריכה שבועה שלא תפסה בעצמה ולא מיירי שם בשבועה שלא תפסה בעצמה ע"ש בט"ז. ואף דהא תצטרך לישבע מצד גלגול שלא התפיסה צררי ולא נפרעה משום דהא צ"ש שלא תפסה בעצמה. [ועיין בח"מ סי' צ"ג סעי' ז' ובסי' צ"ד סעי' ב' ובאה"ע סי' צ"ו בח"מ ס"ק יו"ד וב"ש ס"ק יו"ד בשם הב"ח ובפרישה שהובא בט"ז שם וקצרתי].

עכ"ז י"ל דאכתי נפ"מ להיכא דידוע דאשה זו לא היה בידה נכסי בעלה מעולם דאינה צריכה לישבע שלא תפסה בעצמה אז וכיון דא"צ לישבע שבועה שלא התפיסה ונפרעה מצד עצמה א"כ פטורה לגמרי מן השבועה. וה"ה י"ל כן בנ"ד ועוד יש להמציא נפ"מ אחרות וקצרתי:

ולפ"ז אתי שפיר מה דלא הקשו בגמ' להקושיא דמה בין זה לפוגם שטרו רק על מימרא דר"פ דעל המשנה דמי שהיה נשוי ד' נשים דהראשונה נשבעת לשניה י"ל דלכן תשבע אף שיש לה כתובה יוצא מת"י משום דחשו שמא תפסה מעצמה אבל בחשש פרעון והתפסת צררי מבעלה לא חיישינן לבטולי השטר אבל כיון דאמר ר"פ דגם מאן דאפיק שטרא וא"ל אשתבע לי צריך לישבע על טענת פרעון לכן שפיר הקשו לי' דמה בין זה לפוגם שטרו כו'. וגם י"ל דלכן פירש רש"י וסייעתו הכא דתשבע לשניה הטוענת השבע לי שלא גבית משל בעלי כלום משום דעל טענת פרעון הא קיי"ל הכא דאם טוען הלוה טענת ספק אף דטוען השבע לי עכ"ז לא משבעינן להמלוה א"כ הכא דהשניה טוענת שמא א"כ הדין נותן דלא תוכל לחייב שבועה להראשונה אף דטוענת השבע לי כיון דת"ק דבן ננס ס"ל דהרביעית נפרעת שלא בשבועה וס"ל דאין טוענין לגדולים א"כ ה"ה דאין טוענין עבור השניה ולכן כתבו דבעינן דהשניה תטעון השבע לי. א"כ תקשה דהא השניה טוענת שמא על הפרעון ולא משבעינן בספק. ודוחק לומר דמיירי דהשני' טוענת ברי שנפרעת את הכתובה. וע"כ פירשו דהשבועה הוא משום שמא תפסה בעצמה דזהו דבר המצוי כיון דנכסי בעלה הוא בידה ע"כ תקנו חז"ל לחוש לדבר הרגיל והצריכו שבועה שלא תפסה בעצמה. ומדוקדקים דברי רש"י וסייעתו דכתבו כולם בלשון דטוענת

השבע לי שלא גבית ולא נקטו לשון פרעון כמו דנקטו לעיל בכתובות (דף פ"ז). משום דנתכוונו לתרץ דלא תקשה ע"ז ממה דלא הקשו בשבועות להקושיא דמה בין זה לפוגם שטרו רק על מימרא דר"פ דהתם ולא הקשו כן הכא על המשנה מפורש הנ"ל. וכן מתורץ עפ"ז למה שהצריכו שבועה להראשונה אף דהשניה אינה יודעת בברי לומר שנפרעת הכתובה רק טוענת שמא. משום דמוכח מזה דהכא מיירי בשבועה שלא תפסה בעצמה רק דבעינן שתטעון השבע לי כדמסיק הש"ס בשבועות דדוקא בטוענת אשתבע דלא פרעתיך תקנו השבועה על הפרעון וה"ה הכא בחשד שלא תפסה בעצמה דצ"ש דלא תקנו השבוטה רק אם יטעון השבע לי כמש"כ הט"ז. וראיה לדבריו בזה מן דברי רש"י וסייעתו דכתבו הכא דהשניה טוענת השבע לי שלא גבית משל בעלי כו'. משום דכיון דס"ל להת"ק דבן ננס דלגדולים לא הצריכו שבועה ואין טוענין עבורם דה"ה דאין טוענין עבור השניה אף דנימא דיש להם דין משעבדי כמש"כ התוס' יו"ט מ"מ כיון דעיקר חיוב שבועה לטורף ממשעבדי הוא משום דטוענין להו כמש"כ רש"י וסייעתו בכתובות (דף פ"ז). וכיון דס"ל לת"ק דב"נ דאין טוענין לחיוב שבועה בנפרע מיתומים גדולים ע"כ ה"ה בטורף ממשעבדי אין טוענין להו בחיוב שבועה וכמש"כ ההסבר מזה בספרי נחל יצחק סי' ע"א סעי' י"ט ע"ש. לכן פירש רש"י וסייעתו הכא דמיירי בטוענת השבע לי שלא גבית כו'. ומתורץ עפ"ז קושיות התוס' יו"ט במשנה דמי שהיה נשוי כו' הנ"ל. וכן הא הפני יהושע והקול הרמ"ז כתבו ליישב קושיות התוס' יו"ט הנ"ל באופן אחר. עכ"פ לפי מה דחזינן דס"ל לרש"י וסייעתו דאין דין השניה כמשעבדי רק דבעינן דתטעון השבע לי כו' משום דדינה כמו הבע"ד עצמו דבעינן שיטעון השבע לי. א"כ מוכח מזה כשיטת הט"ז דאף בגרושה התובעת הכתובה מהבעל אם יטעון הבעל השבע לי שלא תפסה דמשבעינן לה:

ענף א:

ועפ"ז יש מקום לתרץ ג"כ למה שתקשה קושיות התוס' בשבועות (דף מ"א) דהמקשן ה"ל להקשות להקושיא דמה בין זה לפוגם שטרו על מתניתין דכתובות דהבא ליפרע מיתומים לא יפרע אלא בשבועה דהטעם הוא משום דטענינן להו דאבוהון היה טוען השבע לי. אבל לפי מש"כ דרש"י וסייעתו ס"ל דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה א"כ לפ"ז אין הכרח כ"כ להוכיח מהמשנה דנפרעת ממשועבדים ויתומים צריכה שבועה דיהיה הדין כן בטענת פרעון על השטר והכתובה דאכתי י"ל דשאני בטענת פרעון דיש לנו החזקה דהשטר המסייע להמלוה ע"כ לא תקנו שבועה בזה אף דיטעון השבע לי דלא פרעתיך רק בפוגמת וע"א מעידה שהיא פרועה. והא דאמרו גבי כתובה

הנפרעת ממשועבדים ויתומים דצ"ש כמבואר בשבועות (דף מ"ה) וכתובות (דף פ"ז). י"ל דעיקר שבועה דהתם הוא רק בשביל חשש שלא תפסה דאף דאם גובית מן הבעל עצמו בעינן דיטעון השבע לי ע"ז. אך בנפרעת ממשעבדי ויתומים טענינן להו כן. אבל אכתי י"ל דעל חשש פרעון לא תקנו שבועה רק בפוגם וע"א וכיון דיש מקום לומר כן ע"כ אין זה מפורש כ"כ בהמשנה להך דין דאשתבע לי דלא פרעתיך ולכן לא הקשו כן רק על מימרא דר"פ שם. ואף שכתבו התוס' בב"ב (דף ה') בד"ה אע"ג דאמור רבנן כו' דמצינו משנה גם בע"ח הנפרע מיתומים דצ"ש כמו הא דשבועות (דף מ"ה) וכן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה כו' ע"ש. עכ"ז י"ל דאין זה מפורש כ"כ בהמשנה דיש מקום לפרש דהך וכן היתומים כו' קאי היכא דנתחייב אביהם שבועה משום פוגם וע"א דאשמעינן דגם היתומים מחוייבים לישבע שבועה שלא פקדנו ושלא מצינו כו' ששטר זה פרוע. ואף דהיה דוחק להגמ' בשבועות (דף מ"ח) לפרש כן אלא מפרשים דמיירי ביתומים מן היתומים עכ"ז אין זה מקרי מפורש כ"כ בהמשנה. וכן מה שכתבו התוס' בב"ב שם דמצינו ג"כ במשנה כתובות (דף פ"ד) שכולן צריכין שבועה מ"מ הא ר"ע קאמר זה שם ולאו בסתמא מתניי' שם זה ע"כ לא הקשו כן על המשניות הנ"ל רק על מימרא דר"פ. ועכ"ז כיון דבאמת דוחק לפרש כן וגם כיון דבשבועת פוגמת וע"א דמתניי' שם במשנה זהו רק בטענת פרעון כמבואר שם א"כ ה"ה שבועת משעבדי ויתומים דשם ג"כ מסתמא הוא שבועה שלא נפרעת וע"כ שפיר כתב הר"נ בכתובות שם דעיקר מקור שבועת אשתבע לי על הפרעון דזהו שבועת המשנה אף דלא נשנה מזה רמז בהמשנה וע"כ מוכח דהוציאו כן מהך שבועת משעבדי ויתומים דמשום טענינן אתינן עלה. אך כיון דלא נשנה זה כ"כ בפירוש וכמש"כ לעיל ע"כ לא הקשה הש"ס להך קושיא דמה בין זה לפוגם שטרו רק על מימרא דר"פ. והא דלא הקשה הש"ס כן על הך משנה דמי שהיה נשוי כו' דנשנה מפורש להך שבועת אשתבע לי. מוכח מזה דרש"י וסייעתו ס"ל דעיקר שבועה הוא מה שנשבעת שלא תפסה בעצמה ולכן נקטו בלשונם הכא דראשונה נשבעת בטוענת השבע לי שלא גבית כו':

ומוכח מזה דמש"כ הרלב"ח שהובא בט"ז שהוכיח מן לשון רש"י כתובות (דף פ"ז) דשבועת משעבדי ויתומים הוא שלא נפרעת א"כ ס"ל לרש"י דלא הוי עיקר שבועה מה שמשביעין אותה שלא תפסה כו'. דלפי מש"כ מוכח אדרבה להיפך מן לשון רש"י וסייעתו בכתובות (דף צ"ג) דס"ל דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה וזהו מוכרח ממה דראשונה נשבעת לשניה אף דאינה יודעת לטעון בברי שנפרעת הכתובה רק על חשד שמא תפסה ג"כ משבעינן לראשונה כשטוענת השבע לי כו'. והא דלא הזכיר

רש"י לשבועה שלא תפסה בהא דכתובות (דף פ"ז) היינו משום דפשט המשנה דשם משמע דמיירי בחשש פרעון דומיא דפוגמת וע"א דשם דקאי בטענת פרעון כנ"ל. אבל הכא במשנה דמי שהיה נשוי כו' מוכח דמיירי בשבועה שלא תפסה ולכן אף דהשני' טוענת שמא כיון דטוענת השבע לי חייבת לישבע. א"כ מוכח דרש"י וסייעתו ס"ל ג"כ דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה. והא דתקשה ע"ז מן דברי רש"י בכתובות (דף נ"ה) דליתנהו בעינייהו בל"ש דפי' כגון שאבדו. הא כבר כתב הט"ז בזה באה"ע סי' ק"ג ליישב זה דאין מזה הכרח וכמו שהובא לעיל דברי הט"ז הנ"ל. וגם מן הט"ז הנ"ל משמע דס"ל בשיטת רש"י דגם שבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה ולא חש למה שכתב הרלב"ח בשיטת רש"י דמדלא הזכיר לשבועה שלא תפסה בכתובות (דף פ"ז) דמוכח דס"ל דזה לא הוי עיקר שבועה. משום דבאמת אין זה הוכחה. ובפרט לפי מש"כ בעז"ה להוכיח מן רש"י דמי שהיה נשוי כו' דאדרבה דמוכח מלשון רש"י וסייעתו דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה א"כ מוכח כמש"כ הט"ז לדינא דאף בגרושה חייבת לישבע שלא תפסה מצד עיקר שבועה ואין להוציא בל"ש: ולכן לדינא העיקר כדברי הט"ז שכתב דלהסוברים דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה דאין לחלק בין אלמנה לגרושה. ודלא כמש"כ ההפלאה לחלק בין אלמנה לגרושה בזה משום די"ל דדוקא באלמנה דטוענין ליתמי שמא אבוהון היה טוען ברי שתפסה בעצמה ע"כ אמרו דשבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה משא"כ בגרושה כו'. דהא מן דברי רש"י וסייעתו הנ"ל מוכח דה"ה בגרושה הוי שבועה שלא תפסה לעיקר שבועה דהא אם השניה אינה טוענת השבע לי אינה חייבת הראשונה לישבע ואין טוענין עבורה וגם עבור יתומים גדולים לא טענינן כדס"ל לת"ק דבן ננס שם. ועכ"ז אם טוענת השניה להראשונה השבע לי שלא גבית אף שאינה יודעת לטעון ברי לי שגבית מ"מ משבעינן לה בתורת בע"ד בעצמו. א"כ מוכח מזה דה"ה בגרושה דהבעל טוען השבע לי שלא תפסת בעצמך אף דאינו טוען ברי שתפסה גם כן משבעינן לה ודוחק לומר דמיירי דהשניה טוענת ברי דא"כ ה"ל למתני כן בפירוש. וכש"כ דנסתר עפ"ז למה שכתב הבית יעקב לומר דדוקא ביתומים תקנו שבועה שלא תפסה מצד דחסו על היתומים אבל לא בבעל עצמו. דהא לפי מש"כ מוכח דאף דהשניה יש עליה דין בע"ד ואין טוענין עבורה וגם הא ס"ל דמגדולים נפרעין שלא בשבועה מ"מ כשטוענת השבע לי שלא גבית מחייבת שבועה להראשונה וע"כ הוי מכל זה סיוע לדברי הט"ז באה"ע ובח"מ סי' צ"ג דבגרושה התובעת כתובה וכן בע"ח שותף שלו התובע מחבירו שותפו בשט"ח וטוען הבעל או הלוה שותפו השבע לי שלא תפסת דאין להוציא הממון בל"ש: ענף ב:

טען הלוה השבע לי מחייבין אותו לשבוע על שטרו וליטול. יש להסתפק בשטר התחייבות בעלמא בחיוב מחדש באופן המועיל בלא הלואה וחתומים עליו ב' עדים באופן שאין יכול לטעון פרעתי וטען המתחייב פרעתי והשבע לי אם משביעין לו כמבואר בשבועות (דף מ"א) דאמר רב פפא דהאי מאן דטען אשתבע לי משבעינן ליה או דלא משבעינן אלא בשטר הלואה. ומאי דהביאני לידי ספק זהו ע"פ מש"כ התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה מי אמרינן במקום חזקה כו' דאומר ר"י דמה דצריך שבועה ביש לו שטר זהו לפי דאינו מוכח מהשטר אם פרע או לא דזימנין דזייר אפשיטא דספרא כו' ע"ש. וכיון דעיקר הך דצריך שבועה בשטר היינו משום חששא דזייר לו אפשיטא דספרא. וזה לא שייך רק בשטר הלואה דהלוה נותן שכר הסופר. משא"כ בשטר מתנה דהמקבל מתנה נותן שכר הסופר כמבואר בח"מ סי' ס"א סעיף י"ד ובב"ב (דף קס"ז ע"ב) דכללא הוא דמי שהטובה שלו הוא נותן שכר הסופר. א"כ בשטר התחייבות במתנה דהמקבל נותן שכר הסופר לא שייך בזה אפשיטא דספרא זייר ליה. א"כ לא שייך בזה עיקר הטעם דחיוב שבועה דתקנו חז"ל בשטר לפמש"כ התוס' בב"ב כנ"ל. וכ"כ המרדכי בפ"ו דשבועות לחלק עפ"ז ע"ש. וכ"כ התוס' ב"ב (דף ע') ד"ה או דילמא כו'. והתוס' בשבועות (דף מ"ה) ד"ה בשטר כו' לחלק כה"ג דהיכא דל"ש אפשיטי כו' שאני:

ענף ג:

אכן עיקר דברי התוס' הנ"ל אין להם הבנה לכאורה דזהו לשון התוס' הנ"ל בב"ב (דף ה') ד"ה מי אמרינן כו'. הקשה הריב"ם דהא הך חזקה עדיפא משטר דבשטר אינו גובה אלא בשבועה ובהך חזקה גובה בל"ש א"כ מאי קא מבעיא לי' אם אמרינן מיגו במקום חזקה הא פשיטא דמיגו במקום עדים לא אמרינן כש"כ במקום חזקה דעדיפא טפי ואומר ר"י דלא קשה כלל דודאי עדים עדיפי מחזקה כו' ומה שצריך שבועה ביש לו שטר זהו לפי שאינו מוכח מהשטר דזימנין דזייר לו אפשיטי דספרא כדאמרו בפ"ק דב"מ (דף ט"ז). אך קשה דמ"מ תפשוט דלא אמרינן מיגו במקום חזקה מדרמי בר חמא דאמר פ' כל הנשבעין (דף מ"ה) המפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזיר בעדים ולא מהימן לומר החזרתי במיגו דנאנסו משום שטרא בידי מאי בעי כש"כ דלא אמר מיגו במקום חזקה דחזקה עדיפא דא"צ שבועה וטעמא דשטרא בידי מאי בעי לא מהני לפוטרו משבועה ושמא סוגיא דהכא לא סברי כרמי בר חמא עכ"ל התוס'. ודברי התוס' בקושייתם מרמי ב"ח תמוה דהא לפמש"כ מתחלה דעיקר מה דצריך שבועה ביש לו שטר זהו לפי דאמרו אפשיטא דספרא זייר ליה א"כ זה לא שייך אלא בהלואה.:

משא"כ בפקדון דהמפקיד נותן שכר הסופר דזהו טובת המפקיד. א"כ לפי שיטתם לא צריך שבועה בשטר פקדון וכמו שכתבו התוס' בב"ב (דף ע') ד"ה או דלמא כו'. דבפקדון לא שייך אפשיטי דספרא כו'. א"כ האיך כתבו בפשיטות דשטרא בידי מאי בעי לא מהני לפטור משבועה גבי הא דשבועות דרמב"ח דמיירי בפקדון. דדוחק לומר דלאו דווקא האי טעמא שכתבו התוס' דה"ה אף היכא דליכא למימר אפשיטי דספרא זייר ליה כו' וצ"ע לכאורה: והנלפענ"ד בכוונתם דאפשר לומר דהא התם בשבועות קאי על מה דהקשה רבא לרמב"ח שבועת שומרים דחייב רחמנא היכי משכחת ליה הא מתוך שיכול לומר החזרתי כו' ומתרץ דאפקיד ליה בשטר וע"ז אמרו שם מכלל דתרוייהו ס"ל המפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזיר בעדים. וכיון דקאי התם על שבועת שומרין. ומצינו לרמי בר חמא דתני בב"ק (דף ק"ז) דשבועת שומרים צריך כפירה במקצת והודאה במקצת. וכמבואר בב"מ (דף ה') אליבא דרמי בר חמא דא"ל שלש פרות מסרתי לך ואמר לו חדא מתה בפשיעה כו'. וכיון דשבועת שומרין אליבא דרמי בר חמא מיירי במודה לו על אחת. א"כ כיון דמצינו דאמרו אפשיטי דספרא זייר לי'. אף דלשיטת הר"ן בכתובות פ"ב אסור להשהות שטר פרוע עבור פשיטי דספרא כמבואר בח"מ סי' נ"ז סעיף א' ובש"ך ס"ק ד'. רק דלשיטת התוספות בכתובות (דף י"ט) כתבו דמותר להשהות שטר פרוע בשביל פשיטי דספרא אך הר"ן חולק עליהם. ואלו להשהות שט"ח אם מגיע עליו מקצת מבואר בש"ך שם ס"ק מ' דמותר להשהות שט"ח אף דלא נשאר חייב אלא קצתו ע"ש. א"כ כמו דמצינו דאמרו אפשיטי דספרא זייר ליה והניח בידו שטר פרוע. כש"כ דנאמר דאולי הניח השטר כולו בידו עבור המקצת היינו עבור פרה א' דמודה ליה. ע"כ שפיר כתבו התוס' להקשות מהא דרמי בר חמא דשבועות. וכתבו בפשיטות דטעמא דשטרא בידי מאי בעי לא מהני לפוטרו משבועה. משום דיכול להיות דהניח השטר כולו אצלו למשכן עבור פרה א' דמודה ליה. ודומה למה שאמרו אפשיטי דספרא זייר ליה דמשום זה הצריכו שבועה בטוען אשתבע לי. אבל באמת היכא דלא שייך אפשיטי דספרא זייר ליה כמו בשטר מתנה וטוען המתחייב פרעתי כולו דלדבריו אין לנו לתלות במה לאורועי החזקה דשטרא בידי מאי בעי אפשר לנו לדון דלא צריך שבועה אף דטען השבע לי:

ולפ"ז ניחא מה דנקטו התוס' בלשונם לומר תפשוט מרמי בר חמא. דלכאורה יש לדקדק דאמאי לא אמרו תפשוט מרמי בר חמא ומרבא. דהא אמרו שם בשבועות דמכלל דתרוייהו ס"ל המפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזיר בעדים וקאי על רבא ג"כ. אכן לפמש"כ ניחא דהא לרבא י"ל דאינו ראיה כ"כ די"ל דשא"ה דהוי חזקה אלימתא ביותר.

דהא עיקר הוכחת התוס' בקושייתם דהא חזקה דשטרא בידי מאי בעי לא מהני לפוטרו משבועה כמש"כ התוס' להדיא. ולרבא דס"ל בסנהדרין (דף ג') דשנים שדנו אין דיניהם דין משום דס"ל עירוב פרשיות כתוב כאן. א"כ לא צריך בשומרים הודאה במקצת ע"כ לא שייך לומר בשטר פקדון דזייר ליה אפשיטי דספרא ועל הודאה במקצת. א"כ לא צריך שבועה על שטרו באופן דחייבה התורה שבועת שומרים אליבא דרבא. משא"כ לרמי בר חמא דצריך שבועה מדרבנן בהך גוונא דחייבה התורה שבועת השומרים. אם כן אליבא דרמי בר חמא קמה ראייתם מהא דשבועות בהוכחה אלימתא. ע"כ הקשו מרמי בר חמא ביותר. ועיין בסנהדרין (דף ב') ד"ה ד"ה כו' ועכ"ז י"ל כן וקצרתי. וגם י"ל דלכן נקטו התוספות בקושייתם לרמי בר חמא לבד. דהא הרשב"ם ב"ב (דף ע"א) כתב דרבא ס"ל המפקיד בשטר א"צ להחזיר בעדים כדאמר רבא בב"ב שם הלכתא נשבע וגובה מחצה ועיקר סוגיות הש"ס בשבועות קאי רק אליבא דרמי בר חמא. והך מכלל דתרווייהו ס"ל דשבועות לא קאי רק על הא דמפקיד אצל חבירו בעדים ע"ש. ע"כ נקטו התוס' בדבריהם בפשיטות רמב"ח לבד דלכל השיטות אף לשיטת הרשב"ם תקשה עכ"פ מרמי בר חמא. וידעתי מה די"ל עוד דהא בשואל דחייב שבועה שייך התם אפשיטי דספרא לפי דבשואל דהטובה הוא שלו הוא נותן שכר הסופר. ועיין בתשובת רע"א זצ"ל סי' קע"ה וקצרתי לפי דיש לדון בכ"ז עדיין:

ועדיין יש להקשות לפמש"כ דמה מקשה רבא לרמי בר חמא שבועת שומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה הא יש לו מיגו דלהד"מ והחזרתי. הא לרמי בר חמא דבעי הודאה במקצת א"כ אף אם יטעון החזרתי ולהד"מ יתחייב שבועה דאורייתא כמו כל מודה במקצת. ועיין מזה בתוס' שבועות (דף מ"ה) ד"ה מתוך שיכול לומר כו'. ובב"ק (דף ק"ז) בתוס' ד"ה עירוב פרשיות כו'. ובמהרש"א ובפ"י שם. אבל באמת אתי שפיר זה לפמש"כ התוס' בב"מ (דף צ"ח ע"א) ד"ה משכחת לה רישא בתרתי כו'. דלרמי בר חמא לא סגי בכפירה והודאה בלא נאנסו ולא כדפרישית בהגוזל קמא כו' ע"ש וקצרתי:

ענף ד:

ולפ"ז יש לדון בשטר מתנה בהתחייבות דא"צ לישבע בטען השבע לי דהא לא שייך בזה אפשיטי דספרא זייר לי'. וה"ה דיש לדון מה"ט אף במוציא ש"ח כזה על יתומים דא"צ לישבע. דהא התוס' בב"ב קאי שם על שבועת יתומים ג"כ דהא כתבו בזה"ל דאי אמרו אף אחר הזמן ידענו שלא פרעו הי' גובה מהיתומים בל"ש ומה שצריך שבועה ביש לו שטר כו' די"ל אפשיטי דספרא כו'. אלמא דקאי גם על שבועת יתומים. וכש"כ לשיטת רש"י כתובות (דף פ"ז) דשבועת יתומים עיקרו הוא משום טענת השבע לי. אך

י"ל ביתמי דלמא לא נ"ח אלא פרוטה. אבל בטוען המתחייב פרעתי כולו והשבע לי. י"ל דהוחזק כפרן בכולו דהא לדבריו אין לנו על מה לתלות ולאורועי להחזקה דשטרא בידי מאי בעי. א"כ א"צ לישבע כלל בשטר מתנה לפ"ד התוס' דעיקר הא דצריך שבועה זהו לפי דיש לתלות אפשיטי דספרא. ועיין בשבועות (דף מ"א) ומה בין זה לפוגם שטרו ואין זה ענין כלל לנ"ד: אמנם הדבר מפורש ברמב"ם פ' ב' הלכות שכירות והובא בח"מ סי' רצ"ו סעי' ג' בטוען על שטר פקדון החזרתי באופן שאין יכול לטעון נאנסו דישבע בעל השטר שלא החזיר והוא דטען השבע לי כמש"כ הראב"ד והמ"מ שם. אלמא דאף בשטר פקדון דלא שייך אפשיטי דספרא זייר לי' וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ע') ד"ה או דלמא כו' דהא על המפקיד ליתן השכר. ואפ"ה כתבו הרמב"ם והראב"ד והמ"מ והמחבר להלכה דצריך שבועה בטען השבע לי. אלמא דנקטינן להלכה דאף היכא דלא שייך אפשיטי דספרא זייר לי' ג"כ צריך שבועה. ומדלא הביאו שם דעת התוס' הנ"ל אף בשם יש אומרים. באמת י"ל דגם לשיטת התוס' מוכח דצריך שבועה אף היכא דלא שייך אפשיטי דספרא זייר לי'. דהא התוס' בב"ב (דף ע' ע"ב) ד"ה אמר רבא כו' הקשו רבא דב"ב על רבא דשבועות. ותי' בשם הריב"ם דסוגיא דשבועות דאמרו המפקיד בשטר צריך להחזיר בעדים ס"ל ג"כ דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו אך דבעי שבועה ע"ש. וכ"כ התוס' שבועות (דף מ"ה) ד"ה בשטר כו' בשם ר"ת. א"כ לשיטת ר"ת והריב"ם הנ"ל אין התחלה לקושיות התוס' מה דהקשו התוס' בב"ב מרמי בר חמא דתפשוט מרמי בר חמא דלא מהימן במיגו במקום חזקה דהא גם לרמי בר חמא מהימן במיגו דנאנסו. [והרמב"ן בב"ב (דף ע') כתב ג"כ לתרץ כתי' ר"ת והריב"ם הנ"ל. והנה הרשב"ם בב"ב שם (דף ע') כתב באופן אחר לתרץ לרבא אדרבא ע"ש. אך התוס' בב"ב שם ושבועות שם לא הביאו כלל לשיטת רשב"ם הנ"ל שם]. וע"כ מוכח דקושיות התוס' בב"ב (דף ה') קאי לשיטת הריב"א דהובא בשבועות שם דתירץ לקושיות התוס' דהקשו רומיא דרבא על רבא דשבועות ותי' הריב"א דהכא בשבועות קאי בפקדון דצריך להחזיר בעדים משום שטרא בידי מאי בעי. אבל התם בב"ב דמיירי בעסקא פלגא מלוה איכא למימר אפשיטי דספרא זייר לי' עכ"ל. ולכאורה קשה על תי' הריב"א הנ"ל דהא לשיטת רמי בר חמא גם בש"ש שייך לומר דהניח השטר עבור ההודאה על פרה א' וכמש"כ לעיל. כיון דס"ל לרמי בר חמא דצריך הודאה במקצת. ואף דרבא לא ס"ל כן עכ"ז הא רבא הקשה שם לרב"ח וע"ז תי' לי' רמי בר חמא. וכיון דעיקר הקושיא הוא לרמי בר חמא ורב"ח ס"ל דבעי הודאה במקצת. וע"ז סובב והולך קושיות רבא ותי' דרמי בר חמא. ורמי בר חמא

הא ס"ל דבעי הודאה במקצת א"כ אכתי שייך לומר דהניח השטר בידו עבור הודאה במקצת לשיטת רמי בר חמא:

והנלפענ"ד בזה דהריב"א אזיל לשיטתו דס"ל בב"ק (דף ק"ז) ד"ה עירוב פרשיות כו'. באה"ד דאף לרמי בר חמא מחייב שבועה בפקדון בכפירה והודאה בלא נאנסו וכדין כל מודה במקצת. ומה"ט דחו התוס' שם לשיטת רש"י ושיטת הר"ת ומסקי לשיטת הריב"א שם. והא דשבועות דפריך רבא לרמי בר חמא שבועת השומרים היכי משכחת לה יהא נאמן במיגו דלהד"ם והחזרתי. בע"כ מוכח לומר דפרכת רבא קאי להנך דפליגי על רמי בר חמא וס"ל דשבועת שומרים חייב שבועה בטוען נאנסו אף בלא הודאה. דהא הריב"א ס"ל שם דלהנך דפליגי על רמי בר חמא לא בעי הודאה במקצת. ודלא כהר"ת דבעי הודאה במקצת בכל ש"ש. א"כ שפיר הקשה רבא בשבועות דבכל ש"ש הא איכא מיגו. אבל לרמי בר חמא דס"ל דבעי הודאה במקצת לא תקשה דיהא מהימן במיגו דלהד"ם. דהא אף אם יטעון להד"מ יתחייב שד"א כמו כל מודה במקצת. והא דחייבה התורה בשבועת השומרין לישבע אף דבלא"ה יצטרך לישבע מצד גלגול שבועה. י"ל בזה כמש"כ הפני יהושע ב"ק (דף ק"ז) תוס' ד"ה עירוב פרשיות כו' ע"ש:

ולפ"ז מוכח דהגמ' בשבועות דמקשה שבועת שומרים היכי משכחת לה. דעיקר קושיא זו להנך דפליגי על רמי בר חמא וס"ל דלא בעי הודאה במקצת ע"כ הקשו דיהא נאמן במיגו דלהד"מ או החזרתי. ועיין במהרש"א ופ"י בב"ק שם. ומן הנך דפליגי על רמי בר חמא רצה רבא להוכיח דלא אמרינן מיגו בכה"ג והקשה לרמי בר חמא וע"ז תירץ לי' רמב"ח דאפקיד לי' בשטר. ולכן מסיק הש"ס דהמפקיד בשטר צריך להחזיר בעדים ולא מהימן במיגו דנאנסו לפי' הריב"א כמש"כ הריב"א בשבועות שם כנ"ל. וע"כ שפיר כתב הריב"א שם בשבועות לחלק בסתירת רבא דב"ב על רבא דשבועות. דשאני הא דשבועות דהוי חזקה אלימתא דשטרא בידי מאי בעי דלא שייך לומר אפשיטי דספרא זייר. ואלו לומר דהניח השטר בידו עבור הודאה במקצת זה לא שייך לשיטת הריב"א דב"ק דהא ס"ל דלא בעי הודאה במקצת להנך דפליגי על ברייתא דתני רמי בר חמא דצריך כפירה והודאה. וכדמוכרח לומר דסוגיא דשבועות קאי רק להנך דפליגי על רמי בר חמא ולא להברייתא דתני רמי בר חמא כנ"ל. ובאמת י"ל דר"ת דתירץ תירוץ אחר בשבועות על סתירת רבא אהדדי ולא תי' כתירוץ הריב"א. משום די"ל דאזיל לשיטתו דס"ל דכל שומרין צריכין הודאה במקצת כמבואר בב"ק (דף ק"ז) שם בתוס' ובב"ב (דף ע') בשם ר"ת. א"כ גם בהא דשבועות שייך לומר דהניח השטר עבור ההודאה במקצת כנ"ל:

והא דתקשה לשיטתו דמאי פריך הגמ' בשבועות ש"ש היכי משכחת לה. הא אף אם יטעון להד"מ יתחייב שבועה. כבר הקשו התוס' בב"ק שם. ובשבועות (דף מ"ה) בתוס' ד"ה מתוך שיכול לומר כו'. דהוכיחו שם ג"כ כשיטת הריב"א ולא כר"ת. ועיין בב"מ (דף צ"ח) תוס' ד"ה משכחת לה כו'. שכתבו שם באה"ד דלא כמש"כ התוס' בב"ק ע"ש. א"כ לשיטת ר"ת דס"ל דבעי הודאה במקצת בש"ש לכו"ע ע"כ שפיר הקשה ר"ת מרבא על רבא ולא תירץ כתירץ הריב"א הנ"ל. משום דלשיטתו י"ל ג"כ בהא דשבועות דהניח השטר פקדון עבור הודאה במקצת ותירץ באופן אחר. [אך באמת זהו אך למותר. כי כל הרואה יבין בשכלו דבאמת אין התחלה בקושיתם בסתירת רבא על רבא וכמו שכתב הרמב"ן בחידושיו לב"ב באריכות שם וכן הריב"ם לב"ב (דף ע') בתוס' ד"ה אמר רבא כו' דעיקר הפשט הוא שם כן דאינו קשה כלל דרבא אדרבא. וכמש"כ הר"ת בקצרה שם בשבועות ד"ה בשטר צריך להחזיר כו']. עכ"פ להריב"א דפירש דלכן אמרו בשבועות המפקיד בשטר צריך להחזיר בעדים משום דלא שייך התם אפשיטי דספרא זייר. ע"כ מוכח דלא שייך התם ג"כ לומר דהניח השטר בידו עבור הודאה במקצת. דהא לשיטת הריב"א מוכח לומר דהסוגיא קאי למאן דס"ל דלא בעי בש"ש הודאה במקצת. וכמש"כ התוס' בב"ק ושבועות שם להוכיח מסוגיא הנ"ל. דלא כר"ת דבעי הודאה במקצת אלא כשיטת הריב"א פליג שם על ר"ת:

א"כ לשיטת הריב"א בתירוצו בשבועות בסתירת רבא על רבא דב"ב מוכרח לומר דלא שייך בסוגיא דשבועות לומר אפשיטי דספרא זייר. וגם עבור הודאה במקצת הניח שטרו. ואפ"ה כתבו התוס' בקושייתם בב"ב (דף ה') דאלו משום שטרא בידי מאי בעי לא מהני לפוטרו משבועה. אלמא דלעולם אף היכא דלא שייך אפשיטי דספרא ועבור הודאה במקצת. ג"כ חייב שבועה על שטרו. ובוודאי אין סברא לומר דהתוס' בב"ב (דף ה') בקושייתם נתכוונו להקשות לשיטת הרשב"ם דב"ב בתירוצו שכתב שם (דף ע"א) לתרץ רבא על רבא. דהא בב"ב ובשבועות שם לא הביאו התוס' לתירוץ הרשב"ם רק בשבועות כתבו שני תירוצים הנ"ל א' בשם ר"ת וא' בשם ריב"א. ובב"ב (דף ע') כתבו לתרץ בשם הריב"ם. ע"כ מוכח דשיטת התוס' בב"ב (דף ה') בקושיתם קאי לשיטת הריב"א. ואף דשם בד"ה מי אמרינן במקום חזקה כו' כתבו הקשה הריב"ם כו'. עכ"ז מוכח דבסוף דברי התוס' שם בקושייתם לא קאי לשיטת הריב"ם. דהא לפי תירוץ של הריב"ם בב"ב (דף ע') לא שייך כלל קושייתם דתפשוט מדרמי בר חמא כנ"ל בארוכה. ולפ"ז מוכח דגם לשיטת התוס' בב"ב שם (דף ה') אמרינן דאף היכא דלא שייך אפשיטי דספרא זייר לו וכה"ג דג"כ חייב שבועה היכא דתקנו חז"ל לישבע על שטר:

ענף ה:

ועוד והוא העיקר דהא התוס' עיקר יסודם שם בב"ב (דף ה') דלכן הצריכו שבועה בשטר לפי שאינו מוכיח מתוך השטר דזימנין דזייר לי' אפשיטי דספרא כדאמר בב"מ (דף ט"ז). והנה שם בב"מ אמרו בזה"ל גבי שט"ח מאי איכא למימר אם איתא דפרע איבעי לו למקרעי' אימר אשתמוטי קא משתמט לי' דא"ל למחר יהבינא לך דהשתא ליתא גבאי אי נמי אפשיטי דספרא זייר לו עכ"ל הגמ'. ושם מיירי הש"ס לחלק בין שטרא אחלטתא ואדרכתא דלא אמרינן בהו נפל אתרע משום דאיבעי למכתב שטר זביני. דהא במה דיקרע השטר לא יתבטל הקני' של חבירו וכמש"כ הר"נ בחידושיו שם וגם הנימוקי יוסף שם להסביר זה. וכמש"כ המהר"ם שי"ף ב"מ (דף כ') בשם הסמ"ע דהסביר זה. דדוקא בשטר אחלטתא דמוציאין גוף הקרקע מידו היה לו לחוש לקרוע השטר ולא היה מתרצה על איזה דחיי'. משא"כ בשטר שאין מוציאין על ידו הקרקע לא היה חושש לקרוע השטר כדאמרו בגמ' שם אמתלאות הנ"ל. ועיין בסמ"ע סי' ס"ה סעי' י"ב ס"ק ל"ו. עכ"פ חזינן דלכן אמרו בשט"ח שנפל איתרע ולא אמרינן דאיבעי לו למקרעי'. משום די"ל אשתמוטי משתמט לי' א"נ אפשיטי דספרא זייר לו. א"כ כמו דמצינו גבי שט"ח דנפל איתרע דתלינן משום איזה דחיי' בעלמא. א"כ הוא הדין גבי שבועה דתקנו חז"ל להשביע ס"ל להתוספות דתלינן משום זה ג"כ לאורועי החזקה דשטרא בידי מאי בעי:

ונבאר זה ביתר ביאור הנה בב"מ (דף כ' ע"א) במשנה מצא אגרות שום אגרות מזון כו' וכל מעשה ב"ד ה"ז יחזיר ופירש"י אגרות שום ששמו ב"ד לנכסיו להמלוה בחובו ואגרות מזון שקיבל עליו לזון בת אשתו. והברטנורה בב"מ פ"א משנה ח' כתב בזה"ל ואגרות מזון שקיבל עליו לזון בת אשתו. פ"א שימכרו מקרקע הבעל למזון האשה והבנות עכ"ל. ועיין בתוס' כתובות (דף ק' ע"ב). והרמב"ם בפי' המשניות בזה"ל אגרות מזון ר"ל שכתבו הדיינים הורדה בקרקע שימכרו אותו למזונות. ובטור סי' ס"ה כתב בזה"ל אגרות שום ששמו נכסי לוה למלוה ואגרות מזון שקיבל עליו לזון בת אשתו או שמכרו ב"ד הקרקע למזון האשה והבנות או שטרי אחלטתא כו'. והובא בסמ"ע סי' ס"ה ס"ק ל"ה. ולהפירוש שמכרו קרקע למזון האשה והבנות ניחא דמאי דלא חיישינן לפרעון משום דהא זה דומה לשטרי אחלטתא דלא חיישינן לפרעון. והסמ"ע שם ס"ק ל"ו כתב דאגרות שום ואחלטתא הכל הם אחד רק דשום הוא בפני הלוה ואחלטתא כשאין הלוה בפני הב"ד. ולפי שמוציאין הקרקע על ידיהן א"כ איבעיא ליה למקרעי' ע"כ לא חיישינן לפרעון בהו ע"ש. אבל לפירש"י דאגרות מזון שקיבל לזון את בת אשתו. תקשה אמאי לא ניחוש לפרעון כמו בכל שט"ח. וכן הרמ"א הביא שם סעיף י"ב לפירש"י הנ"ל על אגרות

מזון. רק על אגרות שום פי' ששמו ב"ד נכסי הלוה. א"כ קשה אמאי לא חיישינן לפרעון במזונות בת אשתו. אכן לפי מה דאמרו לחלק שם א"נ אפשיטי דספרא זייר ליה לכן לא קרעו לשט"ח וחיישי לפרעון. ע"כ יש לחלק דשאני שט"ח דהלוה נותן שכר הסופר וכן בכתובה על הבעל ליתן שכר הסופר כמבואר באה"ע סי' ס"ו סעיף א'. שייך בהו לומר אפשיטי דספרא זייר ליה. משא"כ במתנה שמתחייב לזון בת אשתו דעל המקבל מתנה ליתן שכר הסופר ועיין בב"ב (דף קס"ח). א"כ לא שייך ביה לומר אפשיטי דספרא זייר ליה לכן לא חיישינן לפרעון משום דאם איתא דפרעיה איבעי ליה לקרוע השטר התחייבות. ע"כ מצא אגרות מזון דעל האשה ליתן שכר הסופר ע"כ יחזירו לה. ואף די"ל דלמא פרע קצת. עכ"ז כיון דזה החשש דלמא פרע רק קצת לא אמרו בגמ' בפירוש לכן לא חיישינן לזה. והחילוק הוא פשוט. ולפ"ז לכאורה אתי שפיר דברי רש"י והפוסקים הנ"ל. ואף דאמרינן התם אימור אשתמוטי וא"נ אפשיטי כנ"ל. י"ל דכוונת הגמ' דדוקא היכא דיש לתלות בתרי חששות הנ"ל חיישינן ובחדא מינייהו לא חיישינן:

ג (שם סעיף ב):

אבל באמת מוכח דזה אינו דאף היכא דל"ש אפשיטי דספרא זייר ליה ג"כ אמרינן נפל אתרע. דהא בב"מ (דף ט"ז ע"ב) רצה הש"ס להוכיח מהא דכל מעשה ב"ד יחזיר דלא חיישינן לפרעון בשטרי אקנייתא וא"ל ר"ז מתניתין בשטרא חלטתא ואדרכתא ואח"ז אמר רבא לפרש דשאני באחלטתא דלאו בני פרעון נינהו והקשו ע"ז הא שומא הדרא ורבא מפרש ליה התם כנ"ל. א"כ בקצרה ה"ל לומר דשאני אחלטתא ואדרכתא דעל המלוה ליתן שכר הסופר כמבואר בח"מ סי' ק"ו בסמ"ע ס"ק ב'. א"כ ל"ש בזה אפשיטי דספרא ואף אם נדחוק לדחות זה. עכ"ז תקשה דהא להך טעמא דאפשיטי דספרא זייר ליה א"כ היה לנו לומר דה"ה בפסק דין שנכתב ונחתם דקיי"ל בסי' ל"ט סעיף י' דאינו נאמן לומר פרעתי וכהכרעת הש"ך שם ס"ק כ"ט. א"כ אם נפל הפס"ד מידו הדין נותן לפ"ז דיחזירו להתובע דבזה לא שייך אפשיטי דספרא. דהא שכר כתיבת הפסק הוא על המלוה כמבואר בח"מ סי' ק"ו סמ"ע ס"ק ב'. וכמבואר בארוכה בישו"ש ב"ק פ' י' סי' י"ד דדוקא אחר שנעשה סרבן ההוצאות על הלוה כמו שכר פתיחא דב"ק (דף קי"ב). אבל שארי הוצאות שאינן לתועלת הלוה כמו שכר שליח ביורדין שלא בפניו דסי' ק"ו הוא על המלוה. א"כ למה ליה לר"ז לאוקמי בשטרי אחלטתא ואדרכתא הא אף בפסקים הכתובים ג"כ לא אמרינן נפל איתרע דאם איתא דפרעי' איבעי ליה למיקרעי' דלא שייך בזה אפשיטי דספרא דהא על התובע ליתן שכר הסופר. וגם בזמן הש"ס היה דרכם לכתוב פסקי דינים כמבואר בירושלמי שביעית פ' י' דכל מעשה ב"ד אינם משמטין

אלו גזרי דינין. [והובא בביאור הגר"א זצ"ל סי' ל"ט ס"ק נ' וסי' ס"ז ס"ק כ"א]. ופירש המפרש שם דאלו פסקי דינין שכתבו צא תן לו. ואף שהש"ך בסי' ל"ט ס"ק כ"ט כתב דלא היה דרכם לכתוב בזמן הש"ס פסקי דינין כ"א אדרכתא ואחלטתא. עכ"ז הא מבואר בירושלמי דגם בזמן הש"ס היה דרכם לכתוב פסקי דינין. א"כ תקשה דלמה הוצרך לומר דמתניתין דכל מעשה ב"ד מיירי באחלטתא ואדרכתא. הא אף בפסקי דינין ג"כ מצי מיירי המשנה וכדאוקמי בירושלמי שביעית דכל מעשה ב"ד אלו גזרי דינין:

ועוד דהא שם בב"מ לקמן (דף ט"ז) אמר ר' אבהו ירמיה ברי לא כל מעשה ב"ד שוין אלא כגון שהוחזק כפרן אמר רבא ומשום דהוחזק כפרן תו לא פרע כלל. ופי' רש"י דמשום שלא נזהר לשמור שטרו יפסיד וחיישינן לפרעון. וכ"כ התוס' שם ד"ה ומשום דהוחזק כפרן כו'. הרי להדיא דאף היכא דכתבו פסק משום דהוחזק כפרן דאינו נאמן לומר פרעתי. אפ"ה בנפל אמרינן דאיתרע ולא אמרינן אם איתא דפרעי' היה קורע הפס"ד והא בזה לא שייך לומר אפשיטי דספרא כנ"ל. ואפ"ה אמרינן דנפל איתרע. אלמא דהאי טעמא דאפשיטי דספרא זייר ליה לאו בדוקא אמרו זה. ועיקר טעמם הוא די"ל אשתמוטי קמשתמיט ליה. רק לרווחא דמילתא אמרו זה. ובאמת אף היכא דל"ש אפשיטא דספרא זייר ליה. ג"כ י"ל דלכן לא קרע לשטרו משום אשתמוטי קא משתמיט ליה א"כ ה"ט שייך ג"כ בפס"ד שנכתב:

וכן מוכח מהא דב"מ (דף ז') גבי מצא כתובה בשוק דחיישינן לפרעון. והשיטה מקובצת שם כתב דהך מצא כתובה מיירי בתוספת כתובה. ושכר הסופר של התוס' כתובה הוא על האשה. דדוקא כתובה על הבעל ליתן שכר הסופר כמבואר בב"ב (דף קס"ח) ובאה"ע ריש סי' ס"ו וח"מ וב"ש שם. לפי שזהו טובת הבעל דאסור לו לבא עלי' בלא כתובה משא"כ בת"כ. א"כ מוכח דאף היכא דלא שייך אפשיטי דספרא ג"כ מרעינן לשטרא היכא דנפל. והתם גבי כתובה הא מיירי בחשש פרעון ולא משום חשש צררי לתירוץ הא' דב"מ שם דמדמה הש"ס שם שט"ח לכתובה. וכמש"כ הנתיבות סי' מ"א סוף ס"ק י"א. וכן מוכח מכמה דוכתי דאף בשטר התחייבות במתנה ג"כ אמרינן נפל איתרע ותקצר היריעה מהכיל. וזה פשוט דבכל גווני אמרינן נפל איתרע. וידעתי מה די"ל דלמא נ"ח רק פ"א ונשאר השט"ח בידו עבור חוב פ"א. אך לפי זה היה לו לגבות עכ"פ פ"א. אכן באמת אף היכא דהלוה אומר פרעתי כולו וגם אינו טוען דאפשיטי דספרא זייר ליה ג"כ אמרינן נפל איתרע: ולפי מה דנתבאר דאף היכא דלא שייך אפשיטי דספרא זייר ליה ג"כ אמרינן נפל איתרע והא דלא קרע לשטרו יש לתלות משום אשתמוטי. א"כ תקשה מה שהקשיתי לעיל מהא דפי' רש"י בב"מ (דף כ') אגרת מזון שקיבל עליו לזון

בת אשתו וכ"כ רע"ב והטור שם. דהא כיון דלא מיירי באגרות שומא עבור מזון הבת א"כ הוי ליה ככל שטרות די"ל נפל איתרע ואשתמוטי כנ"ל. ואפשר דרש"י ס"ל כשיטת הראב"ד דהובא בח"מ סי' מ"א ובש"ך ס"ק י"ט דבחוב תו"ז לא אמרינן נפל איתרע. א"כ ה"ה בקיבל לזון בת אשתו דאם טוען פרעתי בתו"ז אינו נאמן לומר פרעתי. ואף דהש"ך הוכיח שם מן ב"מ (דף ז') דגם בכתובה אמרינן נפל אתרע אע"ג דהוי תו"ז. כבר סתר דבריו הקצה"ח שם דשא"ה דהוי תנאי ב"ד וכמש"כ התוס' בגיטין (דף ל"ד) דשאני תנאי ב"ד עי"ש בקצה"ח. וכן כתבו התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה אע"ג דאמור רבנן כו'. א"כ לפ"ז י"ל דשאני מזונות בת אשתו דלא הוי מתנאי ב"ד כמבואר בכתובות (דף ק"ב) וגיטין (דף נ"א) ע"כ לא חיישינן בזה לפרעון. וגם במזונות מבואר בר"ן פ' אלמנה ניזונת גבי הא דבעי ר' יוחנן יתומים אמרו נתננו והיא אומרת לא נטלתי כנ"ל דמזונות להבא בוודאי אינן נאמנים כמו בכל חוב תוך זמנו. [ומדברי הר"נ הנ"ל הוכחתי דאף בחוב על זמנים הרבה אינו נאמן לומר פרעתי בתוך זמנו ודלא כמש"כ הש"ך סי' ע"ח ס"ק י"ב גבי קונטרסים. אך לפמש"כ הנתיבות שם ס"ק ד' לחלק דשאני קונטרסים שאין לו זמן קבוע כו' ע"ש. ולפ"ד יש לחלק דשאני מזונות דזמנו קבוע בכל יום ויום]. ע"כ באגרות מזון לא אמרינן נפל אתרע:

אכן עדיין תקשה לפ"מ דכתב המחבר בסי' מ"א כשיטת הרמב"ם דאף בחוב תו"ז אמרינן נפל אתרע וכ"כ הטור שם. א"כ קשה אמה שכתבו הטור והרמ"א לפרש אגרות מזון שקיבל עליו לזון בת אשתו. ומשמע דזה לא קאי על שום הב"ד. ואפשר לחלק דשאני במזונות הבת לפמש"כ התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה כי היכי כו' דבפדיון הבן אף אבי ורבא דס"ל עביד אינש דפרע גו זמני' מודו בזה דאינו נאמן לפי דאין חיובו ברור דשמא ימות בתוך ל' ויפטר וכן בשכירות כו'. א"כ לפי מאי דאי' בב"ב (דף ק"מ) דמתה הבת לית לה וכ"כ הרא"ש פ' הנושא סי' א' בשם הירושלמי דמתה הבת אינו משלם ליורשי'. ובמק"א הארכתי בזה דלמה לא הביא להך דב"ב הנ"ל. ולפ"ז י"ל דשאני מזונות הבת דהוי חזקה אלימתא דאף אבי ורבא מודו בזה דאינו פורע תו"ז משום דאין החיוב ברור דשמא תמות בתוך הזמן ויפטור ממזונות דלהבא כנ"ל בפדיון הבן. ע"כ אף היכא דנפל לא אתרע חזקת תו"ז זו דהוי חזקה אלימתא:

ומכבר כתבתי במק"א בשיטת רש"י דכתובות (דף צ"ו) יתומים אמרו נתננו והיא אומרת לא נטלתי כו' דפירש רש"י דמיירי במזונות דלהבא. וכתבתי דרש"י ס"ל כשיטת הש"ך בסי' ע"ח דהיכא דיש זמנים הרבה אדם פורע תוך זמנו וה"ה במזונות כיון דכל יומא ויומא זמנו הוא ע"כ ס"ל לרש"י שם דלא כהר"ן דשם כנ"ל. ועכ"ז יש לחלק דשא"ה

במזונות האשה דהוי בתנאי ב"ד וכמש"כ התוס' בגיטין (דף ל"ה) ובב"ב (דף ה') כנ"ל. משא"כ במזונות הבת דלא הוי בתנאי ב"ד שאני:

ועיין בנימוקי יוסף סוף פ"א דב"מ על הא דמצא אגרות מזון דפי' שקיבל לזון בניו ואשתו. א"כ תקשה הא במזונות אשתו דהוי תנאי ב"ד וודאי חיישינן לצררי אף בתוך זמנו. ואין לחלק דשאני מזונות הבת ואשתו דאין חיובו ברור דשמא תמות. דהא גם בכתובה אין חיובה ברור דשמא תמות בחייו. ואפ"ה חיישי לפרעון אף בתו"ז. א"כ ה"ה מזונות אשתו דהוי ג"כ תנאי ב"ד ואין לחלק ביניהם. ואפשר לדחוקי דכוונת הנימוקי יוסף דקאי ג"כ על מה ששמו ב"ד עבור מזונות אשתו. וכן אפשר לדחוקי בטור ובסמ"ע שם וכן בלשון הרע"ב במשנה שם. ועיין שם בתיו"ט שם ד"ה אגרות שום שכתב דקרי ליה אגרות לפי שרגילין לפרסם לרבים שהוא חשיבות שמוותר למזון כו'. משמע מדבריו דאגרות מזון שכתב הרע"ב שקיבל לזון בת אשתו לא קאי על שום ב"ד. רק שיטת התוס' בכתובות (דף ק') ד"ה אגרות ביקורת כו' כ' בשם ר"ת לפרש דקאי על מה דב"ד שולחין אגרות לב"ד אחר לשום ולמזון פלוני. ויש להאריך בכ"ז. אך באמת לשון רש"י והרע"ב והטור משמע דאגרות מזון לא קאי על שום ב"ד להך פירוש דכתבו שקיבל לזון בת אשתו ומוכח כמש"כ לעיל:

ענף א:

ובכתובות (דף נ"ה) אמרו שם תנאי כתובה ככתובה דמיא גבי תוספת כתובה נפ"מ לשבועה כו'. ופי' רש"י לשבועת הנפרע שלא בפניו ונפרע מנכסים משועבדים ויתומים כו'. והקשה התוס' בד"ה ולשבועה דהא גם בשאר שטרות צריך שבועה וע"כ כתב הר"י שם פירוש אחר כו'. ואם נימא דהיכא דלא שייך אפשיטי דספרא זייר ליה א"צ שבועה וכמש"כ כן הר"י בב"ב (דף ה') שם. וידוע שיטת רש"י בכתובות (דף פ"ז) דשבועות משעבדי ויתומים ונפרע שלא בפניו כולם משום טענת השבע לי אתו עלה. ועיין באה"ע סי' צ"ו ב"ש ס"ק א' וס"ק כ"ד וס"ק ל"ז. ואי נימא דבמתנה דהתחייבות דלא שייך אפשיטי דספרא זייר ליה א"צ שבועה א"כ י"ל דהא בתוספת כתובה על האשה ליתן שכר הסופר כמו בכל שטר מתנה. רק כתובה על הבעל ליתן שכר הסופר לפי דאסור לבוא עליה בלא כתובה כמבואר באה"ע סי' ס"ו. וא"כ בשאר שטרות במתנה לא היה צריך הבעהש"ט לישבע דהא לא שייך התם אפשיטי דספרא זייר ליה. רק משום דדין תוספת כתובה ככתובה צריך שבועה בכל הני אף בתו"כ א"כ היה מתורץ קושיות התוס' שם על רש"י. ועיין בתוס' כתובות שם (דף נ"ה) ד"ה ולפוגמת כו' דמיירי היכא דהיתה הכתובה בשטר א' והתוספת בשטר א' ע"ש. ואי דנימא עדיין דלמא לא פרע כולו ונ"ח

קצת וע"כ נשאר ת"י השטר ע"כ אף היכא דלא שייך לומר אפשיטי דספרא זייר ליה ג"כ יהיה צ"ש מטעם הנ"ל. ז"א דהא מבואר בתוס' ב"ב דף ע' ע"א) ד"ה או דלמא כו' וכ"כ התוס' בשבועות (דף מ"ה ע"ב) ד"ה בשטר כו' בשם הריב"א דמחלקי דשאני היכא דלא שייך אפשיטי דספרא זייר ליה ע"ש. ולא כתבו דעדיין יש לחוש דלמא לא החזיר כולו רק קצתו וכנ"ל. ומוכח דז"א סברא כלל כיון דלא שייך אפשיטי דספרא כו'. וע"כ גובה כל סך השטר כדמשמע התם בתוס':

אכן כיון דחזינן דהתוס' בשם הר"י תירץ תירוץ אחר שם (דף נ"ה). והר"י בעצמו כתב בב"ב (דף ה') דלכן צריך שבועה בשטר משום דאפשיטי דספרא כו' א"כ מאי הקשה הר"י הכא בכתובות על מה דאמרו שם דתוספת כתובה ככתובה לשבועה. ומוכח מזה דבכל גווני צריך שבועה ואף היכא דלא שייך אפשיטי דספרא זייר לי':

וכיון דנתבאר לעיל דהא דאמרו בב"מ (דף ט"ז) גבי נפל איתרע דאמרינן דלכן לא קרעו לשט"ח משום אשתמוטי קא משתמט או אפשיטי דספרא כו'. דאין כוונת הגמ' לומר דדוקא היכא דיש לתלות בשני חששות הנ"ל אז מרעינן לשטרא. אבל משום אשתמוטי בלבד לא מרעינן לשטרא. דז"א דהא כתבתי להוכיח דאף היכא דאין לומר אפשיטי דספרא ג"כ מרעינן לשטרא משום אשתמוטי וכה"ג. א"כ ה"ה מש"כ התוס' בב"ב דלכן תקנו שבועה משום דחזקה דשאטר בידי מאי בעי לא הוי חזקה אלימתא כמו דאמרו בב"מ (דף ט"ז) אפשיטי דספרא זייר לי' עכ"ל התוס'. דאין כוונת התוס' דדוקא היכא דיש לומר אפשיטי דספרא אז מרעי לחזקה דשטרא בידי מאי בעי דהא עיקר יסודם של התוס' על סוגיא דב"מ. וכיון דנתבאר דאף בנפל איתרע מרעינן לשטרא אף היכא דלא שייך אפשיטי דספרא. אלא משום אשתמוטי קא משתמט. א"כ ה"ה גבי חיוב שבועה דתקנו חז"ל דג"כ הוא מה"ט. משום דלא אלים חזקה דשטרא בידי כ"כ כיון דיש לתלות דאשתמוטי קא משתמט כנ"ל: ובעז"ה דברי התוס' (דף מ"ה) ד"ה ולמר בר רב אשי דאמר כו' והרא"ש בשבועות פ' ו' סי' ט' אנהירנהו לעיינין דז"ל שם ורב האי הביא ראי' דבדאורייתא מפכינן מהא דהצריכו לישבע על שטר בטוען השבע לי. וכתב הרא"ש והתוס' לחלק דשא"ה דהתם יש טעם לדבר למה תקנו דצריך לישבע דזימנין טובא מתרמי דפרעי' ואשתייר שטרא בידו כדאיתא פ' קמא דב"מ דאשתמוטי קא משתמט דא"ל למחר יהיבנא לך א"נ אפשיטי דספרא זייר לי' עכ"ל. ועיין בתוס' סנהדרין (דף כ"ט). אלמא דכתבו להדיא דמשום הנך תרי טעמי משבעינן ולא משום פשיטי דספרא לחוד. וכמו בהא דנפל איתרע כנ"ל. דאף היכא דליכא טעמא דמשום פשיטי דספרא ג"כ מרעינן לשטרא. ועיין בט"ז חו"מ סי' קנ"ט סעי' א' שכתב כעין זה

בהא דב"ב (דף ו') דאמרו קמ"ל דא"ל רבים ביממא חזי לי' כו' א"נ רבים כי קאימנא חזי לי' כו' רבים כי מעיינו חזי לי' כו'. דהעיקר הוי מן חד טעמא. ושארי טעמים לא נאמרו רק לרווחא דמילתא ע"ש. וה"ה בהא דאפשיטי דספרא זייר דאמרו בלשון א"נ ג"כ אינו אלא לרווחא דמלתא. א"כ י"ל דגם כוונת התוס' דב"ב (דף ה') כוונתם הוא כמש"כ התוס' והרא"ש בשבועות ולא נקטו רק בקצרה. וע"כ א"ש למש"כ התוס' בב"ב שם אח"ז דטעמא דשטרא בידי מאי בעי לא מהני לפוטרו משבועה אף בפקדון דלא שייך אפשיטי דספרא זייר כנ"ל:

וכן מוכח מהא דכתובות (דף צ"ב ע"א) תוס' ד"ה ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות כו' שכתבו שם דאם הלוקח גובה עבור חיוב אחריות צ"ש רק היכא שמעות המקח בידו למה יתפוס צררי ע"ש. והא הלוקח נותן שכר הסופר של שטר המכירה וכן שטר טרפא חל על הלוקח שכר הסופר ואפ"ה חייב שבועה והתוס' ב"ב הנ"ל קאי ג"כ בשבועות יתמי כמש"כ לעיל. ועיין בתומים סי' קט"ז באורים שם. וכן מבואר בח"מ סי' ע"ב ש"ך ס"ק קמ"ו דאף במשכון בחשש שמא פרעו צריך לישבע בטוען השבע לי ע"ש שכתב כן לפרש דברי בעה"ת והטור והמחבר. והא התם לא שייך אפשיטי דספרא זייר. וגם במה שהמשכון מונח בידו שייך ג"כ בזה משכונך בידי מאי בעי כמש"כ הנתיבות שם בשם בעה"ת. ואפ"ה חייב שבועה משום דאמרינן דלמא שכח משכונא בידו וכה"ג. הרי מוכח מכל הנ"ל דאף היכא דלא שייך אפשיטי דספרא ג"כ חייב שבועה. ומשמע מכל הנ"ל דאף פרוטה אחת אינו גובה בל"ש ולא אמרינן דהניח השטר בידו עבור הפרוטה א' הנ"ח. ומוכח כמש"כ לעיל דתלינן באמתלא אחרת דאשתמוטי וכה"ג דנשאר השטר פרוע בידו:

א"כ נתבאר דאף התוס' דב"ב מודו למה שפסק הרמב"ם והראב"ד והמחבר בח"מ סי' רצ"ו דאף בשטר פקדון היכא דלא מהימן לומר נאנסו דלא מהימן לומר החזרתי. דאם טען אשתבע לי משבעינן ליה אף דלא שייך התם אפשיטי דספרא זייר ועיין ב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק ח'. וכיון דנתבאר דמן התוס' דב"ב אינו מוכח דיפלוגו ע"ז. ואדרבא משמע מדבריהם דאף בשטר פקדון לא אלים כ"כ החזקה דשטרא בידי מאי בעי די"ל דנשאר בידו כנ"ל. ע"כ הדין הוא דאף בתפס בעהש"ט אינו יכול לטעון קים לי ומחוייב לישבע בוודאי ודינו כמו כל גזל דרבנן וברור:

ענף ב:

ועכשיו נבאר אם שייך שבועת אשתבע לי בכתובה. הנה ראיתי בדרוש וחדוש של הגאון רע"א זצ"ל בכתובות (דף פ"ז ע"א) שכתב דיש לדון דבכתובה לא תקנו להך שבועה

דאשתבע לי. משום דהא אף בגרושה שייך חינא קצת. וסיים דאף דמסתימת הפוסקים משמע דמשביעין בזה ג"כ מכל מקום צריך ראיה גדולה לזה והאריך בזה:

ותמהני עליו דאמאי לא הביא לדברי הרמב"ם ה' אישות פ' ט"ז ה' י"ט שכתב בהדיא גבי כתובה דאם אמר הבעל השבע לי חייבת לישבע. וכתב המ"מ שם דלמד כן מהא דשבועות (דף מ"א) גבי שטר. וכ"כ המחבר באה"ע סי' צ"ו סעי' ז' ובח"מ שם ס"ק כ"ג. ועיין בש"ך בח"מ סי' פ"ב ס"ק י"ט. ובאמת מן שיטת רש"י והרע"ב והר"ן בכתובות (דף פ"ז) דכתבו דשבועת משעבדי ויתומים הוי משום דטענינן להו כו' וודאי מוכח כן וכמש"כ רע"א וצ"ל שם כן אך לא הביא להרמב"ם מפורש הנ"ל. וכ"כ הריטב"א בכתובות (דף פ"ז) והשמ"ק שם דהשבע לי שייך ג"כ בכתובה. ועיין באה"ע סי' ס"ח סעי' ח' דיש לו להשביעה בנק"ח על תוס' כתובה. והוא מן הרמב"ם כמבואר שם במ"מ דזהו מהא דשבועות (דף מ"א) הנ"ל וכ"כ הר"ן בסוגיא דפ"פ. ועיין באה"ע סי' ק"ג סעי' א' גבי כעין זה דתוספת כתובה ככתובה ועיין שם בב"ש ס"ק ג' ואכמ"ל. ומה שהוכיח שם רע"א וצ"ל ממה דאמרו בשבועות (דף מ"א) דמה בין זה לפוגם שטרו ולא אמרו מה בין זה לפוגמת כתובה יבואר זה לקמן בסי' פ"ד:

ומה שהקשה רע"א שם דאמאי לא אמרו בכתובות (דף פ"ז) במה דאמרו שבועה מאי עבידתא ולא אמרו דזהו שבועת השבע לי. וכן הקשה בתשובה בכתבים סי' קנ"ג. כבר הקדימו השמ"ק שם בשם רבינו יונה דתירץ משום דשבועת השבע לי אין זה שבועת המשנה עכ"ל. אבל באמת זה התירוץ אינו לפמש"כ הר"נ בכתובות בסוגיא דפוגמת ובשבועות (דף מ"א) וברא"ש שם דהך שבועה הוי שבועת המשנה מדהקשו שם בשבועות מה בין זה לפוגם שטרו. ובאמת כבר הקשה זה הפני יהושע בכתובות (דף פ"ז). וכן הקשה זה האו"ת בסי' פ"ד ס"ק ג' ותירץ זה היטיב עי"ש:

וגם יש לי לפלפל בזה וקצרתי:

ונראה לי להוכיח כן מהא דכתובות (דף צ"ד) דאמרו דת"ק לית לי' דאביי קשישא. והא התוס' בגיטין (דף נ') ד"ה יתומים שאמרו כו' כתבו דאביי קשישא מיירי בבע"ח. וכ"כ התוס' בכתובות (דף צ"ד) ד"ה שנמצאת כו'. ומש"כ התוס' שם בסה"ד להוכיח דאביי קשישא קאי אמתניתין דגיטין או דהכותב. באמת זה אינו ראיה די"ל דאביי קשישא קאי על בע"ח וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ה') ד"ה אע"ג כו' ע"ש. ולכן שפיר כתבו התוס' בגיטין ובכתובות שם דאביי קשישא מיירי בבע"ח. ואי נימא דבכתובה לא שייך השבע לי. א"כ קשה דאמאי אמרו דת"ק לית לי' דאביי קשישא. הא י"ל באמת דגם הת"ק אית לי' דאביי קשישא אלא דס"ל לת"ק לחלק דדוקא בבע"ח כיון דאביהן הוי מצי למטען השבע

לי ע"כ טוענין ג"כ ליתומים וכמו הא דגיטין (דף נ') דאמרו דלמא הני מילי לשבועה כו' וכפי' רש"י שם. אבל בכתובה דלא הוי מצי לטעון השבע לי ע"כ י"ל דאין צריך שבועה בגדולים אלא בקטנים חסו חז"ל עליהם והצריכו שבועה. ומדלא חילקו כן מוכח דגם בכתובה שייך השבע לי ולכן אמרו בפשיטות דת"ק לית לי' דאביי קשישא. ועיין ברש"י בכתובות (דף פ"ז ע"ב) ד"ה אלא אמר רבא כו' וכן לקמן (דף צ"ג ע"ב) ברש"י ד"ה הראשונה נשבעת לשניה כו' וכ"כ הרע"ב והר"נ שם. ע"כ אין שום ספק בזה כלל ובוודאי אף בכתובה שייך טענת השבע לי וכ"ז ברור. ומצאתי באו"ת סי' ק"ח ס"ק ב' שהקשה ג"כ בדברי התוס' דב"ב (דף ה') הנ"ל. אבל לא העיר בכל מש"כ והעיקר כמש"כ להוכיח בעז"ה: אחר כותבי כל הקונטרס הזה ראיתי בשמ"ק דב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה מי אמרינן כו' שהביא לדברי התוס' דשם שהובא לעיל במה שהקשו מהא דשבועות (דף מ"ה) דתפשוט מרמי בר חמא דשם כו' וכתב לתרץ לקושייתם משום די"ל דרמב"ח ס"ל שטר העומד לגבות כגבוי דמי וע"כ לא מהימן במיגו דנאנסו משום דה"ל מיגו להוציא דלא אמרינן עכ"ל. באמת אתי שפיר זה ביותר לפמש"כ ההפלאה בכתובות (דף פ"ז) במה דסבר רמי בר חמא למימר גבי שבועת פוגמת וגבי שבועת ע"א דשבועה דאורייתא היא וכתב ההפלאה שם דטעמו משום דס"ל לרמב"ח דשט"ח הוי כגבוי. א"כ לפמש"כ השמ"ק הכא בב"ב דרמי ב"ח דשבועות ס"ל דהוי כגבוי א"ש בפשיטות דברי ההפלאה הנ"ל דרמב"ח אזיל לטעמי' בזה. אבל עדיין יש לדון במה דאמרו בשבועות שם דמכלל דתרווייהו ס"ל המפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזיר בעדים דקאי שם על רבא ג"כ א"כ לפי דברי השמ"ק הנ"ל מוכח דס"ל לרבא דשט"ח הוי כגבוי. ובאמת אין זה סברא כלל וכמש"כ ההפלאה שם דרבא ס"ל בכתובות (דף פ"א) דלאו כגבוי דמי ויש להאריך בזה הרבה. עוד כתב השמ"ק שם לדחות לקושיות התוס' דב"ב הנ"ל דשא"ה בשבועות דלא שייך התם אפשיטי דספרא זייר לי'. א"כ לפ"ז יש לומר דהיכא דלא שייך אפשיטי דספרא כו' לא יהיה צריך שבועה בטענת השבע לי וכמש"כ לעיל. אבל באמת כבר נתבאר על נכון בעז"ה דאין שום ראיה מהתוס' הנ"ל ובוודאי חייב לישבע שבועת השבע לי אף היכא דלא שייך אפשיטי דספרא כו' וברור בעז"ה. ולקמן בחי' לסעי' ח' יבואר בקונטרס מיוחד ב"ה בענין השבע לי בכתובה ומש"כ כאן לא זזה ממקומה:

ענף ג:

היה המלוה חשוד י"א שהנתבע נשבע היסת וי"א שהמלוה נוטל בל"ש והכי מסתברא. והש"ך ס"ק י"ט הקשה בשם הסמ"ע דהא פסק באה"ע סי' צ"ו סעי' י"ב באשה החשודה שכנגדה נשבע ונפטר. וכתב הש"ך לחלק דשאני חוב הלואה כיון דשבועה תק"ח הוא

ע"כ אוקמוה אדאורייתא אבל בכתובה דעיקרו מדרבנן הלכך הם אמרו והם אמרו דאם היא חשודה אוקמוה אדאורייתא עכ"ל הש"ך. ודברי טעם הם לפי המבואר בראשונים ובמ"מ פ"ב ה' טוען ה' הטעם של הראב"ד דכתב דאין השבועה מעכב הפרעון משום דהעמידוהו על דין תורה ונוטל בל"ש וכ"כ הבעה"מ והמלחמות סוף פ"ז דשבועות. וכ"כ הר"נ בפ"ז דשבועות. א"כ לפ"ז נראה דכתובה דרבנן דלא שייך כן וודאי דהשבועה מעכב הפרעון. וכ"כ הט"ז באה"ע סי' צ"ו ס"ק ט"ו לחלק כחילוק של הש"ך ולא כמש"כ הט"ז בעצמו הכא בסי' פ"ב:

ד (שם סעיף ג):

ולפ"ז לכאורה יש לדון לפי שיטת הרמב"ם דס"ל בפ"ג ה"ע דכל שטר אינו רק מדרבנן משום דמה"ת הא בעינן מפיהם ולא מפי כתבם והובא שיטתו בסי' כ"ח. א"כ לפ"ז י"ל דשפיר פסק הרמב"ם פ"ב ה' טוען ה' דחשוד דאפיק שטרא מפסיד שטרו. משום דלשיטתו דכל שטר אינו רק מדרבנן א"כ לא שייך אליביה לומר דהעמידוהו על דין תורה. דהא מה"ת אינו נוטל כלום כיון דמה"ת אין לו דין שטר כלל. וכמש"כ הש"ך כעין זה על כתובה דרבנן. ולפ"ז יש לעיין במש"כ הש"ך לתרץ דברי הש"ע דסותר להא דאה"ע דהכא בח"מ כתב דהכי מסתברא דנוטל בל"ש ובאה"ע פסק דכנגדה נשבע ונפטר. ותי' דשאני בהלואה דאוקמי אדאורייתא. דהא שיטת המחבר בח"מ סי' כ"ח סעי' י"ב כשיטת הרמב"ם דשטר אינו רק מדרבנן. א"כ לא שייך בזה סברת הש"ך שכתב דמעמידין על דין תורה דהא מה"ת אינו נוטל כלום: אבל באמת אין זה קשה כלל דהא אמרינן בכולי ש"ס דהקילו חז"ל בקיום שטרות משום דמה"ת כנחקרה עדותן בב"ד. וקשה על שיטת הרמב"ם דס"ל דמה"ת אינו מועיל שום שטר. וע"כ מוכח דכיון דכבר הכשירו חז"ל לשטר שיהיה מועיל על ראיה ע"כ דינו כמו כל דאורייתא וכמש"כ המהרי"ק בסי' י"ז והובא בקצה"ח סי' מ"ו ס"ק ה'. ע"כ ה"ה שפיר כתבו בהיה חשוד דמוקמינן על דין תורה כיון דכבר תקנו דיהיה מועיל שטר על ראיה הוי דינו ככל דאורייתא. משא"כ בכתובה דעיקר החוב הוי רק מדרבנן ע"כ הקילו חז"ל בכתובה כדאמרינן בכולי ש"ס מקולי כתובה שנו כאן. ועיין בכתובות (דף ק"י) ובשא"ד מזה וקצרתי. משא"כ בשטר דהא לאחר דתקנו חז"ל דיהיה מועיל שטר על הראיה א"כ דינו כדאורייתא כיון דעיקר החוב הוא מה"ת. וכיון דהכשירו חז"ל להשטר א"כ ממילא שייך בו חזקה דשטרא בידי מאי בעי. וכש"כ לפי מה דהעלה הש"ך בסי' כ"ח דשטר הוא מה"ת ע"כ שפיר כתב הש"ך לחלק כנ"ל:

והקצה"ח ס"ק ה' הקשה על חילוק של הש"ך הנ"ל מן מש"כ הרא"ש בשבועות פ"ז סי' ט"ו בחשוד שבא ליפרע מיתומים שאין לו כלום וסיים בזה"ל ויש מביאין ראיה מהא דגיטין (דף ל"ה) דרב לא מגבי כתובה לארמלתא לפי שהיתה חשודה בעיניו עכ"ל הרא"ש. אלמא דאין מחלק בין כתובה להלואה. וכן הקשה הפ"י בגיטין (דף ל"ה) והניח בצ"ע:

ובאמת אין זה קשה דהא מיירינן בשיטת הרא"ש דהוכיח כן. והא מצינו להרא"ש בפ"ק דע"ג סי' ז' שכתב דרב פסק באלו נערות (דף מ') הלכה כר"א דאית ליה כתובה דאורייתא. וכ"כ הרא"ש בכתובות פ"א סי' י"ט. ועיין בפלפולא חריפתא בע"ג שם ס"ק כ"ז מש"כ לדון בדברי הרא"ש הנ"ל. ויש לדון בדבריו הרבה. וכיון דהרא"ש בעצמו ס"ל בשיטת רב דס"ל כתובה דאורייתא ע"כ שפיר כתב הרא"ש להוכיח כן לחוב הלואה מן הא דרב לא מגבי כתובה לארמלתא דהא גם כתובה הוי לשיטת רב מה"ת ע"כ אין לחלק אליבי' בין כתובה להלואה. וכש"כ לפמש"כ רש"י על התורה פ' חיי שרה על פסוק ולבני הפלגשים דנשים בקידושין וכתובה ופילגשים הוא בקדושין בלא כתובה כדאמרינן בסנהדרין. והרמב"ן על התורה שם חלק עליו דהא כתובה הוא דרבנן. א"כ לפ"ז מה"ת לא הוי שום חילוק ביניהם. והובא זה להרמב"ם פ"ד הל' מלכים הל' ד' בכסף משנה ובלח"מ שם. ועיין ברמב"ם פ"א הל' אישות ה"ד במ"מ ובכ"מ שם. וכתבו שם דגירסת רש"י בסנהדרין (דף כ"א ע"א) דאמר ר"י אמר רב פלגשים בקידושין בלא כתובה. א"כ מוכח מזה דרב ס"ל כתובה מה"ת. וכן לפי המבואר בירושלמי כתובות פ"ה ה"ב דר' מאיר ס"ל אשה יש לה כתובה פלגש אין לה כתובה. זהו משום דאזיל לטעמיה דס"ל לר"מ כתובה מה"ת כמבואר בכתובות (דף נ"ו). והא דאמר ר' יהודה שם בירושלמי דאשה יש לה תנאי כתובה ופלגש אין לה תנאי כתובה כוונתו הוא למאי דס"ל לר' יהודה מזונות וכסות הוא מה"ת כמבואר בכתובות (דף נ"ו) אף דס"ל כתובה דרבנן. ע"כ שפיר יש לחלק דאשה יש לה מזונות וכסות ופלגש אין לה מזונות וכסות וזהו חילוק מה"ת. ועיין ברא"ש כתובות פ"א סי' י"ב שכתב אם לקח פלגש כו' א"כ מוכח דלא ס"ל כרש"י בזה:

אך אין אנו צריכין לזה דהא בלא"ה נתבאר דשיטת הרא"ש דרב ס"ל כתובה מה"ת מן הא דכתובות (דף מ) דא' רב הל' כר"א כנ"ל. וגם עוד י"ל דהא הרא"ש הביא בפ"ק דכתובות סי' י"ט שיטת ר"ת דס"ל כתובה דאורייתא והאריך בזה. ע"כ שפיר כתב הרא"ש בשבועות דיש מביאין ראיה מהא דגיטין כו'. וי"ל דזהו לשיטת הסוברים כתובה מה"ת ע"כ לא מחלקים בין כתובה להלואה. אבל לדידן דס"ל כתובה דרבנן שפיר יש לחלק כמש"כ הש"ך. ועיין בר"נ לשבועות פ"ז דהביא ג"כ ראיה זו מהא דגיטין. ודחה ליה

מטעם אחר: ולקמן סי' צ"ב ש"ך ס"ק י"ד כתב הש"ך להוכיח מן מש"כ רש"י בכתובות (דף פ"ה) בההיא איתתא דאיחייבה שבועה אפכה רבא אכנגדה. ופירש"י והר"נ שהיה אדם תובעה ממון. דלא תימא דמירי בנתחייבה שבועה על כתובה. מוכח דס"ל דאין השבועה מעכבת הפרעון אם היה חשוד עכ"ל הש"ך. א"כ מוכח מן שיטת רש"י והר"נ הנ"ל לפמש"כ הש"ך בכוונתם. דס"ל דאף בכתובה ג"כ אם היא חשודה גובה בל"ש. ואין לומר דזהו למ"ד כתובה מה"ת. דהא מיירינן שם בכתובות לרבא. ולרבא מצינו דס"ל כתובה דרבנן כמבואר בכתובות (דף י') דרבא ס"ל להחזקה דא"א טורח בסעודה כו' ונאמן מה"ט לומר פ"פ מצאתי וזהו למ"ד דאית ליה כתובה דרבנן כמבואר שם. אלמא דאף למ"ד דאית ליה כתובה דרבנן עכ"ז אם היא חשודה גובה בל"ש. א"כ מוכח מזה דלא כמש"כ הש"ך בסי' פ"ב הנ"ל לחלק דבכתובה אין לה כלום אם היא חשודה. אלא די"ל דבאמת מן הר"ן ורש"י הנ"ל לפמש"כ הש"ך בכוונתם מוכח דס"ל דאף בכתובה דרבנן אם היא חשודה גובה בל"ש. משום דכיון דתקנו כבר דאית לה כתובה א"כ דינו ככל דאורייתא דהשבועה בחשוד אינו מעכב הפרעון. אבל הש"ך לעצמו בסתירת דברי המחבר שפיר ס"ל לחלק בין הלואה לכתובה כנ"ל. וזהו בתורת הכרעה לעצמו בין שיטת הפוסקים הנ"ל:

גם יש לדון בזה דרש"י והר"ן אזלי לטעמייהו דבגיטין. והוא דאי' בגיטין (דף ל"ו ע"ב) רבא אמר הפקר ב"ד כו' דא"ר יצחק כו' ופי' רש"י והר"נ שם דרבא קאי על מה דהקשו שם מקודם דכיון דשמיטה מה"ת איך תיקן הלל פרוזבול ותי' רבא משום הפקר ב"ד כו'. והתוס' שם בד"ה מי איכא מידי כו' וכן הכ"מ ה' שמיטה פ"ט ה' ט"ז לא כתבו כן. והכ"מ כתב דלהוציא לא שייך הך הפקר ב"ד כו'. ע"כ י"ל דלשי' רש"י והר"נ דס"ל דאף להוציא שייך הך הפקר ב"ד כו'. כדס"ל לרבא בגיטין שם. על כן שפיר כתבו לפרש בהך עובדא דההיא אתתא כו' דהיה אדם תובעה ממון דלא תימא דהיתה תובעת כתובה משום דבזה אף בחשודה אין זה מעכב הפרעון. משום דכיון דבחוב הלואה דינו דאף בחשוד גובה כמש"כ הש"ך דאוקמי אדאורייתא. א"כ ה"ה בחוב כתובה דאין לחלק ביניהם כיון דס"ל לרבא דגם בחוב כתובה לאחר דתקנו חז"ל דינו דזוכה מה"ת וכמו כל זוכה מהפקר. ואף די"ל דבכה"ג לא הפקירו חז"ל. עכ"ז כיון דאחר דגובה זוכה מה"ת ע"כ אין לחלק ביניהם. כן ס"ל לרש"י והר"נ. אבל לפמש"כ הכ"מ דלהוציא לא שייך הפקר ב"ד כו'. א"כ שפיר כתב הש"ך בשיטת המחבר דהוא הב"י בעל המחבר להכ"מ דכיון דס"ל דלהוציא לא שייך הפקר כו' ואינו זוכה אלא מצד תקנתא בעלמא. ולכן כתובה דהוי להוציא אינו זוכה האשה אלא מצד תקנה בעלמא. ע"כ שפיר ס"ל להש"ך לחלק אליביה דהמחבר

דשאני כתובה מן חוב דאורייתא. ושייך בכתובה לומר הם אמרו והם אמרו דכיון דאינה יכולה לישבע ל"ל כלום ושאני חוב הלואה דאוקמוה אדאורייתא משא"כ כתובה דאינה זוכה מה"ת כלל. ויש להאריך בכ"ז הרבה בכמה סוגיות ואכמ"ל. ע"כ א"ש דברי הש"ך בסי' צ"ב והכא בסי' פ"ב הנ"ל:

ענף א:

והנה הט"ז הכא בסי' פ"ב כתב לחלק דדוקא גבי שבועת אשתבע לי דמיירי הכא בזה הכריע המחבר דגובה משא"כ בשבועת פוגמת כו'. ולכאורה יש להקשות ע"ז דמה הקשו בשבועות (דף מ"א) מה בין זה לפוגם שטרו. הא יש לחלק דבפוגם שטרו והוא חשוד אינו גובה משא"כ בשבועת אשתבע לי דגובה אף דהוא חשוד. אכן באמת אין זה קשה כלל דהא עיקר סברת הט"ז בהחילוק הנ"ל הוא לפי דשאני שבועת אשתבע לי דבלא טען השבע לי לא משבעינן ע"כ במקום דאינו יכול לישבע העמידו על דין תורה. א"כ בעת שהקשה דמה בין זה לפוגם שטרו לא היה יודע לחלק דבעי בזה טענת השבע לי. א"כ לפ"ז היה הדין דגם בחשוד הוא דהך שבועה מעכב הפרעון ע"כ שפיר הקשה מה בין זה לפוגם שטרו וזה פשוט. ועוד י"ל דהט"ז לשיטתו בזה דלקמן סי' פ"ד בטור סי' ג' דהביא שיטת רב האי דס"ל דפוגם תו"ז צ"ש והקשה הט"ז שם דא"כ מאי פריך מה בין זה לפוגם שטרו ותי' דכוונת הגמ' הוא דאם לא הוי חילוק רק בתו"ז א"כ ה"ל לתנא למחשב שבועת אשתבע לי דנשבע עכ"פ לאחר זמנו. א"כ הוא הדין בזה דאף דנימא דיש חילוק ביניהם לענין חשוד דאכתי ה"ל לתנא למחשב זה השבועה באינו חשוד וא"ש דברי הט"ז:

(הגה"ה:

ובאמת יש לתמוה על קושיות הט"ז בסי' פ"ד הנ"ל דהא מבואר בב"ב (דף ה') דרב פפא ס"ל כאביי ורבא דעביד אינש דפרע תו"ז. א"כ אין מקום למה שהקשה דה"ל להגמ' לומר דהוי נפ"מ לתו"ז. דהא מיירינן התם לר"פ דאמר להך שבועת אשתבע לי ולדידיה אין שייך כלל הך נפ"מ. ואפשר לומר דכוונת הט"ז הוא לפמש"כ התוס' בב"ב (דף ה') כי היכי דלא ליטרדן כו' דדוקא בחוב ברור ס"ל לאביי ורבא דעביד דפרע תו"ז אבל בחוב שאינו ברור גם אינהו מודו דאינו נאמן לומר דפרע תו"ז. וכ"כ התוס' בב"מ (דף ק"ב ע"ב) ד"ה בחזקת שלא נפדה כו'. א"כ משכחת לה חוב תו"ז גם לר"פ דאינו נאמן לומר דפרע תו"ז כגון בחוב על איזה תנאי וכה"ג דכיון דלא היה חיוב ברור אינו פורע תו"ז. א"כ לשי' רב האי דס"ל דפוגם תו"ז כיון דאיתרע ליה החזקה דתו"ז ע"כ חייב לישבע

א"כ ה"ה בחוב שבתנאי ג"כ הדין הוא דחייב לישבע בפוגם כיון דאיתרע ליה מה"ט ע"כ שפיר הקשה הט"ז דה"ל להגמ' לומר הנפ"מ בזה:

ועפ"ז יש ליישב מה שהקשה בדרוש וחדוש של ר' עקיבא איגר בכתובות (דף כ"א) במה דאמר אביי שם אבל אמגילתא לא. וכתב הריטב"א דהחשש במגילתא שיגבה בו תו"ז. ותימא הא אביי עצמו אית ליה בריש ב"ב דאדם פורע תו"ז עכ"ל רע"א. אכן לפמ"ש א"ש דכוונת הריטב"א הוא שיכתוב המגילתא איזה חוב על תנאי כגון על תנאי אם יחיה בעהש"ט בכלות ל' יום וכעין הא דאה"ע סי' מ' ב"ש ס"ק ו' ע"ש. וכה"ג דלא הוי חוב ברור עד זמן שיוציא את המגילתא לגבות בב"ד דכה"ג גם אביי מודה דאינו נאמן לומר פרעתי תו"ז וכמש"כ התוס' בב"ב שם דשמא ימות כו' וכה"ג ומתורץ תמיהתו:

(ע"כ הגה"ה):

נחזור לענינינו דלשי' הש"ך בסי' פ"ב ובסי' צ"ב דחשוד דהוציא שטר דאף בפוגם שטרו וכיוצא בו מ"מ גובה. אבל לפמש"כ הט"ז הדין הוא דפוגם שטרו וכה"ג אינו גובה. אך בשבועת אשתבע לי דכיון דבעי טענת השבע לי ע"כ קילא השבועה בזה וגובה החשוד אף דאינו יכול לישבע: ולפענ"ד נראה להוכיח כשיטת הסוברים דאף בשבועת אשתבע לי דאינו גובה אם היה המלוה חשוד כמבואר הכא בסי' פ"ב לדעה קמייתא. וכמש"כ הטור הכא ובסי' צ"ב דגם בשבועת אשתבע לי אם היה המלוה חשוד אינו גובה. והוא דהא אמרו בגיטין (דף ל"ה) דרב לא מגבי כתובה לארמלתא. וכן פי' רש"י שם בגיטין (דף ל"ד) על משנה דנמנעו מלהשביעה ופי' רש"י שם והיתה מפסדת כתובתה. ומבואר בכתובות (דף פ"ז) על המשנה דהא דהנפרעת ממשועבדים ומיתומים לא תפרע אלא בשבועה דהטעם הוא משום דטוענין להו דאם היה טוען אשתבע לי דלא פרעתיך היה צ"ש. וכ"כ ר"ע מברטנורה שם. וכ"כ הר"נ בכתובות שם. וכ"כ הרשב"ם לב"ב (דף ע' ע"ב) ד"ה שטר כיס היוצא על היתומים כו' דשבועת יתומים היא משום דטוענין להו כנ"ל:

וכיון דעיקר שבועת יתומים הוא לשיטת הראשונים הנ"ל משום שבועת אשתבע לי. ומה שהקשו ע"ז התוס' בשבועות (דף מ"א) בד"ה וכי מה בין זה לפוגם שטרו כו'. הנה הפני יהושע בכתובות (דף פ"ז) הביא בשם ספר נתיבות המשפט הראשון דתי' זה היטיב. א"כ לפ"ז מבעי לן לומר דגם בשבועת אשתבע לי אם היה חשוד דלא יגבה בשטרו כמו דחזינן דרב לא מגבי כתובה לארמלתא וכמו שפי' רש"י והר"נ בגיטין (דף ל"ה) במשנה שם דנמנעו מלהשביעה דהיתה מפסדת הכתובה. וכיון דשבועת יתומים אם היה בעל השטר חשוד ס"ל דאינו גובה אף דעיקר השבועה של יתומים הוא רק משום שבועת אשתבע לי כנ"ל דטוענין להו. אפ"ה אמרו בזה דהך שבועה מעכב הפרעון. א"כ לפ"ז

ה"ה מבעי להיות בשבועת אשתבע לי עצמו. דיהיה מעכב הפרעון ואם היה חשוד דלא יגבה בהשטר שלו דהא הכל הם מצד שבועת אשתבע לי. א"כ יהיה מוכח לפי שיטת רש"י והרע"ב והר"נ והרשב"ם בפי' דשבועת יתומים דזהו מצד אשתבע לי. דלפ"ז הדין הוא דגם בשבועת אשתבע לי לא יגבה חשוד בשטרו:

והנה הש"ך בסי' צ"ב ס"ק י"ד כתב בכוונת רש"י והר"נ דכתובות (דף פ"ה) בההיא איתתא דאיחייבא שבועה דמוכח דס"ל דחשוד גובה בשטרו. ואף דנתבאר לעיל דהא מיירינן התם אליבא דרבא והא ס"ל לרבא כתובה דרבנן ואפ"ה ס"ל דאין השבועה בזה מעכב הפרעון. א"כ תקשה ע"ז מהא דרב לא מגבי כתובה לארמלתא דהא נתבאר לעיל בשיטת רש"י דרב ס"ל כתובה מה"ת כמש"כ רש"י על התורה פ' חיי שרה דגירסתו הוא בסנהדרין (דף כ"א) דרב ס"ל נשים בכתובה פלגשים בלא כתובה דכתבתי לעיל להוכיח מזה דרב ס"ל כתובה מה"ת. ולכן אף דלשיטת רש"י בפירושו לכתובות (דף י') שהובא בראש לכתובות פ"א סי' י"ט נדחה ראיות הראש שם דכתב דרב ס"ל כתובה מה"ת מן הא דפסק רב התם הלכה כר"א בכתובות (דף מ'). עכ"ז הא לשיטת רש"י מוכח כן מן הא דסנהדרין (דף כ"א) הנ"ל דרב ס"ל כתובה מה"ת כנ"ל. ואפ"ה מצינו לרב דלא מגבי כתובה לארמלתא ולא מוקמינן על דין תורה. א"כ כש"כ למאן דס"ל כתובה דרבנן. ומוכח מזה דלא כמש"כ הש"ך להוכיח מן הא דכתובות (דף פ"ה) בכוונת רש"י והר"נ הנ"ל. ובאמת אין זה ראיה מוכרחת כ"כ וכמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק ד' לדחות ראיות הש"ך הנ"ל ע"ש. ויש להאריך בזה:

ואפשר לומר בזה דהא הר"נ בשבועות פ"ז בסוגיא דא"א מוריש שבועה כו' כתב להוכיח בשם הראשונים דחשוד הבא לפרע מיתומים דאין לו כלום מהא דרב לא מגבי כתובה לארמלתא. וע"ז כתב הר"נ דאינה מכרעת אצלו דיש לחלק דשא"ה כיון שלא היתה חשודה ממש ע"כ לא היתה יכולה ליטול בל"ש כו'. עכ"ל הר"נ. ע"כ יש לחלק עדיין דשאני בחשוד ממש דבזה אין השבועה מעכב הפרעון. משא"כ התם בגיטין דלא היתה חשודה ממש וכמש"כ הר"נ לחלק בזה כנ"ל. אבל באמת אין זה חילוק ברור כ"כ וכמש"כ הר"ל עצמו בלשונו דאינה מכרעת אצלו כנ"ל. וגם הא הרא"ש והרשב"א בחי' לשבועות פ"ז הביאו ראיה זו מהא דרב לא מגבי כתובה ולא חילקו בהחילוק של הר"נ הנ"ל משום דבאמת אין זה סברא לחלק כן דחשודה ממש יהיה יפה כחה מן אינה חשודה ממש. ודוחק לומר דזהו משום דלפ"ז תעקר תקנת השבועה לגמרי לכל משום דבשני דרב הוי קילי נדרי כמבואר שם בגיטין. דזהו דוחק. ע"כ שפיר כתבתי להוכיח מן שיטת רש"י והרשב"ם והרע"ב והר"נ הנ"ל במש"כ הטעם דשבועת יתומים הוא משום

שבועת אשתבע לי. דלפ"ז הדין נותן גם בשבועת אשתבע לי דיהיה מעכב הפרעון גבי חשוד דאפיק שטרא. ולפ"ז יש לתמוה על הפוסקים בסי' פ"ב ובסי' צ"ב דלא העירו מזה כלל:

ענף ב:

והנלפענ"ד בזה והוא דהא יש להקשות בלא"ה על שיטת רש"י והרע"ב והרשב"ם והר"נ במש"כ דשבועת יתומים הוא מצד שבועת השבע לי. דלפ"ז תקשה ביותר במה דמבואר בשבועות (דף מ"ח) דאם מת לוה בחיי מלוה אמרו בזה א"א מוריש שבועה לבניו. ודוקא בשבועת יתומים אמרו כן אבל בשבועת פוגם וכיוצא בו. וכש"כ בשבועת השבע לי אמרו הבו דלא לוסיף עלה. וכמש"כ הרא"ש בפ"ז דשבועות סי' ט"ו דשאני שבועת יתומים דאלמוה רבנן לתקנת יתומים בזה והחמירו בשבועתן יותר כו'. וכ"כ התוס' בב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה ה"ג כגון שיש עסק שבועה כו'. וכן מבואר בכל הראשונים ובח"מ סי' ק"ח. וקשה לפי שי' הפוסקים הנ"ל דעיקר מילתא דשבועת יתומים הוא משום שבועת אשתבע לי כנ"ל. א"כ קשה דאמאי החמירו בשבועת יתומים יותר מן שבועת אשתבע לי ופוגם וכה"ג דהא כיון דעיקר מילתא הוי משום דטענינן להו דאם היה אבוהון קיים היה טוען השבע לי. א"כ לא יהיה חמירה שבועת יתומים מן שבועת אביהם דה"מ למטען כן. ובאמת מוכח מכולי סוגיא דשבועות (דף מ"ח) הנ"ל כשיטת התוס' בשבועות (דף מ"א) בד"ה וכי מה בין זה לפוגם כו'. שכתבו דשבועת הבא ליפרע מיתומים לאו משום טענת אביהם הוי. אבל לשי' הפוסקים הנ"ל דס"ל דמשום טענת אביהן אתו עלה תקשה כן:

ולכן נלע"ד לומר בכוונת רש"י וש"פ הנ"ל דכתבו דשבועת הבא ליפרע מיתומים הוא משום שבועת אשתבע לי דהוי מצי טען אביהם כנ"ל. די"ל דזה אינו אלא לפי מה דאמרו בכתובות (דף פ"ז) דתנא דמשנה ס"ל שם דבפטרה מן שבועת יתומין מהני הפטור. דלפ"ז שפיר י"ל דעיקר שבועת יתומין הוא משום שבועת השבע לי. אבל לפי מה דאמר אבא שאול שם דאף בפטרה בפי' מן שבועת יתומים ג"כ אינו מועיל הפטור. וכמבואר ג"כ בכתובות (דף פ"ח) דאבא שאול ורבנן פליגי בזה וס"ל לאבא שאול דאף בפטרה בפי' ג"כ לא מהני הפטור כמש"כ רש"י התם משום דמה אעשה שהרי אמרו חכמים הבא ליפרע מיתומים כו'. וכ"כ הרא"ש שם פ"ט סי' כ' בשם ר"ח דהלכה כאבא שאול דאף פטרה בהדיא משבועה לא מהני. ועיין באה"ע סי' צ"ח סעי' ז' ובח"מ סי' ע"א ש"ך ס"ק ל"ח:

ולפי שיטת אבא שאול הנ"ל וודאי מוכח דס"ל דשבועת יתומים הוא לאו משום טענת אביהן דא"כ הא מבעי להיות דיהיה מועיל הפטור שפטרה נגד יורשיו. וע"כ מוכח דס"ל

דהחמירו חז"ל בשבועת הבא ליפרע מיתומים מצד עצמו ולכן החמירו ג"כ דלא מהני הפטור. וי"ל דרש"י והפוסקים הנ"ל הוכיחו כן מהא דגיטין דף נ') דאמרו ודלמא הא דאמרו יתומים שאמרו גדולים ואצ"ל קטנים גבי שבועה זהו משום דגדול במילי דאבוה כקטן דמי. ופי' רש"י שם דכיון דעיקר השבועה דנשבעין נגד יתומים זהו משום דטוענין להו דלמא הוי טען אביהן אשתבע לי כו' ולה"ט אף גדולים נמי עכ"ל רש"י. א"כ מוכח מסוגיא דגיטין הנ"ל דהטעם של השבועה נגד יתומים הוא משום דטוענין להו כפי' רש"י וש"פ הנ"ל. [ולעיל בסי' ע"א כתבתי מה שיש לומר בזה לפי מה דקיי"ל דיתומים שאמרו אף גדולים נמי אף לזיבורית והארכתי שם בזה]. וכ"ז הוא לרבנן דפליגי על אבא שאול ולהמשנה דכתובות (דף פ"ו) דאמרו דמועיל הפטור שלו נגד יורשיו. אבל לפי שיטת אבא שאול כפי מש"כ כ"פ כן לדינא כנ"ל. וודאי מוכח דשבועת יתומים לאו משום טענת אביהם הוא משום דא"כ הא הוי מהני הפטור: ולפ"ז י"ל דרש"י וש"פ הנ"ל דכתבו בפי' המשנה דכתובות (דף פ"ז) דלכן הנפרע מיתומים צ"ש דזהו משום טענת אביהן. דזהו לשי' המשנה דס"ל שם דמהני פטור שלו נגד יורשיו וכדמוכח כן מהא דגיטין (דף נ') כנ"ל. אבל לפי מה דקיי"ל כאבא שאול דלא מהני פטור שלו אף בפי'. שפיר י"ל אף לשי' רש"י וש"פ הנ"ל. דהחמירו בשבועת יתומים ביותר מכל שבועת המשנה. ולכן אמרו בשבועות (דף מ"ח) דהבו דלא לוסיף עלה דרק בשבועת יתומים אמרו דאין אדם מוריש שבועה לבניו. וכן מה"ט א"ש הא דגיטין (דף ל"ה) דרב לא מגבי כתובה לארמלתא משום דהחמירו בשבועת יתומים דכיון דאינו נשבע מחמת דהוי חשוד וכה"ג דזה מעכב הפרעון וכמש"כ התוס' בב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה ה"ג כגון שיש עסק שבועה כו' דבעלילה מועטת יש לנו להקל על היתומים שלא להוציא מהם כו' וכ"כ הר"נ בפ"ז דשבועות. וע"כ אינו קשה למה שהקשיתי על שי' רש"י והפוסקים הנ"ל מהא דשבועות (דף מ"ח) ומגיטין (דף ל"ה) הנ"ל:

וכן מורה לשון התוס' בשבועות (דף מ"א) ד"ה וכי מה בין זה לפוגם כו' שכתבו להוכיח דשבועת יתומים לא הוי משום טענת אביהם אשתבע לי. דא"כ אמאי אמרו בהכותב דנקי נדר נקי שבועה לא תפרע מיתומים אלא בשבועה כו' עכ"ל. ויש לדקדק על לשונם דהוכיחו כן מנקי נדר נקי שבועה דאמרו בגמ' שם. וקשה דהא במשנה שם (דף פ"ו) תנן נדר ושבועה אין לי עליך דיורשיו משביעין אותה. א"כ מוכח מזה דשבועת יורשין לאו משום טענת אביהן הוי. ול"ל להתוס' להוכיח כן מן הא דגמ' דאמרו נקי נדר נקי שבועה כו' הא יותר טוב להוכיח מן משנה כידוע. וע"כ מוכח דס"ל להתוס' דממשנה דהתם אינו מוכח זה כלל משום דעדיין י"ל דשבועת יתומים הוי משום טענתא דאבוהון והא

דאמרו במשנה שם שבועה אין לי עליך דיורשיו משביעין אותה. י"ל כעין סברת הנתיבות המשפט דהובא בפני יהושע לכתובות (דף פ"ז) כנ"ל. משום דכיון דבלא פטורו היה יכול להשביעה ע"כ אף דנתן פטורו בחייו מכל מקום לאחר מיתתו יכולים להשביעה. וי"ל זה ביתר ביאור דזה דומה למי שנתן פטורים להמלוה עד זמן עשר שנים. דאף דאם בא לגבות תו"ז הנ"ל היה פטור משבועה. מ"מ אם בא לגבות לאחר עשר שנים יכול להשביעו. א"כ ה"ה ביורשיו דהוי כרעיה דאבוהון דעלייהו לא היה הפטור דיכולים להשביעו. ע"כ אינו קשה מזה על שי' רש"י הנ"ל:

אך מהא דמבואר בגמ' שם דנקי שבועה כו' דמוכח מזה דאף בפטרה בפי' מיורשיו ג"כ ס"ל לאבא שאול דיכולים היורשים להשביעה. וכפי' רש"י והרא"ש בכתובות (דף פ"ח) דלכן ס"ל לר"ש בתובעת כתובתה דיורשיו משביעין אותה. משום דס"ל כאבא שאול דאף בפטרה בפי' מיורשיו דג"כ צ"ש. א"כ בזה לא יתכן כ"כ סברת הנתיבות הנ"ל שהובא בפ"י כנ"ל. ע"כ שפיר הוכיחו התוס' מזה דלא כשי' רש"י. אלא דמוכח מהתם דס"ל לאבא שאול דשבועת יתומין הוא מצד עצמה ולא משום טענת אביהם. א"כ נתבאר דמן אבא שאול וכדקיי"ל לדינא כאבא שאול כמבואר בכתובות (דף פ"ז) וודאי גם לשי' רש"י ג"כ הא דבא ליפרע מיתומים דצ"ש זהו משום טענת עצמם ולא משום טענת אביהם. אך דהתוס' בשבועות ס"ל דאין סברא לומר דיפלוגו בזה גופא אבא שאול עם רבנן. ולשיטת רש"י מוכח דפליגי בזה גופא. וכבר כתבתי לעיל דרש"י הוכיח כן מהא דגיטין (דף נ') כנ"ל: לכן לפ"ז א"ש הא דהחמירו חז"ל בשבועת יתומין דאמרו בזה א"א מוריש שבועה. ואמרו בזה הבו דלא לוסיף עלה משום דבאמת החמירו חז"ל בשבועת יתומין משום דלדינא אין זה מצד טענת השבע לי. ולכן א"ש הא דגיטין דרב לא מגבי כתובה לארמלתא. ואף דנימא כהכרעת המחבר והטור הכא בסי' פ"ב דבשבועת השבע לי דחשוד גובה בשטרו. אפ"ה שבועת יתומין שאני וא"ש הכל. ואחר כותבי כ"ז מצאתי בהפלאה לכתובות (דף פ"ז) ברש"י ד"ה מנכסים משועבדים כו' שכתב ג"כ כעין מש"כ דלאבא שאול הוי שבועת יתומין מצד עצמן ולא משום שבועת השבע לי. אך שקיצר בזה דמנלן לרש"י להוכיח כן אליבא דת"ק דאבא שאול דפליגי בזה גופא. אך לפמש"כ להוכיח כן מהא דגיטין (דף נ') א"ש בפשיטות. וגם כתבתי להוכיח כן מן התוס' שבועות (דף מ"א) כנ"ל:

ענף ג:

ועדיין יש להעיר בכל מה שכתבתי לבאר דהך דשבועות (דף מ"ח) דאמרו בשבועת יתומין א"א מוריש שבועה לבניו והבו דלא לוסיף עלה. דזהו רק למאי דקיי"ל כאבא

שאול. אבל להמשנה דהתם וכן לרבנן דר"ש שם (דף פ"ח) הדין הוא דהך שבועת יתומין שוה לשבועת השבע לי ולא אמרינן בזה א"א מוריש כו'. דז"א דא"כ תקשה בכולי סוגיא דשבועות (דף מ"ח) הנ"ל דמקשו שם על הך דינא דאמרו רב ושמואל דא"א מוריש שבועה כו' מכמה משניות וכן מהך משנה דכתובות (דף פ"ו) הנ"ל. ושקלו וטרי לתרוצי כ"ז. הא לפי מה דנתבאר אין זה קשה כלל. דהא י"ל בפשיטות דהך דינא דרב ושמואל דהחמירו בשבועת יתומים טעמייהו דס"ל כאבא שאול כנ"ל. אבל להמשנה כתובות דס"ל שם (דף פ"ו) הנ"ל דמהני פטור בפי' נגד יורשיו. דס"ל לרש"י בפי' המשנה דכתובות (דף פ"ז) דשבועת היתומים הוא משום טענת אביהם אשתבע לי כנ"ל. ע"כ לפ"ז הדין הוא דאין להחמיר בשבועת יתומים ביותר מן שבועת השבע לי. א"כ אינו קשה כלל מכל הני משניות על רב ושמואל דלכן לא ס"ל לכולי משניות להך דין דא"א מוריש כו'. משום דהא בשבועת השבע לי. לא אמרו א"א מוריש כו'. וע"כ מוכח מכולי סוגיא דהתם דהך דינא דרב ושמואל דאמרו א"א מוריש שבועה כו' דלכ"ע אמרו זה. ודוחק לומר דבעת דהקשו שם על הא דרב ושמואל לא ידעו אז למאי דמסקי שם בסוף דהבו דלא לוסיף עלה. והיה ס"ל לכולי אמוראי דשקלי וטרי שם להקשות על הא דרב ושמואל מכמה משניות. דבכל השבועות ס"ל דהך שבועה מעכב הפרעון ואמרינן ביה א"א מוריש שבועה לבניו:

הנה מלבד דזהו דוחק לומר כן. הא תקשה ג"כ דבאמת מנלן להש"ס בכוונת רב ושמואל דס"ל להך דא"א מוריש כו' בכל השבועות. דלמא באמת לא אמרו כן רב ושמואל רק על שבועת יתומים וכדמסקי דהבו דלא לוסיף עלה וכמבואר בכתובות (דף פ"ז) דא' שמואל הל' כאבא שאול וכמש"כ דזה תלוי בזה א"כ ממילא לא תקשה כלל מכל הני משניות עלייהו. והא דתקשה לפי מה דמסיק ר"נ דהבו דלא לוסיף עלה דא"כ איך מדמה הש"ס הא דשניהם חשודים להך דרב ושמואל התם. כבר הקשה זה הר"נ שם ותי' דבתובע חשוד מפני פשיעתו ראוי שיפסיד יותר מדרב ושמואל ומפוגם שטרו ולא מוסיף מקרי כו'. וכ"כ הרשב"א בחי' שם. א"כ מוכח מזה באמת דהך מימרא דרב ושמואל לכ"ע אמרו כן ולא הוי פלוגתא דתנאי בזה לשיטתם. וע"כ הקשו שפיר בכולי סוגיא עלייהו והוכרחו להדר אחר תי' בזה. א"כ מוכח מזה דלא כמש"כ לעיל דזה תלוי בפלוגתת ת"ק ואבא שאול:

אך באמת גם זה אינו קשה לפי מה דראיתי בהר"נ בפ"ז דשבועות בסוגיא הנ"ל (דף מ"ח) שם. שכתב להקשות וא"ת בפוגם נמי מצי למימר הכי ל"ש אלא שפגמו היורשים אבל פגם אביו כבר נתחייב שבועה וא"א מוריש כו'. דהא רב ושמואל נמי בפוגם ס"ל דא"א

מוריש כו' דהא אמרינן לקמן הבו דלא לוסיף עלה כו' מכלל דרב ושמואל בפוגם נמי א"א מוריש ותי' הרמב"ן ז"ל דרבותא קמ"ל כו'. א"כ מבואר להדיא בר"נ בשם הרמב"ן דס"ל דלרב ושמואל ה"ה בכל השבועות אמרינן א"א מוריש כו'. וכ"כ הרשב"א בחי' לשבועות שם. ע"כ אין מקום לקושייתי הנ"ל. והא דתקשה דבאמת מנלן להש"ס להקשות כן על רב ושמואל דלמא באמת ס"ל לרב ושמואל כן רק בשבועת יתומים משום דס"ל כאבא שאול וכנ"ל. באמת אין זה קשה משום דהא רב ושמואל קאמרי על המשנה דשבועות בלשון לא שנו כו' אבל מת לוה כו'. וס"ל לרב ושמואל דהמשנה עצמה ס"ל להך דא"א מוריש כו'. וכיון דסתם משנה ס"ל בכתובות (דף פ"ו) דלא כאבא שאול. רק ר"ש ס"ל שם (דף פ"ח) כאבא שאול ע"כ אין סברא לומר דהמשנה דשבועות ס"ל כאבא שאול. ע"כ מוכח דאף לתנא דפליג על אבא שאול. ושבועת יתומים הוא משום שבועת השבע לי כנ"ל לשי' רש"י וש"פ הנ"ל. עכ"ז ס"ל דאמרינן בזה א"א מוריש כו' א"כ מוכח מזה דאף בשבועת השבע לי אמרו דא"א מוריש כו'. לשי' רב ושמואל. אך לדידן דלא ס"ל כרב ושמואל בזה אלא בשבועת יתומים. שפיר י"ל דזהו משום דקיי"ל כאבא שאול כנ"ל. ואינו רק בשבועת יתומים דזה מעכב הפרעון אבל בכל שבועות י"ל דאינו מעכב הפרעון וכשי' הש"ך בסי' צ"ב וסי' פ"ב. ולכן אינו קשה מהא דרב לא מגבי כתובה לארמלתא אף לשיטתם דהוי משום השבע לי די"ל דזהו משום דהלכה כאבא שאול כנ"ל: ומ"מ יש עדיין לעיין בזה. דהא אי' בכתובות (דף פ"ז ע"א) דרבה ס"ל דאין הלכה כאבא שאול ולכן בנקי שבועה אין יורשין משביעין אותה. ואמרו בשבת (דף מ) דרבה עביד בכל מילי לחומרא כרב. ובממון הוי חומרא דאין מוציאין ממון מהמוחזק. ולכן אי נימא דרב דס"ל דלא מגבינן כתובה לארמלתא. טעמו משום דס"ל כאבא שאול ומה"ט אף בפטרה בפי' משבועת יורשין ג"כ משביעין אותה כנ"ל א"כ ה"ל לרבה ג"כ למיפסק כן דאין מוציאין בל"ש אף בנקי שבועה. ועיין בסוגיא דפוגמת גבי אבעיא דפוגמת בעדים ופוגמת פחות מש"פ דמספיקא אין מוציאין בל"ש כמש"כ הרא"ש שם ובח"מ סי' פ"ד. וע"כ מוכח מן הך מימרא דרבה בכתובות הנ"ל דרב ג"כ לא ס"ל כאבא שאול. א"כ עדיין תקשה דאמאי לא מגבי רב כתובה לארמלתא. אך יש לומר בפשיטות בזה דרב לשיטתו אזיל כיון דס"ל בשבועות (דף מ"ח) דאף בכל שבועת המשנה אמרו א"א מוריש כו' והשבועה מעכבת הפרעון. וכן הא שבועת יתומים אף דלהמשנה דס"ל דלא כאבא שאול א"כ אינו רק משום השבע לי כנ"ל. ואפ"ה ס"ל לרב דזהו מעכב ואמרינן בי' א"א מוריש כו'. ע"כ ס"ל לרב דלא מגבי כתובה לארמלתא. אבל לדידן דמחלקינן בין שבועת יתומין ובין שארי שבועות ואמרו הבו דלא לוסיף עלה. והטעם הוא משום דקיי"ל כאבא שאול כנ"ל

ע"כ א"ש הכל. וא"כ אינו מוכח מכל זה אף לשיטת רש"י והפוסקים הנ"ל דאף דס"ל דשבועת היתומים הוי משום השבע לי. עכ"ז אינו ראי' מזה על שבועת השבע לי דיהיה מעכב הפרעון בחשוד:

ענף ד:

ועוד נלפענ"ד לומר במה דהקשיתי לעיל מהא דאמרו דרב לא מגבי כתובה לארמלתא וכן מן הא דשבועות (דף מ"ח) דבשבועת יתומים אמרו דהשבועה מעכב הפרעון ואף דבכל שבועה אמרו הבו דלא לוסיף עלה. וע"כ מוכח דשבועת יתומים לא הוי משום השבע לי. א"כ תקשה מזה על שי' רש"י וסייעתו דס"ל דשבועת יתומים הוי משום השבע לי. וגם הא יהיה מוכח לפ"ז דאף שבועת השבע לי אינו גובה אם היה חשוד. והוא די"ל עיקר הטעם דאמרו בשבועות (דף מ"ח) דהבו דלא לוסיף עלה דרב ושמואל. דאין הטעם משום דהחמירו חז"ל בשבועת יתומים כמש"כ הרא"ש שם והתוס' ב"מ (דף צ"ז) ד"ה ה"ג כגון שיש עסק כו'. אלא י"ל דהטעם הוא דהא רב נחמן אמר זה שם דהבו דלא לוסיף עלה. וגם קאי שם על הא דרב ושמואל והא רב ושמואל ורב נחמן ס"ל שעבודא לאו דאורייתא כמבואר בסוף ב"ב ובקידושין (דף י"ג) ובגיטין (דף נ'). וכן הא דאר"פ שם הפוגם שטרו ומת יורשיו נשבעין ונוטלין. ג"כ הא שיטת ר"פ בסוף ב"ב דשעבודא לאו דאורייתא וכמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' וכן י"ל בשיטת רב הונא בריה דרב יהושע ורבא דמיירי התם וכמש"כ הש"ך שם בשיטתם. ע"כ י"ל הטעם במה דאמרו שם הבו דלא לוסיף עלה דאין הטעם משום דחמירא שבועת יתומים דהא לשיטת רש"י וסייעתו אינו כן כנ"ל:

אלא י"ל הטעם דהא בחשוד דהוציא שט"ח מבואר במ"מ פ"ב ה' טוען ובר"נ פ"ז דשבועות ובבעה"מ ומלחמות שם ובכל הראשונים ובש"ך סי' פ"ב ס"ק י"ט דכתבו כולם עיקר הטעם דלכן אין השבועה מעכב הפרעון משום דמוקמינן אדאורייתא. ע"כ לפ"ז י"ל דלמאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ואינו גובה מה"ת מיורשין אלא מדרבנן משום נעילת דלת ע"כ בזה אף שבועת השבע לי י"ל דמעכב הפרעון. וכן מה"ט רב לא מגבי כתובה לארמלתא אף דנתבאר לעיל דרב ס"ל כתובה דאורייתא. עכ"ז כיון דמה"ת אינו גובה מיתומים וכמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' דאף במלוה הכתובה בתורה ס"ל לרב שעבודא לאו דאורייתא. ע"כ בכה"ג השבועה מעכבת הפרעון וכמש"כ הש"ך הכא בסי' פ"ב גבי כתובה דכיון דהוי דרבנן ע"כ בזה השבועה מעכבת הפרעון. והא דמדמי הש"ס שם הך דשניהם חשודים לזה. א"ש לפמש"כ התוס' בב"מ (דף ה') ד"ה שכנגדו כו' לחד תי' ועוד י"ל בזה וקצרתי. א"כ יהיה מזה סייעתא לחילוק של הש"ך הנ"ל

דמחלק בין ממון דזוכה מה"ת ובין ממון דאינו זוכה רק מדרבנן. וע"כ אינו קשה על שי' רש"י וסייעתו דס"ל דשבועת יתומין הוי משום השבע לי דא"כ אמאי אמרו הבו דלא לוסיף עלה וכן אמאי לא מגבי רב כתובה לארמלתא. די"ל דהטעם הוא משום שעבודא לאו דאורייתא. וכן בהא דגיטין (דף ל"ד) דבמשנה שם דנמנעו להשביעה ופי' רש"י והיתה מפסדת כתובתה. ג"כ י"ל דהטעם הנ"ל הוא למ"ד שעבודא לאו דאורייתא או למ"ד כתובה דרבנן. אבל למ"ד כתובה דאורייתא וכן ש"ד י"ל דכוונת המשנה דנמנעו להשביעה והיתה גובה הכתובה:

ואחר כותבי זה ראיתי בקצה"ח סי' ק"ח ס"ק ט' שכתב ג"כ הטעם במה דאמרו הבו דלא לוסיף עלה דזהו משום שעבודא לאו דאורייתא. והא דאמרו בלקוחות דלא דיינינן בזה הך דא"א מוריש כו' כתב שם הקצה"ח הטעם בשם הרא"ש בתשובה דזה לא מקרי נתחייב שבועה כיון דיש מקום לגבות מן הלוה כו'. הנה כן כתב הר"נ בשבועות פ"ז וכ"כ הרשב"א בחי' לשבועות שם. והקצה"ח לא ביאר זה כ"כ רק כתב כן בקצרה וגם לא כתב הוכחה לזה. אך לפמש"כ הוא מוכרח לשיטת רש"י וסייעתו דס"ל דשבועת יתומים הוא משום שבועת אשתבע לי ואפ"ה אמרו בשבועות (דף מ"ח) הבו דלא לוסיף עלה והחמירו בשבועת יתומים. וע"כ מוכח הטעם משום דשעבודא לאו דאורייתא כנ"ל ע"כ החמירו בשבועת יתומים:

ובאמת ידעתי מה די"ל בזה דאף דעיקר שבועת יתומים הוא משום טענת אביהם דה"מ למטען אשתבע לי. עכ"ז לאחר דתקנו שבועה בבא ליפרע מיתומים יהיה מאיזה טעם שיהיה. ע"כ החמירו בשבועת הבא ליפרע מיתומים יותר מכל שבועות. אך באמת זהו דוחק כידוע לבדות סברא בעלמא. וע"כ העיקר כמש"כ דהטעם הוא משום שעבודא לאו דאורייתא ואין גובין אלא מדרבנן מן היתומים לכן בעלילה מועטת יש להקל על היתומים שאין להוציא ממון מהם וכמש"כ התוס' בב"מ (דף צ"ז) ד"ה ה"ג כגון שיש עסק שבועה ביניהם כו'. ואף שהתוס' לא נתכוונו לזה מ"מ שייך סברת התוס' הנ"ל לפמש"כ בטעם הדבר. ולפ"ז יש לתרץ קושיות הקצה"ח והפני יהושע שהובא לעיל שהקשו על הש"ך דמחלק בין כתובה לחוב הלואה דא"כ איך כתב הרא"ש בפ"ז דשבועות סי' ט"ו למילף בחשוד שהוציא שט"ח על יתומים מהא דרב לא מגבי כתובה לארמלתא. אכן לפמש"כ א"ש דהא כתב הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' דהרא"ש ס"ל שעבודא לאו דאורייתא ע"ש. ע"כ אי נימא לחלק דשאני כתובה דהוי מדרבנן וכמש"כ הרא"ש כתובות סי' י"ט. עכ"ז הא לפ"ז גם שט"ח על יתומים מבעי להיות דהשבועה יהיה מעכב הפרעון כיון דלא שייך בזה לומר דאוקמינן על ד"ת כיון דשעבודא לאו דאורייתא. וע"כ שפיר כתבו

לדמות שט"ח על יתומים לכתובה. ומה שיש בחלק בזה בין תרי דרבנן לחד דרבנן דהא בכתובה מיתומים הוי תרי דרבנן ובחוב הלואה הוי חד דרבנן. באמת אין סברא לחלק בזה בנ"ד כידוע. ועיין בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' דדעתו דבמלוה הכתובה בתורה הוי ש"ד. וגם הא לא שייך בזה לומר אוקמי על דין תורה ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ו מש"כ שם בשם טורי אבן: ענף ה:

א"כ נתבאר דמוכח מכל זה דאף שבועת אשתבע לי יהיה מעכב הפרעון גבי חשוד שהוציא שט"ח היכא דאינו גובה בשטרו רק מדרבנן וכגון בכתובה דאינו רק מדרבנן וכהנה. דהא הך דרב לא מגבי כתובה לארמלתא לשיטת רש"י וסייעתו הוא משום שבועת השבע לי. ואפ"ה כיון דאינו גובה מיורשים רק מדרבנן השבועה מעכב הפרעון א"כ ה"ה בכל כה"ג דמ"ש. ולפ"ז יש לדון במש"כ הש"ך בסי' צ"ב ס"ק י' לפרש לדברי רש"י בכתובות (דף פ"ה) בההיא איתתא כו' דאם היתה תובעת כתובתה היתה נוטלת אף בחשודה. והנה לפמש"כ להוכיח דבדרבנן ס"ל לרש"י דהשבועה מעכבת הפרעון. א"כ הא התם מיירי לרבא ורבא הא ס"ל בכתובות (דף י') לחזקה א"א טורח כו' דמוכח מזה דס"ל כתובה דרבנן דמה"ט ס"ל דנאמן לומר פ"פ מצאתי. א"כ עדיין תקשה כוונת רש"י דכתובות הנ"ל. אך הקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק ד' כתב כוונה אחרת בדברי רש"י הנ"ל: ובאמת לפענ"ד נראה לומר כוונה אחרת בדברי רש"י דכתובות (דף פ"ה) דפי' דאיחייבא שבועה שהיה אדם תובעה ממון והיא כופרת. דלא תימא דמיירי בנתחייבה שבועה על כתובתה. משום דהא התם אמרו בההוא שטרא דא"ל ר"פ ידענא ביה דשטרא פריעא הוא דאמרו מרענא שטרא אפומיה. ופי' רש"י לא מקרע קרענא ליה ולא אזדקק לגבות באותו שטר. וכתב הרא"ש שם סי' ו' על פי' רש"י הנ"ל דיניח השטר בידו ואם יתבענו בב"ד אחר דלא קים ליה יגבה חובו. וכ"כ השמ"ק שם דמחמת זה אי תפס לא מפקינן מיניה: וי"ל דמשום זה הוכרח רש"י לפרש דמיירי בנתחייבה שבועה על מה דתבעו ממנה והיתה מודה מקצת. משום דאי נימא דהיתה תובעת כתובה. א"כ תקשה אהדדי דמפני מה בהך דלקמן דאמרו בזה מרענא שטרא אפומיה דלא קרענא ליה ולא מזדקק להגבותו אף דקים ליה בגוויה. א"כ מ"ש במה דאמר ידענא בה דחשודה אשבועה דאפכה רבא לשבועה אכנגדה. דא"כ ה"ל לעיל נמי בהך עובדא ג"כ לדון דלא מקרע ליה ולא גבינן ליה כיון דהי' זה מחמת קים ליה בגווי'. ומ"ש זה מהך קים ליה בגווי' בפרעון. ודוחק לחלק דשאני בחשש חשוד להשביע לו דיש בזה חשש ש"ש לבטלה דהא לא היתה חשודה ידועה בעדים. ועיין בב"ק (דף ק"ח) בתוס' ד"ה ותרי כפילי כו' דחשוד על השבועה לא מיפסל אלא מדרבנן ובמק"א הארכתי בזה. וכעין זה העיר השמ"ק שם. ואין לומר דשאני

בהך עובדא דאמר העד ידענא ביה דשטרא פריעא דלא שייך בזה להשביע להנתבע משום דהעד מסייעו לפוטרו משבועה ע"כ הוכרחו לומר מרענא שטרא כו'. דז"א דהא לשי' רש"י בב"מ (דף ב') גבי ולחזי זוזי ממאן נקט מוכח דס"ל כשיטת הסוברים דאין עד מסייע פוטר משבועה. ועוד דהא שייך בזה הכלל מש"כ הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ל' וס"ק ל"ה ובסי' צ"ב ס"ק ח' דאין ע"א יכול לפעול שתי פעולות ע"ש. א"כ ה"ה הכא דכיון דע"י הע"א הוי תועלת שלא לגבות בהשטר ע"כ אינו יכול הע"א לפטור ג"כ משבועה:

ומזה הוכיח רש"י והוכרח לפרש בההיא איתתא דאיחייבא שבועה שהיה תובעה ממון כו'. דעיקר הטעם במה דאמרו מרענא שטרא אפומיה דזהו משום דכיון דהתובע הוא בא בדין מרומה. דע"ז אמרו דאין הב"ד מזדקקין ליה וכמבואר בח"מ סי' ט"ו. ע"כ זה אינו שייך אלא היכא דנראה דהתובע הוא רמאי. אבל היכא דהנתבע הוא רמאי אין הדיין יכול להסתלק שלא ישתכר הרמאי כמבואר שם סעיף ד'. ולכן בהך עובדא דתבעו ממנה ממון. והיתה מ"מ שפיר היה מזדקק לדון זה וכיון דמחמת קים ליה בגווי' אין יכול להשביעה עכ"פ ע"כ דינה ככל מתוך שאי"ל משלם. וכמש"כ התוס' בב"מ (דף ה') שכנגדו קאמינא כו' לחד תי'. ע"כ אפכה רבא לשבועה אכנגדה. ע"כ הוכרח רש"י לפרש דמיירי דהך דין מרומה היה בטענת הנתבע ולא בטענת התובע ולכן לא סתרי הנך עובדא אהדדי. וע"כ אין לנו שום הכרח מן דברי רש"י הנ"ל להוכיח דשבועה דרבנן לא היה מעכב הפרעון בחוב דרבנן. ועיין במהרש"א ובשמ"ק שם בכתובות (דף פ"ה):

ולפי מה דנתבאר דאין הכרח מן שי' רש"י וסייעתו דס"ל דשבועת יתומים הוי משום השבע לי להוכיח דשבועת השבע לי יהיה מעכב בפרעון חוב מה"ת. רק בחוב דרבנן יש להוכיח שפיר לשיטתם דאף שבועת השבע לי מעכב הפרעון ולכן רב לא מגבי כתובה לארמלתא. ולמדנו לפ"ז דבשבועת הבא ליפרע מלקוחות אם היה חשוד דלפמש"כ הש"ך בסי' פ"ב דבכתובה כיון דהוא מדרבנן ע"כ השבועה מעכב הפרעון אם היה חשוד. וה"ה בהא דרב לא מגבי כתובה לארמלתא משום דס"ל שעבודא לאו דאורייתא כנ"ל. דלפ"ז למאי דמסיק הש"ך בסי' ל"ט סוף ס"ק ב' דהוי ספיקא דדינא אי ש"ד ע"כ אין להוציא מלקוחות אם היה חשוד די"ל דלמא הלכה דשעבודא לאו דאורייתא ואז אינו גובה מלקוחות אלא מדרבנן דבזה השבועה מעכב הפרעון. ואף דבסי' ק"ח ובשבועות (דף מ"ח) גבי א"א מוריש שבועה אמרו דבשבועת בא ליפרע מלקוחות לא אמרו זה. שא"ה דהא גם יורשי המלוה נשבעין שלא פקדנו ועיקר הטעם התם משום דהמלוה נתחייב שבועה כו' ע"כ אמרו ביה א"א מוריש כו'. ולכן לא אמרו זה בלקוחות משום דזה לא מקרי נתחייב שבועה דהא יכול לגבות מהלוה עצמו וכמש"כ הר"נ בסוף פ"ז

דשבועות וכמש"כ הרשב"א בחי' שם וכנ"ל. אבל בחשוד דאינו יכול לישבע כלל ע"כ דומה זה להא דרב לא מגבי כתובה כו'. לשיטת רש"י וסייעתו דזהו רק שבועת השבע לי כנ"ל. ואינו גובה אם היה חשוד מלקוחות אף לשיטת הש"ך בסי' פ"ב ס"ק י"ט. ואף דלא משמע מן הש"ך כן דהא לא כתב הכא בסי' פ"ב כן רק בבא ליפרע מיתומים מ"מ י"ל כן אף בבא לגבות מלקוחות. ובסי' צ"ב בש"ך ס"ק י"ד כתב הש"ך להדיא דגם בבא ליפרע מלקוחות אם הוא חשוד מ"מ גבי וכ"כ הבעה"מ והמלחמות להדיא בסוף פ"ז דשבועות עיי"ש. מ"מ לפענ"ד לדינא י"ל כמש"כ. והבעה"מ והרמב"ן דלא כתבו כן י"ל דס"ל ש"ד וכמש"כ הש"ך בסימן ל"ט סעיף קטן ב' דהרמב"ן סבירא ליה ש"ד. אבל לדינא לפי מה דמסיק הש"ך שם דהוי ספיקא דדינא אם ש"ד ע"כ אין להוציא מן הלקוחות אם הוא חשוד לפי מה דמחלק הש"ך הכא בסי' פ"ב בין כתובה דרבנן ובין חוב כנ"ל:

וכש"כ לשיטת הט"ז בסי' פ"ב דמחלק בין השבע לי ובין שארי שבועות וודאי אינו גובה מלקוחות אם היה בעהש"ט חשוד. והוי ספיקא דדינא אם הלכה כהט"ז או כהש"ך. אך בשבועת השבע לי הדין הוא דבשט"ח גובה אף בחשוד אבל בכתובה דקיי"ל דהוא מדרבנן בזה אינו גובה אם היה חשוד אף בשבועת השבע לי. דזה שפיר יש ללמוד מהא דרב לא מגבי כתובה כו' לשיטת רש"י וסייעתו דשבועת יתומים הוא משום טענת אבוהון השבע לי כנלענ"ד בזה:

ענף:

שוב ראיתי בדרישה באה"ע כו' דגם באשה בגרושה אין צריך לישבע מן הדין אלא בדאמר לה אשתבע לי כו' עכ"ל. והיה פשוט להש"ך דשבועת אישתבע לי על השטר דאי' בשבועות (דף מ"א) דדיינינן כן גם בכתובה. וכן מבואר באה"ע סי' צ"ו סעי' ז' שכתב המחבר שם פעמים שאף גרושה משביעין אותה אפילו לא יטעון כו' וכ"כ הטור שם וכ"כ הח"מ שם בס"ק כ"ג להדיא. וכן מבואר להדיא ברמב"ם ה' אישות פ' ט"ז ה' י"ט בזה"ל אמר הבעל מעצמו תשבע לי על טענתי אומרין לה השבע וטלי ותשבע בנק"ח כו' עכ"ל. וכ"כ הריטב"א בכתובות (דף פ"ז) ד"ה הפוגמת כתובתה ע"ש. וכן כתב הבעה"ת שער ט"ז ח"ב אות ה' בשם הרי"ף בתשובה דאם טוען לאשתו הגרושה פרעתיך הכתובה בתו"ז אינו נאמן להשביעה אבל אם טען פרעתיך אחר הגירושין תשבע כדין כל מי שיש בידו שטר כו' עכ"ל. ודברי הרי"ף הנ"ל הובא בנימוקי יוסף לב"מ פ"א בסוגיא דשנים אדוקים בשטר כו' ע"ש. וכ"כ הרשב"א בתשובה סי' א' צ"ג והביא שם דברי הרי"ף הנ"ל והובא באה"ע סי' צ"ו ס"ק ח' בב"ש. וכתבתי כ"ז לפי שראיתי בדרוש וחידוש של ר'

עקיבא איגר זצ"ל לכתובות (דף פ"ז ע"א) שכתב להסתפק בזה ואכתוב לשונו בקצרה ואבאר מה שיש לי לפלפל בדבריו:

ה (שם סעיף ח):

וזה לשונו בד"ה מנכסי יתומים כו' מסתפקנא בגרושה שגובית מיני' ואמר אשתבע לי דלא פרעתיך אם משביעין לה כיון דאמרו בגיטין (דף ל"ד) בשבועת אלמנה דהא דאינה צריכה שבועה דמשום חינא אקילו רבנן א"כ י"ל דדוקא באלמנה תקנו שתשבע משום דחסו עבור היתומים אבל שבועת אישתבע לי אפשר דאקילו בגרושה משום חינא דהא התוס' נקטו דגם בגרושה שייך חינא כו' אולם לרש"י דטעמא דיתומים דתשבע הוי משום דטוענין להו דאבוהון היה טוען אשתבע לי א"כ מוכח לפ"ז דגם שבועת אשתבע לי שייך בגרושה אבל לפמש"כ התוס' דמתקנת יתומים הוא שפיר י"ל כנ"ל ואף דמסתימת הפוסקים משמע דמשביעין מ"מ צריך ראי' גדולה לזה ובזה מרווח לישנא דהש"ס בשבועות (דף מ"א) וכי מה בין זה לפוגם שטרו דמשמע דפריך מברייתא דפוגם שטרו ולא פריך ממתניתין דפוגמת כתובתה כו' והיה מרווח בזה מה שהקשינו ד' פ"ז דקאמר שם שבועה מאי עבידתה אר"י א' רב על אפטרופיא שנעשית בחיי בעלה כו' איהי מי הות ידעה דמותיב לה אפטרופיא. והא י"ל דמסקא אדעתא שבועה דאשתבע לי כו' עכ"ל. הרי שכתב להסתפק אם שייך שבועת אשתבע לי בגרושה על כתובתה וכתב דמסתימת הפוסקים משמע דמשביעין. אכן כבר כתבתי דמבואר להדיא בהפוסקים הראשונים והאחרונים הללו דמשביעין גם שבועת אישתבע לי בגרושה על כתובתה. א"כ אינו כמש"כ הגאון הנ"ל דרק מסתימות הפוסקים משמע דמשביעין דהא להדיא מבואר דס"ל דמשביעין. ומה שהעיר במה דאמרו בשבועות וכי מה בין זה לפוגם שטרו ולא פריך מן מתניתין דפוגמת כתובתה וכן מה שהעיר בכתובות (דף פ"ז). כבר כתב הגאון הלז בספרו בחלק הכתבים סי' קנ"ג ע"ש. ומהא דגיטין (דף ל"ה) אבל גרושה משביעין י"ל דמיירי ביתומים ואף שהפני יהושע לכתובות (דף פ"ז) פירש דקאי על שבועת אשתבע לי עכ"ז אין מזה הכרח להוכיח ספיקו של רע"א ז"ל: ואנכי לעצמי אמרתי ליישב לישנא דהגמ' דמה בין זה לפוגם שטרו ולא קאמר מה בין זה לפוגמת כתובתה ע"פ מה שהקשה הט"ז בח"מ סי' פ"ד על הטור ס"ג דכתב בשם רבינו האי דפוגם שטרו אף בתוך זמנו לא יפרע אלא בשבועה והקשה דלפ"ז מה פריך הש"ס וכי מה בין זה לפוגם שטרו הא נפ"מ בפוגם תו"ז דבשבועת אישתבע לי פטור בתוך זמנו כמבואר בב"ב (דף ה') ובתוס' שם ואלו בפוגם אף בתו"ז צ"ש משום דאיתרע לי' החזקה דתו"ז כמש"כ הסמ"ע שם בס"ק ז' ההסבר מזה. ובאמת אין זה קשה דהא עיקר קושיות הגמ' ומה כין זה לפוגם שטרו

הוא על ר"פ ומבואר בב"ב (דף ה') דר"פ עבד כאביי ורבא ולא ס"ל כלל להחזקה דתו"ז ולכן שפיר הקשה הש"ס. ועפ"ז מדוקדק לשון הש"ס דקאמר מה בין זה לפוגם שטרו ולא קאמר מה בין זה לפוגמת כתובתה משום דהא התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה כי היכי דלא ליטרדן כו' כתבו בשם הר"י דהיכא דלא הוי חיוב ברור אז גם אביי ורבא מודו דאין אדם פורע בתו"ז וכ"כ התוס' בב"מ (דף ק"ב ע"ב). א"כ ה"ה בכתובה דלא ניתנה ליגבות מחיים ואינו ברור דאתי לידי גובייניא דשמא לא ימות בחיי' או לא יגרשה ע"כ בכה"ג גם אביי ורבא מודו דלא עביד דפרע בתו"ז. ומה שטוען פרעתיך קודם הגירושין זה מקרי תו"ז כמש"כ הרי"ף בתשובה והבעה"ת והנ"י והרשב"א והובא בב"ש סי' צ"ו ס"ק ח'. ע"כ פריך ומה בין זה לפוגם שטרו דאלו מן פוגמת כתובתה לא היה קשה דהא בלא פוגמת לא היה מקום להשביעה בשבועת אשתבע לי דהא ה"ל תו"ז ופטורה מן השבועה רק פוגמת שאני כשיטת ר' האי. אבל בפוגם שטרו אף בתו"ז תקשה לשיטת ר"פ דס"ל דעביד אינש דפרע בתו"ז א"כ שייך אשתבע לי אף בתו"ז ועיין בספרי נחל יצחק סימן מ"א סעיף ד' מזה ומורווח לשון הגמ':

ומש"מ הגאון הנ"ל להוכיח כן ממה דלא אמרו בכתובות (דף פ"ז) דפטרה מן שבועת אשתבע לי דמוכח דלא שייך שבועת אשתבע לי בכתובה. אכן עדיין תקשה לשי' רש"י דס"ל דכל שבועת יתומים הוא משום דטוענין להו שבועת אשתבע לי דה"מ אבוהון למטען דמוכח דס"ל דשייך אשתבע לי גם בכתובה דתקשה עדיין אמאי לא אמרו שם דפטרה משבועת אשתבע לי. ואפשר לומר לפמש"כ התוס' בשבועות (דף מ"א) ד"ה ולמר בר רב אשי כו' דכתבו בשם הריב"ן דפי' בשם הקונטרס דהילכתא כוותי' דקיימא לן כמר בר רב אשי דמהפכינן שד"א כו' והביא ראיה מדקאמר לקמי' האי מאן דמפיק שטרא אי אמר לי' אשתבע לי דלא פרעתיך משבעינן לי' כו'. הרי דס"ל לשיטת הקונטרס דשם דזהו רש"י. דהך מילתא דמשבעינן בשבועת אשתבע לי על השטר זה תליא בפלוגתת אמוראי אי מפכינן שד"א דלמאן דס"ל דלא מפכינן שד"א ה"ה דלא משבעינן לי' על שטרו אף דטוען אשתבע לי אך למאי דפסקו כמר בר רב אשי דמפכינן שד"א אז הלכה דעל טענת אשתבע לי על השטר משבעינן. ועיין בכתובות (דף פ"ז ודף פ"ח) ברש"י שם ובתוס' ד"ה מייתי לה כו' ובפנ"י שם (דף פ"ז) ובגיטין (דף ל"ה). אבל למ"ד דלא מפכינן לא שייך כלל שבועת אשתבע לי על השטר. ע"כ י"ל דהש"ס בכתובות (דף פ"ו) דשקיל וטרי האי שבועה מאי עבידתה דס"ל כמ"ד דלא מפכינן שד"א וכן ס"ל לכל הנך אמוראי דשקלי וטרו שם. ע"כ לא מצי למימר דעל שבועת אשתבע לי קאי המתניתין כיון דס"ל דלא דיינינן כלל להשבועה דאשתבע לי. ועיין בש"ך סי' מ"ב ס"ק א' דכתב

דבדוכתי טובא דרך הש"ס להקשות בסתמא אף דלא הוי הילכתא הכי רק דמקשה כן על אידך מ"ד דלדידיה תקשה המתניתין וכן י"ל הכא כן י"ל לשיטת רש"י. ועיין בפני יהושע לכתובות (דף פ"ז ע"ב) בד"ה סבר רמי ב"ח כו' מש"כ בדברי רש"י ובהפלאה שם וקצרתי. ועיין בהרא"ש לשבועות פ"ו סי' ט':

ענף א:

ועוד נלע"ד ליישב לשי' רש"י במה דלא אמרו בכתובות (דף פ"ו) דעל שבועת אשתבע לי קאי הפטור דפטרה משבועה זו. ונקדים להא דכתובות (דף י"ט) בתוס' ד"ה מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו כו' שכתבו אבל אין לפרש דאינו נאמן פרעתי במיגו משום דהוי נגד חזקה דשטרא בידי מאי בעי כו'. והמהרש"א כתב שם דשפיר יש לפרש כן. ובשמ"ק לכתובות שם כתב בשם איכא דאמרי דכתבו לפרש ג"כ הטעם דלכן ס"ל דאינו נאמן פרעתי משום דאי פרעיה שטרא בידו מאי בעי ע"ש. וזה לשון רש"י בכתובות שם ד"ה אין המלוה צריך לקיימו כו' וכי אמר פרעתי לא מהימן שהרי ביד המלוה הוא כו'. וההפלאה שם כתב דס"ל לרש"י לפרש הטעם דמ"ד דמודה בשטר א"צ לקיימו דזהו משום דה"ל נגד חזקה דשטרא בידי מאי בעי ע"ש. וכ"כ ההפלאה שם בד"ה בגמ' אימא הלכה כר' מאיר כו'. ועיין בפני יהושע שם ובב"ב (דף ק"ע ע"א) בהרשב"ם שם. אבל מן פי' רש"י דכתובות הנ"ל משמע כמו שכתב ההפלאה. ולפי שיטת רש"י והא"ד דבשמ"ק הנ"ל דלרב דס"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו כמבואר בכתובות שם דהטעם הוא משום דס"ל דאלימא לנו החזקה דשטרא בידי מאי בעי ולא מהימן במיגו נגדו. א"כ חזינן דעדיפא ליה החזקה דשטרא בידי מאי בעי מן חזקה דתו"ז דהא בחזקה דתו"ז הוא איבעיא דלא איפשיטא בב"ב (דף ה') אם אמרינן מיגו נגד חזקה דתו"ז והוי איבעיא דלא איפשיטא כמבואר בח"מ סי' ע"ח סעיף ה' ש"ך ס"ק י"ט. והתומים שם ס"ק ט' כתב בשיטת הרמב"ם דאיפשיטא האיבעיא הלז במק"א דנאמן במיגו נגד חזקה דתו"ז:

ולפ"ז יש להעיר לפי מה דאמרו בב"ב (דף ה') בחזקה דתו"ז דאלימא לפטור אף משבועה בבא ליפרע מיתומים ומן שבועת אשתבע לי בשטר כמש"כ התוס' שם בד"ה אע"ג דאמור רבנן כו'. א"כ מה"ט יהיה אלים לנו החזקה דשטרא בידי מאי בעי למיפטר משבועה דהא בחזקה דתו"ז מספקא לן אם מהני מיגו נגדו או לא ואפ"ה עדיפא כחה לפטור משבועה. כש"כ כח השטר לשיטת רב דס"ל דנגד החזקה דשטרא בידי מאי בעי פשיטא לן דלא מהני מיגו נגדו א"כ מכש"כ דעדיף כח השטר לגבות מיתמי בל"ש וכן מיני' בל"ש אף בטוען אשתבע לי. ועיין בכללי מיגו של הש"ך ס"ק יו"ד שכתב דאין החזקות דומות כו'. והא דמצינו בכתובות (דף פ"ז) גבי כתובה דלא תפרע מהיתומים רק בשבועה ולא

מהני התם החזקה דתו"ז זהו כמש"כ התוס' בגיטין (דף ל"ד) ובב"ב (דף קנ"ח) בתוס' ד"ה וב"ה אומרים כו' והובא באה"ע סי' צ"ו בביש ס"ק א'. אך עדיין תקשה לשיטת רב הנ"ל דאמאי לא מהני התם כח החזקה דשטרא בידי מאי בעי למיפטר משבועה ולא מבעיא במקום שכותבין כתובה ואף במקום שאין כותבין כתובה הא ה"ל כמאן דנקט ליה שטרא בידי' כמבואר בב"מ (דף י"ז). ורציתי לומר דלשיטת רב לפי פי' רש"י בטעמו דס"ל דנגד חזקה דשטרא בידי מאי בעי לא מהני מיגו נגדו. [וכדמצינו כעין זה בב"ב (דף ע') דשקיל וטרי בסוגיא שם אי מהימן החזרתי במיגו דנאנסו נגד החזקה דשטרא בידי מאי בעי או לא. ועיין בש"ך ח"מ סי' ק"ח ס"ק ז' שכתב דאין לחלק בין הפה שאסר ובין מיגו וע"כ אין שיטת רש"י רחוק מלומר בטעמא דרב דס"ל דלא מהני מיגו דמזוייף אף דה"ל בגדר הפה שאסר כנגד חזקה דשטרא בידי כו']. די"ל לפי שיטת רש"י והאיכא דאמרי דבשמ"ק כתובות הנ"ל. דלדידהו העיקר מה דצ"ש על כתובתה לפי דחשו חז"ל דשמא תפסה בעצמה וכמש"כ התוס' בב"ב (דף קנ"ח) וכפי שהובא שיטה זו באה"ע סי' צ"ו ובב"ש שם. ע"כ לא שייך לדון בזה דיהא כח המעלת חזקה שטרא בידי מאי בעי אלימא ביותר למיפטר משבועה דדוקא לענין פרעון שייך למימר זה החזקה אבל בחשש תפסה מעצמה לא שייך לדון כן. ולפ"ז לא שייך לדון שבועת אשתבע לי דלא פרעתיך את הכתובה אף דיטעון פרעתיך אחר הגירושין דלא שייך לדון בזה להחזקה דתו"ז לכ"ע. מ"מ הא אלימא ליה החזקה דשטרא בידי מאי בעי למיפטר משבועת אשתבע לי לשיטת רב דס"ל דלא מהני מיגו נגד החזקה דשטרא בידי מאי בעי. ודוקא לדידן דקיי"ל לדינא דלא אלימא החזקה דשטרא בידי מאי בעי לדחות כח המיגו בפשיטות. לכן ס"ל דשייך שבועת אשתבע לי על השטר אבל לא לשיטת רב. ולכן הכא בכתובות דהגמ' מקשה שבועה מאי עבידתה ומשני א' רב יהודה א' רב על אפטרופיא כו' ולא קאמר דקאי על שבועת אשתבע לי. משום דהא לרב דס"ל מודה בשטר א"צ לקיימו לא שייך כלל שבועת אשתבע לי וכן אמרו בכתובות (דף י"ט) בשם רב יהודה בשם רב דהאומר אמנה א"נ ואמר רבא דקאמר לוה וכדרב הונא אמר רב מודה בשטר א"צ לקיימו ועיין במהרש"א בתוס' ד"ה מודה בשטר כו' הנ"ל. ולכן הכא הוכרח רב יהודה בשם רב לומר דקאי על שבועת אפטרופיא ולא על שבועת אשתבע:

והמקשה דפריך האי שבועה מאי עבידתה י"ל בזה כמו שכתב הש"ך בח"מ סי' ל"ט ס"ק ב' בד"ה וגם הכרעת מהרש"ל כו' דכיון דהתרצן היה שם ר' אילעי אמר רב ע"כ המקשה היה מבני הישיבה של רב כו' ע"ש. וכן י"ל הכא דהאי מקשה דפריך האי שבועה מאי עבידתה היה ג"כ מבני הישיבה של רב דלא שייך למימר כלל שבועת אשתבע לי. ורב

נחמן דאמר התם על הפוגמת אף דר"נ ס"ל דמודה בשטר צריך לקיימו כמבואר בכתובות (דף י"ט) עכ"ז אינו קשה דאמאי לא אמר על שבועת אשתבע לי. משום דהא רש"י פי' התם דמ"ד משבועת אפטרופיא דדוקא משבועת אפטרופיא ולא מן פוגמת משום דאיהי גרמה לנפשה לא פטר לה. א"כ לרב דאמר משבועת אפטרופיא ולא מפוגמת ע"כ בא ר"נ לחלוק עליו ולהורות הדין דאף משבועת פוגמת פטרה וכש"כ משבועת אפטרופיא ושבועת אשתבע לי. וכן י"ל בהמקשה דפריך האי שבועה מאי עבידתה דשאל הדין אם קאי הפטור על פוגמת ג"כ אף דגרמה לנפשה או דלא פטרה מפוגמת משום דגרמה לנפשה. ועיקר קושיות רע"א זצ"ל הוא על רב דאמר על אפטרופיא ולא אמר על אישתבע לי וכן במה דמקשה אליבי' מי הות ידעה דמותיב לה אפטרופיא הא י"ל דפטרה משבועת אשתבע לי וממילא פטורה גם משבועת אפטרופסית. בזה שפיר י"ל כמש"כ דכיון דלשיטת רב לא שייך כלל שבועת אשתבע לי על טענת פרעון לכן לא אמרו לשיטתו דקאי על אשתבע לי וא"ש קושיות רע"א הנ"ל:

ענף ב:

ועדיין יש לסתור לכל מש"כ דעדיין תקשה לשי' רב דס"ל מודה בשטר אין צריך לקיימו דכתבתי דהדין נותן אליביה דכח השטר יפטור משבועת יתומים ג"כ ע"פ הקו"ח מן חזקה דתו"ז דפוטר משבועת יתומים כנ"ל. דתקשה ע"ז מכמה משניות דמוכח דס"ל דהבא בשט"ח לגבות מן יתומים צ"ש כמש"כ התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) בד"ה אע"ג דאמרו רבנן כו' דהוכיחו מן כתובות (דף פ"ד) ומשבועות (דף מ"ח) דאף בשט"ח צ"ש בנפרע מיתומים כמבואר בהמשניות דשם. וע"כ אין סברא לומר דיפלוג רב על הנך משניות הנ"ל. ועיין בשבועות (דף מ"ב ע"ב). ולפ"ז תקשה ג"כ מה דהקשיתי לשיטת רב כפי פי' רש"י והא"ד שבשמ"ק הנ"ל דלא מהני מיגו נגד החזקה דשטרא בידי דאמאי יצטרך לישבע בנפרע ע"פ שטרו מיתומים. והא הדין נותן דיהיה פטור מהשבועה כמו בחזקה דתו"ז וגם הוי כש"כ כנ"ל. והצעתי את כל הענין הלז לפני בני הרב הג' מוה' צבי שיחי' והשיב לי כי יש לחלק לשיטת רב דשאני בנפרע מיתומים דאף דס"ל דאלים ליה כח השטר. דמ"מ כיון דס"ל לרב דשעבודא לאו דאורייתא כמבואר בב"ב (דף קע"ה ע"ב) רק מדרבנן גובה מלוה בשטר מן היורשין ע"כ י"ל דלכן תקנו שישבע הנפרע מיתומים אף שזהו נגד הדין משום דע"פ הסברא הדין נותן דכח החזקה דשטרא בידי מאי בעי יפטר מהשבועה. עכ"ז כיון דמה"ת אין גובין מיורשים רק מדרבנן ע"כ הם אמרו והם אמרו דלא יגבה רק בשבועה כדמצינו כעין זה בכתובות (דף י') ובשא"ד כעין זה. ולכן לדידן דקיי"ל שעבודא דאורייתא כשיטת רוב פוסקים המבואר בסי' ל"ט וכשיטת המחבר

והאחרונים ודלא כהש"ך דשם. א"כ מה"ת גובין מהיורשין ולכן אין יכולין חז"ל לתקן שישבע הנפרע מהיתומים כיון דע"פ הסברא אלים ליה כח החזקה ולכן אמרו דחזקה דתו"ז פוטר מן השבועה כמבואר בב"ב (דף ה') משום דהא להלכה נקטינן דש"ד כנ"ל. משא"כ לשיטת רב דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ע"כ שפיר תקנו דלא יגבה רק בשבועה כיון דעיקר הגבייה אינו רק מדרבנן בנפרע מיורשים. וכעין חילוק הזה כתב כן הש"ך בח"מ סי' פ"ב ס"ק י"ט לחלק בין חוב הלואה לחוב כתובה דאינו רק מדרבנן דדוקא בחוב שהוא מה"ת אמרו דאם הוא חשוד אוקמה אדאורייתא אבל בכתובה דאינו רק מדרבנן ע"כ אמרו דאם הוא חשוד אינו גובה משום דלא תקנו לתקנתם בכה"ג ע"ש. ועיין באו"ת סי' פ"ב ס"ק ו' וכעין זה כתב הקצה"ח בסי' ק"ח ס"ק ט' בטעמא דאין אדם מוריש שבועה לבניו דוקא בבא לגבות מיתומים וכן בחשוד הבא ליפרע מיתומים משום דמה"ת לא גבי מיתומים לשיטת רב ושמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ועיקר הגבייה אינו רק מדרבנן ולהכי כשאינו יכול לישבע מפסיד משא"כ מיניה דגובה מה"ת ע"כ לא החמירו בשבועתו ורב ושמואל לשיטתייהו דאמרו א"א מוריש כו' וה"ה מלקוחות כו' אלא בלקוחות טעמא אחרינא כו' עכ"ל הקצה"ח ועפ"ז יש לדון הרבה בסוגיא דשבועות (דף מ"ז) וקצרתי. וזהו כעין מש"כ לחלק דדוקא במידי דמדאורייתא כמו לדידן דס"ל ש"ד לכן אמרו דחזקה דתו"ז כחה יפה לפטור משבועת יתומים. משא"כ לשיטת רב דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ע"כ תקנו שבועה בכל שטר דגובה מיתומים כיון דעיקרו הוא רק מדרבנן. ובאמת י"ל לפ"ז דה"ה בחזקה דתו"ז אם גבי מיתמי דלשיטת רב דשעבודא לאו דאורייתא דצ"ש ובנפרע שלא בפניו דצ"ש י"ל ג"כ ה"ט דהא למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ומה"ת לא גבי אלא מיניה דידיה כמש"כ הרמב"ן והובא בקצה"ח סי' ל"ט ס"ק א' דזהו בתורת כפייה א"כ מה"ת לא שייך זה אלא בפניו אבל שלא בפניו דלא שייך תורת כפייה לקיים המצוה אינו רק מדרבנן וכ"כ הקצה"ח בסי' ר"צ ס"ק ג' ע"ש. וכיון דבשלא בפניו עיקר הגביה אינו אלא מדרבנן ע"כ שפיר תקנו דישבע אף דיש לנו חזקה דשטרא בידי מאי בעי. ובפוגם וע"א מעיד על שטרו שהוא פרוע אף דגבי מיניה וזהו מה"ת לכ"ע מ"מ י"ל בזה כשיטת ר' האי דהובא בטור סי' פ"ד והובא בסמ"ע שם ס"ק ז' וס"ק י"ד דס"ל דבפוגם או ע"א מעיד שהשטר פרוע דבזה אף בתוך זמן צ"ש. משום דלא אלים בזה החזקה דתוך זמן למיפטר משבועה:

ובקצרה הוא כן דלשיטת רב דסבירא ליה מודה בשטר אין צריך לקיימו מוכרחין לומר דהיכא דהגביה הוא מה"ת אז אין סברא לומר דתקנו חז"ל שבועה היכא דיש חזקה דשטרא בידי כו' כדמוכח מהא דאמרו גבי חזקה דתו"ז בב"ב (דף ה'). רק היכא דהגביה

הוא רק מדרבנן בזה תקנו שבועה אף דיש חזקה מעליא כמו בחזקה דשטר או בחזקה דתו"ז. ולפ"ז י"ל דמה"ט תקנו שבועה בכתובה בבאה ליפרע מיתומים. ואין אנו צריכין לומר כמש"כ לעיל בזה דיהיה ס"ל כשיטת הפוסקים דחשו שמא תפסה בעצמה. משום דבאמת זה אינו מספיק דעדיין י"ל דשייך שבועת אשתבע לי בטוען שמא תפסה מעצמה וכמש"כ הט"ז באה"ע סי' צ"ז והובא בב"ש שם דלשיטה זו הדין הוא גם בגרושה דחייבת לישבע אם הבעל טוען שתשבע שלא תפסה בעצמה. וע"כ העיקר כמש"כ כעת. וננקוט כשיטת הפוסקים דשבועה שלא תפסה לא הוי רק גלגול שבועה כמש"כ החלקת מחוקק בסי' צ"ו ס"ק י' והב"ש ס"ק י' ע"ש. ולכן אתי שפיר מה דלא נקט רב כאן דפטרה משבועת אשתבע לי. משום דמוכח לומר לשיטת רב דהיכא דהגביה הוא מה"ת דלא תקנו חז"ל להשבועה משום דאלים ליה החזקה דהשטר והמעשה ב"ד והיכא דהגביה הוא מן הבעל הוא מה"ת לא שייך כלל שבועת אשתבע לי. ומבואר בהרא"ש כתובות פ"א סי' י"ט דרב ס"ל כתובת אשה הוא מה"ת ע"ש. אך הא כתב הרא"ש שם דלפי' רש"י דדריש הכי מלישנא דכמהר הבתולות א"כ ליכא לאוכוחי מידי כו'. א"כ לשיטת רש"י דמיירינן הכא אין מקום להוכיח דרב ס"ל כתובת אשה מה"ת מדהתם. אך אין אנו צריכים לזה לשיטת רש"י דלשיטת רש"י מוכח ממק"א דרב ס"ל כתובת אשה מה"ת. דהלחם משנה הל' מלכים פ"ד ה"ד כתב דמדברי רש"י בחומש פ' חיי שרה דגורס בסנהדרין (דף כ"א) א' רב יהודה א' רב פלגשים קידושין בלא כתובה ובפי' הרמב"ן על התורה שם חולק על רש"י לפי דהא כתובה הוא מדרבנן א"כ הכתובה אינה מעלה ומוריד ע"ש. א"כ לשיטת רש"י מוכח דרב ס"ל כתובה מה"ת ולכן הכתובה בלבד מעלה ומוריד: וע"כ שפיר הוכרח רב יהודה א' רב לומר הכא דמשבועת אפטרופיא פטרה משום דאין לומר אליבייהו דפטרה משבועת אשתבע לי על הכתובה כיון דס"ל כתובה מה"ת וגובין מיניה מה"ת אף למ"ד דשעבודא לאו דאורייתא לכן לא שייך שבועת אשתבע לי לשיטתם משום דעדיפא כח השטר והמעשה ב"ד וכמו דאמרו בחזקה דתו"ז דפוטר מן השבועה דלא תקנו שבועה היכא דהגביה הוא מה"ת במקום חזקה מעליא. ולכן שפיר הקשה הש"ס על שיטת רב יהודה ורב דאמרי על אפטרופיא איהי מי הות ידעה כו' דאין לומר על שבועת אשתבע לי דהא לשיטתם מוכח דלא תקנו כלל לשבועת אשתבע לי כיון דגובין מיניה מה"ת ודוקא בגובין מיתומים תקנו שבועה כיון דשעבודא לאו דאורייתא ועיקר הגבייי' הוא רק מדרבנן כנ"ל. אך לדידן לדינא דס"ל מודה בשטר צריך לקיימו ונאמן במיגו וכן קיי"ל (בב"ב דף ע') דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו אף דיש לנו חזקה דשטרא כו' משום דלא אלים לנו כ"כ כח החזקה דשטרא כו' ע"כ שפיר תקנו חז"ל לשבועת אשתבע לי

במקום שטר וכן תקנו לשבועת יתומים אף דקיי"ל כמ"ד ש"ד משום דטוענין להו כשיטת רש"י. משום דאל"כ אין סברא לומר דתקנו שבועה ליתומים כיון דש"ד וגובין מה"ת והם טוענים ספק. ולכן אין לנו הוכחה מן הא דלא אמרו דפטרה משבועת אשתבע לי להוכיח מזה דלא תקנו אשתבע לי בגרושה משום די"ל דרב לשיטתו כו'. ע"כ דברי בני ודפח"ח: כן י"ל בדרך פלפול לשיטת רש"י וכמש"כ ההפלאה בכוונתו בכתובות (דף י"ט) בטעמא דרב דמודה בשטר א"צ לקיימו משום דה"ל מיגו במקום חזקה דשטרא כו' וכמש"כ הא"ד דבשמ"ק שם. אכן לפי מש"כ התוס' שם בטעמא דילי' וכמו שהביאו שם בשם הקונטרס. ליתא לכל הנ"ל. אך בעיקר קושיות הגאון רע"א הנ"ל כבר הקשה כן הפני יהושע לכתובות (דף פ"ז) דאמאי לא אמרו שם דפטרה מן שבועת אשתבע לי וכן הקדימו בשיטה מקובצת (שם דף פ"ו) ע"ש. ולכן אין זה הוכחה להוכיח מזה דלא תקנו שבועת אשתבע לי על כתובה:

ענף ג:

והנה רע"א זצ"ל כתב שם דצריך ראיה גדולה להוכיח דשייך גם שבועת אשתבע לי על כתובה. ולענ"ד נראה להוכיח כן מהא דכתובות (דף צ"ג ע"ב) במשנה מי שהיה נשוי ארבע נשים ומת הראשונה קודמת כו' וראשונה נשבעת לשניה כו' ופי' רש"י אם שניה טוענת השבע לי שלא גבית כו' דילמא לא משתייר לי נכסים כשיעור כתובתי כו'. והתוס' יו"ט כתב שם להעיר על הרע"ב ורש"י דנשבעת אף שלא טענה השבע לי משום דהוי כמו נפרע ממשעבדי כו'. והפני יהושע שם כתב בטעמו של רש"י דאין זה נקרא משעבדי דדוקא במקום דיש הפסד וודאי להלקוחות או להבע"ח נקראו משעבדי וצ"ש אף בלא טענה משא"כ הכא דחוששת דילמא לא משתייר לה כתובה ע"כ אין דינו כמשעבדי וצריך טענה לחייבה שבועה וכמש"כ רש"י והר"נ והרע"ב והריטב"א בלשון דטוענת השבע לי כו' דילמא לא משתייר לי כשיעור כתובתי כו'. וכ"כ בקול הרמ"ז על משנה דשם כדברי הפנ"י הנ"ל. א"כ מוכח מהך משנה דגם בכתובה משבעינן טענת השבע לי וכמו בשט"ח. וידעתי מה די"ל דרש"י לשיטתו דס"ל בכל שבועת יתומים דמשבעינן זהו משום דטענינן להו מה דאבוהון מצי למטען אשתבע לי אבל לשיטת התוס' עדיין י"ל הכא דלא משום דטוענת השבע לי משבעינן לראשונה אלא דמשום שבועת משעבדי נגעו בה וכמש"כ התוס' יו"ט. אכן לפי דברי הפני יהושע והקול הרמ"ז דאינו שייך שם דין משעבדי משום דלא הוי הפסד ברור. ע"כ י"ל דלכ"ע הא דנשבעת לשניה דזהו משום דטוענת השבע לי ואפושי פלוגתא לא מפשינן. ומה דכתב הב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק כ"ד דמן הרמב"ם והטור משמע דנשבעין שלא בטענה. כבר כתבתי לעיל בחידושי

לסי' פ"ב סעי' ב' די"ל דטעמייהו משום דקיי"ל דנשבעין ליתומים משום דטוענין ליורש בוודאי ע"כ אף דנימא דאין דינן כמשעבדי מ"מ שייך לומר דטוענין להשניה מה דהוי מצי למטען הבעל ולומר אשתבע לי. וכן רש"י מודה לדינא לפי מה דקיי"ל דאף לגדולים נשבעין משום דגם בשבועה טוענין להו וכמש"כ שם בארוכה. אבל לכ"ע העיקר מה דראשונה נשבעת לשני' לת"ק דבן ננס דהרביעית נפרעת שלא בשבועה וס"ל דאין טוענין בחיוב שבועה וכמש"כ שם ובסי' ע"א סעי' י"ט בחידושי. דמוכח מזה דהא דנשבעת לשניה מיירי בטוענת השבע לי דוקא:

והתוס' בכתובות (דף צ"ד) ד"ה שנמצאת אחת מהן כו' שהקשו וא"ת א"כ נשביע כל ב"ח דניחוש שמא יכסיף כו'. דמשמע מזה דאף דלא היה שם טענת השבע לי ג"כ משבעינן בזה י"ל ג"כ דזהו לפי מה דקיי"ל דטוענין ליורש וללוקח א"כ ה"ה בזה נטעון עבור הבע"ח דליתי' קמן ג"כ מה דהוי מצי הלוה לטעון עבורם השבע לי דהא אף לשיטת התוס' בשבועות (דף מ"א) דשבועת יתומים משום עצמם הוא ג"כ מודו דשייך ג"כ טוענין להו בזה רק דאפילו היכא דלא מצי הלוה לטעון השבע לי ג"כ תקנו בגבייה ממשעבדי ומיתומים דישבע. וע"כ אף דנימא דאין זה נקרא טורף ממשעבדי וכמש"כ הפני יהושע והקול הרמ"ז מ"מ שייך לומר דטוענין עבורם לומר השבע לי רק מאן דס"ל דמגדולים נפרעין שלא בשבועה ס"ל דאין טוענין ליורש בזה. ועיין בגיטין (דף נ"ח) ברש"י ד"ה טוענין ליורש כו' שכתב ואפילו למ"ד ב"ב אין טוענין ליורש וללוקח כו'. והתוס' שם ד"ה כגון זה טוענין כו' כתבו דלא מצינו שם פלוגתא כו'. ולפי מש"כ י"ל דזהו המ"ד דאין טוענין ליורש דהא מאן דס"ל דמן גדולים נפרעין שלא בשבועה מוכח דס"ל דאין טוענין ליורש דהא אבוהון ה"מ למטען אשתבע לי ואפ"ה גובין מגדולים שלא בשבועה. ולכן אף במש"כ רש"י בגיטין שם דמצינו פלוגתא בב"ב אם טוענין ליורש דהקשו התוס' דלא מצינו שם פלוגתא. אכן י"ל דזה הוא הפלוגתא אם טוענין ליורש וזה תלוי במה דפליגי הכא אם נפרעין מגדולים שלא בשבועה כנ"ל. ואין אנו צריכין למה שכתבתי בסי' פ"ב סעי' ב' ובסי' ע"א סעי' י"ט לפרש הטעם דמאן דס"ל דמגדולים נפרעין בלא שבועה ע"ש. ויש להאריך בכ"ז:

ולכן שפיר י"ל דמה דהקשו התוס' דא"כ נשביע כל בע"ח כו' דמשמע דאף שלא בטענה משבעינן דאין הטעם משום משעבדי. רק הטעם הוא משום דלדינא דקיי"ל טוענין ליורש א"כ אף דנימא דאין דינן התם כמשעבדי וכמש"כ הפ"י מ"מ הא למאי דקיי"ל דטוענין ליורש א"כ נטעון עבורם וע"ז תירצו דאטו יש לנו לעשות תקנה לבע"ח דליתיה קמן. וכן מן דברי התוס' שם שכתבו לקמיה שם בשם רבי דמפרש דמיירי בפטרה מן

השבועה אין מזה הכרח לומר דהא דראשונה נשבעת לשניה דזהו משום משעבדי ולכן לא מהני פטור שבועה התם. דאין זה ראיה משום די"ל דלכן לא מהני פטורו מהשבועה נגד השניה משום דכיון דטוענת השבע א"כ השניה היא הבע"ד של הראשונה וזה מקרי ג"כ חב לאחרים ולא מהני פטורו בזה. א"כ לא מצינו מפורש דיפלוגו איזה פוסקים על מש"כ רש"י והר"נ והריטב"א והרע"ב דמיירי שם בטוענת השבע דילמא לא משתייר לי כשיעור כתובתי וכמש"כ הקול הרמ"ז והפנ"י. א"כ זהו ראיה דתקנו שבועת השבע לי גם בכתובה. רק לשיטת הסוברים דגבי כתובה הוי עיקר שבועה החשש דשמא תפסה בעצמה לפ"ז י"ל דדוקא בחשש דשמא תפסה חשו להצריכה שבועה משא"כ בטענת פרעתי הכתובה בגרושה היכא דלא הוי החשש דתפסה י"ל דלא תקנו שבועה בזה. אך ז"א סברא לחלק דהא עכ"פ מצינו שבועה בכתובה אף היכא דאי לא טען לא היינו מחייבין שבועה ורק ע"י טענת השבע לי מחייבינן לה שבועה. א"כ נפשט הספק של רע"א וצ"ל שכתב דיש לחלק דשאני באשתבע לי דאי לא טען לא טענינן דבזה לא חייבו שבועת כתובה דהא מוכח דלא מחלקינן בזה: ועוד דאף דנימא דלא כמש"כ רש"י והר"נ והרע"ב והריטב"א שם דמיירי בטוענת השבע לי רק דנימא כמש"כ התוס' יו"ט שם דמשום שבועת משעבדי נגעו שם. עכ"ז הא כבר כתבתי בספרי נחל יצחק סי' ע"א סעי' י"ט דדוקא למאן דס"ל ש"ד י"ל דנקראו בשם משעבדי אבל למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא אף במלוה הכתובה בתורה אין דינו כמשעבדי ואין אנו יכולין לחייבה שבועה בלא טענת השבע לי א"כ ממילא מוכח מזה דשייך שבועת השבע לי גם בכתובה לכ"ע דאין לנו להרבות במחלוקת. ועוד דהא התוס' בכתובות (דף צ') ד"ה ש"מ בע"ח מאוחר כו' כתבו דהך דכתובות (דף צ"ג) דראשונה נשבעת לשניה מיירי במטלטלי כו'. א"כ הא במטלטלי וודאי לא שייך לומר דהוי שמם בשם משעבדי דהא לא משתעבדי ואפ"ה אמרו דראשונה נשבעת לשניה א"כ מוכח מזה דלאו משום שבועת משעבדי נגעו התם רק משום שבועת השבע לי וכמש"כ רש"י והר"נ. וראיה לדברינו דבמטלטלי לא שייך לומר דיהיה שם משעבדי עליהם מהא דכתבו התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) בד"ה אע"ג דאמור רבנן כו' דמקור חיוב שבועת יתומים בבע"ח הוא מכתובות (דף פ"ד) דתנן מי שמת והניח אשה ובע"ח כו' יתנו ליורשים שכולן צריכים שבועה כו'. ואי נימא דגם גבי מטלטלין יש דין משעבדי עליהם א"כ הא י"ל דלכן צ"ש התם משום דדינו כמשעבדי דמפסיד לבע"ח אחרים ומנלן להוכיח משם לשבועת יתומים ומוכח מזה לומר דס"ל להתוס' דכיון דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי רק במונח ביד אחרים ס"ל דנוטלן הבע"ח ע"כ אין סברא לומר דיהיה נקרא הזכות שיש להבע"ח בהמטלטלין דיהיה זה בשם

משעבדי. אך זה יש לדחות דהא אי נימא דעיקר חיוב דהתם לחייב להבע"ח שבועה נגד שארי בע"ח הוא משום דמפסיד להם א"כ לא שייך בזה לומר ינתנו ליורשים שכולם צ"ש ואין היורשים צ"ש הא היכולת ביד הבע"ח למחול לו השבועה כיון דהשבועה הוא רק לטובתם. ועוד דא"כ היכא דלא הוי רק בע"ח אחד דאינו חייב שבועה מה"ט דיהיה הדין דיתנו להבע"ח כיון דאין צ"ש ובאמת אינו במשמע שם כן. ועיין בירושלמי כתובות פ"ט ה"ג וקצרתי. אכן מסברא שפיר כתבתי לומר כיון דהתוס' כתבו דמיירי במטלטלי מה דראשונה נשבעת לשניה דמיירי במונח ביד אחרים ואתיא כר"ט. וכיון דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי א"כ אין סברא לומר דיהיה שם משעבדי עליהם לחייב שבועה משום שבועת משעבדי א"כ מוכח מזה דמשום טענת השבע לי מחייבינן שם השבועה: ענף ד:

ועכ"ז אפשר לדון בזה כיון דתנן התם הראשונה קודמת לשניה א"כ חזינן דלשיטת התוס' דשם דמיירי שם במטלטלין דמוכח דס"ל דיש קדימה במטלטלין וכשיטת הרמב"ן בתשובה שהובא בבית יוסף בח"מ סי' ק"ד ובסמ"ע שם. ע"כ עדיין י"ל דיש על המטלטלי שם משעבדי. ואף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא עכ"ז הא מדרבנן משתעבדי. ובמק"א כתבתי מה דיש לדון בדברי הרשב"א דהובא בקצה"ח סי' ל"ט דלמ"ד דש"ד אף מטלטלי משתעבדי מה"ת. ולכן י"ל עדיין אף לפי מש"כ התוס' דמיירי שם במטלטלין מ"מ יש לומר דמשום שבועת משעבדי אתו עלה שם ולא משום שבועת השבע לי וע"כ אין מזה הכרח כ"כ להוכיח דשייך השבע לי בכתובה ועיין בפי' המשניות להרמב"ם שם. אבל לפי מש"כ לעיל בשם הפנ"י והקול רמ"ז דכתבו דאין זה נקרא בשם משעבדי ודלא כהתוס' יו"ט דשם שפיר י"ל דכ"ע ס"ל כן. ולפ"ז מוכח מהתם דשייך דין השבע לי בכתובה דהא עיקר שבועת הראשונה להשניה זהו משום השבע לי כמש"כ רש"י והר"נ והריטב"א והרע"ב שם. ואין לנו הכרח מן התוס' דיפלגו בזה על דברי רש"י דשם ואין לנו להרבות במחלוקת כידוע. וכש"כ להסוברים בסי' ק"ד דמלוה בע"פ מוקדמת יש לה דין קדימה למלוה בשטר המאוחר א"כ מוכח מזה דאין זכות הבע"ח בנכסי הלוה בשם משעבדי. ע"כ לפ"ז בוודאי הדין נותן דשבועת הראשונה להשניה אין זה בשם שבועת משעבדי רק משום טענת השבע לי אתינן עלה ועיין בסי' ק"ד בש"ך ס"ק ך' ובפנ"י לכתובות (דף צ"ג) הנ"ל. ולפ"ז אפשר לומר דהא דכתב הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' בשם הרשב"א בתשובה דאם טוען לאשתו הגרושה השבע לי דלא פרעתיך אחר הגירושין דחייבת לישבע ותטול. דזהו משום דהרשב"א לשיטתו דס"ל בתשובה סי' תתקי"ד דאפילו משועבדים בפי' מלוה בע"פ קודמת וכמש"כ הש"ך בשמו בסי' ק"ד ס"ק

ך' דזהו משום דס"ל דזכות המלוה בנכסי הלוה אין זה בשם משעבדי. וע"כ לא שייך בזה לומר דאין מלוה בע"פ טורף ממשעבדי. ע"כ ממילא מוכח לומר דהא דראשונה נשבעת לשניה זהו משום טענת השבע לי ולא משום שבועת משעבדי לכן שפיר פסק הרשב"א דשייך שבועת השבע לי גם בכתובה. ועפ"ז יש לדון במה שהביא הרשב"א שם בשם הרי"ף בתשובה ועיין בש"ך שם מה שכתב בשם הרי"ף בדין מלוה בע"פ מוקדמת. ועיין בספרי נחל יצחק סי' ע"א סעי' י"ט מזה:

ועדיין יש להוכיח ממק"א דהתוס' ס"ל דהא דכתובות. דהראשונה נשבעת לשניה אין זה משום טענת השבע לי דהא התוס' בשבועות (דף מ"א ע"א) בד"ה וכי מה בין זה לפוגם שטרו כו' הקשו דתקשה לי' אמתני' דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרעו אלא בשבועה וטעמא משום דאי אבוהון הוה קיים הוי טען אשתבע לי ומיהו נראה דטעמא לאו משום הכי הוא כו' עכ"ל התוס'. ולרש"י י"ל דכיון דלא איתמר בפי' במשנה להך שבועת אשתבע לי ע"כ אין זה קשה כ"כ ועיין בהר"נ כתובות פ"ט במשנה דפוגמת כו' מזה. אבל לשיטת התוס' עדיין יש להקשות ג"כ דתקשה ליה אמתניתין דכתובות (דף צ"ג) דראשונה נשבעת לשניה דזהו משום שבועת טענת אשתבע לי כנ"ל. ומדחזינן דהגמ' הקשה כן על מימרא דר"פ שם בשבועות מוכח דבלא מימרא דר"פ לא היה לנו הכרח לדון שבועת אשתבע לי על השטר. א"כ מוכח מן שיטת התוס' דס"ל דהך שבועה דהראשונה נשבעת לשניה אין זה משום שבועת טענת אשתבע לי רק משום שבועת משעבדי וכמש"כ התיו"ט. ועכ"ז י"ל דבאמת עיקר הסברא של התיו"ט דמשום שבועת משעבדי נגעו התם דזה תלוי אם שעבודא דאורייתא אז י"ל דצריך הבע"ח לישבע היכא דמפסיד להבע"ח האחרים משום הבא ליפרע ממשועבדים דצ"ש משום דהא זכות שארי הבע"ח בהנכסים הוא מה"ת אבל למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא אף במלוה הכתובה בתורה וכמש"כ הש"ך בשיטת המ"ד הלז בסי' ל"ט ס"ק ב'. אין סברא לומר דיהיה להם דין משעבדי ולחייב להבע"ח שבועה. ואף דשעבודא מדרבנן לכ"ע עכ"ז הא קיי"ל תקנתא לתקנתא לא עבדינן כמבואר בב"מ (דף ה) ובשבועות (דף מ"ו). והכלל הזה כתב הש"ך בח"מ סי' קע"ה בס"ק י"ט לדון כן גבי הרשאה על מצרנות. א"כ ה"ה הכא כיון דעיקר חיוב שבועה הוא רק מתקנתא דתקנו דהבא ליפרע ממשועבדים צ"ש. וע"כ להמ"ד דשעבודא לאו דאורייתא רק מדרבנן א"כ הא מה"ת אין שם זכות הבע"ח בהנכסים מה"ת רק מדרבנן הם נקראים בשם משעבדי. ע"כ ה"ל ג"כ כמו תקנתא לתקנתא דלא עבדינן. א"כ להך מ"ד דשעבודא לאו דאורייתא מוכח דשייך שבועת השבע לי גם בכתובה דהא הא דראשונה נשבעת להשניה אין זה משום שבועת

משעבדי כנ"ל וע"כ זהו רק משום טענת השבע לי. וכיון דמוכח כן להך מ"ד ע"כ אין לנו להרבות במחלוקת בזה בין המ"ד דש"ד להמ"ד דשל"ד וכעין זה כתב הרא"ש בב"מ פ"ק סי' ג' ראי' כזו וכמש"כ הפלפלא חריפתא ס"ק כ' עי"ש. וע"כ אתי שפיר הא דהקשו כן בשבועות על מימרא דר"פ דשם להקשות כן על משנה דהראשונה נשבעת לשניה. דהא לשיטת ר"פ דס"ל דשעבודא דאורייתא כמבואר בקידושין (דף י"ב) ובב"ב (דף קע"ו) ועיין בתוס' שם ובש"ך סי' ל"ט ס"ק ב'. א"כ לשיטתו י"ל דהא דראשונה נשבעת לשניה זהו משום שבועת משעבדי וכמש"כ התוס' יו"ט ודלא כהפני יהושע והקול הרמ"ז שם. ע"כ לא היה מקום להקשות להך קושיא דמה בין זה לפוגם שטרו רק על מימרא דר"פ דהתם. לכן אף לשיטת התוס' בשבועות הלז ג"כ יש מקום עדיין להוכיח המקור מן הגמ' לשבועות השבע לי בגרושה על הכתובה אף דאינה מצד שבועת יתומים ונפשט ספיקו של רע"א זצ"ל:

שוב ראיתי דמה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ע"א סעי' י"ט בקצרה לדון ולחלק דדוקא למ"ד ש"ד י"ל דנקראו משעבדי כו' וכן כתבתי לעיל כאן להסביר זה ע"פ הכלל דתקנתא לתקנתא לא עבדינן דכעת ראיתי לסתור זה משום דאי נימא דלמ"ד ש"ד נקרא זכות המלוה בנכסי הלוה בשם משעבדי וצריך שבועה משום דין נפרע ממשעבדי דלפ"ז הדין נותן דגם למ"ד של"ד ג"כ יהיה הדין כן דהא עכ"פ שעבודא דרבנן לכ"ע. ואי דנימא דאזלינן בזה אחר דין התורה כנ"ל ז"א שייך כאן דהא בהך משנה דמי שהיה נשוי ד' נשים ומת הראשונה נשבעת לשניה מיירינן. א"כ אם ניזל בתר דאורייתא הא הדין נותן לפ"ז דלא תטול הראשונה כלל כיון דמת בעלה ועיקר גביית הראשונה מנכסי בעלה לאחר מיתתו אין זה רק מצד דנשתעבדו הנכסים אליה וכן מה"ט אמרו שם דהראשונה קודמת לשניה משום דשעבודא מדרבנן עכ"פ אף למ"ד של"ד. ולכן אין סברא לחלק ולומר דלכן לא מקרי זכות הכתובה של שארי נשים בשם משעבדי כיון דשל"ד. דא"כ דניזל בתר דאורייתא אף הראשונה לא תטול. ואין סברא לומר דגבי הראשונה ניזל בתר דרבנן ולא לגבי האחרונות גבי ענין שם משעבדי דזה אינו. וכן לא שייך מה"ט לדון דשאני כתובה למ"ד דהוי רק מדרבנן. דהא גם זכות הראשונה בגביות כתובה אינו רק מדרבנן להך מ"ד. ולכן לא שייך כאן לדון להכלל דתקנתא לתקנתא. דהא עיקר הסברא דתקנתא לתקנתא כו' הוא דאזלינן בזה בתר דאורייתא. והכא לא שייך כן דהא גם זכות הראשונה בכתובתה אינו מדאורייתא ולכן קשה לחלק בזה בין מ"ד דש"ד להמ"ד דשל"ד. וע"כ כיון דמוכח מן התוס' בשבועות דס"ל לפרש להך דראשונה נשבעת לשניה דזהו משום שבועת משעבדי ודלא כמש"כ הפני יהושע והקול הרמ"ז בשיטת רש"י דזה לא מקרי

משעבדי. דלפ"ז הדין נותן דגם למ"ד של"ד ג"כ יהי' הדין כן משום דקשה לומר בזה דתקנתא לתקנתא כו' וניזל בתר דאורייתא דא"כ גם הראשונה לא תטול כנ"ל. וע"כ לשיטת התוס' בשבועות נדחה ראייתי מהא דכתובות (דף צ"ג) ולכן עדיין אפשר לומר כמש"כ רע"א לחלק דבגרושה לא שייך שבועת אשתבע לי היכא דאינה שבועת יתומין והא דראשונה נשבעת לשניה אף דאין זה שבועת יתומים הא זהו משום שבועת משעבדי ולא משום שבועת השבע לי כמש"כ בשיטת התוס':

ענף ה:

ונראה לענ"ד להוכיח בראיה ברורה מן הש"ס דס"ל להגמ' דשייך שבועת אשתבע לי גם בכתובה. והוא דאי' בגיטין (דף נו"ן ע"א) יתומין שאמרו גבי זיבורית קטנים או אפילו גדולים כו' ת"ש דתני אביי קשישא יתומים שאמרו גדולים ואצ"ל קטנים ודילמא הני מילי לענין שבועה דגדול במילי דאבוה כקטן דמי אבל לענין זיבורית לא. ופי' רש"י לשבועה משום דטענינן ליתמי דאם הי' אבוהון קיים הוי טען אשתבע לי כו' והשתא אנן טענינן בשביל יתמי ולהא מילתא אפילו גדולים נמי דגדול לגבי מילי דאביו כקטן הוא ולא ידע אי פרעי' אבוה או לאו אבל לענין זיבורית דטעמא משום דחסו רבנן כו' קטנים ולא גדולים עכ"ל. א"כ חזינן להדיא דהש"ס מחלק דבשבועה דשייך טוענין ליורש דמה"ט אף בגדולים. ולכאורה תקשה מזה על שיטת התוס' דס"ל דשבועת יתומים אין זה משום דטענינן להו דהא אף בפטרה משבועה נגדו ג"כ צ"ש מיתומים. והא הכא אמרו להדיא לחלק דשאני שבועה דמשום טוענין אתינן עלה ומה"ט אף בגדולים וכמו דפי' רש"י בפשט הסוגי' דגיטין דמחלקי בין שבועה לזיבורית וזהו מוכרח בפירוש הסוגיא. אבל באמת אין זה קשה על שיטת התוס' משום די"ל לפי מה דמחלקי בין שבועה לזיבורית גבי גדולים. באמת הי' ס"ל דלכן הטעם הוא במה דאף מגדולים צ"ש. משום דהא גם בגדולים שייך טוענין להו. ובאמת לפ"ז היכא דאבוהון לא היה יכול להשביעה בפטרה משבועה נגדו כיון דלא שייך טוענין ליורש בכה"ג לשיטת התוס'. על כן לא שייך שבועה בכהאי גוונא רק בנפרע מקטנים ולא מגדולים. משום דבקטנים הטעם בזה משום דחסו עלייהו וס"ל להש"ס דיש לומר דלא חסו רק בקטנים ולא בגדולים. ולמסקנת הש"ס דגיטין שם דיתומים שאמרו אף לגדולים בין לשבועה בין לזיבורית משום דבמה דחסו לטובת היתומים הדין הוא דאף לגדולים עבדו תקנתא לטובתם ולפ"ז ה"ה גבי שבועה אף אם פטרה משבועה נגדו דעכ"ז חייב לישבע נגד הגדולים ג"כ. ולא ס"ל להתוס' למש"כ רש"י שם גבי זבוריות דהטעם משום דחסו רבנן עלייהו להעמידם על דין תורה כו'. אלא ס"ל להתוס' דחסו עלייהו אף במה שהוא נגד דין תורה כיון דתקנו

כבר שבועה להבע"ח הבא ליפרע כו'. ואינו קשה על התוס' מסוגיא דגיטין הנ"ל. ואף דאמרו שם מתחלה הטעם או דילמא משום דלא מסיק אדעתא דמית לוה כו' עכ"ז י"ל דלהמסקנא הטעם הוא בשביל דחסו ג"כ לטובת הגדולים בכל גווני וכמו בקטנים ולא לחלק ביניהם גבי שבועה אף היכא דפטרה כנגדו וכן בשארי מילי כן י"ל לשיטת התוס' דאינו קשה עלייהו מן הסוגיא דגיטין הלז. וי"ל דהי' להתוס' הוכחה לזה אך אין העת גורם לי להאריך עוד ולכן קצרתי בזה. וגם פשט הסוגיא בהמסקנא והילכתא יתומים שאמרו בין גדולים כו' בין לשבועה בין לזיבוריות משמע דהכל הוא מן חד טעמא דזהו הכל בשביל דחסו עלייהו. ועיין בתוס' כתובות (דף י"ט ע"א) ד"ה מודה בשטר כו' שכתב המהרש"א שם די"ל דמשמע להו משום דחד טעמא אית להו ע"ש:

עכ"פ מצינו הכא דאמרו מתחלה לחלק בין זיבורית לשבועה משום דשאני שבועה דטוענין ליתמי ולכן א' אביי קשישא דמה"ט אף גדולים בכלל יתומים דצ"ש. והנה התוס' בכתובות (דף צ"ד ע"א) בד"ה שנמצאת אחת מהן כו' שכתבו בסוף הדיבור דמה דקאמר אביי קשישא יתומים שאמרו משמע דאמתניתין דגיטין או דהכותב קאי דמיירי בכתובת אשה כו'. וזהו בגיטין (דף ל"ד ע"ב) במשנה דאין אלמנה נפרעת מנכסי יתומים אלא בשבועה. ובכתובות (דף פ"ז) במשנה כן. א"כ חזינן דמה דתני אביי קשישא קאי על מה דתנן במשנה בכתובה. ואי נימא כמש"כ רע"א זצ"ל דלא שייך שבועת אשתבע לי בגרושה על כתובתה בתובעת מבעלה משום דבשביל חינא אקילו רבנן גבה ורק באלמנה הבאה לגבות מיתמי חסו לחייבה שבועה בשביל טובת היתומים. א"כ תקשה לפ"ז איך אמרו בגמ' לחלק דשאני שבועה דבשביל דטענינן ליתמי ע"כ ה"ה בגדולים חייבו שבועה. דהא כיון דבכתובה אף דיטעון הבעל אשתבע לי דלא פרעתיך ג"כ לא משבעינן א"כ לא שייך כלל לומר דאביי קשישא אתי עלה בשביל דטענינן ליתמי הא אבוהון לא היה מצי למטען כלל בזה ואביי קשישא הא קאי בכתובה. ומדחזינן דהגמ' מחלק דשאני בשבועה דשייך לומר דטוענין ליתמי מוכח דהש"ס ס"ל בפשיטות דגם בכתובה אם טען הבעל אשתבע לי היה מחייבה לישבע. והש"ס לא דחי לזה החילוק רק מסברא אמרו והילכתא בין קטנים וגדולים בין לשבועה ובין לזיבורית ולא מצינו בפירוש בהמסקנא דשם דחזרו ואמרו דהבעל לא הוי מצי למטען השבע לי. א"כ זהו ראי' חזקה דאף בכתובה הוי מצי טען הבעל השבע לי כמו בשטר:

ולולי דברי התוס' בכתובות שכתבו דהך דאביי קשישא קאי על כתובה כנ"ל היה מקום לומר דאביי קשישא קאי על שט"ח וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) בד"ה אע"ג דאמור רבנן כו' דמצינו משניות דתנן דגם בשט"ח צ"ש בנפרע מיתומים כמבואר בכתובות

(דף פ"ד) ושבועות (דף מ"ח) ע"ש. א"כ לפ"ז יש לפרש דמימרא דאביי קשישא קאי על המשניות דתנן בשט"ח דצ"ש בנפרע מיתומים. ולפ"ז נדחה ראייתי מהך דגיטין (דף נו"ן). משום די"ל דמה דאמרו שם דיש מקום לחלק דשאני שבועה דתני אביי קשישא דאף מגדולים צ"ש דשייך שם טענינן ליתמי ולגבי הך מילתא אף גדולים בכלל כמו דפי' רש"י לפשט הסוגיא דמוכח כן כנ"ל. דזהו משום דהש"ס מפרש דאביי קשישא קאי בשט"ח. ובשט"ח שפיר מצינן למימר דמשום טוענין אתינן עלה. ואכתי י"ל דלפי אותו הטעם יש עדיין מקום לדון דבכתובה כיון דלא שייך לומר דטוענין להו משום דאבוהון גופא לא הי' יכול להשביע בטענת השבע לי כמש"כ רע"א וצ"ל. ע"כ הדין הוא דגם אביי קשישא היה ס"ל דבכתובה יש לחלק בין קטנים לגדולים לפי מה דהוי ס"ל בטעמו דמשום טוענין אתי עלה. ולפי המסקנא דלאו משום טוענין אתי עלה כנ"ל ע"כ ה"ה אף בכתובה לא מחלקינן בין קטנים לגדולים כן הי' מקום לומר. אכן לפי מש"כ התוס' דאביי קשישא קאי על מתני' דכתובה ואפ"ה אמרו בגיטין שם לחלק דשאני שבועה דטוענין ליתמי א"כ מוכח מזה דגם בכתובה שייך דין השבע לי ועיין ברש"י גיטין שם ד"ה לשבועה כו' ובתוס' שם ד"ה יתומין שאמרו כו':

ועוד נלע"ד דאף אם נימא דלא כהתוס' דכתבו דאביי קשישא קאי על כתובה אלא נימא דקאי על שט"ח כמש"כ התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) דמצינו משניות דמיירי בשט"ח הנפרע מיתומים א"כ לפ"ז ליתא לראייתינו מהך דגיטין הנ"ל. דעכ"ז יש לנו ראייה לפ"ז ממק"א להוכיח דגם בכתובה שייך דין השבע לי והוא דהא אמרו בכתובות (דף צ"ד) אביי אמר דאביי קשישא איכא בינייהו כו' דת"ק לית ליה דאביי קשישא וב"נ אית ליה דאביי קשישא. ואי נימא דלא שייך טענת השבע לי בכתובה והא דראשונה נשבעת לשנייה זהו שבועת משעבדי. א"כ קשה אמאי אמרו הלשון דת"ק לית ליה דאביי קשישא הא אי נימא לפרש דאביי קשישא קאי על שט"ח א"כ יכול להיות דגם הת"ק אית ליה דאביי קשישא אך דאביי קשישא מיירי בשט"ח דאבוהון הוי מצי למטען נגד הבעה"ש. השבע לי ע"כ בזה ס"ל לאביי קשישא דיתומים שאמרו אף גדולים משום דהא קיי"ל טוענין ליורש למה דהוי מצי טען אבוהון וכיון דאבוהון היה יכול לטעון השבע לי ע"כ גם בגדולים טענינן להו טענת אבוהון וכמו דאמרו בגיטין (דף נ') דגדול גבי מילי דאבוה קטן הוא כפי' רש"י שם. משא"כ הכא גבי כתובה דאביהן לא היה יכול למטען טענת השבע לי ועיקר שבועת יתומים בכתובה זהו משום דחסו חז"ל לתקנת היתומים א"כ לפ"ז עדיין יש לחלק דדוקא בקטנים שקדו לתקנתם ולא בגדולים ויש מקום לומר דגם אביי קשישא מודה בכתובה דרק בקטנים אמרו ולא בגדולים רק דמיירי בשט"ח וטוענין

אף לגדולים וכמו דאמרו בגיטין שם ולכן אמר בזה דאף גדולים בכלל. ומדחזינן דאמרו בפשיטות בלשון דת"ק לית ליה דאביי קשישא משמע דבאמת אין לחלק בין כתובה לשט"ח ולעולם שייך דין השבע לי גם בכתובה ולכן הוכרח לומר דת"ק ל"ל דאביי קשישא בסתמא. ואין סברא לומר דכוונת הגמ' במה שאמרו דת"ק ל"ל דאביי קשישא היינו דבכתובה ל"ל דאביי קשישא דזה אינו בפשט הגמ' דא"כ ה"ל לפרושי ולא לומר בסתמא דת"ק ל"ל דאביי קשישא. ולכן אף דנימא דלא כמש"כ התוס' בכתובות דאביי קשישא קאי על מתני' דכתובה ואז לא יהיה לנו ראיה מן גיטין (דף נ'). עכ"ז יהיה לנו ראיה אחרת לפ"ז מהך דכתובות הנ"ל דאין לחלק בין כתובה לשט"ח בזה. ובפרט דהא העיקר כמש"כ התוס' לפרש דאביי קשישא קאי על כתובה. א"כ יהיה לנו לפ"ז ראיה נכונה מסוגיא דגיטין דגם בכתובה שייך דין טענת השבע לי וכמו בשט"ח:

ולכן שפיר כתבו כל הראשונים והאחרונים בפשיטות בלא שום חולק דשייך ג"כ דין אשתבע לי בכתובה וכמו בשט"ח:

ולכאורה אפשר להוכיח כן גם מהא דגיטין (דף ל"ד) דמקשה הגמ' מאי איריא אלמנה אפילו כ"ע נמי כו' דאי נימא דבגרושה לא שייך אשתבע לי א"כ היה מקום לומר ולחלק דשאני בבע"ח דשייך טוענין ליתמי מה דהוי מצי אבוהון למטען משא"כ בכתובה דלא היה יכול הבעל להשביעה ע"כ היה מקום לומר דאינה חייבת לישבע נגד היתומים ע"כ אשמועינן דחייבת שבועה נגד היתומים אף דלא שייך לומר דטוענין ליתמי א"כ לכאורה מוכח מזה דלא מחלקינן בין בע"ח לכתובה בזה. אך זה אינו ראיה דהא עיקר סברת רע"א לחלק בין כתובה לבע"ח הוא משום דשאני בכתובה דאקילו רבנן משום חינא א"כ המקשה דהתם עדיין לא ידע מהסברא דמשום חינא. והתרצן תירץ באמת דסד"א משום חינא אקילו רבנן ע"כ אין זה ראיה מוכרחת. אבל הראיה שכתבתי לעיל זהו ראיה מוכרחת:

ענף ו:

כל הקונטרס הזה כתבתי להשיב לרב גדול א' שרצה לדון ע"פ דברי רע"א הנ"ל לעשות זה הדין דאשתבע לי בכתובה להיות ספיקא דדינא. וע"ז השבתי לו דאין זה ספק כלל רק ברור לדינא כי שייך אשתבע לי גם בכתובה כמו בשט"ח. והנה הרב הגי' הנ"ל כתב להוכיח מן התוס' כתובות (דף פ"ח ע"א) מייתי לה כו' שכתבו דנפ"מ שם בשד"א דלא מפכינן ובדרבנן מפכינן. וקשה הא שיטת התוס' בב"מ (דף ב' ע"ב) דע"א מסייע פוטר מן השבועה א"כ אף אם יהפך שם השבועה הא יפטר מן השבועה ע"י העד מסייע אך י"ל בזה כמש"כ הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ל"ה דכיון דבלא העד אינו יכול לחייבו שבועה ע"כ

אינו יכול העד לעשות שני פעולות. אבל אכתי תקשה במה דאמרו שם אי פיקח הוא כו' הא אם פיקח הוא יכולת בידו לטעון אשתבע לי ותהיה חייבת שבועה בלא עדות העד וע"כ כשתהפך השבועה עליו יהיה לו עד מסייע לפטור כיון דהשבועה בא בלא עדותו. וע"כ מוכח מזה דס"ל להתוס' דלא דיינינן שבועת השבע לי בכתובה כן הוא קוטב דברי הרב הנ"ל. וזה מה שהשבתי לו כי בעיקר דבריו כבר כתב רע"א זצ"ל בחלק הכתבים סי' קע"ח זה הסברא ליישב דברי רש"י דכתובות שם וכן העיר האו"ת בסי' פ"ז ס"ק י"ב בקושיא זו על דברי התוס' הנ"ל והרא"ש שם. אך מש"כ כת"ר להוכיח כן לדינא מדברי התוס' הנ"ל אין זה הוכחה משום דאכתי תקשה כן על דברי הר"נ שכתב ג"כ בהך סוגיא דכתובות הנ"ל בהא דאי פיקח כו' דאין לומר דנפ"מ לענין היפוך דהא בשבועת נשבעין ונוטלין לא מצי מהפך ע"ש. ותקשה עדיין קושיא הנ"ל דהא בלא"ה לא מצי מהפך דהא העד מסייעו פוטרו משבועה כמש"כ הר"נ בחי' לב"מ (דף ב') דעד מסייע פוטר משבועת התקנה בפשיטות והובא בנימוקי יוסף לב"מ שם ובש"ך סי' פ"ז ס"ק ט"ו. ואין לומר בזה כסברת הש"ך הנ"ל דשבועה דבא ע"י העד אינו יכול העד לפטור. דהא אי פיקח הוא יכול לטעון השבע לי כנ"ל ולשיטת הר"נ אין לומר כמש"כ כת"ר לתרץ זה דמוכח מזה דלא דיינינן שבועת אשתבע לי בכתובה. דהא להדיא כתב הר"נ במשנה דכתובות דף פ"ז דלכן הבא ליפרע מיתומים צ"ש משום דטענינן להו מה דה"מ אבוהון למטען אשתבע לי וכמש"כ רש"י שם וכן הוא הטעם דממשועבדים צ"ש מה"ט ע"ש. הרי דס"ל להר"נ להדיא דשייך שבועת אשתבע לי גם בכתובה וכ"כ הר"נ במשנה דפ' מי שהיה נשוי ד' נשים דהראשונה נשבעת לשנייה דזהו בטוענת השבע לי כמש"כ רש"י שם. ולא ס"ל כמש"כ התוס' יו"ט שם דמשום שבועת משעבדי אתינן עלה. וכיון דס"ל להר"נ דשייך אשתבע לי בכתובה א"כ תקשה עדיין כנ"ל:

וכן תקשה לשיטת הריטב"א בכתובות (דף צ"ג) שכתב דלכן נשבעת הראשונה לשנייה דמיירי בטוענת השבע לי. הרי דס"ל דשייך השבע לי גם בכתובה ואפ"ה כתב בכתובות לעיל (דף פ"ח) דנפ"מ לענין היפוך שבועה כמש"כ התוס' והרא"ש. אף דס"ל להריטב"א דעד מסייע פוטר כמבואר בחידושיו לריש ב"מ. וכ"כ הריטב"א להדיא לכתובות (דף פ"ז) בד"ה הפוגמת כתובתה כו' דמיירי בלא אמר אשתבע לי דאי בדאמר אשתבע לי אף בלא פוגמת משתבע כו'. הרי דס"ל להריטב"א להדיא דשייך אשתבע לי גם בכתובה א"כ תקשה עליו קושיות כת"ר. וע"כ מוכח דאין מקום להוכיח ע"פ הקושיא הנ"ל למש"כ כת"ר לדון דס"ל דלא שייך שבועת אשתבע לי בכתובה. וע"ד עיקר הקושיא י"ל כמש"כ האו"ת די"ל דהרא"ש כתב כן לשיטת הסוברים דעד מסייע אינו פוטר דעכ"ז אין נפ"מ

מזה כי שבועת נשבעין ונוטלין לא מצי מהפך. וכן י"ל בשיטת הר"נ. ובדברי התוס' י"ל דנפ"מ בכתב לה נאמנות דאינן יכולין לטעון השבע לי ועכ"ז כשיש ע"א אין מועיל הנאמנות כמש"כ התוס' ביבמות (דף ק"ב) ד"ה מרענא שטרא אפומי' כו' בשם הר"ח וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ע"א סעיף א' מזה. ועיין בתוס' כתובות (דף צ"ד) ד"ה שנמצאת כו' דר' מפרש דמיירי שפטרה מן השבועה ע"ש ע"כ י"ל ה"ה הכא דמיירי כנ"ל. וכן י"ל דנפ"מ לשיטת ר' האי דס"ל דבע"א אף בתו"ז צריך שבועה כמבואר בסי' פ"ד והובא בסמ"ע ובטור שם משא"כ בטענת השבע לי א"צ שבועה בתו"ז והוי שפיר נפ"מ כו'. אך לשיטת הרא"ש ליכא למימר דנפ"מ בפטרה משבועה דהא שיטת הרא"ש פ' הכותב סי' י"ח דנאמנות סתם מהני נגד ע"א. אכן לשיטת הרא"ש י"ל דכתב כן לרווחא דמילתא דבלא"ה אין להפך משום דבנשבעין ונוטלין אין יכול להפך ובדברי התוס' י"ל דנפ"מ בפטרה משבועה כנ"ל. או בתו"ז וס"ל כשיטת ר' האי הנ"ל. וכן י"ל בדברי הריטב"א ועיין בשיטת הריטב"א לכתובות (דף פ"ז) בד"ה ע"א מעיד כו' שכתב דוקא נאמנות מפורש מהני נגד ע"א ומשמע דסתם נאמנות לא מהני נגד ע"א וכ"כ הריטב"א שם ד"ה ר"נ א' רבה ב"א על הפוגמת כו' בשם הראב"ד ועיין בש"ך סי' ע"א ס"ק ב': היוצא לנו דנתבאר דשיטת הראשונים היינו רש"י והר"נ והרע"ב והריטב"א והרי"ף והבעה"ת והרשב"א והנמוקי יוסף והרמב"ם וכן הח"מ והב"ש והטור והמחבר באה"ע כולם כתבו להדיא דשייך שבועת אשתבע לי גם בכתובה. ולא נמצא שום חולק ע"ז וכן נתבאר דיש ראי' לזה מן הגמ' ע"כ אין בזה שום ספק כלל ושפיר כתב הש"ך הכא בפשיטות דשייך שבועת אשתבע לי גם בכתובה ואין זה שום ספק כלל. אך בטוען אשתבע לי דלא פרעתיך בתו"ז זה הוי ספיקא דפלוגתא כמש"כ הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' דלשיטת התוס' בגיטין דכתובה אינו כמו חוב תו"ז משום דהוי בתנאי ב"ד ע"כ יכול לטעון השבע לי אף בטוען פרעתיך קודם הגירושין. ואפשר לומר דלפי מש"כ הטור בח"מ סי' פ"ב והובא בסמ"ע שם בס"ק ל"ג דדוקא בטענת פרעתי משבעינן לבעה"ש משום דלפרעון עומד כו'. א"כ לפ"ז יש לדון דאף לשיטת התוס' דכתובה אין דינה כמו חוב תו"ז משום דתנאי ב"ד שאני ומתפיסה צררי כו' מ"מ י"ל דלא אמרינן בזה להך סברא דלפרעון עומד דהא אינו עומד להפרע אלא לאחר הגירושין והמיתה ושיטת התוס' דשבועת יתומים אינו משום שבועת אשתבע לי כנ"ל. אכן הא מצינו הרבה פוסקים דס"ל דאף בטענת מחילה נשבע המלוה אף דאינו עומד לכך כמבואר בסי' פ"ב סעי' י"א א"כ ה"ה בזה לשיטת התוס' הנ"ל. וכעין זה מצינו שם סעי' י"ב גבי טענת תנאי דנשבע המלוה משום דתנאי מילתא אחריתי ודמי לפרעון כמש"כ הש"ך שם ס"ק כ"ז ולכן הדין נותן דלשיטת

התוס' דשאני כתובה דהוא בתנאי ב"ד ע"כ אינו כמו חוב תו"ז וצ"ש אף בטוען פרעתיך בתו"ז וזה הוי ספיקא דדינא ואין להוציא בל"ש. אבל תפיסה מהני ויכול לטעון קים לי דזה הוי כמו פרעתי בתו"ז דאינו נשבע בנק"ח רק שבועת היסת אחר הפרעון כמבואר בסי' ע"ח סעי' ב' ובש"ך ס"ק ט"ו ובאו"ת ובנתיבות שם ס"ק ז': אבל בטוען פרעתיך אחר הגירושין בוודאי חייבת שבועה בטוען אשתבע לי ולא מהני בזה תפיסה וחייבת לעולם לישבע בנק"ח ועיין בסי' פ"ב סעיף ז' ש"ך ס"ק י"ז. וראיתי בפני יהושע לכתובות (דף פ"ז) בד"ה מנכסים משועבדים כו' שהקשה על רש"י דשם דשבועת משעבדי ויתומים הוא משום טענת אשתבע לי הא תו"ז פטור משבועה זו ועיקר החשש בכתובה הוא משום דסמוך למיתה מתפיסה צררי כו'. ובאמת כ"כ התוס' בב"ב (דף קנ"ח) אבל התוס' בגיטין (דף ל"ד ע"ב) ד"ה אין אלמנה כו' כתבו דשאני אלמנה דאיתא בתנאי ב"ד מתפיס צררי אף דהוי בתו"ז ע"ש ע"כ י"ל דרש"י ס"ל ג"כ כשיטת התוס' הנ"ל ע"כ אינו קשה על דברי רש"י. ואפשר דשפיר הקשה הפני יהושע כן על רש"י דנקט לשון אשתבע לי דלא פרעתיך דהא גם התוס' לא נקטו רק לדון דאתפסה צררי אבל לא לשון פרעון. וכן הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' כתב דלשיטת התוס' דגיטין יש לחוש שמא התפיסה צררי קודם הזמן אבל לא הזכיר לחשש פרעון. [וגם י"ל דכיון דאסור להשהות אשתו בלא כתובה ע"כ הוי טענת פרעון מקודם הגירושין חשש רחוק רק בחשש צררי שאני דאינו רק כמו משכון ולא נתבטלה הכתובה. אך הא מבואר באה"ע סי' ס"ו סעי' ב' דרק לפי שעה מותר להתפיסה צררי וכמש"כ שם הח"מ ס"ק י"ב ובב"ש שם ס"ק ד' דאם מתפיס צררי למשכון עובר על תקחז"ל ועיין בכתובות (ד' פ"ב ע"ב) בסופו ובתוס' כתובות (דף נ"ו) ד"ה אין עושין כתובות אשה מטלטלין כו']. ועכ"ז בטענת פרעתי הכתובה מקודם הגירושין אינו ברור לחייבה שבועה אף לשי' התוס' דגיטין (דף ל"ד). ועכ"ז אין להוציא בל"ש אף בטוען פרעתיך מקודם הגירושין דהא מן דברי רש"י כתובות הנ"ל מוכח דס"ל דאף בטוען השבע לי על פרעון בתו"ז ג"כ צ"ש ויכול לטעון קים לי כן:

ו (שם סעיף ח' ש"ך ס"ק י"ט):

הוציא עליו שטר מקויים והלוה אומר שטר מזייף הוא או שטען חוב זה רבית או שטר אמנה או כחכתי ללות כו' אין שומעין לו להשביע כו'. וכעין זה הוא שם לקמן אם טען הלוה מחלת לי כו' יש מי שאומר דמחילה כמו שטוען אמנה ורבית. וקשה אמאי לא יהיה נאמן הלוה לחייב להמלוה שבועה במיגו שהיה טוען פרעתי דהיה מחייב להמלוה שבועה בטוען אישתבע לי על הפרעון:

ענף א:

והבית שמואל באה"ע סי' צ"ו ס"ק ח' כתב דאין אומרים מיגו להשביע. וכן כתב האו"ת בכללי מיגו של הכנה"ג בס"ק קי"ח בזה"ל כי היכי דלא אמרינן מיגו לפטור משבועה אפשר דלא אמרינן ג"כ מיגו לחייב שבועה עכ"ל. ולפ"ז אתי שפיר הכא דלכן לא מהימן הלוה לומר אמנה ורבית ומחלת לי לחייב להמלוה שבועה במיגו שהיה טוען פרעתי משום דלא אמרינן מיגו לחייב שבועה. אכן יש לעיין בזה לפי מש"כ הכנה"ג דכי היכי דלא אמרינן מיגו לפטור משבועה כו'. ע"כ זה א"ש לשיטת המחבר בסי' רצ"ו סעי' א' שפסק כהסוברים דלא אמרינן מיגו לפטור משבועה אכן לפי מה שהביא הרמ"א שם שיטת הסוברים דאמרינן מיגו לפטור משבועה א"כ תקשה איך סתם הכא הרמ"א דבטוען אמנה כו' אין להשביע הא יש להלוה מיגו כו'. ועיין לקמן סי' צ"ג סעי' ב' ובסמ"ע וש"ך וט"ז שם. ובאמת משמע הכא דהך דינא דטוען הלוה אמנה ורבית כו' דכ"ע מודו דאין להשביע להמלוה שבועה בנק"ח קודם הפרעון משום דדעת החולקים שהביא הרמב"ם והטור לא הובא בש"ע ותקשה כנ"ל. וכן בעיקר דברי הכנה"ג שכתב לדמות למיגו לחיובי שבועה למה דאמרו דלא אמרינן מיגו לפטורי משבועה. יש לעיין בזה דהנה הסמ"ע בסי' רצ"ו ס"ק א' כתב לבאר הטעם דלא אמרינן מיגו לפטורי משבועה משום דדוקא בהוצאת ממון דקשה להוציא הממון מיד בעליו הקילו לומר מיגו כי קשה להוציא ממון כו'. א"כ לפ"ז יש לדון דשאני מיגו לחיובי שבועה מן מיגו לפטורי משבועה דהא אם נחייב להמלוה שבועה לא יהיה יכול להוציא הממון מן המוחזק בלא שבועה ושאני מיגו לפטורי משבועה דהא ביד המוחזק להיות נשבע ונפטר וכמש"כ הסמ"ע. אך לפי הטעם שכתב הש"ך שם בסי' רצ"ו ס"ק א' בשם הע"ש דדוקא היכא דהוי מיגו לפטורי מממון אז נאמן משום דאמרינן דהלוה מדקדק לבקש אח"ז משא"כ בשבועה הוא עצמו לא חשב להפטר ע"ש בש"ך. ה"ה יש לומר כן גבי מיגו לחיובי שבועה כיון דאינו רק לחיובי שבועה ע"כ אינו מדקדק לבקש אח"ז. וכ"ז הוא לפי מה דראיתי בש"ך שם שהביא בקצרה לדברי הע"ש אבל לפי מה דראיתי כעת בעיר שושן עצמו שם הנה עיקר טעמו הוא דלכן לא אמרינן מיגו לפטורי משבועה משום דאדרבה רוצה הנתבע שישבע כדי שיאמינו לו על טענתו כו'. א"כ זה הטעם לא שייך כ"כ גבי מיגו לחיובי שבועה. ואפשר דגם גבי מיגו לחיובי שבועה שייך לדון כן דיכול להיות דאינו רוצה לחייבו שבועה כדי שלא יאמינו להתובע כנ"ל. ועדיין אין זה ברור כ"כ. וכן לפי מה שכתבתי בקונטרס א' לבאר הטעם שיטת הסוברין דלא אמרינן מיגו לפטורי משבועה משום דעיקר חיוב שבועה הוא בשביל דהתורה חייבו לברר את הספק הנולד לנו וע"כ לא מהני מיגו לפטורי משום דכל מה דאיכא לברורי מבררינן וכמו ברובא והארכתי בזה

במק"א. וכן מצאתי בט"ז החדש שנדפס כעת לח"מ סי' רצ"ו שכתב כן ות"ל שכיוונתי לדעתו א"כ זה הטעם לא שייך גבי מיגו לחיובי שבועה. לכן עיקר הסברא במה דאמרו דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה זהו מוקשה לכאורה בטעמו. ואין סברא לומר דאתו עלה לפי דעיקר חיוב שבועה בנוטלין אינו רק מדרבנן ע"כ אמרו כן ועיין בסי' צ"ג סעי' ב' בסמ"ע וש"ך שם וקצרתי:

והנראה לע"ד בזה ע"פ מה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' י"ב סעי' ח' ענף א' שהבאתי למש"כ הקצה"ח שם בשם הכנה"ג דבשטר שאין בו ריעותא הוי כגבוי וכן כתבו התוס' בסוטה (דף כ"ה ע"ב) בד"ה ב"ה אומרים כו' והארכתי בזה שם. ע"כ לפ"ז יש לדון הכא גבי מיגו לחיובי שבועה לבעל השטר דלא אמרינן דהטעם הוא כיון דאין שום ריעותא על עצם השטר רק מה דחייבו חז"ל שבועה להבעל השטר אכן אם ישבע יטול בוודאי ע"כ מקרי בעל השטר ע"פ השטר שת"י כמו דין מוחזק גמור ואמרינן בזה לכ"ע דשטר העומד לגבות עכ"פ בשבועה דדינו כגבוי וע"כ ממילא שייך לדון בזה ג"כ הכלל דאמרינן דמיגו להוציא לא אמרינן ולכן כיון דאם יהיה נאמן במיגו לחיובי שבועה לבעל השטר דלא יהיה נאמן המלוה להוציא הממון מהלוה אם לא ישבע א"כ מקרי המיגו של הנתבע כמו מיגו להוציא מן בעל השטר דהוי כמוחזק משום דהוי כגבוי ע"כ אין הלוה נאמן במיגו לחייבו שבועה. והא דקיי"ל דמודה בשטר שכתבו דצריך לקיימו דנאמן במיגו דמזוייף ולא אמרינן דהוי כמו מיגו להוציא מה"ט. י"ל דשא"ה דהא אם נימא דנאמן הלוה במיגו דמזוייף א"כ אז אין עומד השטר לגבות כלל בשום אופן בעולם ע"כ אין דינו כגבוי. אבל בענין לחייבו שבועה דאף דיהיה נאמן במיגו לחייבו שבועה הא ביד המלוה להיות נשבע ונוטל וגם הא עיקר חיוב שבועה אינו רק מדרבנן אבל מה"ת הא עומד לגבות ואי תפס לא מפקינן ועיין בסעי' ו' ע"כ מקרי זכותו בהשטר שת"י כמו גבוי ולכן שפיר י"ל דמקרי המיגו של הלוה כמו מיגו להוציא דלא אמרינן כן י"ל בטעמו של זה הדבר. והא דשבועות (דף מ"ח ע"ב) גבי אא"מ שבועה אמרו ג"כ דלא הוי כגבוי. שא"ה דאי נימא אא"מ א"כ אין ביד התובע שום עצה לגבות כלל בשום אופן וגם שאני הכא דרק משום מיגו אתו עלי'. ועיין בירושלמי כתובות פ"ט ה"ז ובש"ך סי' פ"ד ובשירי קרבן שם וקצרתי:

ובאה"ע סי' קי"ב סעי' ג' הבת בעישור נכסי בע"ח של אחין לפיכך נוטלת בלא שבועה כו'. והוא מן גמ' (כתובות דף ס"ט) וכתב הב"ש שם בס"ק י"ד בל"ש אא"כ טוענין השבע שלא התפיסך אבינו צררי כ"כ הגהות מיימוני עכ"ל הב"ש. וקשה הא כיון דחזינן דגובה מן האחין בל"ש משום דהוי בע"ח של האחין ולא בע"ח דאביהן א"כ אמאי הצריכוה

לישבע אם טוענין השבע לי כו'. וגם הא זה דומה לחוב תו"ז דפטור מן השבועה אף בטוען השבע לי ואף שכתבו התוס' בכתובות (דף ק"ב ע"ב) בד"ה אימא צררי כו' דטפי מתפיס צררי לבתו כמו דאי בכתובות (דף מ"ג) לענין הרוחה בתו עדיפא לי'. ועיין באה"ע סי' קי"ב סעי' ו' בח"מ ס"ק י"ט וב"ש ס"ק ט"ו. עכ"ז כיון דאמרו בפירוש דא"צ שבועה בבאתה לגבות מן האחין משום דלא הוי בע"ח שלו רק בע"ח של האחין הרי דלא חיישינן שמא התפיסה צררי לבתו. א"כ מה"ט לא תהי' חייבת לישבע אף בטוענין השבע לנו שלא התפיסך אבינו צררי. ואין לחלק בין טוען בפירוש לאין טוען בפירוש כדמוכח ומבואר בב"ב (די' ה' ע"ב) בתוס' ד"ה אע"ג דאמור רבנן כו' שכתבו מכאן משמע אם הוציא שט"ח על חבירו וא"ל אישתבע לי דלא פרעתיך בגו זימני' א"צ לעשות שבועה. הרי דמדמינן שבועת אשתבע לי לשבועות יתומים וכש"כ לשיטת רש"י והר"נ והרע"ב דכתבו בכתובות (דף פ"ז) דעיקר שבועת יתומים הוא משום דטענינן להו כו'. וידעתי מה די"ל בזה לשיטת הסוברים דמילתא דלא שכיח לא טענינן ליתמי ועיין בש"ך סי' ס"ט ס"ק כ"ו ובסי' ק"ח ס"ק ז'. אך כיון דמבואר בסי' ע"ח דלא משבעינן לטענת השבע לי על השטר תו"ז בנק"ח לכ"ע רק בשבועת היסת לאחר הפרעון בזה יש פלוגתת הפוסקים כמבואר בסי' ע"ח סעיף ב' ובש"ך ס"ק ט"ו. ואלו הכא בהגהות מיימוני פ' כ' ה"א אות ד' משמע דס"ל דאם טוענים השבע לי משביעינן לה בנק"ח וקשה דהא הוי חוב תו"ז. ועוד דאף אם נדחוק דכוונת הגהות מיימוני הוא על שבועת היסת לאחר הפרעון עכ"ז תקשה על הב"ש איך הביא לדינא לדברי הג"מ הנ"ל והא הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' כתב להכריע דהעיקר כהפוסקים דא"צ לישבע אף שבועת היסת לאחר הפרעון גבי חזקה דתו"ז ע"ש. וכן עיין באה"ע סי' ס"ח סעי' ח' בס"ק כ"א בב"ש. א"כ תקשה האיך הביא הב"ש כאן בפשיטות לדברי הג"מ דצריכה לישבע אם טוענים השבע כו'. וגם משמע דאתו עלה מן דין שבועת השבע לי בנק"ח כמו כל השבע לי על השטר. וגם הא חוב עישור נכסי הוי אלים ביותר מן חוב תו"ז דהא לא הוי בע"ח שלו רק בע"ח דאחין ועיין בתוס' (ב"ב דף ה') ד"ה כי היכי כו':

וע"כ נלע"ד לומר דטעם של הג"מ והב"ש הוא משום דנאמנים האחין במיגו שהיו טוענים השבע לנו שלא התפסנו או פרענו לך החוב דעישור נכסי דהיתה חייבת לישבע בנק"ח כמו כל טענת השבע לי על השטר ע"כ נאמנים במיגו זו לומר דהתפיסך אבינו צררי דטוענים ברי ע"ז אך דאכתי תקשה דהא מסיק הב"ש בסי' צ"ו סוף ס"ק ח' דמשמע מדברי הרי"ף דאם הבעל טוען אחר הגט ואמר נתתי צררי קודם הגט א"י להשביע דאין אומרים מיגו להשביע. אכן לפי מה שכתבתי דלכן אין אומרים מיגו להשביע משום

דהוי כמו מיגו להוציא ממוחזקות של השטר דהוי כגבוי כיון דנולד לנו הספק רק אם להשביע את בעל השטר ובידו לישבע וליטול וגם אי תפס בל"ש לא מפקינן מיניה ועיין בסי' זה סעי' ו' בסמ"ע וש"ך שם. ומבואר בתוס' גיטין (דף ל"ז ע"א) ד"ה שטר שיש בו אחריות כו' דדוקא בשטר שמפורש בו השעבוד בזה אמרו דהוי כגבוי משא"כ היכא דלא הוי שטר רק מעשה ב"ד בלבד אף דגבי ממשעבדי מ"מ אינו כגבוי. ולפ"ז י"ל דדוקא היכא דיש להתובע שטר או כתובה בכתב. אז אמרו דאין הנתבע נאמן להשביע אף דיש לו מיגו משום כיון דהוי כגבוי הוי דינו כמו מיגו להוציא. משא"כ גבי חוב עישור נכסי אף דטרפא ממשעבדי כמבואר בכתובות (דף ס"ט) ובאה"ע סי' קי"ג סעי' ה' מ"מ הא אין להם שטר מפורש ע"ז וגם הא פרנסה אינה כתנאי כתובה כמבואר בכתובות (דף ס"ח ע"ב) ואף בתנאי כתובה אם אין לו שטר אין דינו כגבוי כמש"כ התוס' בגיטין כנ"ל ע"כ שפיר מהימני האחין במיגו שהיו יכולין לטעון השבע לנו שלא פרענו לך לכן אף בטוענים השבע לנו שלא התפיסך אבינו צררי יכולים להשביעה ע"י הך מיגו משום דזה לא מקרי מיגו להוציא דהא לא הוי כגבוי כיון דהוי חוב שלא בשטר: ענף ב:

ב :

שוב ראיתי דיש לסתור כ"ז דהא מבואר בכתובות (דף פ"ז ע"א) גבי מה דאיבעי להו פוגמת כתובתה בעדים כו' דכתב הרא"ש שם דלא איפשיטא הלכך לא תפרע אלא בשבועה וכן כתב הטוש"ע בסי' פ"ד סעיף א' ואף דכתב הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י' דהיכא דהוי ספיקא דדינא אי חייב שבועה דלא מחייבינן שבועה. עכ"ז לא אמרינן כן רק היכא דהספק הוא בשבועת הנתבע אז הדין הוא דהממע"ה אבל היכא דנולד הספק בשבועת התובע אז הדין הוא דאין מוציאין הממון מן המוחזק בלא שבועה משום דהממע"ה. ומדחזינן דאמרו כן גבי פוגם שטרו בעדים מוכח מזה דאף היכא דהספק הוא רק אם להשביעו לבעל השטר או לא דגם בזה דיינינן דהממע"ה. א"כ מוכח מזה דלא כמש"כ דאם נימא כמש"כ דכיון דאנו דנין רק אם להשביעו אם לא בזה אמרינן דשט"ח העומד לגבות כגבוי דמי כיון דבידו להיות נשבע ונוטל וגם הא אי תפס לא מפקינן כמו שכתב הסמ"ע בסי' פ"ב ס"ק כ"ב והט"ז שם סעי' ו' ועיין בש"ך שם. א"כ לפ"ז מבעי להיות הדין הכא גבי הך ספיקא דדינא אם משביעינן לבעל השטר קודם שיטול או לא דהיה הדין נותן דיגבה בל"ש כיון דלא הוי הספק רק בהשבועה. ומדחזינן הכא דכתבו לדינא דאף בכה"ג נחשב הלוה למוחזק נגד הבעל השטר א"כ מוכח מזה דאף בכה"ג אמרינן דשט"ח לא הוי כגבוי ע"כ נסתר כל מה שכתבתי. וכן יש לדון בכ"ז ע"פ מש"כ התוס' בסוטה (דף כ"ה) ד"ה בש"א כו' דמחלקים בין היכא דעמדו הנכסים כבר בחזקתו ובין

היכא דהוי ספק מעיקרא ע"ש. א"כ ה"ה בטענת אמנה ורבית וכיוצא ע"כ נסתר כ"ז מטעם זה:

והנה התומים בכללי מיגו ס"ק קי"ח הביא בשם הגידולי תרומה שהקשה על הרי"ף בתשובה שכתב אם הבעל טוען לאחר שגירשה דפרע לה הכתובה קודם הגירושין דאינו נאמן ואף שבועה א"צ משום חזקה דתו"ז והקשה דיהיה מהימן במיגו דהיה טוען פרעתיך לאחר הגירושין ותי' משום דאין אומרים מיגו להשביע עכ"ל ג"ת. ודחה האו"ת זה משום דהא מיגו במקום חזקה דתו"ז הוא איבעיא דלא איפשיטא ולכן כיון דהוי ספק בהשבועה לא משבעינן מספיקא להאשה דהא יש לה כתובה והתשלומין וודאי כו' עכ"ל האו"ת. והנה בעיקר דברי הג"ת כן כתב הב"ש בסי' צ"ו בס"ק ח' להעיר כן על דברי הרי"ף בתשובה זו. ומה שהשיג האו"ת אין זה השגה כלל כי הנכון עם הג"ת והב"ש דהא כבר הבאתי לעיל להוכיח מן הך דסי' פ"ד סעיף א' גבי פוגמת בעדים דאף דהוי איבעיא דלא איפשיטא אם צ"ש דמ"מ אין גובה בשטרו אלא בשבועה וכמו שכתבו הר"נ והרא"ש והטוש"ע שם. א"כ ה"ה בהך איבעיא דאם נאמן במיגו נגד החזקה דתו"ז דכיון דהלוה מוחזק דנאמן לחייב להבעל השטר שבועה ע"י הך מיגו ושפיר הוכיחו הג"ת והב"ש מן תשובת הרי"ף דאין אומרים מיגו להשביע. ואחר כותבי זה ראיתי בקצה"ח סי' פ"ב בס"ק ט"ז שכתב כן לדחות השגת האו"ת הנ"ל מעל הג"ת ולא הביא לדברי הב"ש הנ"ל שכתב ג"כ כהג"ת. ועיין בכתובות (דף פ"ז ע"ב) ובספרי נחל יצחק סי' י"ב סעיף ח' ענף ה' בהג"ה שם וקצרתי. ובעיקר יסוד שכתבתי לעיל לדון דמיגו של הנתבע הוי מיגו להוציא ראיתי כעין זה בשמ"ק ב"ב (דף ה') ד"ה מי אמרי במקום חזקה מיגו כו' דמ"ד דשטר הוי כגבוי דלא מהני מיגו של הנתבע דה"ל מיגו להוציא ע"ש. אך דעיקר היסוד שכתבתי נסתר על פי מה שנתבאר:

וכעת נלע"ד לדון טעם אחר במה דאין אומרים מיגו להשביע והוא דהא מבואר לקמן סי' קל"ט סעיף ד' אם הם חלוקים על שדה והביא א' עדים שהוא קרוב יותר כו' צריך לחזור כל פירות שאכל אפי' אין ידוע שאכלן אלא ע"פ שהודה בהם. וכתב הסמ"ע והש"ך שם הטעם דכיון דהקרקע יוצא מת"י דהא בהקרקע ליכא מיגו ע"כ אינו נאמן על הפירות אף דיש לו מיגו וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ג) ד"ה לסוף אודי לי' כו' והג"א שם. ולפ"ז י"ל הכא גבי טוען אמנה או רבית או מחלת וכיוצא בו דלכן אינו נאמן לחייב שבועה להמלוה במיגו דהי' טוען פרעתי והשבע לי. משום דאף דלדבריו דטוען כ"ז. אם הי' מהימן ע"ז. הדין הוא דחייב בעל השטר להחזיר השטר ליד הלוה או שיקרענו משום אל תשכן באהליך כמבואר בסי' נ"ז וביו"ד סי' קס"א סעי' י"א ברמ"א שם ובתוס' ב"מ (דף

ע"ב) ד"ה שטר שיש בו רבית כו' דתני בתוספתא שטר שיש בו רבית יקרענו כו' ובש"ך ח"מ סי' נ"ב ס"ק ד'. עכ"ז עכשיו דאין להנתבע עדים ע"ז רק דיש לו מיגו דהי' טוען פרעתי והשבע לי נהי דאם היה טוען פרעתי והשבע לי הדין הוא דאם אין המלוה נשבע דמחוייב להחזיר השטר להלוה כמש"כ הסמ"ע בסי' פ"ב בס"ק כ"ב ע"ש ובט"ז שם סעי' ו'. עכ"ז עכשיו שאינו טוען טענת פרעתי רק טענות אחרים שאין השטר עומד לכך דאין המלוה חייב לישבע ע"ז מצד עצמו רק דאנו דנין דיהיה נאמן הלוה להשביעו משום מיגו דהיה טוען פרעתי. א"כ לפ"ז הדין נותן דאינו נאמן הלוה לכוף להמלוה שיחזיר לו גוף השטר. משום דהא המלוה הוי מוחזק על גוף השטר שתופסו ברשותו א"כ אין הלוה נאמן במיגו שלו להוציא השטר מן המלוה דהא לא אמרינן מיגו להוציא. וממילא הדין נותן לפ"ז דלא יהיה נאמן הלוה במיגו אף להחזיק החוב ת"י אף דהוי מוחזק. דהא חזינן גבי אכילת הפירות דאף דיש לו מיגו על הפירות לא מהימן כיון דלא מהימן על הקרקע ע"כ לא מהימנינן לי' על הפירות משום דלא מהני מיגו לחצי טענתו. ועיין בכללי מיגו של הכנה"ג ובאו"ת ס"ק ל"א ל"ב מזה. וה"ה בנ"ד אף דיש לו מיגו דאם היה טוען פרעתי והשבע לי הי' יכול להוציא גוף השטר מן המלוה אם לא ישבע. מ"מ כיון דאין יכולת בידינו להוציא גוף השטר מהמלוה משום דלא מהני מיגו להוציא. ע"כ גם בכה"ג שייך לומר דלא מהני מיגו לחצי טענתו ולא מהימן אף להחזיק הממון בידו ע"י המיגו אף אם לא ישבע המלוה. משום דאין לחלק דשאני הך דקרקע והפירות דאין לו מיגו כלל על הקרקע דמ"ש כיון דלא מהימן ע"י הך מיגו להוציא גוף השטר ונתבטל טענתו נגד גוף השטר ממילא נתבטל טענתו אף על גוף החוב דמ"ש לפי הך כללא:

וכמו דאמרינן התם גבי הפירות דגרירי בתר הקרקע וכיון דלא מהימן על הקרקע כמו כן לא מהימן על הפירות ה"ה הכא כיון דאמרו בקידושין (דף כ"ז) דשטר אפסרא דארעא הוא וכ"כ הרשב"א בחי' לב"ק (דף מ"ט ע"ב) ע"ש. ע"כ גם בזה שייך לדון כן דכיון דאינו נאמן על גוף השטר לכן אינו נאמן ג"כ על גוף החוב. ואף הפוסקים שהביא הש"ך בסי' קל"ט ס"ק ה' ובסי' קמ"ה ס"ק ב' שחלקו על עיקר הכלל הזה מ"מ י"ל דמודו בנ"ד לפי דשטר אפסרא דארעא הוא וה"ה בשט"ח לפי דהוי אפסרא דקרקעות המשועבדים. ולכן לא מיבעיא אם גוף השטר הוא שוה פרוטה לצור ע"פ צלוחיתו ואף אם אינו שוה פרוטה גוף הנייר של השטר מ"מ הא כתב הש"ך בסי' נ"ד בס"ק ד' דאף דכתב לו שובר מ"מ הנייר של השטר הוא שוה פרוטה מחמת הראי' שבו אך דאין גופו ממון. א"כ כש"כ בנ"ד דאין כותב לו שובר דוודאי השטר הוא שוה פרוטה. ולכן שפיר אמרינן בזה ג"כ דכיון דאין לו נאמנות על גוף השטר לכן אינו נאמן גם על גוף החוב. וגם הא מצינו דאף

דשט"ח לאו כגבוי דמי מ"מ בכמה דברים הוי כגבוי וכמש"כ הקצה"ח בסי' י"ב בשם הכנה"ג לכן יש לחלק דאף להסוברים הנ"ל דנאמן במיגו על הפירות שאכל אף דאינו נאמן על הקרקע זהו משום דעכשיו הם שני ענינים מחולקים הקרקע והפירות ואין להם שייכות עכשיו זה עם זה. אבל הכא גבי עצם החוב ועצם גוף השטר הם הכל ענין אחד דהא הוי כגבוי לכמה ענינים וכמו הא שכתבתי לעיל דשטר הוא אפסרא דארעא וזהו הכל לחד ענין וע"כ כ"ע מודו בזה דכיון דאינו נאמן על גוף השטר דכמו כן לא מהימן במיגו על גוף החוב כנ"ל. וגם הא מה דאם ישבע המלוה יהיה נוטל את המעות זהו הכל ע"פ השט"ח משום דבלא השט"ח הא הוי מלוה ע"פ וע"כ שפיר נגרר גוף החוב בתר גוף השטר וכ"ע מודו בזה. כן נלע"ד הסבר הענין בזה:

ענף ג:

אך עדיין תקשה דלפי זה אמאי אמרינן דנאמן הלוה לומר פרעתי במיגו דמזוייף כדקיי"ל לדינא. והא אף דנאמן לומר פרעתי במיגו דמזוייף מ"מ הא אינו נאמן הלוה להוציא גוף השטר מן המלוה דאף בטוען מזוייף אין יכולת בידו להוציאו מן המלוה אלא ה"ה ביד המלוה עד שישיג קיום כד"ת עליו וכמבואר בסי' פ"ב סעיף א'. א"כ לפי מש"כ דכיון דאינו נאמן להוציא גוף השטר מן המלוה ע"כ לא מהני המיגו של הלוה אף להחזיק החוב ת"י א"כ ה"ה התם במודה בשטר שכתבו לא יהיה הלוה נאמן למיפטר א"ע ע"י המיגו כיון דאינו נאמן על גוף השטר. א"כ לכאורה מוכח מזה דלא כמו שכתבתי. ויש ליישב זה ע"פ מה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' נ"א סעיף ב' ענף ה' שהעליתי גבי החזרתי במיגו דנאנסו נגד השטר דהוי החזרתי כמו טענת עצמו דיכול לומר דלכן לא חשש להניח השטר בידו דסמך על מה דיכול לטעון טענת נאנסו וכמש"כ הרשב"ם בב"ב (דף ע') והנימוקי יוסף שם וכ"כ הסמ"ע בסי' מ"ו ס"ק ב' גבי מיגו דמזוייף דיכול לומר דלכן הניח השטר בידו משום דסמך על מה דיכול לומר מזוייף כ"ז דלא יקיימו וכ"כ הנתיבות בכללי מיגו ס"ק י"ד כעין זה ע"כ י"ל גבי פרעתי במיגו דמזוייף דאף די"ל דמן צד מיגו לא יהיה מועיל משום דהא אינו נאמן על כל טענתו ולהוציא גוף השטר דממילא לא יהיה נאמן גם על גוף החוב משום דשטר אפסרא דשעבוד נכסי. מ"מ נאמן לומר פרעתי נגד השטר דהא עיקר מעלת השטר דא"נ לומר פרעתי הוא משום דשטרא בידי מאי בעי. והיכא דנאמן לומר מזוייף ע"כ נאמן לומר פרעתי מצד עצמו משום דלא חשש להניח שטר כזה כמש"כ הסמ"ע הנ"ל להדיא והנתיבות בכללי מיגו ס"ק י"ד ובסי' ק"ח ס"ק א' ובשא"ד וכמו שכתבתי בספרי נחל יצחק שם. והכוונה במש"כ נאמן לומר

פרעתי במיגו דמזוייף הוא דלפי דבידו לטעון מזוייף ע"כ לא שייך הכא מעלת החזקה דשטרא בידי כו' ולכן אין מזה סתירה למה שכתבתי:

ועפ"ז יש מקום ליישב לקושיות התוס' בכתובות (דף י"ט ע"א) ד"ה מודה בשטר שכתבו כו' וא"ת ומ"ט לא מהימן במיגו דמזוייף כו'. ולפי מה שכתבתי יש מקום לתרץ קושייתם והוא די"ל דטעמו דמאן דס"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו דזהו משום דס"ל להסברא שכתבתי דהיכא דאינו נאמן להוציא גוף השטר ע"כ אינו נאמן אף ע"י המיגו להחזיק לו גוף החוב וע"כ הכא בטוען פרעתי דאף דיש לו מיגו דמזוייף מ"מ הא אף אם היה טוען מזוייף לא היה לו יכולת להוציא גוף השטר וכמבואר בסי' פ"ב סעי' א' ובש"ך שם ס"ק ד' דיכול לעכבו ת"י עד שיקיימו. וכיון דאינו נאמן על גוף השטר ע"כ אינו נאמן גם על גוף החוב משום דהחוב נגרר בתר השטר משום דשטר אפסרא דשעבוד קרקע הוי כנ"ל כן י"ל בטעמו דהך מ"ד ולא ס"ל להסברא שכתבתי לחלק לדינא לדידן דשאני מיגו דמזוייף על שטר דאזלא להחזקה דשטרא בידי כו'. והתוס' בב"ב (דף קנ"ד ע"א) בד"ה וכן אמר רבה ראייה בעדים כו' כתבו מיהו אי אשכחן בשום מקום דאית ליה מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו הוי א"ש עכ"ל. וס"ל להתוס' דרבה ס"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו. ומצינו בב"ב (דף ל"ב) דרבה ס"ל דאמרינן מיגו להוציא. ומ"מ יש לומר להטעם שכתבתי משום דאף אם היה טוען מזוייף לא היה לו כח להוציא גוף השטר ע"כ ממילא ה"ה בטוען פרעתי דיש לו מיגו דמזוייף ולכן שפיר י"ל כן בטעמו דהך מ"ד דס"ל מודה בשטר א"צ לקיימו: ועדיין יש להעיר במש"כ בטעמו של דבר במה דאמרינן אין אומרים מיגו להשביע כיון דעיקר היסוד הוא בשביל מה דלא אמרינן מיגו להוציא וא"נ להוציא גוף השטר כו'. א"כ עדיין יש להעיר על המחבר והרמ"א דכתבו בסי' זה דבטענות שאין השטר עומד לכך אין יכול להשביע להמלוה אף דיש לו מיגו דפרעתי והיה טוען השבע כנ"ל. הא לקמן סעי' י"ב הביא הרמ"א שיטת היש חולקין וס"ל דאמרינן מיגו להוציא וכן הש"ך לקמן בסי' פ"ג ס"ק ז' וס"ק ט' כתב דזהו ספיקא דדינא ע"ש. א"כ עדיין תקשה דאיך סתמו הכא בש"ע כן לפי הטעם שכתבתי דזה לא אתי שפיר אי נימא דאמרינן מיגו להוציא א"כ ממילא יהיה נאמן להוציא גם גוף השטר אם לא ישבע המלוה כמו דהיה הדין אם היה טוען פרעתי והשבע לי וכמש"כ הסמ"ע בסי' זה בס"ק כ"ב. ומ"מ הנכון עם הטעם שכתבתי משום דעיקר דברי הסמ"ע הנ"ל שכתב בפשיטות דבאינש דעלמא אם פיקח הוא הלוה וטוען על המלוה שישבע ויטול או יחזיר לו שטרו כדי שלא יתפוס משלו דשומעין לטענות הלוה. הנה לדעתי אין זה מוכרח דהא כיון דס"ל להסמ"ע דאם תפס מהני תפיסתו ולא ענשינן לי' וכ"כ הט"ז שם

סעי' ו' ומחלק דשאני בשארי שבועות דענשינן לי' אם תפס ואינו רוצה לישבע משום דהך שבועה של בעל השטר קילא דהא לא משבעינן לי' בלתי טענת הנתבע השבע לי. א"כ כיון דאם יתפוס יזכה בדין ואין מוציאין ממנו כלל ע"כ בוודאי יכול להחזיק גוף השטר ת"י אף דאינו נשבע דהא הוי תפוס בהשטר ומה לי אם יתפוס עכשיו במטלטלין ומעות של הלוה או דתופס מכבר את השטר ת"י והא תפיסת השטר אילימא ביותר דהוי תפוס ברשות ומקודם ונמסר לו ברצון הלוה וגם אם יתפוס עכשיו מעות של הלוה ע"פ כח השטר שת"י ג"כ בדין יתפוס כי לאחר שתפס אין מוציאין ממנו. וגם לפי מה שכתב הש"ך שם ס"ק י"ז דאם תפס ענשינן לי' מ"מ יכול להיות דבגוף השטר שנתן לו הלוה מדעתו דאף דלא ישבע אין מוציאין ממנו השטר וגם לא ענשינן לי' עבור תפיסתו להשטר. וע"כ שפיר י"ל לכ"ע להך טעמא שכתבתי במה דלא אמרינן מיגו להשביע דכיון דאין לו כח להוציא גוף השטר מן המלוה אף אם היה טוען פרעתי ולא היה נשבע המלוה ולכן עכשיו דטוען טענות דאין השטר עומד לכך אינו נאמן לחייבו שבועה במיגו דפרעתי משום די"ל כיון דדבריו אינן פועלין להוציא גוף השטר ע"כ ממילא נתבטל כח המיגו שלו ע"פ הסברא דנגרר גוף החוב בתר גוף השטר כנ"ל. ודומה להך אכילת פירות בסי' קל"ט הנ"ל דכיון דאין לו מיגו על הקרקע כו' וה"ה הכא. ואין סברא לחלק דשאני הכא דעיקר המיגו שלו הוא רק לחיובי שבועה וכיון דבשבועה הדין הוא דאי תפיס לא מפקינן ע"כ במה שנשאר השטר ת"י המלוה לא נתבטל עי"ז כח המיגו שלו. דזה אינו הא כיון דאף דלא נשבע מ"מ אין לו כח להוציא השטר מהמלוה עכ"פ וע"כ שפיר דייניגן כן:

ועוד דאף אי נימא דלשיטת הש"ך שם דענשינן לי' עד שיחזיר מה שתפס דהדין כן בגוף השטר דאם אינו נשבע דענשינן לי' עבור מה שתופס השטר. מ"מ יש לדון לכל מה שכתבתי דהא עכ"פ אין לו כח להוציא בדין את גוף השטר רק דענשינן לי' אבל הא לא נחתינן לנכסי' בדרבנן ע"כ שפיר יש לדון כנ"ל וקצרתי. שוב ראיתי באו"ת בסי' פ"ב בס"ק ה' באמצע דבריו שכתב בקצרה על מש"כ הסמ"ע דיכול לתבוע או השבע או קרע השטר. דלא מצינו זה מבואר דיכול להכריח להמלוה בכך כו' עכ"ל האו"ת. הרי שכתב ג"כ כעין מש"כ דאין כח להלוה להוציא השטר מהמלוה אף אם אינו נשבע רק שקיצר בזה. ואפשר דלכתחלה החיוב עליו להחזיר השטר משום דבכל מה דאתו עלי' מן דין תפיסה אינו רק בדיעבד ולא לכתחלה ועיין בנתיבות סי' כ"ח ס"ק ב' ובראש לב"ק פ"ח סי' ב' וקצרתי. ומש"כ האו"ת שם בסי' פ"ב בס"ק ה' דלאחר שפסקו הב"ד שבועה לא מהני תפיסתו וכמו הא דסי' ק"ח גבי א"א מוריש שבועה כו'. הנכון עם הסמ"ע והט"ז

והש"ך שם דלא חילקו בזה משום דאין ראיה מן הך דסי' ק"ח גבי א"א מוריש כו' דהא מבואר שם דשאני שבועת יתומים דהחמירו בה יותר מבכל שבועות המשנה וכש"כ בשבועת אישתבע לי דקילא ביותר כמש"כ הט"ז שם. ולכן אף דמבואר בסי' ק"ח סעי' י"א דהב"ד קורעין את השטר שא"ה מה"ט אבל בשבועת אישתבע לי י"ל דאין קורעין את השטר שתופסו ברשות הלוה. ועוד יש לחלק דשא"ה בסי' ק"ח דפסקן הב"ד דלא יגבה בהשטר משום דא"א מוריש שבועת יתומים כו' וע"כ שפיר דיינינן דקם דינא ולא מהני תפיסה כלל מה שאין כן הכא גבי חיוב שבועה דפסקו דצ"ש ע"כ שפיר י"ל דמהני תפיסתו אף לאחר הפסק של הב"ד ובפרט בתפיסת השטר דהוי תפוס ברשות מעיקרא כנ"ל. והעיקר כמו החילוק הראשון דקילא הך שבועת אישתבע לי ועיין בט"ז סעי' ח'. ולכן הנכון עם הסמ"ע והט"ז והש"ך דלא חילקו בזה בין פסקו הב"ד כבר או לא פסקו עדיין. ולכן שפיר י"ל כמש"כ בעז"ה. ועיין בסמ"ע סי' ק"ח ס"ק ל' ובסי' פ"ד. ומה שכתב הנתיבות בסי' ק"ח סוף ס"ק ד' דהעיקר לדינא כדמשמע מלשון הפוסקים דאף בנתחייב שבועה בב"ד אמרינן הבו דלא לוסיף עלה כו' וקצרתי:

והנה בחשוד דהוציא שטר מבואר פלוגתת ראשונים בסי' זה סעי' ח' דלחד דיעה הדין הוא דאינו גובה וכן הובא פלוגתא זו בסי' צ"ב סעי' ט' ועיין בש"ך ובט"ז שם. וזהו בטוען הלוה פרעתי והשבע לי אבל בטוען טענות שאין השטר עומד לכך דאין חייב שבועה הדין הוא דגובה. וקשה דיהיה מהימן הלוה בטענות הללו במיגו דהיה טוען פרעתי דאז לא היה גובה החשוד. ומה שכתב הכנה"ג בשם הגי"ת דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה כשם שאין אומרים מיגו לאפטורי משבועה. זהו לא שייך בחשוד דהוציא שטר דהא בזה מקרי מיגו לפטורי מממונא דאם יטעון פרעתי והשבע לי לא יגבה החשוד בשום אופן כלל להך דיעה. ולפי מה שכתבתי לעיל באופן א' הטעם דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה משום דזה מקרי מיגו להוציא כיון דשטר העומד לגבות הוי כגבוי כיון דביד המלוה להיות נשבע ונוטל ע"כ דינו כמו שטר שאין בו ריעותא גמורה כמש"כ לעיל בארוכה. א"כ הכא בחשוד דאי דינו דצ"ש א"כ ממילא אין יכול לגבות בשום אופן כלל ומקרי שטר שיש בו ריעותא גמורה דלא הוי כגבוי א"כ עדיין יש לדון דיהיה מהימן הלוה אף בטענות שאין השטר עומד לכך במיגו דפרעתי והשבע לי דאז היה הדין דנפטר הלוה וכמו כן יהיה פטור אף בטוען טענות שאין השטר עומד לכך דהא זה הוי מיגו להחזיק. אכן לפי מה שכתבתי לעיל באופן השני הטעם דלא אמרינן מיגו להשביע משום דכיון דאינו יכול להוציא גוף השט"ח מן המלוה דהוי תפוס ועומד וגוף החוב גריר בתר גוף השטר וכיון דאינו נאמן על גוף השטר ממילא נתבטל טענתו על גוף החוב אף דיש

לו מיגו. א"כ ה"ט שייך ג"כ גבי חשוד דהוציא שטר דנראה לי דאף להסוברים דחשוד דאפיק שטרא אינו גובה דמ"מ אין מוציאין מן המלוה החשוד את גוף השטר וכמש"כ לעיל הדין באם המלוה אינו רוצה לישבע דמ"מ אין מוציאין גוף השטר ממנו וכמש"כ לעיל בארוכה להסביר זה ודלא כהסמ"ע וכן הבאתי לעיל בשם התומים דכתב דאין דברי הסמ"ע מוכרחין בזה. וכיון דאין לנו כח להוציא גוף השטר רק אמרו בחשוד דאפיק שטרא דאינו גובה ע"כ שפיר יש לדון גם בחשוד להך טעמא ולכן דוקא בטוען פרעתי והשבע לי דחייב המלוה לישבע ממילא בחשוד דאינו יכול לישבע אינו גובה להך דיעה דס"ל כן. אבל בטוען טענות שאין השטר עומד לכך דאינו חייב שבועה ע"פ דין לכן אף דיש לו מיגו זה מ"מ אין מועיל המיגו שלו והדין הוא דגובה המלוה אף דהוא חשוד. ומה שכתבתי לעיל לדון לפ"ז דלכן בטוען פרעתי נאמן במיגו דמזוייף משום דכיון דיכול לטעון מזוייף ע"כ ליתא בזה לחזקה דשטרא בידי כו'. זה לא שייך בחשוד דאפיק שטרא כו' משום דה"ל לחוש שמא יעשה תשובה וגם הא לאו כ"ע דינא גמירי כיון דיש פלוגתא בזה וכמש"כ במק"א וקצרתי. ולכן אף בטוען טענת אמנה דנאמן במיגו דמזוייף מה"ט וכמבואר בסי' זה סעיף א' ובש"ך ס"ק א' אבל בחשוד דאפיק שטרא וטוען הלוה אמנה אף דיש להלוה מיגו דפרעתי דלא היה גובה החשוד להסוברים כן מ"מ אינו נאמן הלוה כיון דהוי שטר מקויים:

ולכאורה יש לסתור כ"ז מהא דסי' ס"ו ש"ך ס"ק ל"ה דהביא בשם הרא"ש דס"ל במה דנאמן המוכר לומר פרוע במיגו דמחילה ולא משום דפרוע הוי ג"כ מחילה כמש"כ הש"ך ואף דעל הנייר א"נ מ"מ נאמן על גוף החוב. ויש לחלק דשאני היכא דהוי בידו וכעין דברי הר"נ בפרק ג' דקידושין בהסוגיא (דף ס"ד) וקצרתי בזה ועיין בש"ך סי' ס"ו ס"ק נ"ט וס"ק ע"ו מה שהביא בשם הרא"ש. ולפ"ז יש מקום ליישב למה שהבאתי לעיל דברי הב"ש בסי' קי"ג ס"ק י"ד שהביא למש"כ הגהות מיימוני גבי עישור נכסי דהוי בע"ח דאחין וא"צ שבועה דאם טוענין השבע שלא התפיסך אבינו צררי צ"ש. והקשתי ע"ז דהא הוי תו"ז ועדיף יותר מן חוב תו"ז דהא לא הוי בע"ח של האב כלל וגם מי יימר דתנשא לאיש ושמא תמות. ועיין בב"ב (דף ה') ד"ה כי היכי כו' ובאה"ע סי' קי"ג סעיף ד' בהג"ה. וכתבתי לפרש דמשום מיגו דהיו יכולים לטעון פרענו לך עכשיו ע"כ יכולים לומר השבע שלא התפיסך אבינו צררי אך דקשה ע"ז דהא הוי מיגו לחיובי שבועה דלא אמרינן. אכן לפי מש"כ כעת לפרש לכוונת הש"ע בסי' זה דלא מהימנינן ליה על אמנה ורבית להשביע לבעהש"ט במיגו דפרעתי והשבע לי משום דכיון דאינו נאמן להוציא גוף השטר ע"כ נגרר גוף החוב בתר השטר ואינו נאמן ע"ז במיגו ע"כ י"ל דוקא היכא

דיש שטר להתובע אז שייך לדון כן אבל הכא גבי חוב עשור נכסי דאין להבנות שטר ע"ז ע"כ לא שייך לדון לכל מה שכתבתי ולכן שפיר נאמנים האחין במיגו לחיובי שבועה. והא שכתב הב"ש בסי' צ"ו בס"ק ח' בשם תשובת הרי"ף דאם טוען פרעתי קודם הגט א"נ להשביעה אף דיש לו מיגו דפרעתי אחר הגט משום דהוי מיגו לחיובי שבועה. יש לומר דמיירי התם דיש לה כתובה יוצא מת"י ושייך לומר הטעם הנ"ל:

ענף ד:

וכעת ראיתי דיש לסתור כל זה דהא מצינו בסי' זה סעי' א' דנאמן הלוה לומר פרעתי או אמנה או כתבתי ללות ולא לויתי ונפל ממני או על תנאי או קטן הייתי כו' במיגו דמזוייף ומבואר בש"ך שם ס"ק ב' דאף בטוען שהעדים ידעו דהוא אמנה דהוו רשעים אפ"ה מהימן במיגו כו' וכן בטוען קטן הייתי אף דחזקה דאין עדים חותמין כו' מ"מ נאמן במיגו כמש"כ הש"ך שם ס"ק ג'. וכבר כתבתי לעיל להעיר ע"פ הכלל שכתבתי דהיכא דאינו נאמן להוציא גוף השטר ע"כ אינו נאמן על גוף החוב דא"כ אמאי נאמן לומר פרעתי במיגו דמזוייף. ותרצתי דשאני פרעתי במיגו דמזוייף דכיון דבידו לומר מזוייף ע"כ ליתא בזה לחזקה דשטרא בידי כו'. וכעת ראיתי דז"א מספיק ליישב כן דהא תינח בטוען פרעתי דכיון דהא דאינו נאמן פרעתי נגד השטר הוא משום מעלת שטרא בידי מאי בעי ע"כ היכא דיש לו מיגו דמזוייף לא הוי לנו מעלת החזקה דשטרא בידי משום די"ל דלא חשש לזה דסמך על המיגו דיש לו וכמש"כ לעיל בשם הסמ"ע. אבל בטוען אמנה דנאמן במיגו דמזוייף הא התם לא הוי הטעם משום שטרא בידי כו' וכמש"כ התוס' בכתובות (דף י"ט ע"א) בד"ה מודה בשטר כו' בסה"ד דגבי אמנה לא שייך ה"ט ועיין במהרש"א שם. והנה רש"י שם בד"ה כדרב הונא כו' כתב דלכן א"נ הלוה לומר אמנה משום דלא עביד אינש דכתב ומסר בלא הלואה. ולפ"ז י"ל דבשטר שאינו מקויים דכיון דיכול לומר מזוייף ע"כ סמך למסור השטר אמנה ביד המלוה בלא הלואה ואף דהיה לו לחוש שמא ישיג קיום עליו מ"מ הא כיוצא בזה כתב הסמ"ע בסי' מ"ו ס"ק ב' ע"ש. אבל מן התוס' הנ"ל משמע דלא ס"ל לה"ט שכתב רש"י ועיין בהפלאה כתובות (דף י"ט ע"א) בפי' רש"י ד"ה אין המלוה כו'. אלא הטעם הוא דלא אתי ע"פ ומרע לשטרא וכדא"ר נחמן שם גבי עדים וכמש"כ שם המהרש"א ובפרט היכא דטוען דידעו העדים דהוא אמנה דא"נ לעשות אותן לרשעים רק משום המיגו שיש לו וגם הא האיסור של אמנה הוא על הלוה ג"כ כיון דיכול לצאת תקלה חשש טירפא מלקוחות שלא כדין והמלוה בוודאי אסור לו לקבל שטר אמנה וממילא עובר הלוה על לפני עור ועיין בתוס' ע"ז (דף כ"ב) ד"ה תיפוק ליה כו' וביו"ד סי' ק"ס סעי' א' בהג"ה. א"כ יש באמנה סברא דא"א משים א"ע רשע לכן

אינו נאמן אלא ע"י מיגו דמזוייף [ועדים דאינם נאמנים לומר אמנה אף באין כת"י יוצא ממק"א שאני עדים וקצרתי]. וכן כתבתי ללות ולא לויתי ונפל ממני הא נפילה הוי טענה גרוע וע"כ א"נ רק ע"י מיגו וכן תנאי היה ידוע דתנאי הוי טענה גרוע וא"נ רק במיגו וכן קטן הייתי הא איכא חזקה דאין עדים חותמין אא"כ נעשה בגדול וא"כ רק ע"י מיגו. א"כ לפי מש"כ דהיכא דאינו נאמן להוציא גוף השטר לא יהיה נאמן להחזיק הממון ת"י אף שיש לו מיגו. א"כ תקשה הא התם בכל הטענות הללו דא"נ מצד עצמו רק ע"י מיגו תקשה דאמאי נאמן לפטור א"ע הא כיון דא"נ להוציא גוף השט"ח לא יהיה נאמן על גוף החוב. ורק בטוען פרעתי דנאמן במיגו דמזוייף שפיר כתבתי לדון דנאמן מצד עצמו כיון דעיקר מה דבעינן מיגו לטענת פרעתי הוא משום דהוי נגדו חזקה דשטרא בידי כו' וע"כ שפיר י"ל דכיון דסמך על מה דיכול לומר מזוייף ע"כ לא חשש להניח השטר בידו כנ"ל. אבל בטענות זולת פרעתי דלא שייך כן מזה מוכח דלא כמש"כ: שוב ראיתי בשער משפט סי' פ"ד ס"ק ג' שכתב לבאר טעמא דאין אומרים מיגו להשביע משום דזה דומה למש"כ הסמ"ע בסי' קל"ט ס"ק ח' דכיון שהשדה יוצא מת"י לכן חייב להחזיר הפירות וה"ה הכא כיון שאינו נאמן על גוף הפרעון. ע"כ א"נ לחייב שבועה לשכנגדו דאין שייך להאמינו לחצאין כו' עכ"ל. והעיר ג"כ כעין מש"כ ג"כ לדמות זה להך דסי' קל"ט הנ"ל. אך דבריו אינו ברור משום דיש לחלק דשא"ה בקרקע ופירות דכיון דא"נ על הקרקע ע"כ א"נ על הפירות משא"כ הכא דאם נימא דנאמן במיגו להשביע לבעהש"ט א"כ לא יהיה יכול הבעהש"ט לגבות הממון מן הלוה בשום אופן כ"ז דלא הוי תפוס כנ"ל ע"כ אין כאן שום ביטול כלל אף במקצתו לדברי הלוה כל זמן דלא ישבע המלוה לכן אין זה דומה להך דקרקע ופירות דשם הוי ביטול מקצת טענות הנתבע מיד לפנינו על הקרקע משא"כ הכא כ"ז דלא נשבע לא יגבה כלל גוף החוב לכן אין זה דומה לדהתם. ולכן ראיתי לעיל לדון בדרך הזה ע"פ מה שלא יהיה נאמן להוציא גוף השטר כו'. אבל גם זה נסתר כמש"כ לעיל:

ודע דבעיקר הכלל הנ"ל דכיון דנתבטל המיגו לאיזה ענין דממילא נתבטל המיגו לכולו דכעין זה הוא בפ"ב דכתובות משנה א' עלה דמודה ר' יהושע שכתב הרע"ב שם בטעמא דר' יהושע דכיון דלאיסור והיתר לא מהימנא ע"כ גם להממון לא מהימנא ועיין שם בתוס' יו"ט ובתוס' רע"ק שם ויש להאריך בכ"ז הרבה וקצרתי:

ונלע"ד לפרש טעם דאין אומרים מיגו להשביע בדרך פשטות דאף הסוברים דאומרים מיגו לאפטורי משבועה מכל מקום מודו דאין אומרים מיגו להשביע משום דיש לחלק שפיר בינייהו דשאני במיגו לאפטורי משבועה דהא עיקר מעלת המיגו הוא משום

דאמרינן מה לי לשקר דאי בעי הוי אמר שקר אחר שהיה נאמן ע"ז כדי להרוויח וזהו שייך גבי מיגו לאפטורי משבועה דאמרינן דהא היה יכול להעלות על דעתו עצה טובה ולטעון כך כדי שלא יצטרך להשבע לשקר משא"כ גבי מיגו לחיובי שבועה לשכנגדו עדיין י"ל דלכן לא העלה על דעתו לטעון טענת המיגו דהיה יכול לטעון משום דלא ישיג תועלת מזה די"ל דהוא משקר. והצדק הוא עם התובע ע"כ אף דהיה טוען לטענת המיגו לא היה משיג שום טובה מזה משום דאף דהיה משיג חיוב שבועה על התובע הא כיון דהאמת הוא עם התובע היה יכול לישבע באמת כיון דהאמת עמו א"כ לא היה שום תועלת להנתבע במה שישיג חיוב שבועה על התובע ולכן לא השתדל הנתבע לומר שקר אחר. והנה לקמן סי' ק"א סעיף יו"ד ש"ך ס"ק ה' העלה הש"ך דאף במסלק להבע"ח בקרקע אפ"ה צריך הלוה לישבע שאין לו מטלטלי והקצה"ח שם ס"ק ו' כתב לחלוק עליו מסברא דכיון דבמקום פסידא הדין הוא דמצי מסלקו בקרקע וכיון דכמה אינשי פרשי משבועת אמת לכן מקרי זה כמו מקום פסידא דמצי לסלקו בקרקע עכ"ל. אבל לפי הכרעת הש"ך מוכח דס"ל דשבועת אמת לא מקרי פסידא התם וע"כ ה"ה הכא לא מקרי רווחא ולכן לא דיינינן מיגו לחיובי שבועה. והנה הר"נ פ"ז שבועות בסוגיא דשכיר כתב עלה דאמרו שם וליתב ליה בל"ש דזהו משום דאיכא אינשי דפרשי משבועת אמת ואפילו בקושטא לא בעי לאישתבועי עכ"ל. וכעין זה איתא בירושלמי לשבועות פ"ו סוף הל' ה' בזה"ל בין זכאי בין חייב לשבועה לא תיעול. והחתם סופר ח' ח"מ סי' צ' כתב כן בשם חובת הלבבות ומדרש רבה פ' ויקרא ע"ש. ולא הביא להירושלמי הזה. וכעין זה אמרו בשבועות (דף ל"ב ע"ב) גבי הכל מודים בכנגדו חשוד מי יימר דמשתבעת הרי דאף בשבועת האמת לאו ברירא הוא שישבע. ועכ"ז שפיר כתב הש"ך בסי' ק"א הנ"ל כנ"ל משום דמ"מ פסידא לא קרינן בזה וגם כ"ע לאו דינא גמירי רק בשבועת שקר כתב רש"י שם בשבועות (דף ל"ב ע"א) דרוב ב"א אין נשבעין לשקר כו'. אבל בשבועת אמת אין זה ברור כ"כ רק איכא אינשי דפרשי משבועת אמת כמש"כ הר"נ הנ"ל. וגם הא כתב הרמב"ם פי"א ה' שבועות דמצוה לישבע על האמת. וע"כ שפיר יש לדון גבי מיגו לחיובי שבועה דלא אמרינן. משום דאין מעלה על דעתו דיהיה לו טובה מן חיוב שבועת אמת על התובע דהא ע"פ סברא הפשוטה הדעת נותן דמסתמא ישבע כפי האמת ולא יפסיד חובו בשביל זה. ואין זה שייך למש"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק נ"ו להשיג על תשובת הרא"ש דכתב גבי מיגו הסברא דלאו כ"ע דינא גמירי דמוכח בכ"ד דלא אמרינן כן ע"ש. היינו היכא שיש לו ריווח ברור אז מתחכם להשתדל אחר עצות איך יהיה טוען ביותר להועיל אבל היכא דאין לו ריווח ברור אז לא שייך כן וע"כ שפיר י"ל כן בטעמא דלא אמרינן

מיגו להשביע. וכעין סברתי כתב כן הנו"ב מ"ק ח' אה"ע סי' ע"ד בשם גאון במה שהקשה בעדות מיוחדת הא יכול לומר לחייב שבועה באתי וע"ז תי' דא"כ מה בצע בעדות שקר הא אם האמת כדבריו ישבע:

ובני הרב הג' מו"ה צבי נ"י אמר בטעמא דהך מילתא דאין אומרים מיגו להשביע ע"פ המבואר בשבועות (דף ל"ט) דהעומדים בעת השבועה אומרים סורו מעל הרשעים האלה משום דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם וכן מבואר בח"מ סי' פ"ז סעי' כ'. [ומה שיש לעיין בזה דהא לקמן (דף מ"ז) איתא דשבועת ד' תהיה בין שניהם אתי למדרש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ורב ושמואל דלא ס"ל כן ס"ל דאתי לדרשא דחל על שניהם ולדינא דקיי"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם א"כ מנלן למדרש מזה דחל על שניהן. עיין מזה במחנה לוי לשבועות (דף מ"ז) דהעיר בזה ואכמ"ל]. והבית יוסף בסי' פ"ז ס"ק למ"ד כתב בשם הגהות שכתב בשם התוס' דפירשו במה דאמרו שבועת ד' תהיה בין שניהם שחל על שניהם דממ"נ אינו יוצא בלא עונש אם הנשבע נשבע לשקר הרי עונש שבועה עליו ואם נשבע באמת עונש שבועה על המשביעו וכן פר"ח וסמ"ג עכ"ל. ועיין בשבועות (דף מ"ז) בתוס' ד"ה חלה על שניהם. ולפ"ז י"ל דלכן לא אמרינן מיגו להשביע משום דהא כללא הוא בדיני מיגו דלא דיינינן מיגו דהיה עושה א"ע רשע ועיין בקידושין (דף נ') ותוס' ב"ב (דף ל"ג) ובש"ך בכללי מיגו ס"ק כ"ד. וכיון דאמרו הכא דמקרי רשע גם התובע משום דשבועת ד' חל על שניהם ע"כ י"ל דלא ניחא ליה להשביע להתובע כלל. ובפרט האידנא דמבואר בסי' פ"ז סעיף כ"ב דכל מי שנתחייב שבועה דיש לו להחרים על כל מי שטוען עליו דבר שאינו חייב כדי להשביעו חנם. ושיטת הסמ"ע שם דאף בנשבעין ונוטלין הדין כן והט"ז חולק ע"ז. ולפ"ז יש לומר בפשטות מה דאין אומרים מיגו להשביע משום די"ל דאינו רוצה שישבע התובע משום דירא מן עונש החרם שיוטל על המשביעו שאינו משביעו בחנם כן י"ל בטעמא דהך מילתא עכ"ל בני שיחיה ויפה כתב ודפח"ח:

ועדיין יש להעיר בכל הטעמים הללו דתינח בטוען הלוה אמנה או מחילה או רבית וכיוצא ואין טוען מיד לאחר שטען כן שישבע התובע בזה שפיר י"ל מה דלא מהימנינן ליה במיגו דהיה טוען פרעתי והשבע לי משום די"ל דאז מתחלה לא היה רוצה כלל להשביע להתובע משום הטעמים הללו. הן משום טעמא דידי דכיון דלא הוי ריוח ברור לו מה שישבע התובע דהא אפשר דהצדק עם התובע והיה נשבע באמת כנ"ל. והן משום הטעם של בני שי' דלא רצה להיות נקרא בשם רשע או משום עונש חרם הנ"ל. וכעת נתחרט ורוצה להשביע להתובע ואינו חושש לכל זה וע"כ א"ש מה דלא משבעינן

להתובע בטענת אמנה כו'. אבל היכא דבעת שהתחיל לטעון אמנה וכיוצא מיד בתכ"ד טען שישבע לו שאינו אמנה או מחילה ורבית וחזינן דרוצה דוקא שישבע לו התובע ואינו חושש לכל הנ"ל א"כ אז שפיר יש לדון דיהא מהימן במיגו דהיה טוען פרעתי והשבע לי להשביע להתובע ובאמת משמעות הפוסקים והטוש"ע דאף בכה"ג אין יכול להשביע להתובע בהטענות שזולת פרעתי: ענף ה:

והרמב"ם ה' מלוה פ' י"ד ה' י"ג כתב הוציא עליו שטר מקויים והלוה טוען מזוייף או רבית או אמנה כו' ואמר הלוה ישבע לי ה"ז מחלוקת בין הגאונים יש מי שהורה שחייב בעהש"ט לישבע כעין של תורה כמו שטען עליו שפרעו ורבותי הורו שלא ישבע המלוה כו' ולזה דעתי נוטה עכ"ל הרמב"ם. ועיין בראב"ד שם ולשון הרמב"ם הזה הובא בטור סי' פ"ב. ולכאורה יש להקשות על הסוברים דהלוה יכול להשביע להמלוה בנק"ח שאין השטר אמנה או רבית וכיוצא א"כ איך גובין בשטר תו"ז מיתומים בלא שבועה כמבואר בב"ב (דף ה') אמאי לא נטעון להיתומים שמא הוא שטר אמנה ורבית וכיוצא ויהיה צ"ש עדיין. וידעתי מה דיש לדחוק בזה. ויותר נראה לי בזה דשיטת הסוברים כן טעמם הוא משום דס"ל דאמרינן מיגו להשביע וע"כ נאמן הלוה לחייב להמלוה שבועה בנק"ח על טענת אמנה ורבית משום דיש לו מיגו דפרעתי והשבע לי. ע"כ בתו"ז דא"נ לטעון פרעתי ולחייב שבועה להמלוה אז אינו נאמן הלוה לטעון אמנה ורבית ולחייב שבועה כיון דאין לו מיגו ע"ז. ולכן שפיר גובין בשטר תו"ז מיתומים בל"ש כלל ולא שייך לדון דנטעון להיתומים מה דמצי אביהן לטעון טענת אמנה ורבית לחייבו שבועה דהא בחוב תו"ז כיון דלא מצי לטעון פרעתי אז א"נ גם באמנה כיון דאין לו מיגו ע"כ שפיר גובין בשטר תו"ז מיתמי בל"ש כלל. אכן לדינא דפסקינן דעל אמנה ורבית אין להשביעו מוכח דלא דייניגן מיגו להשביע:

ועדיין תקשה כנ"ל על שיטת הסוברין דהלוה יכול להשביע להמלוה על טענת מחילה כמבואר בסעיף י"א משום דדינו כמו שטוען פרעתיו דאמאי גובין בחוב תו"ז מיתומים בלא שבועה הא עדיין יש לו לישבע על טענת מחילה דנטעון להו מה דמצי אביהן לטעון והא לשיטת הפוסקים הללו הוי טענת מחילה טענת עצמו להשביע להמלוה כמו בפרעתי. ומצאתי קושיא זו בהגהת ש"ע ח"מ של רע"א זצ"ל בסי' פ"ב סעיף י"א שהקשה דאמאי גובה תו"ז מיתמי בל"ש נטעון שמא מחלו לשיטת הרמב"ן דס"ל כן והא הרמב"ן ס"ל דטענינן לא שכיח ליתמי כמבואר בסי' ק"ח כו' ודוחק לומר דבאמת צ"ש שלא מחלו וצל"ע עכ"ל. ויש לי להוסיף עוד דהא אף אם נדחוק לומר דצריך שבועה שלא מחלו רק על פרעון א"צ לישבע בתו"ז. עדיין תקשה דהא כיון דנשבע שלא מחלו דישבע בתורת

גלגול שבועה שלא נפרע דהא חזקה דתו"ז לא מהני למיפטר מן שבועת גלגול וכעין דברי הש"ך בסי' צ"ד ס"ק ח' שכתב דאף בטענת פרוזבול היה לי ואבד דאיכא חזקה דלא שביק היתירא וכיוצא בו דאף דהוי חזקה מעליא למפטר משבועה מ"מ מן שבועת ג"ש אינו פוטר וכמש"כ הקצה"ח שם ודלא כהתומים שם. ומצינו לקמן סי' קי"ד סעיף ד' דמשביעין את הטורף שלא נפרע ולא מחלו ולא מכרו וכולל בשבועתו שאין זה אמנה ועיין בסמ"ע שם. וז"ל הטור שם דנשבע שלא נפרע וכולל בשבועתו שאין זה אמנה ולא מכרו ולא מחלו ועיין ברמב"ם פ' כ"ב ה' מלוה ה' י'. וזה לשון הש"ך בסי' נ"ה ס"ק ה' שכתב בזה"ל ואפי' את"ל דמצד גלגול יכול להשביעו על מוקדם ורבית כו' ע"ש. הרי דמצינו דמגלגלין על הטורף שבועה אף דהלקוחות טוענין שמא. [וידעתי מה דיש להעיר בכ"ז הא דמבואר בסי' צ"ד סעי' ב' דטענת ספק אין מגלגלין כ"ז דליכא רגלים לדבר. ומצד טענינן להו לא שייך ג"כ בכ"ז דהא הלוה עצמו אינו יכול להשביעם רק על פרעון ולא על מחילה ואמנה דהא לא שייך כ"כ בדידי' להשביע להמלוה בתורת גלגול שלא מחלו ואינו אמנה על שבועה שלא נפרע דהא אינו יכול להיות פרעון ומחילה ואמנה ביחד ועיין באה"ע סי' צ"ו סעי' ב' בח"מ. ויש להאריך בכ"ז הרבה.] עכ"פ מצינו דמגלגלין על הטורף מלקוחות לשבועה אף דטוענין שמא משום דהיכא דבא המלוה להוציא שאני. ומגלגלין אף בטענת שמא ועיין בש"ך ח"מ סי' קמ"ו ס"ק ה' שכתב דמצינו דהיכא דבא ליטול נשבעין אף בטענת שמא וקצרתי. ויהיה מאיזה טעם שיהיה כיון דחזינן דמגלגלין שבועה על המלוה בבא לגבות מלקוחות אף דטוענין שמא דלפ"ז הדין נותן דגם בחוב תו"ז הבא לגבות מיתמי דיצטרך המלוה לישבע שלא נפרע בתורת ג"ש על השבועה שלא מחלו. א"כ אף אם נדחוק בהדוחק שכתב רע"א זצ"ל הנ"ל ג"כ לא יהיה מתורץ קושיא זו: והנלע"ד לתרץ קושיא זו ע"פ מה שהעלתי בספרי נחל יצחק סי' ס"ט סעי' ה' להוכיח מן ירושלמי כתובות פ"ב ה"א עלה דאם יש עדים שיצתה בהינומא כתובתה מאתים ומקשה הירושלמי וחש לומר שמא מוכת עץ אריו"ח לא חשו על דבר שאינו מצוי. וקשה מירושלמי הזה על שיטת הרמב"ן דטוענין ליתמי אף דבר שאינו מצוי והארכתי שם בזה והוכחתי מזה כמש"כ הנתיבות בסי' ס"ט ס"ק י"א לתרץ קושיות הש"ך שם ע"פ כלל שכתב דדוקא היכא דמהני אף טענת שמא בזה ס"ל להרמב"ן דטענינן ליתמי אף מידי דלא שכיח אבל היכא דבעינן דוקא טענת ברי בזה אף להרמב"ן לא טענינן ליתמי דבר שאינו מצוי. ולכן שפיר אמרו בירושלמי דכיון דמוכת עץ הוי דבר שאינו מצוי ע"כ כתובתה מאתים משום דהא התם בטוען הבעל שמא נאמנת להוציא מאתים משום ברי וחזקת הגוף כמבואר בכתובות (דף י"ב) ולכן כיון דאין טוענין ליתמי לומר שהיתה

מוכת עץ בתורת טענת ברי כיון דהוי דבר שאינו מצוי רק בתורת טענת שמא לכן יכולה להוציא מאתים ומוכח מזה כסברת הנתיבות ודלא כהש"ך שם. ולכן א"ש מה דגובין חוב תו"ז מיתומים בל"ש משום דלא טענינן להו מידי דלא שכיח בזה אף להרמב"ן דהא בשבועה אין משביעין לבעהש"ט אם הנתבע טוען שמא כמבואר בסי' זה סעי' ב' גבי טענת שמא נפרע המלוה. וה"ה בטענת שמא מחלו דאין משביעין להמלוה במקום דלא הוי גלגול שבועה. [ומש"כ הש"ך בסי' קמ"ו ס"ק ה' הנ"ל. אין זה כלל ברור בשארי דוכתי ועיין בסי' קכ"א סעי' י' וקצרתי]. ולא שייך בטענת מחילה לטעון ליתמי בתורת טענת ברי כיון דמחילה הוי דבר שאינו מצוי וכמש"כ רע"א זצ"ל והסמ"ע בסי' נ"ח ס"ק ט"ו דמתנה הוי דבר שאינו מצוי וכ"כ הבעה"ת שער כ"א ח"ב אות ב' דמחילה לא שכיח. ומתורץ קושיות רע"א הנ"ל בפשיטות. ומוכח מזה ג"כ כהכלל שכתב הנתיבות בסי' ס"ט הנ"ל משום דלהש"ך שם תקשה לקושיות רע"א הנ"ל. ואחר כותבי כ"ז ראיתי באו"ת סי' זה ס"ק ז' שהקשה ג"כ לקושיות רע"א הנ"ל ותי' דשאני מחילה דלא שכיח כלל וכ"ע מודו דלא טענינן ליתמי וכ"כ השער משפט כאן בס"ק ז'. ורע"א לא הביא לדבריהם ותירוצם הוא דוחק. והעיקר כמו שכתבתי בזה:

ולכאורה יש להביא ראיה לשיטת הסוברים דגם בטען הלוה שהוא אמנה צריך המלוה לישבע בנק"ח ולא מחלקים בין פרעון לאמנה דהא בכתובות (דף י"ט ע"א) אי' האומר שטר אמנה א"נ ומקשו בגמ' אילימא דקאמר לוה פשיטא כל כמינו כו'. ואי נימא כדפסקינן לחלק בין טענת פרוע לאמנה דבפרעתי משבעינן להמלוה ובאמנה אין משבעינן לבעה"ש א"כ י"ל דרב דאמר האומר שטר אמנה א"נ דזה קאי בלוה דרוצה להשביע להמלוה על שטרו דה"א דיכול להשביעו כמו בטענת פרעתי והשבע לי ע"כ אשמועינן דבטוען אמנה אינו נאמן להשביע בנק"ח להמלוה. [ואף דעיקר חיוב שבועה בטוען השבע לי על השטר הוא בשבועות (דף מ"א) מימרא דר"פ. עכ"ז הא זהו מן דין המשנה וכמש"כ רש"י והר"נ והרע"ב בכתובות (דף פ"ז) עלה דמנכסים משועבדים צ"ש דזהו משום דטענינן להו מה דמצי הלוה למטען כמבואר בשבועות כו'. ועיין בתוס' שבועות (דף מ"א) ד"ה וכי מה בין זה כו' ובספרי נחל יצחק סי' ע"א סעי' י"ט]. ומדלא אמרו כן מוכח דס"ל להש"ס דאין לחלק בין אמנה לטענת פרעתי בזה. ומ"מ אין זה קשה על מה דקיי"ל לחלק בזה בין אמנה לפרעתי משום די"ל דהיה דוחק להש"ס לפרש להך דאין נאמן דקאי רק על חיוב שבועה להמלוה. ועיין בביאור הגר"א זצ"ל בסי' פ"ב ס"ק כ"ט שכתב להוכיח מן סוגיא דכתובות זו כשיטת הסוברים לחלק בזה בין אמנה לפרעתי וקצרתי בזה:

ענף ו:

נחזור לענינינו דמוכח ממה דקיי"ל לדינא דבטענת אמנה ורבית אינו יכול להשביע את המלוה אף דיש לו מיגו דפרעתי דמוכח דלא אמרינן מיגו להשביע. והפרישה בסי' פ"ד ס"ק ג' כתב על מה שמבואר בטור שם גבי פוגם שטרו דכתב הרמב"ם בתו"ז נפרע שלא בשבועה עבר זמנו לא יפרע אלא בשבועה וכתב הפרישה ע"ז דאפילו טען הלוה פרעתי בתו"ז אפ"ה צ"ש המלוה משום דיש להלוה מיגו דהיה טוען פרעתי לאח"ז עכ"ל. הרי דס"ל להפרישה דאמרינן מיגו להשביע. אך דתקשה להפרישה ממה דקיי"ל לדינא דבטוען אמנה ורבית וטען השבע דלא משבעינן אף דיש לו מיגו דפרעתי והשבע לי כמו דסתם הפרישה כאן בסי' פ"ב ומסכים למה שכתב הטור בסי' פ"ב וכמו שכתב הרמב"ם דדעתו נוטה דאין משביעין בטוען אמנה וכיוצא. ואפשר לומר בזה דהא ברמב"ם פ' י"ד ה' מלוה ה' ג' כתב המ"מ להביא ראיה למה שכתב הרמב"ם להכריע דבטוען אמנה לא משבעינן מן הא דשבועות (דף מ"א) דאר"פ האי מאן דאפיק שטרא על חברי' וא"ל שטרא פרוע כו' אמרינן אישתבע ליה ומדלא אשמועינן רבותא דאף באמנה הדין כן מוכח מזה דדוקא בטוען פרעתי תקנו שישבע בעהש"ט וכמש"כ הלח"מ שם לבאר זה היטב ע"ש. א"כ חזינן דעיקר התקנה דתקני שישבע בעהש"ט דלא תקנו כן רק בפרעתי ולא בטוען טענות שאין השטר עומד לכך. א"כ חזינן דהתקנה היה בזה מפורש דעל טענות אחרות לא יהיה צ"ש אף דיש לו תמיד מיגו דפרעתי ע"ז והוי כמו דהתנו חז"ל בפירוש הכא דלא יהיה מועיל מיגו שלו להשביעו. וע"כ אין למדין מזה למק"א דלא יהיה מועיל מיגו להשביע אלא מוקמינן בשארי דוכתי על הדין דיהיה מועיל מיגו להשביע כיון דמהני דין מיגו בכולי ש"ס מפני מה ישתנה הדין גבי מיגו להשביע. אלא הכא גבי שבועת השבע לי על שטר דהיה התקנה בפירוש מתחלה דעל טענות אחרות אין להשביע אף דיש לו מיגו זה תמיד ואין מדמין גזירת חז"ל זל"ז כידוע וה"ה בתקנת חז"ל. וכיוצא בזה מצינו להש"ך בסי' צ"ה ס"ק י"ז ובסי' ס"ו ס"ק קכ"ה שכתב דמיגו לאפטורי משבועת היסת לא אמרינן והאו"ת בסי' צ"ה כתב להוכיח כן מן שבועות (דף מ') דמוכח דכן היה התקנה גבי ש"ה דלא יהיה מועיל מיגו שלו. ובחידושי לסי' צ"ה דחיתי לראיות האו"ת הנ"ל אך הוכחתי כן מן התוס' ב"ק (דף קי"ח ע"א) בד"ה ר"נ וריו"ח כו' שכתבו בשם הר"ת דס"ל כל"ב דר"נ בשבועות דאינו חייב ש"ה רק במודה שהיה חייב רק שטוען פרעתי אע"ג דליכא עדים בהך הודאה כו'. הרי דחזינן דכיון דתקנו חז"ל בפירוש גבי ש"ה דלא יהיה מועיל מיגו לאפטורי משבועה ע"כ אין למדין מהתם לשא"ד וקצרתי בזה. וה"ה הכא גבי מיגו לחיובי שבועה דחזינן דתקנו הכא בפירוש דלא יהיה יכול להשביעו בטענות

אחרות דאין השטר עומד לכך ע"כ אין למדין מהתם לשארי דוכתי. ולכן שפיר כתב הפרישה גבי טענת פרעתי בתו"ז כיון דיש לו מיגו דפרעתי אחר זמנו והי' חייב שבועה בפוגם דנאמן להשביע להמלוה במיגו כן י"ל בכוונת הפרישה:

וכעין דברי הפרישה הנ"ל ראיתי בהגהת מיימוני להרמב"ם פ' י"ד ה' מלוה הל' א' אות ד' שכתב ג"כ כדברי הפרישה. דהרמב"ם כתב שם גבי פוגם שטרו כו' דלא יפרע אלא בשבועה ואם היה החוב לזמן ותבע בזמנו יפרע שלא בשבועה עבר זמנו לא יגבה אלא בשבועה וכתב הג"מ שם על מה דכתב הרמב"ם ותבע בזמנו היינו בתוך זמנו או ביומא דמשלם זמניה ועיין בתוס' ב"ב פ"ק עכ"ל. וכוונתו כמש"כ הפרישה דהאי תו"ז ותבע בזמנו דיפרע שלא בשבועה מיירי בתבעו בתו"ז או ביומא דמשלם זמני' דכתבו התוספות בב"ב (דף ה) דלא אמרינן מיגו דפרעתי השתא ביומא דמשלם זמני' אבל בתבעו אחר זמנו וטוען פרעתיך בתו"ז נאמן הלוה להשביע להמלוה במיגו דהיה טוען פרעתי עכשיו לאחר זמנו דהיה צריך בעהש"ט לישבע גבי פוגם שטרו אף בלא טענת השבע לי. ומוכח דהגהות מיימוני ס"ל כהפרישה דאמרינן מיגו להשביע. אכן מן תשובת רשב"א בשם הרי"ף והבעה"ת דהובא בב"ש לאה"ע סי' צ"ו בס"ק ח' שכתבו אם הבעל טוען אחר הגט שנתן לה הכתובה קודם הגט א"נ להשביעה משום חזקה דתו"ז מוכח דס"ל דלא אמרינן מיגו להשביע וכמש"כ הב"ש שם. והנה לעיל הבאתי לדברי הב"ש בסי' קי"ג ס"ק י"ד שהביא בשם הגהת מיימוני שכתב גבי עשור נכסי דאם האחים טוענים השבע שלא התפיסך אבינו צררי חייבת לישבע משמע דמן דין שבועת אשתבע לי אתו עלה והקשיתי דהא ה"ל חוב תו"ז ועדיפא ביותר מן חוב תו"ז כמש"כ לעיל. אכן כעת ראיתי דאין זה קשה כלל לפי די"ל דהגהת מיימוני פ' כ' ה' אישות הל' ו' אזיל לשיטתו כפי שכתב בהג"מ פ' י"ד הל' מלוה הל' א' וזה לשון הג"מ הל' אישות שם כתב ראבי"ה אם יטענו האחים בפירוש השבע שלא התפיסך אבינו צררי שאז נשבעת כעובדא דרבינא דגביה לברתיה דרב אשי וכו' ע"כ עכ"ל הג"מ. ולכאורה תמוה ראייתו דהא אמרו דגביה לברתיה דרב אשי שלא בשבועה ומנלן דאם אמרו השבע שלא התפיסך אבינו דצ"ש. והנ"ל דעיקר כוונת הג"מ בראייתו למה דאמרו שם אח"ז מבריה דרב סמא בשבועה. א"כ חזינן דהיכא דבאת לגבות מן יתומים של האחין דצ"ש כדין שבועת יתומין ועיקר הטעם דצריכה לישבע בבאת לגבות מן היתומין הוא משום דטענינן להו דהיה אביהן טוען השבע לי וכמש"כ רש"י והר"ן והרע"ב בכתובות (דף פ"ז). א"כ ממילא מוכח מהך סוגיא דכתובות (דף ס"ט) דגם בעשור נכסי תקנו חז"ל לשבועת אשתבע לי כמו בשטר בשבועות (דף מ"א). משום דבלא הוכחה זו הייתי מחלק דשאני עשור נכסי דחסו חז"ל

על הבנות דלא יהיו נשבעות וכמבואר באה"ע סי' קי"ב סעיף ו' וב"ש ס"ק ט"ו דאין הבנות נשבעות על המזונות. וכעין זה איתא בירושלמי לגיטין פ"ה ה"ג בני בנים מה הן ר"מ אמר בני בנים ה"ה כבנים ר"י אמר אין ב"ב כבנים ופי' הפני משה דקאי על עשור נכסי דס"ל לר"מ דכמו דאינן נשבעות בגובין מן הבנים כך אינן צ"ש בגובין מבני בנים ע"ש. ע"כ הביא הג"מ לראייתו מן סוגיות הש"ס דילן בכתובות דהיכא דגובין מן יתומין של האחין דחייבת לישבע. א"כ מוכח מזה דגם בעשור נכסי תקנו לשבועת אישתבע לו כמו בשטר ולא חלקו ביניהם וע"כ היכא דטוענים האחין השבע לנו שלא התפיסך אבינו צררי חייבת לישבע. ועיקר כוונת הג"מ בראייתו במה דאמרו בסוף בסוגיא זו. וע"כ נקט בלשונו וכו' וכן מצינו בכמה ראשונים דנקטו הרישא וכוונתם לסוף הענין של הסוגיא: אך דאכתי תקשה דהא הוי נגד חזקה דתו"ז וכמש"כ לעיל והך חוב עשור נכסי אלים לן ביותר מן חוב תו"ז כמש"כ לעיל. וע"כ כתבתי לעיל דטעמו של הג"מ הוא משום דיש להאחין מיגו דהיו אומרים אנחנו פרענו לך והשבע לנו. ואף דהא הוי מיגו לחיובי שבועה מ"מ הא נתבאר דשיטת הגהות מיימוני פ' י"ד הל' מלוה הנ"ל דס"ל דאמרינן מיגו להשביע ע"כ שפיר כתב הג"מ כאן פ' כ' הל' אישות דאם טוענים ברי שהתפיסך אבינו צררי דחייבת לישבע במיגו דהיו טוענים השבע לנו שלא פרענו לך בעת שהיה בדעתך להנשא כיון דמוכח בסוגיא דכתובות דגם בעשור נכסי תקנו חז"ל לשבועת השבע לי ע"כ ממילא נאמן במיגו להשביע כן הוא ברור ונכון בכוונת הג"מ. ולפ"ז יש להעיר על הב"ש דכיון דכתב בסי' צ"ו ס"ק ח' דלא אמרינן מיגו להשביע וכמש"כ שם להוכיח מן תשובת הרשב"א וע"כ בטוען הבעל דפרע הכתובה קודם הגט א"נ להשביעה אף דיש לו מיגו כו'. א"כ תקשה על הב"ש דהביא בסי' קי"ג ס"ק י"ד הנ"ל לדברי הג"מ דצ"ש בטוענים השבע שלא התפיסך אבינו צררי. אבל דברי הג"מ אתי שפיר בפשיטות בעז"ה: ענף ז:

והנה לעיל כתבתי דדברי הפרישה יסתרו למה שכתבו הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' בשם הרשב"א גבי אם הבעל טוען פרעתיך קודם הגט דאינו יכול להשביעה אף שיש לו מיגו דפרעתי אחר הגט והשבע לי משום דאין אומרים מיגו להשביע. א"כ מוכח דלא כהפרישה דכתב גבי פוגם שטרו דאם טוען פרעתיך בתו"ז נאמן להשביע במיגו דהיה טוען פרעתי לאח"ז. וכעת ראיתי דיש לחלק בינייהו והוא דהא לעיל כתבתי דהא תקשה על הפרישה ממה דקיי"ל דבטענות שאין השטר עומד לכך אין יכול להשביע להמלוה אף שיש לו מיגו דפרעתי והשבע לי וכתבתי לחלק דכיון דחזינן גבי שבועת אשתבע לי דבתחלת התקנה היה בפירוש דרק בטענת פרעון יהיה יכול להשביע אבל בטענות שאין

השטר עומד לכך אינו יכול להשביע אף שיש לו תמיד מיגו דפרעתי א"כ בזה הוי כמו דהתנו חז"ל בעת התקנה דאשתבע לי דלא יהיה מועיל מיגו בזה. ע"כ היה בטוען הבעל פרעתי בתו"ז דגם זה הוי כמו טענה דאין השטר עומד לכך כיון דיש חזקה דא"א פורע בתו"ז. רק לשיטת הרמב"ן המובא לקמן סעי' י"א דמחילה הוי כמו טענת פרעתי אף דאין השטר עומד למחילה מ"מ דינו כמו טענת פרעתי כיון דאין עוקר השטר וכמש"כ הטור והסמ"ע שם. לכן י"ל דה"ה טענת פרעתי תו"ז אף דאין עומד לכך מ"מ כיון דאין עוקר השטר מעיקרו ע"כ אין זה דומה לטענות אמנה ורבית וכיוצא בו. אבל לשיטת הרשב"א והעיטור שהובא בבעה"ת כפי שכתב הבית יוסף שם דס"ל דעל טענת מחילה ג"כ אין להשביע דדומה לטענת אמנה ורבית משום דאין עומד לכך. א"כ ה"ה בפרעון בתו"ז דהא אין עומד לכך שיפרע בתו"ז ע"כ דומה לאמנה ורבית דאין משביעין בשבועת אשתבע לי אף דיש לו מיגו דפרעתי משום דבזה התנו חז"ל בפירוש הכא דלא יועיל מיגו להשביע את הבעהש"ט בשבועת השבע לי בטענות שאין השטר עומד לכך. ע"כ שפיר כתב הרשב"א דאין יכול להשביע את האשה אף דיש להבעל מיגו דפרעתי אחר הגט. ולכן אין ראיה מן הרשב"א הלז ולסתור לדברי הפרישה שכתב גבי שבועת פוגם דאם עכשיו עבר זמנו דיכול להשביע לשבועת פוגם אף דטוען פרעתי בתו"ז כיון דיש לו מיגו דפרעתי עכשיו. משום דדוקא בשבועת השבע לי חזינן דתקנו כן בפירוש דלא יועיל מיגו להשביע. וכיון דלא מצינו כן בפוגם דהתנו חז"ל התם דלא יועיל מיגו ע"כ מוקמינן אדינא דמועיל המיגו שיש לו כמו בכל הענינים ובכל התורה דמהני מיגו וה"ה מיגו להשביע דמ"ש. ובפרט דמצינו בהגהת מיימוני דכתב ג"כ כדברי הפרישה ע"כ אין לנו להרבות במחלוקת ביניהם וגם הא הגידולי תרומה דהובא בכללי מיגו של הכנה"ג דהובא באו"ת ס"ק קי"ח שכתב בזה"ל כי היכי דלא אמרינן מיגו לפטורי משבועה אפשר דג"כ לא אמרינן מיגו לחיובי שבועה עכ"ל. הרי דגם הגי"ת לא כתב זה בדרך ברור רק בלשון אפשר כו' וגם הא כבר כתבתי לעיל דאין זה דומה למיגו לפטורי משבועה בפרט דעיקר מילתא דמיגו לפטורי משבועה לא אמרינן אין זה ברור לדינא כ"כ דהא יש מחלוקת הפוסקים בזה כמבואר בסי' רצ"ו ובסי' צ"ג בש"ך שם. ואין למילף לכל השבועות המשנה מן שבועת אשתבע לי כמבואר בכ"ד דיש הרבה חילוקים ביניהם לפי מה דמסיק הש"ס בשבועות (דף מ"א) לחלק בין שבועת אשתבע לי ובין פוגם וכיוצא. ונתבאר דיש לומר דמן הרשב"א דהובא בב"ש סי' צ"ו הנ"ל לא יהיה ממנו סתירה לדברי הפרישה ולדברי הגהות מיימוני פ' י"ד ה' מלוה הלכה א' הנ"ל. ולפי מש"כ לעיל י"ל דהג"מ הנ"ל ס"ל כשיטת הרמב"ן הנ"ל בטענת מחילה כנ"ל וכפי שיבואר לקמן בארוכה:

אכן מן לשון הגי"ת דהובא בכללי מיגו בס"ק קי"ח הנ"ל ומן לשון הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' מוכח דס"ל לכללא בכ"ד דאין אומרים מיגו להשביע. ומוציאין ממון מן המוחזק אף אם לא ישבע התובע. ולפי מש"כ בשם הפרישה והג"מ יש מקום לדון דלא יהיה יכול להוציא מן המוחזק בל"ש היכא דיש להנתבע מיגו לחיובי שבועה להתובע. וכבר נתבאר למעלה דאף היכא דהוי ספק בחיוב שבועה להתובע אין מוציאין מן המוחזק בל"ש. וכן יש לדון לדינא בטוען הבעל פרעתי הכתובה קודם הגט והשבע לי דכיון דיש לו מיגו דפרעתי אח"ז דיהיה יכול להשביעה ואין להוציא הממון ממנו בל"ש. ואף לפי מש"כ לעיל דבטענות שאין השטר עומד לכך לפי מה דקיי"ל לדינא דאין משביעין להמלוה אף דיש לו מיגו דפרעתי דה"ה בטוען פרעתי בתו"ז דמקרי ג"כ טענה שאין השטר עומד לכך. מ"מ יש לדון בזה לפי שיטת הרמב"ן שהובא לקמן סעיף י"א דמחילה הוי כטוען פרעתי משום דאין עוקר השטר מעיקרו א"כ לפ"ז ה"ה בטוען פרעתי בתו"ז דאף דאין עומד לכך מ"מ הא אינו עוקר השטר וע"כ אין זה דומה לאמנה ורבית. ולכן אין למילף זה מן אמנה ורבית דלא מהני התם מיגו לחיובי שבועה דכן היה התקנה בפירוש כנ"ל. דהא יש לחלק לשיטה זו דתלוי הכל באם עוקר השטר ע"כ בפרעתי בתו"ז כיון דאין עוקר השטר אין זה דומה לאמנה. ואף דהוי נגד חזקה דתו"ז מ"מ כיון דיש לו מיגו דפרעתי לאח"ז יש לו לחייבה שבועה משום מיגו לחיובי שבועה דס"ל להפרישה והג"מ דאמרינן ואף דבאמנה וכיוצא מודו דלא מהני מיגו כפי שנתבאר מ"מ הא לשיטת הרמב"ן דתלוי במה דעוקר השטר ע"כ אין למילף מן אמנה וכיוצא בו לטענת פרעתי בתו"ז. וכיון דכה"ג לא מצינו ע"כ מוקמינן אדינא אף בשבועת אשתבע לי היכא דאינו עוקר השטר דיכול להשביע אם יש לו מיגו אף היכא דאינו נאמן בדין טענת עצמו. כן י"ל לפי שיטת הרמב"ן וממילא אין להוציא ממון מהמוחזק בל"ש דהא יכול לומר קים לי כהרמב"ן דלפי שיטתו מהני מיגו לחייב שבועה אף בטוען פרעתי תו"ז כנ"ל:

ולעיל כתבתי לבאר דברי הג"מ פ' כ' ה' אישות ה' ו' במש"כ דאם טוענים האחין השבע שלא התפיסך אבינו צררי דחייבת הבת לישבע. ופירשתי טעמו משום דס"ל דה"ה בטוען הלוה פרעתי בתו"ז והשבע לי דחייב לישבע במיגו שהיה טוען פרעתי לאח"ז והשבע לי דמשביעין לבעהש"ט. ואכתי יש להקשות ע"ז דהא חזינן בטענת אמנה ורבית וכיוצא דאין, משביעין אף דיש לו מיגו ומוכח מזה דבהשבע לי אין משביעין לבעהש"ט אף דיש לו מיגו משום דכן היה התקנה כנ"ל א"כ ה"ה בטוען פרעתי בתו"ז כיון דאין עומד לכך לא יועיל המיגו להשביע ומ"ש. ומתחלה היה בדעתי לומר דהג"מ יהיה סובר כשיטת הסוברים דגם באמנה ורבית משביעין לבעהש"ט וכמו שכתב הרמב"ם בשמם פ' י"ד ה'

מלוה ה"ג ואפשר דטעמם ג"כ הוא משום המיגו דפרעתי שיש לו וכמש"כ לעיל. אבל זהו דוחק לומר דהג"מ יהיה סובר כשיטה זו דהא הרמב"ם שם הכריע דאין משביעין בטענת אמנה אף דיש לו מיגו והג"מ שם דסתם בזה משמע דס"ל כן ואדרבה משמע שם בהג"מ אות ה' דס"ל ג"כ כן דהא כתב שם הטעם דלכן נשבע בעהש"ט משום די"ל דאפשיטי דספרא זייר ליה וכן דרך הלוה להאמין להמלוה בשביל הטובה שעשה לו. וכמש"כ התוס' בשבועות (דף מ"א) ד"ה ולמר בר רב אשי כו'. וזה הטעם לא שייך רק בטענת פרעתי. אמנם לפי מש"כ כעת דלשיטת הרמב"ן דמחילה דמי לפרעון כיון דאינו עוקר השטר א"כ י"ל דה"ה בפרעתי תו"ז משביעין כיון דאין עוקר השטר. ולזה אין הכרע כ"כ מן הרמב"ם שם איך יהיה סובר בהפלוגתא דבין הרמב"ן והחולקין עליו בזה. וע"כ שפיר י"ל דהג"מ ס"ל גם כן כשיטת הרמב"ן בזה ושפיר כתב בטוען פרעתי בתו"ז דמשביעין כנ"ל. וראיתי בבאר הגולה סי' זה ס"ק ט' לסעיף י"א דגם הרמב"ם ס"ל כשיטת הסוברין דעל מחילה אין משביעין. ובאמת כן משמע מן מש"כ הרמב"ם שם פ' י"ד ה' מלוה ה' ג' דאין נשבע אלא בטענת פרעון משום דלפרעון עומד. אך מן מה שראיתי בבעה"ת שער כ"א ח"ב אות ב' שכתב להסברא דגם גבי מחילה י"ל הטעם דקאי למחילה משום דהא אמרו מפייס הוינא ומחיל לי כו'. א"כ לפ"ז אין הכרע כ"כ להוכיח כן מלשון הרמב"ם. ואף דבפרעון תו"ז לא שייך לומר דעומד לכך וכמש"כ לעיל מ"מ י"ל כיון דאין מפורש זה להדיא כ"כ בהרמב"ם ע"כ אין ראי' כ"כ מן מה דסתם הג"מ שם בזה ושפיר י"ל כנ"ל. וידעתי מה די"ל עוד דכיון דשם פרעון הוי טענה דהחוב עומד לכך עכ"פ ע"כ ה"ה בפרעתי בתו"ז ג"כ משבעינן כיון דעומד עכ"פ לשם פרעון. אבל האמת ברור הוא דלהסוברין דאין להשביע בטענות שאין השטר עומד לכך אף דאינו עוקר השטר דה"ה הדין כן בטוען פרעתי בתו"ז כיון דאין עומד לפרעון בתו"ז משום חזקה דתו"ז. ולכן ברור כמש"כ דזה תלוי בהך פלוגתא אם משבעינן בטענה דאין עומד לכך כיון דאין עוקר החוב דה"ה בפרעתי בתו"ז שייך לדון דתליא בהך פלוגתא דרבוותא וכמש"כ. ובכוונת הג"מ י"ל כמש"כ בכוונתו. ובטעמו דכתב הג"מ שם כנ"ל אין מזה הוכחה לסתור לכל זה וקצרתי:

ולכן שפיר י"ל דהג"מ דכתב בשם הראבי"ה בפ"ך ה' אישות ה' ו' דאם טוענים השבע שלא התפיסך אבינו צררי דחייבת לישבע דזהו משום מיגו כנ"ל וס"ל כהרמב"ן דהיכא דאין עוקר השטר אינו דומה לאמנה ורבית דלא מהני התם מיגו. ואף שטוענים שהתפיסך אבינו צררי בחייו א"כ לפ"ז הוא עוקר החוב מעיקרו כיון דעיקר החוב הוא על האחין ואם נימא דפרע אביהן בחייו א"כ לא היה מעולם חיוב כלל על האחין. מ"מ אין זה

מקרי עקירת החוב כיון דעכ"פ הא פרע אביהן בשביל החוב שיש לבנותיו על האחין וגם הא כתב שם בלשון דהתפיסך אבינו צררי וצררי הא הוא משכון ולא פרעון גמור כמבואר בכ"ד ע"כ אין זה מקרי עקירת החוב מעיקרו ואינו דומה לאמנה ורבית כו' וזה פשוט. ויהיה איך שיהיה כיון דחזינן דהראבי"ה ס"ל דיכול לטעון השבע שלא פרעתיך אף בתו"ז ומן דין השבע לי דשטר בנק"ח כדמוכח בכוונתו וכמש"כ לעיל בכוונת הג"מ הנ"ל. א"כ אף דהרשב"א ס"ל דאינו יכול להשביעה בטוען פרעתי הכתובה בתו"ז וכמש"כ הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' בכוונת הרי"ף והרשב"א דאין אומרים מיגו להשביע מ"מ לדינא יכול לומר הנתבע שהוא מוחזק קים לי כהג"מ והראבי"ה הנ"ל דיכול להשביע ע"ז ומספיקא אין מוציאין בל"ש כמש"כ לעיל. וראיתי כעת בבעה"ת שער ט"ז ח"ב אות ה' שהביא בשם תשובת הרי"ף הנ"ל דאם הבעל טוען פרעתיך קודם גירושין אינו משביעה משום חזקה דתו"ז כו'. וכתב הגי"ת שם להקשות דאמאי לא יהיה נאמן במיגו דפרעתי אח"ז והשבע ותי' שני תירוצים. תי' א' הוא דמיירי סמוך לגירושין דבהא ליכא מיגו דהוי כתבעו ביומא דמשלם זמני' דלא מהימן במיגו א"נ אפי' היה התביעה כמה ימים אחר הגירושין אפשר לומר כי היכי דס"ל להרמב"ם ורבו דאין אומרים מיגו לפטורי משבועה הכי נמי אין לומר מיגו לחיובי שבועה כו' עכ"ל הגי"ת. א"כ לפי תי' קמא של הגי"ת אינו מוכח כלל מן תשובת הרי"ף למש"כ הב"ש להוכיח ממנו דאין אומרים מיגו להשביע די"ל באמת דאם היה התביעה כמה ימים אחר הגירושין דנאמן במיגו לחייבה שבועה רק לתי' השני של הגי"ת דכתב בלשון אפשר לומר כו'. ולכן אין לנו כח להוציא ממון בל"ש מהמוחזק בפרט דחזינן בהג"מ דכתב בשם הראבי"ה דיכול להשביע וכן כתב הפרישה כנ"ל. ע"כ לדינא אין להוציא ממון בל"ש אף בטוען פרעתי בתו"ז כיון דיש לו מיגו דפרעתי לאח"ז והשבע לי. ואף דהוי ספק ספיקא לחייב שבועה ספק א' שמא הדין הוא דלא אמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז דהא זהו בעיא דלא איפשיטא בב"ב (דף ה') ספק ב' שמא הלכה כהסוברים דמחילה דמי לאמנה דאין יכול להשביע להבעהש"ט כיון דאין עומד לכך וממילא מוכח דלא מהני בי' אפילו היכא דיש לו מיגו כנ"ל. מ"מ הא כיון דלא מהני ס"ס להוציא מהמוחזק דהא ס"ס הוא מן דין רובא ואין הולכין בממון אחר הרוב. וכיון דבספק חיוב שבועה על הבעהש"ט לא מפקינן בל"ש כמש"כ לעיל מן הא דסי' פ"ד גבי פוגם בעדים. ע"כ ה"ה אף היכא דהוי ס"ס לפטור מן השבועה מ"מ יכול לומר קים לי כהמיעוט ואין להוציא ממון דהא אין הולכין בממון אחר הרוב. ואף דעיקר שבועה הוא מדרבנן מ"מ כיון דהדין הוא דאף בספק שבועה מדרבנן לא מפקינן

דהוי כמו כל ספק דהממע"ה. א"כ כיון דהדין הוא דלא מפקינן ממון ע"פ ס"ס ע"כ הדין כן גם בספק שבועה מדרבנן דאין אנו יכולין להוציא ממון מספק והממע"ה:

והנה לעיל כתבתי דלפי מה שנתבאר בכוונת הג"מ דהובא בב"ש סי' קי"ג ס"ק י"ד דבהשבע שלא התפיסך אבינו צררי חייבת לישבע דזהו משום מיגו דפרעתי לאח"ז והשבע לנו. דלפ"ז יהיה סתירה מזה לדברי הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' דכתב בטוען הבעל פרעתי בתו"ז דא"צ שבועה משום דאין אומרים מיגו להשביע. ולכאורה אפשר לחלק ביניהם והוא כי בספרי נחל יצחק סי' מ"ג סעי' י"ד העליתי דרובא וחזקת חיוב מוציאין עפ"ז מהמוחזק. ולפ"ז ה"ה ספק ספיקא עם חזקת חיוב הדין נותן דמוציאין עפ"ז מהמוחזק א"כ התם בהבעל טוען פרעתי הכתובה מקודם הגירושין דיש שם ספק ספיקא המסייע להאשה היינו ספק א' שמא הדין דלא אמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז וספק ב' שמא הדין הוא דאין דנין מיגו להשביע ודלא כשיטת הג"מ והפרישה הנ"ל וגם הא יש חזקת חיוב דהא ידוע לנו דהבעל היה חייב מכבר חוב הכתובה וכיון דיש ס"ס וחזקת חיוב המסייע להאשה ע"כ מוציאין מן הבעל את חוב הכתובה אף דלא נשבעת להבעל.

משא"כ בחוב עשור נכסי דאה"ע סי' קי"ג דאם נימא דאביה התפיסה צררי בחייו א"כ ממילא לא היה לבנותיו שום חיוב מעולם על אחיהן ולא שייך לדון להחזקת חיוב הנ"ל כיון דהוי רק בע"ח של האחין ובס"ס לחודא הא אין מוציאין מהמוחזק ועיין בספרי נחל יצחק סי' ס"ט סעי' ה'. ואף שקשה להעמיס כן בכוונת ובלשון הב"ש מ"מ לדינא יש לכאורה מקום לדון כן בענין בפ"ע. ועכ"ז לדינא קשה לדון כן דהא ידוע דבספיקא דדינא לא שייך לדון לאוקמי אחזקה דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין א"כ הכא דאף דע"י הספיקא דדינא הספק הוא אם להאמין את הבעל להשביע או דנאמנת בל"ש מ"מ הא עיקר הספק הוא ע"י ספיקא דדינא הנולד לנו בזה היינו ספק א' אם נאמן במיגו נגד חזקה וספק ב' אם דייניין בטענת פרעתי בתו"ז דדומה לאמנה וכיוצא דהא אינו עומד לכך ואף שיש לו מיגו אין לנו להשביע להבעה"ש או דאינו דומה לאמנה משום דהא אינו עוקר החוב ולכן שפיר נאמן במיגו להשביע וכמש"כ ההג"מ. וכיון דעיקר הספק הוא בשביל ספיקא דדינא ע"כ לא שייך לדון בזה לחזקת חיוב ולכן יכול המוחזק לומר קים לי דהדין הוא דיכול להשביע ע"ז ואף דאכתי יש ס"ס כנגדו מ"מ הא בס"ס לחוד אין מוציאין ממון מהמוחזק ואין לנו כח להוציא מן המוחזק שטוען פרעתי בתו"ז היכא דיש לו מיגו דפרעתי אח"ז כ"ז דלא ישבע התובע:

וראיתי בקצה"ח לסי' פ"ב ס"ק ז' שכתב על מה דכתב המחבר יש מי שאומר דטענת מחלת לי דינו כמו שטוען פרעתי וחייב בעהש"ט לישבע וז"ל והיא אינה טענה מצד

עצמה אלא משום מיגו דפרעתי א"כ משמע דאמרינן מיגו להשביע ועיין ב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק ח' דלא אמרינן מיגו להשביע ובגי"ת תלי זה בפלוגתא אי אמרינן מיגו לפטורי משבועה ועיין בקצה"ח שם ס"ק ט"ז עכ"ל. ודבריו תמוהין דאם כדבריו דמשום מיגו אתינן עלה במה דאמרו דמשביעין על טענת מחילה א"כ תקשה דלפ"ז גם באמנה ורבית היה הדין דיהיה חייב המלוה שבועה משום מיגו שיש להלוה לטעון טענת פרעתי וע"כ מוכח דאף דיש להלוה מיגו דפרעתי מ"מ לא משבעינן א"כ ה"ה במחילה. ועיקר קושיית הקצה"ח הנ"ל אינו קשה דאף דמחילה אינו טענת עצמו רק במיגו דפרעתי מ"מ משבעינן להך שיטה דרק לענין פרעון להאמינו להלוה א"נ רק במיגו אבל לשבועה יכול הלוה להשביע להמלוה אף על טענת מחילה כדחזינן על טענת פרעתי דאינו נאמן נגד השטר ומ"מ תקנו חז"ל דמשביעו וה"ה במחילה להך דיעה והוא פשוט:

ז (שם סעיף י):

וראיתי בספר דברי משפט לסי' פ"ב סעי' א' דהביא ראיה דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה מהא דב"מ (דף ל"ה ע"א) ואם אי' לדר"ה לישתבע כמה היה שוה ע"י גלגול ומתרץ במאמינו דאינו ברשותו ואינו מאמינו כמה היה שוה ואי נימא דאמרי מיגו לחייב שבועה א"כ יהיה נאמן הלוה לחייב שבועה למלוה במיגו דלא היה מאמינו דאינו ברשותו ואז היה חייב המלוה לישבע כמה היה שוה ע"י גלגול ומוכח מזה דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה עכ"ל. ויש לדחות זה הראיה דהא קיי"ל בכל מיגו דלא מהני רק בתכ"ד דאל"כ הא הוי מיגו למפרע דלא אמרינן א"כ י"ל דהך במאמינו מיירי דהאמינו הלוה להמלוה מיד בעת שאמר לו המלוה דאבד המשכון ממנו ומקודם דנולד הסכסוך והכחשה כמה היה שוה המשכון בטענותיהם ע"כ לא שייך לדון כאן לדין מיגו כלל. וכן משמע פשט לשון המשנה דשם דאמרו המלוה על המשכון ואבד המשכון וא"ל סלע הלויתיך כו' ע"כ שפיר י"ל דמיירי כנ"ל. וי"ל באמת דאם לא האמינו מתחלה רק לאחר שנפל הסכסוך ביניהם דנאמן הלוה במיגו לחייבו שבועה כן י"ל בפשט הסוגיא. ומן דברי התוס' שם בד"ה תהא במאמינו כו' אין סתירה לזה. ואף אם נימא דמן דברי התוס' הנ"ל מוכח דלא כמש"כ מ"מ י"ל דמן דברי התוס' בלא"ה אינו ראיה להוכחתו והוא דהנה הדברי חיים שם הביא עוד ראיה דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה בשם בנו הרב כו' מן מה דהקשו בתוס' גיטין (דף נ"א ע"א) ד"ה תניא נמי הכי כו' על פי' הקונטרס דליהמני' גבי שוורים דהחזרתי לך במיגו דלא מצאתי אלא א' כו' ואי אמרינן מיגו לחייב שבועה יהיה התובע נאמן לחייב להנתבע שבועה במיגו שהיה טוען טענת ברי גמורה דמצאת שני שוורים כו' ומוכח דהתוס' ס"ל דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה

ושפיר הקשו התוס' ונכון הוא ראיה של בני נ"י הנ"ל עכ"ל הדברי חיים. ולפי ראייתו יהיה מוכח דאף דמן קושיות התוס' דשם מוכח דס"ל דאמרינן מיגו לפטורי משבועה וכשיטתם בשא"ד וכמש"כ הפנ"י שם מ"מ ס"ל דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה ודלא כהגי"ת דתולה זה אם אמרינן מיגו לפטורי משבועה:

ולענ"ד אינו ראיה מן התוס' והוא דהא מצינו בב"מ (דף ב' ע"א) בתוס' ד"ה וזה נוטל רביע כו' דכתבו לכללא דלא אמרינן מיגו להוציא וההיא דחזקת הבתים (דף ל"ב) דהימני רבה להוציא במיגו כו' התם ה"ט דאפי' שתיק כו' עכ"ל. א"כ חזינן דשיטת התוס' שם דכ"ע ס"ל דלא אמרינן מיגו להוציא. ע"כ י"ל דגם התוס' בגיטין (דף נ"א) דהקשו על רש"י כנ"ל דס"ל ג"כ כשיטתם בריש ב"מ דכ"ע ס"ל דלא אמרינן מיגו להוציא והטעם הוא משום דאלים לן חזקת ממונא ביותר ממעלת המיגו. א"כ ה"ה היכא דיש להתובע מיגו לחייב שבועה להנתבע ג"כ דייניגן מה"ט דאין כח בהמיגו לחייב שבועה להנתבע משום דאם נימא לדון מיגו בזה אזי אם לא ישבע הנתבע ישלם ממון ע"כ מקרי זה ג"כ כעין מיגו להוציא דלא אמרינן לשיטתם כדס"ל בריש ב"מ ולכן שפיר הקשו התוס' בפשיטות כן על שיטת רש"י. וידעתי מה שכתבו התוס' בב"מ (דף קט"ז) בד"ה והא רבא אפיק זוגא כו' בסה"ד. אבל דברי התוס' בגיטין שפיר י"ל דס"ל כמש"כ בתוס' ריש ב"מ דכ"ע ס"ל דלא אמרינן מיגו להוציא. [ומה שיש לדון בדברי התוס' בב"מ (דף ו') תוס' ד"ה אגרת ליה בלא סהדי כו' דלא כתבו דה"ל מיגו להוציא ועיין מזה בספרי נחל יצחק בקונטרס בתפיסה בדררא דממונא סי' ג' ענף א' שתרצתי זה בעז"ה. ועיין בתוס' כתובות (דף ט') ד"ה לא דקא טען כו' בסה"ד שם]. וע"כ י"ל דמה"ט לא אמרינן מיגו לחייב שבועה להנתבע ועיין בסמ"ע סי' רצ"ו ס"ק א' ובש"ך שם ס"ק א'. אבל היכא דיש מיגו להנתבע לחייב שבועה להתובע י"ל דגם התוס' גיטין הנ"ל ס"ל דאמרינן משום דהא הוי להחזיק ממון דאם התובע לא ישבע לא יהיה יכול להוציא ממון מהנתבע וע"כ אין ראיה מהתוס' לזה:

ולפ"ז אף דנימא דמן התוס' בב"מ (דף ל"ה) בד"ה תהא במאמינו כו' שכתבו שמפסיד במה שמאמינו כו' דמשמע דהך במאמינו הוא לאחר שנפלו הסכסוכים ביניהם ודלא כמש"כ לעיל מ"מ אינו ראיה מן התוס'. משום דס"ל כשיטתם בריש ב"מ הנ"ל דס"ל דלא אמרינן מיגו להוציא ע"כ אינו נאמן הלוה לחייב שבועה להמלוה במיגו וכנ"ל. ובלשון הש"ע בסי' ע"ב סעי' י"ב דכתב הך דין דמאמינו וסתם דמשמע דאף דמאמינו לאחר שהכחישו זא"ז ג"כ הדין כן. זהו ג"כ משום דלא אמרינן מיגו להוציא כמבואר בסי' פ"ב סעי' י"ב. וסעד לדברי הוא מן הרמב"ם פ' י"ג ה' מלוה ה"ד שלא הביא להך

דמאמינו דב"מ (דף ל"ד) וכתב המגיד משנה דזהו לפי שהוא פשוט. א"כ ממילא מוכח מזה דהך במאמינו אינו הכרח להוכיח מזה להך דין מחודש שהוכיח בעל דברי משפט דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה אלא י"ל כמש"כ לומר דמיירי במאמינו מתחלה מקודם שנפלו ההכחשות ביניהם דלא שייך כלל מיגו בזה וע"כ הוי זה דין פשוט ולכן לא הזכיר זה הרמב"ם ומוכח כמש"כ. או די"ל דלכן לא מהימן במיגו לחיובי שבועה משום דזה הוי כמו מיגו להוציא כמש"כ וע"כ א"ש ג"כ מה דלא הוצרך הרמב"ם להביא להך דמאמינו כי אף דמוכח מזה דלא אמרינן מיגו להוציא מ"מ כיון שמבואר כבר הך דין מפורש ברמב"ם פ' י"ד ה' ו' דהביא הך עובדא דב"ב (דף ל"ב) דהלכתא כרב יוסף בזוזי ואף בשטר מקויים לא מהני מיגו משום דלא אמרינן מיגו להוציא ודלא כשיטת הרמב"ן שם. ועיין בש"ך לקמן סי' פ"ג סוף ס"ק ט' מה שהביא בשם הרמב"ם דס"ל דלא אמרינן מיגו להוציא. וע"כ לא הוצרך הרמב"ם להביא להך דינא דמאמינו כי אין בזה דין מחודש כלל ומוכח כמו שכתבתי:

ולפי מה שנתבאר יוצא לנו לדינא דאם יש להתובע מיגו לחייב שבועה להנתבע דלא מהני הך מיגו לחייב שבועה להנתבע משום דהוי כמו מיגו להוציא מן המוחזק והן בשד"א הדין כן ואף בשבועה דרבנן דלא נחתינן לנכסי' רק ענשינן ע"ז ג"כ הדין הוא כן משום דגם זה הוי כעין מיגו להוציא במה דיענשו את הנתבע בגופו ומה לי ממון ומה לי שבועה כמו דמוכח בכמה דוכתי. ועיין בכללי מיגו של הכנה"ג באו"ת ס"ק ז' דלכוף לחלוץ הוי כמו מיגו להוציא דלא אמרינן. ואף להאו"ת שם בס"ק הנ"ל עכ"ז שבועה שאני דכיון דבשד"א דנחתינן לנכסי' שייך לדון בזה להחזקת ממונא דלא יועיל מיגו להוציא מהמוחזק א"כ ממילא ה"ה כן בשבועה דרבנן אף דלא נחתינן לנכסי'. דאין סברא לומר דבשד"א לא אמרינן מיגו לחיובי שבועה ובשבועה דרבנן יועיל מיגו לחייבו שבועה וכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון וקצרתי. אכן היכא דמיירינן במיגו של הנתבע לחייב שבועה להתובע בזה יש מקום לומר דיהיה מועיל מיגו של הנתבע לחייב שבועה להתובע דאם לא ישבע אין לו יכולת להוציא ממון מהמוחזק משום דמש"כ הב"ש והגי"ת דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה אין זה כלל ברור לדינא כפי מש"כ בשם הפרישה והג"מ הנ"ל. ומש"כ הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' להוכיח כן מתשובת הרשב"א והרי"ף אין זה מוכרח כ"כ כפי שנתבאר לעיל:

והנה לעיל כתבתי סברות נכונות בטעמא דהך מילתא דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה טעמא דידי משום דאין לו רווחא כ"כ במה שישיג שבועה על התובע דהא אם האמת כדברי התובע אזי ישבע שבועת אמת כמו שנתבאר לעיל בארוכה או ע"פ הטעם

שכתבתי לעיל בשם בני הרב שיחי' דהך מילתא דמיגו לחיובי שבועה הוי כעין מה דאמרו דאין דנין מיגו דאי בעי משווי נפשי' רשע וה"ה בזה כיון דאומרים בשבועה סורו נא מעל הרשעים האלה ובפרט האידנא דמחרימין על מי שמשביע לחבירו בחנם והכל כפי שנתבאר לעיל. והעירותי לעיל דזה יתכן היכא דבעת טענתו בב"ד לא גילה דעתו דרוצה דישבע חבירו אבל היכא דהוי בתכ"ד שמגלה דעתו דרוצה דישבע חבירו אז לא שייך הטעמים הללו כ"כ. ולכן הדעת נותנת לחלק בזה דאם אח"ז לאחר שטען לטענתו אז תובע לחבירו שישבע אז הדין נותן דלא דייניגן מיגו לחיובי שבועה ע"פ הטעמים הללו דהוי כעין מיגו למפרע. משא"כ אם מיד דבא לטעון גילה בדעתו לתבוע לחבירו שישבע אז יש לדון דאמרינן מיגו לחיובי שבועה. ולפ"ז י"ל דהך תשובת הרי"ף ותשובת הרשב"א דהביא הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' בטוען הבעל פרעתי קודם הגט דא"י להשביעה אף דיש לו מיגו דפרעתי אחר הגט. משום דמיירי היכא דלא גילה הבעל מיד את דעתו דרוצה להשביעה רק לאח"כ. בזה שפיר כתבו דא"י להשביעה משום דלא שייך בזה מיגו לחייב שבועה וכפי הטעמים הללו. אבל היכא דמיד דבא לתבוע תבע את חבירו דישבע לו בזה עדיין י"ל דגם הרשב"א והרי"ף ס"ל דמהני המיגו של הנתבע לחייב שבועה להתובע דלא יהיה יכול להוציא הממון מהמוחזק כ"ז דלא ישבע. כי בזה האופן אין לנו הכרח להוכיח מן הרשב"א והרי"ף דיסברו דלא דייניגן מיגו לחיובי שבועה וכיון דאין לנו הכרח ע"ז ע"כ אין לנו לחדש מדעתינו נגד הסברא ולהוציא ממון מן המוחזק בלא ראיה מוכרחת כנלע"ד. ועיין מזה עוד לקמן בחידושי לסי' פ"ד סעי' ב' מה שכתבתי עוד בענין מיגו לחיובי שבועה: היוצא לנו מכל מה שנתבאר דהיכא דהוי מיגו של התובע לחייב שבועה להנתבע דזה לא אמרינן אבל היכא דמיירינן ביש להנתבע מיגו לחייב שבועה להתובע וכמו בטוען פרעתי בתו"ז ועכשיו עבר זמנו דהיכא דבעת דבא לתבוע לא גילה בדעתו דרוצה דישבע לו חבירו רק לאח"כ תובע לו שישבע בזה הדעת נותנת דלא דייניגן מיגו להשביעו ולכן יכול התובע להוציא ממנו בל"ש אבל היכא דמיד דבא לטעון טען דישבע לו התובע בזה אין לנו כח להוציא הממון בלא שבועה אלא דישבע ואח"כ יטול:

ענף א:

ויש חולקים וס"ל דאמרינן מיגו להוציא. וכן הוא שיטת הרמב"ן והרשב"א כמש"כ הש"ך לקמן סי' פ"ג ס"ק ט' ובכללי מיגו מכנה"ג באו"ת ס"ק א' ע"ש:

ובב"מ (דף ב' ע"ב) מקשה הגמ' ולחזי זוזי ממאן נקט כו' והאריכו כל הראשונים בפירוש הקושיא זו דהא באין מקחו בידו אינו נאמן ויש מהן שפירשו דכוונת הקושיא ולחזי זוזי

כו' הוא דיהיה נאמן בדין עד מסייע כו'. ושיטת רש"י הוא דהיכא דלא קיבל דמים אלא מחד מידכר דכיר ונאמן לעולם. והר"נ בקידושין פ"ד כתב דזהו מן התקנה דהמוכר נאמן יעו"ש. ואף דהיה מקום לומר דמירי הכא דאינו ידוע דהחפץ שאנו דנין עליו היה שייך מכבר להמוכר הלז מ"מ היה דוחק להגמ' לפרש כן וע"כ הקשו בפשיטות ולחזי זוזי כו'. ולולי דברי הראשונים היה נלע"ד לפרש פירוש הסוגיא כן והוא דהא הגמ' מסיק לעיל דרישא דזה אומר אני מצאתיה במציאה וסיפא דזה אומר כולה שלי במקח וממכר. א"כ בבא דמתניתין היו שנים רוכבין על גבי בהמה כו' זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי כו' מיירי במקח וממכר משום דפשט הלשון בהמשנה דזה אומר כולה שלי הוא על מקח וממכר וכמש"כ הפני יהושע בב"מ (דף ח' ע"א) בגמ' ד"ה וממאי דבמציאה כו' ע"ש. ומבואר בב"ב (דף ל"ו) דגודרות אין להם חזקה ונאמן המוכר לעולם ליטול הבע"ת מן המחזיק ולומר דלא מכרו א"כ הכא בשנים רוכבים ע"ג בהמה אם היה המוכר אומר דלא מכר הבהמה להם בוודאי היה נאמן ליטול מהם לעצמו ואח"ז היה יכול ליטול ולמסור למי שירצה מהם. א"כ לפ"ז יהיה נאמן המוכר לומר למי מהם מכרו במיגו דאי בעי אמר דלא מכרו כלל והיה נוטל הבהמה לעצמו משום חזקת מרא קמא. ואף דזה הוי מיגו להוציא עכ"ז הא רבו הסוברים דאמרינן מיגו להוציא ג"כ וכמש"כ הסמ"ע בשם הריב"ש. ויהיה מזה באמת סייעתא לשיטת הסוברים דאמרינן מיגו להוציא. או די"ל כיון דבב"ב (דף ל"ב ע"ב) בעובדא דאמר לחברי' הב לי מאה זוזי והא שטרא כו' אמר רבה מה לו לשקר כו' א"ל רב יוסף כו' א"כ רבה בוודאי ס"ל דאמרינן מיגו להוציא. וי"ל דאליבי' מקשה הגמ' וליחזי זוזי כו' דאיך יפרש רבה להמשנה וכעין זה כתבו התוס' בב"מ (דף קט"ז ע"א) ד"ה והא רבא אפיק כו' בסה"ד בזה"ל ומיהו למ"ד בחז"ה דאמר מיגו להוציא צ"ל כפי' ר"ת כו'. וכן מצינו בכ"ד דסתמא דגמ' מקשה אף דאינו רק למ"ד שלא אליבא דהלכתא וכמש"כ הש"ך ח"מ סי' מ"ב ס"ק א' וכן מצינו בכ"ד בדברי התוס' והראשונים: ובפרט לפי מש"כ המראה הפנים בירושלמי ב"מ ה"א במשנה ד"ה וזה נוטל רביע כו' דרב פפא ס"ל דאמרינן מיגו להוציא. א"כ לפ"ז שפיר יש לפרש קושיות הגמ' וליחזי זוזי כו' דקאי על ר"פ דאמר לעיל סיפא במו"מ דיהיה נאמן המוכר במיגו דהא ס"ל דאמרינן מיגו להוציא. אך עיקר דברי המראה הפנים תמוהים במש"כ להוכיח דר"פ ס"ל דאמרינן מיגו להוציא מהא דב"מ (דף ק"י) ושבועות (דף מ"ב) בטוען המלוה סטראי דס"ל לר"פ לא איתרע שטרא ובפרעי' שלא בעדים מהימן המלוה במיגו דלהד"ם והא הוי מיגו להוציא כו' עכ"ל. ותמהני הלא התוס' ב"ב (דף ל"ב ע"ב) סד"ה והלכתא כוותי' דרבה כו' כתבו להקשות ג"כ אמאי מהימן המלוה סטראי במיגו דלהד"ם ותי' דשא"ה

דאיכא שטרא. וכ"כ הש"ך בסי' פ"ב ס"ק כ"ט בשם בעה"ת והרמב"ן ובכללי מיגו ס"ק א' בשם כ"פ דס"ל כן. ועוד יש לדון בדברי המראה הפנים ועיין בשבועות שם רש"י ד"ה איתרע שטרא כו' וקצרתי. וגם מש"כ להוכיח כן מן הא דב"מ (דף ק"י) דס"ל לר"פ די"ל דהמלוה נאמן לומר משכנתא במיגו דלקוח והא הוי מיגו להוציא הקרקע מן חזקת בעלים הראשונים. גם ז"א ראיה כלל לפמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ב) סד"ה והלכתא כוותי' כו' דלכן הילכתא כוותיה דרבה בארעא לפי דזה לא מקרי מיגו להוציא כיון דמוקמינן ארעא בחזקת המחזיק השתא. א"כ ה"ה התם בב"מ לכן הוכרח ר"פ לומר שם הטעם דשטר כיון דלגובייא קאי כו': וע"פ מש"כ לעיל לדון בהך דשנים רוכבין ע"ג בהמה להך דגודרות אין להם חזקה יש ליישב ע"פ זה לקושיות הפני יהושע בב"מ (דף א') במשנה שנים אוחזין בטלית כו' דהך בבא דרישא מיותר לגמרי דבבבא דסיפא היו שנים רוכבין ע"ג בהמה או שהיה אחד רוכב כו' ה"ל למתני ז"א אני מצאתי' כו' ז"א כולה שלי כו' והניח בצ"ע. אכן לפי מש"כ א"ש בפשיטות דאי לא תני רק בבא דסיפא הוי אמינא דלכן חייבו חכמים שבועה התם לפי שתפיסתו של כ"א בהבהמה אין זהו ראיה מוכחת כ"כ לפי דהא גודרות אין להם חזקה נגד בעלים הראשונים משום די"ל דעיילי מנפשייהו ואין זה נקרא תפיסתו מוכחת עליו. ע"כ ה"ה הכא בשנים רוכבין כו'. אין תפיסת כ"א מוכחת כ"כ לומר דהמחצה הוא של התופס. ואף דליכא שם חזקת בעלים הראשונים מ"מ עכ"פ לא אילימא תפיסת כ"א לברר על מחציתו ולכן תקנו חז"ל שבועה שאין לו פחות מחצי'. ואכתי ה"א בשנים אוחזין בטלית דזהו הוי תפיסתו מוכחת לברר דקנאה וכה"ג. ומה"ט בדברים שאין עשוי להשאיל אין מוציאין מהמוחזק ונאמן לומר דהוא שלו אף דהבעלים הראשונים מערערין עליו. ע"כ מה"ט ה"א דנימא בשנים אוחזין בטלית להסברא זו דתפיסתו בהמחצה מוכחת ומבררת לנו דהוא שלו וע"כ א"צ לישבע כן היה מקום לומר. ע"כ הוכרח למתני בבא דרישא היו שנים אוחזין בטלית לאשמועינן דגם בהך בבא חייבו חז"ל שבועה שישבע שאין לו כו' והוי רבותא רבתא. והארכתי בחי' לריש ב"מ:

נחזור לענינינו דיש מקום לפרש לקושיות הגמ' ולחזי זוזי כו' דזהו למ"ד דאמרינן מיגו להוציא. אכן מדחזינן לכל הראשונים ותוס' והרא"ש בריש ב"מ דלא כתבו כן מוכח דס"ל לדינא דלא אמרינן מיגו להוציא. וגם הא כתבו התוס' בב"מ (דף ב') ד"ה וזה נוטל רביע כו' דאף למ"ד בב"ב (דף ל"ב) דנאמן במיגו להוציא זהו משום דאף אם היה שתיק כו'. ע"כ הוכרחו לפרש שלא כמש"כ. ועוד יש לומר בזה לפי דברי הנתיבות בסי' נ"ו ס"ק י"ח לפרש דע"א לא מהימן אפילו אית ליה מיגו משום דחשדינן אותו דאומר בדדמי כו'

ע"ש. ע"כ אינו נאמן המוכר משום מיגו רק היכא דמקחו בידו דהוי בידו כו' וזהו עדיף טפי וקצרתי:

ענף:

ואם הודה המלוה שנעשה על תנאי אלא שאומר שעדיין לא קיימו הלוה על המלוה להביא ראיה כו' ואין המלוה נאמן במיגו דאין אומרים מיגו להוציא. והש"ך ס"ק כ"ח וס"ק כ"ט כתב דמהני מיגו להוציא בזה דהוי שטרא מעליא ודחה לדברי בעה"ת דשם: ולענ"ד נראה דהנכון עם הבעה"ת והמחבר בזה דהא עיקר הטעם דמהני מיגו להוציא אם שטרא מסייע ליה זהו כפי הטעם שכתב הכנה"ג בכללי מיגו והובא באו"ת בכ"מ ס"ק ח' משום דהשטר הוי כגבוי ואף דנקטינן דלא כבית שמאי עכ"ז לכמה מילי נקטינן ג"כ דהוי השטר כגבוי ע"ש. ובסוטה (דף כ"ה) בתוס' ד"ה בש"א כו' כתבו דהא דמצינו לב"ש דס"ל נוטלת כתובתה ובב"ב (דף קנ"ז וקנ"ח) גבי נפל הבית עליו ועל אביו ונפל הבית עליו ועל אשתו דאמרי ב"ש יחלוקו. לפי דיש לחלק דשא"ה דהוי ספק אם עמד השטר לגבות מאותן נכסים כלל הלכך חולקין אבל הכא בכתובה דעמדו כבר הנכסים לגבות מהם אחר מיתת הבעל ע"כ ס"ל לב"ש דהוי כגבוי כו' עכ"ל התוס'. אלמא דחזינן דאף לב"ש דס"ל בכל שטר דהוי כגבוי דז"א אלא אם היה לבעהש"ט כבר חזקת חיוב על הנכסים שעמדו לגבות מהן והיכא דהוי ספק אם עמדו לגבות אינו כגבוי רק נוטל מחצה. ובאמת גם זה אינו רק דהוי ספק השקול בלא שום חזקה להכריע לפטור. והיכא דיש לנו חזקה לפטור בזה אף לב"ש אינו נוטל כלל כדמצינו בכתובות (דף י"ב ע"ב) דהנושא האשה ולא מצא בתולים היא אומרת משארסתני נאנסתי כו' דס"ל לר"ג ור"א דנאמנת וכן שם לקמן (דף י"ג) היא אומרת מוכ"ע אני כו' דר"ג ור"א אומרים נאמנת. ומבואר שם דזהו משום ברי ושמא בצירוף אוקי אחזקה מוציא מהמוחזק. ואי' בירושלמי שם ה' ו' דבשארי מילי מודו ר"ג ור"א דאינה נאמנת ליטול הכתובה. ואף דהא ר' אליעזר הוא שמותי ומתלמידי ב"ש וס"ל כב"ש כמבואר בשבת (דף ק"ל) וביצה (דף ל"ד) וב"ש הא ס"ל דכגבוי דמי וע"כ מוכח דכיון דלא התחייב בכתובה רק בתנאי שתהיה בתולה ע"כ יש לנו חזקת פטור של הבעל ואינה נוטלת כלל אף דנקראת מוחזקת מחמת דכגבוי דמי. ומוכח מזה דהיכא דהחיוב הוא בתנאי אז לא נקראת מוחזקת כלל אם נולד לנו ספק בזה:

ע"כ ה"ה לדידן דקיי"ל באמת דלאו כגבוי דמי רק לאיזה ענינים אמרי דכגבוי דמי. לכן כש"כ דלא אמרינן כן רק היכא דעמד כבר השטר לגבות מאותן נכסים והי' לנו חזקת חיובא מכבר רק דנולד לנו ספק אח"ז בפרעון וכה"ג דבזה מצינו דאמרו דאמרינן מיגו

להוציא כמו בטענת סטראי בכתובות (דף פ"ה) ובתוס' ב"ב (דף ל"ב) דזהו המקור למה דאמרו דבשטרא מעליא אמרינן מיגו להוציא דזה אינו רק דומיא דהתם דהוי ספק בפרעון דהיה כבר בחזקת שטר מעליא דב"ש ס"ל בכזה דהוי כגבוי אף אם אין לו טענת מיגו המסייעו ע"כ לדידן כיון דיש לו מיגו המסייעו נקטינן בזה דהוי כגבוי. אבל אם נולד לנו ספק דשמא בטל חיובו למפרע כמו בשטר על תנאי וכה"ג ע"כ בכה"ג לא הוי כגבוי כלל אף לב"ש ולכן לא מהני מיגו בזה משום דזה מקרי מיגו להוציא דלא אמרינן. ובאמת גם הש"ך בכללי מיגו ס"ק ט"ו כתב לחלק בכזה רק דלא כתב ראיות לזה. ולפמש"כ מוכרח לומר כן. וכן הקצה"ח ס"ק ט"ו כתב זה החילוק בלא ראיה לזה. ולכן לדינא הנכון עם הבעה"ת והמחבר דאם שעשה השטר על תנאי ונולד לנו ספק בהתנאי אם קיימו הלוה דבכה"ג כיון דהוי ספק למפרע בעיקר החיוב דכיון דלא הוי כגבוי לכן לא מהני המיגו דהוי מיגו להוציא. ועיין באה"ע סי' ס"ח ב"ש ס"ק כ"ב:

כללי מיגו סימן א:

בכללי מיגו של הנתיבות ס"ק ד' כתב אם הדבר ביד שליש והשליש מסופק ושני הבע"ד טוענין ברי ולאחד יש לו מיגו אם שניהם טוענים ברי אינו נאמן במיגו להוציא מיד השליש משום דכשהוא ביד שליש הוי כשניהן מוחזקין בו. כמש"כ התוס' בב"מ (דף ב') ד"ה ויחלוקו ובשניהם מוחזקין בו לא מהני מיגו דהוי מיגו להוציא כמש"כ התוס' שם בד"ה זה אומר חציו שלי כו' עכ"ל:

ענף ג:

וזה כמה שנים דכתבתי בזה מה דיש לדון ע"פ המבואר בסי' רצ"ב סעיף י' בהגה"ה בשם תה"ד סי' שי"ד אם שנים הפקידו אצל אחד ונאבד א' מהם אזלינן בתר רובא וכל דפריש מרובא פריש. משום דהשתא ליכא חזקה לשום חד מינייהו אזלינן בתר רוב וכמש"כ הש"ך שם ס"ק כ"ז. ועולה על זכרוני מה שראיתי כבר בספר תה"ד דזהו מקור דהך דינא דכתב דאף דכתבו התוס' בריש ב"מ (דף ב') דאם החפץ הוא ביד הנפקד הוי כמו דשניהם מוחזקין בו. וכיון דאין הולכין בממון אחר הרוב א"כ ה"ה בזה. עכ"ז באמת מה דשליש תופס אין זה כמו מוחזקות דהבע"ד תופסו בעצמו. ודווקא היכא דבע"ד בעצמו תופסו בזה אין הולכין בממון אחר הרוב. והא שכתבו התוס' בריש ב"מ דנפקד תופס בחזקת שניהם ז"א רק לענין דלא נימא כל דאלים גבר דבסברא מועטת מדחינן להך פסק דכל דאלים גבר. אבל באמת מה שנפקד תופס בחזקת שניהם לא הוי מוחזק גמור וע"כ מהני רוב בזה. ואין שום חולק על הך דינא כמו שפסקו כן בפשיטות בסי' רצ"ב הנ"ל: ולכאורה יש להסתפק במיגו ורובא איזהו מהן עדיף ואפשר דשקולים המה דהא מיגו

להוציא לא אמרינן. וכן רוב להוציא לא מהני. דאין הולכין בממון אחר הרוב. ולכאורה יש להוכיח מן התוס' דב"ב (דף צ"ב ע"ב) ד"ה ואמאי לימא הלך אחר רוב נשים כו' וא"ת נימא דנאמן במיגו דאי בעי א' פרעתי כו'. אלמא אף דהתם קאי אליבא דרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב. אפ"ה הקשו התוס' דיהיה נאמן במיגו דפרעתי ותי' דרב לטעמי' דגט גובה עיקר. א"כ כש"כ לדידן דאין הולכין בממון אחר הרוב וודאי דמיגו עדיף מרובא. אך יש לדחות לזה הראיה. די"ל דשא"ה דיש שני מעלות נגד הרוב היינו מעלת מוחזק ומעלת המיגו דיש להבעל התם ע"כ מה"ט תרווייהו ביחד עדיפי מן הרוב. אבל היכא דלא שייך כן עדיין יש להסתפק איזה מהן עדיף. או די"ל דשקולים המה וע"כ ממילא התם בב"ב דהבעל הוי מוחזק ע"כ אין מוציאין ממנו. משום מאי אולמא:

אכן יש להוכיח ממק"א דמיגו עדיף מרוב דהא מצינו לשיטת הרמב"ן והרשב"א והריב"ש דס"ל דאמרינן מיגו להוציא. והובא שיטתם בסי' פ"ב סעי' י"ב. ובסי' פ"ג ש"ך ס"ק זיי"ן ואלו ברוב כולהו מודו דקיי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב. וכן מצינו להכרעת הש"ך בסי' פ"ג ס"ק זיי"ן שכתב ולענין הלכה אין בידי להכריע אי אמרינן מיגו להוציא. ונפ"מ אם תפס המלוה אף בעדים לא מפקינן מיניה ע"ש. ואלו ברוב דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב לא מהני תפיסה וכמש"כ הנתיבות בסוף סי' רל"ב. משום דזהו פסק ברור. אלמא דמיגו עדיף מן רוב. ולפ"ז י"ל כמו דמצינו לגבי רובא דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא. עכ"ז כששליש תופסו מהני בזה רוב וכמש"כ התה"ד כנ"ל. א"כ ה"ה במיגו אף דהחפץ מונח ת"י השליש. עכ"ז מהני מיגו דהא אין זה מקרי מוחזק גמור מה שהשליש תופסו מכח שניהם. וכמו דמהני רוב בזה כמו כן מהני מיגו בזה. דלכל הפחות שקולים הם מיגו ורוב. א"כ יש לסתור דברי הנתיבות הנ"ל שכתב דגם כשהחפץ מונח ת"י השליש לא מהני מיגו של הבע"ד דמקרי מיגו להוציא. דהא מצינו דזה לא מקרי כמו מוחזק גמור. ומה"ט אזלינן בזה בתר רובא כ"ז כתבתי מכבר. וכעין זה אי' בעירובין (דף י"א) שכן לא התרת אצל פסי ביראות לר"מ. ועיין כזה בנחל יצחק בקונטרס דררא דממונא סי' א' סוף ענף א':

ובמש"כ לעיל להוכיח מהתוס' דב"ב (דף צ"ב) דס"ל דמיגו בצירוף מעלת מוחזק מהני נגד הרוב. לכאורה יש להעיר ע"ז מהא דב"מ (דף ק"י) דהלכה כר"נ דמיגו במקום מנהג לא מהני וכמבואר בכללי מיגו של הש"ך. אכן יש לחלק עפ"י מה שמצאתי בתשובת מהרי"ט והובא בכללי מיגו של האו"ת ס"ק צ"ב דכתב דמנהג עדיף מן רוב משום דמנהג נהגו כולי עלמא עיין שם:

ענף ד:

וכעת בא לידי התה"ד וראיתי שכתב בסי' שי"ד בזה הלשון על הך עובדא דסי' רצ"ב הנ"ל. וא"ת כיון דשמעון מוחזק הוא בממון ראובן ולוי בזהובים שלהם בחזקת שניהם חשיב כאלו שניהם מוחזקים בעצמו. והכי איתא בתוס' ריש ב"מ דמה שהנפקד תופס במנה שלישי בחזקת שניהם הוי חשיב כאלו שניהם מוחזקים בו. וא"כ איכא נמי הכא חזקת ממון לראובן ובעי לוי לאפוקי מיני' מכח רוב. וכה"ג איתא נמי בתוס' בההיא מתניתין דגבי טלית אע"פ ששניהם מוחזקים בשוה מ"מ אי הוי בעי חד מינייהו לזכות כנגד חבירו מכח מיגו לא מצי דמיגו להוציא לא אמרינן. אלמא דחשיב אפוקי ממונא כה"ג נראה דיש לחלק בההיא דנפקד תופס בחזקת שניהם. וי"ל דלא חשיב חזקת ממונא כה"ג רק לענין ההוא מילתא דקאמר עלה בתוס' דחשיב כמו שהן עצמן מוחזקין דלא נימא כל דאלים גבר דבלאו הכי דינא דכל דא"ג דומה קצת לדינא דפרסאי. והיכא דאיכא קצת טעמא דחינן לי' ואמרינן יחלוקו וכן לא אמרינן מיגו בחזקת כל ההיא סוגיא דדחינן למיגו. אבל לעולם לענין שתעמיד החזקה של ממון כנגד הרוב לדחותו בעינן חזקה גמורה שהוא עצמו מוחזק בממון. ותדע דיש לחלק כו'. ולענין שנים אוחזין בטלית חשבינן להו מוחזקים. לענין דלא אמרינן כל דאלים גבר. ואפילו לענין דלא אמרינן מיגו משום דחשיבי חזקה. אלא ע"כ נגד הרוב לדחותו בעינן חזקה גמורה ואלימתא כו' עכ"ל התה"ד. והעתקתי כל לשון של התה"ד מחמת כי נצרך כולו לענינינו. אלמא דמבואר להדיא בתה"ד דגם לענין מה דלא אמרינן מיגו להוציא גם היכא דהנפקד תופסו דכיון דבחזקת שניהם תופסו חשוב כמוחזק לענין דלא מהני מיגו של הבע"ד נגדו דגם זה הוי כמו מיגו להוציא. משום דמקרי מוחזק קצת לענין דלא אמרינן כל דאלים גבר ולענין דלא מהני מיגו נגדו. רק לענין רוב זה לא מקרי מוחזק ממש דנגד הרוב בעינן חזקה גמורה ואלימתא. כל זה מבואר בגוף התה"ד:

א"כ שפיר כתב הנתיבות דמה שהוא ביד שליש מקרי מוחזק ג"כ לענין דלא מהני מיגו דג"ז מקרי מיגו להוציא. רק כח הרוב שאני. ולפ"ז מוכח מהתה"ד דרוב עדיף מן מיגו. [ומש"כ לעיל להוכיח מן הש"ך דסי' פ"ג. יש לדחות ע"פ דברי התוס' דב"מ (דף ב') ד"ה וזה נוטל רביע כו'. דכתבו לחלק דשאני הא דב"ב (דף ל"ב) דאפילו היה שותק היה נאמן כו' ע"ש. וכן למש"כ לעיל להוכיח מהרמב"ן ושיטת הסוברים דס"ל דאמרינן מיגו להוציא ג"כ יש לחלק]. ושפיר כתבתי בכללי מיגו במק"א לבאר הטעם של הסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה. משום דכמו דברוב קיי"ל דהיכא דאיכא לברורי מבררינן. דה"ה במיגו וכיון דשבועה הוי לברר הספק ע"כ אף דיש לו מיגו חייב לברר

בשבועתו כיון דאיכא לברורי. דהא רוב עדיף מן מיגו ואפ"ה בעינן לברורי ברובא היכא דבידו לברר. כש"כ במיגו והארכתי בכ"ז במק"א:

אכן עיקר דברי התה"ד שכתב להוכיח מריש ב"מ מהתוס' שם דבמיגו אף היכא דהוא ביד השליש כיון דהנפקד תופסו בחזקת שניהם על כן מקרי מיגו של הבע"ד בשם מיגו להוציא. וכתב לחלק דשאני רובא דעדיף מן מיגו. ובעי חזקה גמורה ואלימתא. דמנ"ל זה להתה"ד הא התוס' כתבו שם כן גבי שנים אוחזין בטלית דלא מהימן לומר חציה שלי במיגו דכולה שלי משום דזה הוי מיגו להוציא דבחציה השני מוחזק זה כמו זה כו'. והתם הא הוי הבע"ד בעצמם מוחזקים בהטלית וע"כ לא מהני מיגו של הבע"ד משום דמקרי מיגו להוציא. אבל היכא דאין הבע"ד בעצמם מוחזקים רק מונח ת"י הנפקד עדיין יש לומר דכמו דמהני בזה רובא ה"ה דמהני מיגו של הבע"ד להוציא מהנפקד משום דלא הוי מוחזק גמור ומנ"ל להתה"ד זה. ורק לענין דלא נימא כל דאלים גבר דבזה כתבו התוס' דהיכא דמונח בפקדון דהוי כאלו מוחזקין בעצמם לא אמרינן כד"ג. בזה שפיר כתב התה"ד לחלק דשאני כד"ג דהוי קצת דמיון לדינא דפרסאי ע"כ בטעם קצת דחינן להך דינא דכד"ג. אבל לעולם י"ל דלענין מיגו להוציא דייניגן מיגו של הבע"ד להוציא מהנפקד משום דכיון דלא הוי מוחזק גמור מהני מיגו כמו ברובא שכתב התה"ד דמהני רובא בזה. ואיך הביא ראיה מהתוס' להך דינא דלא מהני מיגו היכא דמונח ביד הנפקד והא התוס' לא מיירי כלל לענין מיגו: ויש לומר דבאמת עיקר סברת התה"ד במש"כ דהיכא דמונח ת"י הנפקד זה לא מקרי מוחזק גמור. אין הטעם כמו שרציתי לומר בתחלה דסברתו הוי משום דכיון דאין הבע"ד בעצמו תופסו גרע אלא עיקר סברתו דהיכא דשניהם תופסין כיון דכ"א מוחזק על כל משהו זה כמו זה ע"כ זה המוחזקות גרע מן היכא דהבע"ד בעצמו תופסו לכולו. ולעולם אף היכא דמונח ת"י הנפקד דינו כמו דשני הבע"ד תופסים בהחפץ רק העיקר הוי לפי דשניהם תופסים גרע מוחזקות שלהם. ולכן שפיר הוכיח התה"ד מהתוס' ריש ב"מ דכתבו בשנים אוחזין בטלית דלא מהימן לומר חציה שלי במיגו דכולה שלי משום דהוי מיגו להוציא. דמוכח מזה דהיכא דאין הבע"ד תופסו לכולו רק שניהם תופסים ג"כ לא מהני מיגו של הבע"ד משום דמקרי מיגו להוציא. אלמא דאף היכא דאין הבע"ד בעצמו תופסו לבדו מ"מ כיון דשניהם הוי מוחזקים וכ"א מוחזק על חצי חבירו כתבו התוס' בזה ג"כ דלא מהימן במיגו משום דהוי מיגו להוציא. א"כ ה"ה היכא דהחפץ מונח ת"י נפקד ג"כ מבעי להיות דלא מהימן הבע"ד במיגו משום דהוי מיגו להוציא. וע"כ שפיר הקשה התה"ד דמוכח מהתוס' הנ"ל דתפיסת הנפקד ג"כ חשוב למוחזקות דלא מהני מיגו נגדו. א"כ ה"ה ברוב ג"כ הדין

נותן דלא יהיה מהני רובא נגד תפיסת הנפקד. וע"ז כתב התה"ד לחלק דשאני מיגו דע"י טעם קצת דחינן למיגו כמו כל דא"ג דבטעמא קצת דחינן לדינא דכל דא"ג. אבל כח הרוב אלים ביותר דבעי דוקא מוחזק גמור כנ"ל. אבל בעיקר תפיסת הנפקד דינו כמו כל תפיסת הבע"ד בעצמם ביחד רק לפי דאין א' תופסו לבדו גרע מוחזקות דנא. כן הוא כוונת התה"ד הנ"ל:

ולפ"ז מוכח מהתה"ד הנ"ל דה"ה היכא דהבע"ד בעצמם תופסים רק כיון דאין כ"א מוחזק לבדו במה שתופסו ע"כ מהני בזה רובא. וכמו בהחפץ מונח ת"י הנפקד דדינם שוה כדמוכח מהתה"ד הנ"ל שהוכיח מהתוס' ריש ב"מ דאם החפץ ת"י הנפקד לא מהני מיגו של הבע"ד כמש"כ התוס' שם גבי שנים אוחזין בטלית. והא דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר רוב זהו רק כשתופסו לבדו ולא היכא דכ"א מוחזק על חצי חבירו היינו בשנים אוחזין וכה"ג. וזהו מלתא חדתא ויש עפ"ז להעיר בכמה דוכתי:

ענף ה:

ובעיקר דברי התה"ד הנ"ל דס"ל לחלק דהיכא ק קר דלא הוי מוחזק לבדו רק כ"א מוחזק בכולו דבזה מהני רובא רק היכא דהוי מוחזק לבדו בזה לא מהני רובא כמו שנתבאר. יש עפ"ז להעיר בב"מ (דף צ"ז ע"ב) בגמ' שם דאמרו ש"מ מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב לימא תיהוי תיובתא דר"נ כו'. ובתוס' שם ד"ה לימא תיהוי תיובתא דר"נ כו' הקשו והא מתני' מוקי לה בסמוך כסומכוס דלא אזיל בתר חזקה ואית לי' ממון המוטל בספק חולקין ולהכי לדידי' כי איכא ברי ושמא ברי עדיף להוציא ור"נ כרבנן כו'. וי"ל דלסומכוס דאית לי' ממון המוטל בספק חולקין הוי כאלו תרווייהו מוחזקין בו וכיון דלדידי' אהני ברי נגד שמא וחייב הכל ה"נ ה"ל למימר לרבנן דאהני נמי ברי נגד שמא לכל הפחות לומר שיחלוקו עכ"ל התוס'. וכן כתבו התוס' בב"מ (דף קט"ז ע"ב) בד"ה לימא תיהוי תיובתא דר"נ כו'. ולדברי התה"ד דס"ל לחלק גבי רובא דהיכא דהוי תרווייהו מוחזקים לא מקרי מוחזק גבי רובא ומהני בזה רוב רק במוחזק גמור לא מהני רובא. יש להקשות דמאי מקשה הש"ס בב"מ (דף צ"ז ודף קט"ז) לימא תיהוי תיובתא דר"נ הא יש לחלק דדוקא במוחזק] גמור לא מהני ברי לר"נ דחזקת ממונא עדיף. אבל היכא דהוי תרווייהו מוחזקים כמו בדררא דממונא דכתבו התוס' דלסומכוס חשיב כאלו תרווייהו מוחזקין בו ודבריהם מוכרחין בש"ס שם. ומה"ט ז"א א"י וז"א א"י יחלוקו לסומכוס. משום דהוי כאלו שניהם מוחזקין. וע"כ בזה דוקא מהני ברי ליטול כולו. ומדמקשה הש"ס ומוקמי דמיירי ביש עסק שבועה מוכח מזה דלא מחלקי בין תרווייהו מוחזקים ובין א' מוחזק לבדו:

ובאמת מפשט דברי התוס' בב"מ (דף צ"ז) שם שכתבו בזה"ל דכיון דלדידי' אהני ברי נגד שמא וחייב הכל ה"ל למימר לרבנן דאהני נמי ברי נגד שמא לכל הפחות לומר שיחלוקו עכ"ל. אלמא דס"ל להתוס' ג"כ דהך מוחזקות במה דהוי תרווייהו מוחזקין בו דזה גרע מן היכא דהוי א' מוחזק לבדו. דאל"כ אמאי כתבו דלכל הפחות ה"ל למימר לרבנן שיחלוקו. הא הסברא נותנת לומר דכמו דבהך דסומכוס אהני ברי ליטול כל המחצה דחבירו הוי מוחזק עלי' כמו כן יהיה מועיל לרבנן ליטול כולו. ומדכתבו דלרבנן יהיה נוטל מחצה ע"י ברי ולא כולו מוכח דס"ל להתוס' ג"כ כעין סברת התה"ד דהך מוחזקות דכ"א מוחזק על מחצה היכא דתרווייהו מוחזקים בו דזה לא מקרי מוחזק גמור. וע"כ ס"ל להתוס' דכיון דבהך דסומכוס נוטל כל המחצה של חבירו ג"כ ממילא נחתינן דרגא דיהיה מהני לכל הפחות לרבנן ליטול עכ"פ מחצה. ונראה מלשון התוס' דהיו מסתפקים בזה גופא אם גרע הך מוחזקות או לא ולכן כתבו בלשון דלכל הפחות ה"ל לומר שיחלוקו. ולא בלשון החלט דה"ל לומר שיחלוקו כן הוא פשט דברי התוס':

אבל זה מוכח מן הש"ס לפי דברי התוס' דשם דכמו דהיכא דהוי תרווייהו מוחזקים בו נוטל אף מחצה של חבירו. דממילא הדין נותן לכל הפחות היכא דהוי מוחזק לבדו דיהיה נוטל חבירו מחצה מן המוחזקות של חבירו. א"כ מוכח מזה דלא כהתה"ד דס"ל ברוב דהיכא דהוי תרווייהו מוחזקים מהני רוב ליטול כולו. וכבר נתבאר דלאו דוקא בנפקד שתופס בחזקת שניהם ס"ל להתה"ד כן. דה"ה היכא דשניהם מוחזקים בו כמו בשנים אוחזין בטלית ג"כ מהני רובא. ודוקא לענין מיגו ולענין דלא אמרינן כד"ג בזה כתבו התוס' דמקרי מוחזקין כנ"ל. אבל מהך דב"מ גבי ברי דאמרו כיון דאהני היכא דתרווייהו מוחזקים בו. ממילא מהני ליטול מחצה היכא דהוי חבירו מוחזק לבדו בכולו. מזה מוכח דלא כהתה"ד. דהא לפ"ז הדין נותן ברוב דאין הולכין בממון אחר הרוב ושייך כל הממון להמוחזק. והא לפי דברי התה"ד הדין נותן דיטול אותו דהרוב מסייעו לכה"פ מחצה וכפי הכלל שכתבו התוס' דכיון דאהני רובא בכולו היכא דתרווייהו מוחזקים בו. ממילא יהי' מהני להוציא מחצה היכא דהוי חבירו מוחזק בכולו. ובאמת הא קיי"ל דכל הממון שייך להמוחזק. וע"כ מוכח מן זה דלא כהתה"ד דכתב דאע"ג דאם שניהם מוחזקים מהני הרוב על כולו. ואפ"ה במוחזק גמור לא מהני הרוב כלל. אלא הדין נותן דגם היכא דהוי תרווייהו מוחזקים לא יהיה מועיל הרוב כלל ולא לחלק ביניהם. ואף שנתבאר לעיל דגם מהתוס' דב"מ (דף צ"ז) מוכח דמחלקינן ביניהם. עכ"ז הא מוכח מהתוס' דאין סברא דבתרווייהו מוחזקים יהיה נוטל כולו. ובמוחזק גמור לא יטול כלל כנ"ל. א"כ מוכח דלא כהתה"ד בזה מדמקשה הש"ס בפשיטות בב"מ דלימא תיהוי תיובתא דר"נ כו'. ולא

מחלקי ביניהם: וכן מוכח מהא דב"ב (דף צ"ג) בפלוגתת רב ושמואל אי הולכין בממון אחר הרוב דמקשה הש"ס ת"ש שור שנגח הפרה ונמצא עוברה בצדה ואינו ידוע אם עד שלא נגחה ילדה או משנגחה ילדה משלם חצי נזק לפרה כו' ורביע לולד ואמאי לימא הלך אחר רוב פרות ורוב פרות מתעברות ויולדות כו'. ופי' הרשב"ם שם דקושיות הש"ס הוא אליבא דרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב. והך מתניתין אתי כסומכוס כו' ע"ש. ולדברי התוס' דב"מ (דף צ"ז וקט"ז) דלסומכוס הוי כל דררא דממונא כאלו תרווייהו מוחזקים בו. א"כ לדברי התה"ד דהיכא דשניהם מוחזקים מהני רוב לכ"ע. א"כ תסוב קושיות הש"ס הנ"ל אף לשמואל דאית לי' אין הולכין בממון אחר רוב. דהא זהו דוקא במוחזק גמור אבל בתרווייהו מוחזקין מהני רובא לכ"ע. א"כ תקשה קושיות הש"ס שם לפי מה דהיה ס"ל דיש שם רוב פרות מתעברות כו'. דכיון דהוי שניהם מוחזקים יהיה מועיל הרוב שם לכ"ע. ובאמת לולי דברי הרשב"ם שם הייתי אומר דקושיות הש"ס שם קאי לכ"ע וכמו דכתב הבעה"מ בכתובות (דף ט"ז) במה דמקשה הש"ס שם. על הא דאשה שנתארמלה אם יש עדים שיצתה בהינומא כו' דניזל בתר רוב בתולות נישאות. וכן מקשה הש"ס בב"ב (דף צ"ב). דכתב הבעה"מ דלא כהתוס' שם אלא לכ"ע פריך והובא בפ"י שם. וכן י"ל בהך קושיא דמקשה הש"ס מהך דשור שנגח הפרה כו'. דמקשו לכ"ע מצד סברת התה"ד הנ"ל. אבל לפמש"כ הרשב"ם דלרב פריך תקשה כנ"ל על התה"ד. ואין סברא לומר דהרשב"ם לא ס"ל להכלל שכתבו התוס' בב"מ (דף צ"ז) דלסומכוס הוי כל דררא דממונא כאלו תרווייהו מוחזקים בו. דהא דברי התוס' שם מוכרחים הם עפ"י קושיות התוס' דשם. וע"כ לפי כל זה מוכח מהש"ס דב"מ (דף צ"ז ודף קט"ז) והרשב"ם בב"ב (דף צ"ג) הנ"ל דלא כהתה"ד. ולכן לולי דמסתפינא הייתי אומר דהך דינא דסי' רצ"ב דהתה"ד הנ"ל בשנים שהפקידו אצל א' ונאבד דסתם הרמ"א כהתה"ד דאזלינן בתר רובא. דזה הוי ספיקא דדינא משום דיש מקום לומר דגם בתרווייהו מוחזקין לא יהיה מועיל רובא וכבר נתבאר בשם התה"ד דתפיסת הנפקד חשוב לגמרי כמו שנים אוחזין כנ"ל. באין שום חילוק ביניהם כלל וע"כ דבר זה צ"ע כעת. ותמיהני על האחרונים דלא העירו בכ"ז לכל הפחות. ולקמן בחידושי לסי' צ"א סעי' ט' ענף ה' יתבאר בעז"ה דהנכון עם התה"ד ואינו קשה עליו למה שהקשתי עליו מן התוס' ב"מ (דף צ"ז ודף קט"ז) הנ"ל ומה"ט דהתם אינו קשה עליו גם מהך דב"ב (דף צ"ג) ע"ש:

סימן ב בכללי מיגו:

ב:

בכללי מיגו הובא פלוגתת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. ומרגלא בפומי מכבר הסבר הענין דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. משום דהא הדעת נותנת דמיגו ורובא שקולים המה דכמו דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ה"ה דקיי"ל דלא אמרינן מיגו להוציא. ולא מהני מעלת מיגו ורובא רק להחזיק. והא דהקשו התוס' בב"ב (דף צ"ב) ד"ה ואמאי לימא הלך אחר רוב כו' דנימא דנאמן במיגו דפרעתי כו'. היינו משום דהתם הוי מיגו בצירוף חזקת ממונא ביחד. אבל מיגו לבד י"ל דלא עדיף מרובא ועיין מזה באו"ת בכללי מיגו ס"ק צ"ב ואכמ"ל. וכיון דרוב לא מהני היכא דאיכא לברורי וקיי"ל דהיכא דאיכא לברורי מבררינן. א"כ ה"ה במיגו וכיון דשבועה הוא בירור הספק דגזרה התורה דיברר ע"כ לא מהני מיגו לאפטורי משבועה. משום דהא בידו לברר זה עפ"י שבועתו. כ"ז אמרתי כבר. משום דהסמ"ע והש"ך בריש סי' רצ"ו נדחקו בטעם הדבר וליישב קושיות הרא"ש שבועות פ"ז סי' ג' שהקשה דמה לי ממון ומה לי שבועה אכן לפי מש"כ אתי שפיר. וכעת ראיתי בברית אברהם ח' ח"מ סי' י"ד ס"ק ב' שכתב כן בקצרה:

וכעת מצאתי סעד לזה מהרמב"ם פ' י"ב ה' גירושין ה' ה' שכתב שם אמר הבעל גרשתי את אשתי אינו נאמן וחוששים לדבריו ותהיה ספק מגורשת ואפילו הודית לו שגרשה אינו נאמן שמא יתכוין לקלקלה או בגט בטל גירשה והיא אינה יודעת כובד האיסור שלה לפיכך אומרים לו אם אמת הדבר אתם קיימין גרש אותה בפנינו עכ"ל הרמב"ם. ונתכוין לתרץ למה דהקשו התוס' וש"פ בב"ב (דף קל"ד) על מאן דס"ל גרשתי אשתי אינו נאמן והא אית לי' מיגו דיגרשה ותירצו משום דאי איתא דגירשה קלא אית ליה. אבל הרמב"ם לא ניחא ליה בהאי תירוצא ע"כ כתב סברא אחרת על מה דאמרו שם בב"ב דחושו לה ואינו נאמן לומר גרשתי. משום דחיישינן שמא בגט פסול גירשה ומכוין לקלקלה:

וכן מצינו לשיטת רש"י דס"ל ג"כ לחוש שמא יכוין לקלקל לאשתו דהא בגיטין (דף כ"ז) על הא דקאמרי עדים מעולם לא חתמנו אלא על גט אחד של יוב"ש. ופי' רש"י ואותו חתמנו לאיש זה התובעו. והתוס' חלקו שם על רש"י ופירשו דאף דלא אמרו כן ג"כ לא חיישינן שיקלקלה וראייתם מהא דבעל שאומר גרשתי נאמן ולא חיישינן להכי. ואזלו לשיטתם דכתבו דאף למאי דס"ל דאינו נאמן גרשתי ה"ט משום דאי איתא דגירשה קלא אית ליה. אבל רש"י לא ס"ל כן וחייש לשמא יקלקלה. ואזיל רש"י לטעמי' דריש פ"א דגיטין (דף ב') על הא דאתיוה בי תרי פי' רש"י דאלו העדים יקיימוה והתוס' והרא"ש הקשו שם על פי' רש"י והעלו דלא חיישי' שיקלקלה וכ"כ התוס' בב"מ (דף י"ח). וע"כ שפיר כתב רש"י (בדף כ"ז) דבעינן דהעדים יעידו דכתבו זה הגט להאיש התובעו.

והרמב"ם ס"ל ג"כ כסברת רש"י הנ"ל דחיישינן לשמא יקלקלה. ועיין בבית יוסף סי' קל"ב דכתב דהרמב"ם ס"ל כשיטת התוס' בהא דמעולם לא חתמנו אלא על גט א' של יוב"ש. דאף דלא קאמרי לאיש זה התובעו מחזירין ודלא כרש"י ע"ש. אכן לפמש"כ מוכח דהרמב"ם ס"ל כרש"י דחיישינן לשמא יקלקלה. והתם גבי מעולם לא חתמנו אלא על גט א' כו' י"ל דהרמב"ם ס"ל כשי' רש"י הנ"ל. דמפרש להש"ס שם דמיירי דאמרי דחתמו לאיש התובעו. ואף דבש"ס סתמו מזה כמו כן י"ל להרמב"ם. דדרכו להביא כלשון הגמ' וע"כ דברי הב"י אינם מוכרחים. ובב"ב (דף קס"ז) בהא דצריכים להכיר שמותיהם בגט כתב המהרש"א שם בכוונת הרשב"ם דלכן צריכים להכיר שמותם משום דחיישינן שיקלקלה במתכוין והמהרש"ל כתב דהחשש הוא שיקלקל אשת חבירו. והתוס' ס"ל שם דעיקר החשש הוא שיתן הגט לאשת חבירו ששמו כשמו להוציא הכתובה מבעלה. והובא כ"ז בארוכה בס' גט פשוט סי' ק"כ ס"ק י"א. ושיטת הרשב"ם שם הוא משום דס"ל כשיטת רש"י זקינו הנ"ל דחיישינן לשמא יקלקלה. אבל שיטת התוס' דלדינא לא חיישינן שיכוין לקלקל לאשתו כמש"כ התוס' בגיטין (דף ב' ע"ב) ד"ה דאתיוה בתרי כו' דלא חיישינן שמא החתים במזיד עדים פסולים דאינו חשוד להכשילה. וכ"כ הרא"ש בפ"א דגיטין סי' ב' ופ"ג דגיטין סי' ג' דאינו חשוד לקלקלה תדע דהא בעל שאמר גירשתי נאמן כו' עכ"ל. וכמבואר בירושלמי גיטין פ"א ה"א וחש לומר שמא החתימו עדים פסולים אמר ר' אבין אינו חשוד לקלקלה בידי שמים כו' והדברים ארוכים. ועיין באה"ע סימן ל"ח סעיף י"ז וברמב"ם פ"ז ה"א ובמקנה שם סעיף י"ד וקצרתי:

ובשיטת הרמב"ם פ' י"ב ה"ג הנ"ל שכתב דחיישינן שמא גירשה בגט פסול ויקלקלה. יש להקשות עליו ממש"כ הרמב"ם ה"ג פ"ז דשנים שהביאו גט בחוץ לארץ אע"פ שלא נכתב ונחתם בפניהם הואיל ונתן להם הבעל ליתן לאשתו. הרי אלו נותנים לה ותהיה מגורשת. שהרי אין הבעל יכול לערער בגט זה. והובא באה"ע סי' קמ"ב סעי' י"ח. וי"א דאם בא הבעל וערער צריך להתקיים בחותמיו דאע"ג דלא עביד לקלקלה היינו כ"ז דלא מערער. אבל אם מערער וטוען כך טענתו טענה וכמש"כ הב"ש שם ס"ק ל"ו. אבל הרמב"ם ס"ל דאף בבא לערער אין שומעין לו משום דלא חשדינן לו שיקלקלה. וזהו כשיטת התוס' והרא"ש והר"נ פ"א דגיטין (דף ג') כנ"ל. ולא כשיטת רש"י שם. וקשה על הרמב"ם דס"ל גבי בעל שאמר גרשתי דחיישינן שמא בגט פסול גירשה א"כ לא ס"ל לכלל הנ"ל. א"כ קשה דאמאי בהביאוהו שנים כשר הגט. ויש לחלק ביניהם בדוחק:

אבל העיקר מה שנראה לי בזה ונקדים מה שהקשה הבית מאיר בסי' י"ז סעי' ב' שהקשה על שיטת הרמב"ם דחייש לשמא יקלקלה וע"כ לא מהימן במיגו דיגרשה. דתקשה לפ"ז

דאמאי נאמן לומר זה בני לפטור מן היבום במיגו דיגרשה כמבואר ב"ב (דף קל"ד) ובאה"ע סי' קנ"ו. והא י"ל דכוונתו לקלקלה אם תנשא בלא יבום ותירץ בדוחק דלא"מ לא שייך לומר דינקם ממנה כו' עכ"ל הב"מ:

ענף ו:

אבל באמת כ"ז אינו קשה כלל משום דהרמב"ם נתכוין לתרץ כ"ז במש"כ שם בפי"ב ה"ג בזה"ל דבעל שאמר גרשתי את אשתי אינו נאמן שמא מכוין לקלקלה כו' לפיכך אומרים לו אם אמת הדבר הרי אתם קיימים גרש אותה בפנינו עכ"ל. הרי דהרמב"ם אתי עלה מטעם דיכול לתקן הדבר ולגרשה בפנינו. וכעין הא דפ' אין מעמידין (דף ל"ז ע"ב) הא מיא דבשקעתא דנהרא זילו טבולו. וכ"כ הרמב"ם בפ' ט"ו ה' אה"ט ה"ט בספק טומאה ברה"ר טהור כשיבא לשאל אומרים לו אם טבלת אין בכך הפסד כו' ובמל"מ ה' מקוואות פי"א ה"ו ע"ש. ובא"א מפני חומר איסורא אף היכא דהלך הבעל אחר שאמר גרשתי מ"מ כיון דבעת שהגיד כן היה אז בידו לגרשה שנית בפנינו. ע"כ החמירו חז"ל דלא יהיה נאמן כיון דהיה אז בידו לברר ע"י שיגרשה שנית בפנינו. וכמש"כ לעיל בטעם הדבר דס"ל להרמב"ם דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן משום דכיון דאיכא לברורי מבררינן אף דאיכא מיגו משום דמיגו לא עדיף מרובא. א"כ ה"ה בבעל שאמר גרשתי דאינו נאמן. משום דאף דאיכא מיגו דבידו לגרשה מ"מ אומרים לו שיגרשה שנית ויברר הדבר בפנינו. ועיין בר"ן בקידושין (דף ס"ד) במשנה דהאומר קידשתי את בתי דהיכא דהוי בידו אפשר דעדיף מן מיגו. אבל לאו כ"ע ס"ל כן. ועיין מזה בשער המלך סוף ה' מכירה ואכמ"ל:

והרמב"ם הוכיח זה משום דהיה קשה לו דמפני מה לא מהימן לומר גרשתי אשתי במיגו דיגרשה. ומזה הוכיח הטעם דכיון דהא דמהימן הוא מצד מיגו דיגרשה א"כ הא לא עדיף זה מכל מיגו. וכיון דבידו לברורי ולתקן ע"כ החיוב מוטל עליו לברר ולתקן. ואף היכא דצריך הוצאות י"ל דמפני חומר איסור דא"א אמרינן דמחויב להוציא הוצאות ע"ז. ועיין ביו"ד סי' ק"ב. אבל הכא מפני חומר האיסור הוי זה כמו אפשר לברר. וכיון דמחויב לברר ולגרשה ואינו עושה כן א"כ איתרע חזקת כשרותו. וע"כ שפיר חיישינן שרוצה לקלקלה וע"כ לא מהימן במיגו דיגרשה. ומצאתי בט"ז באה"ע סי' קנ"ב שכתב בקצרה כן בכוונת הרמב"ם הנ"ל דלכן לא מהימן במיגו דיגרשה דכיון דאינו נאמן למפרע רק להבא כמבואר בב"ב (דף קל"ד) ובלהבא הא אפשר לו לגרשה שנית בפנינו ע"כ חשו בזה שמא גרשה בגט פסול עכ"ל הט"ז וקיצר בזה וב"ה שכל דברי נכללו בדברי הט"ז הנ"ל: וכיון דנתבאר דעיקר סברת הרמב"ם הוא משום שיכול לגרשה שנית בפנינו. וע"כ

כיון דאינו עושה כן איתרע כשרותו וחיישינן שרוצה לקלקלה. ולפ"ז מתורץ קושיות הב"מ הנ"ל דאמאי נאמן לומר זה בני לפטור מהיבום ולא חיישינן לשמא יקלקלה. דהא במל"מ ה' יבום פ"ג ה"א הביא בשם הרמב"ן בחידושיו שכתב דהיכא דאומר יש לי בנים דנאמן במיגו דיגרשה מהימן אף להתירה לכהן ודלא כמשמעות התוס' בב"ב שם והנימוקי יוסף שם. ועיין באו"ת בכללי מיגו ס"ק ל"א וס"ק ל"ב ומה שהביא בשם הרמב"ן והתוס' והמהרש"א שם. ולשיטת הרמב"ן דאף לכהן מותרת א"כ לא שייך לומר היכא דאמר יש לי בנים דיברר ויגרשה בפנינו. דהא אי' ביבמות (דף מ"ד) ובאה"ע סי' קס"א סעי' ב' דלא ישפוך אדם מי בורו ואחרים צריכים לו. א"כ לא שייך לומר דיגרשה שנית די"ל דלא עבדינן מעשה לפוסלה מכהונה. וכיון דלא שייך לומר הטעם דה"ל לתקן ולברר בפנינו. ע"כ לא חיישינן לשמא יקלקלה. דעיקר כוונת הרמב"ם הוא בצירוף טעם דה"ל לתקן בפנינו כנ"ל. אך לפ"ז יש לדון דהיכא דהיא גרושה בלא"ה אז לא שייך בזה לומר דאינו רוצה לפוסלה לכהונה א"כ אכתי י"ל בזה כסברת הב"מ דלא מהימן במיגו דיגרשה משום חשש קלקול. אך באמת יש לתרץ קושיות הב"מ הנ"ל בגווני אחריני. או דבאמת מוכח מזה כסברת הבית מאיר הנ"ל דעל אחר מיתה לא שייך לומר דרוצה להנקם ממנה. אבל ממה דהקשיתי מהא דאתיוה בי תרי דריש גיטין דפסק הרמב"ם דאף בבא הבעל וערער לא מהימן זה תקשה מאוד על הרמב"ם הנ"ל ובדוחק יש לחלק ביניהם כאשר הארכתי במק"א בזה:

אבל לפמש"כ אתי שפיר כ"ז בפשיטות משום דדוקא היכא דהבעל לקמן בעת אמירתו אז אמרינן אם רוצה יגרשה שנית משא"כ היכא דשולח לה גט ממק"א דמה יעשה הבעל יותר הא שולח לה גט וע"כ לא חיישינן בזה לשמא יקלקלה כיון דליכא ריעותא לקמן ויש להאריך בכ"ז:

ומן דברי הרמב"ם הנ"ל הוא סעד גדול למה שכתבתי מכבר בטעם דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן משום דכיון דאיכא לברורי מבררינן. דהא הרמב"ם כתב כן בהדיא על הא דבעל שאמר גרשתי אשתי דהרי אתם קיימים בפנינו יגרשה שנית. והא התם הוי הדבר בידו. ומכש"כ במקום מיגו דהא מה דבידו לעשות עדיף מן מיגו כנ"ל. [ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סוף סי' ט"ז מה שהבאתי שם בשם הירושלמי והרמ"א דמי שגרש אשתו בגט פסול כופין אותו לגרשה בגט כשר ע"ש. ע"כ הכא דעיקר החשש הוא שמא גרשה בגט פסול ע"כ יכולים לכוף אותו לגרשה בגט כשר וזהו שייכות לענינינו וקצרתי]. ואף שיש לדחוק דשא"ה באומר גרשתי דאם איתא דגרשה קלא אית ליה. עכ"ז ז"א דהא הרמב"ם שם לא נחית לזה כמבואר שם וע"כ כתב טעם אחר דלא כהתוס'.

א"כ שפיר מוכח מהרמב"ם דס"ל דמיגו היכא דאיכא לברורי מבררינן. וע"כ שפיר פסק הרמב"ם דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן משום דיכול לברר בשבועתו כנ"ל:

ענף ז:

ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשו הר"נ ושארי ראשונים בשבועות ר"פ כל הנשבעין לשיטת הסוברים דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן מהא דקאמר רבה מפני מה אמרה תורה מ"מ הטענה ישבע יהיה מהימן במיגו דכפר הכל. הא זה הוי מיגו לאפטורי משבועה. אך רש"י פי' משום משיב אבדה. ולפמש"כ ניחא משום דהא חזינן דשיטת רבה בב"ב (דף ל"א) דאמרינן מיגו במקום עדים. ואף דהרשב"ם כתב שם בד"ה א"ל כו' דרבה חזר בו מ"מ מן התוס' שם ד"ה אמר רבה כו' משמע דס"ל דלא חזר בו וכמש"כ המהרש"א שם. וכן הוא בכתובות (דף כ"ז) ובכורות (דף ל"ו). ולפ"ז י"ל לשיטת רבה דמיגו עדיף מעדים. א"כ בוודאי אף היכא דאיכא לברורי בוודאי א"צ לברורי. דהא היכא דאיכא עדים ווודאי ל"צ לברורי דאין לך בירור יותר משני עדים. וכיון דמיגו עדיף מעדים ולכה"פ שקולים המה בוודאי א"צ לברורי היכא דאיכא מיגו לשיטת רבה. ע"כ שפיר מקשה רבה לשיטתו מ"מ אמרה תורה מב"מ ישבע והא יש לו מיגו וא"צ לברר. וי"ל דלכן ס"ל לרבה בב"ב (דף ל"ב) דאמרינן מיגו להוציא משום דאזיל לטעמי' דמיגו עדיף מעדים וע"כ מהני מיגו אף להוציא. ועפ"ז יש לדון הרבה למה דמסיק הש"ס התם הלכתא כוותיה דרבה בארעא לפי' הרשב"ם שם ועיין בתוס' שם וקצרתי. אבל לדידן דמיגו להוציא לא אמרינן וע"כ דינו כרוב ולכן לא מהני מיגו לאפטורי משבועה משום איכא לברורי כנ"ל. והא דהלכתא כוותיה דרבה בארעא שם פי' התוס' שם בענין אחר דלא כהרשב"ם שם. ולשי' הנ"י ב"ב (דף קס"ט ע"ב) י"ל כמש"כ וכ"ז הוא לשי' התוס' ועיין לעיל בחידושי לסי' פ"א סעי' כ"ג בסופו:

ובב"ב (דף ל' ע"ב) תוס' ד"ה מיגו דאי בעי אמר לי' מינך זבינתי' כו' תימא דאמאי נקט כה"ג ה"ל למימר דנאמן לומר מינן זבינתי' דאי מילתא דפשיטא היא דמהימן א"כ השתא נמי מילתא דפשיטא היא דמהימן במיגו עכ"ל. וי"ל דהא שי' רב יוסף בב"ב (דף ל"ב) דלא מהימן במיגו אף היכא דמחזיק הקרקע בידו משום דכיון דקרקע בחזקת בעליה עומדת מקרי מיגו להוציא. א"כ ה"ה הכא ה"א דמקרי מיגו להוציא. ואף דזה פשיטא דנאמן לומר מינך זבינתה. אפ"ה ה"א דבמיגו לא יהא נאמן משום דמיקרי מיגו להוציא וכשיטת ר"י גופא. וע"כ שפיר קאמר רב יוסף שם בב"ב דאשמועינן התנא שם דמהימן בזה במיגו והטעם הוא דכיון דהחזיק שלשה שנים הקרקע ע"כ לא מקרי זה מיגו להוציא אף לשיטת רב יוסף גופא ושפיר אשמועינן רבותא בזה. ואכמ"ל:

וכש"כ לשיטת הסמ"ע בריש סי' רצ"ו דכתב הטעם במיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן משום דלא אמרינן מיגו אלא היכא דהוי לענין להחזיק הממון ת"י אבל בשבועה לא שייך זה ע"ש. א"כ בוודאי אתי שפיר מה דקאמר רבה מפ"מ מב"מ הטענה ישבע. משום דלרבה דס"ל דאמרינן מיגו להוציא אף היכא דלא מסייע לי' חזקת ממונא ג"כ ס"ל לרבה דאמרינן מיגו. א"כ בוודאי אמרינן לרבה מיגו לאפטורי משבועה ושפיר מקשה רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע. ובעז"ה אחר כותבי זה הטעם על הא דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. מצאתי בט"ז בח"מ ריש סי' רצ"ו הנדפס מחדש שכתב ג"כ להדיא בפירוש זה הטעם על הא דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן משום דכיון דיכול לברר עפ"י שבועתו חייב לברר דהא מיגו דינו כמו רובא עיי"ש. אך לא הזכיר להרמב"ם הנ"ל:

ועוד יש לדון עפ"י מה דנתבאר דלכן לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה משום דאיכא לברורי. די"ל דהא דריש פ"ז דשבועות ובח"מ סי' רצ"ו דס"ל דבשבועת שומרים לא מהני מיגו לאפטורי משבועה. דזהו עפ"י מה די"ל דהך מילתא דאמרו דהיכא דאיכא לברורי מבררינן דאין זה רק מדרבנן. א"כ לפי זה איפשר לומר ג"כ בהך דאמרו דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה דזה אינו רק מדרבנן מה"ט. אבל מה"ת י"ל דשפיר מהני מיגו אף במקום דאיכא לברורי. לכן שפיר אמרו בריש פ"ז דשבועות דשבועת שומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה וכן מה דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה כו' ואתי שפיר בפשיטות דאינו קשה עליהם כלל מכל הנ"ל. וכן נראה מלשון הסמ"ע בסי' רצ"ו ס"ק א' ע"ש בש"ך. אבל באמת זה אינו משום דאין סברא לומר בשיטת הרמב"ם וסייעתו דמה דחייבו שבועה בשומרים אף במקום מיגו דאין זה רק מדרבנן. דא"כ לא יהיה להך שבועה דין שבועה דאורייתא ככל שבועת שומרים. דהא בכל ש"ש אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם. וכן בהיה השומר חשוד כמבואר בסי' צ"ב סעי' ח' במחבר והוא מן הרמב"ם. וכן לענין נחתינן לנכסי'. ואי נימא דמה"ת מהני מיגו לאפטורי משבועה רק מדרבנן לא מהני מיגו. א"כ הדין נותן דבמקום מיגו יהיה דין השבועה בזה ככל שבועה דרבנן דלא שייך בי' כל הנ"ל. ובאמת אין זה במשמע מדבריהם ואדרבה משמע להיפך. ואין לחלק דשאני בזה דעיקר השבועה הוא מה"ת רק מחמת המיגו פטור משבועה מה"ת. ולכן כיון דרבנן תקנו דלא יהיה מהני מיגו ממילא דין השבועה בזה ככל שד"א. זה אינו דהא מצינו בכתובות (דף י"ח ע"ב) תוס' ד"ה ובכולי בעי כו' דכתבו דכיון דמה"ת דינו דהוי חשוד על השבועה רק מדרבנן דראו לחומר השבועה בעיני הבריות ע"כ דינו ככל שבועה דרבנן דלא אמרינן מתוך כו'. וכ"כ

התוס' בב"מ (דף ג') ד"ה בכולו כו'. אלמא דאף דעיקר שבועה הוא מה"ת במקום דלא הוי חשוד דאיכא למימר אשתמוטי כו'. ואפ"ה כיון דהיכא דשייך מיגו דחשוד אממונא כו' דאין חייב בזה שבועה מה"ת רק מדרבנן דיהיה מאיזה טעם שיהיה. חזינן דס"ל להתוס' בפשיטות דדין השבועה בזה רק כשבועה דרבנן כיון דמה"ת אין נותנין שבועה עכ"פ. א"כ ה"ה וכש"כ בהך דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה מה"ת כו'. וע"כ שפיר כתבו הר"נ והרא"ש וש"פ בשי' הרמב"ם והרב ר' יוסף הלוי וסייעתם לדון מהא דא' רבה ורפ"ז דשבועות. דוודאי כוונת הרמב"ם הוא דמה"ת לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה. ויש לי עוד להאריך בכ"ז. ובמה דמקשה הגמ' כן ברפ"ז דשבועות על הא דאמרו שם לא שנו אלא ששכרו בעדים כו' וקצרתי מפני יראת האריכות בכ"ז:

ולכאורה יש להוכיח מן ב"ק (דף ק"ז ע"ב) דאמרו הטוען טענת אבד ונשבע וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור הואיל ויצא בשבועה ראשונה. וכתבו התוס' שם בד"ה הואיל ויצא כו' דאע"ג דהודה דלשקר נשבע כו' מ"מ נאמן במיגו דהיה אומר אמת נשבעתי כו'. אלמא דמהני מיגו לאפטורי משבועה. ותקשה על שי' הרמב"ם דס"ל דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה מהך סוגיא דב"ק הנ"ל. וכן פסק הרמב"ם ה' גניבה ה' ג'. אבל לפמש"כ לעיל דלמאן דס"ל דאמרינן מיגו להוציא דה"ה דמהני מיגו לאפטורי משבועה. ע"כ יש לדון דהיכא דשייך הפה שאסר כו' דזה עדיף מן מיגו וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ע"ב) ד"ה אין לך בו כו'. דאף במקום עדים מהני הפה שאסר כו'. וכ"כ ההפלאה כתובות (דף י"ט ע"א). ועיין כתובות (דף י"ח) תוס' ד"ה הרי אלו נאמנים כו'. וכה"ג כתב הריטב"א כתובות (דף י"ח). והנה לעיל בסי' ל"ז בחידושי שם הוכחתי דהיכא דשייך לומר הפה שאסר כו' אז מהני זה אף להוציא וכמו שהוכחתי שם מהא דרפ"ב דכתובות דנאמן לומר שדה זו של אביך היתה במיגו משום הפה שאסר כו' וקשה לרב יוסף דס"ל בב"ב (דף ל"ב) דאינו נאמן במיגו להוציא מהא דקרקע בחזקת בעליה כו' וע"כ מוכח לחלק דשאני היכא דהוי הפה שאסר כו'. ולפ"ז י"ל דה"ה במקום שבועה מהני הפה שאסר לאפטורי משבועה מה"ט כיון דמהני זה אף להוציא ממון. והתם בב"ק הא הוי הפה שאסר כו' דהא אי בעי שתיק. ואחר שנשבע כבר לא היה צריך שוב לדבר מזה ולהשיב להבע"ד התובעו. ע"כ הוי זה בגדר הפה שאסר כו' בעת שהודה דלשקר נשבע מתחלה. [ושאני הא דכתבו התוס' בב"מ (דף ב') ד"ה וזה נוטל רביע כו' דהא דב"ב הוי מיגו דאי בעי שתיק. דהא היה צריך עכ"פ לבא לב"ד להראות שטרו]. והיכא דהוי הפה שאסר כו' בזה סמכינן אף לפוטרו משבועה. ע"כ אינו קשה מהא דב"ק על שיטת הרמב"ם:

ויצא לנו דין מחודש דאף היכא דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה. מ"מ היכא דהוי בגדר הפה שאסר כו' דבזה סמכינן אף לאפטורי משבועה:

(הגה"ה:

ובמש"כ לעיל לדון בשי' הרמב"ם דלכן בעל שאמר גרשתי אינו נאמן משום דחיישינן שמא בגט פסול גירש. דעיקר סברתו הוא דכיון דאיכא לברורי ולגרשה בפנינו ע"כ לא סמכינן על מה דבידו לגרשה. הנה עפ"ז יש לדון בהנך גיטין הבאין מרחוק למדינתינו דקשה להשיג הקיום על חת"י ב"ד דעל הרשאה. ועיין באה"ע ס"ס קמ"ב בט"ז שם מזה ובאחרונים שם. ודרכי בזה לצוות שיראו הב"ד דשם לומר להבעל המגרש שיכתוב מכתב בכת"י להב"ד דבמקום הנתינה ובמקום הנתינה מכירין כת"י הבעל. ע"כ יש לסמוך ע"ז בפשיטות דהא בעל שאמר גרשתי אשתי נאמן עפ"י דין משום דבידו לגרשה. רק הא דלא מהני זהו משום דאם איתי' דגירשה קלא אית לי' כמש"כ הרשב"ם והתוס' בב"ב (דף קל"ה). א"כ הכא דשולח הגט ממק"א לא שייך בזה לומר דאם אי' דגירשה קלא אית לי' דהא עכשיו כעת שולח הגט ממקום רחוק לפה. א"כ לפי סברת התוס' והרשב"ם לא שייך להחמיר בכה"ג. ולשיטת הרמב"ם דחייש דשמא בגט פסול גירש. הא נתבאר דעיקר הטעם הוא משום דאתם קיימים בפנינו יגרש אותה שנית. א"כ בשולח הגט ממקום רחוק לא שייך זה. ע"כ לכל השיטות אין להחמיר בכה"ג וזהו עצה נכונה לצאת ידי חובת קיום (ע"כ הגה"ה):

ענף ח:

ובעיקר מילתא דנתבאר לעיל דהיכא דאיכא לברורי לא מהני מיגו נראה לענ"ד להביא ראיה לזה מן חגיגה (דף כ"ב ע"ב) דאי' שם הא דאמר מעולם לא הטבלתי כלי. בתוך כלי והא דאמר הטבלתי אבל לא הטבלתי בכלי שאין בפיו כשפופרת הנוד והתניא נאמן עם הארץ לומר לא הוכשרו אבל אינו נאמן לומר הוכשרו ולא נטמאו. והקשה הטורי אבן דאמאי לא מהימן במיגו דלא הטבלתי כלי בתוך כלי והא דאינו נאמן לומר הוכשרו ולא נטמאו במיגו דלא הוכשרו י"ל משום דע"ה אינו בקי בהלכות טהרה ושמא נטמא וסבר דלא נטמא אבל זה תקשה כו' וי"ל דה"ט דא"נ משום דהוי כמו הא דחולין כל טבח שא"י הלכות שחיטה אסור לאכול משחיטתו אפילו אמר ברי משום דהוי מילתא דלא רמיא כו' מיהו לא דמי להאי דחולין כ"כ עכ"ל הט"א. וכוונת חילוקו הוא ע"פ דברי החכם צבי בסי' ק"ד ע"ש. ועיין בט"ז יו"ד סי' ק"צ ס"ק מ"ם. ומן דברי המהרש"ל המובא בש"ך יו"ד סי' צ"ד ס"ק כ"ח מוכח דלא ס"ל לסברת החילוק שמחלק החכם צבי שם דשאני בשחיטה דיש לנו חזקת איסור ע"כ אמרו בזה להך כללא דמילתא דלא רמי'

לאו אדעתיה דהא בנידון של המהרש"ל שם לא הוי חזקת איסור ואפ"ה כתב שם לדון להך מילתא דלא רמיא עלי' דלאו אדעתי'. ועיין בפרמ"ג שם ובש"ך יו"ד סי' צ"ד ס"ק א' ובפרמ"ג או"ח בהנהגת או"ה סדר שני אות י"ג מזה. ועיין בנו"ב מ"ת ח' יו"ד סי' ט"ז מזה. ויש הרבה לדון בכ"ז ואין כאן מקומו וכיון דהטורי אבן בעצמו כתב דאין זה דומה להא דחולין. ע"כ עדיין תקשה לקושיות הטורי אבן בחגיגה הנ"ל:

אכן לפי מה שנתבאר דמיגו לא מהני היכא דאיכא לברורי ולתקן הדבר בפשיטות וכמו בבעל שאמר גרשתי א"נ מפני הטעם שכתב הרמב"ם הנ"ל אתי שפיר מה דלא האמינוהו במיגו דאי בעי אמר מעולם לא הטבלתי כלי בתוך כלי משום דזה הוי כמו איכא לברורי ולתקוני דהא יכול בקל להטבילו ולהזות על הכלי מחדש וכמו הא דפרק אין מעמידין (דף ל"ז ע"ב) הא מיא בנהרא זילו טבולו. ודומה למש"כ הרמב"ם פ' י"ב ה' גירושין ה' ה' הנ"ל דאומרים לו אם אמת הדבר הרי אתם קיימים גרש אותה בפנינו. דהטעם הוא לפי דאיכא לתקוני בקל עתה לפנינו ע"כ אינו נאמן במיגו דבידו לגרשה. וה"ה הכא דבידו לתקן בנקל ולהטבילו ולהזות עליו מחדש ע"כ א"נ במיגו. והוי כמו רובא דהיכא דאיכא לברורי בנקל דלא סמכינן על הך רובא וה"ה במיגו וידעתי. מה דיש לדון בזה ע"פ דברי הנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' ל"ח בד"ה ואחר שעלה בידנו חידוש דין זה כו' שהביא שם לדברי הצל"ח בפסחים בסוגיא דר"ח ס"ה כו' ע"ש. אכן מן הש"ך יו"ד סי' ק"ב ס"ק ח' לא נראה כן וקצרתי. ומתורץ עפ"ז קושיות הטורי אבן: והא דאינו נאמן לומר הפירות הוכשרו ולא נטמאו במיגו דלא הוכשרו. יש לומר בזה כמש"כ הטורי אבן. אבל בהא דהטבלתי ולא הטבלתי בתוך כלי שאין בפיו כשפופרת הנוד דבזה לא שייך כן וכמש"כ הטורי אבן לחלק בין הא דחולין הנ"ל להך דחגיגה. וע"כ מוכח מזה כפי הסברא שכתבתי דמיגו לא מהני היכא דאיכא לברורי ולתקוני בקל. והא דאמרו שם לסייע לרבא מהא דתניא דא"נ לומר הוכשרו ולא נטמאו וכמו שהרגיש בזה הטורי אבן שם. נלע"ד בזה דכוונת הש"ס הוא להוכיח לחלק דהיכא דהוי דררא דספיקא עכ"פ אז אינו נאמן עם הארץ בטענת עצמו רק ע"י מיגו. ולכן בהוכשרו ולא נטמאו א"נ משום דהוי דררא דספיקא וממילא כיון דא"נ בלא מיגו לכן היכא דלא שייך המיגו התם וכמש"כ הטורי אבן לכן א"נ. ע"כ ממילא ה"ה בהך דהטבלתי כלי בתוך כלי ולא היה בתוך כלי שאין בפיו כשפופה"נ כיון דהוי דררא דספיקא ע"כ לא האמינו חז"ל לו כיון דלא מהימן בטענת עצמו. ואף שיש לו מיגו מ"מ לא מהימן מצד מיגו כיון דאיכא לתקוני בקל וע"כ אינו נאמן כן נלע"ד בכוונת הגמ'. והא דיש להעיר על הא דאמרו התם דלא הטבלתי כלי בתוך כלי דטהור דאכתי יהיה טמא משום מגע ע"ה. אין זה שייכות לענינינו דבל"ז יש

להעיר כן שם. אך באמת אתי שפיר בפשיטות דהא יש נפ"מ רבתא היכא דאינו טמא משום טומאת מת רק משום מגע ע"ה כדמוכח שם בכולו סוגיא דחגיגה ועיין ברמב"ם פ' י"א ה' מטמאי משכב ומושב ה' י"ב וקצרתי. ולכן כיון דאמרינן דלא מהני מיגו כו' משום דאיכא לתקוני בקל ע"כ ממילא הוי דינו של הכלי כמו טמא מת וכמו הך דבעל שאמר גרשתי כו' לשיטת הרמב"ם כנ"ל. והוי מזה סייעתא לדברי הרמב"ם בזה. ולעיל כתבתי דהיכא דהוי בגדר הפה שאסר כו' מהני זה אף לאפטורי משבועה אך הא דחגיגה אין זה בגדר הפה שאסר דהא צריכים עכ"פ לאמירתו וקצרתי:

ועיין לעיל בחידושי סי' א' בכללי מיגו ענף ב' שהוכחתי דרוב עדיף מן מיגו כמו שהבאתי שם בשם תה"ד. וכיון דברוב אמרינן היכא דאיכא לברורי מבררינן כש"כ במיגו וכמש"כ שם מזה. ולפי דברי המג"א בסי' תל"ז בס"ק ד' שכתב דהא דיו"ד בסי' א' דלא סמכינן על רוב היכא דאיכא לברורי דשא"ה משום דאיכא חזקת איסור ע"ש. א"כ לפ"ז יש לחלק דדוקא באומר גרשתי את אשתי כו' דכתב הרמב"ם דלכן א"נ משום דאומרים לו ברר דבריך כו' משום דהתם מעמידין אותה בחזקת א"א ע"כ לא סמכינן על מיגו היכא דאיכא לתקוני משא"כ בהך דחגיגה דלא שייך התם להעמידו על החזקה ע"כ הדין נותן דיהיה מהני מיגו אף היכא דאיכא לתקוני. אכן לפי מה שנתבאר לעיל דהכלי טמא משום מגע ע"ה בלא"ה רק דאנו דנין שם אם הכלי אינו רק טמא משום טומאת ע"ה או דטמא משום טמא מת ונפ"מ אם להטביל בהערב שמש לבד או דטמא משום טמא מת דצריך להזות עליו שלישי ושביעי וכמבואר ברמב"ם פ' י"א ה' מטמאי מו"מ ה' י"ב. א"כ גם בהך דחגיגה שייך להעמידו על חזקת טומאה דיש להכלי של ע"ה בוודאי. דמעמידין את הכלי על חזקת טומאתו דאינו יוצא מידי טומאתו עד שמזין עליו ג' וז' ואין זה בגדר מחזיקין מאיסור זה לשם איסור אחר כי שם טומאה אחת היא. ועיין בכתובות (דף ע"ה) תוס' ד"ה ספק טמא כו' וקצרתי. אך כבר חלק הפר"ח באו"ח סי' תל"ז שם על המג"א שם. ועיין בפרמ"ג שם ובפרמ"ג ליו"ד בפתיחה להלכות טריפות בסי' ל"ט ע"ש והדברים ארוכין ואכמ"ל. ובעיקר הענין שכתב הרמב"ם בבעל שאמר גרשתי א"נ משום דאומרים לו ברר דבריך כו' י"ל דזהו מדרבנן דהחמירו בכה"ג משום חומר ערוה וכעין זה בהא דחגיגה דהחמירו חז"ל בכזה משום חומר טהרות וע"ז שייך לומר דאין מדמין גזירות חז"ל זה לזה כדמצינו כעין זה בכמה דוכתי:

ח (שם סעיף י"ב הג"ה):

ובעיקר הדין דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה נלע"ד להעיר מן ב"ב (דף ה') דאמרו שם איבעיא להו תבעו לאח"ז וא"ל פרעתיך בתו"ז מהו מי אמרינן במקום חזקה אמרינן

מה לי לשקר או דילמא כו' ולא איפשיטא וכן מבואר בח"מ סי' ע"ח סעי' ה' וכמש"כ הש"ך שם. ויש להקשות דהא מצינן למיפשט להך איבעיא ממה דחזינן דחזקה תו"ז פוטרת להמלוה מן שבועת יתומים כמבואר שם בסוגיא זו ואלו מיגו אין לו כח למיפטר מן שבועה וה"ה בשבועת יתומים אף היכא דיש לו מיגו אינו פוטר מן שבועה זו דמ"ש זה מכל שבועות דאין כח למיגו למיפטר משבועה. [והן בשד"א והן בשד"ר אמרו כן וכמו שהוכיחו הגאונים מהא דב"ק (דף קי"ד) המכיר כליו וספריו ישבע כמה הוציא ויטול דזהו המקור לשבועת המשכון דזהו הטעם משום דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה כמבואר בר"נ וברא"ש לשבועות פ"ז ובח"מ סי' ע"ב וסי' פ"ט בש"ך שם]. א"כ חזינן דחזקה דתו"ז יש לו כח ביותר מן מיגו דהא חזקה דתו"ז פוטרת משבועה ואלו מיגו אינו פוטר משבועה ע"כ ממילא הדין נותן דלא יהיה נאמן במיגו נגד חזקה דתו"ז משום דחזקה תו"ז יש לו מעלה יתירה מן מיגו. [ועיין באו"ת בכללי מיגו ס"ק קי"ז דהוכיח דאף היכא דהמיגו פועל לענין ממון דמ"מ אינו פוטר משבועה וזהו פשוט מכמה מקומות]. וכעין זה יש לכאורה להעיר לפי מה דקיי"ל דמיגו להוציא לא אמרינן דהטעם הוא משום דמעלת מוחזק אלימא ביותר מן מעלת מיגו א"כ ממילא יש להוכיח דלא אמרינן מיגו במקום חזקה דהא חזינן דמעלת חזקה תו"ז אלימא ביותר ממעלת מוחזק דהא כל חזקה תו"ז מוציא ממון מהמוחזק וכיון דמוחזק עדיפא מן מעלת מיגו א"כ כש"כ מעלת חזקה תו"ז כיון דעדיפא ממעלת מוחזק דתהא עדיפא ממעלת מיגו. אך בזה י"ל כיון דהמיגו שיש להנתבע מסייע גם למעלת המוחזק שיש להנתבע ע"כ יכול להיות דמעלת מיגו עם מעלת מוחזק ביחד עדיפי מן מעלת חזקה דתו"ז וע"כ אין זה קשה כלל בפשיטות. אבל מה שכתבתי להעיר דה"מ למיפשט הך אבעיא מן מה דמוכח לנו הכלל דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה וכמו דהוכיחו מהמשנה המכיר כליו כו' כנ"ל. א"כ מזה שפיר ה"מ לאוכוחי למיפשט להך איבעיא דבזה לא שייך לדון כן ואכתי תקשה כנ"ל: והנה לפי הטעם שכתב הש"ך בסי' רצ"ו בס"ק א' בשם הע"ש שכתב לפרש הטעם של הסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה דהוא משום דדוקא לאפטורי מממון דיינינן דין מיגו משום דבממון מעלה ע"ד לחקור על הטענה מעליא משא"כ להפטר משבועה אינו מדקדק כ"כ ואדרבה רוצה הוא להיות חייב שבועה כדי שיאמינו לו כו' עכ"ל. א"כ לפ"ז אין שום מקום ראיה להוכיח דחזקה תו"ז עדיפא מן מעלת המיגו ע"פ ההוכחה דמיגו לא מהני לפטור משבועה כו' משום די"ל דלכן לא מהני מיגו לפטור משבועה. משום סברת הע"ש הנ"ל דאינו רוצה להפטר כ"כ משבועה. אבל לעולם י"ל דכח המיגו לענין ממון עדיפא ממעלת חזקה. ואין מקום לקושיא זו. אכן לפי הטעם שכתבתי לעיל בשם הט"ז

לח"מ סי' רצ"ו דלכן לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה משום דהיכא דאיכא לברורי לא סמכינן על המיגו וכמו שכתבתי לעיל לחזק סברא זו. ובאמת י"ל דזהו כוונת הסמ"ע שם בסי' רצ"ו ס"ק א' שכתב דלגבי שבועה לא רצו חז"ל לפוטרו ע"י מיגו. דכוונתו הוא ג"כ משום דכיון דיכול לברר זה ע"י שבועתו לא פטרו חז"ל אותו והך דאיכא לברורי מבררינן זהו רק מדרבנן ואכמ"ל בזה. א"כ לפי הטעם הזה שפיר הקשיתי דנפשוט להך איבעיא דמיגו במקום חזקה ממה דחזינן דחזקה פוטרת משבועה אף דשייך גם התם לדון להסברא דאיכא לברר ואלו גבי מיגו לפטורי משבועה דייינינן דאינו פוטר משום דאיכא לברורי הרי דמעלת חזקה אלימא ממעלת המיגו ע"כ תקשה דנפשוט להך איבעיא מן הכלל הזה. וע"פ הטעמים של הע"ש והט"ז הנ"ל בענין מיגו לאפטורי משבועה יש לדון במה שכתב הכנה"ג בכללי מיגו ס"ק קי"ז ובאו"ת שם דהיכא דהמיגו נוגע להממון אם פוטרת משבועה או לא די"ל דזה תלוי בבאור הטעמים הללו. וי"ל להאריך בפרט הזה הרבה רק לפי דהעיקר לדינא כמו שכתב האו"ת שם להשיג על הכנה"ג בזה ולעולם לא מהני מיגו לפטור משבועה אף היכא דנוגע לענין פטור ממון ע"כ מוכח מזה דהעיקר הוא כהטעם של הט"ז הנ"ל. א"כ בוודאי תקשה לקושיא הנ"ל דנפשוט להך בעיא דמיגו במקום חזקה ממה דלא מהני מיגו לפטור משבועה כנ"ל:

אכן יש לדון ולהוכיח דבשבועת יתומים היכא דיש מיגו להתובע דמהני המיגו לפוטרו משבועה והוא דאמרו בב"ב. (דף ל"ג) בעובדא דרבא בר שרשום דאמר אי מהדרנא ארעא ליתמי כו' אמור רבנן הבא ליפרע מנכסי יתומין לא יפרע אלא בשבועה אלא אכבשי' לשטר משכנתא ואוכלה שיעור זוזאי דמיגו דאי בעינא אמינא לקוחה בידי כי אמינא דאית לי זוזי מהימנא כו'. והתוס' שם הקשו דאכתי יצטרך לישבע היסת והוכיחו דאין נשבעין ש"ה בכה"ג כיון דאין טוענים ברי וכ"כ הרא"ש והנמוקי יוסף ובחידושי הרמב"ן שם. וכן הוא בח"מ סי' קמ"ט סעי' כ"ב והובא שם בסמ"ע וש"ך בס"ק כ"ד בשם הראשונים דהקשו דהא חייב לישבע שבועת המשכון בנק"ח ותירצו זה ע"ש. אבל אכתי תקשה דהא אף דיהיה לרבא בר שרשום מיגו דלקוחה דעכ"ז יהיה חייב לישבע לשבועת יתומים דהבא ליפרע מנכסי יתומים דלא יפרע אלא בשבועה דהא נפרע מיתומים. אך לפי תירוץ הש"ך בסי' קמ"ט בס"ק כ"ד ובסי' פ"ט ס"ק יו"ד דלכן לא היה חייב שם לישבע לשבועת המשכון בנק"ח משום דהיה שטר לרבא בר שרשום על חובו ולכן אם יש לו מיגו בתפיסתו להמשכון א"צ לישבע לשבועת המשכון. והא לשיטת הסוברין דמיגו לאפטורי מן שבועה לא אמרינן הטעם דשבועת המשכון הוא ג"כ מה"ט כמו דמבואר ברא"ש פ"ז דשבועות ובש"ך סי' ע"ב ס"ק ס"ט ובשארי ראשונים. ואפ"ה בצירוף

מיגו ושטר מהני המיגו לפטור משבועה לדברי הש"ך לפי הכלל שלו הנ"ל וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ב בס"ק ע'. ולפ"ז יש לדון דה"ה גבי שבועת יתומים היכא דיש לו שטר אז מהני המיגו לפטורי משבועת יתומים מה"ט. וגם יש להסביר לדברי הש"ך הנ"ל ע"פ דברי הסמ"ע בריש סי' רצ"ו דלכן לא אמרינן מיגו לפטורי משבועה משום דדוקא לענין לפטור מממון בזה מהני מיגו משום דחזקת ממונא מסייעו משא"כ לפטורי משבועה דכיון דפוטר א"ע משבועה ע"כ בזה אין חזקת ממון מסייעו כ"כ לכן לא מהני מיגו לפוטרו משבועה ע"ש. ולכן כיון דקיי"ל דהיכא דשטר מסייעו בזה מהני מיגו גם להוציא מהמוחזק אף דחזקת ממונא מנגדתו כש"כ גבי מיגו לפטורי משבועה דהיכא דהשטר מסייעו דודאי אמרינן מיגו לפטורי משבועה דנהי דבזה לא שייך לומר דחזקת ממונא מסייעו דעכ"ז היכא דשטר מסייעו אמרינן מיגו בכה"ג:

אכן לפי תירוץ הראשונים דתירצו שם דלכן לא היה צריך רבא בר שרשום לישבע לשבועת המשכון משום דבקרקע לא תקנו לשבועה זו או משום דמיירי שכבר אכל להנך פירי וכמבואר בחידושי הרמב"ן שם והובא בש"ך סי' פ"ט ס"ק י' בשם הבעה"ת ובסי' קמ"ט בס"ק כ"ד. ולא ס"ל להכלל של הש"ך הנ"ל א"כ תקשה דהא אכתי היה צריך רבא בר שרשום לישבע לשבועת יתומים דהא אף דיש לו מיגו עכ"ז הא מיגו לא מהני לפטורי משבועה. וע"כ מוכח מזה דהאמת הוא לדינא דבשבועת יתומים מהני מיגו לפטורי משבועה זו. וכיוצא בזה מצינו בפ"ז לשבועות ובהר"נ גבי שבועת שכיר ובעה"ב דאם יש מיגו לבעה"ב נאמן בלא שבועה משום דמיגו של הבעה"ב מהני לפוטרו משבועת התקנה זו ואין למדין מזה על שבועת השותפין דאף דהוי נמי תקנה עכ"ז אין לך אלא מה שמנו חכמים דבמה דמצינו בפי' דאמרו חז"ל דמהני ביה מיגו כו' משא"כ בשארי שבועות אף דהוי מצד תקנה עכ"ז מוקמינן אדינא דלא מהני מיגו לאפטורי משבועה כן הוא קוטב דברי הר"נ והובא בקצרה בש"ך סי' צ"ג ס"ק ד' ובקצה"ח שם ס"ק א' ע"ש. וכמו כן יש לדון גבי שבועת יתומים דהיה קים לחז"ל דמהני ביה מיגו לאפטורי משבועה זו וכמו דאמרו בש"ס רפ"ז דשבועות גבי שבועת הבעה"ב להשכיר דמהני ביה מיגו לפוטרו משבועה זו וה"ה בזה ואין למידין ממנו למקום אחר וכסברת הר"נ הנ"ל. אך גבי שבועת המשכון דעיקר התקנה דחיוב שבועה זו היה דלא יועיל ביה מיגו לפוטרו משבועה לבעל המשכון וע"כ שפיר הקשו כל הראשונים בעובדא דרבא בר שרשום דיהיה חייב לישבע לשבועת המשכון דהא התם נאמר בפירוש דלא מהני בי' מיגו לפוטרו משבועה דהתם. אבל גבי שבועת יתומים שפיר יש לדון כן ובפרט דכן מוכח ממה דחזינן דאיבעיא להו במיגו במקום חזקה אם חזקה עדיפא או מיגו עדיפא

ולא פשטו ממה דחזינן דחזקה תו"ז פוטרת משבועת יתומים ואלו מיגו לא מהני לפטור משבועה וכמו דהקשיתי לעיל. אבל באמת מוכח מזה גופא דכמו דחזקה מהני לפטור משבועת יתומים דממילא ה"ה דמהני מיגו לפטור משבועה זו וע"כ אין מקום לקושיא זו כלל:

ח (שם סעיף י"ב):

וידעתי כי בעיקר קושייתי דה"ל לרבא בר שרשום לישבע לשבועת היתומים דהא לא מהני מיגו לפוטרו משבועה זו. דעדיין י"ל בזה דזה תלוי בשני פירושים בהרא"ש לב"ב פ"ג סי' י"ז דהקשה מה אהני לרבא בר שרשום טענה זו הא עדיין חייב לישבע שבועת היסת ותי' בתחלה דכיון דטוענים שמא אינו חייב היסת וכן הוא בתוס' שם. ועוד תירץ הרא"ש דכוונת רבא ב"ש היה דכיון דלא ישיג תועלת ממה שימתין לכשיגדילו היתומים דהא יהיה חייב לישבע ע"כ מוטב לו שלא להמתין אף דיצטרך עדיין לישבע כו' ע"ש. ולפי תירוץ השני של הרא"ש הנ"ל אין מקום כלל לקושיא הנ"ל דהא י"ל דבאמת גם עכשיו שיש לו מיגו דלקוחה יהיה חייב לישבע לשבועת יתומים משום דמיגו לא מהני לפטורי משבועה רק כוונת רבא ב"ש היה דכיון דלא ירוויח בהמתנה דאף כשיגדילו לא יהיה גובה מהם אלא בשבועה ע"כ אכבשי' לשטר משכנתא כו' ואהי' גובה מהם מיד אף דיצטרך עדיין לישבע לשבועת היתומים עדיין. ואין הכרח לדברי קושייתי הנ"ל רק לפי פירוש הראשון של הרא"ש והתוס' בב"ב שם. וי"ל דהרא"ש לשיטתו דס"ל דמהני מיגו לאפטורי משבועה כמבואר בהרא"ש פ"ז לשבועות סי' ג' ע"כ מהני מיגו גבי רבא ב"ש למיפטר משבועת היתומים וכן הוא שיטת התוס' כמש"כ הכנה"ג בכללי מיגו אות קי"ג ע"ש באו"ת. ואותן הסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה י"ל דיסברו לפרש להך סוגיא דרבא ב"ש כפי פירוש השני של הרא"ש הנ"ל דעדיין לא נפטר רבא ב"ש משבועה. רק דכתב הרא"ש כן על היסת משום דהא ס"ל להרא"ש דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה. אכן לפי שיטת הסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה י"ל דיהי' חייב עדיין לישבע לשבועת היתומים ואין מקום כלל לקושייתי בזה: אכן שיטת רוב הראשונים נראה דס"ל לפרש להך דרבא ב"ש דלא היה חייב לישבע עכשיו לשבועת היתומים במה דאמר אכבשי' לשטר משכנתא כו' דהא הרבה ראשונים הקשו דעדיין יהיה חייב רבא ב"ש לישבע לשבועת המשכון כנ"ל. וכן הראב"ד בהשגות פרק י"ד ה' טוען ה"ט הקשה כן והובא בש"ך לסי' פ"ט ס"ק יו"ד ובסי' קמ"ט. ואלו בהרמב"ם פ' י"ג ה' מלוה ה"ג ובהלכות שכירות פ"ב ה"ח שכתב הרמב"ם שם דלא אמרינן מיגו לפטורי משבועה ולא השיג הראב"ד שם עליו בזה. משמע דס"ל להראב"ד ג"כ כדעת הרמב"ם

בזה דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה ועכ"ז חזינן דהראב"ד ס"ל לפרש להך דרבא ב"ש דאמר אכבשי' לשטר משכנתא כו' דגובה בלא שבועה וכפשטות לשון הסוגיא דמורה כן ואף דאכתי תקשה דיהיה חייב עדיין לישבע לשבועת יתומים דאף דיש לו מיגו דלקוחה עכ"ז הא לא מהני מיגו לפטורי משבועה. וע"כ מוכח מזה הסוגיא דמהני מיגו לאפטורי משבועת יתומים. וכן יש לי לדון ולהוכיח כן אף לפי פירוש השני של הרא"ש הנ"ל רק דאין העת נותן להאריך בזה. וביותר מוכח כן מן דברי הרמב"ם ה' טוען פ' י"ד ה' ט' שכתב דהיכא שיש לו מיגו דלקוחה ה"ז גובה מן יתומים בלא שבועה כו'. וכ"כ המחבר בסי' קמ"ט סעי' כ"ב דהיכא דהחזיק שני חזקה ויש לו מיגו דלקוחה ה"ז גובה מיתומים שלא בשבועה כו'. וכ"כ המחבר בסי' ק"נ סעי' ו' דאם יש לו מיגו דלקוחה ה"ז גובה שלא בשבועה מהיתומים. ומשמע דאף בתביעתו לחוב בע"פ ה"ז גובה מהיתומים בלא שבועה אף דעיקר זכותו אינו רק משום המיגו. וקשה הא שיטת הרמב"ם דלא אמרינן מיגו לפטורי משבועה וכן הוא שיטת הש"ע בסי' רצ"ו סעי' א' ואפיה ס"ל דנאמן בל"ש לגבות מהיתומים ע"י מיגו ותקשה הא ה"ל מיגו לפטורי משבועה דלא אמרינן לשיטת הרמב"ם והש"ע. וע"כ מוכח דס"ל להרמב"ם והש"ע דבשבועת יתומים מהני מיגו לפטורי משבועה. והוכיחו כן מן הך דרבא ב"ש דפירשו להך סוגיא כפשטות הלשון דמשמע דרבא ב"ש היה נאמן בל"ש. ועיין בש"ע סי' קל"ג סעי' ה' וברמב"ם פ"ט ה' טוען דין ה' דס"ל לדינא דלא טענינן ליורש לחייב שבועת היסת כיון דטוענין שמא ובש"ך שם ס"ק י"א ובסי' ק"נ סעי' ו'. ולפ"ז שפיר יכולין לפרש להך דרבא ב"ש כפשטות הסוגיא דהיה גובה בל"ש ואף שבועת היסת לא היה חייב כיון דהיתומים היו טוענים שמא ואין טוענין להו בכה"ג לשיטתם. ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ב במש"כ בענין חיוב שבועת היסת ליתומים. ולכן שפיר י"ל דהרמב"ם והש"ע הוכיחו כן מהך דרבא ב"ש דמהני מיגו לפטורי משבועת יתומים על פריעת חוב מהם:

ועוד יש לדון בזה כיון דמצינו בהך דב"ב (דף ה') דאיבעיא להו אי אמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז ונשאר בבעיא דלא איפשיטא וכמבואר בח"מ סי' ע"ח סעי' ה' ובש"ך ס"ק י"ט. ועיין באו"ת שם ס"ק ט' שהאריך לבאר שיטת הרמב"ם במה דלא הביא להך איבעיא דהוי איבעיא דלא איפשיטא ונפ"מ לענין תפיסה והאריך לבאר שיטתו דס"ל דנפשטא האיבעיא ממק"א דאמרינן מיגו במקום חזקה ואף אם תפס המלוה מוציאין מידו והדברים ארוכין ואכ"מ. ועיין מזה בשו"ת טור האבן סי' ט"ו בד"ה ובדברינו יבואר כו'. ולפי זה יש לדון דכיון דאמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז א"כ חזינן דמעלת מיגו עדיפא ממעלת חזקה דתו"ז ע"כ ממילא מוכח מזה דכמו דבחזקה דתו"ז אמרינן דפוטרת

משבועת היתומים א"כ כש"כ דמיגו מהני לפטורי משבועה דיתומים ולא מיבעיא אי נימא כמש"כ האו"ת לשיטת הרמב"ם דס"ל דבוודאי אמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז. ואף לפי מש"כ הפוסקים דהוי איבעיא דלא איפשיטא עכ"ז שפיר פסק הש"ע בסי' קמ"ט ובסי' ק"נ הנ"ל דבהחזיק שני חזקה להשדה דיש לו מיגו דלקוחה דנאמן לתבוע חובו מהיתומים בל"ש. דהא מספיקא אין מוציאין מהמוחזק ואף בקרקע מהני תפיסה בספיקא דדינא וכמש"כ הנתיבות בכללי תפיסה בס"ק כ"ב דשיטת המחבר בח"מ סי' שי"ב סעי' י"ט מוכח דס"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ב) ד"ה והלכתא כוותי' דרבה ואף שהתוס' כתבו דדוחק הוא עכ"ז מהרא"ש בתשובה מורה דס"ל כן. וכן הוא דברי הרא"ש לסנהדרין פ"ד סוף ה' ו'. [ועיין במל"מ ה' שכירות פ"ז ה"ב ובקונטרס הספיקות של אחי הקצה"ח כלל א' ס"ק ב' ואכמ"ל בזה]. וכיון דשיטת הש"ע דמהני תפיסה אף בקרקע במקום ספיקא דדינא ע"כ ה"ה הכא כיון דהוא מוחזק בהשדה ע"כ נאמן לגבות חובו שלא בשבועה אף מהיתומים משום דיכול לומר קים לי דמהני מיגו במקום חזקה דתו"ז א"כ ממילא מוכח מזה דכמו דמהני חזקה דתו"ז למיפטר משבועת יתומים דה"ה דמהני מיגו למיפטר משבועת היתומים. ואין לחלק דשאני היכא דטוען על גוף הקרקע דהוא שלו משא"כ באינו תופס רק עבור חובו. דהא כיון דבספיקא דדינא מהני תפיסה אף בקרקע ע"כ אין לחלק בזה. ולכן שפיר פסקו הרמב"ם והש"ע לדינא דמהני מיגו לפטורי משבועת יתומים ואין למדין מזה למק"א וכמש"כ הר"ב גבי שבועת בעה"ב לשכיר דכיון דאמרו ברפ"ז דשבועות דמהני התם מיגו לפטורי משבועה אמרינן דדוקא התם היה ידוע לבעלי הש"ס דהקילו התם דמהני מיגו לפטורי משבועה ואין למדין מהתם על מקום אחר והבו דלא לוסיף עלה. וה"ה הכא גבי שבועת יתומים דמוכח מהך דרבא ב"ש דס"ל להש"ס דהיה התקנה בשבועת היתומים דיועיל מיגו לאפטורי משבועה או דמוכח כן מהך דב"ב (דף ה') דאיבעיא להו אי אמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז ולא איפשיטא וכש"כ לדעת הרמב"ם וכמש"כ האו"ת דס"ל דבוודאי אמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז. דוודאי אמרינן מיגו לפטורי משבועת היתומים וכמש"כ ולכן אתי שפיר כ"ז. ועיין באו"ת סי' ק"נ ס"ק ה' והעיקר כמו שכתבתי בעז"ה:

ועוד נלע"ד לדון בעיקר הקושיא דהקשיתי במה דאיבעיא להו בב"ב (דף ה') אי אמרינן מיגו במקום חזקה דניפשוט זה ממה דקיי"ל דמיגו לפטורי משבועה לא אמרינן ואלו חזקה פוטרת משבועת יתומים כו'. וכעין זה ההוכחה כתבו התוס' שם בד"ה מי אמרינן במקום חזקה כו' שהקשו והא הך חזקה עדיפא משטר דבשטר אינו גובה אלא בשבועה ובהך חזקה גובה בל"ש כו'. והוא דבח"מ סי' ע"ח בש"ך ס"ק א' דאף בתובע טוען שמא

מהני החזקה דתו"ז והוכיח כן מן יורשים והאו"ת דחי לראי' שלו דשאני יורשים אבל בתובע עצמו דה"ל למידע בזה מגרע החזקה דתו"ז ומספקא להמרדכי אם מהני החזקה דתו"ז אף בתובע טוען שמא או לא ע"ש בש"ך ובאו"ת באורים שם ס"ק א'. ואי נימא דחזקה דתו"ז מהני אף בתובע טוען שמא משום דאלימא להחזקה דתו"ז יותר משטר דבסי' נ"ט. לפ"ז יש לחלק בפשיטות ולומר דאף דנימא דמיגו עדיפא מן חזקה דתו"ז עכ"ז אתי שפיר מה דאמרו דחזקה דתו"ז פוטרת משבועה ואלו מיגו לפטורי משבועה לא אמרינן. משום דיש להסביר זה על נכון אף דמיגו עדיפא ממעלת חזקה דתו"ז. דהנה סברת הסוברים דלא אמרינן מיגו לפטורי משבועה כבר נתבאר בשם הט"ז הטעם הוא משום דמה דאיכא לברורי מבררינן וכיון דבידו לברר בשבועתו מחוייב לברר להספק שהטילה התורה או חז"ל עליו לברר ע"י שבועתו. וע"כ דוקא במיגו דעיקר מעלת מיגו אינו רק בטוען ברי דהא בטוען שמא לא שייך דין מה לי לשקר כלל וע"כ שייך התם שפיר לדון ולחייבו שבועה לברר הדבר אם האמת הוא כדבריו בטענת ברי שלו. משא"כ במעלת חזקה דתו"ז כיון דאף בטוען שמא ג"כ מהני מעלת חזקה דתו"ז ע"כ לא שייך התם לומר דהא בידו לברר וכל מה דאיכא לברורי מבררינן. דהא אף אם יאמר שאינו יודע בברי אם נפרע לחובו או לא ג"כ גובה ע"י החזקה דתו"ז ואף בטוען ברי שלא נפרעתי מ"מ הא יכול לשנות טענתו מפטור לפטור ולומר דאינו יודע האמת בזה וכמבואר בסי' ע"ט. וגם אף דלא יחזור מן טענת ברי שלו עכ"ז לא שייך לדון בחזקה לחייבו שבועה משום כל היכא דאיכא לברורי. דהא באמת אף אם לא יברר לישבע שטוען בברי כן רק דנולד לו ספק בהפרעון ג"כ יכול להוציא מן הנתבע ע"י החזקה. ואין אנו יכולין לחייבו שבועה רק שישבע שאינו יודע מן הפרעון. ולפ"ז י"ל דאף דנימא דחזקה דתו"ז גרוע מן מעלת מיגו מ"מ אתי שפיר מה דלא אמרו גבי חזקה דלא יפטור מן השבועה משום דאיכא לברורי כו' וכמו במיגו. משום דיש לחלק בפשיטות לפ"ז דשאני במיגו דלא שייך לדון למעלת מיגו רק בטוען ברי ע"כ שפיר אמרינן כל מה דאיכא לברורי מבררינן דהא כשישבע כי האמת עמו כפי טענת ברי שלו א"כ אז יתברר לנו על נכון ע"י שבועתו דהטילו חז"ל עליו להאמית להענין. אבל בחזקה דתו"ז דאף שישבע שנולד לו ספק בהפרעון עכ"ז לא יברר לנו להאמת בברי ובכה"ג לא שייך לדון דכל מה דאיכא לברורי מבררינן משום דהא אף אחר השבועה דהטילו עליו ג"כ לא יבורר לנו האמת על נכון וע"כ בכה"ג לא דיינינן להכלל דכל מה דאיכא לברורי מבררינן. וכעין זה הסברא כתב הנו"ב במ"ק ח' יו"ד סי' נ"ז גבי ספק ספיקא דאמרו דהיכא דאיכא לברורי מבררינן דזה אינו רק היכא דיברר שיהיה לנו וודאי אבל היכא דאף לאחר הבירור לא יהיה וודאי

רק ספק. בכה"ג לא דיינינן לומר דכל היכא דאיכא לברורי מבררינן וכ"כ החוות דעת ביו"ד בכללי הספק ספיקא של הש"ך ליו"ד סי' ק"י ס"ק ל"ה ע"ש וכן הסברא נוטה דכיון דאף לאחר שישבע כפי החיוב שהטילו עליו דלא יבורר לנו האמת ע"י טענתו. רק עיקר הסמך להוציא הממון מהמוחזק הוא ע"פ מעלת החזקה דתו"ז א"כ לא קרינן בזה איכא לברורי כו' אלא דסמכינן על החזקה בלבד. כן יש לדון בכ"ז ואין מקום לקושיא הנ"ל. אך כ"ז אי נימא דחזקה מועיל אף בתובע טוען שמא. וכן יש לדון עפ"ז בדברי התוס' דב"ב (דף ה') בד"ה מי אמרינן במקום חזקה כו' הנ"ל ובדברי הש"ע בסי' ע"ח סעי' ב'. אבל לפי מש"כ הסמ"ע בסי' ע"ח ס"ק א' בפשיטות דחזקה לא מהני בתובע טוען שמא וכן הוא שיטות האחרונים שם ע"כ ליתא לכל מה שכתבתי. וע"כ העיקר כמו שכתבתי מתחלה לתרץ לקושיא זו משום דבאמת גם במעלת מיגו פוטרת משבועת יתומים כנ"ל בארוכה:

סימן ג בכללי מיגו:

ג:

ובענין מיגו להוציא דלא אמרינן נתבאר בחידושי לעיל בסי' ג' בענין תפיסה בדרא דממונא דהיכא דיש חזקת מרא קמא המסייע להתובע דבזה דיינינן דמהני מיגו להוציא מהמוחזק כמו שהארכתי להוכיח שם בעז"ה ע"ש:

ובענין מיגו במקום קול כתבתי לעיל סי' ע"ט בש"ך ס"ק כ"ג לדון דבר מחודש בזה:

ובענין מיגו לחיובי שבועה כתבתי לעיל בסי' פ"ב סעיף י' קונטרס גדול בזה הענין ב"ה. ועיין מזה לקמן בחידושי לסי' פ"ד סעי' ב'. והנה לעיל בסי' פ"ב סעי' יו"ד הנ"ל הבאתי להוכיח בשם הגהות מיימוני ה' אישות פ' כ' הלכה ה' אות ד' דס"ל דאמרינן מיגו לחיובי שבועה ואזיל לשיטתו כמש"כ בהג"מ לרמב"ם פ' י"ד הל' מלוה הלכה א' אות ד'. וכעת נתחדש לי עוד בעז"ה שראיתי בתשובות מיימוני ה' משפטים סי' ל"ד שכתב באחד שתבע מחבירו איזה חוב והשיב לו איני חייב ואלו חייב הייתי לך היה לך לעכב בעת שקנית ממני מעיל ונשאל אם מחייבין שבועה והשיב אם ליכא עדים על קניות המעיל ודאי דנאמן במיגו וחייב ש"ה ואף בהיה עדים ע"ז אין זה דומה לסוף כתובות דיכול לומר דהיה ירא שלא ימכור לו כלום כו' ע"ש. הרי מבואר להדיא דס"ל לתשובת מיימוני דמהני מיגו לחיובי שבועה דהא כתב דאם היה מיגו להתובע אזי בוודאי חייב הנתבע ש"ה. ואף שכתבתי שם דהיכא דיש להתובע מיגו לחייב שבועה להנתבע דהוי זה כעין מיגו להוציא דלא אמרינן עכ"ז י"ל דהך תשובת מיימוני ה' משפטים הנ"ל אזיל כשיטת הפוסקים דס"ל דאמרינן מיגו להוציא כמבואר בסי' פ"ב ובסי' פ"ג ובסי' פ"ד בש"ך

לפלוגתת הפוסקים בזה. א"כ הנך דברי הגהות מיימוני ה' אישות הנ"ל והג"מ הל' מלוה הנ"ל ודברי תשובת מיימוני ה' משפטים הנ"ל הם הכל בשיטה א' דדייניין מיגו לחיובי שבועה. ולדינא כבר נתבאר בארוכה בחי' לסי' פ"ב סעי' י' ע"ש: סימן ד בכללי מיגו:
ד:
הש"ך ס"ק י' הביא לדברי התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה מי אמרינן מיגו כו' שכתבו דאמאי ביבמה שאמרה לא נבעלתי דלאחר שלשים מבקשין הימנו. וקשה הא אית לה מיגו דאינו יכול לבא עלי דנאמנת כו'. וביאר הש"ך טעמם דאי אמרה אינו יכול לבא עלי דנאמנת דזהו משום חזקה אין אשה מעיזה בפני בעלה והאריך בזה. וגם כתב דהא דנאמנת לומר לא נבעלתי בתוך ל' יום הטעם ג"כ משום חזקה דאינה מעיזה:
ולענ"ד יש לדון בזה טובא לפי מש"כ הר"ן בסוף נדרים (דף צ"א) בד"ה ואיכא למידק כו' בשם הרמב"ן ז"ל דשא"ה בהא דסוף הבע"י דאיהו בעי לאפוקי אותה מעיזה ומעיזה כו'. הרי דהיכא דאינו חפץ בה ואדרבה בא לגרשה אז מעיזה וליתא לחזקה זו. א"כ הא אמרו ביבמות (דף קי"ב) על הא דיבמה שאמרה לא נבעלתי והוא אומר בעלתי דמיירי בגיטה יוצא מת"י א"כ לדברי היבם כבר יצתה מרשותו ואינה אשתו. וזה עדיף מן נידון דהר"ן הנ"ל דהא לפי דברי בעלה שבא עלי' כבר א"כ אינו בעלה עוד עכשיו לאחר שנתן לה הגט א"כ לא שייך כלל הכא להך חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה כיון דלדבריו שוב אינו בעלה. לכן אינו קשה דהא יש לה מיגו דאינו יכול לבא עלי' כו'. דהא י"ל דאינה נאמנת לומר כן כיון דלא שייך בזה הך חזקה דאינה מעיזה. וכן מש"כ הש"ך דלכן נאמנת לומר בתוך שלשים לא נבעלתי דזהו משום חזקה דאינה מעיזה. הא לפי מה שכתבתי לא שייך התם הך חזקה כלל. ועוד דהא לפי האוקימתות דמוקמינן שם ביבמות (דף קי"ב) דמיירי בנתן להיבמה גט א"כ הא נפסלה ונאסרה להיבם ע"י הגט. א"כ גם לדברי היבמה דלא נבעלה עדיין ג"כ נאסרה עליו מחמת הגט א"כ וודאי דלא שייך בזה להחזקה דאינה מעיזה בפני בעלה. ובדברי הנימוקי יוסף ליבמות (דף קי"א) אשר הובא בתוס' יו"ט ליבמות פ' י"ג משנה י"ב יש לדון עפ"ז טובא וליישב דברי הנ"י יש לי כמה דרכים.
אך מש"כ להעיר על דברי הש"ך אין ענין לזה מן דברי הנימוקי יוסף הנ"ל וקצרתי:
והא דתוך ל' דכופין אותו שיחלוץ לה נראה לי דהטעם הוא משום אוקי אחזקה דלא נעשה דבר המחודש של הבעילה וכמו בכל ספק דמוקמינן על חזקה הראשונה כידוע. וכמבואר בח"מ סי' רמ"א סעי' י' ובסמ"ע ס"ק כ"ג גבי תנאי דקום ועשה דאינו נאמן לומר דקיים התנאי משום ה"ט ע"ש והדברים ארוכין ולכן דברי התוס' והש"ך צ"ע. ואחר כותבי זה ראיתי בתוס' ר' עקיבא איגר זצ"ל במשניות ליבמות פ' י"ג משנה י"ב אות ק"ו

שהעיר בקצרה כעין זה על התוס' ב"ב (דף ה') הנ"ל ע"ש. ובוודאי אין סברא לומר בכוונת התוס' דקאי על דברי המקשה דהקשה ביבמות שם עד שכופין אותו לחלוץ ניכפנו ליבם דלא אסיק אדעתי' דמיירי בנתן לה גט ולא הקשה רק דניכפנו לייבם אבל מה דמבקשין ממנו לאחר ל' ע"ז היה ניחא להסוגיא וע"ז הקשו התוס' דהא יש לה מיגו דאינו יכול לבא עלי דנאמנת ומוכח מזה דלא מהני מיגו במקום חזקה. דזה אינו מספיק ליישב דברי התוס' דהא י"ל דלכן לא הקשה בתחלת הסוגיא דלא ידעו דמיירי בנתן לה גט דהא יש לה מיגו. משום דהוי מצי מדחי לי' דלא אמרינן מיגו במקום חזקה כדחזינן דאיבעיא להו ע"ז בב"ב שם וע"כ הקשו ביותר דניכפנו לייבם. אבל כיון דמסיק הש"ס דמיירי בנתן לה גט א"כ אין שום מקום למפשט מדהתם דלא אמרינן מיגו במקום חזקה משום די"ל כנ"ל ועוד יש לי כמה דרכים לדחות זה וע"כ דברי התוס' צ"ע. וכש"כ בדברי הש"ך הנ"ל דאין שום סברא לפרש לדברי הש"ך דקאי למאי דסלקא דעתיך דשם ולכן צ"ע:

סימן פג

א (סעיף ב'):

אם הלוה מודה בשתי הלואות ונתן לו מנה סתם ולא פירש והמלוה אומר שרוצה לחשוב אותן בפרעון חוב שאין לו כה על הלוה כו' הדין עם המלוה כו'. וכתב הסמ"ע בשם הטור הטעם דעבד לוה לאיש מלוה. וכ"כ הבעה"ת שער כ' ח"א סי' ב' בזה"ל דעבד לוה לאיש מלוה ולפיכך הרשות ביד המלוה לומר לא אטלם אלא לרצוני:

ונראה לי דזה לא שייך רק בפרטי' זוזי דבזה יכול המלוה לומר דקבלתי אותם עבור חוב אחר אבל אם הי' הפרעון בקרקע או בחפצים בזה הדין נותן דאם פירש הלוה שנותנו בפרעון חוב פ'. והמלוה שתק וקיבל את החפץ או הקרקע ומשתמש בהם. בזה נראה לומר דכיון דפירש הלוה דנותנו עבור חוב פ'. וע"כ לדברי המלוה שרוצה לקבלן עבור חוב אחר א"כ הא אסור לו להשתמש בהקרקע או בהחפץ כ"ז דלא גבה אותם בב"ד דהא אסור להמלוה ליטול חפץ מן הלוה ולהשתמש בו כ"ז דלא שם אותו בב"ד. וצריך גובייגא ואחלטתא מן ב"ד אם הלוה אינו מגבהו מדעתו וכיון דהתנה הלוה בפי' דמגבהו עבור חוב הידוע לו דוקא א"כ כשהמלוה רוצה לקבלן עבור חוב אחר הוי גזל בידו ע"כ אם שתק בוודאי נתרצה לדברי הלוה. אכן בפרעון מעות בזה שפיר יכול המלוה לומר דקבלתי עבור חוב אחר דאף דהלוה אינו רוצה לפרוע עבור חוב האחר מכל מקום הא במעות יכול המלוה לתפוס בע"כ של הלוה ולהשתמש בהם בלא רשות ב"ד כמבואר בסי' ע"ב סעי' י"ז דמה"ט בתפס מעות א"צ שבועה בנק"ח ואף במעות צרורים הדין כן

וכמש"כ הקצה"ח שם בס"ק כ"ב דמעות יכול לגבות מעצמו בלא שומת ב"ד כו' ע"ש. וכן כתב הש"ך לקמן סי' ק"י ס"ק ה' לחלק בין תפס מעות לתפס חפץ. וכן מבואר חילוק בין תפס מעות לתפס חפץ בסי' פ"ז בסמ"ע ס"ק כ"ב ובש"ך ס"ק כ"ד בשם הר"נ. וכוונת הבעה"ת והטור שכתבו דהדין עם המלוה דעבד לוה כו' הכוונה הוא דכיון דהלוה משועבד להמלוה עבור חוב האחר ג"כ ע"כ יש כח להמלוה לתפוס את המעות בע"כ של הלוה אף דלא גבה אותם בב"ד ונאמן לומר דקבלם על חוב אחר ומה ששתק כדי שיתן לו המעות וכמש"כ הרמ"א בשם הר"נ בהכותב. וכן מדוקדק לשון הר"נ שם והרמ"א שכתבו כדי שתתן לי המעות כו' דמשמע דהך דינא לא שייך רק במעות וכן כתב הרמ"א שם אח"ז בשלח עם המלוה מעות לאחרים וקבלם בשתיקה יכול לומר דמה ששתקתי כדי שתתן לי המעות דזה ג"כ במעות. משא"כ בחפץ אינו יכול להחזיק לעצמו כ"ז דלא גבה אותם בב"ד וזהו מורה ג"כ על כל המבואר שם דדוקא במעות שייך כל הנאמר שם. ועיין מזה באה"ע סי' כ"ת סעי' ג' ובקצה"ח סי' ק"ץ ס"ק ה' ובמה שהביא שם להרשב"א בחי' לקידושין (דף י"ג) מזה וקצרתי. וכ"ז פשוט:

ענף א:

אם הלוה אומר מחוב פלוני שפלוני ערב נתתים לך וע"מ כן קבלתם והמלוה אומר לא נתרציתי אלא מחוב פ' שאין בו ערב אם החוב כו' הוא מע"פ נאמן הלוה בש"ה ונפטר הערב כו'. והקשה השער משפט שבועה זו מה טיבא הא מ"מ חייב הלוה חוב האחר וכיון דמיירי שאין להלוה לשלם כו' ועוד קשה דהא בסי' פ"ז סעי' כ"ה פסק הרב דמי שאין לו לשלם אין משביעין היסת כו' עכ"ל. וכבר הקדימו הגידולי תרומה לבעה"ת שער עשרים ח"ב אות א' להעיר כעין זה ונשאר בקושיא:

ונראה לע"ד ליישב דברי הבעה"ת והש"ע והוא דהקצה"ח בסי' ל"ט ס"ק ה' כתב דבכל ערב שנסתפק אם פרעו הלוה להמלוה אף במע"פ הוי ככל אינו יודע אם פרעתי דחייב הלוה כשטוען שמא בהפרעון והמלוה אומר ברי שלא נפרעתי ע"ש. והא דאם הלוה אומר פרעתי והוא מלוה בע"פ נשבע הלוה היסת ונפטר הוא והערב כמבואר בסי' קכ"ט סעי' ח'. אף דהוי הערב כאומר א"י א"פ וקיי"ל לדינא דהברי של אחר לא מהני וכעין המבואר בסי' ע"ה ש"ך ס"ק נ"ה וכמש"כ בחי' שם. עכ"ז פטור הערב אם הלוה אומר פרעתי משום דקיי"ל דהיכא דהלוה פטור דאז נפטר הערב כמבואר בבכורות (דף מ"ח) ולעיל סוף סי' מ"ט אבל היכא דהלוה אומר מתחלה פרעתי ואח"ז בעת שמחייבין להלוה שבועה הודה מאימת השבועה שלא פרע בזה הדין נותן דיהיה חייב הערב ולא שייך לומר בזה דהא טען הלוה מתחלה דפרע החוב ויהי' פטור. דזה אינו דכיון דע"פ דין חייב

הערב משום דהוי ככל א"י א"פ כנ"ל רק כ"ז דהלוה עומד בדבריו שפרעו אז אין לחייב להערב משום דכיון דהלוה פטור ממילא נפטר הערב ולכן כיון דעכשיו חוזר הלוה ומודה שלא פרעו ה"ז דומה להא דהלוה אומר שפרעו דנפטר הערב. אבל אם יבואו עדים להעיד לאח"ז להכחיש לדברי הלוה ומעידין דלא פרעו בזה וודאי חייב הערב דאף דמקודם דבאו העדים הי' פטור הערב מ"מ עכשיו שנתחייב הלוה חייב גם הערב וה"ה כשמודה עכשיו הלוה דהוא חייב כיון דהודאת בע"ד לחובה הוי כמאה עדים הוי זה כמו בירור גמור דיהי' חייב הערב וכיון דהלוה חייב עכשיו ע"כ גבינן מן הערב. ולכן כתבו שפיר דנשבע הלוה היסת ונפטר הוא והערב. דמשמע מזה דאם מודה עכשיו מאימת השבועה ומודה דלא פרעו דגובין מן הערב אף דאמר תחלה פרעתי:

ואפשר דאף דהלוה אומר עדיין שפרעו ואינו רוצה לישבע היסת ע"ז ג"כ יש לדון דגובין מן הערב מה"ט דנתבאר דכל ערב הוי כא"י א"פ רק היכא דמיפטר הלוה אין גובין מן הערב וע"כ כ"ז דאינו נשבע הלוה י"ל דכיון דאינו רוצה לישבע הדין הוא דענשינן להלוה וע"כ ממילא מקרי זה בשם חיוב על הלוה דלא נפטר הערב דזה מקרי חיוב ולא בשם פטור על הלוה והא דסוף סי' מ"ט אפשר דמיירי דכבר נשבע הלוה. וכן משמע פשט הלשון דאמרו שם בסי' קכ"ט נשבע הלוה היסת ונפטר הוא והערב דמשמע דכ"ז דאינו רוצה לישבע הדין הוא דגובין מן הערב משום דהוי כא"י א"פ. וע"כ אין זה דומה כלל להא דסוף סי' מ"ט הנ"ל וקצרתי. אך באמת ז"א דכיון דלא נחתינן לנכסיה בשבועת היסת אף דענשינן לי' מ"מ אין זה נקרא בשם חיוב על הלוה וגם בזה דיינינן דכיון דהלוה פטור ולא נחתינן לנכסי' כ"ז דאומר דפרעו ע"כ הדין נותן דאין גובין מן הערב. אך אם הלוה חוזר מאימת השבועה ומודה דלא פרעו אף דלא נשבע הלוה ע"ז ג"כ גובין מן הערב כפי הטעם שנתבאר. והא דמבואר בסי' קכ"ט סעי' ט' דקודם שנפרע מן הערב צריך הלוה לישבע שעדיין הוא חייב חוב זה כו'. זה אינו רק לחייב על הלוה אבל אם הלוה אלם ואינו רוצה לישבע ע"ז רק עומד ומחזיק בדבריו שהוא חייב חוב זה בזה וודאי גובין מהערב וכמש"כ הקצה"ח בסי' קכ"ט סעיף ט' דאם ברח הלוה ולא נשבע דגובין מן הערב אם הודה הלוה על החוב דעיקר היא ההודאה אבל השבועה שלו אינו מעכב ע"ש. וה"ה אף אם הלוה בפנינו ואינו נשבע מחמת שהוא אלם דגובין מן הערב כיון דהודה. ולכן אמרו דנשבע הלוה ונפטר הוא והערב משום דאם יודה עכשיו מן אימת השבועה אף דכפר מתחלה מ"מ עכשיו שיהי' מודה אף דלא ישבע ע"ז גובין מן הערב והטעם הוא כמו שנתבאר:

ונקדים לדברי המל"מ שהובא בקצה"ח סי' ט' ס"ק א' וכן להכנה"ג ביו"ד סי' קס"ט דכתבו דכופין להלוה לתבוע בכדי שיהי' לו במה לפרוע משום דפריעת בע"ח מצוה כו' וכמש"כ הקצה"ח שם להסביר זה דכיון שיש לו עצה שיהיה ביכולתו לסלק להבע"ח דמחוייב בזה וכופין לו ע"ז כדי שיקיים המצוה ע"ש. [ועיין בב"ק (דף פ"ט) תוס' ד"ה כל לגבי בעלה כו' מש"כ בסה"ד ואם אין לה אין משועבדים לניזק לעשות לו קיומים צ"ע עכ"ל התוס'. וכ"כ בהג"א שם. ויש לחלק וקצרתין]. א"כ לפי מה דנתבאר דאף דכפר הלוה מתחלה מ"מ אם יודה עכשיו שלא פרע להחוב שנעשה פ' ערב עבורו דאז יהיה הדין דיגבה המלוה לחובו מן הערב. ע"כ הדין הוא דיכול המלוה לחייב שבועה להלוה דהא המלוה טוען ברי שלא נפרעתי על החוב שנעשה פ' ערב עליו רק קבלתי על חוב אחר. א"כ אתה הלוה יש לך עצה להמציא לי הפרעון מן הערב כשתהי' מודה על האמת ומחוייב הלוה ע"ז מצד פריעת בע"ח מצוה כיון דאם יהיה מודה ע"ז יהיה בידו במה לקיים מ"ע דפריעת בע"ח כיון דבאמת יהיה גובה חובו בדין מן הערב שנתערב לו מרצונו. א"כ כיון דלדברי המלוה דטוען ברי הדין הוא כן ע"כ בכופר הלוה ע"ז הדין הוא שישבע הלוה ואז אם לא יודה הלוה יפטר הערב אבל אם יודה מן אימת השבועה שלא נפרע המלוה מן החוב שנעשה פ' ערב אז לא יפטר הערב וכמש"כ לעיל בכוונת הרמ"א בסי' קכ"ט סעי' ח' דכתב ג"כ דאם אמר הלוה פרעתיך נשבע הלוה ונפטר הוא והערב כנ"ל. דהכוונה הוא דהחיוב על הלוה לישבע כדי לברר אשר כדבריו כן הוא ואם יודה האמת אז יהיה חייב הערב אף שכפר מתחלה. וה"ה כאן הכוונה שהחיוב על הלוה לישבע ואם יהיה מודה לדברי המלוה יהיה חייב הערב אף שאמר מתחלה להיפך וא"ש לתרץ קושיות הג"ת והשער משפט:

עוד הקשה השער משפט בס"ק ג' דאמאי לא יהיה הלוה יחשב כעד דהא לדידי' אין שום נפ"מ אם חייב חוב זה או חוב אחר ואם יהי' לו מעות יצטרך לשלם להמלוה מחמת חוב האחר וא"כ הוי עד מעליא וכמש"כ הסמ"ע בסי' קכ"ג סעי' י"א כו' דהא סוף סוף חייב להמלוה חוב האחר. אך לפמ"ש דמיירי הכא שיש להלוה נכסים במדינה אחרת ניחא די"ל דהוי נוגע בעדות משום דחיוב הלוה נוח לו מחיוב הערב ואף דהסמ"ע והש"ך שם ס"ל דל"א השני נוח לי אלא בבא להוציא אבל לא כשהעד חייב כבר תמהתי בסי' ל"ז סעי' י"א כו' עכ"ל הש"מ. אכן בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעיף י"א כתבתי לתרץ לתמיהת השער משפט בסי' ל"ז סעי' י"א הנ"ל א"כ העיקר כדברי הש"ך והסמ"ע דלא הוי נוגע משום השני נוח לי כו' בבא ליפטר ותקשה כאן לקושיות הש"מ. ואפשר דגם הגי"ת להבעה"ת שער עשרים ח"ב אות א' נתכוין לקושיות הש"מ הנ"ל ג"כ:

ונלע"ד לתרץ לקושיות הש"מ והוא דהא מבואר לקמן בסי' קל"א סעי' ד' בהגהת הרמ"א דהערב יכול לכוף להלוה לפוטרו מן הערבות כו'. והש"ך שם ס"ק ו' כתב דלא קאי דברי הרמ"א רק להיש חולקים דהביא שם לעיל. אכן התומים כתב שם דהרמ"א סתם כן לדברי הכל ע"ש. וכיון דהערב יכול לתבוע את הלוה שיוציאנו מן הערבות ואף קודם שיפרע הערב להמלוה יכול לתבוע את הלוה ע"ז. ע"כ שפיר אמרו הכא דהלוה שאומר שהמלוה נפרע להחוב שנעשה פ' ערב אין דין עד כשר עליו משום דהוי נוגע בעדות דדוקא היכא דהוי נפ"מ לדידי' אם הוי בע"ד של איש פלוני או של איש האחר בזה שפיר אמרו דהיכא דהוי ליפטר לא הוי נוגע משום השני נוח לי כו' כיון דלא הוי הנפ"מ רק אם חייב לזה או לזה וסוף סוף הא לא הוי בע"ד רק לאחד מהם ע"כ ס"ל דבבא ליפטר לא מיפסל משום נוגע בכזה. אבל הכא כל זמן דלא ישלם להמלוה החוב שנעשה פלוני ערב אז יהיה להלוה שני תובעים ובעל דין שיהיה להם דין ודברים עליו דהא המלוה יהיה עליו התביעה בוודאי וכן הערב אף מקודם שיפרע להמלוה יהיה תובע ובעל דבר לתבוע מן הלוה שיוציאנו מן הערבות. הן אם יש להלוה נכסים כמש"כ הש"מ ואף אם אין לו נכסים כלל בשום מקום מכל מקום הא יהיה כל אחד מהם היינו המלוה והערב דין ודברים עליו כנ"ל כמו בשבועת אין לי להשביעו בכל שלשים יום כמבואר בסי' צ"ט. וא"ה הוי נפ"מ רבתא להלוה דאם יפטר מן החוב שנעשה פ' ערב אז לא יהיה עליו רק בעל דבר ותובע א' היינו המלוה לבדו ואם לא יפטר מן חוב זה אז יהיה לו שני תובעים ובעלי דינים שיעוררו עליו תמיד טענות ותביעות היינו המלוה וכמו כן הערב בטענתו שיוציאנו מן הערבות ועל כן הוי נוגע גדול דבוודאי הוי לו טובה ביותר אם לא יהיה עליו רק בע"ד ותובע א'. ובוודאי גרע להלוה ביותר אם יהיה עליו שני בעלי דינים ותובעים שיעוררו עליו לצעוק ולתבוע ממנו ע"כ שפיר כתבו הכא דאין להלוה שם עד כשר משום דהוי נוגע גמור. ואף לפי מש"כ הש"ך דרק לדעת יש חולקים כתב הרמ"א דהערב יכול לכוף ולתובעו להלוה שיוציאנו מן הערבות ולאו דברי הכל כן מ"מ הא כיון דיש פלוגתא בזה ע"כ י"ל בכזה לאו כ"ע דינא גמירי וכמש"כ בספרי כמה פעמים בהרבה ראיות דהיכא דהוי פלוגתא אף דלדינא לא קיי"ל כן מ"מ י"ל דטעה הבעל דין בזה. א"כ ה"ה כאן כיון דיש סוברים דיכול לתובעו שיוציאנו מן הערבות ע"כ י"ל דהלוה בעת שבא לב"ד דלא ידע אז הדין לאמיתו מקודם שיגידו לו הב"ד איך הוא הדין בזה הוי אז בשם נוגע בעדות דחושש דיהיה עליו שני תובעים כנ"ל. ואף לאחר זה דיגידו לו הב"ד איך הוא הדין בזה הא יש בזה חשש דישתדל להחזיק לדבריו הראשונים כדמצינו כעין זה בכמה דוכתי וכיוצא כזה כתב השער המלך פ' ט' ה' אישות ה' י"ב

שהביא בשם השיטה לקדושין (דף ס"ג) שכתב בהא דאמרו התם נאמן ליתן גט ואין נאמן לכנוס דפירש דמיירי שבא ואמר אני קדשתי' ואתן לה גט אז נאמן ונותן לה גט אבל היכא דלא אמר כן מתחלה א"נ אף ליתן גט משום דהוי נוגע להנאתו והשתא כי יהיב גיטא לאחזוקי דיבורו קא עביד. וזהו כסברת הש"ך בסי' ל"ג ס"ק ט' דחיישינן לאחזוקי דיבורא. והארכתי מזה בספרי נחל יצחק סי' ט"ו. ואף לפי דברי התומים בסי' ל"ג ס"ק ח' דהעלה לדינא דלא חיישינן לאחזוקי דיבורא מ"מ א"ש דהא כבר כתבתי בשם התומים בסי' קל"א דכתב דהרמ"א כתב שם לדברי הכל דהערב יכול לתבוע להלוה להוציאו מן הערבות ע"כ בוודאי א"ש ואין זה דומה להך דסי' קכ"ג דכתבו דלא אמרינן השני נוח לי כו' בבא ליפטר משום דיש לחלק בפשיטות דשאני היכא דהוי עליו שני תובעים ועכשיו לפי דבריו לא יהיה עליו רק תובע א' והוי נוגע בעדות ומתורץ קושיות הש"מ:

ענף ב:

דבמוקדם ממש כו' א"כ לדברי המלוה השטר כשד ונאמן במיגו עכ"ל. והבית מאיר באה"ע סי' סח סעי' א' בב"ש ס"ק א' כתב לדחות לדברי הש"ך דיש לומר דהרמב"ם סבירא ליה כדברי הרמב"ן לב"ב (דף ל"א) דמחלק דלכן גבי סטראי נאמן המלוה במיגו אף דמוציא מהלוה משום דאנו דנין שם על המעות דבידו כו' וע"כ י"ל דאף בשטר מעליא ס"ל להרמב"ם דאינו נאמן במיגו להוציא ע"ש. וכ"כ הקצה"ח כאן ס"ק ד' ושניהם לדבר א' נתכוונו. ומה שכתב הקצה"ח דבשטר דלא גבי ממשעבדי לא הוי כגבוי הנה בספרי נחל יצחק לסי' י"ב ענף ה' הבאתי להריטב"א בגיטין (דף ל"ז) בשם ר' פנחס הלוי דס"ל דבכל גווני הוי כגבוי ובשמיטה שאני וזהו כדברי הש"ך דהכא דאף בשטר דאינו גובה רק מב"ח ג"כ הוי כגבוי ואמרינן מיגו להוציא. וגם הא יש טעמא אחרינא במה דאמרו בשטרא מסייע ליה דהוי כגבוי. ושם בספרי תרצתי למה שהקשה הקצה"ח כאן מן ב"ב (דף קנ"ז) ע"ש:

וע"פ דברי הקצה"ח דבשט"ח דאינו גובה ממשעבדי לא הוי כגבוי יש מקום לתרץ עפ"ז לקושיות התוס' בכתובות (דף מ"ד ע"א) בד"ה והלכתא אחד זה כו' שהקשו ותיפשוט מהא דתניא לעיל מודה ר' יהודה במארס בתו ובגרה ונשאת שאין לאביה רשות בה ובדלא כתב לה מיירי דאי כתב לה הוי שלו הואיל וברשותו נכתבה ואי ארוסה אין לה כתובה פשיטא דאין לו בה כלום ונראה לרשב"א כו' והמהרש"א ומהר"ם שיף הקשו שם על תי' הרשב"א ע"ש. אכן לפי מש"כ הקצה"ח לשיטת הרמב"ם דס"ל דשט"ח דאינו גובה ממשעבדי לא הוי כגבוי יש ליישב לקושיות התוס' על נכון. והוא דלכאורה יש להעיר בסוגיא דכתובות שם במארס את בתו והשיאה וגירשה דס"ל לרבנן דכתובתה

שלה משום דבתר גוביינא אזלינן ולא ס"ל כר' יהודה דאזיל בתר שעת כתיבה. דתקשה לפי מה שכתב הקצה"ח בסי' י"ב בשם הכנה"ג דבשט"ח ברור הוי כגבוי וכמש"כ מזה בספרי נחל יצחק סי' י"ב שם. א"כ הכא דלא דיינינן בעיקר חוב הכתובה דהא הוי חוב ברור אלא אנו דנין אם שייך הכתובה להאב או לבתו והוי כגבוי א"כ כיון דס"ל דבתר גוביינא אזלינן ע"כ מבעי להיות כן אף דהגבי' היה לאחר שניסת כיון דכתב הכתובה מקודם הנישואין וכדאמרו שם אליבא דר' יהודה הואיל וברשותו נכתבין. דהא מיד דכתב הכתובה הוי כגבוי וזכה ביה האב כיון דבשעת הכתיבה דהוי כגבוי היתה ברשותו. ואין סברא לחלק בזה דשאני חוב כתובה דלא ניתנה לגבות מחיים ע"כ בכתובה אף היכא דהוי חוב ברור ג"כ לא הוי כגבוי כדקיי"ל כבית הילל. דזה אינו דהא חזינן דבית שמאי ס"ל דגם בכתובה אמרו דהוי כגבוי ע"כ אף דבית הלל לא ס"ל כן מ"מ לפי דברי הכנה"ג דבחוב ברור הוי כגבוי ה"ה דנימא כן אף בחוב כתובה. ובאמת מוכח מכמה סוגיות דאמרו דלבית הלל לא מחלקינן בין כתובה לכל בע"ח. [ועיין בתוס' סוטה (דף כ"ה ע"ב) ד"ה בית הילל סברי כו' במה שהקשו מן פ' המקבל (דף ק"י) כו'. ובגיטין (דף ל"ז) וב"ב (דף קנ"ז). ועיין בספרי נחל יצחק סי' מ"ג סעי' ז' שכתבתי לחלק כן אליבא דריו"ח לפי מה דהיה ס"ל מעיקרא והדברים ארוכין]. ואפשר לומר דטעמייהו דרבנן הוא דאף דהכתובה נכתבת ברשות האב מ"מ כיון דכותב קודם החופה ובמעמד החופה והוי כמו דמתנה דעיקר הכתובה דכותב לה אז הוא רק על דעת הנישואין ולא הוי כגבוי מיד בעת שכתב לה רק אחר הנישואין ואז הא אינה ברשותו. ואף דיש כתובה לארוסה מ"מ הא כ"ז דלא כתב הכתובה אף דהחוב הוא בתנאי ב"ד לא הוי כגבוי וכמש"כ התוס' בגיטין (דף ל"ז ע"א) ד"ה שטר שיש בו אחריות כו' דדוקא בחוב שמפורש השעבוד בשטר אמרו דהוי כגבוי. ואף בכתב הכתובה לארוסה הא שיטת הרמב"ם בפרק יו"ד ה' אישות ה' י"א והובא בטוש"ע אה"ע סי' נ"ה סעי' ו' דאף בכתב כתובה לארוסה אינה גובה ממשעבדי. והרא"ש בכתובות פ"ד סי' ד' הקשה על הרמב"ם דמפני מה חלוק כתובת ארוסתו מכל שט"ח דגבי ממשעבדי וה"ר יונה ז"ל תירץ דכיון דלא פירש אחריות לא אמרינן ביה אחריות ט"ס. ועיין עוד בהרא"ש לכתובות פ"ה ה' ה' מזה: ודברי טעם הם דכיון דס"ל להרמב"ם דכל זמן דלא כתב כתובה לארוסה אין לה כתובה משום תנאי ב"ד וע"כ אף דכתב לה לא אמרינן בזה אחריות טעות סופר דדין כתובת ארוסה כמו כל שטרי מתנה דלא אמרינן ביה אחריות ט"ס כל זמן דלא פירש. ויהיה איך שיהיה כיון דחזינן שיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דכתובת ארוסה אינה גובה ממשעבדי אף בכתב לה ע"כ אתי שפיר מה דלא אמרו הכא בכתובת ארוסה דיזכה האב משום דהוי כגבוי.

דהא לדברי הקצה"ח דהיכא דאינו גובה ממשעבדי לא הוי כגבוי ע"כ הכא לא הוי כגבוי משעת אירוסין אף בכתב לה. ומה שכותב לה קודם נישואין סמוך להנישואין הא כיון שכותב על דעת שתנשא לו מיד לא הוי כגבוי אלא אחר הנישואין ולכן אינו זוכה האב: ועוד י"ל בזה דהא לכאורה יש לעיין בטעמייהו דרבנן דס"ל דבתר גוביינא אזלינן דמ"ש מן קנס ובושת ופגם דלאביה אף דבגרה אחר שעמד בדין כמבואר ר"פ ד' דכתובות וכן אמרו שם דמעשה ידי' ומציאתה אע"פ שלא גבתה מת האב ה"ה של אחין. ומ"ש כתובה דאזלינן בתר גוביינא וגם לר' יהודה דאזיל בתר שעת כתיבה אין זה אלא מדרבנן כמש"כ התוס' והרא"ש לכתובות שם. [וכן מבואר בירושלמי שם דלר' יהודה זהו רק מדרבנן כדי שיהא אדם מצוי ליתן לבתו בעין יפה. ועיין בפני יהושע מזה שהביא לטעם הירושלמי הזה וכתב דתלמודא דידן לא ס"ל לה"ט:

וכ"כ הפני יהושע שם בק"א מזה]. וע"כ מוכח לחלק דס"ל להחכמים דשאני כתובה דכיון דאין זכות לבתו בזה אלא כשתתאלמן ותתגרש ע"כ גרע זכות האב בזכות כתובת בתו מן כל מילי דזוכה האב אף מקודם הגביה משא"כ בכתובה אינו זוכה האב אלא בעת גוביינא דוקא. וכן ראיתי להפני יהושע בכתובות בסוגיא זו בד"ה גמ' ר' יהודה אומר הראשונה של אב כו' דהעיר כן וכתב לחלק ג"כ דשאני כתובה דלא ניתן לגבות מחיים ולא דמי אפילו לקנס ובושת ופגם דשייך בהו קצת זכייה כו' ע"ש. ולפ"ז יש לומר דאף דהוי כגבוי לפי שיטת הסוברים דשט"ח ברור הוי כגבוי מ"מ כיון דאין זכות לבתו ליטול מיד אלא כשתתאלמן ותתגרש ע"כ אין זכות לאב בזה ואף דכתבתי לעיל דהא מצינו דגם בכתובה אמרו דהוי כגבוי מ"מ לא הוי זכות התובע בהנכסים של הלוה רק כמו משכון שת"י התובע. ובאמת גם במשכון שהוא רק בתנאי יש לדון לפ"ז דאין זכות לאבי' לזכות בהמשכון שת"י בתו שהוא על תנאי דאף דהוי מוחזק מ"מ אינו זוכה האב דעכ"פ אינו דומה לכל זכות שיש לאב בבתו במה דמצינו דהתורה זכתה להאב וכעין חילוק של הפני יהושע הנ"ל:

ובטעמא דר' יהודה דס"ל דאזיל בתר שעת הכתיבה י"ל דזהו משום סברא דכתבתי דבשט"ח ברור הוי כגבוי וע"כ אתי שפיר בפשיטות במה דלא אזיל ר' יהודה בתר עת אירוסין אלא בתר עת הכתיבה משום דהא כתבתי לעיל בשם התוס' גיטין (דף ל"ז) דבחוב שאינו בשטר לא הוי כגבוי אף לב"ש א"כ ה"ה לדידן בחוב ברור ג"כ לא הוי כגבוי כ"ז דלא כתב ליה שטר וע"כ בעת אירוסין דלא נכתב ע"כ לא הוי כגבוי ומודה ר"י דלא זכה האב רק בעת הנישואין שכותב לה כתובה לפני הנישואין בזה כיון דהוי כגבוי ע"כ ס"ל לר' יהודה דזכה האב. וכעין זה ראיתי בהרא"ש לכתובות בסוגיא זו בסי'

ד' דכתב ג"כ כעין זה בזה"ל דלא תקנו ליה זכייה כלל אלא כשנכתבה ברשותו דאז אלים כחו דקצת כגבוי דמי עכ"ל. הרי דהעיר ג"כ בהסברא שכתבתי לפרש דהטעם הוא משום דהוי כגבוי. אך הרא"ש אתי עלה לפי דהוי קצת כגבוי וזהו כמש"כ הקצה"ח בשם הכנה"ג דבכמה ענינים הוי השטר גם לדידן כגבוי ומה"ט אמרו בסטראי דנאמן המלוה במיגו דלהד"ם ולא הוי מיגו להוציא משום דשטרא מסייע ליה דהטעם הוא דהוי כגבוי קצת וכמש"כ הכה"ג בכללי מיגו שהובא בתומים ס"ק ח'. ועיין באה"ע סי' ט' בב"ש ס"ק ד'. אך לפי מש"כ לדון כן ע"פ מש"כ בספרי נחל יצחק סי' י"ב ע"פ התוס' בסוטה (דף כ"ה) דשט"ח ברור הוי כגבוי ממש אתי שפיר בפשיטות טעמא דר' יהודה דאזיל בתר הכתיבה משום דאז הוי כגבוי וזכה האב בדבר שת"י בתו כיון דהוי כגבוי. ולפ"ז מתורץ קושיות התוס' שהקשו דניפשוט מהכא דיש כתובה לארוסה כו'. אכן לפי שיטת הרמב"ם וסייעתו דאף בכתב כתובה לארוסה אינה גובה ממשעבדי אין ראיה מזה לפשוט דיש כתובה לארוסה משום די"ל דמיירי בכתב לה ואפ"ה ס"ל לר' יהודה דאינו זוכה האב משום דדוקא במה שכותב הכתובה סמוך להנישואין דגובה ממשעבדי בזה דהוי כגבוי ע"כ ס"ל לר' יהודה דזכה האב משום דהוי כמו דמטא לידיה משא"כ בכתובת ארוסה דאינו גובה ממשעבדי אף בכתב לה ולא הוי כגבוי בזה גם ר' יהודה מודה דלא זכה אז האב משום דכתיבה לא מהני היכא דלא הוי כגבוי כלל גם לר"י ומתורץ קושיות התוס':

סימן פד

א (סעיף ב'):

בד"א כשעבר זמנו אבל אם הוא תו"ז אע"פ שפגם שטרו יפרע שלא בשבועה. וכתב הפרישה דכשעבר זמנו אפי' טוען הלוה שפרעו תו"ז אפ"ה צריך לישבע במיגו שהיה יכול לומר פרעתי אח"ז. אבל הב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק ח' הוכיח מן תשובת הרי"ף והרשב"א דלא אמרינן מיגו לחייב שבועה. ולעיל בחידושי לסי' פ"ב סעיף יו"ד הארכתי בכ"ז:

וכעת ראיתי להביא ראיה לדברי הפרישה מירושלמי שבועות פ"ז ה"א בסוגיא דשכיר נשבע ונוטל וז"ל הקדים לו שכרו בדא נשבע ונוטל. ופי' הפ"מ הקדים לו שכרו שהבעה"ב טוען שהקדים לו שכרו בדא נו"נ דלא תימא כיון שטוען שהקדים לו שכרו יהא נאמן דקודם שפורע לפועליו בסוף היום אינו טרוד וזכור קמ"ל דאפ"ה אמרינן טרוד הוא ואינו זכור ונשבע השכיר ונוטל עכ"ל. וכ"כ הרשב"א בחי' לשבועות (דף מ"ו ע"א)

בד"ה כ"ז שהטלית ביד האומן כו' ע"ש. ולענ"ד נראה כוונה אחרת בירושלמי משום דעל מש"כ דה"א דזוכר הוא דלכן היה מקום לומר דיהא נאמן תקשה איך שייך כלל למימר בטוען שהקדים לו שכרו מקודם דגמר מלאכתו דיהא נאמן הא קיי"ל בטוען פרעתי בתו"ז אינו נאמן וה"ה בחוב שכירות דאינו משתלם אלא בסוף ובתו"ז כזה כ"ע מודו דאינו נאמן לומר פרעתי בתו"ז כמש"כ התוס' בב"ב (דף ה') בד"ה כי היכי דלא ליטרדן כו' ובב"מ (דף ק"ב ע"ב) משום דהיכא דלא הוי חוב ברור עדיין כ"ע מודו. וכיון דבכל חוב תו"ז הדין הוא דאינו נאמן לומר פרעתי וא"צ התובע לישבע כלל כמבואר בב"ב (דף ה') א"כ תקשה דמפני מה אמרו בהקדים לו שכרו דיהיה נשבע השכיר הא כיון דבשארי אנשים דאינן שכירין א"צ שבועה בכזה א"כ אמאי יהיה גרע זכות השכיר והא אדרבה העדיפו זכות השכיר כמבואר בב"מ (דף ק"ג) דפשיט הש"ס מהא דשכיר נו"נ דזהו משום דבעה"ב טרוד בפועליו אבל הכא שוכר מהימן בשבועה לומר פרעתי ביומא דמשלם זמני'. א"כ כיון דבהקדים לו שכרו הוי כמו דטוען פרעתי בתו"ז אמאי צריך השכיר לישבע. ועיין בתוס' ב"ק (דף צ"ט) ד"ה אלא במאי מקדשה ובד"ה ואבע"א ובש"ך ח"מ סי' קכ"ו ס"ק ע"ו ובקצה"ח שם ובסי' ע"ב ס"ק כ"ג וכן עיין בקצה"ח סי' פ"ט ס"ק ב' בשם השמ"ק וקצרתי:

ולכן נ"ל בכוונת הירושלמי דבהקדים לו שכרו צריך לישבע ויטול הכוונה הוא דהיה מקום לומר דלא יהיה צריך השכיר לישבע רק יטול בלא שבועה דלא גרע מכל בע"ח בחוב תו"ז דנוטל בל"ש לכן קאמרי דאף בזה צריך השכיר לישבע ואח"כ יטול. והטעם הוא משום דהא יש מיגו להבעה"ב לומר פרעתיך לאחר שגמרת פעולתך ואז היה הדין דישבע השכיר ויטול דהא שכיר בזמנו נו"נ וע"כ נאמן הבעה"ב לחייב שבועה להשכיר במיגו אף היכא דטוען פרעתיך מקודם דגמרת מלאכתך א"כ מוכח מירושלמי הזה דאמרינן מיגו לחיובי שבועה:

ולכאורה תקשה עדיין לפי מש"כ התוס' בב"ב (דף ה') דביומא דמשלם זמניה אף דנאמן לומר פרעתי מ"מ אם טוען פרעתי בתו"ז אינו נאמן אף דיש לו מיגו דפרעתי ביומא דמשלם זמניה. א"כ ה"ה הכא אף אם יש להבעה"ב מיגו דפרעתיך בסוף לאחר שגמרת פעולתך הא זה הוי מיגו דהעזה ולא אמרינן. אכן הא יש חולקים על שיטת התוס' וכמו דהובא שיטת החולקים ע"ז בש"ך סי' ע"ח ס"ק ט"ז. וכמו שכתב השמ"ק לב"ב (דף ה') והרמב"ן בחי' לב"ב שם. וגם י"ל דאף לשיטת התוס' וסייעתם דס"ל דלא דיינינן לומר מיגו דפרעתי ביומא דמשלם זמניה משום דה"ל מיגו דהעזה דמ"מ גבי שכיר שאני דלא הוי העזה כ"כ משום דכיון דבעה"ב טרוד בפועליו יתלה השכיר דאמר כן מחמת

טרדותיו ולא מקרי העזה כ"כ. והעיקר הוא פשוט דאף לשיטת התוס' אתי שפיר דהא סברת התוס' הוא דיותר טוב לומר פרעתי אתמול ושכחת. אבל הכא בהקדים לו שכרו מיירי דאומר פרעתיך היום מקודם דגמרת מלאכתך לעת ערב דגם עכשיו הוי העזה להשכיר דאומר לו פרעתיך ביום הזה ע"כ שפיר שייך למימר מיגו דפרעתיך לעת ערב ע"כ אתי שפיר בפשיטות לכל מה שכתבתי אף לשיטת התוס' וסייעתם. ולפ"ז יהיה מזה סייעתא רבתא לשיטת הפרישה דאמרינן מיגו לחיובי שבועה. ואין לחלק דשאני גבי שכיר כיון דמה"ת הוי זה המיגו מועיל לפטורי אף מממון דהא רק מדרבנן הא דשכיר נשבע ונוטל. דזה אינו דמה בכך כיון דעכ"פ עכשיו דתקנו חז"ל דהשכיר נו"נ א"כ אינו מועיל הך מיגו לפטורי מממון ואין לנו תועלת מן הך מיגו רק לחיובי שבועה להשכיר ע"כ שפיר מוכח מזה כהפרישה:

ומה דהקשיתי לעיל על פי' הרשב"א והפ"מ להירושלמי בהקדים לו שכרו כו' דאיך היה עולה על הדעת לומר דהבעה"ב יהיה נאמן לומר דהקדים לו שכרו מקודם דגמר מלאכתו והא הוי כמו חוב בתו"ז דא"נ מכש"כ הכא דטוען דהקדים לו שכרו מקודם דנגמר החיוב שכירותו. ואפשר לומר דזה אתי שפיר לפי מה שהעלה הש"ך בסי' ע"ח ס"ק י"ב גבי שכר לכתוב לו כמה קונטריסים דכיון דיש הרבה זמנים ע"כ נאמן לומר פרעתיך מעיקרא בעד כל הקונטריסים. א"כ י"ל דבכה"ג מיירי הך דהקדים לו שכרו דבירושלמי הנ"ל דכיון דלא שייך בזה לדין להך דחוב בתו"ז ע"כ היה הוי אמינא לומר דהבעה"ב יהיה נאמן לומר פרעתיך מקודם כיון דאז לא הוי טרוד ע"כ אשמועינן הירושלמי דאפ"ה אינו נאמן משום דגם בתחלת היום שייך לומר דטרוד כו' כן יש ליישב דברי הרשב"א והפ"מ ויהיה מזה סייעתא לדברי הש"ך בסי' ע"ח הנ"ל. אכן באמת דוחק לאוקמי דמיירי הירושלמי בהאי גוונא ובלא"ה הא כמה פוסקים חולקים שם על הך דינא דהש"ך הנ"ל ע"כ העיקר הוא כמו שכתבתי דמוכח לפ"ז כדברי הפרישה דאמרינן מיגו לחיובי שבועה וע"כ אף היכא דטוען פרעתי בתו"ז נאמן לחייב להמלוה שבועה על שטרו כיון דיש לו מיגו דפרעתי לאח"ז וכמש"כ הפרישה ודלא כהב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' הנ"ל:

ולפי מש"כ לעיל בקונטריסי לסי' פ"ב סעי' י' נדון דאף דנימא דאמרינן מיגו להשביע מ"מ י"ל בשטר דטוען הלוה פרעתיך בתו"ז דא"צ המלוה לישבע משום דהא חזינן בטענת אמנה ורבית על השטר דאינו משביעו אף דיש לו מיגו דפרעתי והשבע לי משום דמוכח דכן היה התקנה דעל טענות שאין השטר עומד לכך דלא ישבע המלוה אף דתמיד יש לו מיגו דפרעתי. וה"ה בטענת פרעתי בתו"ז כיון דאין עומד לפרעון בתו"ז הרי זה דומה לאמנה וכיוצא וי"ל דזהו טעמא של הב"ש שם ואף דאין זה במשמעות

דבריו שם מ"מ י"ל להעמיס כן בכוונת הרי"ף והרשב"א בתשובה דהובא בב"ש שם. ולפ"ז אין סתירה לדברי הרי"ף הנ"ל אף לפי הפירוש שכתבתי בכוונת הירושלמי דמוכח דס"ל להירושלמי דאמרינן מיגו לחיובי שבועה. משום דיש לחלק דשאני בחוב בשטר כנ"ל משא"כ בחוב שכיר דאינו מצד שבועת השבע לי דתקנו גבי שטר כן י"ל בזה. ולדברי הרשב"א בתשובה דהובא בב"ש שם הא הרשב"א בחי' לשבועות פירש לכוונת הירושלמי הנ"ל דלאו משום מיגו לחיובי שבועה אתו עלה דהקדים לו שכרו ע"כ בוודאי אינו קשה עליו מהירושלמי אף אם לא נחלק בין שבועת השבע לי בשטר ובין שארי שבועות כנ"ל. ולדינא העליתי לעיל בסי' פ"ב סעי' י' דאין להוציא מהמוחזק בל"ש אף בטוען פרעתי בתו"ז אם עכשיו עבר זמנו וצריך התובע לישבע על שטרו ואח"ז יטול וכדברי הפרישה:

ולכאורה יש להוכיח מן ירושלמי כתובות פ' י"ג סוף ה' ד' וירושלמי לשבועות פ' ו' הל' ד' גבי פלוגתת אדמון ורבנן הטוען כדי שמן והודה בקנקנים אם טענו כדים ג"כ או שמן בלא קנקנים ופריך עלה וישאלוני' ומשני בנשתתק. ומשמע דאם יאמר דבעת התביעה היה כוונתו על שמן בלא קנקנים דאין יכול לחייבו שד"א רק אם יאמר דהיה כוונתו אז על שמן וקנקנים. וקשה הא אף אם יאמר דהיה כוונתו בעת התביעה רק על שמן בלא קנקנים ג"כ יהיה יכול לחייב להנתבע שד"א אם יאמר עכשיו דמגיע לו גם הקנקנים רק דלא היה כוונתו אז בעת שתבעו בראשונה רק לתבוע השמן וכעין הא דח"מ סי' פ"ח סעיף י"ד דאמר התובע יש לי בידך שעורים אבל איני שואלם עתה כו'. דג"כ יהיה נאמן לחייבו שד"א במיגו דאי בעי אמר שהיה כוונתו מתחלה לתבוע גם הקנקנים וכיון דהודה הנתבע על הקנקנים יהיה נאמן במיגו לחייבו שד"א. ומוכח מזה דלא אמרינן מיגו לחיובי שבועה. אך לפי מש"כ בקונטריסי לעיל בסי' פ"ב סעי' י' לחלק דשאני מיגו לחיובי שבועה להנתבע דה"ל מיגו להוציא דלא אמרינן א"כ כמו כן י"ל הכא דלכן אינו נאמן הכא במיגו לחייב שד"א להנתבע דה"ל מיגו להוציא. וגם י"ל דכוונת הירושלמי הוא דישאלוע' הכוונה הוא דישאלנו אם תובע עכשיו ג"כ להקנקנים או דאין תובעו כלל להקנקנים גם עכשיו ובאמת אם יאמר דתובע עכשיו להקנקנים אף דלא היה כוונתו מתחלה לתבוע להקנקנים ג"כ נאמן במיגו לחייבו שד"א וע"כ אין ראי' כלל מן הירושלמי לזה. ועיין לעיל בסי' פ' סעי' א' דהעליתי דמן סתימת הש"ס דילן בכתובות (דף ק"ח) מוכח דלא ס"ל כהך דירושלמי דמוקמי ליה בנשתתק: ענף ג:

בד"א כשעבר זמנו אבל תו"ז יפרע שלא בשבועה. והסמ"ע ס"ק ז' הביא להטור בשם ר' האי דחולק וס"ל דפוגם תו"ז צ"ש. ועיין בש"ך ס"ק ב'. והט"ז בטור סעי' ג' הקשה דלפ"ז מאי הקשו בש"ס בשבועות (דף מא) מה בין זה לפוגם שטרו הא נפ"מ לתו"ז:

ולענ"ד נראה אדרבה מזה הסוגיא להוכיח כשיטת רבינו האי.

והוא דיש להקשות במה דאמרו בשבועות שם מה בין זה לפוגם שטרו הא עיקר דין דפוגם הוא בכתובות (דף פ"ז) גבי פוגמת כתובתה במשנה וכן הוא בשבועות (דף מ"ה) במשנה שם ואלו פוגם שטרו לא תנן במשנה רק בברייתא שהובא בגמ' כתובות (דף פ"ז ע"ב). א"כ קשה דאמאי אמרו בשבועות מה בין זה לפוגם שטרו ולא אמרו מה בין זה לפוגמת כתובה דהא שבועת השבע לי דר"פ דיינינן גם בכתובה וכמש"כ בחי' לעיל סי' פ"ב. אבל לפי שיטת רבינו האי אתי שפיר והוא דהא אי' בב"ב (דף ה') דרב פפא ס"ל דעביד אינש דפרע בגו זמנו. והתוס' שם ד"ה כי היכי דלא ליטרדן כו' כתבו דהיכא דלא הוי חיוב ברור רק בתנאי וכה"ג דבזה כ"ע ס"ל דאינו נאמן לומר דפרע בתוך זמנו וכה"ג כתבו התוס' בב"מ (דף ק"ב ע"ב) ד"ה בחזקת כו'. והתוס' בב"ב (דף קנ"ח ע"א) ד"ה וב"ה אומרים כו' כתבו בשם ר' שמשון דעיקר הטעם דצריכה שבועה בכתובה הוא משום חשש צררי קודם מיתה. ולא כמש"כ התוס' בגיטין (דף ל"ד) ד"ה אין אלמנה נפרעת כו' והתוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה ואפילו מיתמי דשאני כתובה משום דהוי תנאי ב"ד. והובא פלוגתא זו באה"ע סי' צ"ו בב"ש ס"ק א' אם שייך תו"ז בכתובה או לא.

ולפ"ז י"ל דלכן לא אמרו בשבועות מה בין זה לפוגם כתובה. משום דהא י"ל דהוי נפ"מ מעליא בין פוגמת כתובה לבין שבועת אישתבע לי לענין פוגמת בתו"ז דמשום שבועת אשתבע לי אין לחייבו שבועה אם טוען הנתבע פרעתי בתו"ז ואלו בפוגמת כתובה אף דהוי בתו"ז דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים דבזה אף ר"פ מודה דלא עביד דפרע תוך זמנו שמא תמות האשה בחייו ולא הוי חוב ברור וכמש"כ לעיל בשם התוס'. [ועפ"ז יש להעיר בב"ב (דף ה' ע"ב) בתוס' ד"ה ואפילו מיתמי כו'. במה שכתבו דאין להביא ראיה משלהי דמכילתין כו' דהא רב הונא ור"פ אמרו בשמעתין דלית להו חזקה דר"ל כו'. וע"פ מש"כ יש לדון בדבריהם טובא אך באמת זה אתי שפיר וקצרתי]. עכ"ז בפוגמת כתובתה דאיתרע ליה החזקה דתו"ז בזה חייבת שבועה לשיטת ר' האי דטעמו הוא משום דאיתרע ליה הך חזקה דתו"ז כמש"כ הה"מ גבי פוגם שטרו והובא בסמ"ע ס"ק ז' ובקצה"ח ס"ק א'. ע"כ מן פוגמת כתובתה אין להקשות על ר"פ משום די"ל כנ"ל. אבל מן פוגם שטרו שפיר הקשה הש"ס על ר"פ לשיטתו דס"ל דאדם פורע בתו"ז א"כ אף בשטר בתו"ז יכול להשביעו בטענת השבע לי לשיטת ר"פ ולכן הקשו מה בין זה לפוגם שטרו. א"כ לפי

מה דנתבאר הוי סייעתא מן הא דשבועות לשיטת רבינו האי. וראיתי בתשובת רע"א זצ"ל סי' קנ"ג חלק כתבים שהעיר כן בהך דשבועות דאמרו מה בין זה לפוגם שטרו ולא אמרו מה בין זה לפוגמת כתובתה וכן העיר בדרוש וחדוש לרע"א בכתובות (דף פ"ז) ע"ש. אכן לפי מש"כ אתי שפיר בפשיטות:

ובעיקר הענין דשיטת ר' האי אם אמרינן בפוגם תו"ז דאיתרע ליה החזקה דתו"ז. הארכתי בזה לעיל בסי' ע"ח סעיף א' בחידושי שם ותירצתי שם שיטת המחבר דכאן על נכון בעז"ה ע"ש:

ענף ב:

ע"א מעיד בשטר שהוא פרוע לא יפרע אלא בשבועה וכתב הש"ך בס"ק ז' עיין בכ"מ פ' כ"ד הלכה א' שכתב דדוקא כשהבעל או הלוה טוען ברי ואין דבריו נראין לי דהא קיי"ל בטוענו בספק ע"פ העד צ"ש כו'. וכ"כ החלקת מחוקק בסי' קט"ו בס"ק למ"ד. והאו"ת בס"ק ז' כתב לחלק דשאני הכא בשבועות ע"א נגד השטר דמה"ת פטור משבועה אלא משום להפיס דעתו של הבעל או המלוה תקנו לשבועה זו כמבואר בכתובות (דף פ"ז) ע"כ היכא דהתובע טוען שמא לא שייך להפיס דעתו ע"ש. ובאמת מזה הלשון אין כ"כ הכרח דהא מצינו בב"מ (דף ל"ה ע"ב) גבי שבועת שומרים דאמרו ג"כ לשון זה דאי' שם שוכר משעת מיתה קני ושבועה כדי להפיס דעתו של בעל הבית עכ"ל. הרי דאף בשבועת שומרים דעיקרו על טענת ספק של המפקיד והמשכיר מ"מ אמרו ללשון דלהפיס דעתו של בעה"ב כיון דיש מקום לחושדו א"כ כמו כן הכא י"ל דאף בטענת שמא שייך לומר כן וע"כ מן פשט הלשון אין להוכיח כן. אך זהו חילוק נכון בפ"ע לחלק דשאני בשד"א משבועה דרבנן בזה:

ונלע"ד דהיכא דהלוה טוען פרעתי ותובע גוף השטר באופן ששוה הנייר ש"פ לצור ע"פ צלוחיתו וכעין הא דקידושין (דף מ"ח ע"א) דשמין הנייר אם יש בו ש"פ כו' והע"א מעיד שהוא פרוע דאז נראה ברור ופשוט דהע"א מחייבו להמלוה שד"א על גוף הנייר של השטר דזה הוי שבועה להחזיק וגם לא שייך בזה לומר דאין נשבעין על שעבוד קרקע וכיון דהוי שד"א על גוף הנייר ממילא יכול לגלגל על המלוה לשבועה על גוף החוב כפי הסך שתובע דלא יהיה יכול להוציא מן הלוה כלל לגוף החוב אף דירצה ליתן להלוה דמי הנייר וכדין כל גלגול שבועה ואף בנשבעין ונוטלין כתב הקצה"ח בסי' צ"ד ובסי' רכ"ו דאף על נוטלין ג"כ יש לדון דיכול לגלגל שד"א ע"ש. ועיין בחידושי לסי' צ"ד שהארכתי בזה. והא דלא אוקמי בגמ' להך דע"א מעיד שפרוע הוא דלכן חייב שד"א דמיירי בכה"ג משום דהא סתמא תנן לע"א מעיד כו' וע"כ שפיר הקשה רבא לרב"ח כו'.

אבל היכא דהוי כה"ג שפיר י"ל דמחייבו שד"א ומחמת פשיטותו לא כתבו הפוסקים לזה. ויש נפ"מ רבתי לשד"א לשבועה דרבנן. וכן לפי מש"כ דיש לחלק בין שד"א לדרבנן היכא דנתבע טוען שמא. א"כ אם הנייר הוא ש"פ אז אף בלוה טוען שמא ג"כ המלוה נשבע שד"א נגד הע"א על גוף הנייר. וממילא חייב שד"א מצד ג"ש אף דטוען שמא. אך בזה י"ל כיון דמן דין שד"א אתינן עלי' מצד ג"ש א"כ הא מבואר לקמן בסי' צ"ד סעיף ג' דאם מגלגל טענת ספק ורוצה לשלם עיקר שבועה אינו חייב על הגלגול. א"כ הכא כיון דמן תורת ג"ש אתו עלה יכול המלוה לסלקו עבור הנייר או להחזיר לו גוף הנייר ולתבוע ממנו גוף החוב בלא שבועה כיון דטוען שמא אם נימא דבטענת שמא לא תקנו חז"ל לשבועת המשנה ואף דיש לו ברי ע"פ העד מ"מ דינו כטענת שמא אף לענין הך דסי' צ"ד סעי' ג' הנ"ל ואין לחלק ביניהם. ועיין לעיל בסי' נ"ד ש"ך ס"ק ד' וקצרתי:

והקצה"ח בס"ק ד' כתב דלכן בע"א בתו"ז נפרע שלא בשבועה משום דעיקר השבועה תקנו בשביל להפיס דעתו ובתו"ז הקילו. ע"כ היכא דגוף הנייר הוא ש"פ דאז אף בתו"ז חייב המלוה לישבע שד"א וממילא חייב לישבע גם על גוף החוב דלא יהיה יכול לתבוע ממנו כלל בלא שבועה. משום ג"ש היכא דטוענו ברי דאז אינו יכול לפטור א"ע אף במשלם לעיקר התביעה וחזקה דתו"ז לא מהני לפטור מן ג"ש וכמש"כ הקצה"ח בסי' צ"ב ס"ק ג' לפרש לדברי הש"ך שם בס"ק ח':

וראיתי בהגהות ר' עקיבא איגר זצ"ל כאן שכתב להוכיח מן הרא"ש כתובות פ"ט סי' וא"ו ומן התוס' כתובות (דף פ"ה) והתוס' שבועות (דף מ"ב) דהקשו במה דאמרו שם איכא אינש אחרינא בהדי דמר דלהצריכו שבועה הא ע"א מחייבו שבועה. ואי נימא דבטוען שמא לא תקנו לחייב שבועה א"כ י"ל דזהו נפ"מ מן קים לי' בגוי' לענין זה ומדלא תירצו כן מוכח דס"ל דגם בטענת שמא תקנו חז"ל לשבועה נגד ע"א:

ולענ"ד יש לדון בראייתו והוא דבעיקר הדבר אם תקנו חז"ל לשבועה בטוען שמא ע"פ העד י"ל דזה תלוי בפלוגתת רבא עם אביי בב"ב (דף קל"ה) דרבא מוכיח שם זאת אומרת מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור ואביי אומר דשאני הכא דכמנה לאחר בידך דמי וקוטב פלוגתתם הוא היכא דהבע"ד טוען שמא וטוען ברי ע"פ אחר אם זה הוי כמו ברי או לא. והנה לעיל סי' ע"ה ש"ך ס"ק ל"ה כפי שכתב הנתיבות שם בס"ק ח' מוכח דס"ל דברי על פי אחר אין דינו כמו ברי של הבע"ד. וקשה כיון דחזינן דרבא ואביי מחולקים בדין זה ואביי ורבא הלכתא כרבא ורבא הא סבירא ליה דברי ע"פ אחר דינו כמו ברי של הבע"ד ומוכיח עפ"ז להך זאת אומרת א"כ ה"ל למפסק כוותי'. וכן ראיתי בהר"נ לשבועות פ"ו בסוגיא דגדול הבא בטענת אביו עסקינן בשבועות (דף מ"ב) שהביא בשם

הרמב"ן דהברי מפי אחר לא מקרי ברי מהא דב"ב (דף קל"ה) דמסקינן דכמנה לאחר בידך דמי. ותקשה ג"כ עליו דהא אביי מסיק שם כן אבל רבא הא אינו מחלק כן והלכה כרבא. אכן לפי הנכתב בצידו שם בב"ב דלפמש"כ התוס' בגיטין (דף כ"ו) צ"ל רבה א"ש: ועוד נלע"ד דאף לפי גירסת הש"ס שלנו דרבא אמר זאת אומרת כו'. ג"כ א"ש דברי הש"ך דס"ל לדינא דהברי של אחר לא מקרי ברי משום דאי' בכתובות (דף ע"ו ע"א) רב אשי אמר רישא מנה לאבא בידך סיפא מנה לי בידך והתוס' שם ד"ה רישא מנה לאבא כו' כתבו מתחלה לפרש זה ע"פ הא דב"ב (דף קל"ה) דברי שלה לא מהני לאב דהוי כמנה לאחר בידך דב"ב (דף קל"ה) כו' ודחו זה הפירוש. אכן הרשב"א והר"נ והריטב"א שם כתבו לפרש ג"כ דכוונת רב אשי הוא משום דהוי כמנה לאחר בידך ע"ש. וכיון דרב אשי ס"ל כאביי דמה שתובע ע"פ אחר אין דינו כמו ברי של הבע"ד ע"כ שפיר פסק הש"ך כן לדינא דהא קיי"ל כרב אשי נגד רבא וכמש"כ הש"ך בח"מ בסי' רס"ז סוף ס"ק ב':

והנה עיקר מילתא דשקלו וטרו הראשונים אם משבעינן שד"א ע"פ ע"א היכא דהתובע טוען שמא זהו משום דקיי"ל לדינא דע"פ אחר אין דינו כמו ברי וכמש"כ הרשב"א בחי' לשבועות (דף מ') בד"ה א' ר"נ א' שמואל ל"ש אלא בטענת מלוה כו' בשם ר' אפרים ז"ל דאם תובע ע"פ העד אינו נשבע דטענת ברי בעינן ואין אדם נעשה ברי ע"י אחרים ואף הר"י הלוי ז"ל סבר כן כו' עכ"ל. הרי דעיקר הטעם להנך דס"ל דאין משביעין ע"פ ברי של הע"א משום דהברי ע"פ אחר לא מקרי ברי רק כטענת שמא וע"כ ס"ל דאף בשבועה ע"י הע"א אין להשביע כיון דמקרי טענת שמא וכללא הוא דאין משביעין על טענת שמא כן הוא קוטב סברת שיטת הפוסקים הנ"ל. ולפ"ז י"ל דלהך מ"ד דס"ל בב"ב (דף קל"ה) דגם ברי ע"י אחר דינו כמו ברי של הבע"ד עצמו דלפ"ז בוודאי משבעינן במה שתובע ע"פ הע"א משום דאין דין זה כמו טענת שמא רק כמו טענת ברי כיון דתובעו ע"פ הע"א דאומר ברי כיון דס"ל להך מ"ד דגם זה דינו כמו ברי ממש וכמו דנראה מן חדושי הרשב"א הללו. ולכן שפיר כתבו התוס' בשבועות ובכתובות והרא"ש כנ"ל להוכיח מן מה דאמר רבא לר"פ אית אינש אחרינא בהדי דמר כו' ולהקשות דאי לשבועה הא כל אדם נאמן להשביעו. ואי דנימא דמיירי דהיה התובע טוען שמא וכמש"כ ר' עקיבא איגר זצ"ל עכ"ז אכתי תקשה כיון דמיירינן שם אליבא דרבא דאמר כן לר"פ וכיון דרבא ס"ל בב"ב (דף קל"ה) דאף ברי ע"פ אחר דינו כמו ברי של הבע"ד בעצמו א"כ לשיטתו בוודאי משביעין במה שתובע ע"פ העד דזה הוי כמו טענת ברי. אכן לדינא לפי מאי דפסקינן כרב אשי דבכתובות (דף ע"ו) הנ"ל דס"ל כאביי דמחלק דשאני ברי של אחר מן ברי של הבע"ד ומקרי זה כמו טענת שמא. עדיין י"ל גבי הך שבועת המשנה דתקנו חז"ל

להשביע לבעהש"ט ע"פ ע"א דגם בזה דיינינן להכלל דאין נשבעין על טענת שמא כמו בכל השבועות. אך היכא דהוי שד"א בזה כתבו התוס' בכתובות (דף י"ט ע"א) ד"ה מ"מ אמרה תורה כו' ובב"מ (דף ג' ע"א) ד"ה מ"מ אמרה תורה כו' דמשביעין שד"א אף אם תובע שמא ע"פ ע"א וכ"כ הרא"ש לשבועות פ"ו סי' ה' משום דבשד"א דיינינן להכלל דכ"מ שב' עדים מחייבין ממון ע"א מחייב שבועה כמש"כ שם. אבל בשבועה דרבנן אינו מוכח זה מן התוס' והרא"ש בפסקי' לכתובות שם דיש לחלק כן ואכתי י"ל דס"ל להתוס' והרא"ש בפסקי' דלדינא אין להשביע לשבועת המשנה ע"פ ע"א אם הבע"ד טוען שמא וראיות רע"א זצ"ל הנ"ל אינו מוכרח כ"כ. ועיין לעיל בסי' נ"ו ש"ך ס"ק ה' ד"ה והשתא אתי נמי שפיר כו' מש"כ שם בשם תשובת הרא"ש. וכן עיין מזה בספרי נחל יצחק סי' נ"ו סעי' א' ענף ב' מזה. ואף דלפמש"כ התוס' לכתובות (דף ע"ו) בכוונת רב אשי דאמר שם רישא מנה לאבא כו' דאין הטעם משום דהוי כמנה לאחר בידך אלא משום דאין חזקת האשה מועלת לגבי האב. א"כ לפ"ז אין מוכרח כ"כ בשיטת התוס' דכתובות (דף פ"ה) כל מה שכתבתי דלדינא דקיי"ל כרב אשי י"ל דהוי זה כטענת שמא במה דטוען ע"פ אחר. עכ"ז הא ידוע מש"כ הישש"ש בהקדמתו לב"ק דאין להקשות בסתירת דברי התוס' אהדדי. וגם י"ל דכיון דיש מקום לומר כן בכוונת רבא דכתובות (דף פ"ה) ע"כ לא כתבו שם הנפ"מ להיכא דהנתבע טוען שמא. וי"ל דזה תלוי בהך פלוגתא דב"ב (דף קל"ה) אם ברי ע"פ אחר נחשב לברי. ולדינא לפי פירוש הרשב"א והריטב"א והר"נ לכתובות (דף ע"ו) בכוונת רב אשי שם שפיר יש לנו לדון לדינא דכיון דלא נחשב זה כמו ברי של הבע"ד ע"כ אין משביעין בכה"ג לשבועת המשנה כיון דהתובע טוען שמא. ועיין בהרא"ש לכתובות פ"ז סי' ט"ו וקצרתי:

ואפשר לומר דלכן אמר רבא שם בכתובות (דף ע"ה) לחלק רישא כאן נמצאו וכאן היו כו' ואינו מחלק כמו שמחלק רב אשי שם דרישא מנה לאבא בידך כו'. משום דאזיל רבא לשיטתו דס"ל בב"ב (דף קל"ה) דגם ברי ע"פ אחר דינו כמו ברי של הבע"ד ממש וכפ' גירסתינו בהש"ס לכן אינו מחלק כהחילוק של רב אשי דרישא מנה לאבא כו' לפי פירוש רשב"א והריטב"א והר"נ הנ"ל דעיקר טעמו משום דהוי כמו ברי של אחר ויש להאריך בכ"ז. ועיין מן זה לעיל בחידושי לסי' ע"ה סעיף י"ב ש"ך ס"ק ל"ה מה שכתבתי שם. ונתבאר דראיות רע"א הזאת אינו מוכרח וגם הא הביא רע"א בהגהות שם לדברי התוס' רי"ד בקידושין בסוגיא הן הן שלוחיו ובשם הרא"ה בכתובות בסוגיא דאבימי דס"ל דאין משביעין לשבועת המשנה ע"פ ע"א מעיד שהוא פרוע אם הנתבע טוען שמא ע"כ הוי

זה ספיקא דדינא ואין מוציאין בל"ש ואם תפס המלוה אף שלא נשבע לא מפקינן מיני'. ועיין בחידושי לעיל סי' ע"ה סעיף כ"ג:

ענף ג:

ע"א מעיד בשטר שהוא פרוע לא יפרע אלא בשבועה. ונסתפקתי בע"א מעיד על שטר שהוא אמנה אם צריך המלוה לישבע להכחיש העד או לא וכמו דמחלקינן בסי' פ"ב גבי טענת השבע לי על שטר דאינו פרוע דבטוען אמנה א"צ לישבע מקודם הפרעון רק שבועת היסת לאחר הפרעון. או דשאני ע"א דכללא הוא דכ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייב שבועה א"כ הא בעדים שאינם עדי השטר נאמנין לומר אמנה להחזיק הממון ת"י הלוה א"כ אפשר דה"ה ע"א נאמן לחייב שבועה בנק"ח. אך כיון דעיקר שבועה להכחיש העד אינו רק מדרבנן אפשר דבזה אין דין ע"א כשנים. וכדמצינו כאן בע"א מעיד שהוא פרוע בחוב תו"ז א"צ שבועה וכתב הקצה"ח שם דבזה לא שייך הכלל דכ"מ ששנים מחייבין ממון ע"א מחייב שבועה דכיון דעיקר השבועה אינו אלא להפיס דעתו הקילו בזה ע"ש. וה"ה הכא יש לדון כן. ואפשר לחלק דאם הע"א מעיד דעדי השטר ידעו שהוא שטר אמנה דבזה אינו נאמן לחייב שבועה אבל באומר דלא ידעו עדי השטר שהוא אמנה דבזה אף עדי השטר נאמנים כמבואר בסי' מ"ו סעיף ל"ז ע"כ אפשר דבזה נאמן ע"א לחייב שבועה:

ענף ד:

הנה הרא"ש פ"ו דשבועות סי' י"ט כתב בשם הר"ת דהקשה במה דאמרו שם דהיכא דאיתרע שטרא דחייב המלוה שבועה דהא אמרו בהכותב כגון אבא בר מרי מרענא שטרא אפומי' והא כל ע"א מעיד שהוא פרוע מזקיקו שבועה ותירץ ר"ת דהתם מיירי באומר שטר אמנה ושטר פסים דאפילו תרי סהדי לא מהימני בהכי כמבואר בכתובות (דף י"ט) ומיהו קשה מההוא שטרא דאתא לקמי' דרבא אמר ר"פ ידענא ביה דשטרא פריעא הוא א"כ הא בכל עד חייב שבועה בזה כו' עכ"ל הרא"ש. ועיין בכתובות (דף פ"ה) וביבמות (דף ק"א) ובשבועות (דף מ"ב) בתוס' שם מזה. ולפי מה דכתב המחבר כאן דבתוך זמנו אין צריך שבועה להכחיש את העד אם כן הא הוי מצי למימר דהתם בהכותב מיירי בשטר תו"ז דלא היה צריך שבועה רק משום דקים לי בגויה צ"ש. ואפשר דשפיר תקשה לפי המבואר בב"ב (דף ה') דאביי ורבא סברי עביד אינש דפרע תוך זמנו וכן ר"פ ס"ל שם כן. והכא בכתובות אמר זה ר"פ לרבא ולדידהו דלא ס"ל הך חזקה דתוך זמנו שפיר הקשו התוס' והרא"ש כן: נחזור לענינינו דמבואר בהדיא בדברי הרא"ש דע"א המעיד שהוא שטר אמנה א"צ שבועה. משום דאף אי אתו עדים ואמרי שהוא שטר

אמנה הוי תרי ותרי ואינן נאמנים לבטל השטר לגמרי כי אם לשווי' ספיקא ואי תפס בעל השטר לא מפקינן מיניה כמבואר כעין זה בכתובות (דף כ') ובסי' מ"ו סעי' ל"ז. ע"כ ע"א אינו נאמן לחייבו שבועה משום דאין עד א' במקום שנים. ומשמע לפי זה דאם עד אחד מעיד שהוא שטר אמנה שלא ידעו העדים החתומים על השטר שהיה שטר אמנה דאז מחייב שבועה. דהא מבואר בסי' מ"ו סעי' ל"ז דאף בעדי השטר מעידים שהוא שטר אמנה ולא נודע להם זה כי אם אחר שחתמו דנאמנים אף בכת"י יוצא ממקום אחר כמו דהעלה הש"ך שם ס"ק קי"ד משום דזה הוי כמעידים על השטר שהוא פרוע או מחלו וכמש"כ הסמ"ע שם. וכש"כ דאם עדים אחרים מעידים שהוא שטר אמנה ולא נודע להעדים דנאמנים לבטל השטר לגמרי דזה הוי כעדי פרעון. א"כ כה"ג מחייב ע"א שבועה דבזה לא שייך טעם הרא"ש הנ"ל:

שוב ראיתי דמקור דין זה הוא בירושלמי כתובות פ"ט הלכה ז' וז"ל תני הפוגמת לא תפרע אלא בשבועה ולא הפוחתת כתובתה כיצד היתה כתובתה מאתים והיא אומרת מנה נפרעת שלא בשבועה מה בין פוגמת מה בין פוחתת א"ר חנינא פוגמת בא משא ומתן בנתיים פוחתת לא בא משא מתן בנתיים ר' ירמיה בעא כמה דאת אמר ע"א מעידה שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבועה ודכוותה וע"א מעידה שהיא פחותה לא תפחות אלא בשבועה אר"י בשעה שעד אחד מעיד שהיא פחותה כע"א מכחיש את שנים ואין עד א' מכחיש את שנים עכ"ל הירושלמי. הרי להדיא דר' ירמי' איבעי' ליה הך דינא דנסתפקנו דהא פוחתת הוא ג"כ אמנה דהכתובה נכתב על מאתים והיא מודית שהתנתה עמו שלא תגבה כי אם מנה כמבואר בש"ס דילן (דף פ"ז) בכתובות. אלמא דר' ירמי' איבעי' ליה הך דינא ור' יוסי פשט ליה מסברא דכיון דהוא מכחיש שנים אין ע"א נאמן. וזהו כעין סברת הרא"ש הנ"ל דכתב דכיון דאמרו בכתובות (דף י"ט) דאם שנים אחרים אומרים על השטר דאנוסים היו מחמת נפשות לא הוו כי אם כתרי ותרי וה"ה באמנה. ע"כ אין עד אחד נאמן לשבועה. א"כ מצינו דהספק דנסתפקנו. ודברי הרא"ש בשם ר"ת הנ"ל מבואר להדיא בירושלמי כתובות. וכן איתא בירושלמי סנהדרין פ"ח: ולכאורה נראה דהא דמבואר בירושלמי הנ"ל. דזהו דוקא בעד אחד מעיד דידעו עדי השטר דהיה אמנה. בזה אין נאמן לשבועה דאז שייך לומר דהוא מכחיש השנים משום דאנן סהדי דעדי השטר כנ"ל. משא"כ היכא דמעיד העד אחד דלא ידעו עדי השטר דהיה אמנה דאז העדים עצמן נאמנים לומר דהיה אמנה כנ"ל משום דלא הוי כעקירת השטר כלל. א"כ לא חשוב בזה כמו אנן סהדי ועל כן עד אחד נאמן לשבועה דבזה לא שייך כ"כ טעם של הירושלמי הנ"ל:

אכן באמת מוכח מירושלמי הנ"ל דאף היכא דע"א מעיד דלא ידעו עדי השטר שהיה אמנה ג"כ אין ע"א נאמן לשבועה. דהא מתחלה אמרו שם בירושלמי דפוחתת אינה צריכה שבועה ואח"ז אמרו להך דר' ירמי' איבעי ליה בע"ח מעיד על פוחתת ור' יוסי פשיט ליה כנ"ל. ובש"ס דילן בסוגיא זו הקשו דהא פוחתת הוי חספא בעלמא ותירצו דמיירי באומרת אמנה היה בינו לבינה ולא נודע להעדים דהוי אמנה. וכיון דהעדים לא עשו עולה ע"כ לא הוי השטר כחספא וכמבואר בסי' פ"ד סעי' ד'. ודברי הסמ"ע שם ס"ק י"א כבר תמה התומים שם ס"ק י"א. וא"כ הירושלמי ג"כ דאמר מעיקרא דפוחתת אין צריכה שבועה בוודאי מיירי ג"כ כעין סוגיות הש"ס דילן דהיה אמנה דלא נודע להעדים. וע"כ כשר השטר לגבות בו. ואח"ז מסיק הירושלמי דעד א' אינו נאמן לשבועה בפוחתת. בוודאי מיירי ג"כ דומיא דלעיל מיני' דמיירי שם מעיקרא בפוחתת דלא נודע להעדים דהיה אמנה: ועוד דהא ר' ירמיה איבעי ליה הך דינא ור' יוסי פשיט ליה.

וקשה אי נימא דר' יוסי דפשיט ליה מיירי היכא דמעיד דידעו עדי השטר דהיה אמנה. א"כ קשה איך פשיט ליה איבעיא של ר' ירמי' הא י"ל דר' ירמי' דאיבעי' ליה קאי על פוחתת דמיירי שם מעיקרא היכא דלא נודע להעדים דהוא שטר אמנה. וע"כ פוחתת גבי שלא בשבועה. ולכן איבעיא ליה לר' ירמיה בע"א על פוחתת דיש סברא לומר דיחייב שבועה כיון דעדים אחרים היו נאמנים לגמרי וגם עדי השטר נאמנים בזה. ע"כ גם ע"א נאמן לחייב שבועה. א"כ קשה איך בא ר' יוסי לפשוט לר' ירמי' איבעיא שלו. הא י"ל דר' ירמי' קאי על הא דמיירי שם מקודם בפוחתת שלא נודע להעדים מזה דהוא אמנה וע"כ יש מקום לומר בזה דע"א יחייב שבועה. ואיך בא ר' יוסי לסתור דברי ר' ירמי' בפשיטות. והלא אין זה מדברי ר' ירמי' כלל דהא לא פשט ליה מה דקא מבעיא ליה כלל. ומכ"ז נראה להוכיח מדברי הירושלמי דס"ל דאף היכא דמעיד הע"א דלא ידעו עדי השטר דהוא אמנה ג"כ אינו יכול לחייבו שבועה משום דכיון דע"א בשטר אינו אלא מדרבנן ע"כ לא תקנו כי אם בפרוע דאין כאן שום הכחשה להשטר. משא"כ באומר אמנה דמרע ליה לשטרא. וע"כ ס"ל לחד מ"ד בכתובות (דף י"ט) דאף באין כתב ידם יוצא ממק"א אינם נאמנים לומר מודעא משום דמרע ועקר לשטרא. ואף דהתם מיירי בנודע להם בעת שחתמו שהיא מודעא. עכ"ז י"ל דלגבי ע"א לחייבו שבועה דנין לעולם להשטר כשנים לגבי זה דלא יהיה יכול ע"א לחייב שבועה. אף היכא דלא ידעו עדי השטר דהוי אמנה. וכמו דהוכחתי מהא דאמרו שם מקודם בפוחתת דגבי בלא שבועה. וכמו דמוקי בש"ס דילן דמיירי באומר אמנה בינו לבינה. והא דלא הזכירו זה בירושלמי י"ל דסמכו בזה על מה די"ל בפשיטות כמו דמתרץ בש"ס דילן:

ענף ה:

ובאמת לכאורה צ"ע דאמאי לא הקשו בירושלמי שם ג"כ כעין קושיות הש"ס דילן על מה דתני דפוחתת גבי שלא בשבועה והלא שטרא חספא בעלמא הוא. וי"ל בזה עפ"י מש"כ הרמב"ן בחי' לב"ב (דף ל"ב) דאמרינן מיגו להוציא. והא דב"ב שם מיירי בשטר דאינו מקויים דאין ב"ד נזקקין לקיימו אבל בשטר מקויים כבר סמכינן אף על מיגו להוציא. והקשה דא"כ מה הקשה הגמ' בכתובות (דף פ"ז ע"ב) על הא דתני פוחתת תפרע שלא בשבועה במאי גביא בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא. ולשיטת הסוברים דלא אמרינן מיגו להוציא אתי שפיר קושיות הגמ' הנ"ל דהא אינה נאמנת במיגו להוציא אבל אם אמרינן מיגו להוציא א"כ י"ל דמיירי בכתובה מקויימת ומהימנא במיגו ע"ש ברמב"ן שנדחק בזה. והובא בתומים בכללי מיגו ס"ק א' ועיין בש"ך סי' פ"ג:

ונלפענ"ד לתרץ קושיות הרמב"ן הנ"ל עפ"י מש"כ הרא"ש בשבועות פ"ז סי' ד' והר"ן שם והרשב"א שם דבטוען על המשכון דנאמן כדי דמיו במיגו דצריך לישבע בנק"ח. כמש"כ הגאונים ותשובת הרי"ף דצריך לישבע בנק"ח ואינו נאמן במיגו משום דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. ועוד אמרו הגאונים טעם אחר דכיון דלאו אגופיה דמשכון קטעין אלא בעי לאפוקי ממונא מרשותא דחברי' לית לי' בלא שבועה חמורה. והביאו ראי' מהא דב"ק (דף קי"ד) המכיר כליו וספריו ביד אחר ישבע כמה הוציא ויטול כו'. והובא בסי' ע"ב סעי' י"ז במחבר שם שפסק דבטוען על המשכון צריך לישבע בנק"ח:

וכבר כתבתי במק"א להוכיח מזה דאף היכא דאמרינן מיגו להוציא עכ"ז חייב שבועה בנק"ח. וכמו בטוען סטראי דסי' נ"ח דאמרינן מיגו להוציא כיון דשטרא מסייע לו עכ"ז חייב שבועה אף דלא טען השבע לי וכמש"כ הסמ"ע בסי' נ"ח ס"ק ג'. וכמש"כ בחידושי שם בארוכה ודלא כהש"ך שם. דכיון דהוי אפוקי ממונא אף דנאמן במיגו עכ"ז חייב שבועה בנק"ח. כעין שבועת הגאונים הנ"ל. וכבר מבואר שם דאף בזמן המשנה היה הדין כן. ולפ"ז בפוחתת דכיון דהשטר הוא חספא בעלמא. ועיקר נאמנות הוא ע"י מיגו א"כ צריכה שבועה בפוחתת. ולפ"ז שפיר הקשה הגמ' על מה דתניא בברייתא שם דפוחתת תפרע שלא בשבועה הא כיון דאינה נאמנת רק ע"י מיגו א"כ צ"ש כמו בשבועות המשכון הנ"ל. וע"כ הוצרך הגמ' לחוקמי דמיירי באומרת אמנה היה בינו לבינה. ומתורץ קושיות הרמב"ן הנ"ל. והוי מזה סייעתא להגאונים הנ"ל דפסקי שבועה בנק"ח לטוען על המשכון כדי דמיו. ועיין באו"ת סי' פ"ד ס"ק י"א שהשיג על הסמ"ע דכתב שם דבאומר אמנה היה בינו לבינה דנאמן מצד מיגו ובאמת אינו כן. עיי"ש ולפ"ז שפיר תני דפוחתת גבי שלא בשבועה כיון דנאמן מצד עצמו. ואפשר דהרמב"ן שהקשה

כן היינו לשיטת החולקים על הגאונים הנ"ל. ועיין ברמב"ן פ"ז דשבועות במלחמות שם. ובתוס' כתובות (דף פ"ז) ד"ה האי שטרא כו':

ועיקר ראיות הגאונים הנ"ל דהוכיחו כן מהמשנה דב"ק (דף קי"ד) המכיר כליו וספריו ביד אחר ישבע כמה הוציא ויטול. אלמא דאף דנאמן כדי דמיו במיגו מ"מ בעי שבועה וכמש"כ הרא"ש והרשב"א והר"נ שם. ובאמת בירושלמי בב"ק פ"י ה"ג אמרו דלכן חייב שבועה במכיר כליו וספריו משום כדי שלא יהיה בע"ב מטפלין לגנבים. והא דהוכיחו הגאונים הנ"ל מהמשנה דישבע כמה הוציא ויטול. י"ל דטעמא דכיון דלא הוזכר טעם הירושלמי הנ"ל בש"ס דילן. ע"כ מסתמא הטעם הוא משום דהוי מיגו לאפוקי ממונא ולא אמרינן בכה"ג מיגו לאפטורי משבועה. אבל הירושלמי לא ס"ל לשבועת הגאונים הנ"ל וכמבואר בירושלמי שבועות פ"ז דאיתא התם היה משכון בידו נוטל בלא שבועה והובא בש"ך סוף סי' פ"ט. וי"ל דירושלמי לטעמי' אזל דס"ל דהא דתנן המכיר כליו וספריו ביד אחר ישבע כמה הוציא ויטול דזהו מצד שלא יהיה בע"ב מטפלין לגנבים. ע"כ אין לשי' הירושלמי שום מקור לשבועת הגאונים הנ"ל. משא"כ לש"ס דילן דלא אמרו להך טעמא על הא דהמכיר כליו ביד אחר ע"כ ס"ל לשבועת הגאונים הנ"ל לכן שפיר הקשו במאי גבי בהאי שטרא הא הוי חספא בעלמא. ואף דיש לו מיגו ואמרינן מיגו להוציא לשיטת הרשב"א ורמב"ן עכ"ז היה צריך לישבע כעין שבועת הגאונים הנ"ל. משא"כ לשיטת הירושלמי דס"ל דהיכא דיש לו מיגו א"צ לישבע ולא ס"ל לשבועת הגאונים הנ"ל אתי שפיר הא דפוחתת גבי בלא שבועה משום דיש לה מיגו כנ"ל. ע"כ לא מפקינן להברייתא דפוחתת גבי בלא שבועה מפשטא כמו דמשמע בכמה דוכתי דסתם אמנה הוא היכא דידעו עדי השטר. ועכ"ז גבי בלא שבועה משום מיגו כנ"ל:

ולא מבעיא לשיטת הרמב"ן והרשב"א דס"ל דאמרינן מיגו להוציא. ואף לשיטת הסוברים דלא אמרינן מיגו להוציא. עכ"ז הא זהו פלוגתת רבה ורב יוסף בב"ב (דף ל"ב) כמבואר בתוס' ב"ב שם ובתוס' כתובות (דף פ"ז). א"כ הא רבה ס"ל דאמרינן מיגו להוציא. וי"ל דהירושלמי ס"ל כמ"ד דאמרינן מיגו להוציא. וע"כ גבי שפיר ע"י האי מיגו ובל"ש כנ"ל. אבל לעולם י"ל דמיירי הא דפוחתת דהובא בירושלמי שם כמו שטר אמנה דכולי ש"ס דילן דמיירי הכל בידעו העדים. וע"כ אמרו סתמא בכתובות (דף י"ט) דאינם נאמנים לומר אמנה ולא פירשו דזה קאי בידעו העדים דווקא משום דסתמא מורה כן הלשון. ע"כ סתמו בירושלמי ג"כ בפוחתת ואמרו דע"א אין מחייב שבועה משום דקאי הכל בידעו העדים מתחלה. וכן אח"ז דאיבעי להו כן ופשט לי' דאינו נאמן ע"א לחייב שבועה בפוחתת דקאי הכל דידעו העדי השטר ושייך בזה שפיר סברת הירושלמי משום

דאין ע"א מכחיש את השנים. וכמו דכתב הרא"ש בשבועות שם דלכן אין ע"א מחייב שבועה באמנה משום דאפילו תרי סהדי לא מהימני לגמרי כ"א דיהיה כמו תרי ותרי דכתובות (דף י"ט) וסי' מ"ו סעיף ל"ז. ועדי השטר בעצמם אינם נאמנים כלל. וע"כ בע"א אף דאינו מעידי השטר ג"כ אינו נאמן על שבועה משום דאין ע"א מכחיש שנים. דדוקא בשנים דינו כמו תרי ותרי כנ"ל. אבל היכא דמעיד הע"א דלא ידעו עדי השטר. אז שפיר נאמן הע"א לחייב שבועה. משום דאין זה הכחשה כלל דהא אף עדי השטר נאמנים לומר דהיה אמנה ולא ידעו בעת שחתמו שהוא אמנה אף בכת"י יוצא ממק"א כמש"כ הש"ך בסי' מ"ו ס"ק קי"ד וכמש"כ הריטב"א בכתובות (דף י"ט) דזה הוי כמו עדי פרעון ומחילה. ע"כ גם ע"א נאמן לחייב שבועה ואין סתירה לזה מהירושלמי כנ"ל:

ענף ו:

ועוד י"ל דלכן הירושלמי לא הקשה על הא דפוחתת עיה ששש והא האי שטרא חספא בעלמא הוא כמו בש"ס דילן משום די"ל דהירושלמי לטעמי' אזיל דהנה בירושלמי בכתובות פ' ב' ה"ג בסופו אמרו שם דאמר רב דנאמנים העדים לומר שטר אמנה הוא משום דמותר לחתום על שטר אמנה אלא דאסור לקיים שטר אמנה בביתו כו'. ולא ס"ל כמו בש"ס דילן דאמרו בכתובות (דף י"ט) דאסור לחתום על שטר אמנה משום הך קרא דאם און בידך הרחיקהו זה שטר אמנה ואעולה לא חתמי. אלא הירושלמי ס"ל דהך קרא הנ"ל לא קאי רק על המלוה דאסור להשהותו בתוך ביתו. ולא על העדים וע"כ נאמנים העדים לומר דהוא אמנה משום דלא מקרי עולה כלל. ועיין במראה הפנים שם:

ולכאורה יש לדון דכיון דעל המלוה מוטל איסור לקיים שטר אמנה בתוך ביתו א"כ ממילא אסור לפני העדים לחתום עליו משום לפני עור דמכשילים העדים את המלוה. ואפשר דס"ל להירושלמי דלא שייך לפני עור בדרבנן. וכה"ג כתבו הרשב"א והר"נ פ' א"ט והובא בש"ך יו"ד סי' נ"ה ס"ק י"א גבי אבר פרוש כיון דלישראל אין בו אלא מצות פרוש בלבד ע"כ אין בו משום לפ"ע. ובאמת התוס' בפ' לפני כו' (דף כ"ב) ד"ה תיפוק לי' כו' כתבו להוכיח דשייך לפ"ע אף באיסור דרבנן ע"ש. וכן קיי"ל ביו"ד סי' ק"ס גבי אבק רבית דעובר הלוה על לפ"ע. ואפשר לומר דשא"ה באבר פרוש דלא נאסר רק משום מצות פרוש בלבד וכמש"כ הט"ז בסי' נ"ה ס"ק ז' דאיסור זה קיל משארי איסור דרבנן. ולכאורה קשה ע"ז מירושלמי הנ"ל דמוכח דלא שייך לפ"ע בדרבנן. וי"ל דס"ל דבאמת כיון דחזינן בירושלמי דס"ל דהך קרא דאם און בידך הרחיקהו כו' דמזה למדו על איסור אמנה דזה לא קאי רק על איסור המלוה לחוד ולא על העדים. משום דבעדים לא שייך לשון דאם און בידך הרחיקהו ואל תשכן באהליך עולה. ע"כ י"ל דגם הש"ס דילן ס"ל כן

והא דאסור לחתום על שטר אמנה זהו משום לפ"ע דהעדים מכשילים להמלוה. וע"כ קרו לי' עולה ואעולה לא חתמו. ולכן אינם נאמנים לומר אמנה הוא וס"ל לש"ס דילן דשייך לפ"ע בדרבנן ג"כ ופליגי בהך דינא ש"ס דילן עם הירושלמי. וסמכינן על ש"ס דילן לפסוק דשייך לפ"ע בדרבנן:

וכן מורה לישנא דש"ס דילן בכתובות (דף י"ט ע"א) דאומר שטר אמנה הוא אינו נאמן והקשו אי באין כת"י יוצא ממק"א אמאי לא מהימני ורב אשי תירץ דלכן לא מהימני כדרב כהנא דא' אסור לאדם שישהה שטר אמנה בביתו שנאמר אל תשכן באהליך עולה. אלמא דמתחלה היה ס"ל להש"ס דעל העדים ליכא איסור לחתום על אמנה ואח"ז מסיק דכיון דאסור להשהות שטר אמנה בביתו ע"כ אינם נאמנים העדים. אלמא דעיקר איסור דאמנה אינו רק על המלוה וממילא מוכח מזה מדרב כהנא דעדים שאמרו אמנה אינם נאמנים. ואף דלא נאמר בדברי רב כהנא האיסור רק על המלוה ולא על העדים. מ"מ אינם נאמנים משום דמקרי עולה גבייהו משום לפ"ע דגם בדרבנן שייך לפ"ע. ולפ"ז מוכח כמש"כ הקצה"ח בסי' ל"ה בס"ק ד' שהשיג על התומים דכתב בסי' מ"ו דאם חתמו על אמנה פסולין לעדות. והשיג הקצה"ח ע"ז והעלה דאינם פסולין לעדות. ולפי מש"כ דעיקר העולה דאמנה הוא משום לפ"ע. א"כ י"ל בזה כמו דמצינו בסי' ל"ד סעי' י' דבאבק רבית אינו נפסל אלא המלוה ולא הלוה. דאף דעובר הלוה אלפ"ע באבק רבית כמבואר ביו"ד סי' ק"ס. עכ"ז אינו נפסל לעדות בעובר על לפ"ע בדרבנן וה"ה הכא וקצרתי:

נחזור לענינינו דחזינן דס"ל להירושלמי דעל העדים ליכא איסור לחתום על שטר אמנה כ"א על המלוה מוטל האיסור. והנה בש"ס דילן (דף פ"ז) דתירצו דהך פוחתת דכתובה מיירי באומרת אמנה היתה בינו לבינה והשטר כשר. דאף דהמלוה עבר על איסור דאל תשכן באהליך עולה. מ"מ כיון דהעדים לא חתמו באיסור כיון דלא נודע להם בעת שחתמו מזה ע"כ לא פסלו שטר זה ויש לו דין שטר לגבות בו. ואף דהמלוה עבר על איסור עכ"ז הא העדים חתמו בהכשר. וע"כ פוחתת כזה גובה בלא שבועה וא"כ ה"ה בשטר אמנה לשיטת הירושלמי דס"ל דהעדים מותרין לחתום רק דאיסור מוטל על המלוה להשהותו בביתו מ"מ הא העדים חתמו בהכשר ויש לו דין שטר. וע"כ פוחתת גובה בלא שבועה אף דידעו העדים שהוא אמנה. וע"כ לא הקשו בירושלמי כמו דהקשו בש"ס דילן והא האי שטרא חספא בעלמא הוא. משום דלשיטת הירושלמי דמותרים לחתום אין זה חספא אלא יש לו דין שטר כשר. דהא חתמו בהיתר:

ולפ"ז י"ל דהא דמבואר בירושלמי שם אחר דהביא להברייתא דפוחתת גובה שלא בשבועה. וקאמר אח"ז דעד אחד מעיד על פוחתת אינו יכול לחייבה שבועה משום דהוי

כמכחיש השנים דעדי השטר. וקאי הכל דידעו העדים שהוא אמנה וכמו סתם אמנה דכל הש"ס. וע"כ י"ל היכא דמעיד דלא ידעו עדי השטר דהוא אמנה דאז כיון דעדי השטר עצמן האומרים דהי' אמנה ולא נודע להם בעת שחתמו דנאמנים משום דזה הוי כפרעון כנ"ל. ע"כ גם עד אחד נאמן בזה לחייב שבועה כמו כל פרעון. ואף דלפמש"כ דס"ל להירושלמי דנאמנים לומר שטר אמנה. מ"מ פשוט דז"א רק באין כת"י יוצא ממקום אחר אבל בכת"י יוצא ממק"א אינם נאמנים משום דהא עקרי לשטרא כמבואר בכתובות (דף י"ט) דאמרו על אמנה אי בכת"י יוצא ממקום אחר פשיטא דלא מהימני ואי באין כת"י יוצא ממק"א אמאי לא מהימני ומסקי דמקרי עולה. ועכ"ז אף מקודם דאמרו דזה מקרי עולה מ"מ בכת"י יוצא ממק"א לא מהימני. וע"כ ברור דאף להירושלמי אינם נאמנים אלא באין כת"י יוצא ממק"א משום דלא מקרי עולה להירושלמי. וכ"כ בכת"י יוצא ממקום אחר ובאו עדים אחרים והעידו שהיה אמנה אינם נאמנים לגמרי רק מצד תרי ותרי כמו באנוסים מחמת נפשות דכתובות (דף כ'). וכיון דאינם נאמנים שני עדים אחרים בזה רק מצד תרי ותרי. ע"כ הדין נותן דאין עד אחד נאמן בפוחתת לחייב שבועה. דהא אין ע"א מכחיש את השנים. ואף דלא הוזכר בירושלמי שם דמיירי בידעו שהוא אמנה. מ"מ י"ל דכיון דבכולי ש"ס דילן בכתובות דאמרו דאינם נאמנים לומר אמנה דקאי הכל בידעי. דא"ל ידעי הא נאמנים כנ"ל. א"כ ה"ה בירושלמי דאמרו בקצרה זה דקאי הכל בידעי. וע"כ אמרו דאין עד אחד מכחיש שנים משום דחשוב השטר כמו אנן סהדי דלא היה אמנה. אבל בלא ידעי דנאמנים העדים לומר אמנה אף בכת"י יוצא ממק"א וכמו על פרעון. א"כ ה"ה ע"א נאמן בזה לחייב שבועה. וכמו דמשמע מדברי הרא"ש דשבועות הנ"ל:

וב"ה מצאתי בתשובת מהרי"ק שכתב בסי' כ"ב בע"א מעיד על שטר שהיה שטר מברחת דאם העיד דידעו עדי השטר בעת שחתמו א"כ מקרי עולה לגבייהו וע"כ אינו יכול לחייבו שבועה משא"כ באם לא ידעו עדי השטר שהיה מברחת מחייב העד שבועה כמו בפרעון ע"ש. הרי להדיא דהמהרי"ק מחלק כעין דמשמע מדברי הרא"ש הנ"ל אך לא הביא כלל לדברי הרא"ש והירושלמי הנ"ל. ע"כ ב"ה שפיר כתבתי דע"א מעיד על אמנה דא"ל ידעו העדים בעת שחתמו דיכול לחייב שבועה כמו במעיד על פרעון. אלא בידעו העדים לפי עדותו אז אינו יכול לחייב שבועה וכ"ז ברור:

ולפמש"כ דהירושלמי ס"ל דנאמנים לומר אמנה ע"כ א"ש מש"כ דירושלמי דפ"ט דאיבעיא ליה בע"א מעיד על פוחתת מיירי בידעו העדי שטר דהוא אמנה. משום דבידעי קשה לומר מה דאיבעיא להו מתחלה שם אם ע"א נאמן על פוחתת דהא כיון דמקרי

עולה וא"נ לומר אמנה ע"כ אין סברא לומר כלל ולהסתפק דעד אחד יהיה יכול לחייב שבועה ע"ז. אבל לפמש"כ דס"ל להירושלמי דנאמנים עדי השטר בזה אתי שפיר צד האיבעיא הנ"ל. גם כל עיקר קונטרסי בזה הוא רק בלא ידעו עדי השטר משום דבידעו וודאי פשוט דא"נ עד אחד לחייב שבועה כלל. אך בלא ידעו עדי השטר נתבאר דנאמן ע"א לחייב שבועה:

הט"ז בסי' הנ"ל סעיף א' השיג על הב"ח במש"כ בכוונת הבעה"ת דפוגם לכת"י נתבטל כל הכת"י ותמה עליו הט"ז. הנה לעיל בחידושי לסי' נ"ד כתבתי לבאר על נכון לדברי הב"ח הנ"ל ע"ש:

סימן פה

א (סעיף א וסעיף ג):

שנים שהוציאו שט"ח וע"ז יכול לומר אלו חייב הייתי לך כיצד אתה לוה ממני ונאמן לומר פרוע:

ונלפענ"ד דמ"מ שבועה צריך דהא בחזקה דתוך זמנו אף בצירוף שטר העלה הש"ך בסי' ע"ח ס"ק ט"ו דצריך לישבע שבועת היסת אחר פרעון. והא חזינן דחזקה דתו"ז אלימא ביותר מן הך חזקה דאמרו חז"ל אלו חייב הייתי לך כיצד אתה לוה ממני. דהא בחזקה דתו"ז נסתפקו בש"ס אי מהימן במיגו נגד חזקה דתו"ז ולא איפשיטא כמבואר בב"ב (דף ה'). וע"כ בתפס המלוה יכול המלוה לומר קים לי דלא מהימן הלוה במיגו נגד חזקה זו כמבואר בסי' ע"ח ש"ך ס"ק י"ט. ואלו בהא דאלו חייב הייתי לך כיצד אתה לוה ממני מבואר בהגהות אשרי כתובות סי' ט"ו פ' י"ג שכתב בשם הר"ת והמרדכי דאם יש להמלוה מיגו נאמן לתבוע מהלוה. אף דיש לומר אלו חייב הייתי לך כיצד אתה לוה ממני. מ"מ נאמן במיגו נגד חזקה זו. והובא בהגהת הרמ"א סוף סעיף ג' שם. ובש"ך ס"ק א'. אלמא דאף להוציא מהלוה נאמן המלוה במיגו ולא הוי מיגו להוציא דשטרא מסייע לי'. אלמא דהך חזקה קילא מן חזקה דתו"ז דהא בחזקה דתו"ז אם תפס המלוה יכול לומר קים לי דלא מהימן הלוה במיגו נגד חזקה דתו"ז ואלו הכא מוציאין מהלוה ע"י מיגו של המלוה. הרי דזהו דבר ברור דנאמן במיגו נגד חזקה זו. והא דשטרא מסייע ליה אין זה מעליותא רק במקום מיגו להוציא לפי מש"כ הכנה"ג דנחשב השטר בזה להיות כגבוי קצת דלכן לא מקרי מיגו להוציא. ועוד דהא ה"ט שייך ג"כ גבי חיוב שבועה להלוה. וע"כ הדין נותן דחייב הלוה שבועת היסת הכא דאין חזקה זו פוטרו מן היסת וכמו בחזקה דתו"ז דהעלה הש"ך בסי' ע"ח דצריך לישבע שבועת היסת אחר הפרעון.

והנתיבות ס"ק א' כתב דאינו חייב שבועה משום דהוי כמו אנן סהדי תדע דהא לשיטת רש"י אף מזוייף יכול לטעון עכ"ל. ותמהני עליו כיון דהכריע הנתיבות בסי' ע"ח ס"ק ז' דלאחר הפרעון אם תבעו דמשביעו היסת בחזקה דתו"ז א"כ ה"ה וכש"כ הכא יצטרך לישבע היסת כנ"ל:

אכן כל זה הוא לפי דברי הש"ך בסי' ע"ח ס"ק ט"ו דהעלה דחזקה דתו"ז אין פוטרו מן ש"ה אבל לפי מש"כ הב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק ח' בשם תשובת הרי"ף שהובא בבעה"ת שער ט"ז ח"ב סי' ה' דמוכח דס"ל להרי"ף והבעה"ת דחזקה תו"ז פוטרו מן ש"ה וכיון דהוי ספיקא דפלוגתא בזה אין לחייבו היסת ע"ש. א"כ ה"ה הכא י"ל דחזקה דאלו חייב הייתי לך היה לך לעכובי בחובך הוי חזקה אלימתא לפוטרו אף מן ש"ה. ומש"כ הש"ך שם לפרש לדברי הרי"ף והבעה"ת דכוונתם הוא על שבועה קודם פרעון באמת מוכח מלשון הרי"ף בבעה"ת שם כמש"כ הב"ש וכמו שכתב ההפלאה בסי' צ"ו ס"ק ז' דס"ל להרי"ף דפטור אף מן שבועת היסת לאחר הפרעון. אכן מבואר להדיא בבעה"ת שער ל"ד ח"ג גבי הך דכתובות (דף ק"י) המוציא שט"ח והלה מוציא שמכר לו השדה כו' דאיתרע ליה השטר אף דיש בו נאמנות ונשבע לוה היסת ונפטר עכ"ל והובא כאן בבית יוסף. א"כ חזינן דאף דס"ל להבעה"ת גבי חזקה דתו"ז דפוטר אף מן ש"ה אפ"ה הכא גבי הסברא דאלו חייב הייתי לך היה לך לעכובי בחובך ס"ל דאינו פוטר מן ש"ה משום דזה גרע מן חזקה דתו"ז וכמש"כ לעיל להוכיח כן ממה דמהני הכא מיגו להמלוה להוציא מן הלוה כו'. ע"כ אף לפי הכרעת הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' דלדינא אין לחייב היסת להמלוה בחזקה דתו"ז אף לאחר הפרעון מ"מ כאן חייב הלוה היסת וכמש"כ הבעה"ת. וכן מצאתי בתשובת פנים מאירות ח"ב סי' פ"ו דפסק ג"כ דחייב הלוה שבועה. וב"ה כוונתי לדעתו:

אכן לפי מה שהובא לעיל בחידושי סי' ג' בכללי מיגו לדברי תשובת מיימוני ה' משפטים סי' ל"ד. מוכח דס"ל לתשובת מיימוני דהך חזקה דאלו חייב הייתי לך היה לך לעכובי בחובך פוטר אף מן היסת וחולק על הבעה"ת הנ"ל. ואפשר דזה תלוי בפלוגתת הפוסקים שכתב המחבר כאן אם אומר מזוייף דיש אומרים דנאמן וטעמו משום דהך סברא דהיה לך לעכובי בחובך ה"ל כמו אנן סהדי וכמש"כ הנתיבות ע"כ יש לו כח למפטר אף מן היסת וכן הוא שיטת תשובת מיימוני. אבל הבעה"ת י"ל דס"ל כשיטת הסוברים דא"נ לומר מזוייף ע"כ לא ה"ל כמו אנן סהדי למיפטר אף מן היסת. ואף שהש"ך בס"ק ד' כתב דליכא פלוגתא בזה וכ"ע ס"ל דא"נ לומר מזוייף מ"מ הא האו"ת כתב דלא כדבריו והעיקר כפשט המחבר דפליגו בזה. ע"כ שפיר י"ל דזה תלי בהך פלוגתא. ועיין בקרבן נתנאל לכתובות פ' י"ג אות מ"ב שהביא ג"כ לדברי התוס' שכתבו גבי שטר שנפל איתרע

דנאמן לומר מזוייף אף בשטר מקוים. וזהו כדברי התומים שהביא ג"כ לדברי התוס' שכ"כ התוס' בכתובות (דף צ"ב) ובגיטין (דף ב') ובב"מ (דף י"ג). וכן נראה לי להביא ראיה לזה מן דברי הנימוקי יוסף לב"ב (דף ז') גבי ההוא שטרא דיתמי דנפק תברא עליה כו' ומדלא אפקי' בחיי אבוהון ש"מ זיופי זייף. וכתב הנימוקי יוסף בשם הרשב"א אע"פ שמקויים בחותמיו אפילו מפי עדים אכתי חיישינן דכיון וזייף וכההיא דב"ב (דף קס"ז) כו'. ועיין בסי' ק"ח סעי' ט"ז וש"ך ס"ק ל"א מזה. הרי דמצינו דהיכא דיש ריעותא גדולה דנאמן לומר מזוייף אף בשטר מקויים. וה"ה הכא י"ל כיון דס"ל דהך סברא דאלו חייב הייתי לך היה לך לעכובי בחובך דמשווינן עי"ז לריעותא גדולה על השטר. ע"כ ס"ל להנך פוסקים דמה"ט נאמן לומר מזוייף אף בשטר מקויים ומתורץ קושיות הש"ך כאן ס"ק ד' ועיין לעיל סי' ס"ג ובחידושי שם:

ואף דלדעת הסוברים דנאמן הלוה לומר מזוייף משום דה"ל כמו אנן סהדי וכמש"כ הנתיבות וכ"כ הסמ"ע כאן ס"ק ב' דהוי כאן אנן סהדי שפרעו כבר ואפ"ה מהני אם יש להמלוה מיגו דלא מכרתי לך ולא קבלתי ממך מעות כמש"כ הש"ך ס"ק א' והרמ"א לקמן סעיף ג' כנ"ל ולא אמרינן דהא ה"ל כמו מיגו במקום עדים משום דיש לחלק כפי דברי ההפלאה לכתובות (דף י"ט ע"א) בתוס' ד"ה אימא כו' שמחלק דדוקא היכא דהוי מיגו במקום עדים לא אמרינן אבל מיגו בעיקר העדים אמרינן וכמו דמחלקינן בסי' ע"א גבי מיגו במקום נאמנות למיגו בעיקר הנאמנות ע"ש בהפלאה. א"כ ה"ה הכא י"ל דלכן נאמן המלוה במיגו משום דזה הוי כמו מיגו בעיקר אנן סהדי כיון דאינו ידוע לנו עיקר מעשה המכירה רק ע"פ ולכן נאמן המלוה אף דנימא דנחשב זה כמו אנן סהדי. ועפ"ז יש לדון בהראי' שהבאתי לעיל מן מיגו במקום חזקה דתו"ז. ועיין בש"ך סי' ק"ח ס"ק ז' ובקצה"ח שם ובסי' צ"ז בקצה"ח ס"ק י"ב והדברים ארוכין. ולכן כיון דהך דינא בטוען הלוה מזוייף הוי פלוגתת הפוסקים בלא שום הכרעה וכיון דנתבאר די"ל דהך דינא דפליגי הבעה"ת ותשובת מיימוני אם חייב היסת דזה תלוי ג"כ בהך פלוגתא ע"כ קשה לחייבו שבועת היסת כיון דלא מצינו הכרעה בין הנך דיעות. ובלא"ה כיון דהבע"ת חולק בזה עם המיימוני ה"ל ספיקא דפלוגתא דאין לחייבו שבועה. וכעין זה כתב הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ח' כנ"ל ועיין לעיל בחידושי לסי' ע"ח סעי' ב' בש"ך ס"ק ט"ו. וע"פ מש"כ שם יש לדון הרבה גם כאן:

כ"ז כתבתי מכבר וכעת ראיתי בשער משפט ס"ק ב' שהביא ג"כ לדברי הבעה"ת והמיימוני והפמ"א הנ"ל וכתב לחלק דבנידון הבעה"ת דהיה שטר להמלוה נהי דפסלינן לשטרא מ"מ אין כח להוכחה זו לפטור גם מן ש"ה אבל נידון תשובת מיימוני דמיירי

בתביעה בע"פ ע"כ יש כח להוכחה זו לפטור מן ש"ה כמו דעד מסייע פוטר מן ש"ה ע"כ קוטב דבריו. ולפי דעתי יש לומר בזה ביותר לפי דברי שער משפט דכתב לדמות דכמו דעד מסייע פוטר מן ש"ה ה"ה איזה הוכחה המסייעו דזהו סברת תשובת מיימוני. דלפ"ז י"ל בפשיטות דלכן ס"ל להבעה"ת דאין זה פוטר מן היסת משום דאזיל הבעה"ת לטעמי' דס"ל דעד מסייע אינו פוטר מן היסת כמבואר בבעה"ת שער כ"א ח' ה' אות ב' והובא בטור סי' פ"ד ובבית יוסף לסי' ע"ה ובבאר הגולה לסי' ע"ה סעי' ב' ס"ק ו'. רק מדבריהם משמע דס"ל להבעה"ת כן בכל שבועות דאין עד מסייע פוטרו. אכן למי שרואה בגוף הבעה"ת שם מבואר דס"ל דבכל השבועות פוטר עד מסייעו אך בשבועות היסת ס"ל דאין עד מסייע פוטר משום דר"נ תיקן לש"ה בכל גווני ועיין בג"ת שם. וכיון דס"ל להבעה"ת דעד מסייעו אינו פוטר מן ש"ה משום דר"נ תיקן לש"ה אף היכא שיש לו עד מסייע ע"כ ה"ה אף היכא דיש איזה הוכחה לסייעו ג"כ אינו פוטר מן ש"ה ולכן כתב הבעה"ת דמשתבע היסת הכא. ולכן לפ"ז למאי דקיי"ל דעד מסייע פוטר מן ש"ה הדין נותן הכא כשיטת המיימוני דפוטר מן היסת. ומה שיש לדון לשיטת הבעה"ת הנ"ל במה דאמרו בשבועות (דף מ"א) מאי איכא בין דאורייתא לדרבנן אין זה קשה וכמש"כ במק"א:

ב (שם סעיף ג):

אפי' היתומים קטנים אין אומרים שהם יגבו מיד ולא יגבה מהם עד שיגדלו כיון שתפס בחיי אביהם עכ"ל. והקצה"ח בסי' ק"י ס"ק ג' הקשה מזה על דברי הסמ"ע והש"ך בסי' ק"י סעיף ב' ובסמ"ע ס"ק ו' ובש"ך ס"ק ה' שכתבו לדינא בשם ר' ירוחם דבתפס מעות מיתומים קטנים מהני תפיסתו אם יש לו שטר ואין מוציאין ממנו וכתב דגם הטור ס"ל כן וקשה מן הך דסי' פ"ה בטוש"ע שכתבו הכא כיון שתפס בחיי אביהם משמע דאחר מות אביהם לא מהני אף דתופס מעות כו' ונשאר בצ"ע:

ג (שם ש"ך ס"ק ט בסופו):

ונלענ"ד ליישב ע"פ מה שהעלתי בספרי נחל יצחק בקונטרסי בתפיסה בדרא דממונא סי' ד' דאין לחלק בתפיסה בדרא דממונא לספק דתרי ותרי וספק בשטר. רק העיקר תלוי דשאני היכא דשייך ב"ח קונה משכון אז מהני תפיסה בתופס עבור חובו למטלטלין בכל הני ספיקות משום דזה מקרי כמו טוען על גוף הדבר דהוי שלו אבל היכא דלא שייך ב"ח קונה משכון אז לא מהני תפיסה בתופס עבור חובו משום דאינו תופסו רק עבור חוב ואינו טוען על גוף הדבר דהוי שלו. והארכתי שם בספרי ע"פ דברי הישש"ש פ"ב דב"ק סי' ה' והמהרי"ט בסי' ע"ב דכתבו לכללא דאם אינו טוען על גוף הדבר דהוי שלו לא מהני תפיסה. והטעם הוא כמו שביארתי שם דכיון דתופס חפץ בחוב צריך

שומא וגובייגא בב"ד ואינו יכול לזכות בהחפץ רק ע"י הב"ד ובספיקא דדינא או בספק בשטר או בדררא דממונא אין הב"ד מזדקקים מספק להגבותו כיון דאינם יודעים האמת עם מי הוא והיכא דלא יבא לידי גובייגא בב"ד אינו רשאי לעכב החפץ ת"י רק היכא דשייך ב"ח קונה משכון אז שאני כמש"כ בארוכה בספרי שם ע"ש. ולפ"ז בתופס מעות כיון דא"צ שומא ע"כ אף בתופס המעות עבור חובו ג"כ מהני תפיסתו בכל הנך ספיקי וכמש"כ הישו"ש לב"ק שם וחלק בין תופס מעות לתופס מטלטלין. [ועיין בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' מזה. ועיקר החילוק בין תפיסת מעות למטלטלי הוא בח"מ סי' ע"ב סעיף י"ז ובסי' פ"ז סעיף ט' בסמ"ע ס"ק כ"ב ובש"ך ס"ק כ"ד בשם הר"נ לכתובות. וכן הוא באה"ע סי' צ"ו סעיף י"א ועיין מזה בהר"נ לשבת ר"פ שואל]:

ולפ"ז נראה לענ"ד להסביר הטעם של הר' ירוחם והסמ"ע והש"ך במה שכתבו לחלק דדוקא בתפס מטלטלי אמרו דלא מהני תפיסתו מיתומים קטנים אף דיש לו שטר אבל תפס מעות מהני תפיסתו מיתומים קטנים אם יש לו שטר. והוא דיש לומר דאף דאמרו חז"ל דאין נזקקין ליתומים קטנים משום חשש צררי עכ"ז לא גרע זכותו של בעל השטר מן כל מי שנולד ספק בהשטר שלו דמהני תפיסה. וכן לא גרע זכותו מן כל ספק דררא דממונא דמהני תפיסה. וכש"כ כאן כיון דמה"ת גובה בשטרו מן יתומים קטנים ביש לו שטר רק דרבנן תקנו דאין גובין משום חשש צררי וזהו אינו רק מספיקא בעלמא דראו חז"ל לחוש בזה משום ספק צררי. א"כ לא גרע מן כל ספק בשטר או בספק דררא דממונא דהוי ספק מה"ת ואפ"ה מהני תפיסה כש"כ הכא. ולפ"ז היה הדין נותן דבתפס מטלטלי מיתומים קטנים יהיה מועיל תפיסה. ועכ"ז לדינא שפיר פסקו דלא מהני תפיסה במטלטלי. דהא לפי מה שכתבתי לעיל דלא מהני תפיסה רק היכא דשייך ב"ח קני משכון אבל היכא דליכא בי' תורת בע"ח קני משכון אז לא מהני תפיסה על חובו כיון דאינו טוען על גוף הדבר דהוי שלו. ולכן הכא דמיירינן ביתומים ובתפיסה לאחר מיתה דלא שייך קונה משכון בזה וכמש"כ בספרי נחל יצחק בקונטרס לתפיסה בדררא דממונא שם ע"כ לא מהני תפיסה מיתומים קטנים הכא. אבל בתפס מעות דאינן צריכין שומא וגובייגא וזה הוי כמו טוען על גוף הדבר דהוא שלו לכן מועיל תפיסתו להמעות הכא דמה דחשו חז"ל מספיקא דאין גובין מיתומים קטנים משום חשש צררי אינו רק מחשש ספק צררי דהא חזינן דמן יתומים גדולים גובין בשטר רק בקטנים חששו ולא גרע מן כל ספק דהדין הוא דמהני תפיסה היכא דהוי כמו טוען על גוף הדבר דהוא שלו כיון דא"צ החלטה מן ב"ד. וכן הוא לשון הש"ס בערכין (דף כ"ב) דאמר רב הונא ברי' דרב יהושע אימר צררי אתפסה דזהו מורה כמש"כ דחז"ל לא חשו רק מספיקא דגם

לאחר התקנה לא הוי רק ספק צררי וזהו פשוט. וידעתי למש"כ הר"נ לכתובות ריש פ' הנושא על מה דאמרו שם בנותיו אימר צררי אתפיסנהו דזהו כמו וודאי וכעין זה כתבו התוס' בבכורות (דף ל"ה) ד"ה א"ד כו' מ"מ הכא אין זה רק ספק וקצרתי:

וכיון דהטעם הוא בתפס מעות מיתומים קטנים דמהני תפיסתו הוא מטעם דלא גרע מן כל ספק דמהני תפיסה א"כ אם חזרו היתומים ותפסו מן המלוה או בתפס האפטרופוס מן המלוה אז הדין נותן דאין להוציא מן היתומים וכמו בכל ספיקא דדינא ודררא דממונא וספק בשטר דאם חזר חבירו ותפס מן התופס הראשון דאין מוציאין מן התופס השני וכמש"כ היש"ש לב"ק פ"ב סי' ה' וכן קיי"ל לדינא וכמש"כ בכללי תפיסה. ולפ"ז מתורץ קושיות הקצה"ח במה שהקשה מן הך דסי' פ"ה דכתבו הטוש"ע הכא הטעם כיון שתפס בחיי אביהם דמשמע דלולי תפיסה מחיים לא היה מועיל התפיסה אף בתפס מעות. דיש לומר דהוי נפ"מ רבתי מן הטעם הזה לענין אם חזרו היתומים ותפסו מן המלוה דאי נימא דלא הוי אלא מצד ספק אז היה מועיל תפיסת היתומים אבל לפי הטעם דהוי תפס בחיי אביהם לא מהני תפיסת היתומים במה שחזרו ותפסו. דהא כבר זכה המלוה בדין וודאי ע"י מה דתפס בחיי אביהם וכמש"כ המגיה בט"ז הכא לסעיף ד' דכיון דעיקר תקנתא דאין נזקקין לי"ק הוא חששא קלה מהני הך תפיסה אף שאינו תפיסה גמורה והוי כמו תפס מחיים ממש ע"ש. וע"כ ע"י מה דהוי זה כמו תפס מחיים כמו שהוכיח זה מהך דכתובות ע"כ הוי זה כמו דין וודאי דזכה המלוה ולא מהני תפיסת היתומים משום דכה"ג לא גזרו חז"ל לדון דאין נזקקין ליתומים קטנים והוי נפ"מ רבתא:

ואכתי תקשה לפי זה על עיקר דברי הרמב"ן והר"נ שהוכיחו להך דינא דמהני בזה מה שתפס בחיי אביהם את החוב שהוא חייב להיתומים. דראייתם הוא ממה דלא אוקמי בגמ' כתובות (דף ק"י) דמיירי ביתומים קטנים דהיתומים גובין ממנו והוא אינו גובה מהם משום דאין נזקקין ליתומים קטנים וע"ז לא היה קשה מה דהקשו שם בגמ' לסוף דליגבינהו ארעא ליתמי כו' ומזה הוכיחו לדבריהם דכיון דהוי תפס מחיים להחוב שהוא חייב לי"ק דמהני תפיסה זו ובכה"ג לא גזרו חז"ל להתקנה דאין נזקקין לי"ק וכמש"כ השיטה מקובצת שם. דהא לפי מש"כ לפרש דעיקר טעמם הוא להורות דזהו דין ברור בלא שום ספיקא כלל דלולי זאת היה הדין נותן דלא מהני הך תפיסה רק משום ספק. א"כ אכתי אין ראיה זו מוכרחת להוכיח דהך תפיסה דמהני הוי זה מצד וודאי. דהא אכתי יש לומר דהא דלא אוקמי בגמ' דמיירי בי"ק דזהו משום דהא כיון דהוי תפוס להחוב שחייב להם א"כ אין מוציאין ממנו משום ספק כנ"ל. אבל לעולם י"ל דאין זה מצד וודאי רק משום ספיקא ונשאר עדיין קושיות הקצה"ח דל"ל להטעם דתפס בחיי אביהם הא

בלא"ה מועיל תפיסתו משום דהא במעות מהני תפיסה כנ"ל: ועכ"ז שפיר כתבתי לתרץ לקושיות הקצה"ח הנ"ל דשפיר הוכיחו הראשונים הללו מן סוגיות הש"ס הנ"ל דמהני תפס בחיי אביהם לחובו שחייב להם בתורת דין וודאי ובכה"ג לא גזרו חז"ל. משום דאי נימא דלא מהני תפיסתו בכה"ג רק משום ספיקא. אז עדיין תקשה דאכתי ה"ל להש"ס לאוקמי דמיירי המשנה דזה גובה וזה גובה ביתומים קטנים דהם גובין ממנו והוא אינו גובה מהם. דהא לפי דינא דהש"ס דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי אינו יכול לגבות מהם רק מן הקרקע וכמו דמקשה הש"ס דליגבינהו ארעא ליתמי והדר ליגבי מינייהו כדר"נ. דאכתי תקשה דהוי מצי הש"ס לאוקמי דמיירי המשנה ביתומים קטנים דהם גובין ממנו והוא אינו גובה מהם רק ראוי לגבות משום דאין נזקקין לי"ק. וע"ז לא תקשה דליגבינהו ארעא ליתמי כו'. דהא כיון דיגבה להיתומים הקטנים את הקרקע אזי אינו יכול לגבות מהם יותר דהא אין נקקין לי"ק. וזה הוי להוציא כיון דגוף הקרקע קנוי להם א"כ אף יתפוס אח"ז את גוף הקרקע הא בקרקע לא מהני תפיסה דקרקע בחזקת בעלי' ולא יהיה מהני תפיסתו להקרקע עבור חובו. ואז יהיה אתי שפיר מה דאמרו זה גובה וזה ראוי לגבות. ומדלא אוקמי בש"ס כן שפיר הוכיחו הראשונים הללו דהדין הוא בכה"ג דכיון דהיה תופס בחיי אביהם דלא תקנו בכה"ג להתקנה דאין נזקקין לי"ק משום דאף דזה הוי תפיסה גרועה מ"מ מהני הך תפיסה לדחות להתקנה קלה דאין נזקקין לי"ק וכמו שכתב המגיה בט"ז כנ"ל. ומוכח דבתורת דין וודאי הוא הך דינא מה דאמרו דהיכא דהוי תפס בחיי אביהם מהני דלא תקנו בכה"ג להתקנה דאין נזקקין לי"ק. וע"כ ה"ה אף היכא דהיתומים חזרו ותפסו מהמלוה ג"כ מוציאין מהם כיון דכבר זכה המלוה במה שתפס בחיי אביהם והוי נפ"מ רבתא ממה דכתבו זה הטעם ומתורץ על נכון לקושיות הקצה"ח הנ"ל:

ב (שם סעיף ב):

ובעיקר הסברא שכתבתי לעיל להסביר דלכן לא מהני תפיסה למטלטלי של יתומים קטנים אף דיש לו שטר דאף דמידי ספק לא נפיק מ"מ לא מהני תפיסתו משום דכיון דלא שייך ב"ח קונה משכון במה שתופס מן היתומים והוי זה כמו דאינו טוען על גוף הדבר דהוי שלו ולא מהני תפיסה בכה"ג. יש להקשות ע"ז הכלל מן הא דח"מ סי' ק"ח סעי' י"א גבי הא דא"א מוריש שבועה לבניו דאם תפסו יורשי המלוה אין מוציאין משום דזה הוי ספיקא דדינא וכדאמרו בשבועות (דף מ"ח) דהאי דיינא דעבד כר"א עבד. והא התם מיירי ביתמי דלא שייך התם קונה משכון ואפ"ה אמרו דמהני תפיסה הרי דמוכח מזה דלא כמו שכתבתי. וכן יש להקשות מזה על מה שכתבתי בספרי נחל יצחק בסי'

ד' בתפיסה בדרא דממונא ענף ג' וענף ד'. אכן באמת אין זה קשה די"ל בזה ע"פ סברת התומים בכללי תפיסה ס"ק פ"ז פ"ח צ' דיש לחלק דשא"ה בהך דא"א מוריש שבועה לבניו דהעיקר הוא כר' אלעזר וליתא לדרב ושמואל רק הואיל ונפק מפומי' דרב ושמואל כו' ולכן אמרו התם הבו דלא לוסיף עלה דרב ושמואל כו'. וכ"כ התומים לסברא זו בכללי תפיסה בס"ק ק"ח עד ס"ק קי"ג ע"ש. ולכן שפיר כתבתי דלא מהני תפיסה מצד ספק בתופס מטלטלי מיתומים כיון דאינו טוען על גוף הדבר דהוא שלו לפי דלא שייך ביתומים לדון דב"ח קונה משכון ושאני התם בהך דא"א מוריש שבועה כיון דהעיקר לדינא כר"א וכמש"כ התומים ע"כ מהני התם גם תפיסה גרועה אף דלא מהני בכה"ג בשארי דוכתי לענין תפיסה בספיקא דדינא וכפי חילוק שכתב התומים הנ"ל:

ועפ"ז יש לתרץ גם מה שהקשה הקצה"ח בסי' ק"י ס"ק ג' הנ"ל דהא לשיטת כמה ראשונים דפירשו להך עובדא דרבא בר שרשום דאכל כבר הפירות ואפ"ה אמרו דכי גדלי יתמי אישתעי דינא בהדייהו וגם היה לו שטר והוי כמו תפיסת מעות ואפ"ה לא מהני תפיסתו א"כ מוכח דלא ס"ל כמש"כ הסמ"ע והש"ך בזה. אכן לפי מש"כ לפרש טעמם דמהני תפיסת מעות זהו לפי דהוי כמו טוען על גוף הדבר דהוי שלו ומהני זה בספיקא דדינא משא"כ במטלטלי דהוי כמו אינו טוען על גוף הדבר דהוי שלו וכנ"ל. והנה התם בעובדא דרבא בר שרשום בזמן הש"ס מטלטלי דיתמי לא משתעבדי. ומבואר בכתובות (דף נ"א) דבע"ח אינו גובה מן יתומים פירות שאינם צריכים לקרקע לפי דכל העומד לגזוז כגזוז דמי וכמש"כ התוס' שם. וכמו שהעלה הש"ך בח"מ סי' צ"ה ס"ק ט' ובסי' קט"ו ס"ק י"ח דבע"ח אינו גובה ממטלטלי דיתמי גם מן פירות דא"צ לקרקע ע"ש. ולפ"ז הכא בהך דרבא בר שרשום מסתמא היה פירות דא"צ לקרקע והיו גמורים הפירות. א"כ מן דין הש"ס אין לו שום שעבוד כלל על הפירות רק דיכול לעכב דמי הפירות שת"י עד שיחזירו לו היתומים את גוף הקרקע שהניח להם אביהם כי רק גוף הקרקע משועבד להבע"ח. ולכן לא היה מועיל התפיסה לרבא בר שרשום במה דתפס דמי הפירות שאכל. לפי דזה מקרי אין לו טענה על גוף הדבר שתפס רק דיכול לתופסו עבור דבר אחר אם היה החוב ברור וכיון דתקנו חז"ל דאין נזקקין לי"ק והוי זה כעין ספק ולכן לא מהני תפיסה כה"ג בספיקא דדינא או בספק דררא דממונא וכנ"ל. רק האידנא דגובין ממטלטלי דיתמי ויש גם על מטלטלי דין שעבוד וכמש"כ במק"א. ועיין בספרי נחל יצחק בסי' ל"ט סי' ב' בשעבודא דאורייתא. לכן שפיר אמרו דמהני תפיסת מעות האידנא גם מיתומים קטנים משום דזה מקרי טוען על גופו של דבר והוי כמו דנפרע כבר. ומיושב קושיות הקצה"ח הנ"ל. וגם בלא מש"כ לפרש הטעם הלז על מה דמהני תפיסת

מעות. ג"כ יש ליישב בקצרה לקושיות הקצה"ח מן הך דרבא בר שרשום הנ"ל. דיש לחלק בפשיטות דדוקא האידנא לאחר תקנת הגאונים דגם מטלטלי דיתמי משתעבדי אז י"ל דהוי כאלו נפרע כבר וכמש"כ הש"ך בסי' ק"י ס"ק ה'. משא"כ לדין הש"ס דמטלטלי דיתמי אינו משועבד רק דתופסו עבור גוף הקרקע כנ"ל ע"כ לא שייך לדון בזה לסברת הש"ך דהוי כאלו נפרע כבר וזה ברור. ואחר כותבי כל זה ראיתי בנתיבות סי' ק"י ס"ק ב' שכתב לתרץ לקושיות הקצה"ח מן הא דרבא בר שרשום הנ"ל ע"פ מה שכתבתי לעיל ליישב בקצרה לקושיות הקצה"ח הנ"ל. אכן לפי מש"כ מקודם מתורץ בפשיטות קושיות הקצה"ח הנ"ל:

ואף לפי מה דכתב הקצה"ח להוכיח דלא מהני תפיסת מעות מן יתומים קטנים אף דיש לו שטר. עכ"ז נלע"ד לדון דיש לומר דאין הב"ד יכולים להזדקק ולהוציא המעות מן המלוה. דהא כתב הרמב"ם פ"ו ה' גזלה ה' ט"ז ובש"ע ח"מ סי' ש"ע סעי' ז' דכל מי שיש בידו גזל מדבריהם אינו יוצא מידו בדיינים ונקטו זה לכללא. וזהו דלא כמש"כ התוס' בשבועות (דף מ"א ע"א) ד"ה ולר' יוסי כו' דלא אמרו כן רק היכא דלא הוי גזל רק מפני דרכי שלום כו' אכן מן הרמב"ם וש"ע הנ"ל מוכח דס"ל כן לכללא בכל גזל מדבריהם. רק היכא דמצינו בפירוש דאמרו דמוציאין בדיינים בזה נחתינן לנכסי' אף בגזל דרבנן אבל היכא דלא מצינו בפירוש כן בזה לא נחתינן לנכסיו רק דענשינן לי' וכמבואר בשבועות (דף מ"א). וכמש"כ מזה בספרי נחל יצחק בסי' ג' בשעבודא דאורייתא ריש סי' ל"ט ע"ש א"כ ה"ה במה דתקנו חז"ל דאין נזקקין לי"ק דכיון דמה"ת גובין בשטר אף מיתומים אי נימא שעבודא דאורייתא וגם הא מה"ת גובין אף ממטלטלי דיתמי וכמש"כ הקצה"ח בסי' ל"ט ס"ק א' בשם הרשב"א ע"ש. אלא דרבנן תקנו דאין נזקקין לי"ק א"כ היכא דהמלוה תפס מעות מהיתומים קטנים אף דנימא כהקצה"ח דגם בכה"ג תקנו להתקנה דאין נזקקין לי"ק עכ"ז הא לא הוי רק כמו כל גזל דרבנן דאין מוציאין בדיינים כ"ז דלא מצינו בפירוש דמוציאין בדיינים. ע"כ יש לחלק דדוקא בתפס מטלטלי די"ק בזה אמרו דמוציאין בדיינים. משא"כ בתפיסת מעות וכמו שכתבו לחלק בסי' פ"ז סעיף ט' בסמ"ע ס"ק כ"ב ובש"ך ס"ק כ"ד גבי תפס ואינו רוצה לישבע דכתבו בשם הר"נ דתפס מטלטלי מפקינן מיני' משא"כ תפס מעות דאין מוציאין רק דענשינן לי'. ה"ה י"ל בתפס מעות מיתומים קטנים דאף דנימא דלא מהני התפיסה וכמש"כ הקצה"ח עכ"ז לא הוי נחתין לנכסיו רק ענשינן לי' דהא לא מצינו הכא בפירוש דהוו נחתין לנכסיו בזה. והא דרבא בר שרשום דאמרו דימתין עד שיגדילו י"ל דזה היה כדי דלא יהיה עובר על דברי חז"ל דענשינן לי' כן י"ל אף לדברי הקצה"ח דהוכיח מן הך דרבא בר שרשום דלא מהני תפיסת

מעות מן יתומים קטנים. ועיין בקצה"ח בסי' פ"ט ס"ק א'. והובא בספרי נחל יצחק בסי' ג' לשעבודא דאורייתא ע"ש:

ועפ"ז יש לדון בהוכחות הראשונים דהוכיחו מן הא דכתובות (דף ק"י) דלא אוקמי הש"ס לתרץ דמיירי ביתומים קטנים ומזה הוכיחו דמהני מה דהיה תופס מחיים לענין הך דאין נזקקין לי"ק וכמש"כ לעיל. דלפי מה שכתבתי לדון די"ל דאף היכא דלא מהני תפיסה מן י"ק מ"מ לא נחתינן לנכסיו א"כ לפ"ז לא הוי מצי הש"ס לאוקמי להך דזה גובה וזה ראוי לגבות ואין לו דמיירי ביתומים קטנים דא"כ לא שייך בזה לשון זה גובה דהא גובה משמעו דגובין ממנו ומוציאין בדיינים ממנו ולפי מש"כ הא לא נחתינן לנכסיו בכה"ג רק ענשינן לי'. ולפ"ז מתורץ קושיות הראשונים הללו. ועכ"ז נראה דשפיר הוכיחו ואין סתירה מדבריהם למה שכתבתי. והוא דהא בזמן הש"ס דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי ואף מן יתומים גדולים אין גובין אלא דעיקר ההוכחה של הראשונים הללו היה דאף דמקשי בש"ס דליגבינהו ארעא ליתמי והדר ליגבי מינייהו דאם היה מוקי הש"ס ביתומים קטנים לא היה קשה זה. א"כ שפיר הוכיחו כן דאם נימא דלא מהני תפיסה בכה"ג א"כ שפיר אתי שפיר לישנא דזה גובה וזה ראוי לגבות משום דהא אף דתפס מטלטלי מן יתומים קטנים אמרו דמפקינן כש"כ גוף הקרקע לאחר דמגבי להו דלא שייך כלל תפיסה בקרקע כיון דהקרקע נקנה כבר להיתומים. והיה אתי שפיר לשון זה גובה וזה ראוי לגבות. ומדלא אוקמי בש"ס כן שפיר הוכיחו הראשונים דמהני מה דהיה תופס מחיים לענין זה. ואין סתירה מדבריהם למה שכתבתי:

ג (שם סעיף ה):

ולפי מה שכתבתי יש מקום ליישב עפ"ז לקושיות ר' עקיבא איגר זצ"ל בתשובה סוף סי' קל"א על דברי הר"נ לכתובות פ' מי שהיה נשוי דכי אמרינן לכתובה מפקינן מינה דוקא מטלטלין אבל במעות לא דהוי כאלו נפרעה עכ"ל הר"נ והקשה ע"ז מכתובות (דף צ"ב) ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות ומת ראובן ואתא בע"ח דראובן וטריף דינא דאמרי לי' מטלטלי שבק אבוהון גבך ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי. והא במעות מהני תפיסה לאח"מ מכש"כ בתפס החוב שחייב לאבי יתומים. וכן הקשה רע"א בדרוש וחידוש לכתובות (דף צ"ב). ובתוס' רעק"א למשניות כתובות פ' י' משנה ד' ונשאר בצע"ג. ובספרי באר יצחק סי' ב' כתבתי לתרץ קושיא זו ע"ש. אכן לפי מה שנתבאר בעז"ה יש לתרץ בפשיטות לקושיא חמורה זו. והוא דהא כבר נתבאר בשם הרשב"א דמה"ת אף מטלטלי משתעבדי אלא מדרבנן אין גובין ממטלטלי דיתמי. א"כ בבע"ח דתפס מטלטלי דיתמי לא מקרי רק גזל דרבנן. וכבר נתבאר דלפי שיטת הרמב"ם והש"ע

ח"מ סי' ש"ע דכל גזל מדבריהם אינו יוצא בדיינים. רק היכא דמצינו בפירוש דאמרו כן בזה שאני אבל אין למדין כן בשארי דוכתי ומוקמינן על הכלל דגזל דרבנן אינו יוצא בדיינים. והא דמצינו בכתובות (דף פ"ד ודף צ"ו) ובשא"ד דבע"ח דתפס מטלטלי דיתמי מוציאין ממנו בדיינים. יש לומר בזה הטעם דכתב הר"נ בכתובות פ"ט בסוגיא דפוגמת גבי נשבעין ונוטלין דאם תפס מטלטלין ואינו רוצה לישבע מפקינן מיני' דכיון דגוף החפץ אינו שלו ע"כ במה שמוציאין המטלטלי ממנו אין זה מקרי נחתינן לנכסיו רק דמחזירין הממון ברשות בעליו ולכן בתפס מעות כתב שם דמהני תפיסתו משום דזה מקרי מוציאין ממנו וכיון דבגזל דרבנן אין מוציאין בדיינים ע"כ מהני שם התפיסה להמעות והובא לדברי הר"נ הנ"ל בסי' פ"ז בסמ"ע ס"ק כ"ב ובש"ך ס"ק כ"ד ובאה"ע סי' צ"ו סעיף י"א ובחלקת מחוקק שם ס"ק כ"ה וב"ש שם: ולזה נתכוין הר"נ כאן במש"כ דהא דאמרו לכתובה מפקינן דוקא במטלטלי דמכל מקום מחסרי גוביינא אבל במעות לא שהרי כבר נפרעה כו'. דבמטלטלי אף דמה"ת משתעבדי מ"מ אין זה בכלל גזל דרבנן דאמרו אין מוציאין בדיינין משום דאין זה מקרי הוצאות ממון כיון דמחסרי גוביינא. [וכמו בתפס מטלטלי ואינו רוצה לישבע כנ"ל]. אבל תפס מעות כיון דכבר נפרעה דהא מה"ת הוי כמו דנפרעה כבר כיון דמן התורה גם מטלטלי ומעות משתעבדי ומקרי פרעון מן התורה וע"כ הוי זה בכלל כל גזל דרבנן דאינו יוצא בדיינים דזה מקרי נחתינן לנכסיו אם יוציאו מידו ולכן אמרינן בזה דהוי זה בכלל כל גזל מדבריהם דאינו יוצא בדיינין ולכן לא מפקינן מיני'. וי"ל באמת דגם בתפס מעות ענשינן לי' וכמו בכל גזל דרבנן דענשינן לי' וכמבואר בשבועות (דף מ"א) ובסי' פ"ב בסמ"ע ס"ק כ"ב ובש"ך ס"ק י"ז ובסי' פ"ז סמ"ע ס"ק כ"ב ובש"ך ס"ק כ"ד. ואף דכתב הר"נ דבמעות לא מפקינן בקצרה י"ל דכוונתו דלא מפקינן בדיינים אבל ענשינן לי'. וכן מצינו בטור ח"מ סי' פ"ב סעיף ג' שכתב בתפס המלוה ואינו רוצה לישבע דלא מפקינן מיניה. אף דהדין שם דענשינן לי' וכמש"כ הש"ך בסי' פ"ב ס"ק י"ז והטור קיצר בזה. וכן סתם המחבר באה"ע סי' צ"ו סעיף י"א וכתב דבתפס מעות לא מפקינן. אף דהדין שם דענשינן לי' וכמש"כ החלקת מחוקק שם ס"ק כ"ו. כן י"ל בכוונת הר"נ דכוונתו דלא מפקינן מיני' בתפס מעות היינו בדיינין אבל ענשינן לי' וכמו בכל גזל דרבנן דלא נחתינן לנכסיו. ולא מיבעיא אי כתובה דאורייתא ואף אי כתובה דרבנן מ"מ כיון דתקנו חז"ל לעיקר חוב כתובה דינו כמו כל חוב דאורייתא גבי זה ושייך שפיר כל מה שנתבאר. וקצרתי: ולפי זה מתורץ קושיות רע"א מעל הר"נ מהא דכתובות (דף צ"ב) ופסחים (דף ל"א) דאמרו ראובן שמכר שדה באחריות כו' דינא הוא דאתי בני ראובן ואמרי לי' מטלטלי שבק אבוהון גבך ומטלטלי

דיתמי לבע"ח לא משתעבדי. הכוונה הוא דאינו רשאי לעכב המעות ת"י וכמו כל גזל דרבנן דהדין הוא דמחוייב להחזיר להתובע ואף דאין מוציאין בדיינין עכ"ז ענשינן לי' כנ"ל. ולעולם י"ל דגם התם אין ביד היתומים להוציא ממנו בדיינין משום דבתופס מעות לא נחתינן לנכסיו משום דזה מקרי הוצאת ממון דלא עבדינן כן בגזל דרבנן וה"ה בחוב דרבנן. ושפיר כתב הר"נ דבתפס מעות לא מפקינן היינו דאין מוציאין בדיינים אבל אכתי י"ל דענשינן לי' וכן מש"כ הר"נ לפרש שם עפ"ז להך דכתובות (דף צ"ג) דאמר רישא בשתי תפיסות כו' דהכוונה ג"כ לענין דאין מוציאין בדיינים ע"ש: ואף דנתבאר לתרץ קושיות רע"א על הר"נ מהא דכתובות (דף צ"ב). עכ"ז ראיתי כי עדיין יש להקשות על הר"נ מהא דכתובות (דף ק"י) דאמר רמי ב"ח לתרץ למה דתנן זה גובה וזה גובה דמיירי ביתמי וזה גובה וזה ראוי לגבות ומשמע דזה גובה בב"ד ויורדין לנכסיו. והא לפי מש"כ הר"נ דלא מפקינן מיניה בב"ד רק ענשינן ליה וכמש"כ א"כ תקשה דאיך אמרו זה גובה דמשמע דנחתינן לנכסיו אך על מה שהקשה רע"א מהך דכתובות (דף צ"ב) שפיר יש לתרץ כמש"כ. אבל מהא דכתובות (דף ק"י) דלא הביא רע"א שם להקשות מזה על הר"נ א"כ אף לפי מה שכתבתי תקשה עדיין על הר"נ מהך דכתובות הנ"ל:

ואפשר לומר דרמי ב"ח דמוקי להך דכתובות (דף ק"י) דזה גובה ביתמי. דס"ל כמאן דאמר בכתובות דף ע"ז) דיש לפרש לשון כופין דזהו כפייה במילי ולא בשוטי וכן ס"ל שם לרב נחמן רק ר' אבא הקשה דבדברים לא יוסר. וכן כתבו התוס' בכתובות (דף ע') בד"ה יוציא ויתן כתובה כו' דהירושלמי ס"ל גם כן דשייך כפייה במילי. וכמו כן יש לומר דגם לשון גובה יש לפרש אף היכא דאין יורדין לנכסיו רק ענשינן ליה וזהו כש"כ להך מ"ד. וגם הא בכתובות (דף ק"י) שקיל וטרי רב נחמן שם בקושיות הגמ' שם מן זה גובה ע"ש ע"כ שפיר יש לפרש כן בשיטת רמי ב"ח. ועוד י"ל דרמי ב"ח ס"ל דשעבודא לאו דאורייתא ע"כ אין זה בכלל גזל דרבנן וכמש"כ לעיל דהא גם מקרקעי דיתמי אין גובין מה"ת. וכמו כן יש לפרש להך דרמי ב"ח דכתובות (דף צ"ב) ופסחים (דף ל"א) ואין אנו צריכים למה שכתבתי לעיל בזה. גם אפשר לומר דרמי ב"ח דמפרש להמשנה דזה גובה ביתמי דס"ל כשיטת עולא דגיטין (דף ל') דמוקי מתניתין דהתם כר' יוסי דס"ל גבי מציאת חרש ועני המנקף בראש זית ומצודות חי' דגיטין (דף נ"ט) דה"ז גזל גמור ויוצא בדיינים וכמו דפי' רש"י בגיטין (דף ל') שם דלהך דר' יוסי נתכוין הש"ס שם ע"ש. וכיון דסתם משנה דגיטין (דף ל') אזיל אליבא דר' יוסי לשיטת עולא ע"כ יש לפרש ג"כ להך דזה גובה דמשמע דנחתינן לנכסיו משום דהך משנה ס"ל כר' יוסי דאף גזל דרבנן יוצא

בדיינים. אכן לדינא דקיי"ל כרבנן דר' יוסי דגזל דרבנן אינו יוצא בדיינים שפיר יש לומר כמו שכתבתי בכוונת הר"נ דלא מפקינן בדיינים ממי שתפס מעות יתומים בחובו כנ"ל: וע"פ מה שכתבתי לעיל לפרש למה דאמר רמי ב"ח בכתובות דף ק"י דזה גובה כו' דזה גובה וזה ראוי לגבות ואין לו. דהכוונה דזה גובה ע"י מה דיענשו להנתבע אבל אין מוציאין הממון ממנו בב"ד דלפ"ז אתי שפיר פשט הלשון דתנן זה ראוי לגבות ואין לו. דבבבא קמא (דף ל"ו) ג"כ אמרו כעין זה דראוי ליטול ואין לו ופי' התוס' שם ראוי ליטול אם תפס כו'. אבל הכא דאף דהוי תפס ממון היתומים מ"מ לא מהני תפיסתו א"כ אינו מדוקדק הלשון דאמרו ראוי לגבות ואין לו כיון דלא ירשו קרקע מן אביהם. דהא רמי ר"ח היה ס"ל דאף דיגבו היתומים קרקע ג"כ לא יגבה מהם רק רבא הקשה לו דליגבינהו ארעא ליתמי כו'. ועיין בתומים סי' ל"ט ס"ק ב'. ודוחק לומר דהכוונה הוא ראוי לגבות אם היו יורשים קרקע כו'. אכן לפי מש"כ א"ש בפשיטות דהכוונה הוא ראוי לגבות היינו דבידו להחזיק הממון ת"י ולא יוציאו ממנו בב"ד וכדין כל גזל דרבנן דלא מפקינן בדיינים. ואין לו היינו דהא יענישו לו הב"ד כנ"ל:

וכ"ז כתבתי ליישב קושיות רע"א מעל הר"נ. אכן לדינא משמע מן כל הפוסקים דס"ל דאף במעות לא מהני תפיסה מיתומים ומשמע דאף מפקינן מיניה בדיינים. והטעם הוא די"ל כעין מה שכתבתי בספרי נחל יצחק בסי' ג' לשעבודא דאורייתא בסי' ל"ט בשם הרדב"ז דדוקא בגזל וגנבה דלאו אדעתייהו דרבנן קעביד בזה אמרו דאינו יוצא בדיינין אבל בעניני משא ומתן וכיוצא שאני דאף במילי דרבנן אמרינן דיוצא בדיינין ע"ש. א"כ ה"ה במה דתקנו חז"ל דאין נזקקין לי"ק י"ל דאף בעבר ותפס מפקינן מיניה בב"ד משום דבעת דהלוה לחבירו מסתמא נחית לקיים כל מה דתקנו חז"ל בזה ודינו כמו דאורייתא לגבי זה. וכש"כ לפי מה שכתב התומים בסי' ל"ט בס"ק ב' דהביא שם לשיטת הרשב"א סוף קידושין דכתב דמה"ת גם מטלטלי משתעבדי. וכתב ע"ז דלא כן משמע דעת רוב הפוסקים כו' ע"ש. וכן כתבתי מזה בספרי נחל יצחק סי' ב' בשעבודא דאורייתא ענף ח'. ועיין בב"מ (דף קי"ד) וכי מאחר שממשכנין למה מחזירין כו' ולא יעשה מטלטלין אצל בניו כו' וקצרתי. ולפי דברי הרדב"ז דהובא לעיל יש להעיר בדברי הש"ך בח"מ סי' ע"ר ס"ק א' במה שהביא שם בשם המבי"ט וקצרתי: נחזור לענינינו דנתבאר דאין שום סתירה על דברי הש"ך והרמ"א דהביאו לדינא לדברי ר' ירוחם דבתפס מעות מהני אף בתפס מן יתומים קטנים ואין לנו שום חולק עליהם כלל. ובמה שכתבתי לעיל דיש לדון עדיין דאם חזרו היתומים ותפסו המעות יהיה מועיל התפיסה שלהם דאין מוציאין מהם וכמש"כ לעיל. דיש להעיר ע"ז מן הר"נ שבת ר"פ שואל שכתב בהא דאמרו שם הלואת יו"ט דס"ל

לר"י דלא ניתנה ליתבע דאם תפס מלוה לזוזי והדר הלוה ותפס מיניה דמפקינן מיניה דהלוה כו' וכעין זה הוא בחדושי רשב"א לשבת שם. אבל באמת יש לחלק בין נידון הך דשבת ובין הך דאין נזקקין לי"ק. דהא חזינן דשם בהך דהלואת יו"ט דכתבו הר"נ והרשב"א דמוכח בגמ' שם דאם תפס מלוה למטלטלי של הלוה דלא מפקינן מיניה אך אם הדר הלוה ותפס מהני תפיסתו למטלטלי ואלו הכא בהך דאין נזקקין לי"ק פסקו כל הראשונים דלא מהני תפיסת המלוה למטלטלי אף דיש לו שטר ומוציאין מהמלוה. וע"כ מוכח דאין לדמות אותן להדדי משום דשאני הך דאין נזקקין לי"ק דאין זה משום קנסא רק משום חשש צררי לכן כתבו כאן דמוציאין מן המלוה המטלטלי. וכמו כן יש לחלק ביניהם בתפיסת מעות ושפיר כתבתי. ובאמת לכאורה היה מקום לומר לפי דברי הר"נ לשבת שם דכתב דמן הלשון דלא ניתנה ליתבע דאמרו דמשמעו בב"ד אבל אם תפיס מטלטלי תפוס. א"כ ה"ה הכא במה דאמרו אין נזקקין לי"ק דמשמעו דאין הב"ד נזקקין אבל אם תפיס למטלטלי תפוס. וזהו סיוע לשיטת הב"ח שהובא בסי' ק"ו בש"ך ס"ק ה' ע"ש. אכן העיקר לדינא כמו שכתב הש"ך שם להשיג על הב"ח וע"כ מוכח דמחלקינן ביניהם. אכן בתפיסת מעות שאני וכמש"כ: ולכאורה יש להעיר לפי דברי הפוסקים דס"ל בהך דאין נזקקין ליתומים קטנים דאם תפיס המלוה מעות מהני תפיסתו דלפ"ז יש להקשות בהך דערכין (דף כ"ב) דשקיל וטרי הש"ס שם מאי איכא בין המ"ד דפליגי אם משום צררי או משום דיתמי קטנים לאו בני מיעבד מצוה נינהו ואמרו דאיכא בינייהו בשחייב מודה כו'. והא ה"מ לומר דאיכא בינייהו אם תפס המלוה למטלטלי דיתמי דאי נימא משום צררי מהני תפיסתו ואי משום די"ק לאו בני מיעבד מצוה לא מהני תפיסתו. אבל באמת אין זה קשה כלל דהא בזמן הש"ס דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לא מהני תפיסת מעות כלל לכ"ע ואף לפי שיטת הר"נ בכתובות פ' י"א דבמעות מהני תפיסה מן יתומים אף מדינא דהש"ס. עכ"ז הא כבר העליתי בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' דכוונת הר"נ הנ"ל הוא רק מטעם מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהם ע"ש. א"כ לפ"ז לא מהני תפיסת מעות מן יתומים קטנים לדינא דהש"ס לכ"ע. וכן לפי מה שכתב הנתיבות בסי' ק"י ס"ק ב' דאף לדעת הר"נ הנ"ל לא מהני תפיסת מעות רק בכתובה אבל בבע"ח מודה הר"נ דלא מהני תפיסה אף מעות ע"ש. לכן לא שייך לדון הך נפקותא כלל בזמן הש"ס. וגם הא כתבו התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) בד"ה ואפילו מיתמי כו' דאין הכרח להוכיח מן מה דלא אמרו בערכין שם איכא בינייהו עוד כו' ע"ש. אך בזה"ז דמטלטלי משתעבדי שפיר כתבו הפוסקים דמהני תפיסת מעות מן יתומים קטנים כנ"ל: ונתבאר

לדינא דבתפס מעות מן יתומים קטנים נחח"מ דביש להמלוה שטר דמהני תפיסתו אכן אם חזרו היתומים ותפסו להמעות אין מוציאין מהם:

סימן פו

א:

בענין שעבודא דר"נ. והקשו הראשונים דל"ל קרא על שדר"נ תיפוק ליה דהא כל מה דאית ליה משועבד לבע"ח בתורת שעבודא דאורייתא והובא זה בקצה"ח ריש סי' פ"ו: ולפענ"ד נראה דנפ"מ רבתי מהא דשדר"נ לגבי הא דכתובות (דף נ"ט) דקונם מפקיע משעבוד. והקשו התוס' והרא"ש שם דא"כ כל בע"ח יפקיע ע"י קונם ותי' דאלמוה רבנן לשעבוד דבע"ח משום נעילת דלת ויש חולקין וס"ל דחל הקונם אלא דכופין ליה להיות מיתשל אנדריה וכמש"כ הר"נ והנ"י והובא כ"ז בסי' קי"ז סעיף ז'. א"כ נפ"מ משדר"נ לענין אם הלוה אסר נכסיו על המלוה בקונם דמה"ת הקונם מפקיע משעבוד לכ"ע. אבל מצד שדר"נ דשווי' התורה להלוה השני כאלו הוא בע"ד של המלוה הא' והוי כאלו הלוה לו והוא המלוה האמיתי מצד דגזרה התורה ונתן לאשר אשם לו וכמש"כ הקצה"ח בזה. ע"כ וודאי לא מהני הקונם של הלוה הראשון להפקיע מהמלוה הב' וגובה מהלוה הב' דהוי בע"ד שלו ממש. דדוקא מידי שעבוד מצי להפקיע ע"י קונם. אבל לא ממה ששייך לו בתורת שלו ממש דהוי בע"ד שלו כנ"ל. וכן י"ל לפ"ז במה דקיי"ל ב"ח קונה משכון ועיין בסי' ע"ב. דהוי ג"כ נפ"מ לענין דאם אסר הלוה נכסיו בקונם על המלוה דכיון דקונה משכון לא מהני הקונם של הלוה להפקיע זכות של המלוה דזיכה לו התורה: ובאמת יש להעיר עפ"ז בהא דב"מ (דף קי"ד ע"ב) דאר"מ מאחר שמחזירין למה ממשכנין שלא תהא שביעית משמטתו ולא יעשה מטלטלי אצל בניו. והא יכול לומר נפ"מ לענין דלא חל הקונם של הלוה משום דקונה משכון כנ"ל. ואפשר לומר דהא לשיטת התוס' והרא"ש דס"ל דמדרבנן לא חל הקונם דאלמוה לשעבוד הבע"ח. ע"כ מצי יותר לאשכוחי נפ"מ לענין הנוהג בזה"ז ג"כ. ובזה נדחה מה שכתבתי במק"א להוכיח מסוגיא זו דאף מה"ת מטלטלי לא משתעבדי דאל"כ תקשה דאיך קאמר הנפ"מ לענין שלא יעשה מטלטלי אצל בניו הא מה"ת אף מטלטלי משתעבדי. אבל באמת הא שיטת הרשב"א לקדושין בסופו דמה"ת אף מטלטלי משתעבדי והובא בקצה"ח ריש סי' ל"ט. וי"ל דהש"ס קאמר להך נפ"מ לשלא יעשה מטלטלי אצל בניו דזהו נוהג בזה"ז דתקנו רבנן דמטלטלי לא משתעבדי. ובזמן התורה דהיה ממשכן אף דמחזיר י"ל דהוי תועלת לענין שלא תהא שביעית משמטתו והוי חדא מהנך דנקט:

אך לפמש"כ התומים בסי' קי"ז ס"ק י"ב דמטלטלי לכ"ע חל הקונם שלו להפקיע דלאו בני שעבוד נינהו כלל ולא שייך בזה לומר דאלמוה רבנן לשעבוד דב"ח כמש"כ התוס' ע"ש. א"כ נדחה מש"כ. א"כ אף לשיטת התוס' והרא"ש ה"מ לומר נפ"מ לענין דלא חל הקונם שלו דאם לא היה קונה לו בתורת ב"ח קונה משכון היה חל הקונם שלו לכ"ע אף בזה"ז:

אכן באמת ה"מ הש"ס לאשכוחי כמה נפ"מ לענין מה דממשכן לו רק י"ל דהש"ס חדא מינייהו נקט וכעין מש"כ התוס' שם ד"ה למה ממשכנין כו' הקשה הר"ר אלחנן כו' ומ"מ לא רצה הגמ' לתרץ כן כשאומר למה ממשכנין דעדיפא מינה משני ליה עכ"ל ע"ש. וקצרתי בכ"ז. ועיין במקנה לקידושין (דף י"ג) ד"ה ריו"ח ור"ל דאמרי תרווייהו כו':

ועל כל זה י"ל דשפיר הקשו הראשונים הנ"ל. דהא במש"כ דנפ"מ לענין קונם י"ל בזה דהא אין חל הקונם על דבר דאינו בעולם לאסור על חבירו. כמבואר בכתובות (דף נ"ט) ובהגהות אשרי שם והובא בש"ך יו"ד סי' ר"ד ס"ק ט'. א"כ כיון דקיי"ל דמלוה מקרי אינו ברשותו ומה"ט אינו בהקנאה וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ע"ז) ובמלחמות לב"ק ר"פ שור שנגח ובכל הפוסקים והובא בקצה"ח סי' ריא"א ס"ק ה'. לכן אינו חל הקונם של הלוה בלאו הכי לכן שפיר הקשו הראשונים הנ"ל. ועכ"ז יש לומר דשפיר כתבתי דהא כתבתי במקום אחר לבאר על נכון שיטת הרמב"ם והתוס' דקידושין (דף ס"ג) דסבירא ליה דקדושת הגוף חל על דבר שלא בא לעולם. וכמו שנתבאר כ"ז בארוכה בחידושי לעיל בקונטרס אחד בתפיסה בדרא דממונא וכמו שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ד. לכן אתי שפיר לכל מה שכתבתי לעיל דנפ"מ לענין אם אסרן הלוה בקונם על המלוה משום דחל הקונם דהוי כקדושת הגוף דחל על דבר שלא בא לעולם ואין להאריך יותר: נסתפקתי בדינא דר' נתן דקיי"ל מוציאין מזה ונותנין לזה אם ראובן חייב לכמה בע"ח ובא בע"ח אחד של ראובן ותפס מלוי אם מהני תפיסתו כמו בבע"ח עצמו דקיי"ל בסי' ק"ד דמהני תפיסה הן במטלטלי והן בקרקעות בלוה ולוה וכתב לכל אחד ואחד דאקני או בשטרות יוצאים ביום א'. או דלא מהני תפיסה משום דיש חילוק בין בע"ח בעצמו לבע"ח הב' שאינו חייב כי אם מדר' נתן ולא מצאתי להפוסקים שהעירו בזה: ד (שם סעיף ה):

הנה בש"ך חושן משפט סי' קכ"ה ס"ק כ"ג כתב בשם הב"ח להקשות מאי נ"מ הלא כיון דמודה מלוה שחייב לשליח והמשלח מחוייב להחזירם לשליח דאין לו נכסים אחרים אפוכי מטרתא ל"ל. ותירץ דנ"מ אם חייב המלוה גם לאחרים דכיון דלא זכה בהם השליח כאלו לא יצא מיד הלוה כו' א"כ כל בע"ח חולקין בחוב זה אבל לסברא ראשונה כבר זכה

בהם השליח ואין לשארי בע"ח שום זכות בהם עכ"ל. ולא ירדתי לסוף דעתו דהא טעם סברא הראשונה הוא שמשלח אומר לו אף אם היה עדיין בידו הי' מוציאין ממנו מדר' נתן א"כ כשיש גם בע"ח אחרים היו מוציאין ממנו מדר"נ א"כ אמאי לא יהא לבע"ח שום זכות בהם כו' עכ"ל. אלמא דשיטת הב"ח דאינו מועיל תפיסה בדר"נ כמש"כ הנתיבות שם להסביר זה. ע"כ אם נימא דלא יצא מיד הלוה א"כ כל בע"ח חולקין בחוב זה. משא"כ אם נימא דזכה בהם המלוה ע"י השליח א"כ כבר נקנה המעות להמלוה. ע"כ מהני תפיסה כמו בכל מטלטלי דמועיל תפיסת בע"ח א'. והש"ך השיג עליו משום דאף אם זכה בהם המלוה ע"י השליח ג"כ אינו מועיל תפיסה. משום דאינו יכול לזכות כל החוב לאחד משום דמשועבד לכל הבע"ח בשוה ולא מהני הפרעון לא'. כמבואר בסי' פ"ו דשעבוד דר"נ אם עבר ופרע להמלוה שלו חייב לשלם למלוה שני דלא אפטר מדר"נ. וה"ה אם קדם ופרע לבע"ח א' של מלוה שלו כיון דנתחייב לכולם לפי ערך א"כ הוי כמו שפרע לאיש אחר על היתרון מכפי ערכו המגיע לו. ויש ליישב שיטת הב"ח דהא מבואר בסי' פ"ו בש"ך ס"ק י"ד דאם קדם ופרע למלוה ולא היה יודע שחייב לאחרים או לא היה יודע שאין לו נכסים מהני הפרעון שלו להפטר מדר"נ. א"כ שפיר כתב הב"ח האי נ"מ היכא דלא ידע שיש לו בע"ח אחרים. א"כ אי נימא דזכה בהם המלוה שפיר מהני תפיסתו של השליח לעצמו דהוי כמו שתופס נכסי לוה שלו דהא הלוה ששלח המעות נפטר מדר"נ ע"י פרעון שלו ע"י השליח כיון דלא ידע מבע"ח אחרים ושפיר כתב הב"ח להאי נ"מ. דלדעה קמייתא אין לשארי בע"ח זכות בהם דאף דעכשיו נודע לו מבע"ח אחרים מ"מ כיון דבעת דזיכה המעות להמלוה לא היה יודע מהם ע"כ נפטר כבר מהם ואתי שפיר דברי הב"ח. עכ"פ מבואר שיטת הב"ח והש"ך דתפיסה לא מהני בשעבוד דר"נ כי נשתעבד לכ"א לפי ערך:

ולענ"ד נראה להוכיח היפך דעת הב"ח והש"ך הנ"ל דהא בח"מ סי' קי"א סעיף כ"ג מבואר אם היה ללוה שני מלוים שהלוו לו ובאים כ"א לגבות מבע"ח שלו. אם הלוה הלוה לבע"ח בשטר לאחר שלוה משניהם יחלוקו ואם תפס אחד מהם זכה בתפיסתו כו'. הרי מבואר להדיא דגם בדר"נ מועיל תפיסת הא' וכן כתב הבעה"ת והטור שם. א"כ תמוה מאוד דברי הש"ך והב"ח שכתבו דבדר"נ אינו מועיל תפיסה. וכדי שלא יהא דבריהם תמוהים ראיתי לתרץ דבריהם. והוא דנלע"ד להסביר דבריהם דלכן אינו מועיל תפיסה בדר"נ. משום דהרשב"א בסוף קדושין כתב להקשות דאמאי צריך קרא ונתן לאשר אשם לו על דינא דר' נתן וכן רבנן דר' נתן אמאי פליגי עליו הא כל מה שיש ללוה נכסים משועבדים להמלוה א"כ ממילא ה"ה נכסים המשועבדים גם כן משועבדים המה

למלוה שלו כדקיי"ל שעבודא דאורייתא. ותירץ דאין שעבוד חל כי אם על נכסי לוה ממש הא בנכסים שנשתעבדו ללוה שאין גופן ממון לא. וכדין מכר והקדש שאין אדם מוכר מלוה שיש לו ביד אחרים ומכירת שטרות ומעמ"ש הלכתא בלא טעמא כו' עכ"ל והובא בקצה"ח ריש סי' פ"ו. וכתב שם דזהו נכון לשיטת הרשב"א דשטרות לאו בני גובייגא אבל להחולקים דשטרות בני גובייגא ליכא למימר כן ע"ש. ועיין בש"ך סי' ק"א ס"ק ג':

ולענ"ד נראה פשוט דלכ"ע אתי שפיר תירוצו של הרשב"א הנ"ל דאף להסוברים דשטרות בני גובייגא נינהו. עכ"ז מודו דלא חל שעבוד עליהם כיון דאין גופן ממון ועל מה שאין גופן ממון לא חל השעבוד כדאמר בב"ק (דף פ"ט) דטובת הנאה מילי נינהו ומילי לא משתעבדי. והא דשטרות בני גובייגא נינהו לכ"פ היינו דזה דומה למטלטלי דאין חל עלייהו שעבוד ועכ"ז מחמת פריעת בע"ח מצוה יורדין ב"ד להמטלטלין להגבותן למלוה כדי שיקיים הלוה למצוה דפריעת בע"ח כמש"כ הרמב"ן כן אף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא והובא בקצה"ח ריש סי' ל"ט. ע"כ ה"ה בשטרות אף דלא משתעבדי עכ"ז ב"ד יורדין להגבותן ולהחליטן למלוה. אבל ז"א רק ע"י קנין דב"ד מקנין להמלוה את השטר בכתיבה ומסירה אחר דתקנו חז"ל דשטרות נקני בכו"מ כמש"כ הקצה"ח סי' ק"א ס"ק ב'. ומהאי טעמא בחובות בע"פ דלא שייך מעמ"ש בע"כ דלוה לא שייך לומר דבני גובייגא המה דהא לאו בני קנין המה כמש"כ הקצה"ח שם ובלא קנין אינם יכולים ב"ד לירד לנכסי הלוה שני דמצי למימר לאו בע"ד דידי את כמש"כ הרשב"א בקדושין (דף ט"ו) דמה"ט פליגי רבנן על ר"נ משום דמצי למימר לאו בע"ד דידי את. והסוברים שטרות לאו בני גובייגא נינהו ס"ל לחלק דשאני מטלטלי דהמה נכסי הלוה לכן יורדין ב"ד להם להקנותן למלוה משום מצות פריעת בע"ח. משא"כ לירד לנכסי הלוה השני לא שייך זה דמצי למימר לאו בע"ד דידי את. ולהקנות השט"ח כיון דאין גופן ממון אינם יכולים ב"ד להקנותן בע"כ של לוה כמש"כ הר"נ סוף כתובות דכל שאין גופן ממון אין ב"ד מגבין לו. וע"כ צריכין אנו לקרא ונתן לאשר אשם לו דמפיק ר"נ מני' דמוציאין מזה ונותנין לזה. אף בלא הקנאת שט"ח בכו"מ או בחוב בע"פ כנ"ל. וגם גוף הקנאת מעמ"ש הוא רק מדרבנן. משום דגופו של השני משתעבד להראשון. וזהו שיטת הש"ך סוף סי' פ"ה כמש"כ הקצה"ח שם ס"ק ה' ובריש סי' פ"ו. וגם להסוברין דשטרות משתעבדי באגב כדקיי"ל כמש"כ הש"ך סי' ס"ו ס"ק כ"ז. ז"א רק משום דשיעבדן בפירוש וגם ז"א רק מדרבנן כמו כל אגב קרקע דס"ל לכמה פוסקים דאינו רק מדרבנן. ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ד' ענף ב'. ובלא"ה כל מכירת שטרות אינו רק מדרבנן לכמה

פוסקים. אבל בלא שיעבדן בפירוש לא משתעבדי כמש"כ הרשב"א דמילי לא משתעבדי ע"כ שפיר צריכין אנו לדר"נ וא"ש דברי הרשב"א בפשיטות. וכ"ז הם דברים פשוטים רק הוצרכתי להאריך במה דשייך לענינינו:

ונלפענ"ד דכן הוא שי' הט"ז באה"ע סי' צ"ו והובא בב"ש שם ס"ק כ"א שכתב שם דבדר"נ אם בא המלוה ראשון ומחל ללוה שני דמועיל מחילתו. והב"ש פליג שם עליו וכתב דהא בכל שעבודא דאורייתא דמשועבדים נכסי הלוה להמלוה אפ"ה אינו יכול המלוה למכור עכ"ל. ובאמת הנכון עם הט"ז דהא שאני שעבודא דר"נ דאינו בא על לוה ב' מצד שעבוד נכסי של מלוה שלו כי אם מצד דהתורה שעבד גופו של השני להראשון ועשאו לבע"ד שלו ממש כמש"כ הקצה"ח בריש סי' פ"ו. ע"כ ממילא מהני מחילת הראשון משום דגוף החוב נקנה לו מדר"נ. ועפ"ז מתורץ קושיות הרשב"א והקצה"ח דהקשה שם בשם הראשונים דמאי נ"מ מדר"נ הא בלא"ה כל נכסי של הלוה משועבדים להמלוה. ולפי דברי הט"ז הוי נפ"מ רבתא לענין אם מחל המלוה ראשון להלוה השני דמצד דר"נ מועיל מחילת הראשון:

ולע"ד נראה דהך דינא של הט"ז ופלוגתא דב"ש הנ"ל תלי בפלוגתת הסמ"ע והט"ז והחכ"צ בח"מ סי' פ"ה סעי' ו' והובא בקצה"ח שם דס"ל דשעבודא דר"נ אינו רק כמו כל שעבוד נכסי ע"כ אינו מועיל מחילת המלוה הראשון להלוה השני. משא"כ לפי שיטת הש"ך שם כמש"כ הקצה"ח שם דשעבוד דר"נ הוי מצד דהתורה עשאו לבע"ד של השני ממש ע"כ שפיר יש לדון דמהני מחילה כמש"כ הט"ז באה"ע. ולפ"ז שפיר נוכל לקיים תמיהת הב"ש על הט"ז דהא הט"ז גופא פסק בח"מ סי' פ"ה כהסמ"ע שם ודלא כהש"ך. ולשיטתו שפיר הקשה דמ"ש משעבודא דאורייתא ואפ"ה אינו יכול למכור. אבל באמת לפמש"כ הקצה"ח לחלק דשאני שעבודא דר"נ דנשתעבד גופו להב' והו"ל בע"ד דידי' ע"כ יכול למחול בשעבודא דר"נ. ואכמ"ל:

ענף א:

נחזור לענינינו דלפי מה דנתבאר מדברי הרשב"א דעיקר חדושא דר"נ דמפיק מקרא דמוציאין מזה ונותנין לזה. אבל לולי זה לא היה מוציא מהלוה ב' משום דאין חל שעבוד על השעבוד שיש להמלוה על הלוה השני. וידוע מה דאיתא בכורות (דף מ"ח) דנכסי דאינש ערבין ליה ואם אין לו שעבוד הגוף. ממילא פקע שעבוד נכסי. כמו שכתב ר"ת גבי מכירת שטרות דלכן מועיל מחילתו. וכן כתב הרא"ש בקדושין פ"א סי' י' דלכן מנה אין כאן משכון אין כאן משום דאינו יכול לשעבד נכסיו אם גופו לא נתחייב. וע"כ תפסו כל הפוסקים בכמה דוכתי דשעבוד נכסי אין כאן במקום שאין שם שעבוד הגוף. וכיון

דעיקר שעבוד דר"נ היינו דהתורה עשאו לבעל דין של השני ויש לו שעבוד נכסי על הב' משום שעבוד גופו דנקנה לו מדר"נ. והיכא דיש למלוה השני כמה בע"ח עליו א"כ אין כאן שעבוד הגוף לכ"א כי אם לפי ערך החובות כפי המגיע לכאו"א. דהא עיקר שעבוד הגוף דאמרו הוא משום פריעת בע"ח מצוה וגופו משועבד לקיים המצוה כנ"ל. ע"כ לא מבעיא לפי מש"כ הפני יהושע בכתובות פ"ט דלכן בתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא מהני משום דאין שליח לדבר עבירה. א"כ אינו רשאי הלוה לפרוע לאחד מהם דהא משועבד לכל הבע"ח כפי ערך מדר"נ. ואף לפמש"כ הקצה"ח בסי' כ"ה לחלוק על הפ"י בביאור תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים היינו משום דהא לא הוי עבירה למשלח רק להשליח. ע"כ אין זה בגדר אין שליח לדבר עבירה עיי"ש. אבל המצוה דפריעת בע"ח בוודאי לא שייך לפרוע לאחד כולו אף אם נימא דאין זה עבירה. כמו שמצינו בח"מ סי' ק"ה דהלוה מצי לזכות לאחד ע"י שליח אלמא דלא מקרי עבירה מה שמתפיס לאחד. אבל לכתחלה בוודאי המצוה לפרוע לכאו"א כפי ערך כמש"כ הבית יוסף בסי' ק"ד בשם תשובת מיימוני דמי שיש עליו כמה בע"ח ואין לו כדי לפרוע לכולם דאנן לא מזדקקין לאתפוסי לא' כדי לחוב לאחרים והב"י דחלק שם היינו דס"ל דכ"ז דלא בא בע"ח ב' לתבוע אין עליו המצוה כמש"כ הקצה"ח בסי' ק"ד ולכ"ע אינו מצוה לשלם לאחד מהם ע"כ אין זה מקרי מצוה. וכש"כ בבע"ח ב' דאינו חייב להם כי אם מדר"נ בוודאי לכ"ע אין עליו המצוה לפרוע רק לבע"ח א'. דהא ביותר מהמנה שת"י אין עליו המצוה לשלם להם. וכיון דאין לכאו"א שעבוד הגוף על הלוה השני מדר"נ כי אם על ערך שליש מהמנה שת"י ע"כ גם שעבוד נכסי דיש לכאו"א מדר"נ אין לכאו"א כי אם לפי ערך שליש דהא לא מצי להיות שעבוד נכסי כ"ז דליכא שעבוד הגוף. וליכא שעבוד נכסי כי אם לפי ערך שעבוד הגוף. היינו מצות עשה דפריעת בע"ח מצוה דזהו שעבוד הגוף. ע"כ יש לחלק דשאני גבי בע"ח עצמו דמהני תפיסה בבא מלוה א' ותפס דהא יש לכאו"א על הלוה שלו שעבוד הגוף לפרוע לו כל החוב ע"כ משועבדים נכסיו לכאו"א כנגד כל החוב ולכן מועיל בתפס א' מהם. משא"כ בבע"ח שאינו חייב לכולם כי אם מדר"נ דיותר מהמנה שת"י אין עליו המצוה. ושעבוד הגוף אינו רק לפי ערך המגיע לכאו"א. ולכן גם שעבוד נכסי של הלוה הב' אינם משועבדים רק לפי ערך. ע"כ אינו מועיל תפיסת הא'. ושפיר כתבו הש"ך והב"ח בח"מ סי' קכ"ה הנ"ל דאין מועיל תפיסה בדר"נ:

וזה אינו שייך כי אם היכא דלא שעבד הלוה הראשון להמלוים שלו בשעבוד מטלטלי אג"ק. אבל היכא דשעבד הלוה לבע"ח שלו מטלטלי אג"ק וגם דאקני דאז אף דהיה הלואה שלו מאוחרת ג"כ זכה הבע"ח שלו בהשטר שהלוה לב' מצד שעבוד דשעבד

להם בפירוש. ואז שפיר מועיל תפיסת האחד דהוי כמו לוה ולוה וקנה וכתב דאקני דדין דמועיל תפיסה כמבואר בסי' ק"ד או בשני שטרות היוצאים ביום א' דמועיל תפיסה. משום דכיון דיש לכ"א שעבוד הגוף על הלוה ממילא נשתעבדו נכסיו לכאו"א ויש לכאו"א שעבוד נכסי על נכסי הלוה. ומהני תפיסה מה"ט. ה"ה בשעבד הלוה מטלטלי אג"ק למלווים שלו והוי השטר דיש להמלוה על לוה הב' כמו נכסי הלוה ממש דהא חל שעבוד מטלטלי אג"ק על שטרות כמו דחל שעבוד נכסי על כל נכסיו של הלוה משום שעבוד הגוף דיש לו על הלוה שלו. והזכות של המלוה דיש לו בשטר על הלוה שלו נשתעבד להמלוה שלו ע"כ שפיר מהני תפיסה לבע"ח אחד מהלוה השלישי. כמו דמהני תפיסה במטלטלי דהלוה משום שעבוד הגוף דיש לו על הלוה. ע"כ אינו קשה על הב"ח והש"ך הנ"ל מהא דסי' קי"א סעי' כ"ג דהא התם בסיפא מיירי דכתב אגב כמש"כ שם המחבר ואם כתב לראשון אגב ע"כ בהלוה ללוה מקודם שלוה משניהם זכה הראשון. וכן שם בסעי' כ"ב כתב שם המחבר ג"כ אם יש בשטר שיש להמלוה שעבוד מטלטלי אג"ק כו'. וכן כתב הש"ך שם ס"ק י"ט וס"ק כ' וס"ק כ"ב ע"ש. ע"כ שפיר מועיל תפיסה בזה ודומה ללוה ולוה וקנה וכתב דאקני דמי שגבה זכי כמש"כ הה"מ פרק ס' הלכות מלוה ה"א דכיון דשעבודן שוה מה שגבה גבה. משא"כ היכא דלא כתב שעבוד מטלטלי אג"ק דלא זכה המלוה הראשון מצד שעבוד נכסי דהא על מה דאין גופן ממון אינו חל שעבוד נכסי כמש"כ הרשב"א בקידושין כנ"ל אלא הזכות שלו מצד דהתורה שעבד גופו של הג' להראשון כמש"כ הקצה"ח ריש סי' פ"ו. ע"כ שפיר כתבו הב"ח והש"ך דאינו מועיל תפיסה משום דאין לו שעבוד הגוף כי אם לפי ערך וממילא שעבוד נכסי נמי אינו רק לפי ערך כנ"ל:

ויש לדון דהב"ח והש"ך אזלו לשיטתייהו דכתבו בסי' פ"ה ס"ק כ"ב בש"ך שם והביא בשם הב"ח דס"ל ג"כ דאף במכר המאוחר שטרו ג"כ גובה המוקדם מהלוקח שגבה הקרקע. ואף דמצד שעבוד נכסי של הלוה לא שייך בזה דהא לא כתב דאקני. עכ"ז טורף מהלוקח משום דזכה משעבוד דר"נ דהוי כאלו הלוה ללוה ב' בעצמו ע"כ שפיר כתבו הש"ך והב"ח כאן בסי' קכ"ה דאינו מועיל תפיסה בכולו. ובאמת לשיטת הסמ"ע והט"ז והחכ"צ שם דס"ל דבלא כתב דאקני אינו טורף מהלוקח שקנה השט"ח של המאוחר. אלמא דס"ל דשעבוד דר"נ אינו מצד דהתורה עשה את המלוה הא' כמו שהלוה בעצמו ללוה הב'. רק ס"ל דהא דזוכה בשעבוד דר"נ ה"ט משום דזוכה בשעבוד של הב' כמו דזכה בשעבוד נכסי של הלוה שלו. ע"כ יש לדון דמהני תפיסה משום דהא יש לו שעבוד הגוף על הלוה שלו והוי כמו דתפס מטלטלי של הלוה שלו. עכ"פ על שיטת הש"ך

והב"ח אינו קשה מה שהקשיתי לשאול מהא דסי' קי"א כנ"ל. ועיין בסי' קי"א בש"ך ס"ק כ' וכ"א. ויש ליישב בקל: אמנם מצאתי בתשובת הרשב"א והובא בטור ח"מ סי' ק"ד בבית יוסף שם שכתב דאם יש לבע"ח א' כמה מלווים ועבר הלוה של הבע"ח ופרע למלוה א' דמה שגבה גבה ע"ש. והרי הרשב"א ס"ל דשטרות לא משתעבדי באג"ק כמבואר שם בתשובת רשב"א ואפ"ה כתב דמהני הפרעון וזכה בכולו רק לכתחלה נותן לכל אחד מחצה. הרי אף לשיטת הרשב"א דס"ל דלא מהני שעבוד מטלטלי אג"ק אפ"ה מהני תפיסה לזכות בכולו. ואין לחלק דשאני הכא דפרע לו הלוה בעצמו. דהא אם נימא דלכן לא מהני תפיסה משום דאין לו שעבוד הגוף כי אם לפי ערך כמש"כ לעיל א"כ מה"ט לא מהני אף אם פרע הלוה בעצמו דהא הוי כמו שפרע לאיש אחר. ולא מפטר הלוה בהכי. וכן בפרע למלוה שלו מחוייב לחזור ולפרוע למי שנתחייב מדר"נ כמבואר בסי' פ"ו. ואף שאפשר לדחוק ולומר דהרשב"א מיירי בעבר ופרע לא' מקודם שנודע להלוה מהמלוים של המלוה שלו כמבואר בש"ך סי' פ"ו ס"ק י"ד דבכה"ג מהני הפרעון להפטר משעבוד דר"נ. וכיון דלא ידע משארי מלוים רק ממלוה א' ע"כ נתחייב גופו בשעבוד דר"נ רק למי שנודע לו וע"כ זכה בכולו. אבל באמת זה אינו למי שרואה בתשובת הרשב"א שם דז"ל אם היה ראובן קים והייתה לו מלוה ביד אחרים והגיע זמן אותו מלוה ובאו שמעון ולוי לגבות ב"ד מוציאין מיד הלוה ונותנים לאלו מחצה על מחצה כו'. וע"ז סיים דאם קדם ופרע למלוה א' מה שגבה גבה עיי"ש אלמא דמיירי הרשב"א בנודע לו השני מלוים דבאו לב"ד כמש"כ שם. ואפ"ה כתב דמה שגבה גבה וע"כ מוכח דאמרינן דיש לכ"א שעבוד גופו על הלוה ב' על כולו דאף דאינו חייב לכולם כ"א מנה א'. עכ"ז כיון דאם קדם ופרע למלוה יצא ידי פריעת בע"ח מצוה קרינן ביה שעבוד הגוף לכל אחד ואחד וממילא יש לכל א' שעבוד נכסי על כולו ע"כ מהני תפיסת א' בכולו כמו בבע"ח בעצמו ודלא כהש"ך והב"ח הנ"ל. ועיין בש"ך סי' קי"א ס"ק כ"ג שהביא תשובת רשב"א הנ"ל ובתומים סי' פ"ה ס"ק י' ויש להאריך בדבריהם:

ענף ב:

שוב ראיתי להוכיח בראי' נכונה דלא כהש"ך והב"ח הנ"ל והוא דבכתובות (דף פ"ד) איתא במשנה מי שמת והניח אשה ובע"ח ויורשים והיה לו פקדון ומלוה ביד אחרים ר"ט אומר ינתן לכושל שבהם רע"א אין מרחמים בדין אלא ינתנו ליורשים כו' הניח פירות תלושים כל הקודם בהם זכה זכתה אשה יתר מכתובתה כו' [ועיין בהר"נ שכתב שם דר"ט ס"ל כר"מ דמטלטלי משתעבד לכתובה מני' ע"ש]. גמרא מאי לכושל ריב"ח אמר לכושל שבראי'. רבי יוחנן אמר לכתובת אשה משום חינא. ופירש רש"י לכושל שבראי'

למי ששטרו מאוחר. והרי"ף כתב על משנה זו בזה"ל מאי כושל בע"ח ואמאי קרי לי' כושל כו' ומ"ש מלוה ופקדון משום דמטלטלי לבע"ח לא משתעבדי והני כיון דלא אתי לרשות יורשין משתעבדי לבע"ח מדר"נ דתניא מנין לנושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו כו'. והפ"י בכתובות שם תמה על הרי"ף דל"ל בטעמא דר"ט דמשום שעבודא דר"כ אתי עלה. ועוד דהא לקמי' שם בהניח פירות תלושים וכן בזכתה אשה יתר מכתובתה ובע"ח יתר על חובו לא שייך שם שעבודא דר"נ דהא תפסה לאח"מ. ואפ"ה ס"ל לר"ט ינתן לכושל א"כ למה הוצרך הרי"ף לבא בזה לטעמי' דר"ט דמשום שעבודא דר"נ אתי עלי'. ונדחק לתרץ זה:

ולענ"ד נראה דהוכרח הרי"ף לפרש טעמי' דר"ט דמשום שעבודא דר"נ אתי עלה. דהיה קשה לי' דהתם במשנה אמרו אחר הפלוגתא דר"ט ור' עקיבא במלוה ופקדון ביד אחרים דהניח פירות תלושים כל הקודם זכה משום דתפיסת יורשין או תפיסת בע"ח ואשה מהני לזכות לר"ט. וקשה דאמאי לא תנא לעיל גבי מלוה ופקדון ביד אחרים דכל הקודם זכה ויתן לכושל שבהם דאם עבר ותפס זכה אך לכתחלה ינתן לכושל שבהם לר' טרפון ולמה לי' לתנא למשבק במה שהתחיל במלוה ופקדון ותנא כל הקודם בהם זכה בפירות תלושים. וכן קשה בסוגיא שם מה דהקשה המהרש"א שם על מה דאיתא שם בגמ' ור' עקיבא מאי איריא מותר כו'. איידי דאמר ר' טרפון מותר תנא כו'. והקשה המהרש"א שם ורע"א בדרוש וחדוש דל"ל לר"ט למיתני הסיפא הא כבר אמר ר"ט ינתן לכושל שבהם גבי מלוה ביד אחרים יע"ש. ומכל זה הוכיח האלפס דטעמי' דר"ט ברישא דס"ל דשייך במלוה ופקדון ביד אחרים שעבודא דר"נ אף שמת הבע"ח ומטלטלי דיתמי לא משתעבדא. עכ"ז שעבוד דר"נ שייך בזה אליבא דר"ט וכעין קושית התוס' בפסחים (דף ל"א) ד"ה משעבדנא לב"ח כו'. אך אנן לדינא כפי שכתבו התוס' שם בתירוצם דגבי מטלטלי דיתמי לא שייך שבדר"נ. ס"ל כר"ע דפליג כאן על ר' טרפון וס"ל דינתן ליורשים משום דגבי מטלטלי דיתמי לא שייך שדר"נ. אבל ר"ט ס"ל כעין קושית התוס' הנ"ל דשייך בזה שדר"נ וע"כ גבי בבא דהיה לי' מלוה ופקדון ביד אחרים לא תני ר"ט דכל הקודם זכה רק א' יתן לכושל. ומשמע דאף עברו היורשים ותפסו מוציאין מידם. משום דשאני במלוה ביד אחרים דנשתעבד להבע"ח מדר"נ. ע"כ אף דתפסו היורשים מוציאים מהם כדקיי"ל בכל דר"נ דאף דעבר ופרע להמלוה שלו מוציאין מהבעל חוב ולא מצי למפטר משדר"נ ע"י פרעון להמלוה שלו דהוי כאיש אחר לגבי החוב. ע"כ לא מהני תפיסת יורשים כי אם בסיפא דהניח פירות תלושין דלא שייך בזה שדר"נ אזי מהני תפיסת יורשים לר"ט. ע"כ לא תני כל הקודם זכה בהרישא כי אם בהסיפא. וממילא

מיושב ג"כ קושית המהרש"א ורע"א דלכן הוכרחו למתני פלוגתת ר"ט ור"ע בסיפא גבי זכתה האשה יתר מכתובתה משום דמן הרישא ה"א דדוקא במלוה ופקדון ס"ל לר"ט יתן לכושל משום דשייך בו שדר"נ כקושית התוס' בפסחים הנ"ל. אבל בהניח פירות תלושים וזכתה האשה יתר מכתובתה דלא שייך בזה שדר"נ דהא לא נתחייבה האשה בחיי בעלה דהא תפסה לאח"מ וה"א דבזה מודה ר"ט דינתן ליורשיו ע"כ הוכרחו למתני בסיפא דהמותר ינתן לכושל אליבא דר"ט. דגם בזה פליג וס"ל דינתן לכושל: ומכל זה הקושיות הוכיח הרי"ף דברישא גבי מלוה ופקדון טעמא דר"ט משום שדר"נ וע"כ לא תנא כו' כל הקודם זכה דלא מהני תפיסת היורשים. כמו דקיי"ל בכל שעבודא דר"נ. והתוס' בבכורות (דף נ"ב) ד"ה ולא בראוי כבמוחזק כו' כתבו באה"ד דהא דמלוה ופקדון ביד אחרים אתי כרבנן דר"נ ג"כ לפי דלא אתי מעולם ליד היורשים וגם רבנן מודו לדר"נ. ועיין בב"ב (דף קכ"ו) בתוס' ד"ה ואין הבכור נוטל פי שנים במלוה כו'. וכ"כ התוס' בכתובות (דף פ"ב) ד"ה לא אשכחן כו' שכתבו ג"כ כנ"ל. אבל הרי"ף ס"ל דמדין דר"נ אתינן עלה וקושית התוס' בכתובות (דף פ"ב) הנ"ל תירץ הקצה"ח בסי' ק"ז ס"ק ג'. אך זה אינו לפי לשון הרי"ף דמשמע דרק משום דר"נ אתי ע"ז ולא לרבנן דפליגי על ר"נ ואפשר דס"ל ג"כ כהתוס' דגם רבנן דר"נ מודו ליה. אך לדינא לא נפ"מ למאי דקיי"ל כר' נתן. ור' עקיבא דפליג טעמיה כמש"כ התוס' בפסחים כנ"ל:

והרי"ף כתב שם מאי כושל בע"ח וזהו דלא כפי' רש"י והתוס' כמש"כ התוס' בכתובות (דף פ"ו) ד"ה לאשה לא יהבינן כו'. ואפשר דהוכיח הרי"ף כן לתרץ קושית התוס' שם דהקשו דמ"ש הא דאמרו שם לב"ח יהבינן לאשה לא יהבינן לי'. והתם אמרו לכושל דחד אמר לכתובה. ואידך ס"ל למי ששטרו מאוחר. אבל בשניהם שוין מודו דיהבינן לכתובת אשה. אבל לשיטת הרי"ף אינו קשה קושית התוס' הנ"ל דהא י"ל ג"כ דזהו טעמיה דמאן דס"ל כושל היינו בע"ח וג"כ טעמו משום נעילת דלת ויותר משאיש רוצה לישא כו'. והרא"ש כתובות שם פ"ט סי' ב' הביא דברי הרי"ף הנ"ל וכתב דנפ"מ מזה למאי דקיי"ל האידנא דמטלטלי דיתמי משתעבדי. ועיין בקרבן נתנאל שם ס"ק י"ב וברא"ש פרק הנ"ל סי' י"א שהביא ג"כ דברי הרי"ף הנ"ל: והנה הרא"ש בכתובות פ"ט סי' י"א הביא שם דברי הרי"ף שפסק בהא דאמימר דאי איכא עלי' כתובת אשה ובע"ח ולא חזיא אלא לחד מינייהו לב"ח יהבינן לי' כו'. דה"ה בלוה ונשא וקנה דלבע"ח יהבינן. וכתב הרא"ש בזה"ל דמשמע מדברי ר' אלפס כמש"כ הרמב"ם בלוה ולוה וקנה דאם קדם א' מהם ותפס הכל אין מוציאין מידו. דהשתא ניחא דמטעם דיותר משאיש רוצה לישא כו'. מתפיסין לבע"ח ופקע כח האשה אבל אי אמרינן דאפי' אם תפס חד מינייהו מפקינן

מינייהו לא מסתבר דמטעם דיותר משאיש רוצה לישא מפקיעין כח האשה כיון דאפילו לאחר שבא ליד בע"ח עדיין יש לאשה זכות בהן עכ"ל. וכ"כ הר"נ שם. וכ"כ הרשב"א בחידושיו לכתובות שם. והוכיח כן מהאלפס. דאל"כ לקתה מדת הדין. במה דלא יהבינן לאשה. אע"כ מוכח דתפיסה מהני. ע"כ לב"ח יהבינן משום דאחר שנוטלן הבע"ח זכה בהו מן הדין. אלמא דכל הראשונים הנ"ל ס"ל דלא שייך ליתן כולו לבע"ח כי אם היכא דתפס מהני. א"כ ע"כ מוכח מן האלפס דפי' במימרא דר"ט דיתן לכושל היינו לבע"ח. ולפמש"כ שם האלפס דלכן ס"ל לר"ט כן משום דהנפקד והלוה משועבד מדר"נ וכמו שכתבתי לעיל. א"כ מוכח דתפיסה מהני בדר"נ כדמשמע בסי' קי"א. דאי נימא דתפיסה לא מהני. וכמש"כ הש"ך והב"ח משום דלא נשתעבד לכ"א כי אם לפי ערך. א"כ הכא דיש עליו חוב כתובה ובע"ח א"כ נשתעבד לכ"א רק מחצה. ואי תפס הבע"ח מפקינן מיני' עפ"י דין. א"כ תקשה על מש"כ האלפס גופא במימרא דר"ט דיתן לכושל היינו לבע"ח. וקשה קושית הראשונים הנ"ל בזה דאיך מפקיעין לגמרי כח האשה ויהבינן כולו לבע"ח. הא כיון דתפס לא מהני בשעבוד דר"נ א"כ תקשה אמאי אמר ר"ט דיתן לבע"ח דאיך מפסידינן זכות האשה. ור"ע לא פליג על ר"ט בזה רק ס"ל דלא משתעבד כלל לבע"ח. ואין לומר דלשיטת האלפס הנ"ל נימא כעין סברת התוס' בכתובות (דף פ"ו) ד"ה לאשה לא יהבינן כו' בשם הר' יחיאל שכ' דלכן יהבינן לעיל לכתובת אשה משום דאין דינו של בע"ח לגבות ואי הוי יהיב נפקד ליתומים לא מצי נקיט להו בדינא וע"ש. וה"ה במאי דכ' האלפס דיהבינן לבע"ח נימא האי סברא דכיון דאי הוי יהיב נפקד ליתומים כו'. ע"כ יהבינן לבע"ח משום דלא מקרי פסידא דאשה כ"כ. דז"א דהא לשיטת האלפס דלכן ס"ל לר"ט יתן לבע"ח משום שדר"נ והא קיי"ל בשעבוד דר"נ דאי עבר הלוה ופרע למלוה שלו מחוייב לשלם למי שנתחייב מדר"נ. א"כ אי עבר נפקד והלוה ויהב ליתומים היה צריך לשלם פעם אחרת לכתובת אשה. [וכמש"כ לעיל דמזה הוכיח הרי"ף דר"ט אתי עלה מדין דר"נ]. א"כ תקשה קושית הראשונים הנ"ל. וע"כ מוכח דלא כהש"ך והב"ח. אלא בכל גווני מועיל תפיסה אף בדר"נ כמו בבע"ח עצמו. ע"כ יתן לכושל היינו לבע"ח משום דאי מתפסינן לבע"ח שקל להו בדין. והא שכתבו התוס' בשם הרב ר' יחיאל דאי עבר נפקד ויהב ליתומים לא מצי נקט להו בדינא היינו משום דסבירא להו דלא אתי עלי' ר"ט מצד דרבי נתן ולא סבירא להו כמש"כ הרי"ף ע"כ אי עבר ויהיב ליתומים לא מצי למינקט להו בדינא:

גם יש להוכיח מן האלפס הנ"ל דגם בפקדון שייך שעבוד דר"נ.

וכמש"כ המחבר בסי' פ"ו סעיף ד' דהא שם במשנה תנן היה לו פקדון ביד אחרים. והקצה"ח שם ס"ק ד' כתב דזה תליא בפלוגתת אמוראי והפוסקים אי נכסי שומר מעת משיכה משתעבד דאז שייך בפקדון דינא דר"נ. אבל הסוברים דנכסי שומר מעידן פשיעה אשתעבד לא שייך שדר"נ בזה והנתיבות חלק עליו. ומדברי רב אלפס הנ"ל שכתב דלכן בפקדון יהבינן לבע"ח משום שדר"נ א"כ מוכח דלכ"ע אמרינן בפקדון שדר"נ. ואף דהש"ך בסי' שמ"א ס"ק י' כתב דהאלפס ס"ל כשיטת הרמב"ם דנכסי שומר משתעבד ממשיכה. דלכ"ז ליכא למילף מן האלפס דיהא שייך שדר"נ להסוברים מפשיעה משתעבדי עכ"ז יש להוכיח כן לכ"ע דהא חזינן דהרי"ף מפרש פי' המשנה בר"ט משום שדר"נ אתי עלה. א"כ תקשה להנך אמוראי דס"ל בכתובות (דף ל"ד) ובב"ק (דף קי"ב) דנכסי שומר מפשיעה משתעבד דלפ"ז לא אתי שפיר מה דאמר ר"ט ינתן לכושל. וע"כ מוכח דלכולי עלמא שייך שעבודא דר"נ אף בפקדון. משום דהא יש עליו חיוב השבה לכ"ע. וכמש"כ הנתיבות:

ענף ג:

ובאה"ע סי' ק"ב סעיף ב' פסק המחבר דאם תפסה האשה אין מוציאין מידה וזהו שיטת הרא"ש שם דהוכיח ממש"כ הרי"ף דלכושל היינו לבע"ח. ואפ"ה בקדמה האשה ותפסה זכתה כמבואר שם גבי הניח פירות תלושין והובא בביאור הגר"א שם ס"ק ד'. והרמ"א הכריע כהיש אומרים דלא מהני תפיסתה. והב"ש ס"ק ז' כתב שם בשם המהר"ם. משום דמלשון הגמ' ליכא להוכיח. כמש"כ הב"ש שם שהוכיח כן מלשון הרי"ף דכתב דמטלטלי לבע"ח יהבינן לאשה לא יהבינן. דמורה לשונו דלא מהני תפיסה. וכ"כ הח"מ שם ס"ק ט'. וקשה לפמש"כ הרא"ש והר"ן והרשב"א בכוונת הרי"ף הנ"ל דלכן לבע"ח יהבינן משום דתפיסה מהני דאי נימא תפיסה לא מהני א"כ איך מפסידין זכות האשה כ"כ. אבל אם תפיסה מהני שפיר יהבינן לבע"ח דלא עבדינן כלל להאשה. כי אם שאין מניחין אנחנו להאשה לגבות. וממילא כשגובה בע"ח שייך לו כולו עפ"י דין לאחר התפיסה שאנו מתפיסין ליה וזוכה עפ"י דין. והקצה"ח בסי' ק"ד ס"ק ח' העלה בקדם מלוה אחד ותפס דזוכה בו מדין בע"ח קונה משכון. וע"כ בעבר מלוה אחר ותפסו ממנו מוציאין ממנו דהראשון שקדם זכה בו. ע"ש. ועיין בנחל יצחק בקונ' תפיסה בדררא סי' ב' ענף ג'. א"כ תקשה אמאי פסק הרמ"א דתפיסתה לא מהני דבזה תקשה קושיות הרא"ש והרשב"א והר"ן הנ"ל דאיך מפסידין זכות האשה דהא אחר דתפסה זכתה בו מן הדין. ושם מיירי אף בגרושתו כמש"כ הרמ"א בסעיף א' א"כ לקתה מדת הדין כמש"כ הרשב"א והרא"ש והר"ן כנ"ל אחר שמוציאין ממנה. ואפשר לומר דזהו דווקא בעיקר

התקנה דתקנו חז"ל דלא יהבינן לכתובה. בזה שפיר הקשו דאי נימא דלא מהני תפיסת א' מהבע"ח א"כ איך יכולין לתקן בשביל יותר משהאיש רוצה כו' להפסיד זכות האשה. אבל לאחר דתקנו חז"ל דלא יהבינן לה ואינה רשאה האשה לתפוס ע"פ תקחז"ל. ע"כ אף בדיעבד לא מהני תפיסת האשה ממילא משום דעברה על תקחז"ל. כדאמרו בכתובות (דף פ"א) דכל מה דאמרו רבנן לא תזבין אי זבין לא מהני. ועיין בתשובת רע"א סי' קכ"ט שהביא בשם הפנים מאירות דפי' דלכן אי זבין לא מהני משום דהיכא דחזו חז"ל ואמרו שלא להפקיע זכותא דאחרינא גם דיעבד לא מהני. וע"ש. וה"ה בזה כיון דתקנו חז"ל דלא תתפוס האשה ובהך תקנה לא מפסדינן לה כ"כ דהא תפיסת הבע"ח מועיל ע"פ דין ע"כ ממילא אף בדיעבד לא מהני תפיסתה משום דעברה על תקחז"ל כנ"ל. ע"כ אין ההכרח לומר דהסוברים דתפיסת האשה לא מהני. דפליגו על סברת הרא"ש והרשב"א והר"ן הנ"ל:

ובאמת לולא דבריהם היה מקום לומר דלכן יהבינן לב"ח ולא לאשה ולא חיישינן לפסידא דאשה כ"כ. משום דהא פסק האלפס כתובה דרבנן בסוגיא דפ"פ. ע"כ בטעמא דיותר משהאיש כו' מפסדינן להאשה דהא לבע"ח מחוייב עפ"י תורה. וידוע דדאורייתא יש דין קדימה לדרבנן. וכמש"כ בספרי באר יצחק חלק יו"ד סי' י"ט לפלפל בדברי הרי"ף הנ"ל. וכה"ג איתא בירושלמי גיטין פ"ה ה"א דנזקין ומלוה בע"פ נזקין קודמין. משום דנזקין מלוה הכתובה בתורה ושעבודא לאו דאורייתא. וכה"ג כתב הנימוקי יוסף ב"מ פ"ט והובא במל"מ הלכות מלוה פ"א ה"ח דדאורייתא קודם לחוב דרבנן ע"ש ובח"מ סי' צ"ו בבית יוסף שם. ועפ"ז היה מקום ליישב מה דיש להקשות על הסוברים דתפיסת האשה לא מהני. והא הרא"ש הוכיח ממשנה דהניח פירות תלושים כל הקודם זכה. ואף לכתחלה יהבינן להב"ח כמש"כ הרי"ף. ואפ"ה מהני תפיסת האשה. ולפמש"כ י"ל דר"ט יסבור כתובה דאורייתא דהא פלוגתא דתנאי הוא וע"כ ס"ל לר"ט דרק דלכתחלה מקדמינן להבע"ח אבל לא בדיעבד כקושית הרא"ש והרשב"א דלא מצינן להפסיד זכות האשה כ"כ במה דזכתה מה"ת. אבל לדידן דכתובה דרבנן שפיר פסק הרי"ף דאף דיעבד לא מהני תפיסתה ואפשר דזהו כוונת הב"ש דכתב שם ס"ק ז' דקולי כתובה היא דתפיסה לא מהני. ויש לדון דעכשיו שמתחייב על הכתובה הוי כתובה מה"ת כמש"כ הטור האבן סי' י"ח ד"ה ומכאן יבואר דלא כו'. והפני יהושע גיטין (דף ל"ה) ד"ה אי משום הא כו'. אבל ז"א דהא גם בתוס' כתובה אמרו באה"ע סי' ק"ב סעיף ב' דבע"ח קודם ותוספת כתובה וודאי דהוא מן התורה. על כן נראה דאינו סברא לחלק בזה:

ועוד יש לדון במה דיש להקשות על הסוברין דלא מהני תפיסתה.

דהא מוכח במשנה בפירות תלושין דמועיל תפיסת האשה. די"ל דטעמייהו דס"ל דלא מהני תפיסתה ולא חשו לסברת הרא"ש והרשב"א והר"ן שכתבו דמחמת יותר משהאיש רוצה לישא אשה לא מפסדינן זכות האשה מה שמגיע לה ע"פ ד"ת. ואף דאחר דתפסה האשה הוא שלה. כמש"כ הקצה"ח בסי' ק"ד כנ"ל. עכ"ז יכולים חז"ל לתקן שלא תזכה האשה במה דתפסה. דהא בזמן הזה דליכא ב"ד סמוכים אין שום זכות לבע"ח שתפס לזכות בהמשכון. דהא בלא ב"ד אינו יכול להחליט המשכון לעצמו דמאן שם לך ובעי ב"ד מומחין. כמש"כ הש"ך בסי' ע"ג ס"ק מ'. ומה"ת הא בעי ב"ד סמוכים כדקיי"ל בסי' ג' אך אנן שליחותיהו דקמאי עבדינן. וזהו מדרבנן כמש"כ הרשב"א והרמב"ן והובא בנתיבות סי' א' ס"ק א'. וכיון דמה"ת בעי ב"ד סמוכין אף בהודאות והלוואות. ועכשיו דליכא ב"ד סמוכין אין בזה שום עצה מה"ת לזכות בהתפסה שתפסה. דהא בלא ב"ד אמרינן מאן שם לך. וכבר כתבתי בספרי באר יצחק חלק ח"מ סי' ב' להוכיח דהיכא דאין ב"ד מזדקקין על הגבייה ממילא מחוייב להחזיר החפץ משום איסור גזל ע"ש. אלא מדרבנן דתקנו דב"ד בזה"ז יכולין לדון יכול לזכות בהתפסה שתפס. א"כ שפיר יכולין חז"ל לתקן דתחזיר האשה לתפיסתה ולא שייך בזה לומר כקושית הרא"ש דאיך יכולים חז"ל להפסיד במה שזכתה ע"פ דין. די"ל דהפוסקים הנ"ל ס"ל כיון דמה"ת בעי ב"ד סמוכים אין לה שום תועלת לגבות במה שתפסה אלא מדרבנן יש לה זכות לגבות ע"פ ב"ד דזה"ז. א"כ שפיר יכולים חז"ל לתקן כן דהוי כמו דאמרינן בכ"מ הם אמרו והם אמרו. ועוד דהא שליחותייהו דקמאי עבדינן. וע"ז לא עשו אותנו לשלוחים ע"כ אין אנו יכולים להזדקק בזה. דהא בדבריהם יכולים חז"ל לתקן כפי רצונם. וכיון דמה"ת אין לה שום זכות לגבות בע"כ של הבעלים לא מקרי זה פסידא מהתורה כ"כ. וכה"ג כתב הרשב"ם בב"ב (דף מ"ח) ד"ה התם נמי נימא אגב אונסי' גמר ומגרש כו' דכיון דבלאו הכי לא תעמוד אצלו ע"כ לא מפסיד כלום בהגט. וה"ה בזה לא מקרי פסידא מה"ת כיון דבלא"ה לא יזכה כלל בהחפץ דהא אינו רשאי להשתמש בהחפץ כ"ז דלא גבהו ע"פ ב"ד. ובדרבנן דתקנו דב"ד דזמה"ז יכולים להחליט לה שפיר יכולים חז"ל לתקן דתחזיר מה שתפסה כדהוכיחו מלשון דאמרו לאשה לא יהבינן כמ"ש הח"מ והב"ש כנ"ל:

ולפמש"כ מדוקדק מאוד הלשון דאמרו בגמרא לא יהבינן לאשה. לב"ח יהבינן דה"ל ינתן לב"ח ולא לאשה כמו דאמרו במשנה ינתן לכושל או ינתנו ליורשין. אך לפמש"כ מדוקדק הלשון לא יהבינן היינו דכוונת הגמ' כיון דאין אנו ב"ד סמוכין דהא אמימר משמי' דרב חמא אמר להך מימרא בכתובות (דף פ"ו) והמה לא היו ב"ד סמוכין כמבואר ברש"י כתובות (דף מ"ג) דרבי הוא סמוך ולשון רב הוא אינו סמוך. א"כ אנן דאין אנו

סמוכין ואין לה זכות כי אם מדרבנן לא יהבינן אנן דאין אנו מזדקקין להגבות. וממילא צריכה להחזיר מה"ת כמש"כ בספרי כנ"ל ואף דמדרבנן יכולים להחליט לה עכ"ז הא בדרבנן יכולים לתקן שלא להחליט כנ"ל. ואנן לא עבדינן לה שום פסידא רק ממילא כיון דאנן לא מזדקקין להגבות לה אף מה שתפסה ממנילא צריכה להחזיר דהם אמרו והם אמרו. וע"כ אמרו בלשון לא יהבינן לה וממילא בזמן הזה דליכא סמוכין אף בארץ ישראל אין לה שום זכות כלל מה"ת ע"כ שפיר מפקעינן מינה בזמה"ז כמו שהוכיחו מלשון הרי"ף. אבל בזמן המשנה דהיה מצוי סמוכים ויש להאשה זכות מה"ת לילך לב"ד סמוכים שיגבו לה מה שתפסה. ע"כ שפיר אמרו במשנה בפירות תלושים דכל הקודם זכה משום דרק לכתחלה יכולים חז"ל לאלם יד הבע"ח. דאז לא מפסדינן כ"כ להאשה כעין סברת הרא"ש והרשב"א והר"ן הנ"ל דהא לאחר שתפס הבע"ח זכה מן הדין. אבל לאחר שתפסה האשה וזכתה בו מה"ת דהא מחוייבים ב"ד להזדקק ולהגבותה ע"כ אין יכולים חז"ל לתקן משום בשביל יותר משהאיש רוצה לישא כו'. להפסיד זכות האשה דזכתה מה"ת. א"כ אינו קשה להסוברים דתפיסה לא מהני ממשנה הנ"ל. ובעז"ה זהו עצה נכונה לתרץ שיטת הפוסקים הנ"ל. וע"פ מוצא הדברים יש ללמוד בתפסה מעות דאין צריך שומא וגוביינא דב"ד וודאי מהני תפיסתה כמבואר כה"ג באה"ע סי' צ"ג סעי' י"ג ובח"מ סי' ע"ב סעיף י"ג ובש"ך סי' ק"י ס"ק ה'. ומכל הנ"ל מוכח דתפס מעות שאני. ובאה"ע סי' צ"ג ב"ש ס"ק מ"ג דתפס מעות שאני. וכ"כ הר"נ בשבת ר"פ השואל גבי הלוואת יו"ט לחלק בין תפיסת מעות וע"ש. וכן היכא דהגבהו הב"ד להאשה הוי שלה כמבואר בב"ש וח"מ שם דהא כבר הגבהו לה וזכתה מן הדין:

ועוד י"ל דהסוברים כן ס"ל כמש"כ התוס' בכתובות (דף פ"ו ע"א) ד"ה לאשה לא יהבינן כו' כמש"כ שם בשם הרב ר' יחיאל דכיון דאם תפסו היורשים לא מפקינן מהם ע"כ העדיפו בזה כח האשה. יעוי"ש. וה"ה ס"ל דמה"ט מהני תפיסת האשה אם תפסה כמבואר במשנה שם אף דלכתחלה ינתן לבע"ח עכ"ז כיון דאם תפסו היורשים זכו ע"כ לא שייך לאלם כח הבע"ח בזה כ"כ דלא יהא מועיל תפיסת האשה. דלא תהא גרע כחה מהיכא דתפסו היורשים. אבל לדידן דלא מהני תפיסת היורשים שפיר י"ל דאלמוה לכח הבע"ח דלא יהא מועיל תפיסת האשה. ואף דלאחר דתפסה זכתה עפ"י דין. עכ"ז י"ל דלא פליגי על סברת הרא"ש והרשב"א והר"נ הנ"ל שכתבו דלא שייך לגרוע כח האשה היכא דלא מהני תפיסה. דשא"ה דכיון דתקנו חז"ל כן הוא דומה להך דכתובות דכל מה דאמרו רבנן לא תזבן אי זבין לא מהני כנ"ל וכמש"כ לעיל בתירוץ הא' ויש להאריך בכ"ז:

נחזור לענינינו דבעיקר סברת הרא"ש והרשב"א והר"נ שכתבו דלא שייך לייפות כח הבע"ח היכא דלא מהני תפיסה י"ל דכ"ע מודו ואין לנו להרבות במחלוקת ביניהם. ועוד דהא לשיטת הרא"ש והרשב"א והר"נ בשיטת הרי"ף דכתבו דהיכא דלא מהני תפיסה לא שייך לייפות כח הבע"ח. א"כ בוודאי מוכח לדבריהם מן הרי"ף דמהני תפיסה בדר"נ. דאל"כ אמאי אמר ר"ט במלוה דיתן לבע"ח. והא בזה לא מהני תפיסת יורשי' כמו בכל שעבודא דר' נתן דקיי"ל דלא מיפטר בזה דקדם ופרע למלוה שלו כנ"ל. א"כ לא שייך בזה סברת הר' יחיאל. והרי"ף אתי עלה משום שדר"נ. אע"כ מוכח דגם בשדר"נ מהני תפיסה וכמו שהוכחתי מתשובת הרשב"א המובא בב"י סי' ק"ד. ויש לפלפל עוד בזה בעובדא דמלוגא דשטרא כתובות (דף פה) ובח"מ סי' ס"ד:

ב (שם סעיף א' ש"ך ס"ק ג):

דתמה על הרמב"ם דפסק בפ' ג' ה' עבדים כת"ק דמוכר את עצמו אין מעניקין לו. והא בקידושין (דף ט"ו) מסקי בסוגיא שם דמאן דס"ל כן טעמי' דלא ס"ל כר' נתן משום דמאן דס"ל שעבודא דר' נתן ס"ל דלו ולא לבע"ח. א"כ הרמב"ם דפסק כר"נ קשה דאמאי פסק דמוכר עצמו אין מעניקין לו מן לו ולא למוכר א"ע הא אתי ללו ולא לבע"ח:

ותי' הש"ך בשם הריטב"א די"ל דהרמב"ם ס"ל דלא ילפינן שכיר שכיר מוכר עצמו ממכרוהו ב"ד כו' עכ"ל:

ב (שם סעיף ה):

ולדעתי יש לתמוה בזה מהא דקדושין (דף כ') ת"ר נמכר במנה והשביח ועמד על מאתים מניין שאין מחשבין אלא מנה כו' נמכר במאתים והכסיף ועמד על מנה מניין שאין מחשבין אלא מנה ת"ל כו' נמכר לישראל מנלן ת"ל שכיר שכיר לגז"ש. וכן פסק הרמב"ם פ"ב הלכות עבדים הלכה ח' אלמא דהרמב"ם ס"ל דילפינן שכיר שכיר ועיין בתוס' קדושין (דף י"ד) ד"ה מוכר עצמו כו'. לכן העיקר כתירוצים האחרים שכתב הש"ך שם: ובדרך פלפול אמרתי בזה עפ"י מה דנסתפק המל"מ פ"ג הלכות עבדים הלכה י"ד די"ל דאין כופין על הענקה משום דהוי מ"ע שמתן שכרה בצידה כמו בצדקה דס"ל לכ"פ דמקרי מ"ע שמתן שכרה בצידה. ומה דמחלק המל"מ שם בחילוק א' זהו דוחק והחילוק ב' שכתב שם דחה בעצמו ועיין מזה בסי' רמ"ה סעיף ד' ואכמ"ל. וכבר כתבתי לעיל בחידושיי השייך לח"מ סי' ל"ד דיש מקום לומר דכמו דבעשה דמתן שכרה בצידה לא כייפינן דהוא הדין בלאו הניתק לעשה וכמש"כ הרשב"א בתשובה ובח"מ סי' צ"ז דבהשבת העבוט אין כופין והובא במל"מ שם. וכתבתי לתרץ קושיות המל"מ ע"ז מהא דסוף חולין גבי שלוח הקן דנגדי' ר"י אף דהוי לאו הניתק לעשה. וכתבתי לחלק דשאני

היכא דמשכחת בי' מלקות לפעמים אז כופין על לאו הניתק לעשה אף היכא דלא הוי בר מלקות ואף דהוי מ"ע שמתן שכרה בצידה. משום דזה חמור מן עשה וכמש"כ האו"ת גבי פסולי עדות בסי' ל"ד משא"כ היכא דלא משכחת מלקות כלל גבי לאו הניתק לעשה אז אין כופין עלי' היכא דהוי מצוה שמתן שכרה בצידה כ"ז כתבתי שם:

והנה גבי הענקה כתב המל"מ שם דאף אם שרף הנכסים שחייב להעניק מהם שוב ליתא בתשלומין וכמו דאמרו בפאה דאם אבד הקציר נפטר ואינו דומה להשבת העבוט וגזלה דאמרו במכות (דף ט"ז) דאיתא בתשלומין אף בשרפן. ועכ"ז לא שייך התם בטלו ולא בטלו להיות לוקה על לאו דהענקה משום דהוי לאו דאין בו מעשה עי"ש במל"מ. ולפענ"ד יש לדון בזה לפי שיטת הרי"ף והרמב"ם פ' ט"ז ה' סנהדרין דס"ל דמאן דאמר דבביטלו ולא ביטלו תליא החיוב מלקות בלאו הניתק לעשה א"כ למאן דס"ל כן חל חיוב מלקות בעת שעבר בידים על העשה וע"כ לא מקרי התראת ספק. וכמש"כ הריטב"א במכות (דף ט"ז) ראי' לזה ממה דקאמר הגמ' שם אי דקטלה קלב"מ אלמא דחיוב מלקות וחיוב מיתה באין כאחד בעת דקטלה ע"ש ולמאן דס"ל בלא קיימו חייב מלקות עיקר עבירות הלאו הוא בעת דעבר על הלאו וכיון דאינו יכול לקיים העשה ממילא עבר למפרע בעת עבירות הלאו. וע"כ מקרי התראת ספק דהא ספק אם יקיים העשה או לא וע"כ ס"ל להך מ"ד דהתראת ספק שמי' התראה. אבל למאן דס"ל ביטלו ולא ביטלו לא מקרי התראת ספק והוי התראת וודאי בעת דמבטל העשה. ולהיפך ממש"כ התוס' ורש"י שם במכות וכמו שהאריך בזה הפני משה בביאור שיטה זו בירושלמי מכות פ"ג הלכה ד' באריכות. וגם שיטת הרמב"ם פ' ט"ז הלכות סנהדרין כשיטה זו. וכמו שהארכתי בספרי באר יצחק ח' א"ע סי' א' ענף ד' ע"ש:

ולפ"ז יש לדון באם יצא העבד חפשי ממנו ולא נתן לו אז חוב הענקה שמוטל עליו ואח"ז שרף בידו את כל נכסיו. דלמאן דס"ל דבביטלו ולא ביטלו הדבר תלוי יש לדון דחייב מלקות כיון דעיקר חיוב מלקות חל בעת דעבר על העשה דביטלו בידים ואז קעבד מעשה ע"כ מקרי לאו שיש בו מעשה. וכמש"כ הרמב"ם פ"א ה' חמץ דאם קנה חמץ בפסח לקי דה"ל לאו שיש בו מעשה אף דעיקר לאו כל יראה אין בו מעשה. וכה"ג מבואר בירושלמי שבועות פ"ג הלכה ז' גבי שבועה שאוכל ככר זה היום ועבר היום ולא אכלה דאינו לוקה משום לאו דאין בו מעשה. אבל בשרפה והשליכה לים לקי דהרי יש בה מעשה וה"ה בנ"ד. ועיין מזה בתוס' שבועות (דף ד') ד"ה אבל אוכל כו' במש"כ שם דאם זרקו לים והתרו בו כו' ובגנת וורדים כלל כ"ב מזה. ואין כאן מקום להאריך בזה. אבל מאן דס"ל דבלא קיימו נתחייב מלקות מן עת דעבר על הל"ת. וכיון דעיקר עבירות

הלאו קעבר אז בעת דעבר על הל"ת ואח"ז דאינו מקיים להעשה עבר למפרע על הלאו ואז לא ה"ל לאו שיש בו מעשה וע"כ לא לקי בזה משום דה"ל לאו דאין בו מעשה. וע"כ הך מילתא אם משכחת מלקות גבי לאו דהענקה תליא בפלוגתת אמוראי דר"י ור"ל אם הדבר תלוי בביטלו ולא ביטלו או בקיימו ולא קיימו:

ענף א:

ולפ"ז יש להעיר בסוגיא דמכות (דף ט"ז) דאר"י שם אין לנו אלא זאת ועוד אחרת. הא לשיטת הרמב"ם והרי"ף דר"י ס"ל דבקיימו ולא קיימו תליא אתיא שפיר דלא מנה שם הענקה בכלל מלקות משום דלמאן דס"ל לא קיימו לא משכחת מלקות כלל בהענקה. אבל לפי מש"כ הריטב"א שם וכן כתב הרמב"ן ס"פ שבועות הדיינין במלחמות דהא דקאמר ר"י אין לנו אלא זאת ועוד אחרת כוונתו למאן דס"ל ביטלו ולא ביטלו משום דלמאן דס"ל לא קיימו משכחת תלתא מילי היינו שילוח הקן ופיאה. ואונס שגירש. והא דקאמר ר"י שם רק שני דברים משום דקאי אליבא דר"ל דס"ל ביטלו ולא ביטלו ע"ש. א"כ קשה הא למאן דס"ל ביטלו ולא ביטלו משכחת עוד לאו הניתק לעשה דלוקה היינו הענקה כנ"ל. וי"ל דכוונת הגמ' במאי דקאמרי אנו אין לנו אלא זאת ועוד אחרת היינו דיהיה משכחת חיוב מלקות לשני המ"ד ביחד גבי ענין א'. ולא משכחת כן אלא בשילוח הקן וגבי פיאה דבהו בין למ"ד ביטלו ולא ביטלו בין למ"ד קיימו ולא קיימו משכחת בהו מלקות. משא"כ גבי הענקה לא משכחת מלקות אלא למ"ד דס"ל ביטלו ולא ביטלו וגבי אונס שגירש לא משכחת מלקות אלא למ"ד קיימו ולא קיימו. אבל לשני המ"ד ביחד לא משכחת בהו ע"כ לא קחשיב זה לריו"ח בכלל דקחשיב התם. וזהו כוונתו במאי דקאמר אנו אין לנו כו' היינו לדידן ביחד. וכן מוכרח לומר גבי נותר שכתב הרמב"ן בספר הזכות דאם זרקו לים לוקה משום ביטול עשה. ומדלא קחשב להא דנותר מוכח כנ"ל. ע"כ אין מזה סתירה למש"כ:

וידוע דגירסת הרמב"ם דריו"ח ס"ל קיימו ולא קיימו וגם הא פסק הרמב"ם דעיקר חיוב מלקות חל היכא דאינו יכול לקיים העשה שוב בעולם כלל. וריש לקיש ס"ל דבביטלו ולא ביטלו תליא ועיין בר"נ סוף חולין. ולפ"ז י"ל דלמ"ד ביטלו ולא ביטלו י"ל דב"ד כופין על הענקה אע"ג דה"ל מ"ע שמתן שכרה בצידה. משום דכיון דמשכחת בי' מלקות א"כ חמיר זה מן עשה כמו דחזינן גבי פסולי עדות כנ"ל. וכיון דלא מצינו רק בעשה דמתן שכרה בצידה דאין כופין. א"כ דומה הך דהענקה לשילוח הקן דמצינו בסוף חולין דכופין ע"ז. אבל למאן דס"ל דבלא קיימו הדבר תלוי א"כ אין כופין על הענקה כמו בהשבת העבוט דאין כופין אף דהוי בלאו דכיון דלא משכחת בי' חיוב מלקות לעולם

ע"כ דינו כמו כל עשה דמתן שכרה בצידה. ומצאתי בס' המקנה קדושין (דף ט"ו) שכתב בפשיטות דאין כופין על הענקה משום דהוי כמו כל מצוה שמתן שכרה בצידה. וכ"כ שם בקדושין (דף י"ד) על מה דאמרו שם דלהרצאת האדון קאתי דכיון דאין כופין ע"ז ע"כ בעינן קרא להרצאת האדון ע"ש במקנה אך לא הביא כלל לדברי המל"מ שהקדימו בזה. אלא המל"מ כתב אח"ז להכריע דזה לא ה"ל כמו מצוה שמתן שכרה בצידה אבל המקנה כתב כן בפשיטות ובאמת העיקר כדבריו כנ"ל:

וזה נלפענ"ד בפשיטות דאי אין כופין על הענקה אז לא שייך כלל שדר"נ בחוב הענקה. דהא עיקר מלתא דשדר"נ דקאמר מניין שמוציאין מזה כו' דב"ד כופין לו ולא מצי לומר לאו בע"ד דידי את. וכמש"כ הרשב"א בחידושיו הכא בקידושין (דף ט"ו) הנ"ל דעיקר פלוגתת רבנן ור"נ היינו אם יכול לכופו ולא מצי לומר לאו בע"ד דידי את ע"ש. וכיון דאין כופין על הענקה להך מ"ד ע"כ אף בלא ילפותא מקראי ממילא ידעינן דלא שייך שדר"נ בחוב הענקה. וכה"ג כתב האו"ת בסי' פ"ו ס"ק ג' בפשיטות דבחוב הענקה כיון דלא נשתעבדו נכסיו לזה אף דכופין לו בזה מ"מ כיון דליכא שעבוד נכסי ע"כ לא שייך גביה שדר"נ. והאריך שם להסביר זה. אך עיקר הכלל שלו במש"כ אליביה דהרמב"ם דבחוב הענקה לא שייך שעבוד נכסי לא ידעתי מניין לו זה. ואי משום דזהו כמו חוב צדקה הא בצדקה ג"כ שיטת הרמב"ם בפ"ז ה' מתנות עניים דב"ד יורדין לנכסיו וכמש"כ המל"מ בפ"ג ה' עבדים הל' י"ד. ועיין בקצה"ח סי' ר"צ ובכתובות (דף מ"ח) בר"נ מזה. וקצת יש לחלק דשאני הענקה עפמש"כ המל"מ דאם נשרפו הנכסים שהיה חל עליהם חוב הענקה מיפטר האדון מהענקה. וע"כ אינו דומה זה לחוב צדקה. אבל גם זה דוחק:

אכן לפמש"כ בשם המקנה דהענקה הוי מצוה שמתן שכרה בצידה א"ש בפשיטות דשאני צדקה דאית ביה תרי לאוי לא תאמץ ולא תקפוץ וכמש"כ התוס' כתובות (דף מ"ט) ד"ה אכפיי' רבא כו'. משא"כ הענקה ליכא אלא לאו א' ואין כופין ביה. וע"כ וודאי ליכא שעבוד נכסי ביה וגם שעבוד הגוף ליכא ביה. כיון דאין כופין לו בזה. ע"כ ידעינן מסברא בעלמא דלא שייך שדר"נ בחוב הענקה וכעין סברת התומים הנ"ל. ע"כ שפיר פסק הרמב"ם דהך דרשא דהענק תעניק לו אתי לדרשא דלו ולא למוכר עצמו. משום דלמעט לו ולא לבע"ח לא צריכה. כיון דפסק דבלא קיימו הדבר תלוי ע"כ לא שייך ביה חיוב מלקות כלל. ואין הב"ד כופין לו על חוב הענקה כמו כל מצוה שמתן שכרה בצידה וכיון דלא כייפינן ע"ז בוודאי לא שייך שדר"נ ביה. והא דאמרו שם דר"א ס"ל דמוכר עצמו מעניקין לו ודרש לו ולא לבע"ח. י"ל דס"ל דלוקין על לאו דאין בו מעשה דאז כופין על חוב הענקה דדומה לשילוח הקן דכופין כיון דמשכחת ביה חיוב מלקות. וה"ה

בהענקה היכא דאינו יכול לקיים להעשה לאח"ז אז מלקין ליה על לאו דלא תשלחנו ריקם להך מ"ד דלוקין על לאו דאין בו מעשה. ע"כ שפיר איצטריך לו ולא לב"ח למעט ביה מן שדר"נ. אבל לדינא דקיי"ל דלאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו. וגם קיי"ל דבלא קיימו הדבר תלוי א"כ לא משכחת ביה לעולם חיוב מלקות. וע"כ אין כופין ביה וכמו כל מצוות שמתן שכרה בצידה ע"כ לא שייך שדר"נ בזה כיון דליכא שעבוד נכסיו ושעבוד הגוף. ועיקר שדר"נ הוא מצד דהתורה שעבדה נכסיו וגופו של הלוה כנ"ל. וע"כ לפי מה דנתבאר דבהענקה לא שייך שדר"נ ע"כ אין צריך ביה קרא למעוטי. בוודאי קאי הך דרשא דהענק תעניק לו למעט מוכר עצמו ושפיר פסק הרמב"ם:

והא דהוצרך הש"ס לומר שם דבעלמא לא ס"ל כר' נתן י"ל דזהו לפי דאביי קאמר שם דכ"ע יליף שכיר שכיר. ובאמת יהיה מוכרח לר"ל דס"ל ביטלו ולא ביטלו א"כ יהיה מוכח דת"ק דר"א לא יליף שכיר שכיר. דאל"כ אמאי דרש להך תעניק לו ולא למוכר עצמו דלמא אתי לדרשא דלו ולא לבע"ח דאין לומר דכיון דאין כופין בחוב הענקה ע"כ לא אצטריך קרא לזה. דז"א לר"ל דס"ל דבביטלו הדבר תלוי א"כ משכחת ביה חיוב מלקות. א"כ כופין בזה כמו בשארי מלוה הכתובה בתורה ואיכא שעבוד נכסי ושעבוד הגוף ואצטריך לו ולא לבע"ח. ולכן הוצרך הש"ס לומר דבעלמא לא ס"ל כר"נ. דאל"כ איך קאמר דכ"ע ילפי שכיר שכיר הא לר"ל מוכח דת"ק דר"א לא יליף שכיר שכיר ולא שייך לומר דכ"ע ילפי ש"ש. וגם הא מצינו במכות (דף ט"ז) ובחולין (דף קמ"א) דקאמר סתמא דהש"ס הניחא למאן דתני קיימו ולא קיימו אלא למאן דתני ביטלו ולא ביטלו כו'. אלמא דאף דר' יוחנן קאמר שם במכות כן מכל מקום סבירא ליה להש"ס לומר דיהיה א"ש אף לר"ל הך מימרא של ריו"ח. א"כ ה"ה הכא בסוגיא דקידושין רוצה הש"ס לאוקמי דיהיה א"ש הא דקאמר דכ"ע יליף ש"ש אף לר"ל. ובפרט לפי המבואר שם בקידושין (דף י"ד) ברש"י שם והובא בתוס' שם ד"ה הואיל וכל קניינו בכסף כו' דסתמא דגמ' שם הוא כר"ל. ואף דהתוס' הקשו שם בזה עכ"ז הרשב"א בחידושיו שם כתב לתרץ זה ע"ש. וכיון דהתחלת הסוגיא שם קאי אליבא דר"ל ע"כ י"ל דבסוף המסקנא שם דקאמר דכ"ע יליף ש"ש אתי ג"כ אליבא דר"ל. ולר"ל מוכח לומר דטעמא דת"ק הוא משום דלא ס"ל כר"נ: ובאמת מה דאמרו שם דבעלמא לא ס"ל כר"נ. א"ש בפשיטות לשיטת אביי בפסחים (דף ל"א) דס"ל למפרע גובה ויליף הש"ס זה מהא דאמר ר"נ שם יתומים שגבו קרקע בחוב אביהם חוזר וגובה מהם משום דלמפרע גובה ואח"ז דחי לי' הש"ס משום דר"נ. א"כ אביי י"ל דלא ס"ל דר"נ וכמש"כ התוס' בגיטין (דף ל"ז) ובקידושין בסוגיא זו להוכיח מפסחים דהלכה כר"נ. אבל לאביי לא שייך הוכחה זו ויש להאריך בכ"ז:

אבל לדינא דפסק הרמב"ם דלאו הניתק לעשה תליא בקיימו ולא קיימו. שפיר הוצרך הא דהענק תעניק לו ולא למוכר עצמו משום דבשדר"נ לא צריך קרא כיון דאין כופין בזה משום דלא משכחת ביה מלקות כנ"ל. ע"כ דינו כמו השבת העבוט כנ"ל. וא"ש פסק הרמב"ם על נכון:

ענף ב:

ועפ"י מה שנתבאר דהרמב"ם ס"ל דילפינן שכיר שכיר יש מקום לתרץ דברי הרמב"ם התמוהים בה' עבדים פ"ב הלכה ח' דפסק דע"ע הנמכר לישראל מגרע פדיונו ויוצא הן כסף והן שוה כסף ונמכר לנכרי אינו נגאל כי אם בכסף דוקא ולא בש"כ שנאמר כסף ממכרו בכסף הוא נגאל ולא בשוה כסף ויפה כח הנכרי מכח הישראל כו'. וכתב הכ"מ דכן מבואר בירושלמי פ"ק דקדושין דבכל אתר את עביד ש"כ ככסף והכא לית את עביד ש"כ ככסף אמר ר' אבא שניא היא ששנה עליו הכתוב כסף ככסף עי"ש. והלח"מ תמה שם על הרמב"ם מהא דקדושין (דף ח') בפלוגתא דרבה ור"י דמייתי רב יוסף ראיה מברייתא דתניא מכסף מקנתו בכסף הוא נקנה ואינו נקנה בתבואה וכלים האי תבואה וכלים ה"ד אלימא דלא מקני ביה כלל ישיב גאולתו אמר רחמנא לרבות שוה כסף ככסף כו' ואידך ה"ק בתורת כסף הוא נקנה ואינו נקנה בחליפין ולר"נ דאמר כו'. אלמא דאליבא דכולהו פשיטא להו דנפדה אף בש"כ גם ע"ע הנמכר לנכרי דהא קרא דמכסף מקנתו בע"ע הנמכר לנכרי מיירי כו'. ונשאר בצ"ע:

ולפענ"ד נראה לתרץ משום דלכאורה קשה עוד כמו שהקשה הלח"מ שם דמנלן לאוקמי להאי ישיב גאולתו לרבות ש"כ דזה קאי על נמכר לישראל כיון דעיקר הפרשה נאמר בנמכר לנכרי. וי"ל בזה דלמאן דס"ל דילפינן שכיר שכיר לא הוצרך לנו למילף דנפדה בש"כ מן הא דישיב גאולתו משום דאף בלא זה ידענא ממילא דש"כ ככסף. דהא באמה העבריה כתיב והפדה דמזה דרשו בקדושין (דף ט"ז) מלמד שמגרע פדיונה ויוצאת וכיון דלא כתיב כסף בפירוש בעבריה וודאי ש"כ ככסף. ודוקא היכא דכתיב כסף בפירוש בזה הוצרך למילף מאיזה דרש דש"כ ככסף כמבואר בתוס' קדושין (דף ב') ד"ה בפרוטה כו'. אבל היכא דלא כתיב כסף בפירוש כ"א והפדה לבד וודאי אף ש"כ בכלל. וכיון דמצינו באמה העבריה ש"כ ככסף ממילא ילפינן דה"ה בע"ע הנמכר לישראל ג"כ ש"כ ככסף גבי גרעון כסף ונגאל בע"כ של האדון ע"י ש"כ. דהא בקדושין (דף י"ד) מבואר דע"ע דמכרוהו ב"ד אתקש לעבריה ומוכר עצמו יליף מגז"ש ש"ש דנאמר במכרוהו ב"ד כי משנה שכר שכיר. ונאמר במוכר עצמו כשכיר כתושב יהיה עמך. וכיון דמכרוהו ב"ד ילפינן מהקישא דאמה העבריה דנפדה בש"כ. א"כ ממילא ילפינן למוכר עצמו

מגז"ש הנ"ל דנפדה בש"כ. ונמכר לנכרי שאני דשנה עליו הכתוב כסף ככסף כמבואר בירושלמי כנ"ל:

והא דתקשה דא"כ האי ישיב לרבות ש"כ למאי קאתי כיון דכתיב בפרשה דנמכר לנכרי ובנמכר לנכרי אינו יוצא בע"כ של האדון בש"כ. י"ל דלעולם האי ישיב קאי ג"כ על מה דאיירי בהאי פרשה בנמכר לנכרי. ונקדים הא דמבואר בירושלמי קדושין פ"א הלכה ב' בזה"ל אמר ר' חייא בר אדא בכסף הוא נגאל ואינו נגאל לא בתבואה ולא בכלים בכל אתר את עבד ש"כ ככסף והכא לית את עביד ש"כ ככסף אמר ר' אבא מרי שנייא היא ששנה עליו הכתוב כסף ככסף אף ר' חייא בר אדא יודה שאם בקש לגרוע שמגרע ויוצא אף בתבואה ואף בכלים עכ"ל הירושלמי. ופירש הפ"מ כוונת הירושלמי דאם בקש לגרוע דזה קאי במגרע מעט שנים הנותרות דלא כתיב כסף לעכב אלא בגאולה מכל שני' כו' ע"ש. ובאמת חסר העיקר בירושלמי והא עיקר הך מילתא נאמר במשנה בלשון גרעון כסף אלמא דכ"ז מקרי בלשון גרעון כסף:

ע"כ נראה לפענ"ד לפרש כוונת הירושלמי באופן אחר והוא דהריטב"א בקדושין (דף ב' ע"א) וכן הר"ן בריש קדושין תרצו לקושיות התוס' דהקשו שם דמנלן דבקידושי כסף ש"כ ככסף ותירצו דכיון דהקדושין הוא מדעת שניהם ע"כ בזה שוה כסף ככסף משא"כ היכא שהוא בע"כ של חבירו ע"כ אצטריך לריבוי דש"כ ככסף כמו גרעון כסף ונזקין ע"ש. ולפ"ז י"ל דזהו כוונת הירושלמי במה דקאמרי שם דנמכר לנכרי אינו נפדה בע"כ של הנכרי בש"כ. ומסיק דזה אינו אלא במגרע בע"כ אבל בנתרצו שניהם על הגרעון בזה ש"כ ככסף. וזה מדוקדק בלשון הירושלמי דקאמר שאם בקש לגרוע מגרע ויוצא בש"כ. היינו אם בקש הנכרי האדון לגרוע. וי"ל דע"ז אתי הא דדרשינן מן ישיב לרבות ש"כ ככסף דהאי ישיב קאתי היכא דנתרצה הנכרי לגרעון כסף דאז שוה כסף ככסף וקונה העבד א"ע ע"י זה. משא"כ בלא נתרצה נתמעט בי' ש"כ ובעינן כסף דוקא. ואף דהריטב"א והר"נ פסיקא להו לזה מסברא. עכ"ז הא חזינן להתוס' שם בריש קדושין דהקשו דמנלן דבקדושין ש"כ ככסף ותירצו דילפינן מע"ע. אלמא דס"ל דאף היכא דהוא מדעת שניהם ג"כ בעינן ילפותא מקרא דש"כ ככסף. ע"כ י"ל דשפיר אצטריך האי ישיב לרבות ש"כ על היכא דנתרצה האדון הנכרי על הגרעון כסף. וכמו דפירש הפ"מ במאי דכתב לפרש הירושלמי דקאי על מעט שנים הנותרות דזה דרשינן מן ישיב כו'. וה"ה י"ל למאי דפירשתי דקאי על אם הגרעון כסף הוא מרצון הנכרי דע"ז אתי האי ישיב לרבות ש"כ. אף דבנמכר לנכרי שנה עליו הכתוב כסף ככסף דז"א אלא בע"כ דאינו נפדה בש"כ. משא"כ היכא דנתרצה שאני. ובזה יפה כח הנכרי מכח הישראל דבישראל כתיב

והפדה באמה העבריה דאתקש למכרוהו ב"ד ומוכר עצמו ילפינן בגז"ש ש"ש. וע"כ אף בע"כ של האדון הישראל נפדה בש"כ משא"כ בנכרי כנ"ל:

ענף ג:

ולכאורה י"ל דמנלן למילף גז"ש ש"ש מוכר עצמו ממכרוהו ב"ד דנפדה בע"כ אף בש"כ. דהא י"ל אפכא ולמילף עפ"י גז"ש ש"ש הנ"ל בישראל מן עבד עברי הנמכר לנכרי דאינו יוצא בע"כ בש"כ. וכמש"כ התוס' בקדושין (דף י"ד) ד"ה מוכר עצמו כו' דמאן דדרש הך דגז"ש ש"ש יליף ליה נמכר לישראל מנמכר לנכרי. וכן מבואר שם (דף ט"ו) דמאן תנא דלא יליף ש"ש רבי היא כו' ואי ס"ד יליף ש"ש אמאי קאמר ומה מי שאינו נגאל באלה נילף ש"ש. אלמא דילפינן נמכר לישראל מנמכר לנכרי בגז"ש ש"ש. אבל זה אינו קשה לפי מש"כ רש"י בקדושין (דף כ' ע"ב) ד"ה או דלמא לקולא אמרינן כו' כדאמר קרא גבי השביח ולבסוף הכסיף דאזלינן לקולא עכ"ל. ועיין בלח"מ פ"ב ה' עבדים ה"ז ד"ה ויש לו ללות ולגאול כו' בסה"ד שהביא לדברי רש"י הנ"ל דכיון דחזינן דאזיל בי' קרא לקולא וודאי דילפינן להקל ולא להחמיר ומשום הכי פשיטא לי' דילפינן ג"ש להקל גבי ע"ע הנמכר לנכרי משדה אחוזה עכ"ל הלח"מ. ועפ"ז מתורץ קושיות התוס' שם ד"ה גאולתו כו'. א"כ ה"ה י"ל כן גבי הא דילפינן מוכר עצמו מן מכרוהו ב"ד דנגאל אף בש"כ. משום דמכרוהו ב"ד ילפינן מן היקישא דאמה העבריה דכתיב והפדה סתמא כנ"ל דזהו להקל על העבד. ולא דנילף מן נמכר לנכרי דשם יפה כח האדון הנכרי. דזהו להחמיר על העבד משום דיותר יש לנו למילף לקולא כנ"ל:

ועוד יש לדון בזה עפ"י המבואר בב"ק (דף ג') בתוס' ש"י ד"ה דומיא דרגל כו' דמדה הוא בתורה דלקולא וחומרא לחומרא גמרינן לא שנא באיסורא ול"ש בממונא ומוציאין ממון עי"ז. [ועיין ב"מ (דף צ"ה) תוס' ד"ה אתמר פשיעה כו'. וברא"ש ב"מ פ"א סי' מ' ובח"מ סי' שע"ד סעי' ד' ובבאר הגולה שם וקצרתי]. וכיון דעבד עברי גופו קנוי לאדונו א"כ ממילא בהספק אם יצא העבד לחירות. די"ל דמקרי האדון בשם מוחזק משום חזקת מרא קמא. וע"כ כמו דאמרו התם בב"ק דומיא דרגל להחמיר ולהוציא מן המוחזק. כמו כן בגז"ש דאיכא למילף במוכר עצמו דאינו נגאל בש"כ בגז"ש ש"ש מן נמכר לנכרי. וכן איכא למילף בגז"ש ש"ש מן מכרוהו ב"ד דנגאל בש"כ. מיבעיא לן למילף להחמיר ולהוציא מן הבעלים הראשונים דמקרי מוחזקים ולמילף דנגאל בשוה כסף. ועיין בקצה"ח סי' פ"ח ס"ק ט' שהעלה דבמקום ספיקא לא מקרי העבד מוחזק ותפוס כיון דעבד גופו קנוי נבעלים והוי ספק בזה גופא אם תפיסתו תפיסה או לא דלא מהני תפיסה מספק ע"ש. וה"ה בעבד עברי דגופו קנוי לאדונו. ועיין במל"מ פ' ט"ו מטוען בשם המהראנ"ח דכל

מילתא דלחזרה קאי מוקמינן לי' בחזקת הבעלים. אבל שאני בע"ע דגופו קנוי לאדונו עד סוף ש"ש ויש לרבו קנין הגוף בו ע"כ שאני ושאני ע"ע מהך מילתא של המל"מ הנ"ל. ועיין בקצה"ח סי' מ"ב ס"ק ב' וקצרתי:

אך באמת זה אינו דהא אמרינן בקדושין (דף כ' ע"א) דפריך הגמ' מאי חזית למדרש לקולא דרשינהו לחומרא כו'. אלמא דדרשינן אף להוציא מגופו של עבד ומה דהוי לזכות האדון זה מקרי הוצאת ממון. ומוכח מזה דבכל ספק בע"ע מקרי הע"ע בשם מוחזק. משום דקנין הגוף של הע"ע לא אלים כ"כ. וכמש"כ התוס' בב"מ (דף צ"ט) ד"ה דלא קני ליה. דאף על גב דבפ"ק דקדושין אמרינן דעבד עברי גופו קנוי היינו לענין שאין גרעונו מחול אם מחל בע"פ. וכתבתי במק"א לבאר לפי דעיקר הענין דע"ע גופו קנוי הוא כמו שכירות דהע"ע מושכר להאדון וע"כ אין גרעונו מחול בלא קנין כמו שמבואר בח"מ סי' שט"ו דבחצר המושכר לא מהני מחילת השוכר להמשכיר בלא קנין. אבל מכ"מ לענין מוחזק אם נולד ספק בהשכירות מקרי המשכיר מוחזק ובמק"א הארכתי בזה. והא דהיה סלקא דעתך שם בקדושין למדרש לחומרא. זהו ג"כ עפ"י סברת התוס' בב"ק (דף ג') הנ"ל. וע"כ העיקר כמש"כ לעיל דיותר יש לנו למילף עפ"י גז"ש שכיר שכיר לקולא על העבד כמו דאמרו שם בקדושין בגמ' במסקנא דמסתברא למדרש לקולא מדאקיל רחמנא לגביה כו':

נחזור לענינינו דלמאי דקיי"ל דילפינן גז"ש ש"ש א"כ ילפינן מוכר עצמו ממכרוהו ב"ד דאתקש לאמה העברי' דיליף מן והפדה דאף ש"כ בכלל. והא דאמרו בקדושין (דף ט"ז) בגרעון כסף דיליף מן והפדה. משום דס"ל דיליף גז"ש ש"ש וע"כ אף למוכר עצמו ידעינן דיוצא בגרעון כסף מן והפדה. ויש להאריך עפ"ז במה דאמרו שם אח"ז וקונה א"ע בכסף ובש"כ כו'. וזהו בנמכר לישראל אבל נמכר כו' דשנה עליו הכתוב כסף ככסף בעינן כסף דווקא. והאי ישיב לרבות ש"כ ככסף דכתיב גבי נמכר לנכרי אתי להיכא דנתרצה האדון דיכול הע"ע לקנות א"ע אף ע"י ש"כ:

ולפ"ז ניחא סוגיא דקדושין (דף ח') דמוכיח רב יוסף דבעינן קיץ מהא דדרשו בכסף נקנה ואינו נקנה בתבואה וכלים. אילימא דלא מקני בהו כלל ישיב גאולתו אמר רחמנא לרבות ש"כ ככסף. וכיון דמפרק ביה איקנוויי נמי מקנייה ביה כמו דפירש רש"י שם. ולקמן (דף י"ד ע"ב) נמכר כו' מנלן דנקנה בכסף אמר קרא והפדה כו' ופירש"י דאלמא בכסף נקנה דאי לא קנאה בדמים מאי מגרעה. ותמהו המפרשים דדילמא נקנה בשטר ונתן דמיו ומגרע הדמים. והריטב"א פי' שם דמוכיח דכמו דקונה לעצמו בכסף כמו כן

מה דנקנה לאחרים ג"כ נקנה בכסף. ובאמת כן מבואר בסוגיא דהכא (דף ח') דיליף דש"כ ככסף לקנין מן ישיב דנפדה בש"כ:

ולפי מה דנתבאר דהאי ישיב לרבות ש"כ מיירי בנתרצה האדון על הגרעון כסף דאזי ש"כ ככסף גם בנמכר לנכרי דמיירי מיניה כל הפרשה. ע"כ שפיר מוכיח רב יוסף דהא דאמרו אינו נקנה בתבואה וכלים. דאין לומר דלא נקנה כש"כ דהא חזינן דקונה א"ע בש"כ כמו דדרשו מן ישיב כו'. אלמא דהיכא דנתרצה האדון הנכרי לגרעון כסף מהני שוה כסף ככסף. א"כ ה"ה בקנין דהעבד מקנה א"ע להנכרי ונתרצו שניהם על הקנין דהא קנין הוא מרצון שניהם. א"כ וודאי ש"כ ככסף כמו בגרעון כסף דישיב מרבה ש"כ משום דנתרצה כנ"ל. א"כ ה"ה בקנין לנכרי כיון דהוי מרצונו של העבד הוי ש"כ ככסף. וע"כ מוכיח מזה רב יוסף דבעי מידי דקייץ: ולפ"ז לא פליג הש"ס דילן על הירושלמי דכולהו בחד שיטה קיימי וס"ל דנמכר לנכרי אינו נפדה בש"כ משום דיפה כח הנכרי מכח הישראל. רק הש"ס דילן מיירי היכא דנתרצה הנכרי בש"כ על הגרעון כסף וכדאמרו בירושלמי דבזה ש"כ ככסף. ע"כ א"ש דברי הרמב"ם שפסק כמבואר בירושלמי דנמכר לנכרי אינו נפדה בש"כ דיפה כח הנכרי מן נמכר לישראל דנפדה בש"כ ע"פ גז"ש ש"ש. והא דלא כתב הרמב"ם דהיכא דנתרצה האדון הנכרי על הגרעון כסף כש"כ דהוי ככסף. י"ל דסמך על מה שכ' בפ"ב ה' עבדים ה"א דש"כ ככסף גבי הא דע"ע נקנה בכסף וש"כ. ולא חילק שם בין נמכר לישראל לנמכר לנכרי בזה. אלמא דגבי קנין ע"ע ש"כ ככסף. א"כ ה"ה בקונה לעצמו ג"כ ידעינן דש"כ ככסף. דאי נימא דשאני קנין דהוא מדעת שניהם. דא"כ בגרעון כסף היכא דנעשה מדעת שניהם ג"כ מבעי להיות ש"כ ככסף. ע"כ סמך הרמב"ם בזה וסתם כנ"ל. וכ"כ הרמב"ם פ' ה' הלכות עבדים ה' ב' גבי עבד כנעני שכ' דבין כסף ובין ש"כ שוה הן לקנותו לעצמו והן להקנותו לאחרים וא"ש דברי הרמב"ם:

סימן פז

א (סעיף א סמ"ע ס"ק ה'):

בין במלוה בין בפקדון לאפוקי מדעת רש"י דס"ל דבפקדון אף כופר הכל חייב שד"א כו': והתוס' בב"ק (דף ק"ז ע"א) ד"ה עירוב פרשיות כו' תמהו על שיטת רש"י מכמה משניות. ובאמת צריך ביאור לשיטת רש"י הנ"ל דלא יסתור לכמה משניות מפורשות כ"כ. וע"כ נלע"ד ליישב דברי רש"י והוא דהא מצינו בשבועות דף מ') גבי שבועת היסת דחד לישנא דר"נ ס"ל דלא תקנו ש"ה רק בדאיכא דררא דממונא היינו בטענת פרעתי דהיה עליו חזקת חיוב אבל בטענת להד"ם דלא היה עליו מעולם חזקת חיוב לא תקנו ש"ה

בזה. ואף דקיי"ל כלישנא קמא דר"נ גבי ש"ה. מ"מ יש לדון גבי חיוב שבועה דאורייתא בכופר בכל לשיטת רש"י דמקורו הוא מהא דחזינן דחייבה התורה שבועה בטענת נאנסו. ואינו מחלק בין היכא דחבירו מכיר בשקרו כו' כמש"כ התוס' שם לחלק. והא בכל טענת שומרים מקרי דררא דממונא דהא העלה הש"ך בסי' רצ"א ס"ק מ"ד בשם כמה מהראשונים דס"ל דכל שומר דטען איני יודע כו' ה"ל כאומר איני יודע אם החזרתי משום דה"ל חזקת חיוב עליו להחזיר החפץ בעודו בעיני' אף למ"ד דס"ל נכסי שומר מעת פשיעה נשתעבד. ועיין בקצה"ח סי' ש"מ ס"ק ד'. ולפ"ז מקרי שבועת השומרים בשם דררא דממונא דהא עד עת דנאנסה ממנו היה עליו חזקת חיוב להחזירו כנ"ל. ולכן ה"ה בכופר בכל בפקדון דחייב שד"א לשי' רש"י ג"כ י"ל דלא מצינן לחייב שד"א רק במקום דררא דממונא וכעין הנידון דהוא ש"ש. והיינו בטענת החזרתי אף דכופר בכל מ"מ כיון דהיה עליו מעולם חזקת חיוב ע"כ חייב שד"א. אבל בטענת להד"ם בכופר בכל דלא הוי דררא דממונא כלל דהא לדבריו לא היה לו עליו מעולם שום חזקת חיוב כלל ע"כ גם רש"י מודה בזה דאין שום מקום כלל לחייב שד"א בזה דהא אין לנו שום הוכחה לחייב שד"א בזה בכופר בכל. רק במודה מקצת חייב אף בטענת להד"ם. וגם הא כתבו התוס' בב"ק (דף קי"ח ע"א) ד"ה ר"נ וריו"ח כו' שכתבו בשם הר"ת דגבי ההוא רעיא דב"מ (דף ה') כיון דאתו סהדי דאכל תרתי מינייהו ה"ל כעין דררא דממונא ע"ש. וה"ה י"ל סברא זו גבי כל מ"מ דאף בטענת להד"ם על מחצה השניה מקרי זה בשם דררא דממונא ג"כ:

ולפ"ז מתורץ כל המשניות דהובא בתוס' ב"ק (דף ק"ז) דמוכח משם דאף בפקדון פטור כופר בכל משד"א. משום די"ל דהתם מיירי בטענת להד"ם ע"כ אף לרש"י מיפטר בזה משד"א. והא דמחייב רש"י הכא שד"א בפקדון בכופר בכל היינו בטענת החזרתי דאף דבמלוה פטור גם בטענת פרעתי כולו אבל בפקדון חייב בזה כיון דלא עשה לו טובה. והא דקיצר רש"י בזה י"ל דסמך על הפשיטות דידעינן מסתמא דהוי דומיא דש"ש דה"ל דררא דממונא כנ"ל. כן י"ל בכוונת רש"י דלא יהיה מוקשה כ"כ ולא יהיה סותר לכמה משניות המפורשות כ"כ:

ואף כי עדיין יש להקשות על שיטת רש"י מכמה סוגיות בש"ס עכ"ז בזה לא יוגדל התמי' כ"כ דהא רש"י כתב כן בב"ק רק בשיטת ר' חייא בר יוסף ולא לכולי עלמא ויש לי בזה הרבה ע"פ דרכי הפלפול ליישב דברי רש"י שלא יקשה עליו מהסוגיות כ"כ. ועיקר התמיות על שי' רש"י הוא ממשניות המפורשות וכמש"כ גם השמ"ק בב"ק (דף ק"ז) לתמוה על רש"י. אכן לפי מש"כ אין להגדיל התמי' כ"כ. ואף דמן הטור כאן משמע

דלשיטת רש"י אף בכופר בפקדון ואומר אין לך בידי כלום ולהד"ם ג"כ חייב שד"א מ"מ יש לפרש כמש"כ בשי' רש"י דלא כמש"כ הטור בשיטתו וגם יש מקום לומר דגם מן הטור אין כ"כ סתירה לדברינו. ועיין בביאור הגר"א זצ"ל בס"ק ח' ובתוס' כתובות (דף י"ח ע"א) ד"ה חזקה א"א מעיז כו':

ענף א:

דפקדון אע"ג שאינו מזומן בידו ה"ל הילך כו'. והנתיבות ס"ק א' העלה דדוקא בפקדון אבל בגזלה אם תבעו שני כלים שגזלו ממנו והודה על כלי א' שעומד בביתו לא ה"ל הילך דגזלה לא קאי ברשות הבעלים עד שעת השבה לפני הב"ד דהא בגזל ולא נתייאשו א"י להקדישו לפי שאינו ברשותו וכיון שאינו ברשות הבעלים ע"כ לא הוי הילך ואף דבב"ק (דף ק"ד) אמרו כיון דאודי לי' כמאן דא"ל היה בידך דמי הא כתבו התוס' שם דוקא כששתק והלך לו כו' עכ"ל הנתיבות:

ענף ב:

ולפי דברי הנתיבות דגזלה לא ה"ל הילך במודה מעצמו כש"כ דגזל לא ה"ל הילך בהעדאת עדים דר"ח אם תבעו ב' כלים והביא עדים שמעידים שראו שגזל כלי א' דחייב שד"א אף דהכלי הוא בעין ברשות הגזלן. ולקמן סי' צ' ש"ך ס"ק א' משמע להיפך דז"ל הש"ך בשם הלח"מ שהקשה על מה שתקנו תקנת נגזל דנשבע ונוטל הא בלא"ה חייב שד"א מן דין העדאת עדים דר"ח שמעידים שראו שהיה כלים תחת כנפיו וחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל ותירץ דהכא קנסו אפילו אמר נטלתי כלי זה ובעה"ב טוען שנטל זה וכלי אחר דמה שאמר כלי זה הוי הילך ואע"פ שאמר ששלו נטלו מ"מ טענתו אינו כלום ומה שחייב ע"פ עדים או ע"פ הודאתו הוי בעין והילך ואינו חייב שד"א כו' עכ"ל הלח"מ. ועוד י"ל דל"ד לחשוד כו' עכ"ל הש"ך: הרי להדיא דאף בהעדאת עדים על גזלה אם הכלי הוא בעין מקרי הילך אע"ג דכופר עדיין כש"כ במודה מעצמו על מקצת הגזלה די"ל בזה הסברא דכיון דאודי לי' כמאן דא"ל יהיה בידך דמי וה"ל כפקדון וכמו שהעיר בזה הנתיבות. וודאי דה"ל דין הילך ופטור מן שד"א א"כ מוכח מזה דלא כהנתיבות. ואפשר לומר בזה דאין זה ראי' מוכרחת כ"כ דהנתיבות בסי' צ' ס"ק א' כתב בדברי הלח"מ הנ"ל לדון ע"פ דברי התוס' לשבועות (דף מ"ו) ד"ה בטוענו כלים כו' שכתבו דמיירי שכבר החזיר לו דזהו רק לרבנן דהתם. ומה שכתב הלח"מ דמיירי בהילך זהו לר' יהודה דהתם ע"ש בנתיבות. ולפ"ז י"ל במה דא"ר יהודה שם עד שתהא מקצת הודאה אף דבלא הודאתו אכתי דינו כמודה במקצת משום העדאת עדים דר"ח כקושיות התוס' דהתם. י"ל דכוונת ר' יהודה הוא דאלו משום העדים יכול לומר החזרתי אבל

במודה במקצת שלא החזיר עדיין אף דאכתי ה"ל הילך אפ"ה תקנו בי' דין נגזל נו"נ כמש"כ הנתיבות שם בשם הר"נ. ועיין באו"ת שם ס"ק א' והדברים ארוכין ואכמ"ל:

עכ"פ לפי מש"כ הנתיבות דמה שכתבו דמיירי בהילך זהו רק לדברי ר' יהודה. לפ"ז יש לדון בראייתי שכתבתי להוכיח דגזלה ג"כ מקרי הילך. והוא דהתוס' בב"ק (דף ע' ע"א) ד"ה כסתם יחידאה כו' כתבו וי"ל דדלמא ר' יהודה כל שלקטו נמי שרי ולא נקט כל שילקטו אלא לרבותא כו' ועי"ל כו' עכ"ל התוס'. הרי דס"ל להתוס' בתי' א' די"ל דר' יהודה לא פליג על ר' דוסא דכל שלקטו שרי ואין לנו להרבות במחלוקת ביניהם בלא הכרח ועיין מזה בספרי נחל יצחק בקונטרס תפיסה בדרא דממונא סי' א' ענף א' בהג"ה שם. ועיקר סברת הנתיבות דגזלה לא הוי הילך לפי דגזל ולא נתייאשו אינו יכול להקדיש לפי דאינו ברשותו כנ"ל. ע"כ י"ל דדוקא לדידן דקיי"ל לדינא דא"י להקדיש לגזלה ע"כ שפיר כתב הנתיבות דלא מקרי הילך משום דכמו דא"י להקדישו ולהקנותו ה"ה דלא מקרי הילך מה"ט דהוי אינו ברשותו. אבל לר' יהודה דס"ל כצנועין ור' דוסא דיכול להקדיש ולהקנות לגזלה אף דאינו ברשותו ה"ה די"ל דמה"ט ס"ל לר' יהודה דגזלה מקרי הילך אף דאינו ברשותו כיון דהוא בעיני' עכ"פ ובידו למכור לאחר ע"כ מקרי הילך כן יש לדון בראייתי:

ומ"מ האמת יורה דרכו דשפיר כתבתי בראייתי להוכיח דלא כהנתיבות דהא עיקר סברת הנתיבות דגזלה לא מקרי הילך דכיון דאינו ברשותו לכן לא שייך לומר בגזל סברת הגמ' דאמרו כיון דא"ל הילך כמאן דנקט להו מלוה דמי. ע"כ י"ל כן לסברא זו אף לר' יהודה וצנועין ור' דוסא דס"ל דיכול להקדיש לגזלה משום דבאמת גם אינהו ס"ל דגזלה הוי דבר דאינו ברשותו אך דס"ל דאף דהוי דבר שאינו ברשותו עכ"ז איתי' בהקנאה. אבל גבי דין הילך דסברת הגמ' דפטור משום דכמאן דנקט להו מלוה דמי זה אינו שייך רק בדבר שברשותו אבל בגזלה דהוי דבר שאינו ברשותו לכ"ע דהא לא שייך לומר דצנועין ור' יהודה יסברו דגזלה מקרי דבר ברשותו. ע"כ לפי סברת הנתיבות הלז הדעת נותנת דלכ"ע הדין הוא דגזלה לא הוי הילך. ומדחזינן דהלח"מ והש"ך כתבו בפשיטות דגם בגזלה אם הוא בעיני' הוי הילך אף דלא השיב לו בהשבה עדיין מ"מ כיון שהוא בעיני' מקרי הילך א"כ מוכח דס"ל דלא כהנתיבות:

ועוד יש לדון דאף דנימא דבהעדאת עדים על מקצת גזלה לא הוי הילך. מ"מ יש לחלק דשאני הודאה במקצת על גזלה וכמו שהעיר הנתיבות לומר די"ל דכיון דאודי ליה כמאן דא"ל יהיה בידך דמי ואף שהנתיבות דחה זה. עכ"ז מצינו להתוס' ב"מ (דף ו' ע"א) ד"ה הקדישה בלא תקפה כו' שכתבו דאי נימא כיון ששתק אודויי אודי ליה הוי כפקדון

שיש לו ביד אחרים דיכול להקדיש כו' ומסקנא דלא הוי הקדש משום דשתיקתו אינו כהודאה עכ"ל התוס'. ועיין במהרש"א ומפרשים שם. וס"ל להתוס' דאף בגזלה היכא דמודה ליה דינו כפקדון שיכולים הבעלים להקדישו ולפ"ז הדין נותן דמודה במקצת על גזלה בעיני' יש לה דין הילך כיון דהבעלים יכולים להקדישו. אך עיקר דברי התוס' הנ"ל לאו כ"ע ס"ל כן דהרמב"ן במלחמות לב"ק פ"ד על מה דאמרו שם אנן יד עניים אנן (בדף ל"ו) שם כתב בפירוש דגזלה אף אם רוצה להשיבו אינם יכולים הבעלים להקדישו כיון שבאת לידו בתורת גזלה ע"ש. וכעת ראיתי בחידושי ר' עקיבא איגר זצ"ל ליו"ד סי' רנ"ח סעי' ז' שהביא לדברי התוס' ב"מ הנ"ל ולדברי הרמב"ן במלחמות הנ"ל וכ"כ הקצה"ח סי' ריי"א ס"ק ג'. לכן יש לומר דאף דנימא דבהעדאת עדים על גזלה בעיני' אין לו דין הילך. דיש לחלק דהיכא דמודה במקצת על גזלה שאני ע"פ סברת התוס' דס"ל דאף בגזלה אם הודה לו ה"ל כפקדון ויכולים הבעלים להקדישו א"כ ממילא דינו כמו פקדון דה"ל הילך ושייך גם בזה הטעם דאמרו דכמאן דנקט ליה מלוה דמי. וכן ראיתי בחידושי רע"א ליו"ד שם שהביא כן בשם הרז"ה לב"ק פ"ד דס"ל ג"כ כהתוס' דאם הודה על הגזלה יכולים הבעלים להקדישו. לכן מספיקא אין יכולין לחייבו שד"א דיכול לומר קים לי כהסוברין דאם הודה דינו כמו פקדון דיכול להקדישו וה"ל דבר ברשותו וה"ל הילך. ועיין בש"ך סי' פ"ז ס"ק יו"ד שכתב דבמקום ספיקא דפלוגתא מצי למימר קים לי כמאן דפוטר משבועה:

ויש להוכיח מן ב"מ (דף ד' ע"ב) דמודה במקצת על גזלה בעיני' פטור מן שד"א דהגמ' שם מקשה מהא דתנן טענו כלים וקרקעות הודה מקצת כלים חייב ש"מ הילך חייב כו'. ועיקר קושיות הגמ' הוא דאל"כ ה"ל משנה יתירה כמש"כ בחידושי הר"נ והשמ"ק שם. ואי נימא דמודה במקצת על גזלה לא הוי הילך הוי מצי הגמ' לומר דהך דטענו כלים וקרקעות מיירי בתובעו כלים וקרקעות שגזלו ואשמועינן מתניתין להך דין שכתב הנתיבות דגזלה לא הוי הילך ולא שייך להקשות ע"ז מאי קמ"ל כו' דהא זהו לאו מילתא דפשיטותא. ומדהקשה הגמ' בפשיטות שם מוכח דגם במודה במקצת על גזלה יש לו דין הילך וכן יש לדון הרבה עפ"ז בכולי סוגיא שם. ומה דהוכיח הנתיבות להך דין מהא דריש הבית והעלי' דאם היה מכיר מקצת אבנים הוי מודה במקצת וקשה הא ה"ל הילך ומזה הוכיח להך דין מחודש. ובאמת אין זה מוכרח די"ל דמיירי שנשברו האבנים מה שהודה וכמש"כ הנתיבות בעצמו לקמן סי' קס"ד ס"ק ח' וכה"ג כתב השער משפט בסי' קס"ד ס"ק ב' וע"כ אין הכרח להוכיח מזה להך דין של הנתיבות. ולכן במודה במקצת על גזלה בעיני' אין לחייבו שד"א דהא י"ל כהסוברים דמיד דאודי ליה ה"ל כפקדון ומקרי

דבר ברשותו ויש לו דין הילך וגם בהעדאת עדים על גזלה בעיני' יש לומר דה"ל הילך וכמש"כ הלח"מ והש"ך דאף דכ"ז דלא הודה בעצמו אינם יכולים הבעלים להקדישו דה"ל דבר שאינו ברשותו מ"מ ס"ל דאם הוא בעיני' ה"ל הילך ואין אנו יכולין לחייבו שד"א:

ענף ג:

ולכאורה אפשר לחלק דהלח"מ והש"ך שכתבו דמה שאמר כלי זה הוי הילך היינו דוקא היכא שהגזלן אוחז הכלי בידו לפני הב"ד ואומר כלי זה נטלתי דכיון שהכלי לפני הב"ד א"כ אפשר דבכה"ג אמרינן דיכולים הבעלים להקדישו וה"ל כמו דבר ברשותו דהא דאמרו דגזל ולא נתייאשו א"י להקדיש לפי דאינו ברשותו זהו היכא דאין החפץ הגזול לפני הב"ד בזה אמרו דה"ל דבר שאינו ברשותו משום דשמא יבריח הגזלן בתוך כך לדבר הגזול. וגם יש לדון בזה סברת התוס' בסוטה (דף כ"ה ע"ב) ד"ה לאו כגבוי דמי כו' דלכן אמרו דשט"ח לאו כגבוי דמי משום דלא הוי בידו דמי יימר דמזדקקי ליה כו'. א"כ י"ל דמה"ט אמרו דבמטלטלין הגזולין א"י להקדיש כיון שאינו ברשותו אף שיכול להוציא בדיינין משום דמי יימר דמזדקקי ליה כנ"ל וע"כ הוי זה לדבר שאינו ברשותו. משא"כ היכא שדבר הגזול בפני הב"ד וכבר הזדקקו הב"ד לענין הלז ואינו יכול להבריחו מעתה ע"כ אפשר דהוי כמו דבר ברשותו ויכול להקדישו ודומה לקרקע דאמרו כיון דיכול להוציאו בדיינין יכול להקדישו משום דלא שייך הברחה בקרקע והארץ לעולם עומדת וה"ה אפשר גם כן במטלטלין הנגזלים כשהם לפני הבית דין. ולכן ס"ל להלח"מ והש"ך דכה"ג מקרי הילך משא"כ היכא דאין דבר הגזול לפני הב"ד עדיין יש לומר דלא מקרי הילך:

אך באמת נראה שלא לחלק כן דהא סתמו דבמטלטלין אף שיכול להוציאו בדיינין אינו יכול להקדישו. ומשמע דאף היכא שחפץ הגזול הוא לפני הב"ד שתופסו הגזלן בידו לפניהם דג"כ אינו יכול להקדישו כדמוכח בתוס' ב"מ (דף ו' ע"א) ד"ה הקדישה בלא תקפה כו' שכתבו דלא דמי לגזל כו' דכיון דאודי ליה הוי כפקדון שיש לו ביד אחרים דיכול להקדיש כדמוכח בהמוכר את הספינה כו' עכ"ל ועיין במהרש"א ומפרשים שם. הרי דאתו עלה דזה הוי כמו פקדון. אבל לא מהטעם שכתבתי לחלק דשאני היכא שהוא לפני הב"ד ותופסו לפניהם דהא התם מיירי דתופסו להטלית בפני הב"ד ואפ"ה אתו עלה מטעם דהוי כפקדון כיון דאודי ליה. ולכן שפיר יש להוכיח מן הלח"מ והש"ך דס"ל דאף דהוי דבר שאינו ברשותו מ"מ מקרי הילך גם גבי העדאת עדים. ואחרי כותבי כל זה מצאתי בתוס' ר"ע איגר זצ"ל למשניות שבועות פ"ז משנה ב' שכתב להסתפק בהעדאת

עדים על פקדון והוא כופר דיש להסתפק אם זה הוי הילך כמו הודאת פיו או דיש לחלק דשאני היכא שכופר דהוי כגזלן וא"י הבעלים להקדישו דהוי דבר שאינו ברשותו וע"כ לא הוי הילך אבל אם הוא מודה על דבר שגזל דזה מקרי הילך וכמש"כ התוס' בב"מ בפ"ק דב"מ בסוגיא דתקפו כהן דכיון דאודי ה"ל כפקדון ודעתו נוטה דבעדים מעידים על זה דלא הוי הילך אך בהודה שאני יעו"ש. ותמהני עליו דלא הביא לדברי הלח"מ והש"ך הנ"ל דס"ל בפשיטות דגם בעדים מעידים על גזלתו דג"כ הוי הילך. אך באמת הדעת נוטה כדברי הנתיבות והתוס' רע"א הנ"ל דהא עיקר סברת הגמ' דהילך פטור משום דמה דמודי כמאן דנקט להו מלוה דמי וז"א שייך אלא על מה דעומד ברשותו אבל על דבר דאינו ברשותו כמו גזל לא שייך לומר כן. ובפרט לפי מה שכתב הש"ך כאן ס"ק ג' בשם הראשונים שכתבו דלכן בפקדון ה"ל הילך אף שאינו מזומן בידו משום דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא. וכמו שראיתי בחדושי הריטב"א ובחדושי הר"נ פ"ק דב"מ בסוגיא דהילך ובר"נ ר"פ שבועת הדיינים ובנ"י פ"ק דב"מ שם ובמ"מ ספ"ג ה' טוען ובשמ"ק לב"מ בסוגיא דהילך שכתבו כולם הטעם דפקדון הוי הילך אף שאינו מזומן לפני הב"ד משום דכל היכא דאי' ברשותא דמרא איתא. א"כ לפ"ז בגזלה דהוי דבר שאינו ברשותו כדמצינו כן בכמה דוכתי בוודאי הדין נותן כמש"כ הנתיבות דבגזלה לא הוי הילך רק כשנותנו לפני הב"ד דעיקר הטעם בפקדון הוא משום דכל היכא דאי' ברשותא דמרא איתא ע"כ בגזלה דלא הוי ברשות הבעלים לא הוי הילך:

ולפ"ז תקשה על הלח"מ והש"ך שכתבו בפשיטות דגם גבי גזל שייך דין הילך אף היכא שאינו רוצה להחזירו לבעליו ובוודאי כ"ז שאינו מקיים מצות השבה מקרי דבר שאינו ברשותו ואפ"ה כתבו דהוי הילך ותקשה עליהם דהא מן כל הראשונים הנ"ל מוכח דעיקר הטעם בפקדון דהוי הילך משום דכל היכא דאיתא ברשותא כו' א"כ בגזלה דלא שייך כן ה"ל לומר דלא שייך דין הילך בגזלה כ"ז שאינו מחזירו. ויש ליישב דברי הלח"מ והש"ך ע"פ הא דסנהדרין (דף ע"ב) דאמרו מסתברא מילתי' דרב בשיבר אבל נטל לא כו' ולא היא כי אוקימנא רחמנא ברשותי' לענין אונסין אבל לענין מיקנא ברשותי' דמרייהו קיימי מידי דהוי אשואל עכ"ל הגמ'. ופי' רש"י בד"ה אבל נטל כו' דכיון דקיימין הן כל היכא דאיתנהו דמרייהו נינהו ואין זה חייב בתשלומין דפקדון בעלמא נינהו גבי' עכ"ל רש"י וכן עיין ברש"י שם לקמי'. הרי דמצינו להדיא דגם על גזלה אמרו הלשון דכל היכא דהם קיימין בעיני' ברשותייהו דמרייהו קיימי. ואף דאמרו בשארי דוכתי דגזלה אינו ברשות הבעלים בע"כ מוכח לחלק דדוקא לענין להקדישו ולהקנותו בזה אמרו דאף שגוף החפץ שייך לבעליו כל מקום שהוא מונח מ"מ כיון דאינו ברשות הבעלים א"י

להקדישו אבל גבי דין קלב"מ כיון שגוף החפץ הוא של הבעלים ואינו מחוסר החלטה לא דיינינן בי' קלב"מ ומה שאמרו שם גבי גזל דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא הכוונה הוא דגוף החפץ שייך לבעליו כמו פקדון ואינו צריך החלטה. עכ"פ מצינו בגמ' להדיא דאמרו הלשון דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא אי' גם על גזלה א"כ ה"ה יש לומר כן גבי הילך כמש"כ כל הראשונים בלשונם דפקדון הוי הילך בכ"מ שהוא עומד משום דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא. דהך סברא והלשון הלז שייך ג"כ על גזלה בעיני' כדמצינו בש"ס להדיא שאמרו כן על גזלה. וס"ל להלח"מ והש"ך דגם גבי דין הילך דבעינן שיתננו לפני ב"ד דזה אינו רק במלוה וכה"ג דהוי מידי דמחוסר החלטה אבל במה ששייך גוף החפץ לבעליו כמו גזל כיון דאינו צריך החלטה הדין הוא דהוי הילך אף שאינו רוצה להשיבו בדין השבת הגזלה ואף דעדיין מקרי אינו ברשותו מ"מ שייך ביה דין הילך ואתי שפיר דברי הלח"מ והש"ך ואינו קשה עליהם מן דברי הראשונים הנ"ל. ואף לדברי רב דסנהדרין (דף ע"ב) דאינו מחלק בין שיבר לנטל י"ל דמודה בזה ושאני התם גבי קלב"מ. וגם עיין באו"ת סי' צ' ס"ק א' שהעיר מה שיש להקשות על הלח"מ הנ"ל דמה יענה לר' חייא דס"ל הילך חייב ותי' שם. כמו כן י"ל אליבא דרב אף דנימא דס"ל כשיטתו גם גבי הילך וקצרתי:

ענף ד:

וכן נראה לעני"ד להוכיח כדברי הלח"מ והש"ך מהא דכתבו התוס' בב"ק (דף ע') ד"ה לא כתבינן אורכתא אמטלטלי הנגזלין כו' דפקדון מצי להקדישו ושקלו וטרי בראיות לזה וכ"כ הרשב"א בחי' לב"ק שם וכ"כ השמ"ק שם וכ"כ הנמוקי יוסף לב"מ בסוגיא דמסותא. וכ"כ הרמב"ם פ' כ"ב ה' מכירה ה"ט והמ"מ כתב שם להוכיח בראיות לזה והובא בטור ח"מ סי' רי"א ובבית יוסף שם. ומה דיש להעיר על כל הפוסקים הנ"ל דאמאי לא הוכיחו כן מקידושין (דף מ"ז) וב"מ (דף ל"ח) כבר כתבתי לתרץ זה בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעיף י"ט ענף ג' ע"ש. וכעת ראיתי בביאור הגר"א זצ"ל לח"מ סי' רי"א סעיף ז' ס"ק ח' שהביא ראיה מן ב"מ (דף ל"ח) לזה. אבל לפי מה שכתבתי בספרי אתי שפיר. עכ"פ מצינו שרצו להוכיח בראיות להך דינא דיכול להקנות לפקדון אף שאינו ברשות המפקיד משום דגם זה מקרי דבר ברשותו. והנה בש"ך ס"ק ג' כתב בשם הראשונים דפקדון ה"ל הילך אף שאינו לפני הב"ד וכתב דכן נראה עיקר בש"ס רפ"ק דב"מ גבי ת"ש דתני רמי ב"ח וע"ש בתוס' עכ"ל הש"ך. וכבר הקדימו הר"נ בחי' לב"מ (דף ד' ע"א) בד"ה והילך כו' בראי' זו וביאר בארוכה לראי' זו מדמקשינן מדתני רמי ב"ח כו' ואי איתא דפקדון לא מקרי הילך אלא בזמן שהוא בידו ומזומן להחזירו מאי

קא מקשה לאו דא"ל הילך כו' ולמה ליה לשנויי דמתו בפשיעה כו', וכ"כ הריטב"א לב"מ (דף ד' ע"א) ד"ה אלא כי איתמר ותנא תונא כו' וכ"כ השמ"ק לב"מ (דף ד' ע"א) בד"ה והילך כו' ולקמן (דף ה' ע"א) ד"ה ה"ד לאו דא"ל הילך כו' בשמ"ק שם וכ"כ הר"נ לאלפסי ר"פ שבועת הדיינים ראי' זו. ומש"כ הש"ך ע"ש בתוס'. כוונתו להתוס' ב"מ (דף ה') ד"ה ש"ח פטור כו' שכתבו להקשות דאמאי לא מקשה מכמה משניות כו' דמיירי בפקדון הא הילך הוא כו'. אלמא דס"ל ג"כ בפשיטות דפקדון ה"ל הילך אף שאינו מזומן לפני הב"ד. ועיין בב"י כאן:

ולעיל סי' ע"ב סעיף כ"ז כתב המגי' בט"ז שם ראי' זו להוכיח דפקדון הוי הילך אף שאינו מזומן להחזירו לפני הב"ד מהא דב"מ (דף ה') כו' ע"ש. ובאמת כבר הקדימו הש"ך בראי' זו מהא דב"מ וכל הראשונים הנ"ל. עכ"פ חזינן דמוכח מן הגמ' דפקדון ה"ל הילך אף שאינו לפני הב"ד. ואי נימא כהנתיבות דהך מילתא דהילך תלוי במה דמקרי ברשותו לענין הקדישו והקנאתו ומה דלא מקרי ברשותו לענין שיהא יכול להקדישו זה לא מקרי הילך א"כ ה"ל להתוס' וכל הפוסקים הנ"ל להוכיח דפקדון מקרי דבר ברשותו לענין שיהיה יכול להקדישו מן הא דמצינו דפקדון מקרי הילך אף אם אינו מזומן להחזירו בפני הב"ד כדמוכח זה בסוגיא דהילך. ומדלא הוכיחו ולא הזכירו ראיה זו כלל מוכח דאף מה דלא הוי דבר ברשותו כמו גזלה עכ"ז הוי ביה דין הילך אם הוא בעיני' אף אם אינו מזומן להשיבו בפני הב"ד וכמש"כ הלח"מ והש"ך. אך בשיטת הרמב"ם פ' כ"ב הל' מכירה ה"ט שהזכרתי לעיל דברי המ"מ שם יש לדון בזה ע"פ דברי המ"מ פ"ג ה' טוען ה' ט"ו מה שכתב שם בשיטת הרמב"ם. אבל אין דבריו מוכרחין כ"כ בכוונת הרמב"ם כמש"כ הבית יוסף כאן ע"ש. אכן כיון שכל הראשונים הנ"ל ס"ל כולם דפקדון מקרי הילך אף שאינו מזומן בידו וכ"כ המ"מ פ"ג ה' טוען בשם הרמב"ן והרשב"א ע"ש וכן נראה שיטת התוס' כנ"ל לכן שפיר כתבתי להוכיח דס"ל כהלח"מ והש"ך:

והנה לעיל סי' ע"ב סעיף כ"ז במחבר שכתב או שאמר המלוה א"י כמה נפחת נשבע המלוה היסת ונפטר והקשה הסמ"ע והש"ך ס"ק קכ"ב והט"ז שם דאמאי לא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ותירצו דהמלוה טוען איני יודע כמה נפחת כלל כו' ובשם אביו הגאון ז"ל כתב לתרץ ג"כ והש"ך העלה דה"ל הילך וכעין זה כתב הסמ"ע בסוף ס"ק פ"ז דמשכון כזה ה"ל הילך. והמגיה בט"ז שם הביא למש"כ הש"ך דמיירי שהמלוה מניחו בב"ד כו' והעלה דאפילו בסתם פטור דה"ל כפקדון דה"ל הילך אף שאינו לפני הב"ד משום דברשותא דמרא אי' וה"ה בהך משכון המונח ת"י המלוה עכ"ל. אכן לפי הכלל דכתבו הנתיבות ובתוס' רע"א דהיכא דלא הוי דבר ברשותו לענין הקנאתו

דאינו יכול להקדישו אז גם לענין הילך לא הוי ביה דין הילך. א"כ לפ"ז יש לדון הכא גבי משכון שהוא ת"י המלוה ששוה יותר מן סך החוב דכה"ג לא הוי הילך לפי המבואר ביו"ד סי' רנ"ח סעי' ז' ברמ"א דאם יש לו משכון ביד חבירו דהמותר יכול להקדיש וי"א דאפילו המותר אינו יכול להקדיש. א"כ לפי דעת הי"א דאין הלוה יכול להקדיש המותר מדמי החוב משום דגם זה מקרי אינו ברשותו דכ"ז דאינו מסלק להמלוה החוב במעות אינו יכול להוציאו בדיינין וכמו שכתבתי מזה בספרי נחל יצחק סוף סי' ע"ג בקצרה ע"ש. וכיון דהוי מחוסר ממונא אין זה בידו וכמש"כ המג"א סי' תמ"א ס"ק ג' בשם הר"ן כה"ג גבי הואיל. וכיון דלהך דיעה אין הלוה יכול להקדיש המותר משום דאין דינו כפקדון אלא הוי כאינו ברשותו ע"כ אין דינו כהילך לכן שפיר הקשה הט"ז ואביו של הש"ך ולא נחתו לומר דה"ל הילך משום דאכתי יש להקשות איך סתם הרמ"א הכא לדברי המחבר דאם אינו יודע כמה נפחת דנשבע המלוה היסת ונפטר דהא להך דיעה דביו"ד דא"י הלוה להקדישו א"כ אין דינו כהילך וה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ואף דהוי פלוגתא שם ביו"ד עכ"ז נפ"מ לענין תפיסה. אך לפי מש"כ הש"ך בח"מ סי' ריי"א ס"ק ה' דאף להך דיעה דס"ל ביו"ד דאין הלוה יכול להקדיש המותר דז"א אלא בהקדש אבל במכירה כ"ע מודו דהלוה יכול למכור וכמש"כ הנתיבות להסביר שם זה החילוק ע"ש. לכן שפיר כתב הש"ך הכא והסמ"ע בסוף והחכם צבי בהגהותיו להט"ז דדין המשכון כפקדון דה"ל הילך אך להש"ך בעינן דמניחו בב"ד ולהחכ"צ אף כשהוא בביתו ה"ל הילך. אכן לפי מה שכתבתי בחידושי לסי' ריי"א לבאר דלדעת הסוברים דאינו יכול הלוה להקדיש המותר דה"ה דאינו יכול למכור המותר משום דס"ל דהוי דבר שאינו ברשותו כנ"ל ע"כ שפיר כתב הט"ז ואביו של הש"ך דה"ל המלוה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום דאף כשמניחו בב"ד ג"כ הא אינו מונח ברשותו של הלוה דהא הוי מחוסר ממונא ואינו דומה לפקדון ע"כ הוכרחו לתרץ מטעם אחר דאמאי לא ה"ל הכא המלוה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וקצרתי בכ"ז: וכ"ז לשיטת הנתיבות ותוס' רע"א אבל לפי מה שכתבתי בשם הלח"מ והש"ך דהך מילתא דהילך אינו תלוי במה דלא הוי בהקנאה ע"כ שפיר כתבו בפשיטות הש"ך והחכ"צ בסי' ע"ב הנ"ל דה"ל דין הילך משום דאין זה תלוי כלל בהפלוגתא שביו"ד אם יכול הלוה להקדיש המותר. ולדינא לא מבעיא במודה על גזלה בעיני' דה"ל הילך משום דכיון דאודי לי' ה"ל כפקדון לשיטת התוס' בב"מ (דף ו') וכמש"כ הקצה"ח בסי' ריי"א כנ"ל. ואף בהעדאת עדים על גזלה בעיני' אף שלכאורה הסברא נוטה בזה כדברי הנתיבות ותוס' רע"א. מ"מ קשה להוציא ממון לחייבו שד"א בזה כיון דס"ל להלח"מ והש"ך דבכל גווני ה"ל הילך. וכבר

כתבתי לעיל אף דיש מקום לחלק דהלח"מ והש"ך מיירי היכא דההפץ הגזול שאינו רוצה להחזירו הוא לפני הב"ד דמ"מ גם בכה"ג הוי דבר דאינו ברשות הבעלים כמו שכתבתי לעיל. א"כ לפ"ז מוכח דלשיטתם ה"ה היכא דהך דבר הגזול בעיני' אינו לפני הב"ד ג"כ מקרי לשיטתם הילך וע"כ גם בכה"ג קשה לחייבו שד"א משום די"ל דגם זה מקרי הילך כיון דהוי בעיני' ואינו צריך החלטה מן ב"ד. ושאני חוב דמחוסר החלטה על הגוביינא כמש"כ לעיל בארוכה:

ענף א:

שהעלה דבפקדון אף דאין הפקדון לפנינו מ"מ ה"ל הילך כו'.

ונלע"ד דזה אינו רק אם הוא באופן שיכול הנפקד להחזיר להמפקיד פקדונו מיד אבל אם הוא באופן שאינו יכול להחזיר הפקדון להמפקיד שהוא בתוך הזמן שקיבל עליו לשמור ומבואר לקמן סי' רצ"ג סעי' א' דאם הפקידו אצלו לזמן ידוע אינו יכול להכריחו לקבלו ממנו תוך הזמן. א"כ יש לדון דאף דעיקר הפקדון שהודה הנפקד מקרי הילך מ"מ החיוב שיש על הנפקד לשומרו עד הזמן אם הוא באופן שהוא שוה פרוטה אם היה צריך לשכור לאחר שיקבל עליו חיוב השמירה עד זמן פ' אף בחיוב ש"ח והחיוב הלז הוא שוה פרוטה לכה"פ ע"כ שפיר יש לדון ולחייבו שבועה דאורייתא וכדין כל מודה במקצת משום דהחיוב שיש עליו לשמור עד זמן פ' כיון דהוא שוה פרוטה א"כ זה לא מקרי הילך. ובזה לא שייך לומר דמה דמודה כמאן דנקט להו מלוה דמי. והוי כמו דמודה דיש עליו חיוב לשלם לחבירו ממון או דמודה דיש עליו חיוב שמירת הפקדון כיון דהוא שוה לכה"פ פרוטה. ואף די"ל דזה לא מקרי דבר קצוב ובאמת הא בעינן שיודה בדבר שבמדה ושבמנין כמבואר בשבועות (דף מ"ב) ובסי' פ"ח סעי' כ"ג. עכ"ז י"ל דבכה"ג מקרי דבר שבמנין וקצוב כיון דעכ"פ ידעינן דיש עליו חיוב ברור לשמור הפקדון עד זמן פלוני א"כ הוי עליו חיוב קצוב וברור רק באומר מה שהנחת אתה נוטל זה מקרי אינו דבר קצוב דלא ידעינן בעת הודאתו בכמה יש עליו החיוב לחייבו. משא"כ בנ"ד אף דלא ידעינן מקודם השומא איך הוא שוויי' של החיוב ע"פ הדמים מ"מ הא זה דומה לאומר עד הזיז ועד החלון הם הפירות אף דלא נתברר אז שוויי' בדמיו מ"מ מקרי דבר קצוב ודבר שבמדה ומה לי אם החיוב עליו לשלם פירות כך וכך או מה דמודה דיש עליו חיוב לשמור הפקדון עד זמן פ'. ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק נו"ן ובקצה"ח סי' ע"ב ס"ק י"ז. והקצה"ח שם הקשה על הא דסי' ע"ב סעי' ט"ז במודה שהטבעת שביד השולחני שוה לשלו דחייב שד"א דהא זה לא מקרי דבר שבמדה כיון דלא נתברר אז לפני הב"ד שיווי הטבעת של השולחני כו' ע"ש. וכ"כ שם ס"ק י"ט. וכיוצא בזה הקשה הקצה"ח

בסי' פ"ח ס"ק כ' ע"ש. ולענ"ד י"ל דאינו קשה דדוקא באומר מה שהנחת אתה נוטל זה מקרי אין החיוב ברור לנו בכמה יש לנו לחייבו כיון דהודה בדבר שאין לו שום קצבה לפנינו משא"כ בהודה שהטבעת שנאבד הוא שוה לטבעת של השולחני א"כ זה ברור לנו דיש עליו חיוב לשלם כפי שיווי של הטבעת שביד השולחני א"כ זה מקרי חיוב ברור לנו עכ"פ במהות וכמה יש לנו לחייבו ואין לו שום עצה וטצדקי להפטר מן הודאתו על החיוב שלו. ע"כ אין זה דומה כלל להך דמה שהנחת אתה נוטל. ועיין בנתיבות סי' פ"ח ס"ק ח'. ואכמ"ל. לכן ברור לדעתי דאם מודה שיש עליו חיוב לשמור הפקדון עד זמן פ' ועדיין הוא בתוך זמנו באופן ששוה עכ"פ פרוטה זה החיוב שמוטל עליו לשומרו דבכה"ג יש לחייבו שד"א. ועיין בט"ז סי' ע"ג סעיף ב' שחולק על הדיינים והעלה דאף במודה על החוב שהוא בתוך זמנו חייב שד"א וכש"כ בפקדון בתו"ז י"ל דגם לשיטת הדיינים דשם חייב שד"א ועיין באו"ת סי' ע"ג ס"ק ב':

והנה התוס' בב"מ (דף ה' ע"א) תוס' ד"ה שומר חנם כו' כתבו וא"ת אמאי לא מקשה מכמה משניות דזה אומר עד הזיז כו' ומתניתין דהשואל דזה אומר שאולה וזה אומר שכורה דמיירי בפקדון הא הילך הוא כו'. והא דהקשו התוס' מן זה אומר שאולה דב"מ (דף צ"ז) י"ל בפשיטות דאינו קשה דהא בב"מ (דף צ"ז ע"ב) שם על הך בבא דז"א שאולה כו' הקשו בגמ' ואמאי מה שטענו לא הודה לו ותירצו דע"י גלגול דא"ל אישתבע לי דכדרכה מתה כו'. א"כ לפ"ז לא היה יכול להקשות כאן על רב ששת דס"ל הילך פטור מהך דז"א שאולה כו' די"ל דרב ששת יפרש ג"כ כהך אוקימתא ועיין ברש"י שם ד"ה ואמאי מה שטענו כו'. ובעיקר קושייתם מן זה אומר עד הזיז כו' יש ליישב לפי מה שכתבתי והוא די"ל דמיירי התם במודה דיש עליו חיוב לשמור הפקדון עד זמן פ' ועדיין הוא בתו"ז ובאופן שכתבתי דבזה חייב שד"א דזה לא מקרי הילך. אך באומר מה שהנחת אתה נוטל כיון דלא הוי חיוב קצוב עליו בדבר שבמדה כמש"כ לעיל ע"כ פטור אף בכה"ג. ולכן לא הקשו הכא בגמ' רק מהא דתני רמי ב"ח ארבעה שומרים צריכין כפירה והודאה כו' שפיר הקשו דהא ה"ל הילך דאין לומר דמיירי בהודאה על הפקדון שהוא בתו"ז שקיבל ע"ע לשמור הפקדון ועדיין לא כלה הזמן שזה החיוב שיש עליו הוי זה נחשב להודאה במקצת. דזה אינו דהא רמי ב"ח מונה התם שואל לחד מהנך ארבעה שומרים. ובשואל הדין הוא דאף בקיבל עליו השאלה לזמן ג"כ יכול השואל לחזור בו וליתן אותו להמשאיל אף בתוך זמן השאלה כמו שכתב המחנה אפרים ה' שומרים סי' י"ח בשם הריטב"א לפרק האומנין דכל השומרים אינם יכולים לחזור בו בתו"ז רק שואל יכול לחזור בו אף בתוך זמן השאלה ולהחזיר השאלה להמשאיל כי הזמן לא נקבע רק

לתועלת השואל שלא יתבענו המשאיל דומיא דקביעת זמן של חוב עכ"ל. וכפי המבואר בסי' ע"ד סעיף ב'. ועיין באה"ע סי' פ"ה בח"מ ס"ק ז' ובב"ש שם ס"ק ו'. וכיון דבשואל אף בתוך זמן השאלה יכול להחזיר החפץ השאול להמשאיל א"כ אף במודה על השאלה שהוא בתו"ז אין זה נקרא שוה פרוטה בהודאת החיוב עליו ושפיר הקשו מזה דהא ה"ל הילך ומתורץ קושיות התוס'. ועיין לקמן סי' פ"ח סעיף כ"ד ובש"ך ס"ק מ"ו וס"ק מ"ז:

ענף ב:

התובע מחבירו ממון כו' ואפילו מודה מקצת אם אמר לו הילך כו' ואינו נקרא הילך אא"כ כו' מוכן בידו לפני ב"ד כו'. הש"ך ס"ק ג' כ' מוכן בידו בפני ב"ד כו' שוב מצאתי כדברי בר' ירוחם וז"ל פירש"י הילך והנם בביתי ושאר מפרשים אמרו כי אינו הילך אלא כשנותן מיד בב"ד אבל בפקדון כשאומר הנה בביתי די כי כל פקדון ברשותא דמרא איתא כו'. וזה לשון הגהות אשרי בפ"א דב"מ סי' ד' ולא הוי הילך אלא כשמחזיר אותו מעות עצמו כו' אבל אם אומר כו' והם מעות אחרים אין זה הילך וחייב וכן משמע מתוך פי' רש"י. וכ"כ הר"ן בכוונת רש"י והובא בבית יוסף דלא הוי הילך אלא כשמחזיר אותו מעות שהלוהו כו'. והשיטה מקובצת לב"מ דף ד' ע"א) הביא לדברי רש"י דשם בד"ה והילך לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהם כו' ותמה עליו הא כיון דמלוה להוצאה ניתנה א"כ כל שאינם שם בב"ד אין כאן פרעון כלום ושאני פקדון דכל היכא דאיתי' ברשותי' דמארי' איתי' כו' עכ"ל. ועיין בב"ח על הטור כאן ובסי' ע"ה. ובפני יהושע מה שכתבו בכוונת דברי רש"י:

ענף ג:

ונלע"ד נראה להסביר דברי רש"י מטעם אחר ונקדים להמבואר בקידושין (דף מ"ז) דרשב"א ות"ק פליגי במלוה ברשות בעלים לחזרה ואמרו שם הא דאמר רב הונא השואל קורדם מחבירו בקע בו קנאו כו' עד כאן לא פליגי אלא במלוה דלא הדרא בעיני' כו'. וכתב שם הריטב"א לפרש דלכן לא בקע בו לא קנאו משום דאינו דומה למתנת מטלטלין דמקני במשיכה משום דבשאלה אין כאן קנין הגוף כלל כו' והא דנקנה בביקוע לאו דינא אלא תקנתא דרבנן דתקנו כן כדי שיהא קיום לדבריהם שלא יחזור בו ויפסיד פעולתו כדתקנו בפועלים שהתחילו במלאכה כו' והיינו מה דאמר רשב"א דמלוה ברשות בעלים לחזרה דכיון דלוה חייב באונסין ולא יהיב לי' גופא אלא תשמיש המעות לא מקני ללוה במשיכה עד שיתחיל להוציא ממנה. מיהו לית הלכתא כרב הונא אלא כר' אלעזר דאמר התם כשם שתקנו משיכה בלקוחות כן תקנו משיכה בשומרים כו' אף דמדינא אין מועלת משיכה בשואל דלא קני גופא אלא דרבנן תקנו הכי והתם תניא כוותי' והכא נמי

רבנן כר' אלעזר קיימא אלא דרב הונא משני לי' לדעתי' הילכך שאלה נקנית במשיכה כדין מתנה וה"ה למלוה אפילו כולה בעינה ואם קידש בה את האשה אינה מקודשת כרב עכ"ל הריטב"א. וכ"כ השמ"ק בב"מ (דף צ"ט) בקצרה. וכוונת הריטב"א הוא דהא דס"ל לת"ק דרשב"א דמלוה בעיני' אינו לחזרה וקנאו הלוה דזהו רק מצד תקנת חז"ל וכמו משיכה בשאלה דלא קנהו מה"ת רק מדרבנן כדס"ל לר"א משום דאין זה קנין הגוף דה"ה במלוה כ"ז דהוא בעיני'. ובאמת זהו מוכרח אליביה דר' אלעזר דס"ל דמשיכה קונה מדרבנן בשאלה דאי נימא שמחלק דשאני שאלה דהדרא בעיני' משא"כ מלוה דלא הדרא בעיני'. [וכמו שאמרו בקידושין בסוגיא שם (דף מ"ז) אליבי' דרב הונא דס"ל בשאלה דלא בקע בו לא קנאו דשאני מלוה דלא הדרא בעיני]. דקנהו מה"ת במלוה כיון דלא הדרא בעיני' אליבא דר"א. א"כ תקשה על ר"א מן פלוגתת ת"ק ורשב"א דהא חזינן דרשב"א ס"ל דמלוה בעיני' יכולים הבעלים לחזור ולא קנהו הלוה כלל אף מדרבנן א"כ תקשה מן רשב"א על ר' אלעזר דס"ל דתקנו משיכה בשומרים ואין לומר דר"א קאי בשיטת הת"ק דרשב"א דס"ל דמלוה אינו ברשות הבעלים לחזרה. דזה אינו דהא שאני מלוה כיון דלא הדרא בעיני' א"כ קנהו מה"ת א"כ מנלן לר' אלעזר לחדש דחז"ל תקנו משיכה בשאלה וכיון דחזינן דרשב"א ס"ל דלא היה תקנת חז"ל על קנין משיכה במלוה וכש"כ בשאלה א"כ איך פליג ר"א עליו. וע"כ מוכח דר' אלעזר ס"ל דהא דס"ל לת"ק דרשב"א דמלוה אינו ברשות הבעלים לחזרה דזהו משום הטעם דתקנו משיכה בשאלה ואינו מחלק בין מלוה לשאלה רק רב הונא מחלק ביניהם וכמש"כ הריטב"א. ולפ"ז מוכח אליבא דר' אלעזר דאף מלוה דלא הדרא בעיני' ג"כ אינו נקנה במשיכה מה"ת רק מדרבנן. כן הוא קוטב דברי הריטב"א ומוכח כן בהסוגיא שם כפי שנתבאר:

והא דאינה מקודשת במלוה בעיני' הטעם הוא כיון דחז"ל תקנו דנקנה במשיכה עכ"פ א"כ לאו מידי יהיב לה דהא אינו ברשותו לחזור עכ"פ. ואין לזה סתירה מהא דב"מ (דף מ"ח ע"א) ברש"י ד"ה קאי באבל כו' שכתב ונפ"מ לענין איסורא כגון אם קידש בו את האשה לר' יוחנן הוי קידושין דמדאורייתא קניי' ודידי' הוא כו' עכ"ל. הרי דאזלינן בכה"ג בתר דאורייתא. דשא"ה כמש"כ הפני יהושע שם בד"ה בפי' רש"י בד"ה קאי באבל כו' דהקשה במש"כ רש"י דלריו"ח אם קידשה במעות הוי קידושין דאמאי הוי קידושין אף לריו"ח כיון דתקנו חכמים דלא ליקני והלה יכול לחזור בו א"כ תו לא הוי כדידי' דהא אפקינהו רבנן לכספא מיני' ע"פ תקנתם כו' ותירץ דלריו"ח כיון דהוי קנין גמור מה"ת כו' מ"מ כל כמה דלא קיבל עליו מי שפרע המעות ברשות המוכר קיימי ויכול להשתמש בהם ולהוציאם כו' עכ"ל הפ"י. וזהו כמש"כ התוס' בב"מ (דף מ"ג ע"א) ד"ה מאי איריא

הוציא כו' בסה"ד דלריו"ח דמעות קונות מה"ת לא הפקיעו כח שיש להמוכר להשתמש בהם כו'. א"כ זה אינו שייך אלא התם דיש עליו חיוב לקבל מי שפרע אבל היכא דאין עליו חיוב מי שפרע כלל שפיר י"ל כנ"ל. ועיין במחנה אפרים ה' מכירה קנין משיכה סי' י"א שהביא לדברי רש"י הנ"ל ולדברי הריטב"א שם וקצרתי. ולכן שפיר כתבתי בשם הריטב"א דקידושין דהא דמלוה אינו ברשות בעלים לחזרה דזהו רק מדרבנן אבל מה"ת לא קנהו משום דדינו כשאלה דאינו קונה במשיכה מה"ת לשיטת ר"א וכדקיי"ל לדינא כר' אלעזר וכמש"כ המח"א ה' מכירה קנין משיכה סי' ב' והביא שם לדברי התוס' בב"ק (דף ע"ט) ולדברי הרמב"ם וקצרתי. וע"פ כל זה יש לדון ולתרץ קצת לדברי הרמב"ם דהובא בב"ש לאה"ע סי' כ"ח ס"ק י"ט שכתב הב"ש בכוונתו דאם עדיין בעין בידה מקודשת ותמה עליו ע"ש. ועיין בבית יוסף ובבאר היטב שם ואכמ"ל:

ואכתי יש לסתור לזה מהא דב"מ (דף מ"ג ע"א) המפקיד מעות מותרין ישתמש בהן א' ר"ה אפילו נאנסו כו' איתיבי' ר"נ לר"ה המפקיד מעות אצל שולחני כו' ואם מותרין ישתמש בהן לפיכך אם הוציא מעל הגזבר ואי אמרת אפילו נאנסו מאי איריא הוציא אפילו לא הוציא נמי עכ"ל הגמ'. ואי נימא כמש"כ דקנין משיכה במלוה בעיני' אין זה רק מדרבנן א"כ אין מקום להקושיא זו לפי מש"כ התוס' בב"ק (דף ע"ט ע"א) ד"ה תקנו משיכה בשומרין כו' בסה"ד דמעילה בהקדש לא שייך אלא ע"י קנין דאורייתא משום דבקנין דרבנן הוי חומרא דאתי לידי קולא דחבירו מותר לבקע בו לכתחלה. א"כ לפ"ז אינו קשה על מה דא' רב הונא אפילו נאנסו מהא דאם הוציא מעל הגזבר די"ל דלכן דוקא הוציא משום דבלא הוציא אף דחייב גם באונסין משום דדינו כמלוה מ"מ לא עדיפא ממלוה בעיני' דאינו נקנה במשיכה מה"ת רק מדרבנן וכיון דהכא מיירי בענין מעילת הגזבר ע"כ דוקא אם הוציא מעל אבל כ"ז דלא הוציא אינו חייב בדין מעילה דכיון דלא הוי רק קנין דרבנן א"כ הוי חומרא דאתי לידי קולא אם יהיה בזה דין מעילה דחבירו יהיה מותר להוציא אף לכתחלה כמש"כ התוס' וע"כ נקטו דוקא אם הוציא מעל הגזבר ולאשמועינן הך דינא ומדהקשו בגמ' בפשיטות מאי איריא הוציא כו' ומתרץ לי' ה"ה אע"ג דלא הוציא כו'. א"כ מוכח מזה דאף מלוה בעיני' נקנה במשיכה מה"ת ואף לרב הונא דס"ל כר' יוחנן דמשיכה אינו רק מדרבנן כמבואר בב"מ (דף מ"ז) ובתוס' ב"מ (דף מ"ח) ד"ה נתנה לסיטון כו' דס"ל לרב הונא כריו"ח דד"ת מעות קונות. מ"מ הא היכא דליכא חסרון כספא משיכה קונה מה"ת כמש"כ התוס' בע"ג (דף ע"א) והארכתי מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ז' ע"ש. וה"ה מלוה בעיני' דג"כ ליכא חסרון כספא דנקנה במשיכה מה"ת לכ"ע:

אכן באמת אין מזה סתירה לכל מש"כ משום דהא מבואר בקידושין (דף מ"ז) דרב הונא דס"ל השואל קורדם לא בקע בו לא קנאו דמחלק דשאני מלוה דלא הדרא בעיני'. וס"ל לרב הונא דלא היה מעולם תקנת חכמים על קנין משיכה בשאלה והא דמלוה אינו ברשות הבעלים לחזרה י"ל דזהו באמת מה"ת משום דלא הדרא בעיני' למאי דס"ל לרב הונא לחלק כן ע"כ שפיר הקשה ר"נ לרב הונא דס"ל אפילו נאנסו דמאי איריא הוציא כו' דהא כיון דס"ל לר"ה דמלוה בעיני' נקנה במשיכה מה"ת א"כ אפילו לא הוציא נמי יהיה בו דין מועל בהקדש. אכן לר' אלעזר וכדקיי"ל כוותי' דמשיכה קונה בשאלה מדרבנן דמוכח לפ"ז דאף מלוה בעיני' אינו נקנה מה"ת במשיכה רק מדרבנן ומזה יליף ר' אלעזר דמשיכה בשאלה קונה עכ"פ מדרבנן וס"ל דהא דמלוה בעיני' נקנה כדס"ל לת"ק דרשב"א דזהו רק מדרבנן משום דאין להרבות במחלוקת בין רשב"א להת"ק וכנ"ל וע"כ שפיר כתב הריטב"א דאף מלוה בעיני' אינו נקנה מה"ת במשיכה רק מדרבנן משום דאין זה מקרי קנין הגוף. ולא מבעיא לשיטת הרמב"ן דהבאתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג דס"ל שלא לחלק בין מתנה דליכא חסרון כספא למכירה דבכולהו אינו קונה משיכה רק מדרבנן. ואף לשיטת התוס' דהבאתי שם דמחלקים דשאני היכא דליכא חסרון כספא דאז משיכה קונה מה"ת מ"מ מלוה בעיני' דאין זה קנין הגוף וכמש"כ הריטב"א ע"כ אינו נקנה במשיכה מה"ת רק מדרבנן:

וכן לפי מש"כ בספרי באר יצחק שם סי' כ"ג ענף ח' דאף דמשיכה הוא קנין דרבנן עכ"ז קנין חצר וקנין ידו קונה מה"ת לכ"ע. ועכ"ז משמע דבמלוה בעיני' אף שהוא ברשות הלוה ג"כ לא נקנה מה"ת רק מדרבנן דהא חזינן דרשב"א ס"ל דמלוה ברשות בעלים לחזרה ומשמע אף היכא דהוי המלוה כבר ברשות הלוה ג"כ יכולים לחזור וליקחנו מהלוה. והטעם הוא משום דאין זה מקרי בשם קנין הגוף וכמש"כ הריטב"א. א"כ ה"ה אף לת"ק דס"ל דמלוה אינו ברשות הבעלים לחזרה דנתבאר דזהו רק מדרבנן אבל מה"ת לא קנהו. אך צריך ביאור דמ"ש מן מכירה דנקנה ע"י קנין חצר וידו מה"ת דאף שמתחייב לשלם מחירו מ"מ כיון דגוף חפץ הנמכר אינו חוזר לבעליו מקרי זה בשם קנין הגוף ונקנה ע"י חצרו וידו מה"ת לכ"ע. א"כ ה"ה יהיה כן במלוה בעיני' דהא גוף ההלואה אינו עומד לחזור לבעליו ויכול לסלק בפרעון חובו במילי אחריני א"כ אמאי חילקו ביניהם. ואפשר דהטעם הוא דשאני מכירה דחוב הפרעון הוא בדברים שאינם ממין החפץ הנמכר משא"כ בבע"ח דצריך לפרוע במעות בהמין שהלווהו ע"כ אין זה מקרי בשם קנין הגוף וכמש"כ הריטב"א. ויהיה מזה סייעתא לדברי הנתיבות בסי' ק"ז ס"ק ד'

דהא דבע"ח מחוייב לפרוע במעות זהו מה"ת משום דזוזי יהיב זוזי שקיל ועיין בקצה"ח סי' ק"א ס"ק א' ואכמ"ל בזה:

ענף ד:

ולפי מה שנתבאר דמלוה בעיני' אינו נקנה מה"ת ע"י קנין משיכה אלא מדרבנן יש להסביר עפ"ז לדברי הרמב"ם ה' מלוה פ' כ"ו ה' י"ב שכתב האשה שלותה ונשאת דאם הוא מלוה בע"פ אין גובין משום דבעל כלוקח ואם היה אותן מעות ההלואה עצמן קיימין יחזירו אותן למלוה וכתב המ"מ שם דהוכיח כן ממ"ש בגמ' בב"ב (דף קל"ט) האשה שלותה ואכלה ועמדה ונשאת כו' דמשמע דאם איתנהו בעין מחזירין למלוה. והנמוקי יוסף שם כתב דאף במעות בעין הדין כן משום דמלוה להוצאה ניתנה ומה דנקטו ואכלה לאו דוקא. ובאה"ע סי' צ"א סעיף ד' מבואר דאם המעות שהלוה בעין חייב לשלם ועיין בב"ש שם ס"ק יו"ד. ובאמת צריך טעם דאמאי פסקו דאם המעות בעין צריך לשלם והא מלוה להוצאה ניתנה. [והא דסי' צ' סעיף ט' באשה שמכרה נ"מ דאם הדמים שלקחה מהלקוחות קיימים בעצמם מחזירין ללקוחות שא"ה דכיון דה"ל מקח טעות א"כ ממילא הדמים חוזרים וכדין כל מקח טעות. ועיין בקידושין פ"ב בראש סי' ל"א שהביא לדברי הירושלמי על הא דמכרן וקידש בדמיהן דדייקי מינה שמקדשין בגזל. ובאה"ע סי' כ"ח סעיף כ"ב וב"ש שם ובח"מ סי' רל"ב סעיף כ"ג ברמ"א שם ובב"ב (דף צ"ב ע"ב) תוס' ד"ה אי דליכא לאישתלומי כו' ובמקום אחר הארכתי בזה]:

אכן לפי מה שנתבאר אתי שפיר די"ל דכיון דהא דבעל כלוקח בנכסי אשתו הוא מדרבנן משום תקנתא ע"כ י"ל דדוקא היכא שזכות האשה הוא זכותה מה"ת בזה עשו התקנה דבעל כלוקח אבל היכא דזכות האשה עצמה אינו זכות רק מדרבנן ע"כ י"ל דלא עשו בכזה התקנה דבעל כלוקח משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן. וכעין הא דשבועות (דף מ"א וב"מ דף ה'). וביותר מצינו כן בש"ך סי' קע"ה סעי' כ"ב ס"ק י"ט שכתב לפרש לדברי הטור בשם הרמ"ה דמצרן אינו יכול להרשות לאחר אפי' שיהיה להמצרן דהטעם הוא דכיון דהרשאה היא תק"ח ומצרנות נמי תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן עכ"ל. הרי דס"ל לדון כן אף במה דלא מצינו בפירוש בגמ' דאמרו בזה הכלל דתקנתא לתקנתא לא עבדינן ודנו כן מסברא ע"פ הכלל הלז. וה"ה הכא י"ל דזהו טעמן של הראשונים הללו דכתבו דאם מעות ההלואה הוא בעיני' גובין מהבעל משום דהא מה"ת שייך המעות להמלוה וע"כ אמרינן בזה הכלל דתקנתא לתקנתא לא עבדינן. והוכיחו כן מן מה דאמרו בגמ' ולותה ואכלה ועמדה ונשאת כו' דמשמע דוקא אכלה כו' וכמש"כ המ"מ. והטעם הוא ע"פ הסברא הנ"ל דזהו סברת הגמ':

(הגה"ה:
וזה זמן כביר שכתבתי בקונטרס א' לדון ע"פ סברא זו במש"כ האו"ת בסי' מ"ג סעיף כ"ג דאם יכתבו הרשאה זה לזה יגבה מלקוחות שקנו מאייר ואילך שכתב האו"ת שם דדוקא אם רוצים אבל אין כופין אותם לכתוב הרשאה וכ"כ השלטי גבורים בס"פ מי שהיה נשוי. והאו"ת שם בס"ק כ"ו הביא בשם הכנה"ג דכופין אותן משום מדת סדום. והסברתי דהטעם הוא כיון דכתבו התוס' בב"ב (דף י"ב ע"ב) בד"ה כגון זה כופין על מדת סדום כו' בסה"ד ועוד הא דכופין על מדת סדום בזה נהנה וזה לא חסר היינו בשכבר דר בחצר חבירו שאינו מעלה שכר אבל הא פשיטא שיכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו כו' אלא מתקנת חכמים קאמר הכא דכופין על מדת סדום כו' עכ"ל התוס'. וכיון דהא דכופין על מדת סדום אין זה רק מדרבנן ע"כ הדין נותן דאין לכוף על כתיבת הרשאה זל"ז דהא הרשאה גופא אינו מועיל רק ע"פ תקחז"ל א"כ אין לכוף מצד מדת סדום ע"ז דה"ל כעין תקנתא לתקנתא כו'. ויש לדון בזה ע"פ דברי התוס' בכורות (דף מ"ט) אם שניהם מצויים לפנינו כו'. ועיין בסי' ס' סעיף ט' ובש"ך שם בשם מהרש"ל. וידעתי מה דיש לחלק בכ"ז וקצרתי כי אכמ"ל. ועיין בנחלת צבי ח"מ סי' רע"ו:
(ע"כ הגה"ה:
והמג"א בסי' ת"ן ס"ק א' כתב על הא דמבואר שם סעיף א' בלוה ככר מחבירו קודם הפסח צריך לפרוע אחר הפסח דאע"ג דלכתחלה אסור לקבל חליפי חמץ הכא כיון שבשעה שנותן לו ככר זה אין הראשון בעין לאו חליפי חמץ נינהו עכ"ל. ומשמעות דבריו דאם הככר הראשון הוא בעין היה אסור משום דהוי חליפי חמץ. וקשה הא מלוה להוצאה ניתנה וה"ל כמו דאינו בעין וראיתי במקור חיים שהעיר בזה ונדחק ליישבו. אכן לפי מש"כ דהא דמלוה להוצאה ניתנה אין קונהו רק מדרבנן ע"כ שפיר כתב המג"א דדוקא אם אין הראשון בעין מותר אבל אם היה בעין אסור משום דלחומרא אזלינן בתר דאורייתא ומה"ת ה"ל עדיין קנוי להבעלים הראשונים וברשותם עומדת ע"כ מקרי חליפי חמץ דהא מה"ת לא נקנה מעולם להלוה. וכן הוא בע"ג (דף ס"ב ע"ב) דבי ר' ינאי יזפי פירות שביעית מעניים ופרעי להו בשמינית כו' וכתבו התוס' בד"ה יאות הן עבדין דכיון דבההיא שעתא לא הוו הנך בעין לא חליפין נינהו כו' ולפ"ז אפילו בשביעית עצמה היו יכולין לפרוע אם כבר אכלו פירות שביעית כו' עכ"ל. וזהו כמש"כ המג"א דדוקא אם אכלו אבל אם היה בעיני' אף דלהוצאה ניתנה מ"מ כיון דמה"ת לא נקנה בקנין המועיל ע"כ אזלינן בזה בתר דאורייתא. והא דקיי"ל כת"ק דרשב"א דאם קידשה במלוה בעיני' אינה מקודשת היינו כיון דחז"ל אפקינהו מרשותו א"כ לאו מידי יהיב לה והוי כמו

דאינו שוה פרוטה וכמש"כ לעיל משא"כ הכא גבי איסור חליפי פירות שביעית וחליפי חמץ: ועפ"ז יש לתרץ לדברי המחבר בח"מ סי' ע"ב סעיף ל"ח דיש מי שאומר דה"ה למעות שהלוה כו' ונפלו המעות כו' ומצאם כו' יחזיר כו' והרמ"א כתב דלי נראה דבמעות הם של המוצא דמעות להוצאה ניתנו וכבר יצאו לגמרי מרשות הנותן. ולפמש"כ דהא דמלוה להוצאה ניתנה לא קנהו הלוה רק מדרבנן א"כ לפי המבואר בח"מ סי' ס"ו סעיף כ"ה במכירת שט"ח דאם אינו אלא מדרבנן דלא תקנו זה לכל ועיין בש"ך שם ס"ק פ"ה דדוקא משום מכירת שטרות דאורייתא אמרו שם כן וכן הוכיח הקצה"ח שם ס"ק ל"ב מב"ק (דף צ"ו) דבעי רבא השביח כו' א"ל ר"א מדיפתי לרבינא תקנתא כו' ניקם וניעבד ע"ש. ועיין בספרי נחל יצחק שם מזה. ולכן שפיר פסק המחבר דאם מצאם כו' יחזיר להבעלים משום דלא קנהו הלוה דשם כיון דאינו רק מצד התקנה ולא תקנו לכל. ואחר כותבי כ"ז ראיתי באו"ת סי' ע"ב ס"ק נ"ד שהעיר בזה ג"כ ע"ש:

ב (שם סעיף א ש"ך ס"ק ג'):

ואחר שנתבאר ב"ה הך מילתא חדתא דמלוה בעיני' לא קנהו הלוה מה"ת רק מדרבנן. לפ"ז יש לפרש על נכון לדברי רש"י בב"מ (דף ד' ע"א) בד"ה והילך דפי' רש"י הילך לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהן דהקשה השמ"ק דהא מלוה להוצאה ניתנה ואין זה דומה לפקדון. די"ל דכוונת רש"י הוא כן כיון דע"פ דין תורה לא קנהו הלוה ויכול לחזור בו המלוה וליקחנו מן הלוה א"כ מן התורה דינו כמו פקדון דמקרי הילך אף בעת שהוא ברשות הנפקד משום דכל היכא דאיתא ברשות דמרא איתא. ואף דמצד תקנת חז"ל דהקנוהו להלוה ואפקעינהו מרשות המלוה מכל מקום הא קיי"ל דכל האומר אי אפשי בתקנת חז"ל שומעין לו. א"כ ה"ה בהך תקנה דתקנו דמלוה בעיני' לא הדרא וקנהו הלוה דתקנו זה לטובת הלוה משום דטובת המלוה לא שייכא בזה דהא לענין חיוב אונסין אף אי נימא דלא קנהו הלוה ג"כ נתחייב באונסין מעת משיכה דאף לרב הונא דס"ל בשואל קורדם לא בקע בו לא קנאו מ"מ מעידן משיכה מתחייב באונסין כמבואר בב"מ (דף צ"ט) ובקידושין (דף מ"ז). וכן לענין אם יכול הלוה לחזור בו ולהחזירו להמלוה הא אף דנימא דקנהו מ"מ הא יכול להחזירו אף בתוך זמ"פ דהא הזמ"פ הוא לתועלת הלוה כמבואר בסי' ע"ד. א"כ אין להמלוה שום טובה מן קניות הלוה רק להלוה יש תועלת וטובה אם נימא דקנהו לענין שלא יהיה יכול המלוה לחזור בו וליקחנו מן הלוה ע"כ יכול הלוה לומר אי אפשי בתק"ח דתקנו זה לטובתי א"כ מוקמינן על דין תורה ולא קנהו מעולם וה"ל הנך מעות כמו פקדון ושפיר מקרי הילך אף דהם ברשות הלוה. וזה שכתב רש"י והילך לא הוצאתים והן שלך בכ"מ שהם. הכוונה דהם שלך משום דאי

אפשי בתק"ח. והנה בקנין משיכה במכירה דקיי"ל דמעת דקנהו הלוקח במשיכה אף דנאנס ונשרף החפץ מ"מ חייב הלוקח לשלם מחירו ואינו יכול לומר א"א בתק"ח דיהא כמו דלא קנהו מעולם ע"פ דרכי הקני'. משום די"ל דקנין משיכה לאחר שתקנו דמעות אינן קונות לטובת הלוקח א"כ ממילא תקנו דקנין משיכה יהיה קנין המועיל משום תקנת התגרים דזהו טובת הלוקח והמוכר דיהיה קנין המועיל לטובת שניהם. משא"כ קנין משיכה במלוה בעיני' דמזה אינו טובה רק להלוה כנ"ל ע"כ שפיר יכול לומר א"א בתק"ח וה"ל שפיר הילך אף דהם ברשות הלוה. [והא דסי' קצ"ח סעיף ה' דאם התנו להדיא דמעות יקנו דקני עיין בש"ך שם ס"ק יו"ד ובב"ח בטור שם ס"ק ט"ז וקצרתי]. וזהו דוקא במלוה בעיני' דה"ל הילך משום א"א בתק"ח כו' אבל במלוה שהוציא לא ה"ל הילך כ"ז שאינם מוכנים לפני הב"ד ליתנו לו מיד כמבואר כאן. ועדיין י"ל דאם המעות הם לפני הב"ד גם רש"י סבירא ליה דמקרי הילך וכשיטת כל הפוסקים רק רש"י כתב כן לאשמועינן דהיכא דה"ל בעיני' אז אף דהם בביתו שלא בפני הב"ד ג"כ ה"ל הילך משום א"א בתק"ח כו':

וטעם החולקים על רש"י וס"ל דאף במלוה בעיני' לא מקרי הילך היכא שאינם לפני הב"ד י"ל דס"ל דמלוה בעיני' נקנה מה"ת בקנין חצר ואף בקנין משיכה מה"ת כיון דליכא חסרון כספא בזה וכמש"כ לעיל ע"פ דברי התוס' פ' השוכר את הפועל (דף ע"א ע"א) ד"ה פרדשני כו' דהיכא דליכא חסרון כספא לכ"ע קונה במשיכה מה"ת. ומה"ט כתב הקצה"ח בסי' ר"ד ס"ק ד' דהיכא דמוכר לו בעד חובו לכ"ע קונה במשיכה מה"ת וכ"כ המקור חיים הל' פסח סי' תמ"ח ס"ק ה'. וכן כתבתי מזה בארוכה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ז' וענף ח' ע"ש. אכן לפי מש"כ לעיל דמוכח בסוגיא דקידושין (דף מ"ז) דמלוה בעיני' אינו נקנה במשיכה מה"ת רק מדרבנן וכמש"כ הריטב"א שם ומשום דאין זה קנין הגוף. ע"כ נלע"ד לומר דבאמת גם החולקים על רש"י וס"ל דמלוה בעין לא מקרי הילך די"ל דמודים ג"כ לכל מש"כ דמלוה בעיני' אינו נקנה מה"ת ואפ"ה ס"ל דלא שייך לומר בזה א"א בתקנת חכמים כו'. משום דטעמם הוא דעיקר מילתא דא"א בתק"ח שומעין לו הוא דיכולה לומר איני ניזונית כו'. דלא מצינו זה רק היכא שיש לו זכות אם ירצה לזכות בזה אמרו דיכול לומר א"א בתק"ח ואיני רוצה לזכות בזכות התקנה שתקנו חז"ל לטובתי וכ"ז דלא גבתה המזונות לא היו שלה מעולם. משא"כ הכא במלוה בעיני' דמיד דמשך המלוה בעיני' קנה כבר את המעות מצד תק"ח ועכשיו שאומר א"א בתק"ח רוצה לעקור למפרע למה שזכה בגוף החפץ ע"פ תק"ח ע"כ י"ל דס"ל דבכה"ג לא מהני לומר א"א בתק"ח:

ובפרט לפי מש"כ הפוסקים דקנין דרבנן מהני בדאורייתא משום דכיון דזכה הממון כבר ע"פ הפקר כו' ונעשה שלו ממש ולכן הוי כדאורייתא. ועיין באה"ע סי' כ"ח ב"ש ס"ק ו' ובמח"א הלכות מכירה קנין משיכה סי' ב' ובאחרונים מזה. וכיון דזכה כבר כדין זוכה מהפקר ע"כ לא שייך לומר בכה"ג א"א בתק"ח דהא לאחר שזכה כבר הוי שלו מה"ת. ולכן שפיר ס"ל להחולקים על שיטת רש"י לדון דאף מלוה בעיני' לא הוי הילך דכיון דקנהו כבר ואפקינהו חז"ל מרשותו בתורת הפקר כו' וקנהו כבר הלוה ע"כ אינו יכול לומר א"א בתק"ח:

והא דב"ק (דף ח') בלקח עידיות באחרונה דמסיק הסוגיא דיכול לומר טעמא מאי אמור רבנן אין נפרעין ממשועבדים במקום שיש ב"ח משום תקנתא דידי אנא בהא תקנתא לא ניחא לי דהאומר א"א בתק"ח כו'. אף דהתם לא הוי מחוסר גוביינא זה הזכות שזיכו חז"ל להלוקח דלא יטרפו ממנו כ"ז שיש ב"ח א"כ הא הוי כמו שזכה כבר לרשותו להזכות שתקנו לטובתו ואפ"ה חזינן דגם בכה"ג שייך לומר א"א בתק"ח כו'. שא"ה דהא גם עכשיו שאומר א"א בתק"ח הוי השדה ברשותו כ"ז שלא גבהו הבע"ח דהא בע"ח מכאן ולהבא גובה לכן לא שייך לומר בזה להסברא שכתבתי לעיל. אבל היכא שזכה כבר לגוף החפץ מצד תק"ח ועכשיו ע"י א"א בתק"ח רוצה לעקור לזכייתו מה שזכה כבר בגוף החפץ בזה שפיר הסברא נוטה דאינו יכול לומר בכה"ג א"א בתק"ח דהא זכה כבר כדין זוכה מהפקר והוי כמו דהוא שלו מדאורייתא. וגם יש לחלק דשאני היכא דכבר גילה דעתו דרוצה בתקנת חז"ל שתקנו להתקנה זו וקצרתי:

ובשיטת רש"י דנתבאר דטעמו הוא משום א"א בתק"ח כדי שלא יתחייב שד"א אף שזכה כבר מן עת המשיכה להמלוה בעיני' מ"מ ס"ל לרש"י דגם בכה"ג שייך לומר א"א בתק"ח. וכמו שמצינו כה"ג בב"ק (דף ח') דגם במה שזכה כבר והוא ברשותו ג"כ יכול לומר א"א בתק"ח ואינו מחלק כנ"ל. וי"ל דס"ל לרש"י כהסוברים דקנין דרבנן לא מהני בדאורייתא משום דאף לאחר שזכה בהממון הוי זכותו רק בשם קנין דרבנן ולא נקרא בשם קנין דאורייתא כלל מעולם וע"כ שייך עדיין עליו לומר א"א בתק"ח. ובפרט לפי מה שמוכח מן ב"ק (דף ח') דאף היכא דלא הוי מחוסר גוביינא זכותו שתקנו לו חז"ל מ"מ יכול לומר א"א בתק"ח ואינו מחלק כפי החילוק שכתבתי לעיל לשיטת החולקים על רש"י. וגם הא חזינן דאף היכא שתבעה זמן רב מזונות מבעלה אפ"ה יכולה לומר אח"ז על ימים הבאים איני ניזונית כו'. הרי דאף דהיה גילוי דעת ממנה שרוצית בהתקנה מ"מ יכולה לומר אח"ז א"א כו'. רק להחולקים על רש"י יש עדיין לחלק דשא"ה דכל יום ויום הוא

חיוב בפ"ע ע"כ אין זה מקרי גילוי דעת כ"כ משא"כ הכא שכבר קיבל המעות בהלואה ע"כ מקרי זה שפיר גילוי דעת שרוצה בהתקנה זו ע"ז המעות ויש להאריך בכ"ז:

ענף א:

שוב ראיתי כי באמת מוכח דהיכא שכבר זכה בהחפץ שתקנו חז"ל שיהיה שייך לו דאז אינו יכול לומר אח"ז א"א בתק"ח ולעקור למפרע למה שזכה כבר לגוף החפץ וכמש"כ לעיל להסביר שיטת החולקים על רש"י דהא מצינו בכתובות (דף פ"ג ע"א) הכותב לאשתו דו"ד אין לי בנכסייך דמאי כותב אומר ומשום א"א בתק"ח נגעו בה ומקשו א"ה אפילו נשואה נמי ומתרץ דידו כידה או ידו עדיפא מידה. הרי להדיא דהיכא שכבר זכה בהזכות שתקנו חז"ל להבעל שיהיה כלוקח להפירות בנכסי אשתו לאחר הנישואין דאינו יכול לומר שוב א"א בתק"ח לעקור למפרע למה שזכה כבר ודוקא בעודה ארוסה דלא זכה עדיין בזה יכול לומר א"א בתק"ח אבל לא בנשואה. א"כ ה"ה מ בנ"ד במלוה בעיני' דזכה כבר מן עידן דמשכו לרשותו להמעות דנקנה לו גוף המעות מצד תק"ח דהדין נותן דלא יהיה יכול לומר א"א בתק"ח להפקיע זכותו מה שזכה כבר לגוף המעות. ולפ"ז מוכח כהחולקים על שיטת רש"י דס"ל דמלוה בעיני' לא נקרא הילך משום דאינו יכול לומר א"א בתק"ח לעקור זכותו למפרע וה"ל כמו סילוק על זכותו שיש לו כבר דלא מהני וכמו בכותב דו"ד אין לי בנשואה דלא מהני אף דאינו רק מדרבנן: אך יש לחלק ולתרץ לשיטת רש"י די"ל דשאני במלוה בעיני' דאף דקנהו כבר מדרבנן מ"מ אינו כדאורייתא דאף דנימא כהסוברים דקנין דרבנן מהני בדאורייתא. עיקר הטעם הוא דכיון דזוכה מדרבנן הוי כמו זוכה מהפקר משום דהפקר כו' הפקר. וכמש"כ הישו"ש פ' מרובה סי' ז' והובא בב"ש סי' כ"ח ס"ק ו' וכפי שכתבו האחרונים מזה. אבל במלוה בעיני' חזינן דלא עשו זה דיהיה דינו כמו זוכה מהפקר דאם נימא דבכל מלוה בעיני' הוי דין הלוה כמו זוכה מהפקר דהא ע"פ דין תורה חוזרת המלוה בעיני' להמלוה רק רבנן אפקרינהו וזכה הלוה מן הפקר. א"כ לא יהיה שייך דין איסור רבית מה"ת בכל הלואה בעולם דהא בכל הלוואות הוי מתחלה מלוה בעיני' וכיון דהוי הפקר בעת שמתחיל להוציא המעות שלוה א"כ לא שייך בכה"ג דין רבית קצוצה מדאורייתא דעיקר איסור רבית מה"ת הוא על המעות של המלוה שמקודם שהתחיל הלוה להוציא המעות היה שייך המעות להמלוה ויוצא המעות מן רשות המלוה לרשות הלוה. אבל היכא שהיה הפקר מקודם שנכנס לרשות הלוה ועיקר זכיות הלוה הוא מן ההפקר בוודאי לא שייך בכה"ג רבית דאורייתא. ואף דמדרבנן י"ל דגם בכה"ג שייך איסור אבק רבית משום דמן עת שמשך המעות חל על הלוה החוב ובעת שמושך לרשותו אח"ז זכה מן ההפקר

וע"כ שייך גם בכה"ג רבית דרבנן אכן רבית מה"ת לא שייך בכה"ג כיון שבעת שמתחיל להוציא המעות ה"ה זוכה מהפקר דהא עד עת שהפקירו חז"ל היה המעות שייך להמלוה וכיון דמקודם דזוכה הלוה היה הפקר א"כ מה"ת אינם יוצאים המעות מן רשות המלוה לרשות הלוה רק רשות ההפקר הפסיק בנתיים וכן מה שזוכה הלוה למלוה בעיני' הוי כמו זוכה מהפקר א"כ לא שייך בזה רבית דאורייתא:

וכש"כ לשיטת רש"י דהובא ביו"ד סי' קס"ו סעי' ב' דגם אחר ההלואה שהתנה לתת רבית בעת הרווחת הזמן ג"כ מקרי ר"ק דאורייתא וכמבואר ברש"י ב"מ (דף ס"ד ע"ב). ואי נימא דכל הלואה כיון דמקודם דהוציא המעות היה המלוה בעיני' דזכהו הלוה אז מן ההפקר א"כ לא שייך בזה רבית קצוצה לאחר ההלואה דהא עכשיו בעת הקציצה הוי לאחר שזכה הלוה כבר מן ההפקר. ולכן אף אם נדחוק לומר דאם היה הקציצה בעת שהבטיחו להלוות דאף דזכהו הלוה להמלוה בעיני' מן ההפקר מ"מ שייך בזה ר"ק מה"ת כיון דהקציצה היה מקודם דהפקירו. אכן היכא דהתנה לתת הרבית בעת הרווחת הזמן א"כ מה"ת לא שייך בזה איסור רבית כיון דמה"ת הוי זכות הלוה בהמעות כדין זוכה מהפקר דהא הפקר כו' הפקר מה"ת. ולא שייך בזה רק רבית דרבנן דהא חז"ל יכולים לתקן דגם בכה"ג שייך רבית דרבנן. וכיון דחזינן דגם לאחר שתקנו חז"ל דכל מלוה בעיני' אינו בחזרה מ"מ שייך ר"ק מה"ת. ע"כ מוכח דלא עשו חז"ל לזה הזכות שזיכו לטובת הלוה דיהיה קונהו במשיכה דיהיה דינו כמו זוכה מהפקר. וחלקו בזה משום דלא רצו לתקן בזה התקנה דיהיה כמו זוכה מהפקר כו' דא"כ יהיה נעקר רבית קצוצה בהלואה מה"ת לגמרי. וגם הא מצינו בתוס' ב"ק (דף ע"ט ע"א) סד"ה תקנו משיכה כו' דלא תקנו היכא דאתי לידי קולא כו'. ועיין במח"א ה' מכירה קנין משיכה סי' ב'. ואף דיש לחלק בנידון התוס' דב"מ הנ"ל דשאני התם. מ"מ מצד הסברא בלא ראיות התוס' הנ"ל ג"כ י"ל כן דלא רצו לתקן תקנה דיהיה כמו זוכה מהפקר דיהא נעקר עי"ז עיקר דין איסור דאורייתא דלא יהיה שייך כלל הך דין מה"ת. וע"כ לא עשו זכות הלוה דיהיה דינו כמו זוכה מהפקר רק כמו תקנת חז"ל בעלמא שתקנו אף היכא דלא שייך הפקר כו' הפקר כדמצינו כן בכמה דוכתי. רק היכא דהיו יכולים לתקן תקנה בממון משום הפקר ראו לתקן כן אבל היכא שלא היו יכולים לתקן כן כמו בנ"ד דיהיה נעקר עי"ז דין רבית קצוצה דאורייתא ע"כ לא אלמוה לתקנתם דיהיה בתורת הפקר כו' רק כמו הרבה תקנות שתקנו אף היכא דלא שייך כלל הפקר כו'. ועיין בספרי נחל יצחק בקונטרס ביאור ספק תקנה ענף ג' ובסי' ל"ט סי' ג' בקונטרס ש"ד ענף ב' וקצרתי. וכן במה שהבאתי שם דברי הכ"מ:

וכיון דנתבאר דבהך תקנה דמלוה בעיני' נקנה במשיכה להלוה דלא עשו בהך תקנה דינו כמו זוכה מהפקר. ע"כ לא שייך בזה לומר דלאחר שזכה כבר הלוה בהמלוה בעיני' יהיה דינו כדאורייתא דהא עיקר הטעם דהוי דינו כדאורייתא הוא משום דעשו זה כמו זוכה מהפקר כנ"ל וכיון דבנ"ד לא עשו זכותו דיהיה כמו זוכה מהפקר ע"כ נשאר זכותו מה שזיכו לו חז"ל כמו דרבנן ממש ולא הוי זכותו אלימא כמו דאורייתא. ע"כ שפיר כתבתי לעיל להסביר שיטת רש"י דס"ל דאף לאחר שזכה הלוה יכול לומר א"א בתק"ח לעקור זכותו למה שזיכו לו חז"ל למפרע דהא אף לאחר זכייתו הוי עליו שם דרבנן בלבד. וכבר כתבתי לעיל להוכיח מן ב"ק (דף ח') דאף במה שזכה כבר לזכותו שזיכו לו חז"ל יכול לומר א"א בתק"ח. ואף שיש עדיין מקום לחלק דשאני היכא דכבר גילה בדעתו דרוצה בהזכות שזיכו לו חז"ל מ"מ זה החילוק אינו מוכרח כ"כ ע"כ שפיר י"ל בשיטת רש"י כמו שכתבתי. וכן לפי מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף א' בשם הישׁ"ש דחד מ"ד יליף מניין שהפקר כו' הפקר מן כל אשר לא יבא כו' וחד מ"ד יליף מן אלה הנחלות אשר נחלו כו' וכתב דהוי נפ"מ רבתא ביניהם ע"ש. ובנ"ד אף להמ"ד דבתורת הנחלת ירושה אתינן עלי' דגם בכה"ג לא שייך איסור רבית כיון דעיקר זכיות הלוה הוא בתורת מה שמנחילין הזקנים והראשים וכמש"כ לעיל אליבא דמ"ד דבתורת הפקר כו' אתו עלה. ועוד דנ"ל דאף לר"א דיליף לי' מן אלה הנחלות כו' ס"ל ג"כ דמתחלה הפקירו ואח"ז הנחילו להזוכה משום דהא אמרו בגיטין (דף ל"ו) וביבמות (דף פ"ט) בזה"ל מניין שהפקר כו' ר"א א' מהכא אלה הנחלות כו' דמשמע דר"א קאי אדלעיל דהך הפקר כו' נלמד מן אלה הנחלות כו'. משום דבלא הפקר כו' לא שייך לומר דמנחילין כו'. דהא על דבר שיש לו בעלים לא שייך הנחלתם. ולכן מוכח מן אלה הנחלות כו' דיכולים להפקיר ואח"ז יכולים להקנותן למי שירצו אף בלא דרכי הקנין וכמש"כ בספרי שם להך מ"ד דיליף מן אלה הנחלות כו' דזהו הנפ"מ בין הנך מ"ד:

ועפ"ז יש להעיר בדברי המראה הפנים לפיאה פ"ה ה"א בירושלמי בד"ה אמר לי' ר' יוסא כו' ואכמ"ל. ועיין בספרי נחל יצחק סי' ב':

ולכן שפיר י"ל דהא דכתובות (דף פ"ג) דבנשואה כיון שזכה הבעל כבר לא שייך לומר בזה א"א בתק"ח משום דאחר שהקנו חז"ל להבעל בתורת הקנאה וכדין נחלת הראשונים הוי שלו ממש כדין מה שזוכה לאיזה ענין מדאורייתא. אכן במלוה בעיני' כיון דחזינן דלא דנו בכה"ג לדין הפקר כו' דא"כ יהיה נעקר דין איסור רבית מה"ת ע"כ שפיר יש לדון בזה אף לאחר שזכה כבר לומר א"א בתק"ח כנ"ל. וכן יש מקום לדון דכיון דמוטל על הלוה החיוב לשלם להמלוה את חובו ע"כ לא שייך בזה לומר הפקר כו' דא"כ איך

יחול החיוב עליו כיון דהוא זוכה מהפקר. והיכא דלא שייך הפקר כו' תקנו לתקנתם אף היכא דלא שייך הפקר כו' וכדמצינו להכ"מ ה' שמיטה פ"ט ה' ט"ז שכתב דלהוציא לא אמרינן הפקר כו'. ואפ"ה חזינן דתקנו כמה תקנות אף להוציא ממון. הרי דלא תליא בזה וה"ה בנ"ד. ומ"מ העיקר כמש"כ לעיל דכיון דיהיה נעקר איסור רבית מה"ת ע"כ לא עשו בזה לדין הפקר כו' משום דלפי מש"כ כעת דא"כ איך חל החיוב על הלוה כיון דזוכה מהפקר. זה יש לדחות דאכתי י"ל דבעת שמושך הלוה המעות חל אז החיוב עליו וכדאמרו בקידושין (דף מ"ז) וב"מ (דף צ"ט) דלאונסין החיוב חל עליו לכ"ע מעת המשיכה. ואחר שמושכו הפקירו וזכה אז מהפקר ע"י חצירו וכה"ג. או מן מה שהזקנים מנחילין כו' כנ"ל דלפ"ז לא בעי דין קנין כלל וכמש"כ הישׁ"ש שהובא בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ובספרי נחל יצחק סי' ב' כנ"ל. אכן לפמש"כ משום דיהיה נעקר איסור רבית מה"ת א"כ אף דנאמר דלאחר שמשכו הפקירוהו והקנו לו ג"כ לא שייך איסור רבית כיון דמקודם שהוציא המלוה היה עליהם דין הפקר ואין כאן הוצאה מרשות המלוה לרשות הלוה וכמש"כ לעיל ע"כ הדבר מוכרח כנ"ל: ואחר שנתבאר שיטת רש"י על נכון ב"ה ע"כ לדינא י"ל דאם אומר הלוה הילך על מעות בעיני' שהלוהו והם ברשות הלוה די"ל הלוה קים לי כשיטת רש"י דאין לחייבו שד"א משום דיכול לומר א"א בתק"ח ודינו כמו מעות פקדון דה"ל הילך אף דהם ברשות הנפקד. ואף דלא נראה כן מדברי הפוסקים מ"מ לפי מה שהסברתי כ"ז שפיר י"ל כן וקשה לחייבו שד"א וכדין כל ספיקא דדינא:

ענף ב:

העלה דהיכא דנתחייב במקצת משום מתוך שאי"ל משלם כגון באומר על מקצת לא ידענא וע"א מעיד על מקצת או כגון נסכא דר' אבא דאף דמשלם המקצת מצד מתוך שאינו יכול להשבע משלם מ"מ על המותר שתובעו אינו נשבע רק היסת דזה לא הוי כמו העדאת עדים דר"ח לחייבו שד"א על המותר וכמו שפסק הרמב"ם ספ"ד הל' גזלה והטור סי' שס"ד ודלא כדעת יש אומרים דהובא שם. וכן פסק המחבר לקמן סי' שס"ד סעי' ו':

ולענ"ד יש לתמוה בזה מן הא דסי' ע"ב סעיף ל' דכתב המחבר שם דהיכא דשמעון ה"ל מתוך שאינו יכול להשבע משלם על הדינר הג' מצד שומר שמסר לשומר דנתחייב מצד מתוך שאינו יכול להשבע משלם ע"כ חייב שד"א על דינר הרביעי דהוי כמו העדאת עדים דר"ח:

וכמו שפירש הש"ך שם ס"ק קכ"ט. וקשה הא כיון דפסק הש"ך הכא דהיכא דנתחייב משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם זה לא הוי כמו העדאת עדים לחייבו שבועה

על המותר. א"כ ה"ה בשומר שמסר לשומר דחייב משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם כמו שכתב המחבר להדיא. דלא ישבע על המותר שד"א רק היסת. וגם דברי המחבר סתרי אהדדי מן הא דסי' שס"ד להא דסי' ע"ב. אך לולא דברי הש"ך היה אפשר לחלק דשאני היכא דטוען הנתבע ברי כמו הא דסי' שס"ד דטוען דידי חטפי ע"כ לא הוי כמו העדאת עדים דר"ח. משא"כ בשומר שמסר לשומר דטוען איני יודע אם נאנסו או לא ע"כ הוי כמו העדאת עדים. אכן לפמש"כ הש"ך הכא דאף דטען על המקצת לא ידענא ג"כ אינו נשבע על המותר רק היסת א"כ תקשה מהא דסי' ע"ב ע"ז. ודוחק לחלק דשאני היכא דלא נתחייב משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם מצד טענתו אלא ע"י העד הבא לאחיו. משא"כ היכא דנתחייב מתוך טענתו כמו בשומר שמסר לשומר דמיד דבא לב"ד דנסתפק אם נאנסו או נגנבו דחייב משום מחויב שבועה ואין יכול לישבע משלם. דמ"ש הא עיקר החיוב הוי הכל משום מתוך כו'. וזהו צע"ג ולא ראיתי לאחד מהאחרונים שיעוררו בזה: ומחמת חומר הקושיא נלענ"ד לחלק דהא בהא דסימן ע"ב דמיירי התם באומר נאנסו ואינו פטור רק בטענת אונס משום דהא ס"ל להמחבר שם דה"ל ש"ש וכמש"כ הש"ך שם בסי' ע"ב ס"ק קכ"ז יע"ש. ומבואר בב"ב (דף ע') דנאנסו לא שכיח וכמבואר בח"מ סי' ק"ח ובשא"ד. א"כ הוי פטורו בטענה דלא שכיחא. ע"כ בזה ע"י צירוף להא דהוי מתוך שאינו יכול להשבע משלם הוי זה כמו העדאת עדים דר"ח דמבררים דמגיע הממון בבירור. וכמו בא"י אם פרעתי דכתב הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י"ג דכיון דנתחייב עי"ז בב"ד הוי זה כמו העדאת עדים דר"ח לחייבו שד"א על המותר והוי כמו אנן סהדי. ע"כ ה"ה ברוב וצירוף משאוי"מ הוי זה כמו אנן סהדי אף להרמב"ם והמחבר דסי' שס"ד. ודוקא מתוך שאינו יכול להשבע משלם דליכא רובא לסייע לי' זה לא הוי כמו העדאת עדים דר"ח. אבל כשהרוב מסייעו הוי זה דבר ברור כמו כל אנן סהדי. דהא באמת סוקלין ושורפין על סמך הרוב. אלא בממון לא מהני רובא להוציא מהמוחזק. אבל היכא דיש צירוף סברא לזה אזי הוי הרוב כמו אנן סהדי כיון דמוציאין מהמוחזק מצד איזה טעם עכ"פ משום דהרוב מברר לנו עיקר הענין ולכן הוי זה כמו העדאת עדים דר"ח. ועפ"ז יש לדון במש"כ הש"ך בסי' ע"ב על מה דנקטו התם דטוען נאנסו מיד לוי דה"ה נגנב ונאבד לשיטת הי"א דמלוה על המשכון ה"ל ש"ח. אבל לפמש"כ י"ל דדוקא נאנסו דה"ל טענה דלא שכיחא משא"כ נגנבו ונאבדו דשכיח וכמש"כ הכנה"ג והובא בתומים סי' ק"ח ס"ק ה' דכתב בשם הרבה מחברים דגניבה ואבידה שכיח ודוקא אונס לא שכיח ע"ש. ולפ"ז י"ל דבטענת נגנבו כיון דמיפטר בטענה דשכיחא ע"כ לא הוי חיובו אלא מצד מתוך שאינו יכול להשבע משלם לחודי' וזה הא לא

הוי כמו העדאת עדים דר"ח כנ"ל. אך אפשר לומר דהא כתב הש"ך בסי' קכ"א ס"ק ס"א דגניבה ואבידה לא שכיח ג"כ כדמשמע בר"פ המפקיד יעו"ש. ע"כ שפיר כתב הש"ך הכא בסי' ע"ב הנ"ל דה"ה בטענת נגנבו ואין זה סתירה לכל מש"כ: היוצא לנו מכל זה דין מחודש דאף דמתוך שאינו יכול להשבע משלם לא הוי כמו העדאת עדים דר"ח. עכ"ז היכא דרובא מסייע לי' הוי זה כמו העדאת עדים דר"ח לחייבו שד"א על השאר. וגם למדנו מהא דסי' ע"ב הנ"ל דכתב המחבר להדיא דשומר שמסר לשומר חייב משום משום אינו יכול להשבע משלם. ובסי' רצ"א ש"ך ס"ק מ"ד הביא שם שיטת הסוברים דשומר שמסר לשומר דחייב זהו משום איני יודע אם החזרתי. ושארי פוסקים ס"ל דחייב משום משום אינו יכול להשבע משלם. אבל הכא מהמחבר הנ"ל מוכח להדיא דס"ל דחיובו הוי מצד מתוך שאינו יכול להשבע משלם. ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ע"ב סעיף ל' מש"כ שם:

סע' ו' ש"ך ס"ק י"ט מלבד בחשוד כו'. וכן מוכח מן התוס' ב"ב (דף קס"ד) בד"ה גופא א' רב כו' שכתבו באה"ד ואין לומר שיכתוב בשבילו לענין אפוקי ממונא מחשוד. דלא מהימן אלא בשבועה וכמש"כ בהגהת הב"ח שם. הרי דס"ל להתוס' בפשיטות דאין מוציאין מהחשוד ע"י ע"א בלא שבועה. ועיין בנתיבות וקצרתי:

ענף ג:

בשני כתי עדים המכחישים זה את זה דאמרינן סלק עדותן וכמאן דליתנהו ואם היה חייב היסת כו' השתא נמי משתבע הך שבועה כו' עכ"ל. והתומים השיג עליו. והקצה"ח והנתיבות כתבו לפרש כוונת הש"ך דשאני שבועה דעיקרו הוא לברר הספק א"כ גם בתרי ותרי עדיין הספק במקומו וחייב לישבע שד"א או היסת עי"ש:

ג (שם סעיף א' ש"ך ס"ק ג'):

ולפענ"ד יש לדון בשבועת היסת בתרי ותרי המכחישים זא"ז. דהא עיקר הטעם דשבועת היסת אמרו בשבועות (דף מ') דעיקר הטעם הוא משום חזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו עליו. והיכא דליכא חזקה הנ"ל אין טעם להשביעו. וכמו שכתב ההפלאה באה"ע סי' פ' סעי' ט"ז טען הוא שאינה עושה והיא אומרת שאינה נמנעת מלעשותן כו'. וכתב הח"מ שם דלא תקנו שהיא תשבע היסת על טענתו כו'. וכתב ההפלאה שם ס"ק י"ח דלכן פטורה משבועה כיון דעיקר טעם שבועת היסת משום חזקה א"א תובע כו'. והכא עיקר חזקה כנגדו דחזקה אין אשה מעיזה כו' ואע"ו דגבי ב"ח נמי איכא א"א מעיז פניו בפני ב"ח. באמת מקשה הש"ס כן בשבועות ומשני משום אשתמוטי עכ"ל. אלמא דמצינו דהיכא דלא שייך הטעם דהגמ' הנ"ל לא אמרינן דישבע היסת. ועיין במהרי"ט סי' קנ"א

בח"מ שכתב דעיקר ש"ה הוא משום חזקה א"א תובע וזה אנו רואין שתובע אע"פ שא"י לא תקינו רבנן וכעין זה כתב המקנה בסי' מ"ט:
ובאמת מצינו סתירה לזה ממש"כ התוס' בב"מ (דף ו') ד"ה אלא הא דאמר ר"נ כו' דפירש רב האי גאון דמשביעין ש"ה אקרקעות אע"ג דלא שייך בהו אשתמוטי וקשה דבפ' שבועת הדיינין משמע דלא מחייב היסת אלא משום אשתמוטי. וי"ל דכיון דבאינו בעין משתמט אף כשהוא בעין לא פלוג רבנן א"נ אקושיא דר' חייא סמיך עכ"ל. אלמא דס"ל לרב האי והתוס' דאף היכא דיש חזקה דא"א מעיז א"כ איכא חזקה נגד חזקה א"א תובע. מ"מ חייב היסת משום לא פלוג ודלא כההפלאה הנ"ל ועיין בח"מ סי' צ"ה ובשא"ד דלדינא קיי"ל כתירץ א' של התוס' הנ"ל. ועיין בשבועות (דף מ') בתוס' ד"ה אשתמוטי הוא דקמשתמיט כו'. ומהא דח"מ סי' ע"ח בש"ך ס"ק ט"ו דכתב שם בחזקה דתו"ז צריך המלוה לישבע היסת לאחר הפרעון. ועיין באה"ע סי' צ"ו בב"ש ס"ק ח'. ולא אמרינן דהא נגד החזקה דאין אדם תובע כו' יש כנגדו חזקה דתו"ז. דז"א דהא החזקה דתו"ז עשה פעולתו להוציא מהמוחזק. דהא המוחזקות של הלוה דהי' מתחלה ובצירוף חזקה דאין אדם תובע כו' דהשתא מצטרפין נגד החזקה דתו"ז וע"כ חייב ש"ה. וזה הטעם שייך ג"כ בחזקה דשלש שנים. אך כ"ז הוא היכא דהיה חזקה א"א תובע כו' דאף דאמרינן לא פלוג כמש"כ התוס' בתירוץ א' דב"מ הנ"ל. זהו בסוף דינא דכיון דיש כאן חזקה דא"א תובע אף דאיכא כנגדו חזקה הסותרו מ"מ כ' התוס' בתירץ קמא הנ"ל דאמרינן לא פלוג. אבל היכא דליכא חזקה דא"א תובע כלל בוודאי לא מצינו דאמרו בזה לא פלוג דהא לא שייך בזה תחלת דינא כלל. וי"ל דמודו בזה לתירוץ הב' של התוס' בב"מ הנ"ל. וכמש"כ התוס' בשבועות (דף מ') ד"ה אשתמוטי כו' כנ"ל. ועיין מזה לעיל סי' ע"ה סעי' כ"ג בענף בית במש"כ שם. וכעין זה כתב הט"ז בסי' צ"ד סעי' ו' דכיון דעיקר ש"ה הוא משום חזקה א"א תובע ע"כ היכא די"ל אם אי' כן ה"ל קלא ואיתרע החזקה זו דפטור מש"ה:
ולפ"ז יש לדון לפי מה דמצינו בח"מ סי' מ"ו סעיף ל"ז בשטר ששנים אומרים שהוא פרוע ושנים אומרים אינו פרוע לא מגבינן בי'. כמש"כ הרשב"א והובא בש"ך שם ס"ק ק"א וכ"כ הש"ך בסי' ע"א ס"ק ב' באה"ד שם. ועיין בתומים סי' נ"ח ס"ק ה' מש"כ שם בשם הפר"ח ומה שהשיג עליו. א"כ מוכח מזה דלא מהני חזקה דמצד בירור הדבר היכא דתרי ותרי מכחישין זא"ז. והא דאמרינן בכ"מ בתרי ותרי מדאורייתא אזלינן בתר חזקה. היינו אוקי אחזקה. אבל חזקה דמצד בירור הדבר לא מהני בתרי ותרי. דהא זה לא עדיף מאילו באו עוד עדים להעיד דהא תרי כמאה וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ע"ב) ובב"ב (דף ל"א) גבי מיגו ע"ש. ושאני אוקי אחזקה משום דכן גזרה התורה בכל ספק למיזל בתר

אוקי אחזקה. וכן מצאתי בתשובת רע"א זצ"ל סי' קל"ז שכתב לדון בתרי ותרי במקום רוב דנסתפק בזה בעל שושנת העמקים. וחכם אחד רצה להוכיח לזה מהא דתרי ותרי בפרעון השטר דלא מגבינן אף דאיכא בזה חזקה דשטרא בידי מאי בעי. וכתב הרע"א לדחות זה דנהי דשטרא בידי מאי בעי אלים מרוב. מ"מ הא החזקה דשטרא בידי מאי בעי הוי כמו הוכחה דאנן סהדי והוי כמו כת עדים דאמרינן תרי כמאה. משא"כ במקום רוב י"ל דבתרי ותרי כיון דהוי ספק ניזיל בתר רוב דכך אמרה התורה דבכל ספק תיזיל בתר רוב. וה"נ בתרי ותרי כו'. וכ"כ רע"א שם בסי' קל"ו להסתפק בתרי ותרי דאיכא חזקה דאין אדם פורע תו"ז דאפשר דלא אזלינן בזה בתר חזקה משום דחזקה דמצד בירור דהוי כמו אנן סהדי א"כ הא תרי כמאה ע"ש. וכ"כ הפרמ"ג ליו"ד בפתיחה לה' שחיטה דמהני רוב בזה:

ויש להביא ראיה לזה ממש"כ הריטב"א בכתובות (דף כ' ע"א) ד"ה אלא אמר ר"נ כו' דבתרי ותרי דהתם דאמרי קטנים היו לא שייך לאוקמי אחזקה דאין עדים חותמין על השטר אלא א"כ נעשה בגדול משום דלא מהני הך חזקה היכא דאיכא עדים דמכחישין לה כו'. וכ"כ הרשב"א בכתובות (דף כ"ב ע"א) ד"ה עירעור דמאי כו'. ולא כתבו להסביר דמפני מה לא תועיל חזקה זו כמו שארי אוקי אחזקה אף בתרי ותרי. [ועיין בתוס' כתובות (דף כ') ד"ה אלא אמר רב נחמן כו']. דהא סמכינן על חזקה זו דאין עדים חותמין כו'. אף להוציא ממון כמבואר שם. אבל לפמש"כ רע"א זצ"ל דבחזקה דתו"ז כיון דהיא אלימא ע"כ לא מהני זה במקום תרי ותרי כנ"ל. א"כ ה"ה גבי הך חזקה דאין עדים חותמין כו' ולא עדיף מאלו באו עוד עדים דהא תרי כמאה. וזהו כוונת הריטב"א והרשב"א הנ"ל. וזהו סייעתא לסברת הגאון הנ"ל:

(הגה"ה:

ולכאורה יש להוכיח מהתם דאף רוב לא מהני בתרי ותרי. דהא כתבו התוס' בכתובות (דף י"ח) דאונס מחמת נפשות לא שכיח. א"כ במעידים עדים אחרים על עדי השטר דהיו אנוסים מחמת נפשות. א"כ מבעי לן לומר אוקי תרי לבהדי תרי ונסמוך על הרוב דאנוסים מחמת נפשות לא שכיח. וכמש"כ רע"א זצ"ל דרוב מהני בתרי ותרי. ויש לדחות משום דהא דרוב מהני משום דכך גזרה התורה למיזל בתר רוב במקום ספק והא לא מהני בממון דאין הולכין בממון אחר הרוב. והא דלא מהימן הלוה לומר דהיו אנוסים מחמת נפשות. בע"כ הטעם משום דאונסים מחמת נפשות לא שכיח כלל. א"כ זה הרוב הוי ג"כ מצד בירור הדבר והוי כמו אנן סהדי. א"כ הא זה לא מהני בתרי ותרי כמו בחזקה דתו"ז או חזקה דשטרא בידי מאי בעי דלא מהני בתרי ותרי כנ"ל. ומ"מ זהו

דוחק דזהו נגד הסברא וקצרתי. (ע"כ הגה"ה)): ובעיקר ראייתי מהא דכתובות הנ"ל דלא מהני חזקה דאין עדים חותמין כו' במקום תרי ותרי וכמש"כ הרשב"א והריטב"א כנ"ל. יש לחלק דשא"ה דהא באמת עדי השטר אין מעידים לפנינו כלל האיך היה המעשה. ועדים אחרים מעידים שהיו אנוסים. ואמרינן דזה הוי כתרי ותרי. וכן במעידים שהיו קטנים. משום דסתם שטר הבא לפנינו הוי כאילו מעידים לפנינו דלא היו קטנים משום חזקה דאין עדים חותמין. וכן באנוסים מחמת נפשות מחשב השטר כתרי משום סברא דאנוסים לא שכיח. דאילו מחמת חזקת כשרות של העדים לא שייך רק באנוסים מחמת ממון. א"כ לא שייך בזה לדון אוקי תרי לבהדי תרי ונסמוך על חזקה הנ"ל או על לא שכיח כלל כנ"ל. דהא עיקר מה דאמרינן דהשטר הוי כתרי המעידים לפנינו זהו הכל העיקר מחמת החזקה ולא שכיח כלל כנ"ל. א"כ כבר נסתלק החזקה והרוב גמור הנ"ל. משא"כ בחזקה דתו"ז וכה"ג במקום תרי ותרי המכחישים זא"ז בע"פ לפנינו. שפיר י"ל עדיין אוקי תרי לבהדי תרי ולא נסתלק מעולם החזקה הנ"ל. ע"כ אין זה שייכות כלל לענין הספק של רע"א זצ"ל הנ"ל. וגם י"ל דזהו כוונת הריטב"א והרשב"א הנ"ל. ועפ"ז יש לעיין הרבה בסוגיא דכתובות ובתוס' שם. וראיתי בשב שמעתתא שמעתא ו' פ' כ"ב שכתב ג"כ לדון בתרי ותרי במקום חזקה דתו"ז דלא מהני. והך חזקה הוי כמו אנן סהדי ותרי כמאה. וה"ה רובא אינו יכול להכריע בתרי ותרי משום דרוב הוא מצד ראיה שנוטה להתיר יותר מלאיסור. ודוקא חזקה דמעיקרא מהני בתרי ותרי משום דזהו מצד דאין יכול להוציאו מחזקתו קמא כו'. ובזה מתורץ קושיות הרא"ה דהקשה דבקטנים איכא חזקה דאין עדים חותמין כו' משום דחזקה דהוי מצד סברא לא מהני במקום עדים יותר מאלו באו עוד עדים דהא תרי כמאה עכ"ל הש"ש בקצרה. הרי דכתב ג"כ דחזקה דתו"ז וכה"ג וכן ברוב לא מהני בתרי ותרי. ודלא כסברת רע"א דכתב לחלק דשאני רוב. אך מש"כ לתרץ קושיות הרא"ה לפי מה שכתבתי לחלק אינו ענין זה לחזקה דתו"ז או רוב במקום תרי ותרי המכחישים לפנינו בע"פ. וגם לא הביא לדברי הרשב"א והריטב"א דכתובות הנ"ל:

ד (שם סעיף א'):

ובעיקר פלוגתת הש"ש עם רע"א בתרי ותרי במקום רוב. נלע"ד דזה תלוי במש"כ השמ"ק לב"מ (דף ו') גבי קפץ א' מן המנויים לתוכן דפטור ממעשר בהמה. והקשו בתוס' שם דנבטל ברובא. ותי' הש"מ בשם הריטב"א דהא דרוב מהני אין זה רק מצד גזה"כ אבל באמת כל רוב אינו אלא ספק רק גזה"כ הוא למיזל בתר רוב. ולפ"ז שפיר כתב רע"א זצ"ל דבתרי ותרי אזלינן בתר רוב. דהא רוב אינו מצד בירור רק משום גזה"כ. א"כ זה דומה

לחזקה דמעיקרא דאזלינן בתרי ותרי למאי דקיי"ל. אכן לפמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז ענף ד' וענף ה' דדברי הש"מ הנ"ל אינו שייך רק ברובא דאיתא קמן. אבל ברוב דליתא קמן דזהו מצד בירור לא שייך בזה סברת הש"מ הנ"ל עי"ש. על כן יש לדון דבתרי ותרי במקום רוב גם הש"מ מודה דלא סמכינן על רוב וכמש"כ הש"ש כנ"ל:

ולפי מה דנתבאר דבתרי ותרי לא מהני חזקה דתו"ז או חזקה דשטרא בידי מאי בעי דהוי מצד בירור א"כ לא עדיף מן עוד כת עדים ושאני חזקה דמעיקרא כנ"ל. א"כ לפ"ז יש לדון בתרי ותרי דלא שייך בזה שבועת היסת. כיון דעיקר השבועה הוא משום חזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו עליו. וכיון דבתרי ותרי לא מהני חזקה דמצד בירור. א"כ ה"ה לא שייך בזה חזקה אין אדם תובע הנ"ל דהא זה הוא רק מצד בירור הדבר. דהא לא שייך בזה לומר דכך גזרה התורה א"כ לא עדיף מן עוד כת עדים כנ"ל. ואף דחזקה דאין אדם תובע לא הוי חזקה אלימתא דהא להוציא ממון לא סמכינן ע"ז רק לענין שבועה בלבד. מ"מ עיקרו הוא מצד בירור לגבי זה. וכיון דחזקה לא מהני בתרי ותרי ה"ה דלא מהני הך חזקה דא"א תובע להטיל שבועה על הלוה במקום תרי ותרי. כן יש לומר לכאורה דגבי שבועת היסת הנכון עם התומים דאינו חייב ש"ה אך לא מטעמי'. ואפשר לדחוק דעיקר הסברא דחזקה א"א תובע כו' הכוונה הוא דמחמת חזקה הנ"ל. נולד לנו ספק וחשש להטיל שבועה על הלוה. א"כ זה הטעם שייך עדיין אף בתרי ותרי דהא עכ"פ מידי ספיקא לא נפקא ויש עדיין חזקה דא"א תובע להטיל שבועה על הלוה. והוי כעין רגלים לדבר דסי' ע"ה סעי' י"ז. ולפי דיש עדיין לעיין בזה הרבה ע"כ ראיתי לבאר עיקר הדבר מה שכתבו הש"ש ורע"א וצ"ל בתרי ותרי במקום חזקה דתו"ז וכה"ג:

ונלע"ד לדון בכ"ז מהא דכתובות (דף כ"ב ע"ב) שנים אומרים נתגרשה או מת ושנים אומרים לא נתגרשה ולא מת הרי זו לא תנשא ואם נשאת לא תצא. הבא עליה באשם תלוי קאי ומשני דניסת לא' מעדי' ובאומרת ברי לי'. והקשו התוס' דהא בחטאת קאי ותי' דחזקה דדייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א. ואי נימא דבתרי ותרי לא מהני שום ענין חזקה דמועיל מצד בירור הענין דזה לא עדיף מאלו באו עוד עדים להכחישן. ודוקא אוקי אחזקה הראשונה מהני בתרי ותרי שלא להוציאו מחזקה קמייתא וכמש"כ הש"ש ורע"א הנ"ל. א"כ קשה אמאי אמרינן בניסת לא' מעדי' לא תצא וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ב) ג"כ משום חזקה דדייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א. הא מבעי לן לאוקמי עדיין על חזקת א"א דהא אוקי אחזקה קמייתא סמכינן אף בתרי ותרי משום דכן גזרה התורה שלא להוציאו מחזקה הראשונה וכמש"כ בפי' המשניות להרמב"ם בנזיר (דף ס"ג) פ"ט על משנה שחזקת טמא טמא וחזקת טהור טהור כו'. משא"כ בחזקה דמהני מצד בירור

הענין כמו חזקה דתו"ז דכתבו דזה לא מהני בתרי ותרי יותר מן עוד עדים. א"כ מפני מה מועיל הך חזקה דדייקא ומינסבא במקום תרי ותרי דהא לא עדיף הך חזקה מן עוד עדים דתרי כמאה. ומפני מה יהיה מועיל כלל הך חזקה דדייקא ומינסבא להיות מרע לחזקת א"א דהא בתרי ותרי לא מהני כלל שום חזקה דמצד בירור הענין ובוודאי אין סברא לומר דדוקא חזקה דמועיל ביותר מצד דהוי חזקה אלימתא וכמו חזקה דתו"ז דמוציאין עי"ז מן המוחזק והוי בירור אלים. דזה לא מהני במקום תרי ותרי. אבל חזקה דלא הוי אלים טובא דלא הוי דינו רק כמו אוקי אחזקה וממילא מהני במקום תרי ותרי. דז"א סברא לחלק בזה כלל דמ"ש דהא ניזיל בתר טעמא שכתב דחזקה דמצד בירור אינו מועיל לברר במקום תרי ותרי. רק אוקי אחזקה שאני דכך גזרה התורה. אבל בחזקה דדייקא ומינסבא דלא שייך בזה לומר דבזה גזרה התורה. דהא לא רמיזא בתורה רק חז"ל אמרו לזה מצד בירור קצת. א"כ הא לא שייך זה במקום תרי ותרי. וע"כ מוכח דאף חזקה דמהני משום בירור ג"כ סמכינן בתרי ותרי:

וזה ההוכחה אינו רק לשיטת התוס' דב"ב (דף ל"ב) וכתובות (דף כ"ב) דכתבו להקשות דאמאי לא תצא והא בחטאת קאי כנ"ל. אבל הרשב"א יש לו שיטה אחרת בזה והוא דהרשב"א בחי' לקדושין (דף ס"ו) גבי תרי אמרי אשתבאי ותרי אמרי לא אשתבאי כו'. דהקשה הרשב"א עלה דכתובות (דף כ"ב) הנ"ל כקושיות התוס' הנ"ל דאמאי אמרו באשם תלוי קאי ובניסת לא' מעידי' לא תצא הא מבעי לן לאוקמי אחזקת א"א. ותי' הרשב"א דהיכא דאומר ברי לי נאמן ע"ע אף להכחיש את החזקה. והובא כ"ז בפני יהושע כתובות (דף כ"ב) בארוכה. ועיין בר"נ בכתובות שם. ומה דהקשו התוס' דמאי קאמר בא"ת קאי ה"ל לומר בחטאת קאי תי' הרשב"א שם בתי' אחר וכ"כ הר"נ שם. אלמא דלא ס"ל להרשב"א להכלל של התוס' דדייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א א"כ לפי דברי הרשב"א ליכא ראי' זו. דהא לדידי' אינו מוכרח לומר דהך חזקה דדייקא כו' מועיל במקום תרי ותרי. אלא הטעם הוא משום דהברי שאומרים נאמנים ע"ע אף נגד חזקת א"א ונסתר ראי' זו. ומ"מ הא כיון דלא מצינו להרשב"א דיפלוג בפירוש בזה על התוס' א"כ מנלן להרבות במחלוקת. וכן נראה מן הרמב"ם פ' י"ב הל' גירושין שכתב דלכן בתרי אמרי נתגרשה ותרי אמרי לא נתגרשה אם ניסת לא' מעידי' לא תצא משום דחזקה היא שאין מקלקלין את עצמן כו'. והובא באה"ע סי' קנ"ב סעיף ג' ובב"ש שם ס"ק ה'. אלמא להדיא דהרמב"ם ס"ל ג"כ דאף בתרי ותרי סמכינן על חזקה המבררת. ודלא כדברי רע"א והש"ש. וראיתי בתשובת הרא"ש כלל נ"ב סי' ג' ד' שכתב דבתרי ותרי

סמכינן על רוב והובא באה"ע סי' קנ"ו סעי' ה'. ועיין ביאור הגר"א שם ס"ק כ"א. והרא"ש כתב שם כן בתורת כש"כ מן חזקה הרי להדיא דלא כהש"ש:

וכן מוכח מהא דכתובות (דף כ"ב) שם דקאמרי ראה ר' יוחנן דבריו של ר' מנחם ב"ר יוסי בגירושין ולא ראה במיתה מאי טעמא מיתה אינה יכולה מכחישתו גירושין יכולה מכחישתו ומי חציפא כולי האי והא א' ר"ה חזקה אין אשה מעיזה כו'. הני מילי היכא דליכא דמסייע לה כו'. אלמא דהש"ס ס"ל דגם בתרי ותרי נאמנת מצד חזקה דאין אשה מעיזה ופריך כן כנ"ל. והוכרחו לתרץ דשאני היכא דמסייע לה. והא החזקה דאין אשה מעיזה הוי חזקה אלימתא. והא דיש להקשות התם דהא שלא בפני הבעל מעיזה כמבואר בכתובות (דף כ"ג) ובסי' י"ז סעי' ב'. והתם הא מיירי שלא בפני הבעל. י"ל בזה דהא דאמרו התם דליהמנה מצד הך חזקה אין אשה מעיזה. הכוונה הוא דקאי עלה דאמרו התם דמיתה אינה יכולה מכחישתו. אבל גירושין יכולה מכחישתו וע"כ אינה נאמנת משום דאין הוכחה לדבריה. וע"ז פריך הש"ס דהא גם בגירושין יש הוכחה לדבריה דמירתתא דלמא יבא בעלה ולא תהיה יכולה להעיז כנגדו. וכמש"כ הנו"ב במ"ת סי' צ"א לפלפל בדברי הרשב"א דסי' א' רנ"ג. ולפ"ז י"ל דשאני הך חזקה דאמרו שם. ואין זה ראי' כ"כ לנ"ד דיש לחלק קצת דשאני התם דכיון דהוי שלא בפני הבעל א"כ לא הוי חזקה אלימתא כ"כ. ושאני בחזקה אלימתא דמהני מצד בירור א"כ לא עדיף מן עדים כמש"כ כנ"ל:

ועכ"ז ממה דמצינו שם בסוגיא דאמרו לחלק דשאני מיתה דאינה יכולה להכחישו ע"כ לא תצא ושאני גירושין דליכא ביה הוכחה וכן מקשה הגמ' הא גם בגירושין איכא הוכחה דלא תוכל להעיז בפניו. והא אי נימא דבתרי ותרי לא מהני שום הוכחה וחזקה דמצד בירור. א"כ האיך סמכו שם ע"ז ההוכחה דאינה יכולה מכחישתו דזהו כעין סברת דייקא ומינסבא. והא לא מהני שום בירור כלל במקום תרי ותרי משום דלא עדיף מן עוד כת עדים כנ"ל. וכן מבואר בירושלמי יבמות פ' י' הלכה ג' בזה"ל מה בין מיתה מה בין גירושין גבי הא דשנים אומרים מת כו' שנים אומרים נתגרשה כו' דר' חייא משמי' דר' יוחנן אמר הדעת מכרעת בעדי מיתה דלא תצא מאחר שאילו יבוא הוא מכחיש עכ"ל. וזהו ג"כ כמו בש"ס דילן הנ"ל. ואין לדחוק ולומר דבאמת לא מהני שום חזקה מצד בירור בתרי ותרי אך שאני התם דעפ"י סברא יש לומר דבתרי ותרי דהוי ספק השקול נאמנים על עצמם אלא מצד חזקת א"א אינם נאמנים. אך במיתה דאינה יכולה להכחישתו נסתלק החזקת א"א והוי ספק השקול דנאמנים. דזה אינו דהא כיון דמצד הוכחה לא שייך לדון בתרי ותרי דלא עדיף מן שני עדים אחרים. ואלו אוקי אחזקה מהני א"כ עדיין תקשה

כנ"ל. ואף דאנן פסקינן דגם בגירושין לא תצא אף דליכא הוכחה הנ"ל. עכ"ז הא בזה דאמרו בשם ריו"ח דשאני מיתה דאינה יכולה להכחישתו ומהני מצד בירור במקום תרי ותרי בזה לא מצינו חולק עליו:

ענף א:

ובאמת יש לדון לפי מה דמצינו בכולי ש"ס דנפילה הוי טענה גרוע משום דנפילה לא שכיח. א"כ אף היכא דאין אומרים עכשיו גירשה אלא גירשה כבר ואבדה הגט. הוי ג"כ טענה גרוע דנפילה לא שכיחא ובתרי ותרי מוקמינן על רוב המברר. אלא דיש לומר דסמכה בזה על הך תרי עדים דאמרי גירשה ע"כ לא נזהרה בשמירת הגט וע"כ לא הוי נפילה בזה טענה גרוע. וכמש"כ כה"ג הסמ"ע בריש סי' מ"ו. דלכן יכול לומר פרעתי במיגו דמזוייף דיכול לומר דסמך על המיגו שלו ולא חשש על שטרו דביד חבירו. וכה"ג כתב הרשב"ם בב"ב (דף ע' ע"א) ד"ה וליטעמיך אלו א"ל נאנסו כו' עי"ש. וזולת זה יש לומר דנפילה כל זמן דלא מצאו אחר אינו דומה להא דאמרו בכולי ש"ס דנפילה לא שכיח. משום דהתם הכוונה דלא שכיח דיאבד ממנו ואחר ימצאנו כמבואר ביבמות (דף קט"ו) ובב"ב (דף קע"ב) ברשב"ם ובתוס' שם. וכבר כתבתי במק"א לדון בהא דב"מ (דף ק"י) דמלוה נאמן לומר שטרא אירכס ליה במיגו דלקוח הוא בידי. אף דנפילה הוא טענה גרוע וכן הארכתי בהא דח"מ סי' ס"ט ש"ך ס"ק ט"ז ובריש סי' מ"ו ובאה"ע סי' קנ"ב סעיף יו"ד. ובקונטרס א' על היתר עגונה כתבתי בזה הרבה. וכן יש לדון בדברי החלקת מחוקק בסי' י"ז ס"ק מ"ב דכתב דחיישינן לאבידה ואכמ"ל:

וחזינן בסוגיא זו דהיכא דאומרים דבשעה פורתא אירכס לה הגט. זה הוי טענה גרוע משום דהוי מילתא דלא שכיח שלא להיות נזהרת בשעה פורתא. וע"כ אף בתרי ותרי סמכינן אהך סברא דהיא בחזקת א"א גמורה אף בניסת לא' מעידי'. וקשה דאף דנימא דהך סברא דבשעה פורתא מירכס גיטא זהו אינו בגדר חזקה רק בגדר רובא דלא שכיחא וכמו כל רוב. א"כ אי נימא כשיטת הש"ש הנ"ל דעל רוב לא סמכינן בתרי ותרי. א"כ קשה במאי הוי בחזקת א"א גמורה והולד הוי ממזר וודאי. הא יש לנו לומר דזה לא עדיף מן אלו באו עוד שני עדים ויעידו לסייע להנך תרי האומרים לא נתגרשה. ועכ"ז אם ניסת לא' מעידי' לא תצא משום דכיון דתרי כמאה א"כ מהני ברי שלה דלא תצא כמו בתרי ותרי. ולשי' הרשב"א משום דנאמנים על עצמן אף נגד אוקי אחזקת א"א. והן לשיטת התוס' משום דייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א כנ"ל. ע"כ מוכח מזה דלכל הפחות היכא דאיכא רובא סמכינן עלי' אף בתרי ותרי. ואין לחלק דשא"ה דהוי לחומרא. דהא כיון דבספק השקול סמכינן על ברי שלהם א"כ אמאי החמירו בזה. ואין לומר דזהו חומרא

מדרבנן. דהא הרמב"ם כתב דהוי בחזקת א"א גמורה והוולד וודאי ממזר. אלמא דזהו מה"ת מצד הדין דהיא א"א גמורה משום הך סברא דבשעה פורתא נזהרת לשמור את הגט. אלמא דאף בתרי ותרי היכא דאיכא רוב סמכינן עלי' וכמש"כ רע"א זצ"ל דעל רוב סמכינן בתרי ותרי ואף דעל חזקה לא מצי להוכיח מזה. די"ל דהך סברא דבשעה פורתא כו' אין זה בגדר חזקה רק בגדר רוב דהוי מילתא דלא שכיח. אבל על רוב שפיר מוכח מזה אף בתרי ותרי. א"כ אף לשי' הרשב"א הנ"ל דאין להוכיח מהא דלעיל שם דבתרי ותרי לא תצא. דמהני חזקה בתרי ותרי וכמש"כ לעיל. עכ"ז הא מהא דעכשיו גירשה לא מהימנא בתרי ותרי ותצא והוולד ממזר כנ"ל. מוכח מזה אף לשיטת הרשב"א דרוב מהני בתרי ותרי. וכש"כ לשיטת התוס' דשם דכתבו דלכן לא תצא בתרי ותרי משום דדייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א כנ"ל. וודאי מוכח דאף חזקה המבררת מהני בתרי ותרי דאל"כ הא לא עדיף הך סברא דדייקא ומינסבא יותר מן עוד כת עדים דהיו מעידים דנתגרשה דעכ"ז מבעי לן לומר דתצא משום אוקי אחזקת א"א דהא תרי כמאה וכנ"ל. וע"כ מוכח מזה דאף חזקה המבררת מצד הסברא מהני בתרי ותרי:

ובעיקר הראיה שכתבתי לעיל לדון דמוכח מהא דתרי ותרי המכחישין אהדדי אם הוא פרוע או לא דלא מגבינן מהלוה אף דאיכא חזקה דשטרא בידי מאי בעי וכמש"כ רע"א זצ"ל כנ"ל. נלע"ד די"ל דאינו ראיה מזה לתרי ותרי במקום חזקה דתוך זמנו. משום דבהך חזקה דשטרא בידי מאי בעי י"ל דדומה להא דשנים אומרים נתגרשה וב' מכחישים אותה דנשאת לא תצא. ולא אמרינן דהא איכא רוב דמכחיש אותה במה דאומרת דנפל ממנה הגט דזהו טענה גרוע משום דנפילה לא שכיח. ומבואר ביבמות (דף קט"ו) וב"ב (דף קע"א) דנפילה לא שכיח משום דמיזהר זהיר ביה. ורע"א הנ"ל כתב שם בעצמו דרוב מהני במקום תרי ותרי. וע"כ מוכח כעין הסברא שכתבתי די"ל דבזה לא שייך לומר דמיזהר זהיר ביה משום דיכולה לומר דסמכה על העדים דאומרים נתגרשה דהא מספקא לן דלמא האמת עמהם. וכת הב' המה משקרים ע"כ לא שייך בזה לומר דמיזהר זהיר ביה וכמש"כ הסמ"ע כעין זה בריש סי' מ"ו גבי פרעתי במיגו דמזוייף דיכול לומר דסמך והניח שטרו ביד חבירו לפי דסומך על המיגו שלו. וכמש"כ הרשב"ם בב"ב (דף ע' ע"א) ד"ה וליטעמיך אלו אמר לו נאנסו כו' ונפקד נמי לא הוי חייש לשטרא משום דה"מ למיפטר נפשיה בטענת אונס כו' וכמש"כ לעיל. ועיין מזה באו"ת סי' פ"ז סעי' ו' ובנתיבות שם ס"ק ז' ובנתיבות בכללי מיגו ס"ק י"ד ובסי' רצ"ו ס"ק א'. וה"ה די"ל כן בהך חזקה דשטרא בידי מאי בעי. וי"ל דלכן לא חשש להשטר דביד חבירו משום דסמך על העדים האומרים דבפניהם פרע הלוה להמלוה. א"כ לפי דברי העדים המעידים דפרוע

הוא השטר א"כ לדבריהם לא שייך כלל חזקה דשטרא בידי מאי בעי. דהא לא ידע דיבואו עדים להכחישם בשקר לפי דבריו האומר דהשקר עמהם. אבל בחזקה דתוך זמנו או ברוב דאף לפי דברי העדים המסייעים לו שייך הך חזקה או הרוב ג"כ. שפיר מוכח מכל הסוגיא דכתובות (דף כ"ב) הנ"ל. דאף בתרי ותרי מהני אף חזקה מצד הבירור או הרוב. וע"כ בתרי ותרי בחזקה דתו"ז הדעת נוטה דמגבינן מהלוה. ועיין ביו"ד סי' א' באם שני עדים מכחישים אהדדי אם נשחט כהוגן או לא דכתב המהרי"ק שם דיש לומר אוקי עד לגבי עד ואוקי על רוב המצויין אצל שחיטה מומחין הם. אך אין זה דומה לנ"ד ועיין בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ז' ד"ה ולפ"ז יש לדון בהא דיו"ד סי' ל"ט סעי' ט"ז כו' וקצרתי:

נחזור לענינינו דלפי דעת רעק"א והש"ש הנ"ל דס"ל דבתרי ותרי לא מהני חזקה המבררת מצד הסברא. א"כ יש לדון בתרי ותרי המכחישים אהדדי דיהיה פטור מש"ה. דכיון דעיקר הטעם דהשבועה הוי מצד חזקה א"א תובע כו' ומוכח בשבועות (דף מ"א) מצד דחזקה זו הוי כעין בירור לטענת התובע. דאי נימא דהך חזקה עושה זה התביעה דיהיה ספק אצלינו. דא"כ מאי מקשה הגמ' שם הא לגבי הנתבע איכא חזקה א"א מעיז פניו. הא י"ל דכיון דהך חזקה דא"א תובע מכחיש את החזקה דא"א מעיז פניו. א"כ ממילא נולד ספק אצלינו כיון דהחזקות סתרי אהדדי. א"כ ה"ל כמו דרא דממונא הנולד לנו להסתפק ולהטיל שבועה על הלוה. משום דבלא הך חזקה דא"א תובע לא הוי שום ספק לנו. ומדמקשה הגמ' כן בפשיטות מוכח דס"ל להש"ס דהך חזקה דא"א תובע דהטילו משום זה שבועה על הלוה הוי זה כעין בירור דהנכון עם טענת התובע. ולכן בתרי ותרי כיון דלא מהני בזה חזקה מצד בירור כדברי הגאונים הנ"ל ע"כ הדעת נוטה דבתרי ותרי לא מהני חזקה דא"א תובע ויהיה פטור מש"ה ודלא כהש"ך. ואי מצד רגלים לדבר הא לא יהא עדיפא מהוכחה גמורה:

אכן לפי מה דנתבאר דלא כדבריהם אלא דאף בתרי ותרי מהני ג"כ מצד החזקה שמצד בירור וכנ"ל. ע"כ אף בתרי ותרי חייב ש"ה וכהש"ך משום דגם בזה מהני החזקה דא"א תובע. וכמו כן נתבאר דבתרי ותרי מהני חזקה דתו"ז ולהוציא ממון מהמוחזק וכה"ג:

וכן מוכח בהא דשבועות (דף מ"א) דקאמרי בגמ' שם מאי איכא בין שד"א לדרבנן. ואי נימא דבתרי ותרי פטור מן ש"ה ושאני שד"א א"כ ה"מ הגמ' לומר נפ"מ אם איכא תרי ותרי וע"כ מוכח כמש"כ הש"ך דגם בש"ה הדין הוא דחייב במקום תרי ותרי. וכעין זה הוכיח המרדכי בב"מ פ"ק סי' רכ"ט דבטענת גזלתני חייב ש"ה דאל"כ הא ה"מ הגמ' בשבועות הנ"ל לומר האי נפ"מ ע"ש. ועיין בש"ך סי' זה ס"ק ל"ח וקצרתי:

ובעיקר דברי הש"ך דכתב בתרי ותרי דסלק עדותן וחייב שד"א או ש"ה יש להעיר מהא דכתובות (דף כ"ב) דשנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה דלא תנשא לכתחלה אף באומרת ברי ולאחד מעדי' והריטב"א שם כתב דלכתחלה אסורה להנשא אף בלא דרב אסי דשם וכ"כ השמ"ק שם. א"כ ה"ה במקום ספיקא דתרי ותרי אם נשבע בשקר או באמת הדין נותן דהב"ד לא יניחו אותו לישבע לכתחלה. אכן בספרי נחל יצחק סי' מ"ו סעיף ל"ז כתבתי הרבה חילוקים מה דיש לחלק בין הך דכתובות להך נידון של הש"ך ע"ש:

וראיתי בפתיחה לה' שחיטה בפרמ"ג שורש ד' בד"ה משכחת פתרי כו' שכתב דהא דתרי ותרי דלא תנשא לכתחלה זהו משום לזות שפתים ומשום חזקת א"א כו' ע"ש. ונעלם ממנו דברי הריטב"א והשמ"ק הנ"ל דכתבו דמן הדין הוא דאסורה להנשא אף בלא הא דרב אסי. וכן במש"כ דמשום חזקת איסור דא"א הוא תמהני עליו דהא גם בשנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה הדין הוא דלא תנשא כמבואר שם ובאה"ע סי' מ"ז ולכן העיקר כמש"כ בספרי שם וע"פ מש"כ שם יש לדון בהך דינא של הפרמ"ג שם:

ענף ב:

מי שחייב שבועה מדרבנן וקדם ותפס ולא רצה לישבע לא מפקינן מיניה. וכתב הסמ"ע שם ס"ק כ"ב והש"ך שם ס"ק כ"ד בשם הר"ן פ' הכותב דדוקא תפס מעות אין מוציאין. אבל תפס מטלטלין לא מהני תפיסתו. וכן כתב המחבר באה"ע סי' צ"ו סעיף י"א. והבית מאיר שם הקשה על הר"ן דכתב דמטלטלי דגופייהו לא מקני ליה מפקינן מיניה. דהא מבואר בח"מ סי' ק"ח סעיף י"א ואה"ע ריש סי' צ"ו דאם קדמו היורשים ותפסו אף מטלטלי אין מוציאים מידם ויכולים לומר קים לי דאדם מורישׁ שבועה לבניו. אלמא דאף במטלטלי מהני תפיסה. וכן הוא שיטת הר"ן שם. ובלא"ה צ"ע מאיזה טעם מחלקים בין מטלטלי למעות. וביותר יש להקשות מכל ספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא דמהני תפיסה אף במטלטלי עבור חוב דנימא ג"כ כיון דגופייהו לא מקני להו ע"כ לא יהיה כדין מוחזק. ובאמת הא מבואר בכללי תפיסה של הש"ך והאו"ת שהשיגו על הישׁ"ש והמהרי"ט דמחלקי בזה:

ענף ג:

ונלענ"ד לתרץ זה ע"פ המבואר במל"מ ה' זכי' ומתנה פ"ט הל' י' על מש"כ הרמב"ם שם דשכ"מ שציוה ליתן מתנה במקום דאסור מדרבנן ליתן מתנה אין שומעין לו. משום דבמקום איסורא לא תקנו רבנן. וכ"כ הר"ן בתשובה גבי תקנת פעוטות דתקנו רבנן דמכרו קיים דבמקום איסורא דרבנן לא תקנו זה. והובא בסי' רל"ה סעיף א' ברמ"א שם.

וידוע דמי שתופס חפץ למשכון עבור חובו אינו יכול לגבות ממנו בלא ב"ד. ובעי ב"ד מומחין כמו שהעלה הש"ך בסי' ע"ג ס"ק מ' משום דאמרינן מאן שם לך. והא דאלמנה סגי ב"ד הדיוטות זהו משום חינא ואינו אלא מדרבנן. אבל מה"ת דקיי"ל עירוב פרשיות כתוב כאן ושנים שדנו אין דיניהם דין. א"כ בעינן מה"ת ב"ד סמוכים להודאות והלוואות. וה"ה למה דצריכים ב"ד לגובייא והחלטה דמ"ש. רק מדרבנן מפני שלא תנעול דלת בפני לווין ותקנת השוק כמש"כ התוס' בריש סנהדרין. לכן סגי ב"ד דאינם סמוכין כמבואר בח"מ סי' ג' דשליחותייהו עבדינן. וידוע מש"כ הרשב"א והרמב"ן דזה אינו רק מדרבנן כמש"כ לעיל בחידושיי סי' א'. וכיון דמצינו דבמקום איסורא לא תקנו רבנן לתקנתא דידהו אף היכא דעיקר האיסור אינו אלא מדרבנן. כמש"כ הר"נ בתשובה סי' מ"ד גבי מזונות הבת דאינו אלא מדרבנן דאם עברו הבנים ומכרו בהגיעו לעונת הפעוטות דלא תקנו בזה לתקנתם. וכיון דהדין הוא דמי שמחוייב לישבע שבועה דרבנן ותפס ואינו רוצה לישבע דאף דלא מפקינן מיניה מכ"מ מקרי גזלן דרבנן. כמבואר בשבועות (דף מ"א ע"א). וכיון דזה מקרי מילתא דאיסורא. לכן לא תקנו רבנן להזדקק ב"ד דאינם סמוכין להגבות המשכון לו כיון דכל כחם אינו אלא מדרבנן. וכיון דלא נתנו להם רשות בזה ע"כ אין דינם כב"ד לענין זה. ובלא גובייא דב"ד אמרינן מאן שם לך. וכבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' לתרץ קושיות האו"ת דהקשה לשיטת הרמב"ן דס"ל בהא דמצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם אף ממטלטלי דאם ירצו ב"ד כופין רק אינן מחוייבים להזדקק. והקשה דא"כ אמאי בתפס מטלטלי דיתמי לאח"מ מפקינן מיניה. ותירצתי דכיון דהב"ד אינם מזדקקין להגבות מחמת שיותר טוב להיות שב ואל תעשה במצות עשה דמתן שכרה בצידה. וכיון דב"ד אינם מגבין לו להחפץ ע"כ מחוייב להחזיר החפץ משום איסור גזל עי"ש:

ולפ"ז היה במי שתפס ואינו רוצה לישבע כיון דאינם מזדקקין הב"ד להגבות ע"כ ממילא מחוייב להחזיר משום איסור גזל. [ועפ"ז יש לדון הרבה בשיטת הרמ"ה סוף פ"ק דב"ק בראש"ש שם דס"ל דהא דבקנס אי תפס לא מפקינן אין זה אלא מדרבנן. וקצרתי בזה]. והא דמבואר בסי' ע"ב סעיף י"ז בש"ך ס"ק ע"א שכתב דאם אינו רוצה לגבות מגוף המשכון רק להחזיקו אצלו יכול לתפוס המשכון היינו משום דהא 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 בשומא עד שיפרע לו החוב. משא"כ היכא שמסרב ואינו רוצה לישבע א"כ הא לא מצי בשום אופן לגבות בלא שבועה ולא יבא לידי גובייא לעולם

בל"ש. והא דמבואר בסי' ק"ד דתפס שטרות לא הוי כתפס ממון. י"ל דמ"מ מה שיהיה נישום שוויי' של הנייר. מה שיכול לתפוס בידו כדי לכוף להלוה שלו כמבואר סי' ס"ד הנ"ל. בזה הוי כתפס ממון. רק על מותר שוויי' מסך זו זה לא הוי כתפס ממון:
א"כ מתורץ קושיות הבית מאיר מה דהקשה מהא דקיי"ל בסי' ק"ח וכן בכללי תפיסה של הש"ך בתקפו כהן ס"ק קי"ב ובתומים שם ס"ק הנ"ל שהשיגו על הרש"ל והמהרי"ט דס"ל דלא מהני תפיסה בספק פלוגתא דרבוותא כ"א בטוען על גוף הדבר דהוא שלו משא"כ בתופס עבור חוב. אלא פסקו לדינא דבכל גווני מועיל תפיסה. א"כ קשה על סברת הר"ן בשם הרמב"ן שכתבו דבתפס מטלטלי ואינו רוצה לישבע מפקינן מיניה משום דלא מקרי מוחזק. וכן מבואר בסי' מ"ב סעיף ח' וסי' מ"ו סעיף ל"ז ש"ך ס"ק ק"א בשם הראשונים דתפס מטלטלין לא מפקינן. אכן לפמש"כ אתי שפיר משום די"ל דכל ספיקא דדינא שאני כיון דהוא מוחזק ותפוס. שפיר מזדקקין הב"ד להגבותו גוף החפץ. משא"כ בתפס ואינו רוצה לישבע דכיון דהוי מילתא דאיסורא דהוי גזל דרבנן כנ"ל. א"כ לא שייך בזה לתקנה דעבדינן שליחותייהו דיזדקקו ב"ד דאינם סמוכים דבזה לא נתנו להם רשות להחליט החפץ. וכיון דב"ד הדיוטות דזה"ז אינם יכולים להזדקק להגבות גוף החפץ וכן על נתינת רשות למכור החפץ ע"כ ממילא צריך להחזיר גוף החפץ כשאינו רוצה לישבע:
וזה שכתב הר"נ והח"מ והב"ש סי' צ"ו ס"ק כ"ה וז"ל 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 (דף פ"ח) שכ' ג"כ בזה"ל דבתפס מטלטלי כיון דגופייהו לא מקנינן לה ע"כ מפקינן מינה. דמדוקדק שפיר בלשונם למש"כ. דהא לא כתבו כיון דגופייהו אינו קנוי לה. אלא בלשון מקנינן כנ"ל. אלמא דכוונתם הוא כנ"ל דכיון דהב"ד לא יזדקקו להקנותו ממילא יצטרך להחזיר משום דהוי מילתא דאיסורא לגבות החפץ בל"ש. ע"כ ממילא מחוייב להחזיר החפץ כיון דאינו בידו לגבות מהחפץ בל"ש בשום אופן לאחר דתקנו חז"ל שישבע ע"כ מפקינן מיני'. אבל בתפס מעות דאין צריך ב"ד לזה כמבואר בח"מ סי' ע"ב סעי' י"ז בשם הטור ובעה"ת. וכ"כ הר"נ פ' אלמנה ניזונית דבתפס מטלטלי דיתמי מפקינן אבל בתפס מעות דא"צ שומא ולא שייך בי' למימר מאן שם לך מהני תפיסה דהוי כפרוע. וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב'. וכן כתב הר"נ בשבת בר"פ השואל גבי הלוואת יו"ט ניתנה ליתבע כו' דמחלק בין תפס מעות למטלטלין. וכן כתב הש"ך סי' ק"י ס"ק ה' דבתפס מעות לא דיינינן בי' אין נזקקין ליתומים קטנים משום

דהוי כנפרע כבר עיי"ש. ע"כ ה"ה בתפס מעות ואינו רוצה לישבע לא מפקינן מיני' דהא א"צ בזה לגובייא דב"ד ומתורץ קושיות הבית מאיר הנ"ל:

ענף ד:

והקצה"ח סי' פ"ז ס"ק י"ג הקשה על הר"נ דמחלק בין תפס מעות כנ"ל. דלפ"ז תקשה קושיות הפני יהושע שהקשה על הרי"ף שכתב על מימרא דר"פ דאי פיקח מייתי לידי שד"א דנפ"מ אי תפס. דא"כ ל"ל כל הטורח לפרוע לה כתובתה באפי סהדי. תיפוק לי' כיון דכבר תפסה המטלטלי הרי יכול לתובעה ע"פ העד שתחזיר המטלטלי או הפרעון הראשון דתו אינו שבועת נוטלין אלא נשבעין ולא משלמין והניח בצ"ע. והקצה"ח תירץ זה דכיון דאינו תופס המטלטלי אלא למשכון הוי עדיין שעבוד קרקעות דלא פקע שעבודו ע"י המשכון ואין בזה שד"א:

ומוכיח מזה הקצה"ח דמוכח משיטת הרי"ף דאף במטלטלין מועיל תפיסה דאי נימא כשיטת הר"נ בשם הרמב"ן דדוקא במעות מהני תפיסה משום דהוי כפרוע א"כ היה נתבטל ע"י הפרעון השעבוד קרקעות ותקשה לפ"ז קושיות הפני יהושע הנ"ל עיין שם בקצה"ח. אכן לפמש"כ אתי שפיר דהא מבואר במל"מ פ"ט ה' זכיי' דהוכיח מב"ב (דף קל"ז) דהיכא דמצי לעשות האיסור ע"י מעשה דמועיל מה"ת אז מועיל מעשה דידי' אף היכא דלא הוי ממש במעשה שלו רק ע"י תקנתא דרבנן. אלא היכא דאינו יכול להוציא לאורה מחשבתו לעשות האיסור כ"א ע"י תקנתא דרבנן. בזה כתב הר"נ בתשובה לדון דבמקום איסור לא תקנו רבנן עי"ש. ולכן בזמן הגמ' דהיה אז ב"ד סמוכים דמצו לדון מה"ת. ואז הדין נותן דאם תפס מטלטלי ואינו רוצה לישבע לא מפקינן מיני' כמו כל גזל דרבנן. דהא לא שייך בזה לדון להכלל של הר"נ הנ"ל דבמקום איסורא לא תקינו רבנן. דהא הב"ד מחוייבין להזדקק ולהגבותו מה"ת ובדאורייתא לא שייך לומר כן. ע"כ אף היכא דאינו הולך לב"ד סמוכים רק לב"ד הדיוטות. שפיר יכולים להגבותו משום דהא יכול לפעול פעולתו לעבור על האיסור לילך לב"ד סמוכים שיגבוהו החפץ. ואף דיש לדון בזה לפי המבואר בשבת (דף מ"ו) דדוקא ב"ד הדיוטות מקרי בידו משא"כ היכא דבעי מומחה מכש"כ ג' מומחין. ועיין מזה בירושלמי כתובות פ"א ה"ט במראה הפנים ד"ה נאמנת מזה. אך כבר כתבתי בספרי ח' או"ח סי' ב' ענף בית בסתירת הש"ס מהא דשבת הנ"ל להא דקדושין (דף ס"ב). וכתבתי שם שני תירוצים. ולתירץ הב' דשם א"ש משום דשאני היכא דמצווים הב"ד על מצות עשה דבצדק תשפוט. ובמק"א כתבתי מה דיש להעיר בזה מן התוס' סוטה (דף כ"ה) ד"ה לאו כגבוי דמי כו' ואכמ"ל. אך אף לפמש"כ התוס' בסוטה הנ"ל דאף היכא דמצווים הב"ד כנ"ל מ"מ אמרינן דהוי לאו בידו

משום מי יימר דמזדקקי לי' כו'. עכ"ז בנ"ד הא לא בעינן דיהיה בידו רק כיון דמשכחת לי' באיזה אופן עכ"פ כו'. דאל"כ לא יהיה מהני שום תפיסה למטלטלין על איזה חוב לפי ה"ט דנתבאר. דהא כל ב"ד לא הוי בידו לפמש"כ התוס' בסוטה הנ"ל:

לכן הוא הדין בנ"ד דכיון דהב"ד סמוכין יכולים וגם מחוייבין להזדקק ולהגבותו להמטלטלין שתפס אף דאינו רוצה לישבע. ע"כ לא מקרי גזל בידו כ"ז דלא הגבהו לו החפץ כמש"כ לעיל דהא עכ"פ מצי להיות גובייא בידו כשילך לב"ד סמוכין. ולכן בזמן הש"ס דהיה אז ב"ד סמוכים היה הדין אז דלא מפקינן מיני' המטלטלי אף דאינו רוצה לישבע. ולכן אף לפי מה שכתבתי בספרי שם ע"פ הא דקידושין (דף ס"ב) דאין זה בידו כ"כ משום מי יימר דמזדקקי לי'. מ"מ שפיר כתבתי דכיון דמצי עכ"פ שיוחלט לו החפץ ע"י ב"ד סמוכים ובזה לא בעינן דיהיה בידו כנ"ל. וע"כ לא שייך בזה לדון הך כלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן עפ"י דברי המל"מ הנ"ל. ולפ"ז מתורץ קושיות הקצה"ח דהקשה דכיון דמיירי להר"ן בתפס מעות א"כ אף היכא דלא פרע שנית באפי סהדי היה מחוייב שד"א דהא אין בזה שעבוד קרקעות כיון דהוי כנפרע כבר. דז"א די"ל דמיירי הכל בתפס מטלטלין. רק הרי"ף בא לפרש לכוונת הגמ' דאמרו אי פקח מייתי לידי שד"א דנפ"מ אי תפס. וי"ל דזה מיירי בתפס מטלטלי ואין בזה שד"א כיון דעדיין לא גבה החפץ א"כ לא פקע השעבוד קרקע שלו. ומ"מ לא מפקינן מיניה כיון דראוי לו החפץ אם יגבה מזה ע"פ ב"ד סמוכין. ע"כ אף כ"ז שלא הגבוהו הב"ד ג"כ לא מפקינן מיניה כמש"כ לעיל בשם הש"ך סי' ע"ב ס"ק ע"א כנ"ל ואתי שפיר:

אכן בעיקר מש"כ לדמות זה בספרי באר יצחק שם להך דסי' ק"ז הנ"ל. דכיון דאין ב"ד מזדקקין להגבותו ממילא מחוייב להחזיר משום איסור גזל. יש לחלק ביניהם דשאני במטלטלי דיתמי לאח"מ דאין לו שום זכות כלל כ"ז דלא הוחלט לו החפץ. משא"כ בתפס מטלטלין מן הבע"ח בעצמו. דהא קיי"ל דקונה משכון כר' יצחק לכן שפיר י"ל דאף דבזה"ז הב"ד לא יזדקקו להחליטו משום דבמקום איסורא לא תקנו רבנן. עכ"ז אין זה גזל בידו משום דהא קני משכון ושאני התם בתפס מיתמי דלא שייך בזה לומר דקני משכון. אך גם זה א"ש דהא מבואר בש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' דדוקא היכא דמשכנו ברשות ב"ד קני משכון. וכן העלה שם הנתיבות ס"ק ו' דהיכא דמשכנו המלוה שלא ברשות ב"ד היינו היכא דאין רשות להב"ד למשכנו אז אם משכנו בזרוע לא קני משכון. ולכן כיון דעפ"י דין חייב לישבע עפ"י תקחז"ל. א"כ כשאינו רוצה לישבע מקרי זה משכנו שלא ברשות ב"ד ולא שייך בזה לומר דקני משכון. ואף דסברת הנתיבות במש"כ הטעם בזה לא שייך כ"כ בנ"ד ע"ש. מ"מ הא גם בלא סברת הנתיבות הנ"ל ג"כ י"ל כיון דעכ"פ אין

רשות להב"ד למשכנו יהיה מאיזה טעם שיהיה. ע"כ י"ל דבכה"ג לא קני משכון. דהא בלא"ה שיטת המל"מ פ' י' ה' שכירות דבלא ב"ד לא קני משכון. ע"כ בכה"ג י"ל דכו"ע מודו להמל"מ בזה. ולכן שפיר כתבתי לדמות זה להך דסי' ק"ז הנ"ל:

אך לפ"ז י"ל בקצרה ליישב קושיות הבית מאיר הנ"ל. והוא די"ל דהא דקיי"ל דמהני תפיסה בספק עבור חוב ג"כ ודלא כהיש"ש והמהרי"ט. משום דזהו עפ"י סברת הרשב"א המובא בסי' ע"ב ש"ך ס"ק ק"ט דכיון דקני משכון מקרי התופסו למוחזק כמש"כ במק"א. א"כ י"ל דדוקא בספיקא דדינא דמותר למשכנו כמש"כ התקפו כהן דאף בחוב הלואה כיון דאיכא פסידא ע"כ אין בו איסור דמשכנו שלא ברשות. והובא בקונטרס הספיקות של אחי הקצה"ח כלל ט'. ועיין בתקפו כהן של הש"ך ס"ק קי"א בסופו שכתב בפירוש דאף במקום ספיקא מותר לכתחלה לתפוס היכא דמהני תפיסה. והקצה"ח בסי' ד' כתב לדון בזה עי"ש. ואנכי לעצמי אמרתי להוכיח זה מהא דאמר אביי בב"מ (דף ו') שמא מלוה ישנה כו'. וקשה דנימא עדיין מיגו דחשיד אממונא דהא אסור למשכנו שלא ברשות. ומבואר בסי' שנ"ט בשם כמה פוסקים דס"ל דנפסל משום זה לעדות. וכן מבואר בסי' צ'. א"כ תקשה עדיין דנימא מיגו דחשיד אממונא משום לאו דלא תבוא לביתו לעבוט עבוטו לשיטת הסוברים דנפסל היכא דמשכנו שלא ברשות. רק לשיטת התוס' בב"מ (דף קי"ג) ד"ה אימא כו' דניתוח בשוק אינו אסור רק מדרבנן ניחא דהא פסולי דרבנן צריך הכרזה. ועיין בש"ך סי' ל"ד ס"ק כ"ג. אבל לשיטת הרמב"ם המובא בח"מ סי' צ"ז בסמ"ע ס"ק ז' ובתומים שם ס"ק ב' דאף ניתוח בחוץ עבר מה"ת על לאו דלא תבוא אל ביתו היינו רשותו א"כ תקשה כנ"ל. אכן אי נימא דבמקום פסידא יכול לתפוס משום עביד דינא לנפשי' ועיין בסי' ד'. אינו קשה. וכיון דאם לא יתפוס לא יהיה נאמן רק ע"י תפיסתו יהיה מהימן ע"כ מותר לו לתפוס משום מלוה ישנה ואינו פסול לשבועה ואכמ"ל: ולכן בספק בשטר או בספק פלוגתא באיזה חוב מותר לו לתפוס דעביד דינא לנפשי'. א"כ ממילא קני משכון דהוי כאלו משכנו ברשות ב"ד ולכן מועיל תפיסתו. משא"כ הכא דתפס ועבר על גזל דרבנן כמו בנ"ד כשאינו רוצה לישבע א"כ זה מקרי משכנו שלא ברשות ב"ד דהא הב"ד אינם יכולים למשכנו בלא שבועתו וע"כ לא קני משכון. ואף דמבואר בסי' צ"ז סעי' ט"ז דאף במשכנו בזרוע אמרינן דקני משכון אף דאסור למשכן בזרוע מ"מ זה אינו רק היכא דהב"ד היה יכולים למשכנו. משא"כ היכא דהב"ד לא היו יכולים למשכנו כמו בנ"ד אז לא קני משכון וממילא אין דינו כמוחזק ומפקינן מיני' ולפ"ז מתורץ בפשיטות קושיות הבית מאיר משום די"ל דהיכא דלא קני משכון. בזה אף החולקים על היש"ש והמהרי"ט מודים דלא מקרי התופס למוחזק ע"כ

מוציאין ממנו כשאינו רוצה לישבע. משא"כ בספיקא דדינא אף דהב"ד לא היו יכולים למשכנו מ"מ כיון דלא עבד איסורא כמו שנתבאר ע"כ קני משכון ומהני תפיסתו. ודייניין בזה עביד דינא לנפשיה:

אך היותר נכון כפי שכתבתי בתחלה לתרץ זה ע"פ הכלל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן. ואף שכתב הנתיבות בסי' רל"ה ס"ק ב' לחלק דדוקא במכירת קטן דהוא משום כדי חייו בזה כתב הר"נ בתשובה סי' מ"ד לדון דבמקום איסורא לא תקנו רבנן ע"ש. עכ"ז מן דברי המל"מ והשעה"מ פ"ט ה' זכיי' מוכח דלא ס"ל להחילוק של הנתיבות אלא בכל מקום דהוי תקנת חז"ל דיינינן להך כללא דבמקום איסורא לא תקנו רבנן. ולכן שפיר כתבתי דכיון דתקנו חז"ל שישבע ואינו רוצה לישבע דהוי מקום איסורא דלא תקנו רבנן לתקנתם. והא דאה"ע סי' צ"ו סעיף ה' אינו ענין לזה דהתם הא מיירי עכ"פ בנשבעה לבסוף אבל היכא דאינו רוצה לישבע כלל שפיר י"ל כמש"כ. ואף דהב"ד לא עבדי איסורא עכ"ז כיון דע"י גבייתם יתעביד איסור דרבנן עכ"פ ע"י מעשיהם ע"כ גם בזה שייך ה"ט ואין לחלק כלל. ועוד דהא איהו הזוכה ואיהו הא קעבר על איסור דרבנן כמו שנתבאר. וכעת ראיתי בספר שער משפט בס"ק ט' שתמה ג"כ על הר"נ הנ"ל וסתר זה. אכן לפי מש"כ מתורץ קושייתו ג"כ. ולכן לדינא העיקר כדברי הסמ"ע והש"ך בשם הר"נ שמחלק דבתפס מטלטלי לא מהני תפיסתו כשאינו רוצה לישבע: וכעת נלע"ד להוכיח כדברי הר"נ שכתב לחלק דדוקא בתפס מעות מהני תפיסתו אבל בתפס מטלטלי לא מהני תפיסה. מהא דיבמות (דף פ"ט ע"א) דאמרו נטלה מזה ומזה תחזיר פשיטא ומשני מהו דתימא כיון דתפסה לא מפקינן קמ"ל. והתוס' שם בד"ה מ"ט תקינו כו' כתבו דאף בבתולה שיש לה כתובה מה"ת ג"כ מיירינן שם. ויש להקשות ע"ז לפי מה דקיי"ל דגזל מדבריהם אינו יוצא בדיינים א"כ התם הא הוי זה רק גזל מדבריהם כיון דמה"ת יש לה כתובה רק דרבנן קנסוה א"כ בתפסה מן בעל ראשון דמה"ת יש לה כתובה רק מדרבנן לית לה הוי דין זה כמו כל גזל דרבנן דהדין נותן דאין מוציאין בדיינים. וקשה דאמאי אמרו הכא דאם נטלה מזה ומזה תחזיר דמשמע דאף נחתינן לנכסי' בזה ומוציאין ממנה בדיינים הא הוי רק גזל דרבנן. רק לשיטת התוס' דשבועות (דף מ"א ע"א) ד"ה ולר' יוסי כו' דהא דלא נחתינן לנכסיו שם אין זה אלא בההיא גזלה דלא הוי אלא מפני ד"ש כו'. אתי שפיר הך דיבמות משום דאין זה לכלל גמור בכל גזל דרבנן. אכן לפי מש"כ הרמב"ם פ"ו הל' גזלה ה' ט"ז ובש"ע ח"מ סי' ש"ע סעי' ז' דנקטו לכללא דבכל גזל דבריהם אינו יוצא בדיינים וכמו שכתבתי בספרי נחל יצחק בסי' ג' בשעבודא דאורייתא לסי' ל"ט ע"ש. א"כ לפ"ז תקשה בהך דיבמות דאמאי אמרו שם דתחזיר ומשמע דמוציאין בדיינים

ג"כ דומיא דאינך וסתמו בזה. אכן לפי דברי הר"נ הנ"ל דמחלק דבתפס מטלטלי לא מהני תפיסה וכפי פשטות דברי הר"נ ולא כמש"כ לעיל לפרש לדבריו ע"פ כוונה אחרת שביארתי רק נימא זה לכלל גמור דבתפס מטלטלי עבור חוב כיון דגופייהו אינו קנוי לו ע"כ מוציאין בדיינים אף במקום גזל דרבנן. אתי שפיר לפ"ז להך דיבמות דאמרו דאם נטלה מזה ומזה תחזיר. משום דמיירי בתפסה מטלטלי [כדמשמע הלשון נטלה משום דבמעות שייך לשון דנפרעה וכמש"כ הר"נ בכתובות ר"פ אלמנה ניזונית ע"ש]. וע"כ מוציאין אף בדיינים ויהיה מזה ראי' לדברי הר"נ בעיקר חילוקו. ולפ"ז א"ש מה דאמרו בהך דיבמות הנ"ל מהו דתימא כיון דתפסה לא מפקינן. דקשה איך היה הוי אמינא דתפיסה שלה יהיה מועיל. אכן לפי מש"כ א"ש דהוי אמינא דאף דאמרו אין לה כתובה עכ"ז היה מקום לומר דיהיה מועיל תפיסתה על הכתובה משום דאין זה רק כמו גזל דרבנן דאין מוציאין בדיינים ע"כ אשמועינן דאף בתפסה על הכתובה מבעלה הראשון דג"כ תחזיר ומשמע דמוציאין בדיינים ג"כ והא דנקטו נטלה מזה ומזה תחזיר עיקר הרבותא הוא בנטלה מבעלה הראשון הכתובה וכנ"ל. והטעם הוא כפי דברי הר"נ הנ"ל דתפס מטלטלין שאני. אכן באמת עיקר הוכחתי מהך דיבמות אין זה הכרח כ"כ דמצינו בכמה דוכתי בש"ס דאמרו דאף היכא דגוף הדבר הוא שלו מה"ת ג"כ תקנו חז"ל דנחתינן לנכסיו ומוציאין ממנו. אך זהו רק היכא דאמרו כן בפירוש ואין למדין כן למק"א ועת לקצר. ועיין מזה בספרי נחל יצחק בשעבודא דאורייתא בסי' ג'. ובסי' פ"ה סעי' ה' בחידושי שם:

ה (שם סעי' ה' ש"ך ס"ק י"ב):

ובפסקי מהר"ם רקנטי כתב ואם הנתבע הוא חשוד ושכנגדו תפס משלו מאחר דליכא דין היפוך שבועה בלא דעת הנחשד היה נ"ל שאין תפיסתו מועלת כלום כו' ורפיא בידי וצ"ע עכ"ל ולי נראה ברור דאין תפיסתו כלום בחשוד עכ"ל הש"ך. והנה מצאתי בשיטה מקובצת לב"מ פ"א (ד' ה' ע"ב) עלה דאמרו שם ותקנתא לתקנתא לא עבדינן גבי ש"ה שכתב בד"ה לא עבדינן כו' וז"ל בתשובה לרבינו זצ"ל היה הכופר בכל חשוד כו' מיהו אי תפיס מיני' מידי ואתא האי חשוד וקא תבע לי' משתבע האיך היסת דלא שקל מיני' מידי אלא כדין כן נראה ע"כ עכ"ל השמ"ק. א"כ מצינו להדיא בתשובה קדמאי דמה דנסתפק הפסקי מהר"ם רקנטי אם מהני תפיסה של התובע מהנתבע חשוד שהיה כופר בכל ונשאר בצ"ע וכן הכריע הש"ך לדין וודאי דאין תפיסתו כלום ומוציאין ממנו דעכ"ז היה פשיטא לתשובת קמאי הזה דיהיה מועיל תפיסה של התובע בזה ונשבע היסת ונפטר. וע"כ מיירי בתפס בעדים משום דאי נימא דמיירי בתפיסה שלא בעדים ונאמן משום

מיגו א"כ לא היה צריך לומר הך דינא בנתבע חשוד דלא נשבע מעולם דהא גם בנתבע אינו חשוד אף דנשבע היסת ג"כ מועיל תפיסת. התובע בתפס שלא בעדים וכמבואר בסי' פ"ז סעי' ל'. וע"כ מוכח דמיירי הך תשובה דהביא השמ"ק בתפיסה בעדים. ובאופן דלית לי' מיגו ועכ"ז בחשוד נתבע מהני תפיסת התובע א"כ מוכח להדיא דלא כהש"ך בזה וגם לא כהפסקי רקנטי:

ובאמת הסברא נוטה כדברי הש"ך דלא יהיה מועיל תפיסה. אכן מדחזינן להשמ"ק דס"ל דמהני תפיסה ומסיים כן נראה הרי דהיה פסיקא ליה הטעם בזה דיהיה מועיל תפיסה. ע"כ נראה לי להסביר דבריו בזה והוא כי השמ"ק שם בד"ה לא עבדינן כתב וא"ת א"כ הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כיון דחייב היסת ואינו נשבע מצד דהוא חשוד ותי' דבשבועה דרבנן לא דיינינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם עכ"ל. וכעין זה כתבו התוס' בב"מ שם (דף ה' ע"ב) בד"ה ותקנתא לתקנתא כו' וכמש"כ המהר"ם שם בכוונת דבריהם. ולפי דברי התוס' בב"מ שם בד"ה שכנגדו קאמינא כו' בקושייתם ובתירוצם הראשון דבכל חשוד יש לו דין מתוך שאינו יכול להשבע משלם אף דאנן אין מניחין לו לישבע. אך הא דלא דיינינן בכל ש"ה בחשוד דיהיה חייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם הטעם הוא לפי דבשבועה דרבנן לא דיינינן כן ומבואר בסי' ע"ה סעי' י"ד ובכתובות (דף י"ח) בתוס' ד"ה ובכולי בעי דלודי כו' וב"מ (דף ג') בתוס' ד"ה בכולי בעי דלודי כו' וכמש"כ השמ"ק כנ"ל. ועיקר הטעם דלא דיינינן לומר מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בשבועה דרבנן אף דזהו מה"ת ולא מקרי תקנתא לתקנתא מ"מ לא דיינינן כן בשבועה דרבנן לפי דדוקא בשד"א דנחתינן לנכסיו אמרינן דהיכא דאי"ל משלם אבל בשבועה דרבנן דלא נחתינן לנכסיו ע"כ לא דיינינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בדרבנן. וזה אינו שייך אך כ"ז דלא תפס התובע מהנתבע אבל אם תפס התובע אף בש"ה מהני תפיסת התובע וכמש"כ הרדב"ז בח"ד סי' רי"ז והובא באו"ת. ואין להעיר בזה מהך דסי' נ"ד ש"ך סוף ס"ק ד' משום דשא"ה וקצרתי. ע"כ ה"ה בהנתבע חשוד כיון דחייב לישבע היסת ואינו יכול לישבע דמקרי זה מחושוא"ל דמשלם דאף דלא דיינינן כן בשבועה דרבנן זהו רק לענין להוציא מן הנתבע דאין לנו כח למיחת לנכסיו בב"ד אכל הבע"ד הא מצי לתפוס ולמיעבד דינא לנפשיה בכל חיוב ש"ה אם אינו נשבע הנתבע וכנ"ל. ע"כ ה"ה בהיה הנתבע חשוד ותפס התובע דמהני תפיסתו וכיון דמהני תפיסתו ע"כ ממילא כיון דחשוד שאינו נשבע הוי מתוך שאינו יכול לישבע וע"כ הדין נותן דיהיה מהני תפיסתו לומר דיהיה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. כן יש לומר ולהסביר לדברי השמ"ק שכתב דמהני תפיסת התובע בנתבע חשוד

דלא יהיה מוקשה כ"כ במש"כ דכן נראה: ולפי מה שכתב הקצה"ח בס"ק י"ב דהכריע דלא מהני תפיסה בזה מהא דקיי"ל היה המלוה חשוד נוטל בל"ש אע"ג דהלוה מוחזק ותפוס עכ"ל. א"כ יש לומר דלהך דיעה דס"ל בהיה המלוה חשוד דאינו גובה כמבואר פלוגתת הראשונים בזה בסי' צ"ב סעיף ט' דטעמם הוא ג"כ משום דס"ל לדון בשבועה דרבנן דין מתוך שאינו יכול להשבע משלם ואף דלא דייניגן כן בשבועה דרבנן מ"מ הכא דהוי הלוה תפוס ומוחזק יכול הלוה להחזיק המעות ת"י כיון דאינו נשבע המלוה וכנ"ל. וי"ל דהך תשובה שהביא השמ"ק דס"ל ג"כ כהנך רבוותא דבשטר שהמלוה חשוד אינו גובה משום דהוי הלוה תפוס וע"כ ה"ה בכל ש"ה שהנתבע חשוד דמהני תפיסת התובע כן י"ל בטעמו דהך תשובה. אכן לדינא דקיי"ל דבשטר שהמלוה חשוד דגובה ע"כ לדינא נקטינן דלא מהני תפיסת התובע מהנתבע חשוד בכופר הכל וכמש"כ הש"ך והקצה"ח. והנה הש"ך בסי' נ"ח ס"ק כ"ג הביא לדברי התוס' דכתובות (דף פ"ד) דפרעון בפני ע"א איתרע שטרא והקשה הא בשבועה דרבנן לא דייניגן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"ש. אכן לפי מש"כ בטעמא דהסוברים דחשוד שהוציא שטר דאינו גובה וכן בטעמו דהך תשובה דשמ"ק הנ"ל משום דאף דלא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם בשבועה דרבנן עכ"ז היכא דהוי מוחזק שאני ואין לנו כח להוציא בכה"ג מהמוחזק משום דהמוחזק יכול לתפוס גם בשבועה דרבנן לומר מתוך שאינו יכול להשבע משלם כנ"ל ע"כ א"ש דברי התוס' דס"ל דגם בפרעון בע"א איתרע שטרא ואינו מוציא מן הלוה והדברים ארוכין:

שוב ראיתי כי בעיקר הראיה שהבאתי בשם התשובה שבשמ"ק הנ"ל דמוכח דס"ל דאף בתפס בעדים מהני תפיסת התובע בנתבע חשוד מפני חיוב ש"ה משום דאין לומר דמיירי בתפס שלא בעדים דא"כ לא ה"ל למנקט להך דינא בנתבע חשוד דהא גם בנשבע כבר ג"כ מהני תפיסת התובע אם יש לו מיגו כמבואר בסעי' למ"ד בלא שום חולק. וכעת ראיתי דיש לדחות זה לפי דראיתי במרדכי לב"ק פ"ט עלה דאמרו שם דרב ס"ל נשבע ואח"כ באו עדים פטור דלית הלכה כוותי' ולכן אף דלא באו עדים אלא תפס התובע שיש לו מיגו דנאמן אף דנשבע הנתבע כבר אכן בשערי שבועות האלפס סוף שער הראשון כתב שיקבל התובע השבועה במקום גביות ממון שנאמר ולקח בעליו כו' משמע דלא כדברי מורי כו' עכ"ל המרדכי. והש"ג לשבועות סוף פ"ז הביא לדברי המרדכי הללו וביאר שם דהשערים מודים בבאו עדים אלא בתפיסה בלא עדים סבירא ליה להשערים דנאמן הנתבע להוציא מן התובע התופס משום דאחר דנשבע לא מהני תפיסת התובע כלל אף דיש לו מיגו ע"ש. וע"כ יש לומר דגם התשובה שהביא השמ"ק לב"מ ס"ל ג"כ

כשיטת בעל השערים דבכל נשבע לא מהני שוב תפיסת התובע אף בתפיסה בלא עדים ע"כ אשמועינן דעכ"ז בנתבע חשוד כיון דלא נשבע לכן מהני תפיסת התובע אם היה תפיסה שלא בעדים ואף דהנתבע יצא בפטור ע"פ ב"ד מכבר עכ"ז לא אמרינן דקם דינא בזה דיפטר לעולם אלא אם תפס בלא סהדי מהני תפיסת התובע ונשבע ונפטר התובע על תפיסתו ולכן לפ"ז אינו ראיה כלל מן הך תשובה דבשמ"ק דיפלוג על הך דינא שהכריע הש"ך דלא מהני תפיסת התובע בנתבע חשוד די"ל דגם איהו מודה לזה. ולכן לדינא בוודאי מוציאין מן התובע למה שתפס מהנתבע חשוד בתפיסה בעדים:

וגם יש לומר עוד בכוונת התשובה דבשמ"ק הנ"ל לפי מה שכתב שם בזה"ל היה הכופר בכל חשוד מחרים התובע ח"ס על כל מי שחייב לו כלום ואינו מודה ונותן מיהו אי תפיס מיני' מידי משתבע היסת כו' עכ"ל. דזה מיירי בתפיסה בלא עדים וכנ"ל ואשמועינן דאף דקיבל ח"ס וכמבואר בסי' צ"ב סעי' ב' בסמ"ע וט"ז שם. לא אמרינן דיהיה הדין בזה כמו דנשבע כבר וכפי דכתבתי דהך תשובה ס"ל כשיטת השערים דאחר שנשבע אינו מועיל שוב תפיסת התובע אף דיש לו מיגו והיה מקום לומר דה"ה בח"ס לאחר שקיבל. ע"כ אשמועינן דדוקא בשבועה אמרינן דלקיחת השבועה הוא במקום התשלומין דנלמד מפסוק ולקח בעליו כו' וכמש"כ השערים בסוף שער הראשון כנ"ל. אבל בח"ס אינו כן ומהני תפיסה בלא עדים. ושפיר נקט להך דינא בחשוד דוקא והא דכתב משתבע היסת אף דמן צד מיגו אתו עלה וא"כ ה"ל לישבע בנק"ח ככל תופס משכון. אין זה קשה כלל דהא גם המחבר בסעי' למ"ד דמיירי בתפיסה שלא בעדים דמשום מיגו אתו עלה כתב ג"כ דנשבע היסת וע"כ מוכח דמיירי בתפס מעות או דאינו רוצה לגבות מהמשכון או כעין פירות שכבר אכל דמבואר בסי' ע"ב סעי' י"ז ובש"ך שם דאינו נשבע רק היסת וה"ה י"ל כן בכוונת התשובה הנ"ל. וכן אין לומר דאי נימא דהך תשובה מיירי בתפיסה שלא בעדים דא"כ לא ה"ל לסתומי אלא לפרושי דמיירי בתפיסה בלא עדים דזה אינו הכרח כלל דהא כן מצינו להרא"ש בפסקיו בב"מ פ"ב סי' ט' ובתשובת הרא"ש כלל ח' סי' ה' דזהו המקור דסעי' למ"ד דהכא דאף שנשבע עכ"ז יכול התובע לתפוס ממנו. ולא כתבו שם דזה קאי בתפיסה בלא עדים אך סמכו על הפשיטות וכ"כ י"ל בכוונת התשובה זו דסמכו על הפשיטות. וכמש"כ הש"ך דאין סברא לומר כלל דיועיל תפיסה מן החשוד וע"כ מיירי בתפיסה בלא עדים וע"כ אין לסתור לדברי הש"ך מן התשובה ושפיר י"ל כמש"כ:

ו (שם סעיף ו ש"ך ס"ק ט"ו):

ד"ה ועוד נ"מ בין דעת רש"י והתוס' וסייעתם כו' דלדעת רש"י והתוס' יוכל להפך אותה שבועה עצמה שנתחייב מכח העד ושוב לא יועיל העד להיות עד מסייע כו'. וכ"כ הש"ך סברא זו לקמן ס"ק ל"ה בד"ה ועוד דלמאי דקיי"ל עד מסייע פוטר משבועה כו' וכן למ"ש רש"י והתוס' באמת דנ"מ לענין היפוך לא קשיא דהא יהיה לו עד מסייע דהא כיון דהעד יועיל לחייב שבועה א"כ יוכל אח"כ להפך אותה שבועה ולא יועיל העד לפטור שהרי כבר העיד לחייב שבועה כו'. וכ"כ הש"ך בסי' צ"ב ס"ק ח'. והקצה"ח כתב להשיג על הש"ך דלא מצאתי בראשונים סברא זו ועיקר דין עד המסייע הוא מהר"ם מרוטנבורג ובתשובת מיימוני לספר משפטים סי' ס"א בשם מהר"ם ב"ר ברוך משמע דגם בכה"ג עד מסייע פוטר וכ"כ בהג"מ פ' י"א ה' שבועות דמש"ה לא פירש רש"י גבי אי פקח מייתי כו' דנ"מ לענין היפוך משום דעד מסייע פוטרו:

ענף א:

וזה לשון הרשב"א בחידושיו לשבועות (דף מ"א ע"א) בד"ה הא דאמר מר בר רב אשי אפילו בדאורייתא מפכינן ורב האי גאון ז"ל ורבותינו הצרפתים שגורסים והלכתא כמר בר ר"א כו' וכתב לתמוה לדידן דקיי"ל בנסכא דר"א ובחמשין ידענא כו' אמאי יטול שכנגדו בלא שבועה ליפוך עליו שבועה כו'. ומדהקשה כן בפשיטות על הא דנסכא דר"א דיהפך השבועה מוכח דס"ל כסברת הש"ך דבכה"ג דעיקר חיוב השבועה הוא ע"י העד דאין העד פוטרו מן חיוב שבועה דבא על ידו דאל"כ אין מקום לקושייתו די"ל דלכן א"צ לישבע התובע ע"י היפוך משום דהעד מסייע פוטרו. אך י"ל דהרשב"א ס"ל כשיטת הרמב"ן דאין עד מסייע פוטר מן שד"א וכמש"כ בשמו הר"נ והנ"י בריש ב"מ. ועיין באו"ת ס"ק י"ב דהביא בשם הרשב"א בתשובה דס"ל דעד מסייע פוטר דוקא משבועת התקנה. ובאמת י"ל בטעמם מה דס"ל להראשונים הנ"ל דמפכינן בשד"א דלכן בנסכא דר"א אמרו מתוך שאינו יכול להשבע משלם ולא חייבו להתובע לישבע כדין היפוך משום דס"ל כמש"כ הג"מ שהובא בקצה"ח דבכל גווני עד מסייע פוטר א"כ בנסכא דר"א דעיקר החיוב הוא ע"י העד ע"כ א"צ לישבע התובע משום דהעד מסייע פוטרו. ומה דהקשה הרשב"א בהא דחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דאמאי לא ישבע התובע כדין היפוך שבועה. י"ל דטעמם דס"ל דבכה"ג אינו יכול להפך שבועה משום דאין נשבעין על טענת ספק אף בשבועת היפוך וכמש"כ הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ל"ב בשם בדק הבית שכתב לתמוה על מש"כ דאי טעין לישתבע השותף דחשיד לי בכך הדין עמו דהא אין נשבעין על טענת ספק. ומש"כ הש"ך שם לתרץ דשאני שבועת השותפות דתקנו לישבע עיקרו אף ע"י טענת ספק ה"ה דיכול להפך

דכוותי' ע"ש. הא זה אינו שייך בחמשין ידענא כו' דעיקרו הוא רק בטענת ברי ע"כ ס"ל להנך ראשונים שפיר דאינו מחוייב לישבע התובע על טענת הנתבע דחמשין לא ידענא. ובאמת מוכח מן הרשב"א שהקשה כן דס"ל דלא כסברת הבדק הבית והש"ך הנ"ל אלא שבועת היפוך שאני כיון דיש לשבועה בעולם מתחלה עכ"פ על הנתבע ע"כ ממילא יכול להפך אף ע"י טענת ספק. ויהיה מוכח מן פלוגתת הרשב"א עם הראשונים הנ"ל דפליגי בהך דין דכתב הבד"ה והש"ך הנ"ל. ולפ"ז יהיה מוכח מן שיטת הפוסקים דס"ל דמפכינן בשד"א ואפ"ה אמרינן בנסכא דר"א דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ואינו חייב שבועה כדין היפוך. משום דס"ל דעד מסייע פוטר אף היכא דעיקר החיוב שבועה בא ע"י אותו העד עצמו וזהו דלא כסברת הש"ך הנ"ל. אך אפשר לומר דטעמם דס"ל דכיון דה"ל הנתבע מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם הן בנסכא דר"א והן בחמשין לא ידענא א"כ פקע לי' שבועה לגמרי מן העולם ואין כאן חיוב שבועה רק כמו כל חיוב ממון דאינו בהיפוך כלל וכמש"כ הרא"ש סברא כה"ג בב"מ פ"א סי' ג' דהיכא דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אין העד מסייע פוטרו מה"ט והובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק ס"א וע"כ אינו מוכח מן הפוסקים הנ"ל דיחלוקו על סברת הש"ך בזה:

ובעיקר דברי הגהות מיימוני שכתב לפרש בשיטת רש"י דכתובות (דף פ"ח) דלכן לא כתב לפרש בהך דאי פיקח מייתי לידי ש"ד דנ"מ בענין היפוך משום דס"ל דעד מסייע פוטרו ולפ"ז יהיה מוכח דס"ל לרש"י דלא כסברת הש"ך. ולולי דברי הג"מ הייתי אומר דרש"י לא נחית להסברא דעד מסייע פוטרו משום דהא רש"י בריש ב"מ דף ב') במה דאמרו לחזי זוזי ממאן נקט פירש שלא כמש"כ התוס' והרא"ש שם דקושיות הגמ' הוא דיהא פוטרו משבועה אלא פירש באופן אחר לכוונת הגמ' ע"כ מוכח מזה דרש"י ס"ל דאין עד מסייע פוטר משבועה. והא דלא פירש רש"י במה דאמרי אי פיקח מייתי לש"ד דנ"מ לענין היפוך כמש"כ רש"י שם מקודם (דף פ"ז ע"ב) ד"ה שד"א כו' י"ל כמש"כ המהרש"א שם לתרץ זה ומה דיש להעיר בדברי המהרש"א כבר העיר המגיני שלמה שם. והא דלא פירש רש"י לעיל בדברי רמי בר חמא דסבר למימר דשד"א היא דנ"מ לענין נק"ח כבר תירץ זה המגיני שלמה שם דס"ל לרש"י דכל שבועת המשנה הוא בנק"ח אלא שבועת עד א' כיון דהיא להפיס דעתו ע"כ הקילו בה דא"צ נק"ח. והקדימו בזה ההג"מ פ' י"א ה' שבועות והובא בפני יהושע שם ע"ש:

ועוד נלע"ד לומר דלכן הוכרח רש"י לפרש בכוונת רמי בר חמא דסבר למימר דשד"א הן בפוגמת והן בעד א' מעיד שהיא פרועה דנ"מ לענין היפוך. משום דיש להעיר במה

שהקשה לו רבא ואמר שתי תשובות בדבר על הא דע"א מעיד כו' חדא דכל נשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והיא נו"נ ועוד אין נשבעין על שעבוד קרקעות. [ועיין בתשובת רע"א זצ"ל בכתבים סי' קנ"ג שכתב דשיטת רמי ב"ח הוא דס"ל דשעבוד קרקע אינו כקרקע]. והא יש לדון דמשכחת שפיר דתהא מחוייבת האשה לישבע שד"א בע"א מעיד שהוא פרוע והוא דהיכא דגוף נייר של הכתובה הוא ש"פ לצור ע"פ צלוחיתו וכמו דמצינו בקידושין (דף מ"ח) דאמרו שמין הנייר אם יש בו ש"פ כו' ובאה"ע סי' כ"ח סעיף ח' ובש"ך ח"מ סי' ס"ו ס"ק ע"ו. וכיון דלדברי הבעל שפרע כתובתה מחוייבת האשה להחזיר לו גוף הכתובה שת"י דהא הבעל נותן שכר הסופר כמבואר בב"ב (דף קס"ז) ובאה"ע ריש סי' ס"ו. ולדברי האשה דלא פרע לה הכתובה שייך גוף הכתובה לה א"כ מחוייבת האשה לישבע שד"א להכחיש את העד אם הבעל תובעה שתחזיר לו גוף הנייר דהא בשבועת ע"א נשבעין אף על ש"פ כמבואר בשבועות (דף מ') וזה מקרי נשבעת ולא משלמת. לא מבעיא לשיטת הסוברין דגוף הנייר קנוי להמלוה עד שיפרע לו וכמש"כ הקצה"ח לבאר זה בסי' ס"ו ס"ק כ"ז ואף להסוברין דהשטר הוא כמשכון ת"י המלוה וכמש"כ הש"ך מזה בסי' ס"ו ס"ק נ"ט וס"ק ע"ז מ"מ מקרי על תפיסת המשכון נשבעין ולא משלמין כמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק י"ג רק דמקרי בשם כפירת שעבוד קרקעות ע"ש. וכן מוכח בסי' ע"ב סעי' כ"ג דשבועת ע"א לבעל המשכון מקרי שד"א ודייניו בי' מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"ש:

א"כ בקושיא הראשונה שהקשה רבא לרב"ח עלה דע"א מעיד שהוא פרוע דה"ל נשבעין ונוטלין. יש לדון בזה דאם הוא במקום שכותבין כתובה והנייר הוא ש"פ דאז מחוייבת האשה לישבע שד"א על גוף הנייר שתובע ממנה לשיטת רב"ח דשעבוד קרקע אינו כקרקע ונשבעין ע"ז. וכיון דמחוייבת לישבע שד"א על גוף הנייר ממילא חייבת לישבע גם על החוב שתובעת מהבעל משום גלגול שבועה דהא גם על נשבעין ונוטלין מגלגלין שד"א כמש"כ התוס' בב"מ (דף י"ד) ד"ה דינא הוא כו' והובא בקצה"ח סי' רכ"ו ובנתיבות סי' צ"ד. [ולקמן ריש סי' צ"ד הארכתי בחידושי מזה]. וקיי"ל בג"ש דאף דלא תבע התובע לגלגל דב"ד עצמן מגלגלין ואף ברוצה לשלם התביעה הראשונה אינה נפטר מהג"ש. א"כ תקשה דאיך קאמר רבא בפשיטות דשתי תשובות בדבר חדא דכל הנשבעין כו' והיא נו"נ. דהא משכחת ליה דתהיה מחוייבת לישבע שד"א על חוב כתובתה ג"כ בדין ג"ש. ואין לומר בזה עדות שבטל מקצתו בטל כולו וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ג' בהג"ה ובספרי נחל יצחק סי' ל' ענף א' דהיכא דחזי לאצטרופי עם אחר ואין עליו פסול הגוף דלא דייניו בזה לומר בטל מקצתו בטל כולו ע"ש. ועיין בכתובות

(דף ט"ז ודף פ"ט) דמשני במקום שאין כותבין כתובה עסקינן משמע דלולי כן הדעת נוטה דמיירי במקום שכותבין כתובה ג"כ א"כ מה הקשה רבא לרב"ח בפשיטות חדא דכל הנשבעין כו' והיא נו"נ דהא משכחת דתצטרך לישבע בדין ג"ש. ועוד דלשיטת הסוברין דהנייר נקנה בקנין הגוף להמלוה כ"ז שאין הלוה פורעו כנ"ל יש לומר דגם קושיא השנייה שהקשה רבא דהא ה"ל שעבוד קרקעות אינו קשה לפ"ז. דדוקא היכא שתופסו למשכון בזה ה"ל עדיין בשם שעבוד קרקעות וכמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק י"ג להוכיח כן משבועת העדות ע"ש. אבל היכא דלדברי התופסו יש לו קנין בגוף החפץ אין זה בשם שעבוד קרקע ושפיר מחוייב לישבע שד"א להכחיש להע"א בנידון תפיסתו לגוף הנייר דהכחשתם אין זה בשם שעבוד קרקעות והוי כמו שני תביעות כלים וקרקעות ומיגו דמשתבע אכלים נשבע בג"ש על שעבוד קרקע:

ומדהקשה רבא כן בפשיטות ואמר דמקריא נו"נ כו' ואין נשבעין שד"א מוכח דכוונת רב"ח היה במה דסבר למימר שד"א דנ"מ לענין היפוך משום דדינו כשד"א ממש לכל דיניו דלא מפכינן ע"כ שפיר הקשה רבא בפשיטות דכיון דהוי נו"נ ומה"ת אין לה לישבע לכן אף די"ל דתשבע בדין ג"ש מ"מ הא אף ג"ש מהפכינן כמו שכתב המחבר בסי' צ"ד סעיף ח' ושפיר הקשה לרמי ב"ח כן. ולכן פירש רש"י דכוונת רב"ח היה לענין היפוך. ואף דבשבועת פוגמת דסבר רב"ח כו' לא שייך כל זה מ"מ כיון דבשבועת ע"א יש לדון כל זה ע"כ פירש רש"י לעיל דשד"א הוא לענין היפוך וממילא ה"ה לענין שבועת ע"א דלקמן דהכל בחדא מחתא. ויהיה מוכח לפ"ז מן שיטת רש"י כמו שפסק הטור והמחבר שם דג"ש מהפכינן ועיין בש"ך סימן צ"ד ס"ק י"ב. כן היה מקום לפרש דברי רש"י לולי דברי ההג"מ שכתב לפרשו דשבועת פוגמת אף דמדרבנן צריכה בנק"ח:

ענף ב:

וכל זה לפי מש"כ המהרש"א בכוונת דברי רש"י (דף פ"ח) ד"ה אי פיקח כו' לידי שד"א כו'. אכן באמת דבריו אינם ברורים כ"כ וכמו שהעיר המג"ש בדבריו ע"ש. ע"כ יהיה מוכרח מן דברי רש"י הנ"ל כמש"כ ההג"מ דס"ל לרש"י דעד מסייע פוטר אף לאותו שבועה שבא על ידו ודלא כדברי הש"ך. ולענ"ד נראה לפרש לכוונת דברי רש"י (בדף פ"ח) שלא כתב דהנ"מ הוא לענין היפוך כמש"כ לעיל. והוא דיש להעיר במה דאמרו יהיב לה כתובתה כו' ומוקי להו להנך קמאי במלוה דמשמעות הלשון הוא דדוקא כשנותן לה כל כתובתה אז יכול להטיל עליה שד"א אבל כשפורע לה רק מקצת אין לו עליה שד"א על המותר דכן משמע לקמן (דף צ"ז ע"ב) דלשון כתובתה הוא על כל הכתובה במה דאמרו שם מכרה כתובתה כו' רש"א אע"פ שלא מכרה כתובתה אלא

מחציתה כו' ועיין באה"ע סי' צ"ג ב"ש ס"ק י"א במה דאמרו התובעת כתובתה כו'. ואם היה מהני להשביעה שד"א אף ע"י פרעון קצתו ה"ל לאשמועינן כן בפירוש הך עצה וכן לשון להו להנך קמאי דאמרו דהוא לשון רבים משמע כן ואם היה מהני אף סילוק מטבע א' ה"ל למימר ומוקי להך קמא במלוה. ובאמת לכאורה. יש מקום לדון דאף ע"י פרעון במקצת יהיה יכול לחייבה שד"א בכל הכתובה דכיון דעל סך המקצת דפרעה יש לו עליה שד"א להכחיש את העד ממילא יש לו על המותר ג"כ גלגול שבועה דהא כבר כתבתי לעיל בשם התוס' בב"מ (דף י"ד ע"א) דגם על נשבעין ונוטלין יכול לגלגל שד"א. ולשיטת המחבר והטור סי' צ"ד סעיף ח' דבטענת הגלגול יכול להפכה ואין להגלגול דין שד"א ממש בדין היפוך אתי שפיר לפמש"כ התוס' בכתובות (דף פ"ח) שם דהנ"מ הוא לענין היפוך שבועה. ע"כ מדוקדק שפיר מה דהצריכו דוקא לסלק לה כל הכתובה משום דבסילוק מקצת דהוא רק מן דין גלגול עדיין תהיה יכולה להפך עליו. ויהיה מזה ראיה לשיטת הטוש"ע דבגלגול שד"א ג"כ מהפכינן. אכן לשיטת הש"ך סי' צ"ד ס"ק י"ב דג"ש יש לו כל דין שד"א דלא מהפכינן וכן לשיטת הרא"ש בכתובות והטוש"ע בסי' פ"ז סעיף י"א דכל הנשבעין ונוטלין לא מהפכינן ע"כ יהיה מוכח מן הא דאמרו דדוקא במסלק כל הכתובה מייתי לידי שד"א כו' דמוכח דבנשבעין ונוטלין אינו יכול לחייבו שד"א ע"י גלגול וכמש"כ הקצה"ח לדון בזה בריש סי' צ"ד:

אך י"ל בזה לפי מה שכתבתי לקמן בחידושי ריש סי' צ"ד להעיר בהך דינא שנסתפק הקצה"ח בריש סי' צ"ד אם יכול לגלגל שד"א על הנשבעין ונוטלין. דיש לדון לפי דעתי דזה תלוי בפלוגתת ר"מ ורבנן בסוטה (דף י"ח) דר"מ ס"ל דסוטה נשבעת ע"י גלגול אמן שלא אטמא הרי דס"ל דמגלגל גם על העתיד וכן פסק הרמב"ם פ"ד ה' סוטה הלכה י"ז והכ"מ שם כתב בטעמו דכיון דרב אשי בעי שם אליבא דר"מ הלכה כוותיה. וכתבתי שם לבאר דלרבנן דס"ל דאין לגלגל בסוטה על העתיד דס"ל דאין לגלגל שד"א על נשבעין ונוטלין כיון דעיקר ג"ש מסוטה גמרינן וג"ש על נו"נ גם זה מקרי על העתיד דהא בעת שתובע הממון לא תפס אז את הממון ת"י והגלגול בזה הוי על הממון שיטול מחבירו דנשבע שמגיע לו ואף דהשבועה הוי על העבר מ"מ עיקר הממון שאנו חושדין אותו שיטול בגזל הוא חשש דלהבא ע"כ לרבנן אין להשביעו שד"א על נשבעין ונוטלין. אבל לר"מ דמגלגל בסוטה על חשש דלהבא כש"כ דמגלגלינן על נו"נ שד"א אבל לרבנן אין לנו ילפותא על זה דיגלגלו בכה"ג כיון דעיקר החשש שיטול שלא כדין הוי חשש דלהבא: ולפ"ז יש לומר דבאמת לדינא לפי מה דקיי"ל כר"מ בסוטה. דאם פיקח הוא מייתי לה לידי שד"א אף בפרעה מקצת הכתובה דמגלגלין שד"א על כל הכתובה דהא לדידן

דקיי"ל כר"מ מגלגל אף על נו"נ וכש"כ דמגלגל על שעבוד קרקע לכ"ע. והא דקאמר בסוגיא שם דיהיב לה כתובתה כו' ומוקי להנך קמאי במלוה דמשמע דיסלק כל סך הכתובה זהו משום דבפלוגתא לא קמיירי. ולא שייך לומר בזה אי פיקח הוא כו' משום דאין זה עצה טובה כ"כ דאכתי יש לחוש דילמא יפסקו הב"ד כמ"ד דס"ל גבי סוטה דאין מגלגלין על העתיד ולפ"ז ה"ה אין לגלגל על נשבעין ונוטלין שד"א ואכתי לא יפעול ע"י פעולתו והשתדלותו לחייבה שד"א על כל הכתובה. וראיה לזה דהסוגיא דשם ראו לתת עצה שיהיה יכול להטיל שד"א עלי' לכ"ע ולא שיהיה רק אליבא דחד מ"ד אף דקיי"ל כוותי'. דהא אמרו בסוגיא שם יהיב לה כתובתה באפי חד סהדא וסמיך סהדא קמא כו' ומתקיף לה רב שישא האיך סמיך סהדא קמא אסהדא בתרא כו' והקשו התוס' שם מאי קשיא ליה הא איכא מ"ד דלא בעי ראייה כאחד וכתב המהרש"א והמהר"ם שיף לתמוה על קושיות התוס' דהא כיון דמצרפינן סהדא קמא לבתרא א"כ אינו לפנינו הע"א להשביעה על פרעון קמא. וכבר הקדימם בזה השמ"ק שם שכתב כן להדיא לתרץ קושיות התוס'. והמהר"ם שיף כתב דעיקר קושיות התוס' הוא על פי' רש"י שם שכתב בד"ה היכי סמיך כו' ותשבע ותטול שלישית ונמצא מפסיד. הרי דס"ל לרש"י בכוונת הגמ' דס"ל דלא מצרפינן עדות מיוחדת. ובאמת כן מורה פשטות הלשון דאמרו היכי סמיך סהדא קמא אבתרא וכמש"כ שם ההפלאה ולכן הוכרח רש"י לפרש כן. וע"כ מוכח מזה באמת מדהקשה הגמ' בפשיטות דהיכי מצרפינן עדות מיוחדת דאף דקיי"ל לדינא דמצרפינן מ"מ כיון דאיכא פלוגתא דתנאי ואמוראי בזה בסנהדרין (דף למ"ד) ע"כ לא שייך לומר בכה"ג אי פיקח הוא כו' דהא אכתי יש מקום לחוש שמא יבא הענין לפני הב"ד דיפסקו כהמ"ד דלא מצרפינן. ונמצא מפסיד. והא דבפסחים (דף ל"א) וכתובות (דף צ"ב) דאמרו אי פיקח הוא מגבי להו ארעא כו' ומסיק שם דזהו משום שעבודא דר"נ אין זה דומה לנ"ד דשא"ה דעיקר החוב הוא חוב ברור לשלם להיתומים ואין לו עצה אחרת רק להגבות קרקע וקצרתי:

וכיון דנתבאר דמוכח דהך סוגיא דאי פיקח כו' ראו שיהי' העצה זו אליבא דכ"ע בלא שום פלוגתא ע"כ א"ש מה דאמרו יהיב לה כתובתה דמשמע כל הכתובה משום בפרעון במקצת אין זה עצה כ"כ כיון דאיכא פלוגתא בזה כו'. ועפ"ז יש לבאר ביותר לתרץ קושיות התוס' שם על הא דסמיך סהדא קמא כו' דהא מצרפינן ובפרט למה דקיי"ל כן לדינא. משום די"ל דלכן הקשה הש"ס בפשיטות דאיך סמיך סהדא קמא כו' דהוכיחו מן מימרא דר"פ דאמר בלשונו יהיב לה כתובתה ומוקי להו הנך קמאי במלוה דמשמע מזה דדוקא במסלק כל כתובתה כו'. ואף דלדינא למאי דקיי"ל כר"מ דמשביעה לסוטה אמן

שלא אטמא א"כ מוכח דגם על נו"כ מגלגל א"כ הוי סגי דבמסלק מקצת הכתובה יחייבה שד"א על כולו. ובפרט דהא רב אשי נזכר שם בהך סוגיא ובסוטה (דף י"ח) אמרו בעי רב אשי כו' אליבא דר"מ דמזה הוכיח הכ"מ דהלכה כר"מ. ומוכח דאף דס"ל להסוגיא בכתובות דהלכה כר"מ מ"מ אין זה עצה נכונה כ"כ כיון דאיכא פלוגתא בזה כנ"ל וכיון דמוכח דהך עצה אי פיקח מייתי לש"ד הוא עצה דיהיה אתי לכ"ע ע"כ הקשה ליה שפיר איך סמיך סהדא קמא כו' דהא אכתי אין זה עצה המועיל לכ"ע:

ועכשיו דנתבאר דכוונת הסוגיא דאמרו אי פיקח כו' הוא עצה דיהיה מועיל אליבא דכ"ע בלא פלוגתא. לכן אתי שפיר מה דהוכרח רש"י לפרש דנ"מ הוא לענין נק"ח כו' דאין לומר הנ"מ לענין היפוך דהא כיון דמצינו פלוגתא דאמוראי בשבועות (דף מ"א) אם מפכינן שד"א או לא. וגם כתבתי לקמן בחידושי לסי' צ"ד סעיף ח' להסביר שיטת הסוברים דגלגול שד"א מפכינן ע"פ שיטת הסוברים דבג"ש לא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם דכיון דלא אילימא כ"כ כח הג"ש לענין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דה"ה דקילא לענין היפוך וכתבתי שם לחזק זה הסברא ע"פ דברי הרשב"א בחי' לשבועות (דף מ"א) דמאן דס"ל דמהפכינן לשד"א ס"ל דלא דייניגן כלל למתוך שאינו יכול להשבע משלם ע"ש. ולפ"ז י"ל דעיקר מילתא אי מפכינן לשד"א תלוי בפלוגתת תנאי ואמוראי אם אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם או לא דהנך דס"ל דלא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם ס"ל שפיר דמפכינן אף שד"א. ועיין בב"מ (דף צ"ז ע"ב) תוס' ד"ה ה"נ כגון שיש עסק שבועה כו' ובב"ב (דף ל"ד) תוס' ד"ה וכל המחוייב שבועה כו' ובשבועות (דף מ"ז) ובתוס' ד"ה מתוך שאינו יכול להשבע משלם כו'. וכיון דלענין היפוך שבועה בשד"א אין זה עצה המועיל אליבא דכ"ע ע"כ לא ניחא לרש"י לפרש להך אי פיקח מייתי לידי ש"ד דהנ"מ הוא לענין היפוך דהא זה לא אתי אליבא דכ"ע דהא לכמה מ"ד תהיה יכולה להפך אף לשד"א והא חזינן דהך סוגיא מהדר דיהיה עצה המועיל אליבא דכ"ע ע"כ פירש רש"י ביותר דנ"מ לענין נק"ח ובשם כו'. ולפ"ז נסתר למה שכתבתי לעיל בכוונת רש"י דלעיל (דף פ"ז) שכתב כד"ה שד"א דנ"מ הוא לענין היפוך דהוכרח לפרש כן כדי דיהא א"ש לקמן גבי ע"א מעיד כו' דסבר רב"ח למימר שד"א כו' דאל"כ תקשה דהא חייב שד"א על גוף הנייר אם הוא ש"פ ומגלגלינן עליו כו' וכמש"כ לעיל בארוכה. וזהו הכל לפי שיטת הפוסקים דבג"ש מהפכינן. אכן לפי מש"כ כעת בכוונת דברי רש"י (בדף פ"ח) בהך דאי פיקח כו' דזהו הכל לפי שיטת הסוברין דבגשד"א לא מהפכינן דאי נימא כהסוברין בזה דמהפכינן א"כ שפיר ה"מ רש"י לפרש הנ"מ לענין היפוך משום דלפ"ז אינו מוכח לומר דמהדר

אליבא דכ"ע דהא עיקר ההוכחה הוא לפמש"כ מן מה דהצריכו לתת כל כתובתה והא להסוברין דבג"ש מהפכינן הוי א"ש בפשיטות דהצריכו ליתן כל הכתובה דאל"כ דלא היה רק בדין ג"ש ה"מ להפך עדיין. וע"כ לפי מה שהעליתי כעת. העיקר לומר בכוונת רש"י דלעיל (דף פ"ז) דלכן הוכרח לפרש הנ"מ לענין היפוך משום דס"ל דשבועת פוגמת אף דהוי מדרבנן מ"מ צריכה נק"ח ובשם וכמש"כ ההג"מ בכוונתו:

ולכאורה יש להעיר במש"כ דה"מ לסלק מקצת הכתובה ויהיה יכול לגלגל עליו כו'. דלפי המבואר לעיל סי' ע"ד סעי' ד' דבהגיע זמ"פ אינו מחוייב לקבל הפרעון בפרוטרוט א"כ ה"ה בזה. אבל באמת שפיר כתבתי דהא מבואר במרדכי פ' האומנים דדוקא בשט"ח אמרו כן אבל בחוב כתובה מקבלת הפרעון אף בפרוטרוט כמו דאמרו בערכין (דף כ"א ע"ב) דאיכא דניחא לי' באשה דשקלא על יד. ומשמע מהמרדכי דאף בע"כ של האשה יכול לפרוע לה המקצת ומחוייבת לקבל כמה שנותן לה והחילוק ברור לחלק ביניהם. ומה דיש לדון דאינה מחוייבת לקבל הפרעון מחצית חוב כתובה משום דאינה רוצית להיות פוגמת כתובתה. זה אינו דהא יכולה לכתוב הפרעון על הכתובה עצמה וכמבואר בסי' פ"ד סעי' ג' דבכה"ג אין דינה כפוגמת להתחייב שבועה ועיין בש"ך ובאו"ת שם וקצרתי. ואף דבמקום שאין כותבין כתובה לא שייך כן מ"מ ה"ל לאשמועינן הך עצה בפרעון מקצת ובמקום שכותבין כתובה ולא למנקט הכלל דדוקא בסילוק כל הכתובה כו' ולכן שפיר כתבתי בכוונת רש"י:

ענף ג:

וכן תקשה ביותר במה דאמר רב אשי שם בכתובות דלכן ס"ל לריו"ח דתצא בשנים אומרים מת כו'. דאמרי עדים עכשיו מת עכשיו גירשה מיתה ליכא לברורי גירושין איכא לברורי דאמרינן לה אם איתא דהכי הוי אחוי לן גיטא וכ"ז הוא בדרך פלפול. ובקצרה י"ל דלכן כתב רש"י דאי פיקח מייתי לידי ש"ד דהנ"מ הוא לענין נק"ח ובשם כו' ולא כתב הנ"מ לענין היפוך כמש"כ לעיל. משום דרש"י אזיל לשיטתו דבשבועות (דף מ"א ע"א) בתוס' ד"ה ולמר בר ר"א כו' כתבו בשם ריב"ן בשם הקונטרס דהלכתא כוותי' דמר בר ר"א דאף בדאורייתא מפכינן. וכיון דס"ל לרש"י להלכה כמר בר ר"א ע"כ לא ניחא ליה לפרש להך סוגיא דאי פיקח כו' דזהו לענין היפוך דא"כ יהיה מוכח מן כל הנך אמוראי דשקלו וטרו שם דיהיה סוברים דבאורייתא לא מפכינן דהא זהו שלא אליבא דהלכתא לכן כתב לפרש דהנ"מ הוא לענין בנק"ח ובשם. אבל לעיל בהא דסבר רמי ב"ח למימר שד"א הוכרח רש"י לפרש דהנ"מ הוא לענין היפוך משום דשם אין לפרש דהנפ"מ הוא לענין נק"ח ובשם דהא בשבועת פוגמת גם רש"י ס"ל דדינה בנק"ח ובשם

וכמש"כ ההג"מ כנ"ל ע"כ הוכרח רש"י לפרש שם כן. ולפ"ז אין ראיה מן רש"י דס"ל דעד מסייע פוטר אף היכא דהשבועה הוא ע"י העד. ומצאתי בפני יהושע לכתובות (דף פ"ח) שכתב ג"כ כמש"כ בדרך קצרה הנ"ל. ונתבאר כמה גוונ' די"ל דאין הכרח להוכיח כמש"כ ההג"מ לפרש כן לדברי רש"י דס"ל דעד מסייע פוטר אף היכא דהשבועה בא ע"י אותו העד אלא י"ל כדברי הש"ך וכדמוכח מן הרא"ש בסוגיא דאי פיקח כו' דכתב דאין לומר הנפ"מ לענין היפוך כו'. ומשמע דאלו היה הדין דבנשבעין ונוטלין ג"כ מהפכינן לא היה העד מסייעו פוטרו אף דהרא"ש ס"ל ברישׁ פ"ק דב"מ דעד מסייע פוטר משבועה. וכן הוכיח הנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' כ"ז מתשובת הרא"ש דהובא בש"ך סי' צ"ב ס"ק ח' דס"ל כהש"ך דבכה"ג אין העד מסייע פוטרו. ועיין מזה בתשובת רע"א זצ"ל בכתבים סי' קע"ח. ומה שהקשה שם על מה שכתב הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י"ט להטעם של ההג"מ הא לפי מש"כ הש"ך בסי' צ"ב ס"ק ח' הוא מטעם אחר דאין הע"א עושה שתי פעולות. כן הקשה הנתיבות בסי' פ"ו ס"ק ה' ותירץ היטב ע"ש:

אכן כיון שמבואר בהגהות מיימוני בפירוש דעד המסייע פוטר מן שבועה אף לאותו שבועה דבא ע"י אותו העד ע"כ ה"ל זה גופא ספיקא דדינא כיון שהרא"ש לא ס"ל כן וכמו שכתב הש"ך כן לדינא וע"כ ה"ל זה לכה"פ ספיקא דדינא. ועיקר הענין לסברת הש"ך דאין העד פוטר בכה"ג משום דאין העד עושה שתי פעולות נלע"ד דזה תליא בהנך שני טעמים שכתב הרא"ש ברישׁ פ"א דב"מ סי' ג' בשם הר"מ רוטונבורג ז"ל שכתב דלכן עד מסייע פוטר משום דלכל עון ולכל חטאת אינו קם אבל קם לשבועה וזהו בין לחיוב שבועה בין ליפטר משבועה ועוד קו"ח הוא איזה כח מרובה כח המוחזק או כח שאין מוחזק א"כ קו"ח הוא ומה כשהעד מסייע למי שאין מוחזק זוקק את המוחזק לישבע כשהעד מסייע למוחזק כש"כ שיפטרנו מהשבועה כו' וכ"כ המרדכי ברישׁ פ"א דב"מ וכ"כ בתשובת מיימוני לספר משפטים סי' ס"א ובשו"ת מהר"ם מרוטנבורג סי' תתקנ"ד ובשו"ת מהר"ם בר' ברוך החדש סי' שמ"ג. ולפי הטעם דקם לשבועה בין לחייב ובין ליפטר א"כ אף היכא שבא ליפטר לאותו שבועה שבא ע"י ג"כ פוטר דהא בענין עסק שבועה אמרה התורה דמועיל ע"א וע"כ אין לחלק בזה. אבל לפי הטעם דילפינן בקו"ח מן מה דמחייב שבועה א"כ לפ"ז אין לנו הוכחה רק לענין פעולה אחת ודי לבא מן הדין להיות כנדון דעיקר חיוב שבועה ג"כ אין זה רק בשם פעולה אחת. ולכן שפיר י"ל לומר עדיין דהיכא דבא לחייב שבועה ואח"כ בא ליפטר לאותו שבועה דבא ע"י דבכה"ג דהוי שתי פעולות ע"י אותו העד דמנלן דפוטר בכה"ג כיון דעיקרו הוא מכח הקו"ח א"כ אין

לנו ילפותא רק על פעולה אחת דמועיל ע"א אבל לא על שתי פעולות כן יש להסביר לסברת הש"ך ולדינא ה"ל זה גופא ספיקא דדינא:

וכן יש לדון עפ"ז במש"כ הרמ"א לעיל סעי' ו' די"א דה"ה בנשבע ונוטל אם יש לו עד המסייע פוטר משבועה. והט"ז שם הקשה ע"ז כיון דעיקר ראיות תשובת מיימוני הוא מן הא דנסכא דר"א כו' א"כ לדידן דבכל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם א"צ התובע לישבע ליתא לראיה זו א"כ מנלן דאף בנו"נ פוטרו עכ"ל. ויש לדון לכאורה בזה דעיקר מלתא דנא תלוי בהנך טעמים שכתבנו כנ"ל דלפי הטעם דע"א קם לשבועה בין לחייב בין ליפטר א"כ ה"ה בנו"נ פוטר משבועה אבל להטעם דילפי בקו"ח דכח המוחזק מרובה כו' א"כ לפ"ז י"ל דדוקא בבא ליפטר להמוחזק כו' אבל בנו"נ כיון דאינו מוחזק ע"כ מנלן דפוטר בכה"ג. אבל באמת זה אינו דגם בנו"נ יש לדון להך קו"ח כיון דחזינן דיפה כח התובע דמוציא ממון מהמוחזק עכ"פ בשבועה. ואלו שבועת הנתבע לא מהני להפטר ע"כ גם בזה שייך לדון קו"ח זה. ועוד דגם בבנין אב יש לדון כן כמו דמחייב שבועה ומגרע כח המוחזק כמו כן יכול לפטור להתובע דיש לו זכות לישבע וליטול אף דמגרע כח המוחזק וזה פשוט. וכן עיקר קושיות הט"ז אינו קשה כלל דהא כן מוכח מן המקור דהך דינא דעד מסייע פוטר דהוכיחו מן ריש ב"מ דליחזי זוזי ממאן נקיט והתם בשנים אוחזין בטלית הוא בכלל שם נשבעין ונוטלין כמש"כ הש"ך בסי' קל"ח ס"ק ג' וכ"כ בשערי שבועות לרב אלפס בשער השני דחשיב להך דשנים אוחזין בכלל נשבעין ונוטלין ע"ש. והטעם הוא ע"פ סברת התוס' בב"מ (דף ב') ד"ה וזה נוטל רביע דבחציו השני מוחזק זה כמו זה כו' וע"כ מקרי נו"נ א"כ מוכח מזה דאף בנו"נ עד מסייע פוטר וכן מוכח מן מש"כ הרא"ש בריש פ"א דב"מ סי' ג' גבי הא דשבועות (דף מ"ה) דאם יש עדים שאמר האב ששטר זה אין פרוע גובה שלא בשבועה דה"ה ע"א פוטרו משבועה. א"כ מוכח דס"ל להרא"ש ג"כ דאף בנו"נ פוטרו משבועה וזהו הכל ע"פ מה דמוכח כן מן הך וליחזי זוזי ממאן נקיט כנ"ל. והש"ך לעיל ס"ק י"ח דהביא שמות הפוסקים דס"ל דאף בנו"נ עד מסייע פוטר ולא הביא להך דברי הרא"ש הלז. והיה לו להביא לדברי הרא"ש. ולכן שפיר פסק הרמ"א דאף בנו"נ עד מסייע פוטר. אך כ"ז לא שייך בנ"ד דאף דנימא למילף ע"י סברת במה מצינו למילף דפוטר משבועה כמו דמצינו דמחייב שבועה להמוחזק מ"מ ליכא למילף רק על ענין א' דיהיה מועיל ע"א כמו בהא דמחייב שבועה דהוא רק על ענין א' אבל מנלן דיפה כח ע"א על שתי פעולות. ולכן שפיר כתבתי דנ"ד תלוי בהנך טעמים הנ"ל וה"ל לספיקא דדינא הך דינא דאם עד אחד פוטר לאותו שבועה שבא ע"י אותו העד כנ"ל:

וכן פסקו כל הפוסקים דהיכא דאמרי עכשיו גירשה לא מהימנה בתרי ותרי כמבואר באה"ע סי' קנ"ב סעי' ג'. ומבואר ברמב"ם פ' י"ב ה' גירושין ה' ו' בזה"ל שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה הרי היא בחזקת א" האו"ת בס"ק י"ד הביא בשם תשובת שבות יעקב סימן קנ"א שכתב בשנים שתבעו זא"ז ואחד נתחייב שד"א ואחד שבועה דרבנן אין אומרים שמי שנתחייב שד"א ישבע תחלה אלא יטילו גורל והביא ראיה כו' ע"ש. והאו"ת דחה ראיה זו והביא ראיה מהריטב"א דכתב דמי דחייב שד"א לו משפט הקדימה. וכן מסיק האו"ת לדינא אם לא שרואין הב"ד שאם יקדימו לשני יבא הדבר לפשרה אז יכולים לאחרו עכ"ל. ולפי דיש לי לדון בכ"ז הרבה ע"כ הנני לבאר כל זה היטב בעז"ה וגוף תשובת ש"י אינו כעת ת"י: א גמורה כו' ותצא והולד ממזר. בד"א דאמרו עכשיו נתגרשה שהרי אומרין לה אם אמת הדבר הוצא גיטך כו'. אבל אם אמרו דמכמה ימים נתגרשה יש לומר דאבד הגט כו' ואם אמרה א"י ה"ז תצא והולד ספק ממזר עכ"ל הרמב"ם. אלמא הנה לכאורה יש לדון בזה לפי מה שכתב הצל"ח בברכות (דף נ"א ע"ב) בד"ה שהיין גורם לקדושה שתאמר כו' דמה שהוא מה"ת מקרי מקודש נגד מה שהוא מדרבנן ויש לדאורייתא משפט הקדימה יעו"ש. וכן כתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ט. א"כ לפ"ז י"ל דה"ה במצות עשה שמחוייבים ב"ד לשפוט בין אדם לחבירו דמשפט הקדימה על ב"ד להזדקק ולהשביע מקודם למי שנתחייב שד"א דזהו דאורייתא ומצוה זו מוטלת עליהם מה"ת. ולאחר למי שנתחייב ש"ה דזו המצוה אינו חל עליהם רק מדרבנן כן י"ל לכאורה בזה:

אכן יש להוכיח להיפך מהא דשבועות (דף מ"א) דאמרו מאי איכא בין שד"א לשבועה דרבנן כו' ולר' יוסי מאי איכא למימר כו'. והתוס' שם ובגיטין (דף ל"ה) ועוד כמה ראשונים הוכיחו דשבועה דרבנן צריך נק"ח מדלא אמרו הך א"ב. והובא בש"ך סי' פ"ז ס"ק ל"ח. ושיטת הר"ן והרא"ש דהובא שם טעמם דהגמ' לא בעי נפקותא על תיקון השבועה אלא נפקותא לענין דינא קבעי ע"ש. א"כ אי נימא דשד"א לו משפט הקדימה נגד שבועה דרבנן הא הוי מצי הש"ס לומר הך נפקותא דזהו לענין דינא. ומוכח מזה דאין מקדימין לשד"א נגד דרבנן. אכן ראיתי בקצה"ח סי' ט"ו ס"ק ב' דהביא לדברי השבות יעקב הנ"ל וחלק עליו דכיון דשד"א נחתינן לנכסיו אם אינו רוצה לישבע ושבועה דרבנן לא נחתינן לנכסיו ע"כ נזקקין תחלה להשביע שד"א ואח"כ שבועה דרבנן ע"ש. ולפ"ז יש לתרץ למה שהקשיתי על האו"ת מהא דלא אמרו הך נפ"מ בשבועות. והוא די"ל בזה דהא מתחלה דקבעי הש"ס מאי איכא בין שד"א לדרבנן לא היה יודע הך דין דבשד"ר לא נחתינן לנכסיו והיה ס"ל דגם בשד"ר נחתינן לנכסיו ע"כ שפיר אמרו מאי איכא בין שד"א

לדרבנן. דהא לפי סברת הקצה"ח עיקר הטעם דמקדמינן שד"א לדרבנן זהו משום מעלת שד"א דנחתינן לנכסיו ע"כ בעת דהיה ס"ל דגם בדרבנן נחתינן אז אין לשד"א קדימה נגד דרבנן ע"כ אמרו שפיר מאי איכא כו' וכן לר' יוסי דס"ל דבדרבנן ג"כ נחתינן מאי איכא. ולבסוף דחידשו לנו הך כללא דבדאורייתא נחתינן ובדרבנן לא נחתינן לנכסיו ממילא ידעינן הך דינא דהקדימה הוא לשד"א וכפי שכתב הקצה"ח להסביר כן א"כ נסתר הוכחתי:

אכן עיקר סברת הקצה"ח שכתב לבאר זה ע"פ הא דבשד"א נחתינן ובדרבנן לא נחתינן כנ"ל. צריך ביאור ומתחלה נבאר למה שכתב הש"ך בסי' פ"ז ס"ק כ"ה בשם רקנטי שכתב דמחוייב שבועה דרבנן ואינו רוצה לישבע והתובע תפס משלו מספקא לי וצ"ע עכ"ל. ולקמן בש"ך ס"ק ל"ח כתב דיכול לתפוס עד שישבע בנק"ח א"כ ודאי דס"ל להש"ך דמהני תפיסה וכ"כ הנתיבות ס"ק ט'. וכ"כ התומים באורים ס"ק כ"ד בשם הרדב"ז ח"א סי' רי"ו דפסק דאם הנתבע אינו רוצה לישבע שבועת היסת ותפס התובע דמהני תפיסה עכ"ל. והוא ט"ס וצ"ל ברדב"ז ח"ד סי' רי"ז וכיון דס"ל להרדב"ז דמהני תפיסה ע"כ וודאי קיי"ל כן לדינא וכמו שפסק הש"ך והאו"ת והנתיבות ג"כ דמהני תפיסה:

והקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק י"ב כתב דלא מהני תפיסה בש"ה לפי דכיון דאין ב"ד יורדין לנכסיו אם אינו רוצה לישבע ע"כ לא מהני תפיסתו עכ"ל. ובאמת אין זה הכרח כלל דהא מצינו בכמה דוכתי דאף דאין הב"ד יורדין לנכסיו עכ"ז מהני תפיסת הבע"ד. ומהן בהא דכתובות (דף צ"ו) ובתוס' שם ד"ה אלמנה שתפסה כו' דשיטת הערוך והר"ח לדינא כמר בר רב אשי דמהני תפיסת מטלטלי בין בכתובה ובין במזוני אף דמדינא דש"ס לא משתעבדי מטלטלין וכן פסק הרמב"ם הל' אישות פ' י"ח הלכה י"א ואף לאותן דפסקו דלא מהני תפיסת מטלטלי בכתובה טעמם משום דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים כמש"כ התוס' שם. אבל למזוני לכ"ע מהני תפיסה. ועיין בכתובות (דף פ"ד) בתוס' ד"ה והוא שתפס מחיים. ובר"נ ר"פ אלמנה ניזונית. וכ"כ הטור אה"ע סי' צ"ג ובש"ע שם סעי' כ"ג. אלמא דאע"ג דהב"ד לא נחתי למטלטלי עבור חוב כתובה ומזוני מ"מ מצינו דמהני תפיסה. וכמו בקנס וקלב"מ דמהני תפיסה וכן בחיוב לצאת ידי שמים דאף דשיטת הש"ך בח"מ סי' כ"ח ס"ק ב' ובסי' ע"ה ס"ק כ"ו ובסי' ע"ו ס"ק י"ב ובסי' קפ"ב ס"ק א' בשם הריב"ש דלא מהני תפיסה בחיוב לצי"ש. עכ"ז הא מצינו כן גבי אבק רבית דשיטת הראב"ד הוא דמהני תפיסת הלוה והובא בטור יו"ד סי' קס"א. ובש"ע שם לא פסקו כן. ומה שהקשה האו"ת בסי' כ"ח ס"ק ד' מהא דסנהדרין (דף ע"ב) דלרבא איגנבי לי' דיכרי במחתרתא כו' מצאתי בתשובת מהר"ם מרוטנבורג החדשים סי' תכ"ה שהקשה

כן ותירץ זה ע"ש ואכמ"ל. ועיין במל"מ ה' מלוה פ' י"א ה' ז'. ואף דיש לחלק קצת בין כל מה דנתבאר דהתם יש עליו עכ"פ חיוב לצי"ש לשלם הממון ובין שבועה דרבנן דאין עליו חיוב תשלומי ממונא רק דמחוייב לישבע. עכ"ז הא עכ"פ מצינו דאף היכא דאין הב"ד יורדין לנכסיו דמ"מ מצינו דמהני תפיסה ודלא כהכלל של הקצה"ח הנ"ל. ולכן כיון דאין הכרח לדברי הקצה"ח בסברתו ע"כ וודאי קיי"ל לדינא כמש"כ הרדב"ז. דמהני תפיסה כיון דהב"ד עכ"פ מענישין למי שאינו רוצה לישבע ש"ה כמבואר בשבועות (דף מ"א): ועוד י"ל בטעם הדבר דמהני תפיסה במי שחייב ש"ה כמש"כ הרדב"ז שם דכיון שאין רוצה לישבע רגלים לדבר שמשקר. ויש להסביר זה דכיון דעיקר טעמא דחייבו ש"ה זהו משום דאמרינן חזקה א"א תובע אלא א"כ יש לו עליו כמבואר בשבועות (דף מ'). וכל זמן דלא נשבע נשאר החזקה הנ"ל במקומה והוי זה כעין דררא דממונא דקיי"ל דמהני תפיסה בטוען ברי אע"ג דהב"ד לא נחתי לנכסיו מ"מ אמרינן בזה עביד אינש דינא לנפשי' וה"ה בזה דכל זמן דלא נשבע נולד לנו ספק מפאת החזקה הנ"ל. והב"ד לא נחתי לנכסיו כמו בכל הספיקות דהממע"ה ומ"מ מהני תפיסה. ואף דשיטת האו"ת והנתיבות בכללי תפיסה דבדררא דממונא עבור חוב לא מהני תפיסה עכ"ז הא בקונטרס הספיקות שלי העלתי דמהני אף בזה אם תפס. ועיין בסי' ע"ה ש"ך ס"ק ס"ד ובטור ח"מ סי' רס"ב אך אין זה ענין לנ"ד. וגם הא כתב הרדב"ז שם עוד טעם דלכן מהני תפיסה בחיוב ש"ה משום דכיון דאלמוה רבנן לתקנתא כו' אלמוה נמי לענין אי תפס לא מפקינן כו'. וזהו כעין מה שכתבתי לעיל. ועוד טעמים כתב הרדב"ז שם דאף בתרי ותרי היכא דאיכא הוכחה מצד איזה סברא דלא הוי ספק השקול אלא אמרינן דהוי בחזקת א"א גמורה. והולד וודאי ממזר כמש"כ הרמב"ם כנ"ל:

והנה בהטעם שכתב הקצה"ח לפרש דמפני מה משפט הקדימה למי שחייב שד"א דזהו לפי דבשד"א נחתינן לנכסיו כו'. יש להסביר זה ביתר ביאור דהא מי שנתחייב שד"א הדין הוא מה"ת דאם אינו נשבע מחוייב לשלם ממון לחבירו והוי כמי שתופס ממון של חבירו. וע"כ יכול לומר לו חבירו דמחוייב ש"ה דהא אף דמחוייב אני לישבע ש"ה מ"מ אין אתה יכול לתפוס ממון שלי אף אם איני רוצה לישבע ש"ה וע"כ ממילא מחוייב מקודם לישבע שד"א או לשלם הממון. וכל זה לפי שיטת הקצה"ח עצמו דס"ל דלא מהני תפיסה במקום חיוב ש"ה. אבל לפי מה דנתבאר בשם הרדב"ז וש"פ דס"ל דמהני תפיסה במקום חיוב ש"ה אם אינו נשבע. לפ"ז הדין נותן דאף דחייב שד"א מ"מ יכול לומר דהא אף אם אני חייב לך ממון בוודאי מ"מ הרשות בידי לתפוס מה שבידי בשביל חיוב ש"ה שיש לי עליך דהא כ"ז דלא נשבעת לי הרשות בידי לתפוס ממונך. ועיקר

שבועה הוא כדי לאפרושי מאיסור גזלה וכיון דאף דהיה ממון גמור ת"י יכול לתפוס עד שישבע חבירו לש"ה א"כ ה"ה לשבועה דאורייתא שמחוייב לישבע דאין הב"ד יכולים לכופו שישבע מקודם:

ולכן לדינא לפי מש"כ דהעיקר הוא דמהני תפיסה במקום חיוב ש"ה ע"כ הדין הוא דאין יכולים הב"ד לכופו למי שנתחייב שד"א דישבע תחלה דיכול לומר דאני תופס עבור חיוב ש"ה שיש לו על חבירו. וראי' לזה מהא דשבועות (דף מ"א) דאמרו מאי איכא בין שד"א לדרבנן ולא אמרו האי א"ב לענין קדימה לשד"א וכמו שכתבתי בארוכה לעיל. וכן אמרו בגמ' שם דלר' יוסי דס"ל דנחתינן לנכסיו בש"ה מאי בינייהו ולא אמרו הך א"ב משמע דאם היה הדין דנחתינן לנכסיו אף בש"ה דלפ"ז אין להקדים לשד"א נגד דרבנן. ואף דבכל מקום הדין הוא דמידי דהוי מה"ת הוא קודם למידי דהוי מדרבנן וכנ"ל. עכ"ז הא מוכח בסוגיא זו דאם היה הדין דנחתינן לנכסיו אף בש"ה דמ"מ אין לשד"א דין קדימה נגדו משום דיכול לומר הבע"ד דמחוייב לישבע שד"א דאני תופסו עבור חוב ש"ה שיש לי עליך ואין הב"ד יכולים לכפותו שישבע מקודם משום דאין אנו יכולים להוציא ממנו במקום שיש לו טענה ולעכב ת"י עבור חוב ש"ה. א"כ ה"ה לדידן דאף דקיי"ל כרבנן דר' יוסי דס"ל דלא נחתינן לנכסיו בשבועה דרבנן מ"מ כיון דאי תפס מהני אף בחיוב ש"ה כנ"ל ע"כ ג"כ יכול לומר דאני מעכב השבועה דאורייתא ת"י עבור חוב ש"ה שיש לי עליך. ולכן לפי מה דהכריע האו"ת בסי' פ"ז כהרדב"ז דמהני תפיסה במקום ש"ה ע"כ העיקר לדינא כהשבות יעקב דהעלה דאין לשד"א קדימה נגד דרבנן ודלא כהאו"ת דחולק עליו. ודוקא הקצה"ח דס"ל בעצמו דלא כהרדב"ז ע"כ שפיר פסק דלא כהשבות יעקב. אבל לדינא דקיי"ל כהרדב"ז כנ"ל ע"כ העיקר לדינא כהשבות יעקב: ומה שהביא האו"ת ראיה בשם הריטב"א דב"מ דכתב דהלוה נשבע שד"א מקודם דנשבע המלוה לשבועה דאינו ברשותו אך משום שמא יוציא את המשכון חייבוהו לישבע מקודם אלמא דהדין הוא דשד"א הוא קודם לדרבנן עכ"ל האו"ת. לענ"ד אין זה ראיה דהא התם אין ללוה על המלוה אלא חשד מגוף החפץ בלבד דחיישינן שמא עיניו נתן בה לכן אין הלוה יכול לומר אני תופס לשד"א שלי עבור החוב שאתה חייב לי לישבע שבועה דאינו ברשותו מדרבנן בשילם ולא רצה לישבע. דהא כל זמן דהלוה לא נשבע שד"א חייב לו ממון בוודאי דהא נחתינן לנכסיו בשד"א. והלוה אין לו על המלוה אלא חשד בגוף החפץ שמא מעכבו ת"י ועובר על לא תחמוד אבל לא גזלה ממש. והא כתב הר"נ פ' שבועת הדיינים בסוגיא דהמלוה על המשכון דאף אם המשכון הוא בעין ת"י המלוה ואין רוצה להחזירו אף דהמלוה עובר על לא תחמוד מ"מ צריך הלוה לשלם העודף מהמשכון

ואע"פ שאפשר כו' אבל אין הלוה נפטר מחיובו בכך כו' ע"ש בהר"נ. ע"כ כיון דקודם שנשבע הלוה יש ת"י ממון של המלוה ע"כ אינו יכול לעכבו ת"י עבור חשד מגוף החפץ שיש לו על המלוה וכמש"כ הר"נ. וגם י"ל באמת דמצינן לכוף להלוה לשלם היתרון מדמי המשכון והר"נ גופא מסתפק בזה וכתב שאפשר לומר שאין הב"ד נזקקין לכוף את הלוה כ"ז שהמלוה עובר על לא תחמוד. אלמא דנסתפק הר"נ בזה. וי"ל דזה אינו רק בידוע שמעכבו ת"י אבל לא במה שמסופקים אם המשכון הוא ת"י המלוה. וגם הא כתב הר"נ דזה ברור דהלוה אינו נפטר מחיובו עד שישלם היתרון מהחוב ע"כ מה"ט י"ל דלכן כתב הריטב"א דחייב הלוה לישבע מקודם. ועדיין י"ל דהיכא דלדברי הבע"ד דמעכב ת"י להשד"א שלו דלדבריו דמגיע לו ממון מחבירו בוודאי וע"כ חייב חבירו לו ש"ה דאם תפס אין מוציאין מידו ומעכב ת"י ע"פ דין ובהיתר דה"ה דמה"ט יכול לעכב ת"י חיוב שד"א שמחוייב עד שישבע לו חבירו ש"ה וע"כ אין הכרח מהריטב"א לדחות לדברי השבות יעקב הנ"ל:

ובח"מ סי' פ"ב סעיף ג' כתב המחבר כשטען שפרע השטר ואמר ישבע לי כו' ואם טען הלוה שאין לו ישבע הלוה שאין לו כו'. וזהו שיטת הרמב"ם שהובא בטור שם. והגאונים כתבו שאין אחד מהם נשבע כו'. והט"ז שם כתב להלכה כשיטת הגאונים אבל הש"ך פסק להלכה כהרמב"ם והמחבר. והטעם הוא דכיון דמה"ת א"צ המלוה לישבע על שטרו ע"כ בכה"ג מוקמינן על דינא דאורייתא. ולכאורה י"ל דמה"ט בנ"ד דמי שנתחייב שד"א יהיה מחוייב לישבע מקודם דמוקמינן על דאורייתא. אבל באמת אין זה דומה כלל לנ"ד דשאני הכא במי שיש לו על חבירו חוב ש"ה דמחוייב חבירו לישבע נגדו דיכול לומר מי שמחוייב לישבע שד"א דאני מעכבו ת"י עבור חוב ש"ה שיש לי עליך דהא מוטל החיוב על חבירו לישבע ש"ה. משא"כ התם גבי שבועת השבע לי על שטרו דאין יכול לומר השבע לי כ"ז דלא השליש לו הממון כיון דטוען אין לי א"כ אין לו עליו חיוב שבועת השבע לי על שטרו כיון דאחר שישבע המלוה לא יטול הממון. והוי זה כעין הא דב"מ (דף ה') דאמרו ומי יהבינן לי' כולי' וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קכ"ג דהיכא דאחר שישבע לא יטול הממון אינו מחוייב לישבע. ע"כ אין להלוה שום חיוב שבועה על המלוה כיון דטען אין לי לכן בכה"ג מוקמינן על דאורייתא משא"כ בנ"ד דיש לו חוב שבועת היסת על חבירו שפיר יכול לעכב ת"י השד"א שלו עד שישבע לו חבירו ש"ה. וכן אין להוכיח כלל מן שיטת הגאונים דס"ל דאין כ"א מהם נשבע. דשא"ה דהא עיקר חיוב שבועת אין לי הוא רק מתקנת הגאונים ע"כ לא שייך שם לדון ולומר דנוקמי על דינא דאורייתא כמש"כ הש"ך. דהא מה"ת פטור הלוה מן השבועה ע"כ בזה אמרו הגאונים

דאין כ"א נשבע. ע"כ אין להוכיח מן שיטת הגאונים הנ"ל כשיטת השבות יעקב הנ"ל דבאמת אין להוכיח לנ"ד מן הרמב"ם ומן שי' הגאונים הנ"ל כלל:
ונתבאר דהעיקר להלכה כמש"כ השבות יעקב דאין דין קדימה לשד"א נגד דרבנן ואין אנו יכולין לכופו שישבע מתחלה. וכעת הגיע לידי ספר שבות יעקב וראיתי שם בסי' קנ"א שכתב ג"כ ראי' זו מהא דשבועות (דף מ"א) דמדלא אמרו הך א"ב לענין קדימה דמוכח מזה דאין קדימה לשד"א אך שכתב בקצרה. ובעז"ה אנכי בארתי כל זה היטב:
ז (שם סעיף י'):
ועכשיו נבאר בעיקר מילתא מה דכתבו האחרונים בשנים שנתחייבו ש"ה דיטילו גורל מי מהן ישבע תחלה דיש לדון בזה הרבה. והוא דהא אי' בסנהדרין (דף ל"ב) צדק צדק תרדף אחד לדין וא' לפשרה כיצד כו' היו שתיהן קרובות שתיהן רחוקות הטל פשרה ביניהן ומעלות שכר זו לזו. וכן מבואר בח"מ סי' ער"ב סעיף י"ג י"ד שניהם טעונים שניהם רוכבים או ריקנים הטל פשרה כו'. וכה"ג מבואר בסי' קנ"ד סעי' ג' בהג"ה דאם באו שניהם לפתוח בבת אחת כו' דאם שניהם חסרים יעשו פשרה ביניהם וכמש"כ הנ"י בשם הריטב"א ס"פ חזקת הבתים. וקשה דאמאי לא אמרו דיטילו גורל כמו בחלוקת השותפות וחלוקת החצר בסי' קע"ג ובסי' קע"ד ובכמה דוכתי: ויש לומר דבאמת מוכח מזה דהטלת גורל לא שייך אלא היכא דבעצם הענין אין שום נפ"מ לכ"א מהצדדים דהא לא אמרינן דיטילו גורל אלא בקרקע שוה שניהם עדיות או בינונית וזיבורית. ומה"ט בשני שדות א' עדיות והב' זיבורית הא חולקים כל שדה בפ"ע כמבואר בסי' קע"ד. ע"כ כיון דאין שום יתרון בהך פלגא יותר מן אידך פלגא בזה אמרו דיטילו גורל. והא דב"ב (דף קכ"ב) בחלוקת הארץ שאני התם דהיה אלעזר באורים ותומים ויהושע וכל ישראל עומדים כו' והיה מכוין ברוה"ק ואומר זבולון עולה תחום עכו עולה עמו כו'. וכן אמרו בב"ב (דף ק"ז) אי מה להלן קלפי ואורים ותומים כו'. וכן הא דסנהדרין (דף מ"ג ע"ב) דא"ל אל תוציא לעז על הגורלות שעתידה ארץ ישראל שתתחלק בגורל כו' והיה ג"כ באורים ותומים כמו בחלוקת הארץ. אבל גורל שלנו דאינו באורים ותומים לא מצינו דמהני רק בחלקים שוים כנ"ל:
ולכן התם בשניהם טעונות או רוכבים דכ"א צריך לאותו ענין וכן בפתיחת החלון דמיירי שם דשניהם חסרים וכ"א אומר שאני רוצה בהאי זכות ואם הגורל יזכה לא' איבד הב' את זכותו ע"כ לא מהני בזה גורל כי אין כח בהגורל להפקיע זכות א' מהם לכן אמרו דיעשו פשרה ביניהם. וכן כתב הט"ז ביו"ד סי' ט"ז ס"ק ט' גבי אותו ואת בנו דכל מי שישחוט תחלה זריז ונשכר דאין לב"ד להכניס א"ע בדבר ולומר שיפילו גורלות מי מהם

ישחוט תחלה כי אין להם להפקיע זכות של כ"א שרוצה להקרא זריז שיש לכ"א היתר לשחוט עכ"ל הט"ז. הרי מבואר דאין הגורל יכול להפקיע זכות של כ"א שרוצה לזכות באיזה דבר. והא דיומא (דף כ"ב) בהפייסות שהיה שם הא אין זה רק מדרבנן כמו דאמרו שם דמה"ט לא תקנו רבנן פייסא בעבודה של תרומת הדשן כו' כיון דחזו דקאתו לידי סכנה תקנו רבנן פייסא. ואין מדמין תקנת חז"ל להדדי. ולכן שפיר אמרו בהא דח"מ סי' ער"ב וסי' קנ"ד ובט"ז יו"ד הנ"ל דיעשו פשרה ולא הטלת גורל. וראיתי בספר תפארת למשה על יו"ד סי' קנ"ז סעיף א' בהג"ה דלא יתנו מהם אחד אא"כ יחדוהו כו' דכתב דע"פ גורל שרי והביא ראיה מן עובדא דיונה וגבעונים ע"ש. ובאמת אין זו ראיות מוכרחות דהא בעובדא דיונה היה הגורל כדי שידעו בשל מי הרעה הזאת כדכתיב ביונה א' ובפרקי דר"א שהובא שם בפי' רש"י שהיה שארי ספינות בשלום ושלהם משתברת כו'. ובלא"ה אין ראי' מהמלחים דהתם כידוע. וכן מהא דגבעונים הלוא היה ע"פ קליטת הארון כמבואר ביבמות (דף ע"ט) שהעבירום לפני הארון כו' והיה כמו ע"פ שכינה. וכן י"ל בהא דסנהדרין (דף י"ז) דא"ל בואו וטלו פיתקיכם כל מי שעלה בידו זקן אמר כבר קידשך שמים. ועיין בח"מ סי' קס"ג ש"ך ס"ק י"ח וקצרתי. וכן ראיתי להנתיבות בסי' קנ"ד ס"ק ו' שכתב שם דלא מהני הטלת גורל התם אך שכתב בקצרה ע"ש:

ולפי מה דנתבאר דלא מהני הטלת גורל להפקיע זכות של כ"א. ע"כ יש לדון בשנים שנתחייבו שבועה זה לזה דלא מהני בזה הטלת גורל כיון דכ"א טוען כי האמת אתי ואתה לא תוכל לישבע באמת על טענתי וע"כ רצוני דהשבע אתה תחלה כי שמא תפרוש מאימת השבועה ותתחייב לי א"כ למה אשבע בחנם ואע"ג דהאמת אתי מ"מ הא כמה אינשי פרשי משבועת אמת כמש"כ הר"נ בשבועות ר"פ כל הנשבעין על מה דמקשה הגמ' שם גבי שכיר נשבע ונוטל דליתב ליה בלא שבועה דזהו משום דאיכא למיחש בכדי חייו דהא איכא אינשי דפרשי משבועת אמת ואפי' בקושטא לא בעי לאשתבועי עכ"ל הר"נ. [ועיין בש"ך סי' פ"ט ס"ק יו"ד באה"ד בד"ה אך קשה לי כו' בסה"ד שם בקושייתו על הרמב"ן]. וע"כ טובתי וזכותי דאתה תשבע תחלה והדעת נוטה דאין יכולת ביד ב"ד לכופו לישבע תחלה ע"פ הגורל רק מהראוי לב"ד להשתדל ולעשות פשרה ביניהם כמו בהא דשניהם טעונות וכל הנ"ל. ואפשר דלכן נהגו להטיל גורל בזה וכמש"כ האחרונים לפי דהא מקודם דישבע חבירו מקודם מחוייב השני להשליש בטחונות טובים כפי ראות עיני הב"ד בזה שישבע בוודאי לבסוף או ישלם כפי התביעה ע"כ באמת אין שום נפ"מ לכ"א או שישבע בסוף או בתחלה ע"כ הנהוג בזה להטיל גורל. ולפ"ז יש לדון דהיכא דלפי ראות עיני הב"ד יהיה פסידא למי שיהיה צריך לישבע תחלה כפי ראות

עיניהם לפי קוטב הענין כידוע לפעמים בענינים כאלה דבזה קשה לחייבו לישבע תחלה ע"פ הגורל אלא מהראוי לב"ד להשתדל ולעשות פשרה ביניהם מי יהיה הקודם. וכן מן דברי הנתיבות בסי' קנ"ד ס"ק ו' כנ"ל הוי סייעתא לדברינו:

כ"ז כתבתי מכבר. וכעת ראיתי בספר תבואות שור סי' ט"ז בשמלה חדשה סעי' ט' ובתבואות שור ס"ק כ"ט שכתב במה שכתב הט"ז שם גבי אותו ואת בנו דאין לב"ד להכניס א"ע ולהטיל גורל כו'. דאינו כן לדינא והעלה דמתחלה יראו לפשר ביניהם ע"י ממון שיעלו שכר זה לזה אבל אין לכוף שום א' מהם ע"ז ואם לא יתרצו יטילו גורל. והביא שם להא דסנהדרין (דף ל"ב) דשניהם טעונות מעלין שכר זה לזה כו' ע"ש. ומשמע מדבריו דה"ה בהא דסנהדרין הנ"ל הדין הוא דאם לא יתרצו לעשות פשרה ביניהם דיוטל גורל ביניהם מי יהיה הקודם. ע"כ שפיר נהגו בכל בתי דינים להטיל גורל ביניהם מי ישבע מקודם רק מתחלה יהדרו אולי יהיה יכולת בידם לפשר ביניהם בזה. אך אם לא יתרצו על פשרה מי מהם ישבע תחלה אז יטילו גורל רק ישליש השני בטחונות טובים שישבע אח"ז או ישלם כל תביעת חבירו. ואף היכא שיגיע פסידא למי שיצטרך תחלה לישבע ע"פ הגורל ג"כ היכולת ביד הב"ד לכופו ע"פ הגורל שישבע מקודם ודלא כמו שכתבתי מתחלה ושפיר נהגו בכל בתי דינים להטיל גורל בזה:

ענף א:

ועוד נלע"ד לדון בשנים שתבעו זא"ז ונתחייבו כ"א שבועה לחבירו די"ל דאין אחד יכול להכריח לחבירו לישבע עד אחר שישבע שבועה המוטלת עליו לישבע נגד חבירו ואף ע"פ גורל לא יהיה יכול להכריח לחבירו לישבע מקודם. והוא דהא עיקר מילתא דחייב ש"ה הוא משבועות (דף מ') דאמרו מ"ט ואמרו משום חזקה א"א תובע אא"כ יש לו עליו ומקשו דהא איכא חזקה א"א מעיז ומשני אישתמוטי כו'. ובאה"ע סי' פ' סעי' ט"ז כתב המחבר טען הוא שאינה עושה והיא מכחישתו מושיבין אשה ביניהם וכ"כ הרמב"ם פ' כ"א ה"א ה' יו"ד. וכתב ההפלאה בק"א שם דהא דלא תקנו שבועת היסת שם טעמו דהא עיקר ש"ה הוי משום חזקה א"א תובע כו' ע"כ היכא דאיכא חזקה אין אשה מעיזה הסותרתו מן ש"ה. והם דברי טעם ועיין בהפלאה בק"א סי' צ"ו ס"ק ו' מזה. וכה"ג כתב השער המשפט בסי' ע"ח ס"ק ז' דהיכא דאיכא חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דפטור מן ש"ה ודוקא במה דאיכא חזקה א"א מעיז היכא דליכא אשתמוטי כמש"כ התוס' בב"מ (דף ו') ד"ה אלא הא דאמר ר"נ דלא פלוג רבנן אבל בשארי מילי היכא דאיכא חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' בזה מיפטר מן ש"ה וכמש"כ ההפלאה כנ"ל:

ולפ"ז יש לדון בשנים שתובע כ"א מנה לחבירו דכיון דחזינן דאף בהשני שתובע מהראשון שייך ג"כ הך חזקה דא"א תובע כו' דאם נימא דבהשני לא שייך כ"כ הך חזקה דאפשר דעושה כן מחמת דהתחיל הראשון לתבוע ממנו. דא"כ היה הדין נותן דלא יהיה חייב הראשון ש"ה על טענת השני וע"כ מוכח דגם בהשני אמרינן הך חזקה דא"א תובע כו' רק חזקה א"א מעיז לא שייך בהנתבע משום דאמרינן אשתמוטי כו'. וכיון דלכל אחד מהם מסייע הך חזקה דא"א תובע כו' ועיקר חיוב ש"ה הוי משום חזקה דא"א תובע כו' וכמש"ה מזה בחידושי לסי' פ"ז סעי' ו' בש"ך ס"ק ט"ו לדון עפ"ז בתרי ותרי אם חייב היסת ע"ש. ואם נימא לחייב לחבירו ש"ה משום חזקה א"א תובע כו' א"כ הא יש להשני ג"כ הך חזקה דא"א תובע כו'. והן אם נימא דהנך חזקות אינן סותרים להדדי דבאמת מוכח מהני חזקות דכ"א חייב לחבירו. והן אם נימא דהנך חזקות סותרות כ"א לחבירו הא נתבאר דאף אם איכא חזקה הסותרתו דלא מצינן לחייבו ש"ה כמש"כ ההפלאה כנ"ל. וכיון דאם היה ידוע דכ"א חייב לחבירו מנה הא היה יכול כ"א לעכב ת"י מה שחייב לחבירו ע"כ ה"ה במה דתקנו עיקר חיוב ש"ה דזהו משום חזקה א"א תובע כו'. לכן כיון דיש להשני ג"כ הך חזקה דלא מצינן לחייב לחבירו ש"ה כ"ז דלא נשבע ואמרינן אוקי חזקה להדי חזקה והוי כמאן דליתנהו להני חזקות א"כ אין כאן עיקר שבועה כלל מעולם דעיקרו ניתקן משום חזקה א"א תובע. לכן הדעת נותנת דכ"ז דלא נשבע אחד מהם אין כאן חיוב שבועה כלל על חבירו רק לאחר דנתרצה אחד מהם לישבע ואיבטל ליה החזקה דא"א תובע כו' של חבירו אז אח"ז יש לו חיוב שבועה על חבירו: והא דסי' ע"ב סעי' כ"ח דשניהם נשבעים ש"ה אין זה סתירה לנ"ד. וי"ל דלפמש"כ דאין כ"א נשבע נגד חבירו זהו בתובע כ"א מנה מחבירו ושני התביעות הם שוות דאמרינן אוקי חזקה בהדי חזקה כו'. אבל אם תובע א' מחבירו שלשה דינרים וא' תובע מחבירו דינר א' דבזה י"ל דאף דנימא אוקי חזקה להדי חזקה והוי כמו דליתנהו דמ"מ עדיין חייב לישבע אותו שתובעין ממנו שלשה דינרין דאף דנימא אוקי חזקה כו' ויש לו חזקה המסייעו על דינר א' עכ"ז הא יש להב' חזקה דא"א תובע כו' על השני דינרין דתובע מחבירו וע"כ הדין נותן בזה דמקודם מחוייב לישבע אותו הבע"ד שתובעין ממנו התביעה גדולה שהוא יותר מתביעתו. וממילא מחוייב לישבע ג"כ על הדינר השלישי ג"כ דאף דעל דינר א' יש לו חזקה המסייעו מ"מ הא מבואר בש"ך סי' צ"ד ס"ק ח' דחזקה לא מצי למיפטר מן גלגול שבועה אף בחזקה אלימתא. ע"כ כיון דעל העודף מן תביעת חבירו מחוייב לישבע לכן חייב לישבע משום גלגול שבועה אף על דינר הג' דאף דנימא דהך חזקה דא"א תובע דיש לו על הבע"ד השני מן תביעת דינר א' הוא סותר להך חזקה מ"מ הא אין כח בחזקה

למיפטר מן ג"ש. וע"כ שם בסי' ע"ב סעי' כ"ח דמיירי שם דהמלוה תובע מהלוה דינר א' והלוה תובע מהמלוה שלשה דינרין הדין נותן בזה דמתחלה ישבע המלוה ואח"ז ישבע הלוה על דינר א' ולא שייך התם הטלת גורל כלל אלא מי שנתבע ביותר מן תביעתו על חבירו דהוא ישבע מקודם:

וכן יש לדון היכא דהדין הוא אף אם היה ידוע לנו דכ"א חייב לחבירו מנה דכ"א גובה שלו כמו הא דסי' פ"ה סעיף ג' דזה גובה וזה גובה ולא אמרינן הפוכי מטרתא ל"ל. דבזה הדין נותן אף בתביעות שוות דיש לכ"א חיוב שבועה על חבירו דאין לומר בזה אוקי חזקה בהדי חזקה כו'. דהא אף אם היה מבורר לנו דכ"א חייב לחבירו מנה מ"מ היה הדין דכ"א ישלם לחבירו וע"כ שפיר יש כאן חיוב שבועה לכ"א על חבירו. ועיין בקצה"ח סי' ע"ג ס"ק ב'. אבל היכא דהדין הוא דהפוכי מטרתא ל"ל כמבואר התם ובש"ך סי' ע"ב ס"ק ע"ט ע"כ בכה"ג אין כאן חיוב שבועה כלל לכ"א על חבירו כ"ז דלא נשבע אחד נגד חבירו. ועיין באה"ע סי' צ"ו בח"מ ס"ק י"ב מש"כ בשם הר"נ. ואף גורל לא מהני בזה והוי כעין מה דמצינו לשיטת הגאונים בח"מ סי' פ"ב בטור שם והובא שם בסמ"ע ס"ק י"ח ובט"ז וש"ך שם דס"ל התם דאין כ"א מהן נשבע רק לאחר דנשבע התובע אז ישבע הלוה שאין לו אבל מקודם דנשבע התובע על שטרו אין א' מהם יכול להכריח לחבירו לישבע כלל ולא הזכירו שם כלל הטלת גורל. ושיטת הרמב"ם והמחבר שם דשא"ה דהא מה"ת א"צ בעהש"ט לישבע כלל על שטרו כמש"כ הש"ך שם. ואף דיש לחלק נ"ד מן הא דגאונים הנ"ל עכ"ז הא נתבאר בלא ראיה זו מילתא בטעמא די"ל בנ"ד דאין כל אחד יכול לחייב לחבירו שבועת היסת עד אחר שישבע האחד כנ"ל כן נ"ל לדון בזה:

אכן מהפוסקים לא משמע כן וכן המנהג דאף בתביעות שוים ואף היכא דשייך הפוכי מטרתא דמ"מ הב"ד מטילים גורל מי מהם ישבע מקודם אם השני ישליש בטחונות דישבע אח"ז ג"כ. ובאמת מוכח מזה דלא כמש"כ ההפלאה הכלל שלו דאם יש חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דפטור מן ש"ה. אלא דמוכח מזה דאף בכה"ג אמרינן לא פלוג רבנן וכמש"כ התוס' בב"מ (דף ו') כנ"ל. וכמש"כ מזה בסי' ע"ח על הש"ך שם ס"ק ט"ו בחידושי שם ע"ש. אך זה ברור לענ"ד דאם סך התביעות אינן שוין כ"א לחבירו דבזה הדין הוא דישבע מקודם אותו הבע"ד שתובעין ממנו ביותר מן תביעתו על חבירו דהא טענתו אילימא לנו ביותר מן תביעת חבירו ממנו כנ"ל ואמרינן אוקי חדא לגבי חדא ונשאר לנו העודף מן תביעת חבירו וממילא חייב לישבע מצד גלגול שבועה כנ"ל. ואף שמן האו"ת בסי' ע"ב ס"ק מ"ה לא משמע כן דהא שם מיירי דשני התביעות הם אינן שוין ותביעת א' הוא סך היותר מן תביעת חבירו ואפ"ה כתב האו"ת שם דאם שניהם

נשבעים הלא אי אפשר שישבעו כאחד וא' נשבע תחלה או בגורל או בריצוי הצדדין כו' עכ"ל האו"ת. וכ"כ הנתיבות בסי' ע"ב ס"ק מ'. עכ"ז נראה לי דהעיקר כמש"כ. כיון דע"פ דין יש לומר דבתביעות שוין הדין הוא כמש"כ אלא דנהגו להטיל גורל בזה אבל אם תביעת א' עולה ביותר מן תביעת חבירו בכה"ג י"ל מה"ט דנתבאר דישבע מקודם אותו שתובעין ממנו סך היותר:

עוד נלע"ד לדון בזה דכ"ז לא שייך אלא בתובעין שניהם ביחד זא"ז אבל אם א' מהן תובע תחלה דיזדקקו הב"ד תחלה לחייב שבועה למי מהן שהיה נתבע מתחלה. וכמבואר בכה"ג בכתובות (דף ק"י) בתוס' ד"ה סוף סוף כי אתו למגבי כו' דהיכא דל"ל פסידא דנזקקין למי שתבע מתחלה וכמש"כ הנתיבות בסי' כ"ד ס"ק א' ע"ש. אך אם לפי ראות עיני הב"ד יש מזה פסידא למי שיצטרך לישבע מקודם אז י"ל דאף בכזה יטילו גורל דהא במקום פסידא אין נזקקין לתובע תחלה. ואין לומר דבאמת ישבע מקודם לדבריו דאומר דהאמת עמו די"ל בזה כעין מש"כ הר"נ רפ"ז דשבועות דמקשה הגמ' שם וליתב ליה בל"ש דגם בזה שייך כדי חייו דכמה אינשי פרשי משבועת אמת. וכיון דזה מקרי דנוגע לכדי חייו וודאי דמקרי זה כעין פסידא. ועיין בקצה"ח סי' ק"א ס"ק ו'. אבל היכא דלפי ראות עיני הב"ד אין בזה פסידא למי שישבע מקודם אז הדין הוא דיזדקקו הבית דין להתובע מתחלה לחייב לבעל דין שלו השבועה מקודם כן י"ל בזה:

היוצא לנו מכל זה דבחיוב ש"ה מהני תפיסה ודלא כהקצה"ח. והיכא דיש לא' על חבירו שד"א והב' יש לו על חבירו שבועה דרבנן דיטילו גורל וכמש"כ השבות יעקב בסי' קנ"א אבל לא ישבעו שניהם ביחד כמש"כ הש"י שם. ואם יש לכ"א ש"ה על חבירו דיטילו גורל מי ישבע תחלה דאז ישלים השני מעות ת"י הב"ד לבטוחות דישבע לאח"ז. וכעין מש"כ הש"ך בסי' פ"ב ס"ק י"ב דאומרים לו הבא מעות דוקא ולא משכון ואח"כ ישבע ויטול. ועיין באו"ת שם ס"ק י"ז באורים. וכ"ז הוא אם התביעות הם שוין אבל אם תביעת א' הוא סך גדול מתביעת חבירו י"ל בזה דישבע מקודם אותו הבע"ד שתובעין ממנו הסך הגדול ואח"ז ישבע השני. ואם א' מהם תבע לחבירו מקודם תביעת השני י"ל בזה דנזקקין למי שתבע מתחלה אם אין פסידא למי שישבע מקודם כנ"ל:

יא (שם סעי' י"ב ש"ך ס"ק ל"ה):

בד"ה אבל לפעד"נ דהמהרא"י והד"מ והב"ח שגו וטעו בזה כו' ועוד דאפילו כו' א"כ גם אם הוי מתחייב ש"ד היה יכול לומר כו' והשבע לי היסת כו'. והקצה"ח בס"ק ט"ז כתב דמ"ש הש"ך בדרכים הראשונים אינו מוכרח דע"כ לא אמרו במודה במקצת דישבע היסת אחר הפרעון משום דכי פרע תו ליכא דין מודה במקצת אבל היכא שנתחייב

ש"ד ע"פ עד ולא רצה לישבע ושילם נראה דגם אחר פרעון ליכא היסת אף למ"ד אין עד מסייע פוטר דהדין הוא כ"ז שאינו נשבע להכחיש העד ה"ה כשנים כו' שוב ראיתי בחידושי הרשב"א כו'. ובספר תרומת הכרי שם הביא בשם העיטור שכתב להיפוך ע"ש. ועיקר סברת הקצה"ח שכתב לחלק דשאני בע"א דכ"ז דלא נשבע כנגדו ה"ה כשנים י"ל דזה תלוי בהנך תירוצים שכתבו התוס' בב"ב (דף ל"ד ע"א) בד"ה הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כו' והובא בש"ך סי' ע"ה ס"ק מ"ג ועיין באו"ת סי' ע"ה ס"ק ט' וקצרתי:

ולענ"ד נראה לחלק בחילוק אחר דשאני שבועת ע"א מן שבועת מודה במקצת לענין ש"ה לאחר הפרעון והוא דלקמן סי' צ"ד סעיף ג' ענף ה' כתבתי להעיר במש"כ שם לעיל בשם ההפלאה דהיכא דיש חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דכה"ג לא תקנו לש"ה והקשיתי שם ע"ז מהא דסי' פ"ח סעי' כ"ב גבי שבועת מודה במקצת דאם לא רצה לישבע שד"א ושילם דיכול לטעון עליו ולהשביעו היסת לאחר פרעון דהא בכה"ג יש חזקה דא"א תובע כו' דהיה להתובע הראשון מתחלה בעת שתבע א"כ החזקה הלז סותר להחזקה דא"א תובע כו' דיש להתובע השני עכשיו וע"כ לכאורה הדין דאינו יכול לחייב ש"ה לאחר הפרעון. והעליתי שם לחלק דשא"ה די"ל דעיקר שד"א במודה במקצת ג"כ הוא משום החזקה דא"א תובע כו' ולכן כיון דהועיל החזקה כו' לחייב שד"א ע"כ אינו מועיל שוב להיות פוטר את הנתבע השני מן ש"ה וכעין סברת הש"ך הכא גבי ע"א דאינו יכול לפעול שתי פעולות היינו לחייב שבועה ולפטור אח"ז כו'. וזה אינו שייך רק גבי שבועת מודה במקצת די"ל דהוא ג"כ מטעם חזקה א"א תובע כו'. אבל שבועה הבא ע"י ע"א דאין זה מטעם חזקה א"א תובע כו' דהא קיי"ל דאף בטענו בספק ע"פ העד ג"כ חייב שד"א כמבואר בסי' ע"ה סעי' כ"ג וכמש"כ הש"ך שם ס"ק פ' דכן הלכה רווחת בישראל. ע"כ שפיר יש לדון גבי שבועת ע"א דאם לא נשבע והוכרח לשלם דאינו יכול להשביע את המלוה ש"ה לאחר הפרעון כיון דעיקר ש"ה הוא משום חזקה א"א תובע כו' והכא יש חזקה דא"א תובע כו' דהיה להתובע הראשון בעת שתבע ממנו מתחלה וזהו סותר להחזקה דא"א תובע דיש להתובע השני ע"כ אין מקום לחיוב ש"ה לאחר הפרעון גבי שבועת ע"א ושאני שבועת מודה במקצת:

ועדיין יש לדון בזה לפי מה שכתבתי לקמן סי' צ"ד סעי' ג' ענף ה' דלכן אמרו בסי' פ"ב סעי' י' ובסי' ע"ח גבי חזקה תו"ז דיכול להשביע היסת לאחר הפרעון ולא אמרינן דהא איכא חזקה דא"א תובע כו' דהיה להתובע הראשון דזהו סותרת להחזקה דהשתא משום דשא"ה דאין כח כ"כ בהחזקה הראשונה לפי די"ל דכיון דהשטר או החזקה דתו"ז

מסייעתו כו' וכעין סברת ההפלאה בסי' צ"ו סעי' י"א ע"ש. א"כ ה"ה יש לדון כן בשבועת ע"א דאין כח כ"כ בהחזקה דא"א תובע כו' שלו די"ל בזה ג"כ דכיון דאיכא ע"א המסייע לו דמעיז ומעיז כדמצינו באה"ע סי' י"ז ובב"ש ס"ק ו' בשם הטור דאף אם ע"א מסייע לה מעיזה. אכן כיון דזה גופא ה"ל פלוגתא דרבוותא כמו דמסיק הב"ש שם בשם הרא"ש וכמבואר באה"ע סי' קמ"א סעי' נ"ה ובב"ש שם ס"ק פ"א ע"כ מספיקא אין יכולין לחייב ש"ה לאחר הפרעון גבי שבועת ע"א דדילמא הדין הוא דבע"א מסייעו ג"כ אינו מעיז א"כ אילימא לי' החזקה דא"א תובע כו' דהיה להתובע הראשון ושפיר מצית לסתור להחזקה השנייה דשקולים הם. ואפשר דזהו פלוגתת הרשב"א עם העיטור הכא בנ"ד שהובאו בקצה"ח ובספר תרומת הכרי ויש להאריך בכ"ז. ולדינא אין לחייב ש"ה לאחר הפרעון בשבועת ע"א אף אם נימא דאין עד מסייע פוטר בכה"ג:

יב (שם סעיף י"ג):

ואם השביעוהו בשבועה שצריכה נק"ה בלא חפץ הוי טעות וחוזר.

וראיתי בהפלאה בק"א סי' צ"ו ס"ק ל' שכתב על דברי הב"ש שם ס"ק ל"ט דצריכה לחזור ולישבע ונראה דבדיעבד לא אמרינן בזה א"א מוריש שבועה. ופשוט הוא דעכ"פ צריכים היורשים לישבע שבועה שלא פקדנו ונראה דנפקא לי' להב"ש מהא דאמר ומודה רב בקופצת משמע דלא נשבעה בנק"ח כו' וצ"ל דס"ל לרב דהך דינא דיתומים מן היתומים אין גובין לא חמירא כולי האי וכיון דנשבעה חוץ לב"ד תו לא אמרינן בי' מתוך שאינו יכול להשבע משלם ולפ"ז נ"מ בכל חוב במת לוה בחיי מלוה אם המלוה נשבע קודם מותו בלא נק"ח אף דקיי"ל דצריך לחזור ולישבע מ"מ אם מת לא אמרינן בי' א"א מוריש שבועה לבניו וצ"ע שלא הזכירו הפוסקים עכ"ל ההפלאה:

ענף ב:

ולענ"ד יש לדון הרבה בדבריו. והנה הר"נ גיטין פ"ד ובסוגיא דהתקינו שתהא נודרת ליתומים כו' כתב על מה דאמרו מודה רב בקופצת ופי' רש"י הואיל וקפצה ונשבעה תגבה וכן משמע בירושלמי אבל ר"ח ז"ל כתב מודה רב בקופצת שכיון שעברה ונשבעה משביעין אותה שבועה כתקנה ע"ד ב"ד ומוכח לה מן ב"ק (דף ק"ו) כאן בקפץ אלמא בקפיצה לא חשיבה שבועה ולאו ראיה היא דלעולם שמי' שבועה והתם ה"ט כו'. וכן כתב הרשב"א בחי' לגיטין (דף ל"ה) עלה דאמרו מודה רב בקופצת לפלוגתת רש"י עם הר"ח הנ"ל. וכ"כ הרשב"א בחי' לב"ק (דף ק"ו) ובשמ"ק לב"ק שם להך פלוגתת הראשונים הנ"ל. והנה שיטת רש"י וסייעתו דמה דמודה רב בקופצת דס"ל דגם שבועה בקפצה ונשבעה מועלת ואינו ראיה מהא דב"ק כמבואר שם בדברי הראשונים הללו. א"כ

אינו ראי' מהתם להוכיח להך דינו דחידש ההפלאה די"ל דשא"ה דעיקר התקנה דנמנעו בכתובה להשביעה משום חשש שתשבע לשקר ולכן רב לא מגבי כתובה לארמלתא דזה אינו רק לכתחלה אבל כיון דעברה ונשבעה כפי הדין של שבועתה בדיעבד סמכינן על שבועתה. וע"כ אינו ראיה מהתם להוכיח להך דין מחודש של ההפלאה ומוקמינן על הסברא דכיון דשבועה בלא נק"ח לא מהני כלל במקום דצריך נק"ח והוי כמו דלא נשבע לשבועת היתומים כלל וממילא דיינינן גם בזה להך דא"א מוריש כו'. ועיקר ראיות ההפלאה הוא לפי שיטת החולקים על רש"י וס"ל דשבועה בקופץ לא הוי נחשב לשבועה כלל כ"ז דלא השביעוהו הב"ד וכמו דהוכיחו מן הא דב"ק (דף ק"ו). ומ"מ חזינן דמודה רב בקופצת דיכולין להשביעה שנית ואף דהוי בחשש שתשבע לשקר שנית ג"כ מ"מ כיון דכבר נשבעה עכ"פ אף דלא מועלת מ"מ לא החמירו בכה"ג בשבועת יתומין לומר דזה יהיה עיכוב לענין הפרעון. ועיין ברא"ש שבועות פ"ז סי' ט"ו. א"כ ה"ה בכל שבועת יתומין אף דהחמירו שם למידן בזה א"א מוריש כו' דמ"מ כיון דנשבע אף לשבועה דאינו מועיל מ"מ לא דיינינן בזה א"א מוריש כו'. וכיון דראיות ההפלאה הוא רק לשיטת הסוברים דבקופצת צריכה לחזור ולישבע משום דשבועת קופצת לא מהני א"כ לא היה צריך ההפלאה להוכיח כן ע"פ מש"כ דמשמע דשבועת קופצת דהתם היתה בלא נק"ח. דהא אף דנימא דקופצת דהתם היה בנק"ח מ"מ יש להוכיח כן לפי מה דס"ל להך שיטה דשבועת קופצת לא מהני כ"ז דלא נשבעת ע"פ דעת הב"ד ואפ"ה ס"ל דמהני שבועת קופצת לענין דיהיה מועיל להשביעה שנית לשבועה המועיל ע"פ ד"ת. דה"ה לענין א"א מוריש כו' דאם נשבע המלוה עכ"פ לאיזה שבועה אף דאינו מועיל דמ"מ יהיה מהני שבועת היורשים שישבעו לשבועה שלא פקדנו כו' בשבועה בנק"ח. אך לפי שיטת רש"י וסייעתו דשם אין זה הוכחה כנ"ל. וי"ל באמת לשי' רש"י וסייעתו דקופצת דהתם היה בשבועה בנק"ח וס"ל דשבועה בקופץ ג"כ מהני בכל חיובי שבועות דעלמא וע"כ אף בשבועת אלמנה דתקנו שלא להשביעה דזה לא היה רק על לכתחלה אבל אם קפצה מהני גם בכתובה. משום דהתקנה לא היה רק על לכתחלה אבל לא לעיכובא:

ובח"מ סי' פ"ז סעי' ט"ז שנים שנשבעו שלא יטענו אלא האמת י"א דאינו נפטר בשבועה הראשונה וי"א דאם נשבעו בנק"ח א"צ לחזור ולישבע כו'. ומבואר בבאר הגולה שם ס"ק יו"ד בשם תשובת הרשב"א שכתב הטעם דלכן אינו נפטר בשבועה הראשונה לפי דבשעה דנשבע לא יצתה מפיו לשקר כו' וכ"כ הסמ"ע שם ס"ק מ"ג. והש"ך שם ס"ק מ"ג ציין לעיין לקמן סעי' ל"ד והוא בש"ך שם ס"ק פ'. ועיין לעיל סי' ל"ד סעי' ח' ובסי' צ"ב סעי' ב' מזה. ולענ"ד יש לדון בזה טעם אחר לפי שיטת הר"ח וכפי הכרעת דעת הרשב"א

בחי' לגיטין שם כדעת הר"ח דשבועת קופצת לא מהני לצאת ידי חובת שבועת הדיינין משום דבעינן בשבועת הדיינין דהב"ד ישביעו אותו וכ"ז דלא השביעוהו הב"ד אין זה מקרי איום בשבועתו דהא הב"ד מאיימין עליו כמבואר בשבועות (דף ל"ט) ולקמן סעי' כ' ואלו בקופץ ונשבע לא יצא ידי חובת האיום וע"כ ס"ל להך שיטה דשבועה דקפץ ונשבע לא מהני א"כ בנשבעו מתחלה שלא יטענו אלא האמת לא יצא ידי חובת שבועת הדיינין משום דה"ל כמו קפץ ונשבע דלא מהני לשיטה זו. והיש אומרים דס"ל דיצא ידי חובת שבועה במה דנשבע מתחלה שיטעון האמת י"ל דס"ל כשיטת רש"י וסייעתו דגם שבועת קופצת מהני אף בשבועה שצריך בנק"ח א"כ ה"ה במה שנשבע שיטעון האמת ג"כ מהני לצאת חובת שבועתו. ואפשר לומר ולחלק דאף אם נימא דשבועת קופצת לא מהני מ"מ היכא דנשבע מתחלה שיטעון האמת והב"ד מזכירין לו אותו שבועה כמבואר בסעי' ט"ז בהגהת הרמ"א לשיטת היש אומרים דיצא בזה ידי חובת שבועתו א"כ מה דהב"ד מזכירין לו עונש השבועה ומאיימין לו ע"ז אז. דס"ל להך שיטה דגם בזה יוצאין ידי חובת האיום משא"כ בקופצת דנשבעת מכבר על העבר דלא שייך כן:

ועכ"פ בשיטת הסוברים דלא יצא במה שנשבע מתחלה שיטעון האמת את חובת השבועה המוטל עליו י"ל דס"ל דגם זה דמי לקופץ ונשבע דס"ל דלא מהני. והרשב"א בחי' לגיטין (דף ל"ה) דס"ל כשיטת הר"ח דשבועת קופצת לא מהני ואפ"ה כתב כאן הבאר הגולה בשם תשובת הרשב"א הטעם דלכן לא יצא חובת השבועה במה שנשבע מתחלה לטעון האמת משום דבעת השבועה הראשונה לא יצתה אז השבועה מפיו לשקר. י"ל דנפ"מ בטעם זה היכא דאינו חייב רק שבועת היסת דבשבועת היסת א"צ איום כמבואר לקמן סעי' כ"א והוא מן הרמב"ם ה' שבועות פ' י"א ה' ט"ו והלכה י"ט. והנה לפי הטעם שכתבתי בשיטת הסוברים דקופצת לא מהני משום דלא שייך בזה תורת דין איום א"כ י"ל דזה אינו שייך רק בשבועת הדיינין דבעינן איום אבל בשבועת היסת דלא בעינן ביה דין איום ע"כ מהני ביה גם שבועה בקפץ ונשבע. ע"כ כתב הרשב"א בתשובה טעם אחר דלכן לא יצא ידי חובת שבועתו במה שנשבע שיטעון האמת משום דלא יצתה אז מפיו לשקר דלפ"ז ה"ה דלא מהני זה לפטור אף בש"ה כן יש מקום לדון בכ"ז. וכן ראיתי בבית יוסף כאן בס"ק כ"ו שהביא לדברי הרשב"א שכתב הטעם דלכן לא יצא חובת שבועתו במה שנשבע מתחלה שיטעון האמת משום שבשעה שנשבע לא יצא מפיו לשקר כו' וכמש"כ הבאר הגולה בשם הרשב"א בתשובה כנ"ל:

ח (שם סעיף י' ש"ך ס"ק כ"ה):

כ"ז כתבתי מכבר וכעת ראיתי בתשובת הרשב"א סי' תתקס"ד שכתב בהנידון דשנים שנתעצמו בדין כו' ואח"כ נתחייב לחבירו שבועת היסת דיש אומרים דיצא ידי חובת השבועה מההיא דאמרינן מודה רב בקופצת וי"א שאין זה מצילו מן השבועה. תשובה הדין עם התובע דההיא דמודה רב בקופצת ר"ח ז"ל כתב שמשביעין אותה פעם אחרת בנק"ח כו' אע"פ שרש"י ז"ל לא פירש כן כו' ומ"מ אפילו לדברי רש"י ז"ל אין דומה זה משום דהתם השבועה שנשבעת כו' דכאן וכאן נשבעת שלא נפרעת אבל כאן כו' עוד תדע לך ששבועה זו חמורה מהראשונה כו' שבשעה שנשבע לא עבר על שבועתו וכדאמרינן פרק כל הנשבעין ושכנגדו חשוד על השבועה כו' כי קתני שבועה דכי משתבע בשיקרא משתבע כו' עכ"ל הרשב"א בתשובה שם. הרי להדיא דהרשב"א בעצמו העיר שם בהנידון דיליה מהא דגיטין (דף ל"ה) דמודה רב בקופצת ולפי פלוגתת רש"י והר"ח דלשיטת רש"י דקופצת דהתם מהני לענין דא"צ לחזור ולישבע דה"ה דיצא חובת שבועתו במה שנשבע מתחלה שיטעון האמת אבל לדעת הר"ח דס"ל התם דלא מהני התם בקופצת דה"ה בהנידון דיליה לא מהני להפטר חוב שבועתו אף בשבועת היסת דמיירי שם בהשאלה דיליה. ואף לדעת רש"י מ"מ בהנידון דיליה מודה רש"י דלא מהני לפוטרו משבועתו משום סברתו דבעת דנשבע בראשונה לא יצתה אז מפיו לשקר כן הוא קוטב דברי הרשב"א בתשובה שם. ומבואר שם דלא כמו שכתבתי לעיל לחלק דאף לשיטת הר"ח דס"ל דלא מהני קופצת דזה אינו אלא בשבועה שצריך איום אבל בשבועת היסת דא"צ איום מהני אף להר"ח שבועת קופצת. דזה אינו לפי מש"כ הרשב"א בעצמו שם ומוכח דס"ל להרשב"א דלשיטת הר"ח דס"ל דקפץ ונשבע לא מהני דה"ה לענין שבועת היסת ג"כ דיינינן כן משום דאף דלא בעי איום בש"ה מ"מ לא מהני בקפץ ונשבע לשיטת הר"ח והא שכתב הרשב"א שם לדון להסברא דלא יצתה אז השבועה מפיו לשקר כתב כן דאף לשיטת רש"י דס"ל דקפץ ונשבע מהני מ"מ שאני התם ע"פ סברא זו:

וכן מוכח ממה דאמרו מודה רב בקופצת ולשיטת הר"ח דשבועת קופצת לא מהני אלא צריכה לחזור ולישבע. והא מבואר לקמן סעיף כ"א דבשבועה הבאה על טענת ספק אין מאיימין א"כ התם בשבועת אלמנה על כתובתה דאין מי שטוען כנגדה להכחישה דא"צ איום. ואף דקיי"ל דמה דטוענין ליורש הוי כמו טענת ברי מ"מ ז"א שייך התם דהא עיקר הטעם דעל טענת ברי להכחישו בעינן דין איום הוא כמש"כ הסמ"ע לקמן שם ס"ק ס"ז דכיון דהתובע עומד כנגדו ומכחישו כו'. א"כ כ"ז דאין התובע טוען ברי להכחישו דלא שייך סברא זו לא בעינן דין איום ומשמע דאף בנשבעין ונוטלין דיינינן כן דעל טענת ספק לא בעינן דין איום. ואפ"ה ס"ל להר"ח וסייעתו דקופצת לא מהני וצריכה לחזור

ולישבע דמוכח דס"ל דלא תליא הך דינא דקופצת במה דלא בעינן דין איום דאף היכא דלא בעינן דין איום מ"מ לא מהני קופץ ונשבע ואינו תלוי זה באידך א"כ ה"ה בשבועת היסת ג"כ דיינינן כן דאף דלא בעינן דין איום בש"ה מ"מ לא מהני שבועה דקפץ ונשבע לשיטת הר"ח:

ובביאור הגר"א זצ"ל לסי' פ"ז ס"ק נ"ו כתב על הך פלוגתא דמבואר שם סעיף ט"ז בשנים שנתעצמו ונשבעו שיטענו האמת כו' דראייתם מן השולח דמודה רב בקופצת וסברא הראשונה ס"ל כפי' הר"ח שם ועוד אפילו לפי' רש"י אין זה דומה לשם דכאן נשבע להבא ולא נפסל עליה כמ"ש בשבועות (דף מ"ו) בתוס' שם כו' ע"ש בביאור הגר"א זצ"ל. וזהו כמו שכתב הרשב"א בתשובה סי' תתקס"ד כנ"ל. וראיתי בבית יוסף בח"מ סי' פ"ז ס"ק ל"ה שכתב מ"כ אם קפץ ונשבע קודם שנתחייב אינו נפטר בכך וההיא דמודה רב בקופצת ע"ד הב"ד נשבעה כו' ועיין בהר"נ ומרדכי פ' השולח כו' עכ"ל הב"י. הרי דהמ"כ ס"ל לחלק בחילוק אחר דאף דנימא דמודה רב בקופצת לענין דא"צ לחזור ולהשביעה דמ"מ ז"א רק היכא דנתחייבה כבר שבועה בב"ד אבל לא היכא דנשבעה מקודם דנתחייבה שבועה בב"ד. אך מן דברי הרשב"א בתשובה הנ"ל נראה דלא ס"ל לחלק כן. וראיתי במרדכי פ' השולח עלה דמודה רב בקופצת שכתב דלא דמי למה דאמרו האי דיינא דאשבע בלא נק"ח חוזר דילמא שא"ה כיון שבאה לב"ד יש לעשות כראוי וה"ר ר"ב בר"א פי' דחוזרת ונשבעת ע"ד ב"ד. ומן דברי הרמ"א לקמן סעיף ט"ז במש"כ דאם נשבעו תחלה בנק"ח כו' והוא בשם תשובת הרא"ש והמרדכי ר"פ שבועת הדיינין מוכח דלא ס"ל להחילוק של המרדכי פ' השולח הנ"ל. ועיין לקמן סעיף ל"ד ובש"ך שם ס"ק פ' שהביא לדברי המרדכי דשבועת הדיינין הנ"ל ולדברי הגהות מיימוני ולתשובת מהר"ם מזה ע"ש. ומן דברי המרדכי פ' השולח נראה דס"ל לפרש דהך דמודה רב בקופצת היה בשבועה בלא נק"ח. וכ"כ הרשב"א בחי' לגיטין דהיתה שבועתה בלא נק"ח רק דס"ל דחוזר ומשביעה וכמש"כ המרדכי שם בשם ה"ר ר"ב בר"א הנ"ל. אבל לפי שיטת רש"י וסייעתו י"ל דהיה שבועה בנק"ח אך דקפצה ונשבעה בלא דעת הב"ד וס"ל דמ"מ מהני שבועתה ושא"ה בב"ק (דף ק"ו) כמש"כ הרשב"א בגיטין שם בשם הרמב"ן דלא קרינן ביה ולקח בעליו כו' וכמש"כ הר"ן בגיטין שם להרי"ף ובחידושיו לגיטין (דף ל"ה) ועיין בדרכי משה סי' זה ס"ק ז': והנה בהרמב"ם ה' שבועות פ' י"א ה' ט"ו במה שכתב דעל שבועה שיתחייב בה בטענת ספק א"צ איום וכמבואר לקמן סעיף כ"א. והכ"מ שם הקשה דמנלן להרמב"ם זה. והלחם משנה שם כתב דבשלמא בשבועת היסת דא"צ איום הטעם הוא דכיון דא"צ בנק"ח כו'. אבל בשבועה הבא על טענת ספק

כיון דצריך נק"ח א"כ קשה למה א"צ איום ולא ידעתי לו מוצא עכ"ל הלח"מ. ולענ"ד יש לומר דהרמב"ם הוכיח זה מהא דגיטין דמודה רב בקופצת. וס"ל כשיטת רש"י וסייעתו דקופצת מהני להגבות כתובתה וא"צ לחזור ולישבע משום דאף בקופץ ונשבע מהני בדיעבד והא דב"ק (דף ק"ו) שא"ה כמש"כ הרמב"ן והר"נ שם. והא רב ס"ל דחוץ לב"ד אין משביעין אותה משום דבעינן שבועה בנק"ח וכמש"כ הרשב"א בחי' לגיטין שם. ודוקא בנודרת ליתומים הקילו באלמנה אבל בשבועה לא הקילו בה רק בעינן בהשבועה שתהא כדינא בנק"ח כן הוא שיטת רב וכמש"כ הרשב"א שם. ואפ"ה ס"ל לרב דבקופצת ונשבעה בנק"ח מגבינן הכתובה. והא קופצת היה השבועה שלה בלא איום מן הב"ד כיון דקפצה ונשבעה דאם היה האיום מן הב"ד א"כ אינה נקראת קופצת. והא שבועת אלמנה על כתובתה הוי שבועת הדיינין בנק"ח ואפ"ה מהני בדיעבד אף שנשבעה בלא איום א"כ מזה הוכיח הרמב"ם דינו דדוקא היכא דבע"ד תובע בברי ומכחישו בזה בעי איום וכמש"כ הסמ"ע והפרישה בטעמו. משא"כ בשבועה הבא ע"י טענת ספק אף היכא דצריך בנק"ח מ"מ א"צ איום. ולפ"ז אפשר לדון דשיטת הסוברים דשבועת קופצת לא מהני כמו דהוכיחו מן ב"ק (דף ק"ו) דבאמת טעמם דס"ל דאף בשבועה הבא על טענת ספק ג"כ צריך איום כיון דצריך בנק"ח ולכן בהא דב"ק (דף ק"ו) דהוכיחו מזה דשבועה בקפץ לא מהני אף דהתם מיירי בשבועת השומרים דהוי על טענת ספק מ"מ ס"ל דלא מהני קופץ ונשבע די"ל דטעמם דס"ל דאף בכה"ג בעינן דין איום דהב"ד יאיימו עליו וכמש"כ הכ"מ והלח"מ לתמוה על הרמב"ם בזה ולכן בקופץ ונשבע לא מהני שבועתו כיון דנשבע בלא האיום. אבל הרמב"ם י"ל דס"ל דקופצת מהני וכשיטת רש"י וסייעתו וכפי פשטות הסוגיא דגיטין ע"כ הוכיח מזה דשבועה על טענת ספק א"צ איום. כ"ז כתבתי מכבר. וכעת ראיתי לדחות זה לפי דנראה דכל האיומים הנאמר בשבועות (דף ל"ט) אין זה לעיכובא וכן ראיתי בשו"ת בשמים ראש בכסא דהרסנא סי' ר"ד בד"ה עוד קשיא לי מאי דכתבו התוס' בשיטתא דמיגו דחשוד כו' שכתב ג"כ בפשיטות דהאיומין הללו אינן מעכבין דיעבד ע"ש: ט (שם סעיף י"א ש"ך ס"ק כ"ט):

נחזור לענינינו במה שהוכיח ההפלאה מהך דגיטין דאף בנשבע בלא נק"ח מהני זה עכ"פ לענין דלא דיינינן בכה"ג א"א מוריש וישבעו היורשים שבועה בנק"ח דלא פקדנו. ולענ"ד אין זה מוכרח משום דבאמת טעמא בעי במה שכתבו הראשונים בגיטין שם דהך דמודה רב בקופצת לשיטתם דצריכה לחזור ולישבע דמאיזה טעם יהיה כן הא נמנעו להשביעה משום חשש שבועת שקר וכיון דהתקנה היה כן א"כ אף עכשיו שנשבעה כבר בקופצת הא כיון דהשבועה הראשונה לא היה כדין א"כ עכשיו דמשביעין אותה

שנית הא הוי זה נגד התקנה. ולכן נלע"ד דטעם הדבר הוא כן דהנה התוס' בקידושין (דף מ"ה ע"ב) בד"ה בפירוש כו' בקטנה שהלך אבי' למדינת הים ונתקדשה ואסר הר"מ לקיימה משום דחיישינן שמא יקדש אך שמא קידש לא חיישינן וכמו דגיטין (דף כ"ח) דשמא מת לא חיישינן ושמא ימות חיישינן והר"ת חולק משום דכל שעה ושעה י"ל דעדיין לא קידש כו'. ועיין בנו"ב במ"ק ח' יו"ד סי' נ"ו מש"כ בכוונת הר"מ וכן בנו"ב מ"ת ח' יו"ד סי' ק"ג מזה. אכן פשטות הענין מורה דכוונת הר"מ הוא דלכן אסרה לקיימה משום דחיישינן שמא יבא לאח"ז תקלה על ידו וכמו דכתבו התוס' בגיטין (דף י"ז ע"ב) בד"ה זנות לא שכיחא כו' דטפי איכא למיחש לשמא תזנה מלשמא זינתה. והמהר"ם שיף שם כתב דזהו כדאמרינן לקמן שמא ימות חיישינן אבל אינו מחוור למה קראו כאן תזנה ולא זינתה כי אין ליישבו שפיר עכ"ל המהרמ"ש. וכ"כ הח"ש שם. ואכמ"ל בכוונת התוס'. ועיין בהפלאה כתובות (דף ב') ד"ה שאם היה לו שכתב על נכון לפרש כוונת התוס'. אבל עכ"פ מוכח בתוס' הנ"ל דס"ל ג"כ דיותר יש לחוש על חשש שתצא תקלה ע"י לאח"ז משא"כ בחשש דלעבר לא חיישינן משום דבמידי דלעבר מוקמינן על חזקה דלא נעשה דבר מחודש משא"כ בלהבא לא שייך להעמידו על החזקה ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף ד'. ולפ"ז יש לומר דלכן בנשבעה כבר על כתובתה דמשביעין אותה שנית בב"ד משום דאף דנמנעו להשביעה והיה התקנה שלא ישביעו אותה הב"ד משום חשש שתצא תקלה מן ת"י הב"ד דתשבע לשקר על ידי הב"ד ואף דיש לה חזקת כשרות דלא תשבע לשקר מ"מ הא בעת דהב"ד אומרים לה שתשבע הרי זה מקרי כמו חזקה לאחר זמן דנתבאר דבכה"ג לא סמכינן על חזקה משום דזהו בגדר חזקה דלהבא ואף דלפי טעם הנו"ב במ"ק סי' נ"ו אין זה דומה כ"כ להך דקידושין (דף מ"ה) דחשש הר"מ לשמא יקדש. מ"מ הא זה דומה למש"כ התוס' בגיטין (דף י"ז) דיותר יש לחוש לשמא תזנה כו' כנ"ל. אבל היכא דנשבעה כבר אף היכא דבשבועתה דנשבעה לא יצתה עדיין ידי חובת דין השבועה שצריכה לישבע מ"מ מהני זה לענין דיכולין לחזור ולהשביעה כדינה ולא ניחוש שמא תצא תקלה מן ת"י הב"ד דאולי תשבע לשקר דהא ע"ז יש לנו חזקת כשרותה דלעבר דאם נימא דתשבע לשקר לאח"ז א"כ הרי כבר יצתה מן חזקת כשרותה במה שנשבעה כבר לשקר. וע"כ בכה"ג לא תקנו לחוש לחשש שבועת שקר משום דכיון דיש בזה חזקת כשרות דמבררת לנו במידי דלעבר א"כ יש לנו לסמוך ע"ז וי"ל דלא היה התקנה בכה"ג. וע"כ אף דבמה דנשבעה כבר לא מהני זה לצאת חובת שבועה כ"ז דלא נשבעה בנק"ח בדעת הב"ד מ"מ מהני מה דקפצה בדיעבד לברר על חזקת כשרות במידי דלעבר והוי כמש"כ התוס' דלשמא תזנה חיישינן ולשמא

זינתה ושמא קידשה לא חיישינן ועיין בתוס' יומא (דף נ"ה ע"ב) דבור המתחיל אלא בחטאת כו':

ולשיטת הסוברין דלא לחלק בין חשש דלעבר לחשש דלהבא כמו דס"ל להר"ת בתוס' קידושין (דף מ"ה) דמחלק דשאני בהא דשמא מת לשמא ימות דגיטין (דף כ"ח) כמש"כ התוס' שם. הנה לשיטתם י"ל דס"ל באמת כשיטת רש"י וסייעתו בפירושם להך דמודה רב בקופצת ודלא כשיטת הר"ח וסייעתו הנ"ל ועיין ברשב"א לחי' בקידושין (דף מ"ה) וקצרתי א"כ. לפ"ז אין מקום ראי' להוכחת ההפלאה הנ"ל. ועדיין י"ל בהא דא"א מוריש כו' דאף דנשבע אביהם שבועה שלא בנק"ח דגם בזה יש לדון דא"א מוריש כו' כיון דנשבע שלא כדין השבועה המוטל עליו ע"כ גם בכה"ג א"א מוריש כו': ענף א:

ועוד נלע"ד לומר בטעם דמודה רב בקופצת דמהני מה שתחזור ותשבע כדין שבועתה והוא דבירושלמי לגיטין פ"ד ה"ג עלה דאין אלמנה נפרעת כו' נמנעו מלהשביעה התקין כו' בראשונה היו נשבעות לשקר וקוברות בניהם ועוד שאימת נדרים עליהן יותר מן השבועות. והפ"מ שם כתב שאימת נדרים עליהן כו' אע"פ שבאמת שבועות חמורין יותר כו' עכ"ל הפ"מ. וכן מבואר בנדרים (דף כ"ח וד' י"ח) דשבועות חמורין יותר מן נדרים משום דכתיב גבי שבועות לא ינקה. וסברת הירושלמי שאמרו דאימת נדרים עליהן יותר מן השבועות נלע"ד לפרש דזהו משום דבמה דנודרת ליתומים הוא בנדר שיש בו עינוי נפש ושתהיה באיסור כל ימי' כמבואר בגיטין (דף ל"ה) בתוס' וברא"ש ובש"ע אה"ע סי' צ"ו סעיף י"ט ע"כ זהו חמיר להם ביותר מן שבועה דבשבועה לאחר דנשבעה לשקר אינה עושית איסור שוב לאח"ז. משא"כ בנודרת מה שירצו היתומים בנדר לכל ימיה בעינוי נפש א"כ בכל יום ויום היא בחשש דתעשה איסור ע"כ זהו חמור ביותר להם. וכעין זה כתב הר"נ ביומא פ"ח דלכן שוחט לחולה בשבת ולא נאכילנו נבלה כו'. ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף ב' ובכתובות (דף ב' ע"א) ד"ה שאם היה לו טענת כו' בסה"ד וקצרתי. אך בש"ס דילן משמע דהטעם הוא דלכן נמנעו מלהשביעה משום דיש לחוש שתשבע לשקר וקוברת בני' משא"כ בנדרים דקילא וכמו דאמרו בירושלמי מתחלה. וראיתי בשירי קרבן לירושלמי שם בד"ה בראשונה היו נשבעות לשקר דמה הועיל ר"ג בתקנתו שתהא נודרת הא אי' בשבת (דף ל"ב) וכתובות (דף ע"ב) דבעון נדרים בנים מתים ע"ש. ובאמת כבר הקדימו הר"נ לגיטין שם וכתב בקצרה בזה"ל ואפילו תעבור אין עונשין של נדרים חמור כ"כ כעונשין של שבועות שנפרעין ממנו ומכל העולם ובירושלמי אמרו כו'. והובא בתוס' יו"ט שם. אך אין זה מדוקדק כ"כ במה דאמרו בש"ס דילן ובירושלמי בלשונם דנשבעות לשקר וקוברות בניהם ומעשה באחד כו' שמת א'

מבני כו'. וביותר אתי שפיר לפי מש"כ התוס' בשבועות (דף ל"ט ע"א) בד"ה ואין בשרך כו' דבעון נדרים בנים מתים כשהם קטנים כמבואר בשבת (דף ל"ב) אבל גדולים לא וכ"ש מן משפחתו לא היינו בנדרים אבל שבועה אפילו כל משפחתו נענשים דקרא איירי כו' עכ"ל התוס'. א"כ לפ"ז מדוקדק שפיר הלשון דאמרו דבשביל שבועת שקר קוברות בניהם ולכן נמנעו מלהשביעה הכוונה הוא דאף בנים גדולים מתים בשביל שבועת שקר ולכן חששו ביותר במקום חשש שתשבע לשקר. וה"ה דה"מ למימר דחשו בשביל משפחתה אך דקיצרו בזה. ועיין בשבועות שם דמסקי התם בדינא אחרינא הכא בדינא דידי' כו' וקצרתי. והש"ק שם כתב דלכן חשו לשבועת שקר משום דנפרעין מהרה משום דכתיב לא ינקה. והנה שמואל ס"ל שם דל"ש אלא בב"ד אבל חוץ לב"ד משביעין אותה משום דלא הוי שבועה בנק"ח ע"כ לא חשו בזה כ"כ דאין עונשו חמור כ"כ כמו שבועה בנק"ח ואף דדינה הוי בנק"ח מ"מ תקנו כאן להקל בכך כדרך שתקנו להקל בנודרת כו'. וכמש"כ הרשב"א והר"נ שם. ובשיטת רב דס"ל דאף חוץ לב"ד אין משביעין אותה י"ל דטעמו דכיון דנתבאר דעיקר הטעם דחששו הוא משום דבשבועת שקר בניו הגדולים מתין ונפרעין ממשפחתה ומכל העולם וכמש"כ הר"נ. א"כ לפ"ז אף בשבועה בלא נק"ח ג"כ יש לחוש לכך דהא בכל שבועת שקר ושוא נפרעין ממנו מהרה ונפרעין ממשפחתו ומכל העולם משום דהא כתיב בהו לא ינקה. ועיין בשבועות (דף כ"א) דבאכלתי ולא אכלתי גמרינן למלקות מהך דלא ינקה דב"ד של מטה מלקין אותו כו'. וכן במה דדרשו בשבועות (דף ל"ט) מן פסוק אל תתן את פיך לחטיא את בשרך כו' זה הוי אף בשבועה שלא בב"ד וכן מה דדרשו שם מן הפסוק שנאמר אלה וכחש כו' זה הוי אף בשבועה בלא נק"ח ע"כ ס"ל לרב דאף דאקילו גבה להיות נודרת מ"מ לא רצו להקל עליה שתשבע בלא נק"ח משום דס"ל לרב דגם בשבועה בלא נק"ח יש למיחש שיענשו מהרה בניו הגדולים ומשפחתה וגם כל העולם וע"כ לא רצו לתקן להקל עליה השבועה אלא דתהא נודרת וממילא אף היכא דקפצה ונשבעה ג"כ לא מגבינן לה הכתובה כיון דלא היה השבועה כדין השבועה המוטלת עליה והתקנה לא היה אלא להקל עליה ע"פ מה דתהא נודרת. וכיון דלא רצו להקל עליה אף בשבועה הקל ממילא מוקמינן על הדין כפי מה דבעינן מן הדין בתכסיסי השבועה המוטלת עליה רק בנודרת אקילו גבה כן הוא שיטת רב. ויש לכוין זה בדברי חדושי הרשב"א לגיטין שם בד"ה הא דאמרינן מודה רב בקופצת כו' בסה"ד שם:

וכיון דנתבאר דלכן אין משביעין אותה אף בשבועה חוץ לב"ד משום דאף בשבועה דאינו יוצא ידי חובת שבועת הדיינין ג"כ יש לחוש שיצא תקלה ע"י שבועתה שיענשו

משפחתה במהרה כנ"ל וזהו שיטת רב דס"ל דאין משביעין אותה אף בשבועה הקל. א"כ לפ"ז אתי שפיר בטעמא דמודה רב בקופצת ואף דלא מהני שבועתה במה דקפצה ונשבעה להגבות כתובתה כיון דלא היה השבועה כתיקונה אלא בעינן דתחזור ותשבע כדינה מ"מ בכה"ג לא שייך לחוש במה דנמנעו להשביעה משום מכשול הרבים משום דאם נימא החשש דתשבע לשקר א"כ כבר גרמה מכשול הרבים לקרוביה ולכל העולם במה שנשבעה כבר אף במה דקפצה ונשבעה דהא אף היכא דלא הוי שבועת הדיינין ג"כ שייך כל המבואר בשבועות (דף ל"ט) בעונש הרבים ע"י שבועת שקר ומה דהוה הוה דהא כבר עברה ונשבעה ואין לנו שום עצה לתקן זאת ואף דע"י מה דתחזור ותשבע לשקר יתרבה העונש ביותר על כל משפחתה מ"מ הא לא מצינו תקנה לזה רק מצינו דחז"ל השתדלו בתקנת משפחתה וכל העולם לשמור אותם מן איזה תקלה לגמרי אבל לשמור אותם שלא יענשו ביותר. תקנה כזה לא מצינו לתקן מדעתינו וע"כ מוקמינן בזה על דינו דהא מה"ת לא נחשדו על שבועת שקר. וכיוצא בזה מצינו באה"ע סי' קט"ו סעי' ג' בנודרת ואינה מקיימת תצא בלא כתובה דאם מביאה עדים שגם הוא עובר על נדרים לא אבדה כתובתה אף אם היא עוברת והטעם הוא דהאי גברא לא בעי בני כמבואר שם. והא עדיין י"ל דהא אף דגם מצידו ימותו בניו מ"מ הא יתרבה העונש ע"י מה דגם היא עוברת על נדרים וע"כ מוכח דמה דיתרבה העונש אין זה טענה. ודוחק לחלק דשא"ה דבקפידת הבעל תלוי דהא אם רצה לקיימה מקיימה. דזה אינו דהא עדיין יכול לומר דהוא חושש דיתרבה העונש ביותר ע"י מה שהיא עוברת על הנדרים ג"כ. ואף דיצרו תוקפו להיות עובר על נדרים מ"מ הוא מקפיד במה שאשתו עוברת ג"כ על נדרים דיתרבה העונש ביותר עי"ז. ואף אם נדחוק עדיין לחלק בזה עכ"ז הסברא מצד עצמו נוטה דכיון דכבר יצא המכשול מן שבועה שלה אם ניחוש שבועת שקר דע"י השבועה דעברה ונשבעה יצא כבר התקלה למשפחתה א"כ אין לנו לתקן זה כלל כי מה דהוה הוה ובכה"ג לא מצינו דתקנו חז"ל לחוש דיתרבה העונש ע"כ ס"ל להש"ס דמודה רב בקופצת דאף דלא מהני זה לצאת ידי חובת דין שבועתה המוטל עלי' עכ"ז יכולין לחזור ולהשביעה כדינה משום דבכה"ג לא תקנו לחוש כ"כ כן י"ל בטעמא דהך מילתא:

ובירושלמי גיטין שם אמרו עברה ונשבעה ר"ה אמר אם נשבעה נשבעה והובא ברשב"א והר"נ במה שהוכיחו מזה. ולפי מש"כ יש לומר דהירושלמי נתכוין לאחת מן שני האופנים שנתבארו הן לפי מש"כ לעיל לחלק ולבאר דלכן מהני מה שנשבעה כבר אף לשבועה דאינה כפי הדין דמ"מ יש תועלת מזה לנו דהוי עי"ז חזקת כשרות במידי דלעבר או משום דכיון דכבר עשתה את שלה בחשש מכשול הרבים בדבר התקלה שיוצא מן

שבועה שלה על כן אין בידינו עצה לתקן את זה כנ"ל. הנה אחת מאלה יש לכוין בפשט הירושלמי במה דאמרו עברה ונשבעה מה שנשבעה נשבעה דהוי מידי דלשעבר כנ"ל. ועל כן יש לנו כח להשביעה שנית וכשיטת הר"ח וסייעתו ועיין בשירי קרבן שם. וסעד לדברינו לחלק בין תקלה דלהבא יש להוכיח מן ב"מ (דף נ"ב) דלא ימכרנה לא לתגר שמרמין אחרים וקשה הא מבואר במנחות (דף מ"ג) דמן התגר כשירה דלא מרע נפשי'. אכן לפי מה שנתבאר לחלק בין תקלה להבא ובין לעבר א"ש דהתם בב"מ ניחוש שיצא תקלה מת"י לאח"ז שירמו אחרים ע"כ חשו משא"כ בהא דלקח טלית מצוייצת דהוי מידי דלעבר ע"כ לא חשו כנ"ל:

ולפי מה דנתבאר בפשט הענין מה דאמרו מודה רב בקופצת דחוזר ומשביעה כדינה א"כ אין מקום ראי' מזה כלל למה דהוכיח ההפלאה משם להך דין מחודש דהוכיח דה"ה גבי שבועה דא"א מוריש כו' ג"כ דיינינן הכי דאין זה ראי' כלל. ובקצרה י"ל בפשיטות דשא"ה דבמה דנשבעת שנית עכ"פ מבררת את הענין בבירור בשבועתה ואף שנחשדו על שבועת שקר מ"מ כיון דחז"ל מזדקקים להשביעה שנית כדינה ע"כ שפיר יכולים להגבות את כתובתה משא"כ בשבועה דא"א מוריש כו' דכיון דאביהם נשבע שבועה בלא נק"ח דהוי כמו דלא נשבע כלל. ועכשיו אף דהיורשים ישבעו שבועה דלא פקדנו כו' מ"מ הא בכזה דיינינן א"א מוריש כו' כיון דאביהם נתחייב לישבע בנק"ח שלא נפרע בוודאי דאין שבועת היורשים מספיק לצאת חובת שבועת אביהם כפי שנתחייב וע"כ מצד הסברא בוודאי נראה דלא כמש"כ ההפלאה: ענף ב:

ולדברי ההפלאה דס"ל דאף בנשבע אביהם שבועה דלא נפרע אף בלא נק"ח ג"כ מהני מה דישבעו היורשין שבועה דלא פקדנו ולא דיינינן בה להך דא"א מוריש כו' א"כ לפ"ז יש לפרש למה דאמרו בשבועות (דף מ"ח ע"א) בסוגיא דא"א מוריש כו' מתיב רב אושעיא מתה יורשי' מזכירין כו' הב"ע שנשבעה ומתה כו' ה"נ שנשבעה ומתה. דלפי דברי ההפלאה יש לפרש דכוונת הגמ' הוא דנשבעה אף בלא נק"ח ג"כ יכולין היורשים לישבע שבועת היורשים וגובין. אך מן סוגיא זו שם לקמי' דאמרו ת"ש אבל יורשיו משביעין אותה ואת יורשיה ומתרץ רב שמעיה לצדדין קתני אותה באלמנה ויורשי' בגרושה ופי' רש"י בד"ה אבל יורשיו כו' ומדקתני יורשיו משביעין אותה אלמא בדלא נשבעת עסקינן וקתני כו'. א"כ מזה יש להוכיח דלא כדברי ההפלאה דאי כדברי ההפלאה דאם נשבע אביהם אף בלא נק"ח לא דיינינן בכה"ג דא"א מוריש כו' הוי מצי הש"ס לאוקמי להך משנה דיורשיו משביעין אותה ואת יורשיה דמיירי בנשבעה האלמנה כבר בלא נק"ח דאף דזה לא מהני דמ"מ מהני זה שיכולין היורשים לישבע שבועת היורשין ולגבות

הכתובה וקאי שפיר לשון המשנה אבל יורשיו משביעין אותה ואת יורשיה דמיירי הכל באלמנה ובנשבעה מכבר לשבועתה בלא נק"ח ולא הוי צריך לדחוקי ולתרוצי דלצדדין קתני כו'. ומדחזינן דהש"ס מוכרח לתרוצי דלצדדין קתני כו' מוכח מזה דלא היה עצה אחרת להש"ס לתרוצי רק בכה"ג דלצדדין קתני. א"כ מוכח דס"ל להש"ס דאף היכא דנשבעה בלא נק"ח ג"כ דייניגן דא"א מוריש כו' כיון דנשבעה שלא כדין השבועה המוטל עליה דהוי כמו דלא נשבעה כלל דא"א מוריש כו' ולא מהני שבועת היורשים ודלא כההפלאה בזה:

ובכתובות (דף פ"ו ע"ב) במשנה אבל יורשיו משביעין אותה ואת יורשיה פי' רש"י אם נתאלמנה והיא או יורשיה נפרעין מן היתומין צ"ש כו' וכ"כ הרע"ב בכתובות פ"ט משנה ו' והתוס' יו"ט שם תמה עליהם הא הדין הוא דא"א מוריש כו' ע"ש. ובאמת הא מבואר להדיא בשבועות (דף מ"ח) דהש"ס מקשי זה ומוקמי דלצדדין קתני כו' והיא קושיא אלימתא על רש"י והרע"ב דלא פירשו כן. ואפשר לומר לפי דדרך רש"י לפרש בפשטות לשון המשנה ע"כ פירש כן משום דמה דאוקמי הש"ס בשבועות דלצדדין קתני הוא דוחק קצת ע"כ פירש כן אף דאינו אליבא דהלכתא. ועוד נלע"ד לומר לפי מש"כ הקצה"ח בסי' ק"ח ס"ק ט' בעיקר הך מילתא דא"א מוריש כו' דזהו לפי שיטת רב ושמואל דשעבודא לאו דאורייתא ואינו גובה מן היורשים רק מדרבנן לכן אמרו בזה דא"א מוריש כו' ע"ש. ובסוגיא דשבועות (דף מ"ז) מוכח דלא כדברי הקצה"ח הנ"ל במה דשקל וטרי שם הגמ' עלה דהיו שניהם חשודים חזרה שבועה רבותינו שבבבל כו' רבותינו שבא"י כו' רבותינו שבבבל רב ושמואל דתנן כו' רב ושמואל כו' וא"א מוריש כו'. ולדברי הקצה"ח איזה דמיון הוא הא י"ל דשאני הך דיתומין מן היתומין דשעבודא לאו דאורייתא כו' משא"כ בשניהם חשודים דמיני' גובה מה"ת ע"כ יש לחלק ביניהם בפשיטות וכן אפשר דאף רבותינו שבא"י בנסכא דר' אבא דמודו בהך דא"א מוריש כו' אי שעבודא לאו דאורייתא. ע"כ מוכח מן הסוגיא דהתם דלא כהקצה"ח. ויש לי להאריך עוד בכ"ז וקצרתי: אך לדברי הקצה"ח הנ"ל שכתב דמה דאמרו רב ושמואל דא"א מוריש זהו לפי דאזלי לשיטתם דס"ל של"ד ובש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' האריך בשיטת התוס' דמחלקים דבמלוה הכתובה בתורה ש"ד ובמלוה שאינה כתובה בתורה של"ד והא דהקשה הש"ס בב"ב (דף קע"ה) על רב ושמואל מן הא דהחופר בור כו' משום דרב ושמואל ס"ל דאף במלוה כתובה בתורה של"ד. ולפ"ז י"ל דאתי שפיר מה דפירש רש"י בכתובות על המשנה דיורשי' משביעין אותה ואת יורשי' דמיירי הכל באלמנה משום דרש"י ס"ל ג"כ לחלק בין מלוה הכתובה בתורה כו' דבמלוה הכתובה בתורה הדין הוא דש"ד ובאינה כתובה בתורה של"ד ולכן

א"ש מה דמסקינן בשבועות (דף מ"ח) לדינא דאין מוציאין מן היתומים משום דא"א מוריש כו' וכן ר"פ אמר שם כן דזהו לפי דר"פ ס"ל של"ד במלוה שאינה כתובה בתורה וכמבואר סוף ב"ב ובתוס' שם וס"ל לרש"י ג"כ כן לדינא וע"כ מסקי לדינא דדיינינן א"א מוריש כו'. אבל בכתובה דהוי מלוה הכתובה בתורה למאן דס"ל כתובה דאורייתא לפי שיטת הרבה פוסקים ועיין במל"מ ה' נערה בתולה פ"א ה' ג' בד"ה וראיתי לרש"י ז"ל בפירוש החומש שכתב מהר ימהרנה כו' שהביא בשם הרא"ם שכתב בשיטת רש"י דס"ל כתובת אשה מה"ת ע"ש. וכן משמע בפי' רש"י לחומש חיי שרה פ' כ"ה על פסוק ולבני הפלגשים כו' נשים בכתובה פלגשים בלא כתובה והרמב"ן שם הקשה עליו דהא כתובה מדרבנן. אכן רש"י ס"ל דכתובה מה"ת ועיין ברא"ם שם. ולפ"ז שפיר פירש רש"י בכתובות דהך אבל יורשיו משביעין אותה כו' דמיירי באלמנה ולא דיינינן א"א מוריש כו' משום דכיון דס"ל לדינא כתובת אשה מה"ת ובמלוה הכתובה בתורה ס"ל דש"ד ולכן לא דיינינן בכתובה להך דא"א מוריש כו' ולכן פירש להמשנה דיורשיו משביעין כו' כפי פשטות הלשון דמיירי הכל באלמנה וכן ס"ל לדינא. והא דמקשה הש"ס על רב ושמואל דס"ל א"א מוריש כו' מן הנך משניות דמיירי בכתובה ולא מחלקי דשאני מלוה הכתובה בתורה י"ל דזהו משום דהא רב ושמואל ס"ל דאף במלוה הכתובה בתורה אמרינן של"ד וכמש"כ הש"ך כנ"ל. גם יש מקום לומר אף להסוברים כתובה הוי מדרבנן מ"מ כיון דתקנו רבנן לכתובה כעין דאורייתא תקנו ודינה ככל מלוה הכתובה בתורה לענין ש"ד כמלוה הכתובה בתורה וקצרתי. ועיין בש"ך סי' פ"ב ס"ק י"ט:

אך ליישב דברי הרע"ב במשניות קשה לתרץ עפ"ז דהא חזינן דהרע"ב כתב להך דינא דא"א מוריש כו' לקמן בכתובות ריש פ' יו"ד במשנה א' במה דתנן שם שניה ויורשי' קודמין הרי דס"ל לדינא לדון כן גם בכתובה ולא ס"ל להחילוק שכתבתי לחלק אליבי' דשיטת רש"י הנ"ל א"כ תקשה עליו קושיות התוס' יו"ט הנ"ל על מה דפירש הכא במשנה דיורשי' משביעין אותה ואת יורשי' כו' דמיירי הכל באלמנה. ואפשר לומר דזה תלוי במש"כ לעיל לדון כן דאי כתובה מה"ת אז אפשר לחלק לפי דברי הקצה"ח הנ"ל דשאני מלוה הכתובה בתורה דש"ד א"כ לדינא לפי מה דס"ל להרע"ב דכתובה לא הוי מן התורה כמבואר בסוף כתובות פרק י"ג משנה י"א בהרע"ב שם ע"כ כתב בפרק יו"ד משנה א' דמיירי בנשבעה כו' אבל הכא בפ"ט משנה ה' הוכרח הרע"ב לפרש לפי פשטות המשנה אף שלא אליבא דדינא ואתי המשנה כמאן דס"ל כתובה מה"ת וכנ"ל ומתורץ קושיות התוס' יו"ט:

נחזור לענינינו דמוכח מן שבועות (דף מ"ח) מדהוכרחו לתרץ דלצדדין קתני אותה באלמנה ויורשי' בגרושה ולא מוקמי דמיירי בנשבעה שבועה בלא נק"ח דמוכח מזה דלא כדברי ההפלאה. וידעתי מה די"ל בזה דבאמת לפי מה דמסיק הש"ס בשבועות שם (דף מ"ח) דהבו דלא לוסיף עלה דרב ושמואל וחזינן דאקילו בהך מילתא דא"א מוריש כו' ע"כ אז אפשר לומר דאף בנשבעה בלא נק"ח ג"כ הוא בכלל דהבו דלא לוסיף עלה דרב ושמואל אלא דבזה מהני שבועת היורשין וגובין וכדברי ההפלאה משא"כ בתחלת הסוגיא דהקשו על רב ושמואל מן המשנה דאבל יורשי' משביעין אותה כו' דלא ידעו אז מן הכלל דאמרו הבו דלא לוסיף כו' ע"כ ממילא מוקמינן אדינא וכפי הסברא דגם בנשבעה בלא נק"ח מבעי לן לדון להכלל דא"א מוריש לשיטת רב ושמואל וע"כ הקשו אז שפיר והוכרחו לתרץ דלצדדין קתני כו' כן היה מקום לדון לכאורה. אבל באמת זה אינו דהא עיקר יסוד של ההפלאה הוא במה דלמד כן ממה דאמרו בגיטין (דף ל"ה) מודה רב בקופצת ומשביעין אותה שנית כדינה א"כ לפי דבריו חזינן דרב בעצמו היה ס"ל גם בגביות מן יתומים דמהני מה דנשבעה בלא נק"ח לענין לחזור להשביעה שנית וה"ה לענין א"א מוריש וכמש"כ ההפלאה לדמות אותן להדדי א"כ שפיר תקשה דמה הקשו הש"ס מן הך דאבל יורשי' משביעין אותה כו' והוכרחו לתרץ דלצדדין קתני כו' הא ה"מ לתרוצי דמיירי בנשבעה בלא נק"ח דחזינן דרב מודה בכזה דמשביעין אותה שנית התם בגיטין וה"ה הכא וכמש"כ ההפלאה ומדחזינן דהש"ס לא תירצו כן במה שהקשו כן על רב ושמואל ותירצו כנ"ל דמוכח מזה דלא כהפלאה בזה:

ענף ג:

ולפי מה דנתבאר דלא כדברי ההפלאה א"כ לפ"ז צ"ע במה שכתב הב"ש בסי' צ"ו ס"ק ל"ט על דברי הרמ"א שם סעיף כ"א דצריכה לחזור ולישבע דכתב ע"ז הב"ש דבדיעבד לא אמרינן בזה א"א מוריש כו' דמזה הוכיח ההפלאה את דינו המחודש הנ"ל. אבל לפי מה דנתבאר להוכיח דלא כדבריו א"כ צריך ביאור לדברי הב"ש:

והנלע"ד כוונה אחרת בדברי הב"ש דאין הכרח להוכיח מדברי הב"ש להך דינא שחידש ההפלאה. דזה לשון המחבר שם יש מי שאומר האידנא משביעין אלמנה בב"ד כו' שתודה מה שקיבלה לכתובתה ואין העונש מרובה כ"כ כו' וצריכה לישבע בפני ג' כשרים ואם נשבעה לפני קרובים צריכה לחזור ולישבע עכ"ל הש"ע והוא מן הרא"ש והב"י בשם הרשב"א בתשובה. וע"ז כתב הב"ש דבדיעבד לא אמרינן בזה א"א מוריש כו'. ונקדים למש"כ ההפלאה עוד שם להקשות במש"כ הרשב"א דאם נשבעה לפני ג' קרובים צריכה לחזור ולישבע הא אמרינן בב"מ (דף י"ז) בנתחייב שבועה ואמר נשבעתי נאמן

ומשמע דלא אמר נשבעתי בב"ד כו' וכן משמע בח"מ סי' פ"ז סעיף כ"ז כו' וצ"ע עכ"ל ההפלאה שם. ונלע"ד לתרץ קושייתו והוא דזה וודאי בכל שבועות הדיינין דא"צ לישבע בב"ד רק הב"ד אומרים לו שישבע דנשבע אף חוץ לב"ד ויוצא חובת שבועתו. והא דגיטין (דף ל"ה) ל"ש אלא בב"ד אבל חוץ לב"ד כו' דמשמע דשבועת הדיינין הוא בב"ד. הא מבואר ברש"י ותוס' ובכל הראשונים שם דהכוונה הוא דבב"ד בעי בנק"ח ושם משא"כ חוץ לב"ד אינה בשם ובנק"ח א"כ אין הכוונה שם דתשבע בב"ד רק דשם ב"ד דאמרו שם הכוונה דיהיה בנק"ח ובשם וכמבואר בש"ע כאן סעיף י"ט. וע"ז כתב המחבר שם סעיף כ"א דהאידנא נהגו להשביעה בב"ד שתודה כו' לפי שבשבועה דלהבא דאין השבועה יוצא מן פי' לשקר בעת השבועה לא חשו בה כ"כ וכמש"כ הרא"ש בטעמו דבשבועה דלהבא לא כתיב בה לא ינקה. וקוטב הענין הוא כן דבזמן הש"ס היו משביעין אותה חוץ לב"ד בלשון עבר רק דאקילו עליה שלא תשבע בשם ובנק"ח והאידנא נהגו להשביעה בלשון דלהבא ובשם. ובענין בנק"ח הנה הט"ז והב"ש כתבו דא"צ נק"ח בשבועה זו. והקרבן נתנאל ברא"ש גיטין שם בס"ק למ"ד כתב דצריך נק"ח לשבועה זו והביא כן בשם המהרש"ק וכ"כ בתפארת שמואל שם. ומה דנהגו האידנא להשביעה בלשון דלהבא אף דלענין שבועת הדיינין מבואר בח"מ סי' פ"ז סעיף ט"ז דלא מהני בזה מה שנשבע שבועה דלהבא בשיטת המחבר שם והוא בשם הרשב"א בתשובה וכן הוא שם לקמן סעי' ל"ד מזה מ"מ כאן בשבועת אלמנה על כתובתה דחזינן דאקילו עליה חז"ל דסגי בנודרת אף דלא הוי ע"ז בלא ינקה ה"ה דמהני שבועה דלהבא אף דלא הוי בלאו דלא ינקה וכמש"כ הראשונים בזה. ועכ"ז כיון דהוי בלשון דלהבא לכן נהגו שיהיה השבועה לפני הב"ד ואף דבכל שבועת הדיינין לא החמירו שישבע לפני הדיינין וכמש"כ ההפלאה להוכיח כן מ"מ בשבועה זו דנהגו האידנא להשביעה בלשון דלהבא כיון דלא מהני כה"ג בכל שבועת הדיינין לשיטת הסוברים כן וכנ"ל ע"כ אף דאקילו בכזה בשבועת אלמנה מ"מ החמירו בה שיהיה השבועה בפני הב"ד דהא המקור לזה הוא מן הא דגיטין (דף ל"ה) דאמרו אדרה בב"ד ואשבעה חוץ לב"ד דהברירה ביד היתומים על א' מהם וכמש"כ הרשב"א בחידושיו לגיטין שם ובתשובת הרשב"א המובא בבית יוסף לאה"ע סי' צ"ו. וכעין זה כתוב בפי' המשניות להרמב"ם וברי"נ וברא"ש שם. וכיון דהמקור מה דנהגו להשביעה האידנא בלשון דלהבא הוא ממה דראו דאקילו עליה דתהא נודרת. והא אמרו בגיטין שם בלשונם אדרה בב"ד ואשבעה חוץ לב"ד וזהו דהקפידו שתהיה הנדר בפני הב"ד דוקא דהא לענין נודרת לא שייך לומר דמה דאמרו אדרה בב"ד כו' הכוונה הוא לענין נק"ח ובשם דהא דוקא לענין שבועה שייך לומר כן למה דאמרו ל"ש אלא בב"ד

כו' דאמרו דעיקר הכוונה הוא לענין בנק"ח ובשם משא"כ בנדר לא שייך זה כ"כ. ועיין בנדרים (דף י"ד) וביו"ד סי' רי"ב וקצרתי. וכן לא מצינו שיאמרו שתהא נודרת בנק"ח ובשם אלא אמרו דמדירין אותה בב"ד דהכוונה הוא דמ"מ חמור הוא האיום מן הנדר אם נודרת בפני הב"ד ועיין בלשון המחבר שם סעיף י"ט. וה"ה בשבועה אף דאקילו עליה האידנא דיהיה סגי בלשון דלהבא מ"מ החמירו עליה מצד אחר דתשבע בפני הב"ד. ולענין שבועה מצינו דחמור ביותר אם השבועה הוא בפני הב"ד כדחזינן בשבועות (דף כ"ט) גבי שבועת ביטוי דאמרו בפני ב"ד ושלא בפני ב"ד וכן הוא שם (דף למ"ד) גבי שבועת העדות. הרי דהיה מקום לומר דיהיה השבועה דוקא בפני ב"ד וכן הוא שם (דף ל"ו) גבי שבועת הפקדון דאמרו בפני ב"ד ושלא בפני ב"ד. הרי דהוצרכו לומר כן שם להדיא:

וביותר מצינו להרמב"ם ה' שבועות פ"ט הל' א' שכתב דאם היה השבועה בפני הב"ד חייבים העדים משום שבועת העדות אם השביעם התובע אע"פ שלא נשבעו ולא ענו אמן ועיין שם בכ"מ ובלח"מ. הרי דמצינו להדיא דשבועה בפני ב"ד יש לה חומר בזה הענין ביותר מן שבועה שלא בפני ב"ד ויש להאריך בדברי הרמב"ם הנ"ל ואכמ"ל. ע"כ י"ל דאף דבכל שבועת הדיינין לא החמירו בה דיהיה השבועה דוקא בפני הב"ד מ"מ זה אינו רק בשבועה דלעבר אבל במה דנהגו האידנא להשביע להאלמנה בלשון להבא דזהו מצד דאקילו חז"ל עליה דסגי בנודרת אף דלא הוי בלאו דלא ינקה כנ"ל מ"מ החמירו בה בצד אחר דניבעי דתשבע בפני הב"ד דיש לה חומר קצת ביותר וכמו דאמרו בלשונם אדרה בב"ד דהחמירו עליה בנודרת דתצטרך בב"ד וה"ה בנוסח השבועה דלהבא דנהגו האידנא להקל עליה אף שהוא נגד הדין דהא בשבועת הדיינין ס"ל לכמה פוסקים דלא מהני שבועה בנוסח לשון דלהבא ואפ"ה אקילו בה האידנא וסמכו לדון כן מן מה דראו דאקילו חז"ל עליה דסגי בנודרת כו'. ומ"מ כיון דהוי זה נגד הדין דהא בזמן הש"ס לא היו משביעין אותה בלשון דלהבא רק בלשון עבר לשיטת הפוסקים דס"ל כן בח"מ סי' פ"ז סעיף ט"ז כנ"ל. ע"כ החמירו בה קצת חומר דיהיה השבועה זו דוקא בפני ב"ד וכמו דאמרו בנודרת דנודרת בב"ד כמבואר בגמ' ובש"ע כאן כן הוא קוטב הענין מן השבועה דנוהגין האידנא להשביע את האלמנה בב"ד וכפי שכתב המחבר והרמ"א בשם תשובת הרשב"א:

ולפ"ז מתורץ קושיות ההפלאה דבאמת בכל שבועות הדיינין לא בעינן דיהיה השבועה בפני ב"ד וכמו שהוכיח ההפלאה רק דהכא שאני לפי דמה שמשביעין האידנא את האלמנה בנוסח דלהבא הוי זה נגד הדין לפי שיטת הרשב"א בעצמו שהובא בח"מ

סי' פ"ז סעיף ט"ז דס"ל דבשבועה המחוייב ע"פ דין לא מהני אם נשבע בלשון דלהבא וכמש"כ הרשב"א בתשובה סי' תתקס"ד ואפ"ה כאן כתבו דלכ"ע הנהוג הכא באלמנה להשביע אותה בלשון דלהבא משום דראו האידנא להקל בזה וכיון דזהו אינו מצד הדין ע"פ דינא דגמ' רק מצד המנהג שיש להם סמך ממה דאקילו חז"ל דתהא נודרת כנ"ל. ע"כ לא נהגו כן אלא באופן דתהא השבועה בפני ב"ד ולכן אם נשבעה לפני ג' שהם קרובים צריכה לחזור ולישבע דהא בכזה לא נהגו כיון דהוי שבועה דלהבא וכיון דנשבעה חוץ לב"ד מוקמינן על הדין לפי דינא דגמ' דלא מהני שבועה דלהבא לצאת עי"ז חובת השבועה המוטל עליה וגם מצד המנהג הא לא נהגו כן אלא בנשבעה לפני הב"ד. ע"כ אם נשבעה שבועה דלהבא שלא בפני ב"ד צריכה לחזור ולישבע כיון דזהו נגד הדין ונגד המנהג ומתורץ על נכון לקושיות ההפלאה הנ"ל:

י (שם סעיף י"א):

וכ"ז לשיטת הרשב"א דס"ל דשבועה בלשון להבא אינו מועיל במקום חיוב שבועה וכמבואר שיטת הסוברים כן בח"מ סי' פ"ז סעיף ט"ז. אכן לפי מה שהביא הרמ"א שם שיטת המרדכי והרא"ש דס"ל דבכל מקום שמחוייב שבועה מהני לפוטרו אף בנשבע שבועה דלהבא כמבואר. א"כ לפ"ז ה"ה הכא גבי שבועת אלמנה על כתובתה כיון דע"פ דינא דגמ' מהני שבועתה אף בלא נק"ח א"כ ה"ה אף בנשבעה בנוסח לשון דלהבא. לא מיבעיא לשיטת הט"ז והב"ש דא"צ נק"ח ואף לשיטת הקרבן נתנאל ותפארת שמואל דכתבו דצריכה נק"ח. מ"מ הא בעיקר השבועה שלה לא בעינן נק"ח וגם לא בעינן דיהיה בשם. א"כ כיון דס"ל להנך פוסקים דבכל מקום דמחוייב שבועה מהני אף בנשבע בלשון דלהבא. א"כ ה"ה במה דנהגו האידנא להשביעה בלשון דלהבא שתודה האמת מה שקיבלה לכתובתה דאף אם לא נשבעה בפני ב"ד כשר ג"כ מהני מה דנשבעה וא"צ לחזור ולישבע. דהא לשיטתם מהני שבועה דלהבא לצאת ידי חוב השבועה המוטל עליו מן הדין וכבר נתבאר דבעיקר הדין לא בעינן דיהיה השבועה בפני ב"ד וסגי במה דהב"ד מזכירין לה אותו השבועה כמבואר בסי' פ"ז סעיף ט"ז בהרמ"א שם. אך כיון דהוי ספיקא דדינא אם הלכה כהסוברים דיוצא ידי חובת שבועתו ע"י מה דנשבע להבא או דאינו יוצא ע"י שבועה דלהבא וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' פ"ז סעיף ל"ד סוף ס"ק פ' ע"ש. ע"כ הכא דבאה להוציא מן היתומים מספיקא אינה מוציאה ממון מן המוחזק עד שתשבע בפני ב"ד כשר. ועיין בח"מ סי' פ"ד סעיף א' כן נלע"ד בכ"ז:

ולפי מה דנתבאר אתי שפיר דברי הב"ש במה שכתב דאם נשבעה חוץ לב"ד לא דיינינן ביה להך דא"א מוריש כו' ויכולין היורשים לישבע שבועה שלא פקדנו ויגבו את

הכתובה. משום דהא הוי ספק ספיקא בנ"ד המסייע להאשה לגבות הכתובה דהא בעיקר הדין דא"א מורישׁ כו' אין זה רק מספיקא כמבואר בשבועות (דף מ"ח דדיינא דעבד כר"א עבד כו' והוי ספיקא דדינא אם הלכה כרב ושמואל דאמרו א"א מורישׁ כו' ומה"ט אם קדמו היורשים ותפסו אין מוציאין מידם כמבואר בח"מ סי' ק"ח סעי' י"א. א"כ יש לנו ספק א' אם דיינינן כלל להך דא"א מורישׁ כו' ועוד ספק יש לנו במה דנשבעה לשון להבא אף שלא בפני ב"ד דלשיטת הרא"ש והמרדכי מהני שבועה דלהבא לצאת חובת השבועה המוטל עליו כמבואר בח"מ סי' פ"ז סעי' ט"ז ואף דלא כתיב בשבועה דלהבא לא ינקה מ"מ ס"ל דיוצא עי"ז. וצ"ל דס"ל דמה דאמרו בשבועות (דף ל"ט) וכאן נאמר לא ינקה. דאין זה לעיכובא משום דאף בנשבע לשון להבא דלא כתיב ביה לא ינקה ג"כ יוצא חובת השבועה. וכעין זה ראיתי בספר בשמים ראש סי' ר"ד בכסא דהרסנא בד"ה עוד קשיא לי מאי דכתבו התוס' בשיטתא דמיגו דחשיד כו' דהאיומים דשבועות הנ"ל אינן מעכבים דיעבד ע"ש. ועיין כאן בב"ש ס"ק ל"ח. א"כ יש לנו שני ספיקות המסייע להאשה לגבות כתובתה ולכן יכולים היורשים לגבות ע"י שבועה דלא פקדנו ולהוציא מן היתומים. ואף דאין מוציאין ממון ע"י ספק ספיקא משום דאין הולכין בממון אחר הרוב וה"ה בס"ס דהוי כמו רובא עכ"ז הא כבר העליתי בספרי נחל יצחק סי' מ"ג סעי' י"ד ענף ב' דע"י רוב וחזקת חיוב ביחד מוציאין ממון מהמוחזק ע"ש. ולכן בנ"ד דהספק הוא בהפרעון יש לנו רוב היינו ספק ספיקא הלז בצירוף חזקת חיוב שהיה על הנכסים דירשו היתומים. [ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ס"ט סעי' ה' שכתבתי הרבה לדון אם שייך לחייב היורשים משום א"י אם פרעתי] ובפרט דעיקר מילתא דא"א מורישׁ אינו רק מדרבנן ובכתובה ס"ל לכמה פוסקים דהוי מה"ת. ועכ"פ הא יש לנו כעין רוב וחזקה ע"כ שפיר פסק הב"ש דאף דנשבעה בלשון להבא שלא בפני ב"ד דיכולין היורשים לישבע שלא פקדנו ולהוציא הכתובה מהיתומים וע"כ אין הכרח להוכיח מן דברי הב"ש הלז למה דחידש ההפלאה:

וכעין זה מבואר באה"ע לקמן סוף סי' צ"ח סעי' ז' בהרמ"א בשם י"א דלגבי יורשיו אינו מועיל הפטור כו' אבל אם מתה יורשיה נוטלין כתובתה וכמש"כ הב"ש שם ס"ק ט"ז דלא אמרינן תרי קולא א' דברי אבא שאול ב' דברי רב ושמואל כו'. וי"ל דגם זה הוא מטעם ספק ספיקא כנ"ל. אך לפי מה דראיתי בשו"ת הריב"ש סי' קס"ט דכתב בזה"ל דאפילו לדעת הפוסקים דאין מועיל נאמנות מפורש לעקור תק"ח מ"מ כשמת המלוה אין יורשיו מפסידין כו' דלא דיינינן ליה תרי קולא קולא דאבא שאול וקולא דרב ושמואל כדאמרינן עלה התם הבו דלא לוסיף עלה כו' עכ"ל הריב"ש דהוא המקור להך דין שכתב

הרמ"א הנ"ל. הרי דלא אתי עלה מן דין ספק ספיקא דהא כתב דאף הפוסקים דס"ל כאבא שאול מודו לזה. וע"כ הטעם שכתבו שם דלא דיינינן תרי קולא אין זה משום ס"ס רק לפי דעיקר מילתא דאבא שאול הוי ג"כ מצד קולא כמו דאמרו בכתובות (דף פ"ז) בלשון דברי אבא שאול דאמר בלשון אבל מה אעשה כו'. אבל הכא בדברי הב"ש שפיר כתבתי דמן דין ספק ספיקא דיש לנו בדין זה אתי עלה ונתבאר על נכון דברי הב"ש הנ"ל דלדינא יש לנו לסמוך על דברי הב"ש אף שנתבאר דלא כמש"כ ההפלאה. משום דהיכא דנשבע בלא נק"ח הוי כמו דלא נשבע כלל ושפיר דיינינן דא"א מוריש כו' ולא מהני שבועת היורשים לישבע שלא פקדנו. אך הכא שאני דהא נשבעה שבועה המועיל לשיטת הרא"ש והמרדכי ויש לנו דין ס"ס על נכון בזה כנ"ל:

ולכאורה יש למשדי נרגא בדין ספק ספיקא הלז לפי המבואר ביו"ד סי' ק"י סעי' ט' בהגהת הרמ"א דבעינן דוקא שיהיו נודעו שני הספיקות ביחד. א"כ הכא בנידון הב"ש הנ"ל הא הספק ראשון נולד מתחלה בעת שנשבעה האשה בלשון להבא שלא בפני ב"ד והספק השני נולד לאח"ז כשמתה ובאין יורשיה ליטול את הכתובה א"כ הא לא נודעו הנך שני ספיקות הללו ביחד. אבל באמת שפיר כתבתי דהא הרמ"א ביו"ד שם קאי על איסור דאורייתא וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ס"ב דבדרבנן מקלינן אף אם ספק ראשון נולד מקודם הספק השני וכ"כ הב"ש באה"ע סי' ב' ס"ק י"ד. ועפ"ז י"ל בדברי המג"א בסי' תל"ט ס"ק ג' ע"ש. לכן הכא דעיקר מילתא דמשביעין אותה על כתובתה אינו רק מדרבנן לכן שפיר יש לדון ספק ספיקא בכה"ג אף דלא נולדו השני ספיקות ביחד ובפרט בספיקא דדינא כמש"כ הפרמ"ג ביו"ד סי' ק"י בדיני ספק ספיקא בס"ק א' לחקור בחילוק הלז ע"ש. ובנ"ד הא הוי ספיקא דפלוגתא ע"כ ה"ל ספק ספיקא מעליא אף דלא נולדו הנך ספיקות ביחד:

היוצא לנו מכל הקונטרס הלז דאף בנשבע המלוה כבר על שטרו שאינו פרוע אך דלא היה שבועה בנק"ח ואח"ז מת המלוה לאחר שמת הלוה מקודם ובאים יורשי המלוה לתבוע דדיינינן בזה לומר א"א מוריש כו' משום דשבועתו היה בלא נק"ח וה"ל כמו דלא נשבע כלל. וכן נתבאר דבכל שבועות דב"ד משביעין לא בעינן דישבע דוקא בפני הב"ד. רק בשבועת אלמנה על כתובתה כיון דנשבעת בלשון דלהבא מצד המנהג לכן הצריכו דיהיה השבועה בפני ב"ד והכל מצד המנהג כמו שנתבאר לעיל בארוכה. ואם נשבעת האלמנה בלשון להבא שלא בפני ב"ד ומתה לא דיינינן בזה לא"א מוריש כו' ונשבעין היורשים שלא פקדנו וגובין וכמש"כ הב"ש וגם הארכתי בשיטות פלוגתת הראשונים אם קפץ ונשבע מהני או לא:

יג (שם סעי' ט"ז):
שנים שנתעצמו בדין ונשבעו שלא יטענו אלא האמת יש אומרים שאינו נפטר בשבועה הראשונה כו'. ושם סעיף ל"ד התוקע כפו לחבירו לא נפטר משבועה כו'. והש"ך בס"ק פ' האריך בזה. והקצה"ח בס"ק כ"ט כתב טעם אחר בזה. ובני הרב מו' צבי יחי' הגאב"ד דק"ק מיטאווי אמר בזה טעם אחר בשיטת הסוברים דמה שנשבע לשלם לחבירו דאינו יוצא בזה חובת השבועה. והוא דהא נשבע לקיים המצוה ולא קיים פטור מקרבן וממלקות לשיטת הרמב"ן פ"ג דשבועות והובא בקצה"ח סי' ע"ג ס"ק ה'. ולפ"ז בנשבע לשלם לחבירו מה שחייב לו דזהו נשבע לקיים המצוה וכן בנשבע שלא יטעון אלא האמת הוי זה נשבע לקיים המצוה דמדבר שקר תרחק כמבואר בשבועות (דף ל"א ע"א) ע"כ אינו יוצא בזה ידי חובת השבועה המוטל עליו רק צריך לחזור ולישבע שבועה שאינו חייב לחבירו וכדין שבועת הפקדון דחייבתו תורה קרבן בנשבע על שקר והוי בזה חומר שבועה. וזהו טעם הסוברים דאינו יוצא בזה דין חובת שבועתו. והאריך בזה בטוב טעם. ויפה כתב להעיר בזה:
יד (שם סעיף כ'):
העומדים שם אומרים סורו מעל אהלי הרשעים האלה. וכתב הסמ"ע דמשמע על הנשבע ועל המשביע כו'. והתוס' בשבועות (דף מ"ז ע"ב) ד"ה חלה על שניהם כתבו דנענש המשביע אפי' הדין עמו כדפי' בקונטרס לעיל (דף ל"ט) וכן נראה כו'. אכן הבית יוסף הביא בשם הגהות מיימוני דכתב אבל התוס' פירשו בין שניהם ממ"נ אינה יוצאה בלא עונש אם הנשבע נשבע לשקר הרי עונש שבועה עליו ואם נשבע באמת עונש שבועה על המשביעו וכן פר"ח וסמ"ג עכ"ל. וכן הוא בהג"מ להרמב"ם פ' י"א ה' שבועות ה' י"ח בהג"מ שם שהביא פלוגתת הפוסקים בזה. ומסתמא היה כתוב כן בהתוס' שהיה לפניו ולא כמש"כ בתוס' שלפנינו. ובירושלמי פ"ו דשבועות ה' ה' אי' בזה"ל בין שניהם אינה זה מבין שניהם לעולם אם המשביע משביע לשקר סוף לצאת עליו אם הנשבע נשבע לשקר סוף לצאת עליו מ"ט ובאה אל בית הנשבע בשמי לשקר כו'. וכעין לשון זה אי' בתוספתא שבועות פ"ו ובמדרש רבה ויקרא פ' ו' והובא בילקוט משפטים כ"ב ע"ש. ומן כ"ז הוי סייעתא לשיטת הג"מ בשם התוס' דאם נשבע לשקר אין עונש שבועה על המשביעו רק על הנשבע לבדו. והשמ"ק ב"מ (דף ב' ע"ב) בד"ה אלו ואלו באין לידי ש"ש כו' כתב ומכאן אתה למד שאין אדם יכול להשביע את חבירו אלא בדבר שמסופק בו אבל במשביעו בדבר שיודע שחבירו אומר אמת נקרא חוטא אבל ביודע שהוא משקר מותר להשביעו והלעיטהו לרשע וימות ומדת חסידות הוא להביאו לידי שבועה

וכשרואה שרוצה לישבע לא יניחנו לישבע כו' ומה שכתב אבל אם יודע שהוא משקר מותר להשביעו כו' רש"י ז"ל והתוס' כתבו שהמשביע נענש אפילו הדין עמו בפרק כל הנשבעין (דף מ"ז) בד"ה חלה על שניהם כו' עכ"ל השמ"ק. ובירושלמי שם אמרו ר' יונה א' על שקר ר' יוסי א' אף על האמת ופי' הפ"מ והיפ"מ שם דכוונת ר' יוסי הוא דאף שסובר הנשבע דנשבע באמת רק דטועה בזה כהך עובדא דשם ופרק השולח דג"כ נענש ע"ש. אכן במדרש ויקרא פ"ו שם איתא פלוגתא זו ופי' היפה תואר שם דר' יונה דאמר שם אפי' על אמת כוונתו דנענש המשביע אף דהאמת עם המשביע ע"ש. א"כ יש בזה פלוגתת אמוראי:

ומצאתי ראיתי בתשובת הרדב"ז ח' רביעי סי' קנ"ב שכתב לדון אם המשביע יודע כי הנתבע נשבע בשקר אם יש על המשביעו עונש והביא להך דשבועות ופי' רש"י וכתב מכאן משמע בהדיא דיש עונש גם על המשביע אלא דק"ל שנמצאו אוכלים ממונו של חסיד שאינו רוצה להשביעו כו' אלא אדרבה הלעיטהו לרשע וימות. ור"ת פי' חל על שניהם דרך כלל כלומר על א' מהם והיינו על שניהם שאם נשבע שלא כדין עונש שבועה עליו ואם חבירו משביעו שלא כדין עונש השבועה על חבירו וי"מ דזימנין דחל על שניהם כשחברו מהפך עליו השבועה ויודע שנשבע לשקר. הרי לך שדחו פי' של רש"י וגם הוא ז"ל לא אמרה אלא שנכשל בה לפי שלא דקדק אבל לא שיניח להפסיד ממונו כדי שלא ישבע זה לשקר והעושה כן נקרא אצלי חסיד שוטה שהתורה אמרה כי יתן איש אל רעהו עד האלקים יבא דבר שניהם לשבועה אלא ישביעו ולא יחוש והלעיטהו לרשע ולצאת ידי מחלוקת וספק שבועה ראוי לכל ירא שמים להביאו לידי שבועה ולהודיעו עונשו אולי יפרוש ויודה ואם רואה שרוצה לישבע עכ"פ לא ישביעוהו אלא יטילו ח"ס על כל מי שלא יודה לחבירו והנלע"ד כתבתי עכ"ל הרדב"ז. והעתקתי דבריו הנחמדים כדי שידעו איך להתנהג בזה. ואחר כותבי כ"ז מכבר ראיתי כעת בביאור הגר"א זצ"ל בס"ק ע' שהביא לדברי הג"מ והירושלמי והתוספתא והויקרא רבה פ"ו ע"ש: ולכאורה יש להקשות בעיקר מילתא דהביאו הרמב"ם והטוש"ע וכל הפוסקים להך דסורו מעל האנשים הרשעים כו' דהא בשבועות (דף מ"ז ע"ב) אמרו ורב ושמואל האי שבועת ד' מאי דרשי בי' ומשני להך דשבועות ד' חל על שניהם. א"כ לדינא דקיי"ל דאמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם א"כ אתי הך שבועות ד' בין שניהם ע"ז א"כ מנלן דחל על שניהם. ואפשר שהוציאו זה מירושלמי שבועות פ"ו ה' ה' דאמרו שם שבועות ד' בין שניהם להוציא היורש כו'. [ועיין במראה הפנים שם]. בין שניהם אינה זזה מבין שניהם כו'. הרי להדיא דאף דדרשו להך בין שניהם להוציא היורש לענין מחוייב שבועה ואינו

יכול להשבע משלם וכדקיי"ל לדינא בש"ס דילן שם אפ"ה דרשו שם מהך דבין שניהם לענין דחל על שניהם ג"כ ואפשר דתרתי נפקי להו מזה. ועוד י"ל דהך מילתא דחלה על שניהם אין זה רק לאסמכתא בעלמא ועיקרו אינו רק מדרבנן. וכעין זה הוא במכילתא פ' משפטים פ' ט"ז דבין שניהם להוציא היורשים בין שניהם להביא שכנגדו חשוד על שבועה דנגדו נשבע ונוטל ועוד איזה דרשא שם. והא זה שכנגדו חשוד על השבועה אינו רק מדרבנן כידוע וע"כ זה אינו רק סמך בעלמא ואסמכוה אקרא אף דדרשו עיקר פסוק זה על מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ולהוציא את היורש. וכעין זה הוא בתוספתא שבועות פ"ו דדרשו להך שבועות ד' בין שניהם על חשוד כו' וגם להך דחל על שניהם והובא זה בילקוט משפטים אות כ"ז ע"ש. ועיין במחנה לוי לשבועות (דף מ"ז) שהקשה כן. והעיקר כמו שכתבתי. ועיין ביבמות (דף כ' ע"א) ובנדה (ד' י"ב ע"א) דמי שעובר על דרבנן ג"כ מקרי רשע:

טו (שם סעיף כ"א):

אין מאיימין אלא בשבועת הדיינין שהיא ע"י טענה וודאית כו' אבל בשבועה שנתחייב בטענת ספק וכן בש"ה א"צ איום כו'. והסמ"ע בס"ק ס"ז ביאר הטעם דכיון דהתובע עומד לנגדו כו' ובש"ה דהיא בלא נק"ח א"צ איום עכ"ל. והוא מן הרמב"ם ה' שבועות פ' י"א ה' ט"ו והלכה י"ט. והכ"מ הקשה דמנלן להרמב"ם זה והלח"מ כתב דבש"ה דא"צ איום הטעם הוא דכיון דא"צ בנק"ח כו' אבל בשבועה דצריך נק"ח אף בבא על הספק קשה מפני מה אין צריך איום ולא ידעתי לו מוצא עכ"ל הלח"מ:

ומכבר רציתי לומר דהרמב"ם הוכיח זה מן גיטין (דף ל"ה) דמודה רב בקופצת. ושיטת רש"י וסייעתו שם דשבועת קופצת מהני וא"צ לחזור ולישבע והא דב"ק (דף ק"ו) שא"ה כמש"כ הרמב"ן והר"נ שם. והנה רב ס"ל דאין משביעין לאלמנה חוץ לב"ד משום דבעי שבועה בנק"ח וכמש"כ הרשב"א בחי' לגיטין שם דדוקא בנודרת אקילו באלמנה משא"כ בשבועה בעינן כל תכסיסי שבועה לשיטת רב וכמש"כ הרשב"א שם. ואפ"ה ס"ל לרב דקופצת בשבועה בנק"ח מגבינן הכתובה דס"ל דרק לכתחלה נמנעו מלהשביעה. והא קופצת היה השבועה בלא איום דאם היה האיום מן הב"ד אינה נקראת קופצת. ושבועת אלמנה הוי בנק"ח ואפ"ה מהני בדיעבד בנשבעה בלא איום ומזה הוכיח הרמב"ם דינו דדוקא היכא דבע"ד תובע ומכחישו כמש"כ הסמ"ע בזה בעי איום. משא"כ בשבועה ע"י טענת ספק כן רציתי לומר מכבר:

אך באמת אין זה ראי' כלל דהא כל האיומים הנאמר שם ובשבועות (דף ל"ט) אין זה לעיכובא ולכן שפיר מהני בקופצת בדיעבד אף דלא היה באיומים הנאמרים שם. וכן

ראיתי בשו"ת בשמים ראש בכסא דהרסנא סי' ר"ד בד"ה עוד קשיא לי מאי דכתבו התוס' בשיטתא דמיגו דחשיד כו' שכתב ג"כ בפשיטות דהאיומין הללו אינן מעכבין דיעבד ע"ש. וכן מוכח מן שבועות (דף מ"א) דהש"ס שקיל וטרי מאי איכא בין שד"א לשד"ר והיינו ש"ה כמבואר שם ובפי' רש"י וקשה הא ה"מ הש"ס לומר דאיכא בינייהו הך מילתא דהאיומין הנאמר שם בשבועות (דף ל"ט) גבי שבועת הדיינין דבשבועת היסת א"צ איום כמש"כ הרמב"ם והש"ע. ומדלא אמרו כן מוכח מזה דהאיומין אינן לעיכובא. אך יש לדחות זה הראי' לפי מש"כ הר"נ והרא"ש שם לשיטתם דש"ה א"צ נק"ח דהקשו אמאי לא קאמר הך נ"מ ותירצו דלא בעי על תיקון השבועה אלא נפקותא לענין דינא קבעי והובא לעיל בש"ך ס"ק ל"ח. א"כ כמו כן י"ל דלכן לא אמרו להך נ"מ לענין איום משום דלא בעי על תקון השבועה כו':

אכן לשיטת הסוברים דשבועת היסת צריך נק"ח. וראייתם מדלא אמרו בש"ס שם להך נפקא מינה וכמו שכתב הש"ך שם בשם המרדכי והתוס' וסייעתם א"כ לפ"ז שפיר יש להוכיח עדיין דמדלא אמרו להך נ"מ לענין איומים דמוכח מזה דהאיומין אינן מעכבין. אך יש לדחות ג"כ לזה דהא עיקר יסוד דהרמב"ם דשבועת היסת א"צ איום אף דחבירו תובע ומכחישו הוא כמש"כ הלח"מ והסמ"ע דכיון דא"צ בנק"ח בש"ה דעיקרו הוא משום לאיימו ע"כ ה"ה דלא בעינן דין איום כלל בש"ה. ע"כ ממילא יש לדון להסוברים דש"ה צריך בנק"ח דלשיטתם אפשר לומר דגם צריכים להאיומים גם בש"ה דאין לנו לחלק ביניהם. ע"כ נדחה הראיה זו לכל השיטות. ומ"מ אף שנדחה ראיה זו. עכ"ז הדעת נוטה כמש"כ הבשמים ראש דהאיומים הללו אינן מעכבין דיעבד. וכן מה דתנן בסנהדרין (דף כ"ט ודף ל"ד) דמאיימין על העדים וכמבואר בח"מ סי' כ"ח סעי' ז' ובהרמב"ם ה' סנהדרין פ' י"ב ה"ג ובהלכות עדות פ' י"ז ה' ב' אין זה לעיכובא. וכדמצינו בהא דתנן בסוטה (דף ז' ע"א) דמאיימין על הסוטה כדרך שמאיימין על עדי נפשות. דאין זה לעיכובא וכמש"כ התוס' להדיא בסוטה שם בד"ה מה להלן כו' דהאיום בסוטה אין זה לעיכובא ע"ש. ועיין בביאור הגר"א זצ"ל כאן. ולעיל סי' הלז סעי' י"ג ענף ב' כתבתי ג"כ מזה:

טז (שם סעיף כ"ז):

מי שנתחייב שבועה ויצא ואמר נשבעתי נאמן. והובא בסמ"ע ס"ק פ"ה ובש"ך ס"ק ס"ה בשם הטור שכתב בשם רבינו האי דמחלק בין שד"א לדרבנן. ולכאורה קשה דלפ"ז הא ה"מ הגמ' בשבועות לומר האי נפ"מ בין שד"א לדרבנן דבשד"א אם טען נשבעתי חייב היסת ובדרבנן פטור מש"ה והש"ס קאמרי שם (דף מ"א) מאי איכא כו'. ואפשר דלא

ניחא להו לומר האי נפ"מ דלא הוי רק בש"ה אם ישבע היסת או לא. ויותר נראה לי לומר דעיקר חילוקו של ר' האי הוא דבשד"א דנחתינן לנכסיו הוי זה כתובעו ממון דחייב ש"ה משא"כ בתובעו ש"ה דאף דלא נשבע לא נחתינן לנכסיו ע"כ הוי זה כתובעו תביעה שאינו ממון דאין נשבע היסת ע"ז. א"כ הש"ס בשבועות דמקשה מאי איכא כו' לא ידע אז החילוק ביניהם אי נחתינן לנכסיו ע"כ שפיר הקשו מאי איכא כו'. וכן לר' יוסי דס"ל בדרבנן נמי נחתינן לנכסיו א"כ גם בש"ה כ"ז דלא נשבע הדין הוא דנחתינן לנכסיו ע"כ אף בטוען נשבעתי צריך לישבע ש"ה כמו בשד"א לשי' ר' האי וע"כ שפיר אמרו מאי איכא כו' ופשוט. והנה מן התוס' כתובות (דף פ"ה) ד"ה אלימא מחזי כשיקרא כו' דכתבו שלא להצריכה עדים היום ולמחר. דמוכח דס"ל להתוס' דא"נ לומר נשבעתי בשד"א. וכן ראיתי בהפלאה שם שהעיר בזה. אכן ראיתי בשיטה מקובצת לכתובות שם שהביא לדברי התוס' הלז והעיר ג"כ דהא נאמן לומר נשבעתי ודחי זה ההוכחה ע"ש. ע"כ אינו ראיה מן התוס' הלז להוכיח כן לפמש"כ השמ"ק שם:

יז (שם סעיף כ"ח):

נשבע היסת ואח"כ הודה מעצמו במקצת אם דרך תשובה הודה כו'.

ואם הודה שלא ע"ד תשובה אינו נפסל לשבועה ע"פ עצמו. וכ' הסמ"ע ס"ק פ"ח זה לשון הטור כו' וכתבתי בפרישה דר"ל דחוזר ונשבע על השאר שהרי הודה ששבועתו הראשונה היתה לשקר כו'. והמחבר השמיט ולא כתב להא דכ' הטור נשבע על השאר צ"ל דלשיטתו אזל שבב"י כתב דל"ד קאמר כו' עכ"ל הסמ"ע. וכ"כ הש"ך שם בשם הע"ש והב"ח והשיגו על הב"י. ודעתם דחוזר ונשבע עכשיו שד"א ומה"ט ס"ל להרי"ף בתשובה שהובא בטור שכתב בזה דכנגדו נשבע ונוטל. אך תמהו עליו דהא לא נעשה חשוד ע"פ עצמו. ומה"ט כתב הש"ך בס"ק ע"ב דאם רצה התובע נשבע ונוטל בע"כ כדלקמן סי' צ"ב. וזה אינו אלא בשד"א כידוע. ובאמת דברי הב"י דס"ל דא"צ לישבע עכשיו הוא תמוה כמו שהקשו כולם על הבית יוסף:

ענף א:

ולענ"ד נראה לתרץ דברי הב"י דנכונים הם בסברא. והוא דהא ידוע פלוגתת ראשונים אי אמרינן מיגו לאפטורי משבועה או לא והא דחייב לכ"ע שד"א במודה במקצת וכן בש"ש ואינו נאמן לומר נאנסו במיגו דהחזרתי או להד"ם. טעמם משום דה"ל מיגו דהעזה כמבואר רפ"ז דשבועות בר"נ והרא"ש שם והובא בח"מ סי' רצ"ו. ובכללי מיגו בש"ך ס"ק ו'. ומצינו בכתובות (דף י"ח) ושבועות (דף מ"ב) דהיכא דליכא לחזקה דא"א מעיז כמו בבנו דפטור משבועה משום דהוי כמשיב אבידה. והנה הכא דהעיז כבר וכפר הכל

וגם נשבע י"ל דבזה לא שייך החזקה דא"א מעיז. וראי' לזה מהא דמבואר בטור אה"ע סי' י"ז גבי אשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת משום חזקה דאינה מעיזה. וסמכינן ע"ז אף באתחזק איסורא דא"א וכתב הטור שם דאם נתקדשה לאחר מתחלה שלא בפניו דליתא בזה להך חזקה כו' משום די"ל דלהחזיק דבריה אומרת כן. וכ"כ הטור שם בסי' קנ"ב. והבדק הבית בבית יוסף בסי' י"ז כתב דגם התשובת הרא"ש דכתב שם דבניסת מקודם דבא בעלה ליתא להך חזקה דמשום כדי שלא תעשה עצמה זונה אומרת כן אף בפניו. דגם איהו מודה דאף בנתקדשה אמרינן כן והמעשה היה שם בניסת עכ"ל הבדק הבית: ובש"ע אה"ע סי' י"ז סעיף ב' כתב בזה"ל דבניסת לאחר שלא בפני בעלה אעפ"י דכשבא בעלה אומרת לו בפניו גרשתני אינה נאמנת דכיון שכבר ניסת מעיזה ומעיזה שלא תעשה עצמה זונה ויש מי שאומר דאפילו לא ניסת עדיין אלא נתקדשה כו' ג"כ אינה נאמנת. והח"מ שם וכן הב"ש שם ס"ק ז' הביאו בשם הבדק הבית דגם הדעה הראשונה מודה בנתקדשה דג"כ אינה נאמנת רק מעשה שהיה כך היה עכ"ל. עכ"פ בנשאת כ"ע מודו דמעיזה ומעיזה דבשביל שלא תעשה עצמה זונה עבידא לאחזוקי דיבורה. ואף דעצם החזקה דאין אשה מעיזה הוי חזקה אלימתא. דלכמה פוסקים נאמנת אף להנשא לכתחלה אם אמרה לבעלה גרשתני אף דאתחזק איסורא דא"א. ואף בידוע בעדים דהיא אשתו מהני חזקה דאינה מעיזה כמבואר בב"י בסי' י"ז ובב"ש שם ס"ק ד'. ועכ"ז היכא די"ל דתתבזה ותעשה עצמה זונה. דאז מעיזה ומעיזה. ומשמע מן דבריהם דאם נשאת לאחר אף דלא נבעלה עדיין רק דנכנסה לחופה ולא נבעלה ג"כ מעיזה ומעיזה. דכיון דנשאת עכ"פ אז ליתא לחזקה זו. וגם בנתקדשה מצינו דס"ל לכ"פ כנ"ל דכיון דהיה מעשה עבידא לאחזוקי להמעשה שעשתה מקודם:

אכן באמרה שלא בפני בעלה גרשני בזה לא קיי"ל כהריב"ש דהובא בדרכי משה לאה"ע סי' קנ"ב וסי' י"ז דס"ל דאף בזה אמרינן דעבידא לאחזוקי לדיבורה הראשון. ובאמת לכאורה י"ל להריב"ש הנ"ל דבנ"ד דכפר הכל מתחלה בב"ד בפניו דאף דלא נשבע עדיין שבועת היסת. ואם אח"ז הודה במקצת י"ל דאינו חייב לישבע שד"א לפי דהא יש לו מיגו דאי בעי עומד בטענתו הראשונה ויפטר. ואין לומר כדרבה דכל מ"מ אין לו מיגו דאי בעי כפר הכל משום חזקה א"א מעיז בפני בע"ח. די"ל דהכא כיון דכפר הכל מתחלה בפניו ובב"ד ע"כ יותר נוח לו להעיז פניו נגד בע"ח כדי שלא יצטרך לחזור מדבריו הראשונים כי מיכסף מלחזור לפי דיגולה לכל דאמר שקר מתחלה. והא הך חזקה דאין אשה מעיזה הוי חזקה אלימתא ביותר מן הך חזקה דא"א מעיז פניו בפני בע"ח. דהא על החזקה דא"א מעיז בפני בע"ח לא סמכינן ע"ז בעצם הענין רק במקום מיגו אמרו כן. וגם הא

קיי"ל דבממון אמרינן מיגו דהעזה ג"כ רק במקום לאפטורי משבועה לא אמרינן למיגו דהעזה כמבואר בכללי מיגו של הש"ך ס"ק ו'. ואלו החזקה דאינה מעיזה בפני בעלה הוי חזקה בעצם הענין. א"כ מעלת החזקה דאינה מעיזה בפני בעלה הוי סברא אלימתא ביותר מן הך חזקה דאין מעיז בפני הבע"ח. ואפ"ה במקום חזרה מן דבריו הראשונים אמרינן דליתא להחזקה זו כי נוח לה להעיז נגד הבעל כדי שלא תצטרך לחזור. א"כ כש"כ במקום חזקה דא"א מעיז בפני בע"ח דליתא בזה להך חזקה היכא דיצטרך לחזור מדבריו הראשונים. ומדאמרו כולם דאף בכפר הכל מתחלה דמ"מ אם הוא מ"מ דישבע שד"א עכשיו. וגם הפוסקים דס"ל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה כמו דכתב הרמ"א בסי' רצ"ו דהביא לשיטת הראשונים דס"ל דרק במקום העזה לא מהני מיגו לאפטורי משבועה. ואלו הכא בסי' פ"ז לא הביאו לשום חולק ע"ז. משמע מזה דלא ס"ל לסברת הריב"ש הנ"ל:

אך בזה יש לחלק די"ל דשאני התם במש"כ הריב"ש דאם אמרה גרשני שלא בפני בעלה דבזה שפיר י"ל דעבידא לאחזוקי דיבורה הראשון משום דמיכספא לחזור דאז יגולה לכל דהיה רצונה מתחלה להנשא באיסור מדאמרה גרשני. וע"כ במקום דהוציאה שקר כזה מיכספא עכשיו לחזור מדברי'. משא"כ הכא דכפר הכל מתחלה די"ל בזה כמו דאמרינן בב"מ (דף ה') דהכופר במלוה כשר לעדות משום דאשתמוטי קא משתמיט. וע"כ י"ל עדיין בזה דמחמת חזקה דא"א מעיז בפני בע"ח הוכרח להיות מודה במקצת. משום דנוח לו לחזור בזה דהא י"ל דמשום אשתמוטי אמר כן מתחלה לכפור הכל. וע"כ אין זה דומה להך דכתב הריב"ש הנ"ל ואין מזה שום סתירה להכלל של הריב"ש. ולכן לכ"ע הדין בכפר הכל מתחלה דאם הוא מ"מ עכשיו דישבע שד"א כדין כל מ"מ:

וכ"ז אינו רק בלא נשבע מתחלה. אבל היכא דנשבע מתחלה היסת בעת שכפר הכל. בזה שפיר י"ל דאף דהודה עכשיו במקצת דבזה יהיה פטור מן שד"א. משום דהא יש לו מיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה ויפטר. דהא כמו דמצינו בנשאת או בנתקדשה דכתב הטור בסי' י"ז ובסי' קנ"ב דליתא בזה להך חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה משום דמעיזה ומעיזה. דבסי' י"ז כתב בזה"ל דבנתקדשה שלא בפניו דאין הקידושין כלום משום דמעיזה ובסי' קנ"ב כתב ג"כ בזה"ל דאינה צריכה גט משני. אלמא דאף להקל אמרינן בפשיטות דבמקום מעשה הקידושין דעשתה מתחלה וכש"כ בנשאת דבשביל שלא תעשה עצמה זונה מעיזה ומעיזה. א"כ ה"ה בנ"ד דנשבע מתחלה על מה דכפר הכל ועכשיו לפי דבריו דהוא מ"מ א"כ נשבע שקר בוודאי. דזה דומה לנשאת דלכ"ע אמרינן דמעיזה ומעיזה כדי שלא תעשה עצמה זונה ותתבזה בעיני הבריות. דמשמע אף דלא

נבעלה עדיין ג"כ אמרינן כן. א"כ ה"ה בנ"ד דמודה דנשבע לשקר מתחלה דאף דלא נפסל עפ"י עצמו מכ"מ הא מיכסף מלחזור. וכדמצינו בב"ב (דף מ"ה) דמשום שלא יהיה לוה רשע בעיני הבריות מעיד שקר כמש"כ הש"ך בסי' ל"ז ס"ק א'. וגם הא הוי בנ"ד מעשה השבועה דנשבע מתחלה. ע"כ זהו כש"כ מן הך דנשאת ולא נבעלה עדיין או בנתקדשה כנ"ל דאמרינן דבכה"ג מעיזה ומעיזה כי נוח לה יותר להחזיק בדבריה הראשונים כדי שלא תצטרך לחזור ויגולה חרפתה בעיני הכל. ולכה"פ ה"ה בנ"ד דנשבע מתחלה דאינו חייב כלל. בודאי י"ל בזה דאף דעכשיו הוא מודה במקצת מ"מ א"צ לישבע שד"א משום דיש לו מיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה דהעיז כבר וגם נשבע כבר היסת. דנוח לו להעיז נגד הבע"ח כדי שלא יצטרך לחזור מדבריו הראשונים דיוציא שם רע על עצמו דנשבע לשקר ובכה"ג מעיז ומעיז. וכעין זה כתבו התוס' בשבועות (דף מ"ו ע"ב) ד"ה כי מטא זמן כו' שכתבו וי"ל כיון שהתחיל לכפור שוב לא יודה כו' פן יהא מוחזק שקרן עכ"ל. ויש לחלק קצת וקצרתי: וידעתי מה דיש לחלק בסברא קלושה דשאני בחזקה דאינה מעיזה בפני בעלה דבזה בעינן דיהיה חזקה גמורה. ע"כ היכא דנתקדשה או נשאת דאין שייך בכה"ג החזקה הנ"ל ע"כ לא אמרו בזה להחזקה זו. משא"כ בטמן מיגו לאפטורי משבועה דהא באמת אמרינן מיגו דהעזה כדקיי"ל לדינא אך במקום מיגו לאפטורי משבועה בזה אמרו דלא אמרינן מיגו דהעזה. ע"כ י"ל בזה דאף במקום העזה קצת ג"כ לא דיינינן להמיגו דמ"מ הוי קצת העזה אף בכה"ג. אבל באמת ז"א סברא כלל לחלק כן. דהא אמרו שם באה"ע גבי ניסת כו' בהלשון דמעיזה ומעיזה. אלמא דס"ל בפשיטות דלא שייך בזה כלל להך סברא דאמרו דאינה מעיזה בפני בעלה. ע"כ וודאי דאין לחלק כן בנ"ד. וגם מנלן להו לחייב שד"א בכה"ג במקום מיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה ויפטר. דאיך יכולין להוציא ממון אם לא ישבע. ואם היה מקום ספק בזה היה אפשר לומר דשאני שבועה דעיקרו הוא לברר הספק וכמש"כ הנתיבות בסי' פ"ז ס"ק ד' והקצה"ח שם ובקצה"ח סי' פ"ב ס"ק י"ט. אבל באמת הא כבר נתבאר דס"ל התם גבי אשה שאמרה גרשני שלא בפני בעלה ונתקדשה דאמרו דאין בזה חשש קידושין כלל כמש"כ הטור באה"ע שם. א"כ חזינן דאין בזה שום ספק כלל ואף שכתב הש"ך בכללי מיגו ס"ק ל"ב שדוחין המיגו בסברא מועטת. עכ"ז בנ"ד נראה דאין זה סברא מועטת כלל. דהא חזינן התם גבי חזקה דאינה מעיזה דבנשאת שלא בפני בעלה לא חיישינן להקידושין כלל ואינה צריכה גט ממנו כלל כנ"ל. אלמא דזה היה סברא פשוטה להם בוודאי דבכה"ג לא שייך החזקה הנ"ל כנ"ל. וה"ה בנ"ד דוודאי ליתא בזה כלל להחזקה

דא"א מעיז בפני הבע"ח כנ"ל. ובאמת לחלק בסברות קלושות בלא הוכחות ברורות וודאי אין לנו לחלק בסברא בעלמא: ענף ב:

וכיון דנתבאר דאם נשבע מתחלה שאינו חייב לו כלל דבכה"ג לא שייך החזקה דא"א מעיז בפני בעל חובו. ע"כ הדין נותן דאף דהודה במקצת אח"ז דלא שייך בכה"ג לחייבו שד"א משום מודה במקצת. דהא כיון דליתא בזה שוב לחזקה זו ע"כ הוי כמשיב אבידה דלא ישבע. כמו הא דכתובות (דף י"ח) ושבועות (דף מ"ב) דכיון דבבנו מעיז הוי משיב אבידה. וכה"ג מבואר בסי' ע"א סעיף כ"א במש"כ שם הש"ך ס"ק מ"ט בשם הב"ח והג"ת דלכן א"צ לישבע שד"א משום דמעיז כיון דמסייע ליה הנאמנות. וה"ה בנ"ד דהא אמרו באה"ע הנ"ל דבכה"ג מעיז. וכן מצינו בב"מ (דף ד' ע"ב) גבי סלעין דינרין דלוה אמר שלש דס"ל לר"ע דה"ל משיב אבידה ופטור. והטעם הוא משום דקא מסייע ליה שטרא וכמו דפי' רש"י שם והתוס' שם בד"ה וש"מ דהילך פטור כו'. והסמ"ע בסי' פ"ח ס"ק נ"ז דבכה"ג מעיז. ובאמת הא הך דסלעים דינרין לא הוי סיוע גמורה. דהא בח"מ סי' מ"ב בש"ך ס"ק כ"ה הביא בשם ג"ת דהקשה עלה דאמרו שם גבי סלעין דינרין דאי תפיס המלוה מפקינן מיני'. מהא דב"מ (דף ק"י) ובח"מ סי' שט"ז דבשטר דכתיב שנין סתמא דאי תפיס מלוה לא מפקינן. ומה דמחלק הש"ך שם השיג עליו האו"ת שם ס"ק י"ד. וכן הסכים לדבריו הנתיבות שם ס"ק י' וכתבו לחלק דתפיס ברשות מהני. אלמא דהא מילתא דסלעים דינרין הוי ספק. ואלו היה הוכחה ברורה לומר דסתם סלעים הוי שנים א"כ לא היה מהני תפיסה ברשות ג"כ. וע"כ מוכח דזה הוי ספיקא ולא הוי הוכחה ברורה מהך סלעים דהוי שנים. וכמש"כ הנ"י שם. ושא"ה גבי מלוה א' חמש ולוה א' שלש דלכן אמרו דהוי משיב אבידה משום דיש לו מיגו דאי בעי כפר הכל. ולא הוי מיגו דהעזה דמשום דהוי סיוע קצת לדבריו על כן מעיז ומעיז. וכמש"כ השמ"ק והריטב"א ובחידושי הר"נ שם. אלמא דמצינו דבמקום סיוע קצת כיון דאיכא למימר דמעיז פטור משד"א. וה"ה במקום אחר דאיכא למימר דמעיז ומעיז אף דהוי מטעם אחר דמ"ש. ועיין בנ"י ובר"נ ושמ"ק וריטב"א ריש ב"מ בסוגיא דסלעים דינרין:

והרא"ש בב"מ פ"א סי' ג' הביא ראיה דע"א מסייע פוטר משד"א מהא דב"מ (דף ד') דאמר לך ר' חייא שאני הכא דמסייע ליה שטרא. משום דלשון שטר שכתוב בו סלעין מסייע ליה כו' וכיון דפטרינן ליה משבועה בסיוע שטר בעלמא אע"פ שאין כאן עדות גמורה כש"כ בע"א שמעיד כדברי הנתבע עכ"ל. וזהו כעין מש"כ דהך דמסייע ליה שטרא לא הוי סיוע גמורה. אך בעיקר ראייתו י"ל דלכן ס"ל להרבה פוסקים דאין עד מסייע פוטר. משום דס"ל דכיון דהא הש"ס מוכיח שם דהילך פטור מהא דלוה אמר שתים דפטור. וכן

למאי דתירצו שם א"נ משום דה"ל שעבוד קרקעות כו'. אלמא דס"ל דהך סיוע דמסייע ליה שטרא אין בו כח לפטור מן שד"א דלא הוי סיוע גמורה וכמש"כ. וכן מוכח בח"מ סי' פ"ח סעיף ל"ב בשט"ח שכתוב סלעים ולוה א' שתים דפטור לפי שלא הודה אלא מה שבשטר ואין כאן הודאה. וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק נ"ה. אלמא דס"ל לדינא דלא אמרינן בזה לפוטרו משד"א משום דמסייע ליה שטרא. דס"ל כהך לישנא דגמ' הנ"ל דלא מהני הך דמסייע לי' שטרא לפוטרו משד"א. וכן מבואר ברא"ש לב"מ פ"א סי' ו' ע"ש. והטעם הוא דזה לא הוי סיוע גמורה לפוטרו מן שד"א. וא"ש דברי הראשונים דס"ל דאין עד מסייע פוטר משבועה. ואפ"ה אם לוה א' שלש לכ"ע ה"ל משיב אבידה דקיי"ל כר"ע. וכמש"כ הסמ"ע הטעם דיש לו מיגו דכפר הכל דמעיז בכה"ג כנ"ל. וכמבואר בסי' פ"ח סעיף ל"ב בסמ"ע ס"ק נ"ז. ועיין במלחמות ריש ב"מ ובבעל המאור שם:

וכה"ג כתבו התוס' בגיטין (דף כ"ז ע"א) ד"ה אין הבעל מודה כו' דאינה נאמנת לומר גרשתני דכיון דאיכא גט דמסייע לה מעיזה ומעיזה. וכ"כ התוס' בב"מ (דף י"ח) ד"ה אין הבעל מודה כו'. וכ"כ הב"ש בסי' קנ"ג ס"ק א'. ואף דשם לא הוי הוכחה ברורה כ"כ דהא באמת אין מחזירין הגט לא לזה ולא לזה. אפ"ה כיון דהוי סיוע קצת לדבריה בפני הבריות ע"כ מעיזה. וכה"ג מבואר בגיטין (דף ס"ד). וכ"כ הלח"מ ה"ג פ"ז הלכה כ"ד. והא דמבואר בסי' ע"ה ובסי' פ"ז בשם שיטת הסוברים דבמודה במקצת וע"א מסייעו אינו פוטר. י"ל דלא מבעיא לשיטת הרא"ש דהובא באה"ע סי' קמ"א סעיף נ"ה גבי אשה האומרת גרשתני דאף דיש ע"א מסייע לה מ"מ שייך החזקה דאינה מעיזה א"כ ה"ה בשבועת מודה במקצת וע"א מסייע לו. שייך בזה ג"כ מה דאמר רבה חזקה א"א מעיז פניו בפני בע"ח. ואף לשיטת הטור בסי' י"ז והובא בב"ש סי' י"ז ס"ק ו' דאף בע"א מסייע לה מעיזה. עכ"ז שאני במודה במקצת דהא הע"א אינו מעיד רק על מה דכופר במקצת ומסייעו. ובמה שהוא מודה במקצת ליכא בזה עד דמסייע להעיד שהוא פטור מזה. ע"כ לא שייך כלל התם לדון כן וכ"ז פשוט:

ולכן לפי כל מה דנתבאר א"כ הנכון הוא עם הבית יוסף דסי' פ"ז ס"ק מ"ג. וז"ל הבית יוסף כתב הרי"ף בתשובה כו' וצריך לפרש דהכי קאמר ומועיל לו שבועתו שנשבע קודם לכן על השאר עכ"ל הב"י. והשיגו כולם על הבית יוסף. ובאמת תמוהים דבריו דהא מבואר בסי' פ"ז סעיף י"ד דאם כפר הכל ונשבע היסת ואח"כ הביא ע"א נשבע בנק"ח. וכמבואר בשבועות (דף ל"ח ע"ב) האי דיינא דאשבע בלא נק"ח חוזר. ובברא"ש שם סי' ב' בשם האלפס. א"כ בוודאי לא יעלה על הדעת לומר דיהיה סגי במה דנשבע מתחלה היסת כיון דמחוייב עכשיו לישבע שד"א כדין כל מ"מ:

אבל לפי מה דנתבאר הנכון עם הבית יוסף וי"ל דגם כוונת הב"י הוא לכל מש"כ דמה שכתב הב"י דמועיל לו שבועתו שנשבע קודם לכן כו'. הכוונה הוא דכיון דנשבע כבר ע"כ עביד לאחזוקי דבורו ומעשה השבועה דנשבע כבר ולא יעשה את עצמו לשקרן ולהוציא שם רע על עצמו דנשבע לשקר. ושבועת שקר חמירא לאינשי מאוד כמבואר בב"מ (דף ה') תוס' ד"ה דחשיד אממונא כו'. ע"כ מיכסף להודות על עצמו דנשבע לשקר ויתבזה בעיני הבריות כמו דאמרו בנשאת ונתקדשה שלא בפני הבעל דמעיזה ומעיזה וה"ה בזה דמעיז ומעיז. וכבר נתבאר דבאיזה סברא קצת דראו חז"ל דיש לומר בו דמעיז אז מהימן במיגו והוי משיב אבידה. והוא הדין בזה דכיון דנשבע כבר ע"כ פועל זה דיהיה מהימן במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה ויפטר. וגם הא שייך בכל זה לסברת הש"ך בסי' ע"ט ס"ק כ"ג גבי מיגו במקום קול דהיכא דהעיז כבר והכחיש להקול דאז שפיר מהימן במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה להפטר כיון דחזינן דאינו חושש להקול ע"ש. וכש"כ בנידון דידן דחזינן דהעיז כבר בבית דין נגד הבעל דין וגם נשבע היסת על זה על כן ודאי יש לו מיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה ויפטר: והא דס"ל להרי"ף בתשובה שם דאף דנשבע היסת מ"מ עכשיו דמודה במקצת חוזר ונשבע אלא מחמת שהוא חשוד לכן כנגדו נשבע ונוטל כמש"כ הטור בשמו. י"ל דטעם הרי"ף הוא דס"ל כשיטת הראשונים דס"ל דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. ועיין מזה בראש ובר"נ רפ"ז דשבועות. וע"כ אף היכא דאיכא למימר דמעיז ומעיז מ"מ חייב שד"א במודה במקצת משום דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן:

אך לפענ"ד נראה דאף להסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה וכמש"כ הרמב"ם והמחבר בריש סי' רצ"ו. עכ"ז בכה"ג י"ל דגם אינהו מודו דא"צ לישבע ושפיר חלקו על הרי"ף בזה לפי כוונת הב"י. והוא דהא לכאורה יש להוכיח כהסוברים דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה. מהא דב"ק (דף ק"ז ע"ב) דאמר ר' אסי א' ריו"ח הטוען טענת אבד ונשבע וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור הואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה. וכתבו התוס' שם ד"ה הואיל ויצא כו' דאע"ג שהודה דלשקר נשבע אין חייב מן הדין לישבע פעם ב' שנגנב כו' אלא נאמן שלא בשבועה לומר שנגנב במיגו דאי בעי אמר באמת נשבעתי והיה פטור כו' כיון שמן הדין לא היה לו לישבע עכ"ל התוס'. והובא זה ברמב"ם הל' גניבה פ"ד הלכה ג'. א"כ תקשה מסוגיא מפורשת הנ"ל על הסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה:

ענף ג:

והנלפענ"ד בזה ע"פ מש"כ בכללי מיגו שלי לתרץ מה שהקשו כולם על הרמב"ם דס"ל דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה מהא דא' רבה מפני מה מודה במקצת ישבע. ותרצתי דעיקר הטעם דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה משום דכמו דברובא בעינן לברר היכא דאיכא לברורי ה"ה במיגו דשקולים הם. וע"כ בחיוב שבועה דהתורה הצריכה לברר הספק ע"י שבועה לא מהני מיגו משום דכיון דאיכא לברורי מברירנן. אבל רבה דס"ל בב"ב (דף ל"ב) דאמרינן מיגו להוציא ע"כ לדידי' אלים מיגו דלא בעינן לברר. וגם הא רבה ס"ל דאמרינן מיגו במקום עדים כמבואר בב"ב (דף ל"א ע"א) ע"כ ס"ל דמהני מיגו לאפטורי משבועה. ועיין בתוס' ובמהרש"א ובנימוקי יוסף שם בב"ב. ולכן יש לדון עפ"ז דהיכא דהוי בגדר הפה שאסר דזה עדיף מן מיגו. ומה"ט כתבו התוס' בב"ק (דף ע"ב) ד"ה אין לך בו כו' דהפה שאסר עדיף מן מיגו ומהני אף במקום עדים. וכן העלה ההפלאה בכתובות (דף י"ט ע"א) בתוס' ד"ה אימא כו' דדוקא מיגו במקום עדים לא אמרינן אבל מיגו בעיקר העדים אמרינן וכמו בהא דח"מ סי' ע"א במיגו בעיקר הנאמנות. וכ"כ הריטב"א לכתובות (דף י"ח) לחלק בין הפה שאסר כו' למיגו. ועיין בש"ך ח"מ סי' ק"ח ס"ק ז':

ולפ"ז יש לדון דה"ה במיגו לאפטורי משבועה דאף דלא אמרינן מ"מ זה אינו רק במיגו אבל היכא דהוי הפה שאסר כו' בזה יש לפוטרו עי"ז משבועה כיון דכה"ג מהני אף בעיקר העדים. וגם הא לעיל בסי' ל"ז העליתי בענף א' בחדושי שם דאף דקיי"ל דלא אמרינן מיגו להוציא. דמ"מ היכא דהוי הפה שאסר כו' דזה מהני אף להוציא ממון. וגם רב יוסף מודה בזה לרבה דאמרינן מיגו להוציא כמו שהוכחתי שם מן רפ"ב דכתובות דתנן מודה ר"י באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתיה ממנו שנאמן שהפה שאסר כו'. ואף דרב יוסף ס"ל בב"ב (דף ל"ב) דאף בקרקע דהלוקח מוחזק לא מהני מיגו להוציא מן חזקת בעלים הראשונים ועכ"ז אמרו במשנה הנ"ל דנאמן בהפה שאסר להוציא מן חזקת בעלים הראשונים. וע"כ מוכח דשאני הפה שאסר כו' דזה מהני אף להוציא ממון. ולפ"ז כמו דכתבתי לשיטת רבה דס"ל דמיגו מהני לאפטורי משבועה. ה"ה לדידן ע"י הפה שאסר כו'. ושאני הא דב"מ (דף ב') בתוס' ד"ה וזה נוטל רביע כו' שכתבו דהא דב"ב (דף ל"ב) גבי ההוא שטרא זייפא כו'. דהתם היה מיגו דאי בעי שתיק כו'. שא"ה דהא היה צריך עכ"פ להראות שטרו להב"ד לכן אין זה בגדר הפה שאסר כו'. וע"כ פליגי שם רבה ורב יוסף אי מהימן במיגו להוציא. אבל היכא דהוי הפה שאסר כו' דכיון דמהימן אף נגד עדים. כש"כ דמהימן אף להוציא לכ"ע. וה"ה דמה"ט מהני היכא דהוי הפה שאסר לפטור אף מן שבועה. וכן לפמש"כ הסמ"ע בריש סי' רצ"ו הטעם דלכן

לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה משום דלא מהני מיגו אלא היכא דשייך להעמיד ממון בחזקתו כו'. דלפי טעם הלז ג"כ היכא דמהני המיגו להוציא דמה"ט מהני אף לאפטורי משבועה. א"כ ה"ה היכא דשייך הפה שאסר כנ"ל:

ולכן אתי שפיר בהא דב"ק (דף ק"ז) הנ"ל היכא דנשבע כבר על טענת אבד ואח"ז הודה דלשקר נשבע מתחלה. דשפיר כתבו התוס' שם דא"צ מן הדין לישבע אף דהודה דשקר נשבע מתחלה משום דיש לו מיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה דזהו בגדר הפה שאסר. דהא אי בעי הוי שתיק. ואין מחוייב לטעון יותר ולהשיב להתובע שוב אחר דנשבע כבר על טענת אבד וכיון דהוי הפה שאסר ע"כ א"צ לישבע שוב אף דהודה עכשיו דלשקר נשבע מתחלה. ושפיר אמרו בב"ק שם דהואיל ויצא ידי בעלים בשבועה ראשונה משום דכיון דנשבע כבר ויצא ידי חובתו דא"צ להשיב ולדבר יותר להבעלים ע"כ בכה"ג סמכינן דזה מהני לאפטורי משבועה. וע"כ אין שום סתירה מהא דב"ק הנ"ל על שיטת הסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה: ולפ"ז אתי שפיר שיטת הבית יוסף דס"ל דכיון דנשבע כבר היסת על כפירת כולו ויצא ידי הבעלים וא"צ להשיב יותר אף לדבר מזה הענין כלל. דהא כשנפטרים מלפניך יהיו בעיניך זכאים ובפרט לאחר השבועה כידוע. ואין לך הפה שאסר כו' יותר מזה דנשבע כבר. דבכה"ג מהני אף לאפטורי משבועה אף לשיטת הסוברים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה. וכש"כ בנ"ד דהוי מודה במקצת דה"ל משיב אבידה וכמבואר בכתובות (דף י"ח) דמקשה שם בפשיטות וכי ראב"י לית ליה משיב אבידה פטור. ובאמת אין לך משיב אבידה גדולה מזו דלאחר שנשבע כדינו יבא להודות במקצת. וע"כ שפיר כתב הבית יוסף דפטור מן שד"א בזה דנשבע היסת כבר. ולכן אף דס"ל להמחבר לקמן בסי' רצ"ו כשיטת הרמב"ם דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה עכ"ז שפיר כתב הב"י הכא דא"צ לישבע שד"א עכשיו. ולפי דבארתי היטב לשיטת הבית יוסף. ע"כ לדינא נלע"ד דהנכון עם הבית יוסף ולא כדברי האחרונים דהשיגו על הבית יוסף כי י"ל דהנכון עמו:

ענף ד:

והנה הקצה"ח כאן בס"ק כ"ז הביא למש"כ המהרי"ט ח' ח"מ סי' ל"ו בנשבע היסת כבר ואח"ז הודה במקצת וא"ל הילך דס"ל להמהרי"ט דנשבע היסת עכשיו כיון שהודה דלשקר נשבע מתחלה. וע"ז השיגו הקצה"ח דנעלם ממנו התוס' דב"ק (דף ק"ז) הנ"ל ע"ש בקצה"ח:

ויש:

ויש לומר דלא נעלם מן המהרי"ט התוס' ב"ק הלז די"ל דס"ל להמהרי"ט כמש"כ הש"ך בח"מ סי' ס"ו ס"ק קכ"ה ובסי' צ"ה ס"ק י"ז דאפילו למ"ד דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה חמורה עכ"ז מודה דמיגו לאפטורי מן ש"ה לא אמרינן. וכן הוכחתי לקמן בסי' צ"ה ע"ש. לכן י"ל דהא דכתבו התוס' בב"ק דנאמן שלא בשבועה במיגו דאי בעי אמר באמת נשבעתי. דשא"ה דהוי מיגו לאפטורי מן שד"א דאמרינן לשיטת התוס'. אבל לענין לפטור מן ש"ה י"ל כהמהרי"ט דכיון דהודה ע"ע דלא יצא מעולם מידי חיוב שבועה ע"כ אף דאית לי' מיגו מ"מ לא מהני מיגו לאפטורי מן שבועת היסת. ושפיר כתב המהרי"ט. אכן לפמש"כ לחלק דשאני הפה שאסר דנ"ד דנפטר כבר מן הבע"ד. דמוכח באמת מן הסוגיא דב"ק הנ"ל דכה"ג כ"ע מודו דמהני מיגו לאפטורי משבועה דאל"כ תקשה מהא דב"ק על שיטת הסוברים דלא מהני מיגו לאפטורי מן שבועה. ע"כ י"ל דבכה"ג גם במקום שבועת היסת מהני מיגו לאפטורי. ע"כ בנ"ד דכבר נפטר מן הבע"ד שפיר מהני המיגו וא"צ לישבע שנית אף לשבועת היסת. ועיין לקמן סי' פ"ח ש"ך ס"ק נ"ו ובסי' ע"ה ס"ק ט':

(הגה"ה:

והא דמבואר הכא דאם הודה דרך תשובה פטור מן שד"א ואף מן היסת. יש להעיר בזה לפמש"כ האחרונים בהא דמבואר באה"ע סי' קט"ו באשה האומרת טמאה אני לך דאינה נאמנת שמא עיניה נתנה באחר וכתבו לדון דאף בהודאה דרך תשובה לא מהימנה דאמרינן דערומי קא מערמת כמש"כ הנו"ב במ"ק סי' ע"א והברית אברהם סי' ע"ד וכמבואר בתה"ד סי' רכ"ב. ודלא כהחוות יאיר דהחמיר אם הודית דרך תשובה. ואי נימא דיש מקום לומר אף בהודאה דרך תשובה דזהו משום חשש הערמה. א"כ תקשה דאמאי פטרו הכא מן שד"א הא כיון דאיכא חשש הערמה בזה. א"כ יהיה חייב שד"א וכדאמרו בב"מ (דף ד' ע"ב) דאמרו האי אערומי קא מערים כו' וכמש"כ הר"נ בשבועות בסוגיא (דף מ"ב) עלה דאמר רבה עי"ש. ואף בספק הערמה הדין נותן דיהיה חייב שד"א כיון דקדמה תביעה להודאה. דהא עיקר שבועה הוא לברר הספק. וע"כ אף בספק הערמה עדיין הספק במקומו ויהיה מחוייב לישבע ולברר הספק כיון דלא הוי ספק בדינא וכמש"כ כה"ג הנתיבות בסי' פ"ז ס"ק ד' והקצה"ח שם ובסי' פ"ב בקצה"ח ס"ק י"ט. ועיין בסי' פ"ח סעיף י"ד וסעיף ט"ז ובש"ך סי' ע"ה ס"ק ט' והדברים ארוכין. וכיון דאמרו הכא דבהודה דרך תשובה פטור מן שד"א אף לפי שיטת הסמ"ע והש"ך והלבוש והב"ח דס"ל בהודה שלא על דרך תשובה חייב שד"א. וע"כ מוכח דס"ל בפשיטות דבהודה דרך תשובה אין שום מקום להסתפק בחשש הערמה. והוי מזה סייעתא לדברי החוות יאיר

דמחמיר בהודית דרך תשובה. ויש לי מה להאריך ולחלק בכ"ז. וכן י"ל מהתוס' יבמות (דף ל"ט) ד"ה א' רב דכתבו דאם באים לחלוץ מניחין לייבם ע"ש. הרי דלא חיישינן להערמה. והדברים ארוכין ואכ"מ (ע"כ הגה"ה)):

והנה הקצה"ח הכא ס"ק כ"ז כתב דה"ה אם טען לא לויתי ונשבע דלא לוה וחזר ואמר לויתי ופרעתי דפטור וא"צ שבועה אחרת מה"ט כו'. ולכאורה יש לדון בזה לפמש"כ הנתיבות בסי' ע"ב ס"ק ל"ד דהא דיכול לשנות מפטור לפטור הטעם משום דטענה הראשונה לאו בדיוק אמרה. ולכן באם כתב הטענות א"י לשנות אף מפטור לפטור משום דכשנכתב וודאי בדיוק אמרה כו' עכ"ל הנתיבות. ולפ"ז יש לדון אם טען לא לויתי ונשבע ע"ז. בזה י"ל דוודאי דייק דהא במקום שבועה וודאי דייק. ומה"ט אם נשבע לא מהני טענת משטה ושלא להשביע כמבואר בסי' פ"א סעיף כ"ח. וכן הוא בסי' ר"ז גבי אסמכתא. א"כ י"ל דהיכא דנשבע מתחלה לא יהיה יכול לשנות טענתו מפטור לפטור דהא בזה לא שייך סברת הנתיבות הנ"ל. אך באמת מהתוס' ב"ק (דף ק"ז) הנ"ל שהביא הקצה"ח מוכח מזה דאף במקום שנשבע מתחלה ג"כ יכול לשנות טענתו מפטור לפטור. וגם הקצה"ח בסי' פ"ב כתב כעין טעם אחר על מה דיכול לשנות מפטור לפטור ע"ש בס"ק ג' וקצרתי: היוצא לנו מן כל מה דנתבאר דהנכון הוא עם הב"י דאם נשבע כבר היסת על כפירת כולו דאף דעכשיו הוא מב"מ. מ"מ פטור מן שד"א וכן מן ש"ה ואין להוציא ממון מן הנתבע. ולכה"פ הוי זה ספיקא דדינא כי דברי הב"י דברי טעם הם:

יח (שם סעיף ל"ח):

אם נראה שהטענה מרומה אין להשביע וכתב התומים ס"ק צ"ט דדוקא היכא דליכא דררא דממונא אמרו כן כו' ונלע"ד להוכיח כן משבועות (דף מ"א) דקאמר הגמ' מאי איכא בין שד"א לדרבנן כו'. והא ה"מ לומר נפ"מ בטענה מרומה דשד"א וודאי נשבעין וש"ה אין נשבעין. אבל לפמש"כ האו"ת א"ש. דהא בדררא דממונא נשבעין אף בטענה מרומה. והא כל שד"א מקרי דררא דממונא כמש"כ התוס' בב"ק (דף קי"ח) ד"ה ר"נ ור"י כו' דכיון דאכל תרי מינייהו הוי זה דררא דממונא וכן כתבו התוס' בשבועות (דף מ"א) ד"ה ומאן דמתני כו'. א"כ כל מ"מ הוי דררא דממונא אם כן במקום דררא דממונא הא חייב שבועת היסת אף בטענה מרומה ומוכח כהאו"ת. ועיין במרדכי ב"מ פ"א סי' רכ"ט דמוכיח כה"ג מן הא דשבועות הנ"ל דבטוען גזלתני נשבע היסת. והא דלא אמרו שם נפ"מ בתובעו טובת הנאה דמבואר לעיל סעיף ל"ה דאין נשבע היסת י"ל דהא למ"ד ט"ה אינו ממון אינו נשבע אף שד"א ע"כ לא אמרו האי נפ"מ ועיין בש"ך ס"ק פ"ב. ועיין לעיל סי' ט"ו בענין דין מרומה וקצרתי:

סימן פח

א (סעיף ה'):

יש אומרים דשבועות שומרים נמי בעי שתי כסף:

ולכאורה יש לדון דלהך דעה דס"ל דשבועת שומרים בעי שתי כסף דה"ה חיוב דין שומרים לשלם כ"א כדינו דבפחות משתי כסף לא שייך חיוב תשלומין. וכמו עבדים ושטרות וקרקעות שנתמעטו מן שבועה דנתמעטו ג"כ מן חיוב תשלומין של חיוב שומרים. א"כ ה"ה פחות משתי כסף דמ"ש. ועיין ר"פ מרובה. ובזה היה מקום לתרץ למה שהקשו הראשונים בהא דקידושין (דף מ"ז) באמר התקדשי בפקדון שיש לי בידך דאם נשתייר שוה פרוטה מקודשת. והקשו הא הוי ליה שתיקה דלאחר מתן מעות דלאו כלום היא כמבואר בקידושין (דף י"ב). ועיין בקרבן נתנאל בקידושין פ"א ס"ק פ"ז. אכן לפמש"כ א"ש די"ל דהתם מיירי בפקדון פחות מן ב' מעין א"כ לא היה בזה דין שומרים כלל. ע"כ לא שייך בזה לומר להא דאמרו בקידושין (דף י"ג) דהתם בתורת פקדון יהבינהו ניהלה סברה אי שדינא מחייבנא בהו. ודוקא בהא דקידושין (דף י"ב) הנ"ל דתני כנסי סלע בפקדון וחזר וא"ל התקדשי כו' דיש בו דין שמירה ושייך לומר דסברה אי שדינא כו'. כן י"ל לכאורה בזה:

אכן מצאתי להר"נ בשבועות פ"ו על משנה דאלו דברים שאין נשבעין עליהם כו'. דכתב הר"נ להדיא דאע"ג שאין שבועת שומרין פחות משתי כסף מ"מ דין שומרין בחיוב תשלומין לש"ח בפשיעה וש"ש בגניבה ושואל באונסים שייך גם בפחות משתי כסף לפי דפטור דפחות משתי כסף לא כתיב אלא בשומר חנם גבי שבועה ואין למדין תשלומין מהתם והאריך בזה עי"ש. ע"כ נסתר מה שרציתי לומר כנ"ל. אך מן השיטה מקובצת לב"ק (דף ס"ג ע"א) ד"ה ואי סלקא דעתך האי כל דבר פשע כו' שכתב דהא דדרשו בשבועות מה כסף כו' ומה כלים כו' לא אמרינן הכי אלא לענין מודה במקצת. אבל לפוטרו מחיוב של ש"ח ומש"ש לא דליכא למימר דאי אפקיד גבי פרוטה ופשע בה יפטר כיון דגבי שומרים אחרים רבה רחמנא כל המטלטל וגופו ממון וחייב נמי כפל בין בטוען טענת גנב בין בגנב עצמו דהא אתרבי בפרשתי'. וזו כדברי האומרים דלא בעינן שתי כסף בש"ש כו' עכ"ל השמ"ק. א"כ מוכח מן השמ"ק דס"ל דאי בעינן ב' כסף בשבועת שומרים דה"ה בחיוב תשלומין של שומרים ג"כ בעי שתי כסף דווקא. אך העיקר הוא כמש"כ הר"נ כנ"ל. וגם השמ"ק בב"ק שם הביא בשם הרמב"ן דכתב ג"כ דדרשא דמה כסף כו' אינו רק לשבועה ולכפל. אבל בחיוב תשלומין דשומרים אף פחות משתי כסף חייב עי"ש:

ולפמש"כ מתחלה דיש מקום לומר דלמאן דסבירא ליה דבעינן שתי כסף בשומרים דמהאי טעמא פטור גם מן דין חיוב תשלומין בשומרים בפחות משתי כסף. הנה לפ"ז יש להעיר בהא דב"ק (דף נ"ז ע"א) דהוכיח הש"ס שם מן הא דא' ר' חייא בר אבא אריו"ח הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל ואי ס"ד ש"ש הוי אמאי משלם כפל קרנא בעי שלומי ומוקי בטוען טענת לסטים מזויין. וקשה הא מצי למימר דמיירי בפחות משתי כסף דאין בו דין שומרים ופטור לשלם אם נגנב. ע"כ שייד בי' טוען טענת גנב דמשלם כפל. א"כ לכאורה יש להוכיח מזה כשיטת הסוברים דבשומרים לא בעינן שתי כסף. אבל זה אינו דהא אף לפי שיטת הסוברים דבשומרים לא בעי שתי כסף. הא טעמם הוא כמש"כ הרא"ש בשבועות פ"ו הל' ו' משום דס"ל עירוב פרשיות כתוב כאן דכסף וכלים אמלוה הוא דכתיב עי"ש. א"כ הא הכא דמיירינן לר' חייא בר אבא אריו"ח. ומצינו בב"ק (דף ק"ו ע"ב) דס"ל לר' חייא בר אבא אריו"ח דלא אמרינן עירוב פרשיות. ועיין בסנהדרין (דף ב') בתוס' שם. א"כ תקשה עדיין כנ"ל דהא הוי מצי לאוקמי להא דר' חייא בר אבא אריו"ח. דהיה פחות משתי כסף דאין דין שומרים נוהג בהו. ואף דטוען טענת גנב אינו שייך רק בנשבע. מ"מ י"ל דמשכחת שבועת הדיינים בהו ע"י גלגול. וכעין מש"כ התוס' בב"ק (דף ס"ב ע"ב) ד"ה יצאו קרקעות כו'. וגלגול וודאי שייך אף בפחות משתי כסף. והא דלא אוקי כן התוס' לקמן (דף ק"ג) ד"ה הגוזל מחבירו כו' י"ל דעדיפא מיני' נקטו התוס'. ובוודאי אין לחלק בזה פחות משתי כסף מן קרקעות לענין גלגול: אך לפמש"כ התוס' בב"ק (דף ס"ג ע"א) ד"ה למה לי כו' דכפל ושבועה הכל אחד וכי היכי דדרשינן לענין שבועה מה כלים כו' ה"נ לענין כפל כו'. וכ"כ השמ"ק בב"ק (דף ס"ג) בשם הרמב"ן. א"כ לפ"ז אין התחלה כלל לקושיתי הנ"ל. משום דבלא"ה לא היה יכול לאוקמי דמיירי בפחות משתי כסף. דהא לא שייך כפל כלל בפחות משתי כסף. וכה"ג כתב הר"ן לשבועות פ"ו על הסוגיא דשם (דף מ"ב) להעיר דכפל ושבועה תלוי בהדדי והעיר כן על הא דב"ק (דף ק"ו). ועיין ברש"י וברמב"ן שם. ויש לעיין מזה בשיטת הרמב"ם פ"ב הל' גניבה ובפ"ד שם דלא הביא זה. ואפשר לומר דהרמב"ם לשיטתו דס"ל דלא בעי בש"ש שתי כסף ע"כ ה"ה גבי כפל וכמש"כ השמ"ק בב"ק (דף ס"ג) לחד פירושא. וכן יש לדון במה דלא הביא הרמב"ם שם להך דבר שאינו מסויים דשם. ועיין בב"ק שם תוס' ד"ה דבר שאינו מסויים כו' ולקמן (דף ס"ד) ד"ה למעוטי דבר שאינו מסויים. ועיין בטור ח"מ סי' ש"נ ואכמ"ל. אכן לפי מה דכתב הר"ן דאף פחות משתי כסף חייב בכל דין שומרים לתשלומין. א"כ אתי שפיר בפשיטות מה דהוכיחו בב"ק (דף נ"ז) הנ"ל מן

הא דאמר ריו"ח דאין דינו כש"ש. משום דאם דינו כש"ש א"כ אף פחות משתי כסף ג"כ חייב לשלם בנגנבה האבידה:

וראיתי בשער המשפט סי' פ"ח ס"ק ג' שכתב דפחות משתי כסף אין מגלגלין ג"כ ודלא כהב"י ע"ש. ובאמת ז"א דהא כתבו התוס' בב"ק (דף ס"ג) ד"ה ל"ל כו' בסה"ד בזה"ל ולפי מה שפירשתי דכפל ושבועה הכל אחד כי היכי דדרשינן לענין שבועה מה כלים ב' ה"נ לענין כפל כו' ואפילו היכא דנשבע ע"י גלגול בדבר שאינו מסויים פטור מכפל עכ"ל. א"כ מוכח דגם פחות משתי כסף שייך בו גלגול ע"כ איצטריך למעוטי זה מכפל. וכמש"כ התוס' כן גבי דבר שאינו מסויים כנ"ל. דאל"כ לא איצטריך למעוטי מכפל. ולכן העיקר כהב"י דמגלגלין אף על פחות משתי כסף: ענף א:

תבעו חטים והודה בשעורים פטור כו'. והתומים ס"ק וא"ו כתב דבטוען הפקדתי בידך חטים וזה משיב פקדון שעורים לא שייך בזה טעמא דמחילה. דהא בחפץ בעיני' לא מהני לשון מחילה כמבואר בסי' ע"ג סעיף י"ט. והקצה"ח השיג עליו בס"ק י"ג די"ל דהך אומדנא מהני לומר דמוכיחין מזה דנתכוין ג"כ על מתנה היכא דבעינן לשון מתנה דוקא. והוכיח כן מהא דב"ב (דף כ"ט) גבי חזקה דשלש שנים עד תלת שנין לא קפיד טפי קפיד. ומדשתק מחיל. אע"ג דבקרקע לא מהני אלא לשון מתנה. ובע"כ מוכח דאמרינן דה"ה דנתן לו במתנה עכ"ל הקצה"ח:

ובאמת אין זה ראי' כלל דהא בחזקה דשלש שנים בעינן לחזקה שיש עמו טענה. אך מחמת החזקה דשלש שנים מוכיחין מזה דטענתו אמת דקנה ממנו. אבל היכא דלא הוי חזקה שיש עמו טענה רק דהוי אומדנא דמחל לו עדיין י"ל דלא הוי מזה הוכחה על נתינה בלשון מתנה. והא דאמרו שם בב"ב מקודם בזה"ל שתא קמייתא מחיל תרתי מחיל תלת לא מחיל. הא שם מיירינן לענין הפירות שאכל המחזיק כפי' רש"י שם. וכיון דתלת לא מחיל הפירות ע"כ מוכיחין מזה דמסתמא האמת כדבריו דקנה ממנו. וע"כ אין זה ראיה כלל. ולכן עדיין י"ל לפמש"כ רש"י והתוס' הטעם דטענו חטים והודה בשעורים דפטור משום דמחל לו. ע"כ י"ל דבפקדון דלא מהני מחילה דחייב להחזיר לו שעורים וכמש"כ האו"ת. והא דאמרו בסוגיא דב"ק בהיו המזיקין שנים. י"ל בזה כמש"כ הקצה"ח שם דכיון דמחל לו ע"כ אין יכולת ביד הב"ד לחייבו ע"י העמדה בדין עי"ש:

אכן לפענ"ד נראה להוכיח דאף היכא דאמרו בגמ' לשון מחילה עכ"ז הוא לאו דווקא. והוא דהא בב"ב (דף מ"א ע"א) איתא גבי רב ענן שקל בידקא בארעי' כו' אתו לקמי' דר"נ כו' א"ל והא אחיל כו' ופי' רשב"ם דמוכיחין מזה דהקנהו לו בתורת הקנאה וכמאן דאמר לי' לך חזק וקני דמי וכ"כ הנ"י שם. וכמבואר כ"ז בח"מ סי' קמ"ב. אלמא דאף דנקטו

בפי' לשון מחילה. והא התם דמיירי בקרקע דלא שייך מחילה. אפ"ה מהני זה ואמרינן דלאו דוקא נקטו כן בלשונם. ובאמת מוכיחין מזה האומדנא דהיה מתנה בפי' בתורת הקנאה. וה"ה בהך דטענו חטים כו' דאף דנקטו הראשונים בלשונם לשון מחילה. עכ"ז ה"ה היכא דלא מהני לשון מחילה. מוכיחין מזה האומדנא דנתן לו בלשון מתנה. ודברים שבלב לא שייך בזה משום דהוי אומדנא דמוכחא לכל. וכמש"כ הקצה"ח בסי' י"ב ס"ק א' דמחילה בלב לא מהני והא דטענו חטים כו' הוי זה אומדנא דמוכחא לכל ע"ש. וכן מצאתי להריטב"א בכתובות (דף מ"ד) והשמ"ק שם דכתבו זה ההוכחה מהא דב"ב דרב ענן הנ"ל. עלה דאמרו שם בשני שטרות כו' דאימר אחולי אחלי' כו' דזה מהני אף לקנות גוף השדה. וכמש"כ התוס' והרא"ש שם משום דהך לישנא דאחולי כו' הוא לאו דווקא. וע"כ העיקר לדינא בזה כמש"כ הקצה"ח ודלא כהאו"ת. ועיין בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט:

ענף ב:

תבעו חטים והודה בשעורים פטור כו' (הג"ה) דהוי כאלו מחלו כו':

ענף ג:

והקשה הקצה"ח ס"ק י"א לפ"ז מאי פריך הא לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק כו' וגובה מן התם כפי' רש"י. הא בירושלמי אמרו בפ' אלו נערות דקנס אינה יכולה למחול קודם העמדה בדין כו' מיהו הר"נ כתב עוד טעם אחר בהא דס"ל לש"ס דילן ביתומה ומפותה דזה דומה לכותב דין ודברים אין לי בנכסייך כו' עכ"ל הקצה"ח. אבל עדיין תקשה לפמש"כ התוס' בכתובות (דף כ"ט) ד"ה ועל אשת אחיו כו' דרב פפא דמוקי הך מתניתין במפותה ס"ל כמ"ד בירושלמי דאינו פטור רק מבושת ופגם אבל מקנס אינו פטור. וכ"כ התוס' בסנהדרין (דף ע"ג ע"ב) בד"ה במפותה כו'. א"כ לפ"ז תקשה בסוגיא דס"פ המניח דמבואר שם דר"פ הקשה כן עלה דטענו חטים כו'. דהא לא מייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק ופי' רש"י וגובה מן התם. וזה מוכרח לפמש"כ הנימוקי יוסף בשם הרא"ה שם דהא דמועד הזיק הגדול או הקטן אין זה דומה לחטים ושעורים כו' והובא בש"ך סי' פ"ח ס"ק ט"ז שהשיג עליו. אבל מלשון רש"י הנ"ל משמע ג"כ כהנ"י ואכמ"ל. א"כ לפי מה דס"ל לר"פ דלא מהני פיתוי בקנס לפוטרו ואף מן דין סילוק לא מהני ולא ס"ל לסברת הר"נ הנ"ל. א"כ תקשה על ר"פ לקושיות הקצה"ח הנ"ל:

אבל באמת אין זה קשה כלל דהא ר"פ ס"ל פלגא נזקא ממונא כמבואר בב"ק (דף ט"ו). ועיקר קושיות הקצה"ח הנ"ל הוא על מה דהקשו שם בסוף הסוגיא בסתמא דגמ' עלה דטענו חטים כו' מהא דהיה הנזקין שנים כו'. וסתמא דגמ' מסתמא ס"ל כדקיי"ל

לדינא פלגא נזקא קנסא וכמש"כ הרא"ש והיש"ש והלח"מ פ"ט ה' נזקי ממון ה' ט' דמה דקאמרי על גופא אמר רבה ב"נ כו' וודאי הוא כהלכתא דפ"נ קנסא והובא בש"ך ס"ק ט"ז. דבזה שפיר הקשה הקצה"ח כנ"ל. וע"ז שפיר תירץ די"ל דסוגיות הש"ס לדינא ס"ל כמש"כ התוס' בכתובות שם דס"ל לסוגיות הש"ס דילן דמפותה פטור מקנס. ע"כ י"ל שפיר בזה כסברת הר"נ לכתובות דמן דין סילוק נגעו בה וה"ה בזה ושפיר כתב הקצה"ח וכ"ז פשוט:

ומרגלא בפומי לתרץ למה שהקשה הש"ך לקמן ס"ק ל"ה על המחבר סעיף י"ז דאם השיב איני יודע אם חטים או שעורים דמשלם שעורים והקשה הש"ך עליו מן ס"פ המניח דאמרו דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא כו'. ונראה לי לתרץ דשאני באיני יודע אם חטים כו' דה"ל חזקת חיוב עליו מקודם דמחל. דהא הספק הוא שמא חייב שעורים וע"כ דמחלו. ע"כ התם בב"ק דמיירי בקנס והא קנס לא נתחייב מקודם העמדה בדין. ועיין בקצה"ח סי' ת"ז ס"ק א' ע"כ לא שייך התם חזקת חיוב. אבל באיני יודע אם חטים כו' דה"ל חזקת חיוב א"כ ה"ל כמו כל איני יודע אם פרעתי דחייב משום ברי וחזקת חיוב. וזהו עפ"י מש"כ הרא"ש בספ"ג דב"ק דהסוגיא אתי כמ"ד דס"ל פלגא נזקא קנסא. ועפ"ז יש להאריך בהא דח"מ סי' ת' וברמב"ם פ"ט ה' נ"מ. כל זה אמרתי מכבר. אבל באמת זה ליתא דהא ר"פ מיירי התם בסוגיא דקאמרי דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא. א"כ לר"פ דס"ל פ"נ ממונא לא שייך כ"ז. והא דכתב הרא"ש שם דהסוגיא ס"ל פ"נ קנסא. כוונתו על מה דקאמרי בסוגיא שם לקמן גופא אמר רבה ב"נ כו' כנ"ל:

ענף ד:

ואכתוב כאן מה שאמרתי כבר ע"פ זה לתרץ דברי הרמב"ם בפ"ז ה' נזקי ממון הלכה ה'. והוא דהרמב"ם פסק שם דאם הכניס שורו לחצר בעה"ב ברשות ונגח לשור בעה"ב פטור. משום דפסק כרבי דבסתמא לא קיבל נטירותא. וע"פ סברת התוס' דב"ק (דף מ"ז ע"ב) ד"ה אימא סיפא כו' דכתבו דעכשיו סובר דלרבי כשמכניס שורו ברשות ה"ה כאלו מפרש בהדיא שיפטר כ"א וא' בנגיחת שורו ובכל נזקין כו'. וכמש"כ הה"מ שם: והלחם משנה שם הקשה עליו דאיך פסק דאמרינן אומדנא זו דהוי כפירש בהדיא שיפטר כאו"א כו' דהא לקמן (דף מ"ח ע"ב) מקשה הגמ' על הברייתא דכנוס שורך ושמרו כו' דסותר הרישא להסיפא ומתרץ שם ר' אלעזר ורבא ורב פפא בשינויא אחרינא ולא ס"ל לסברת ר' זירא דלעיל (דף מ"ז). וכמש"כ התוס' שם ד"ה טעמא דא"ל שמרו כו' דכולי הך סוגיא כרבא דלעיל דלר' זירא לא קשה כלל רישא לסיפא כו'. וכ"כ התוס' שם (דף מ"ז ע"ב) ד"ה אימא סיפא כו' בזה"ל דעכשיו סובר דלרבי כשמכניס שורו ברשות כו'. ולפי האמת

לרבי אם הכניס שורו ברשות והזיק חייב כו'. א"כ קשה איך פסק הרמב"ם כר' זירא הא כולי הנך אמוראי לא ס"ל הך כללא דר' זירא. והלח"מ נשאר בצ"ע. וגם הרא"ש הקשה כן על הרי"ף. ודברי הרמב"ם הנ"ל הובא להלכה בח"מ סי' שצ"ח סעי' ה' עי"ש בש"ך: ונלפענ"ד לתרץ דבריהם משום דיש להעיר בכוונת התוס' הנ"ל שכתבו דה"ה כמפרש בהדיא שיפטר כ"א מן נגיחות שורו. דהא קיי"ל בח"מ סי' ר"ט סעי' ד' דאין יכול למחול לדשלב"ל ולא מהני מחילה קודם החיוב. א"כ קשה אמאי מהני בהתנה בפירוש שפוטרו מן נגיחות שורו שיגח לשורו לאח"ז. הא החיוב עדיין אינו חל רק כשיגח לשורו אחר זמן א"כ הא לא מהני מחילה קודם החיוב. ואין לומר דלכן מהני הפטור לפוטרו מנגיחות שורו משום דקיי"ל אי שמיט ואכל לא מפקינן מיניה כמבואר בב"מ (דף ס"ו) גבי מוכר דשלב"ל ובסי' ר"ט. דז"א דהא שמיט ואכל לא מהני רק כשידע המוכר מהתפיסה וכמש"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק ס"ו דאז אמרינן דלמה הניחו לתפוס וע"כ דמחל לו. א"כ זה לא מהני בתפס מאליו כמו בנ"ד דהוי מוחזק ממילא מעיקרא דלא שייך בזה הסברא דמדהניחו לתפוס כו'. ועיין בש"ך סי' פ"א ס"ק י"א. וזה מוכרע מהא דקיי"ל דאינו יכול למחול דשלב"ל. וכמש"כ הר"נ בתשובה והובא ברמ"א סי' ר"ט אלמא דלא מהני אף דהנתבע מוחזק. והא דב"ק (דף צ"ב) דקרע כסותי ע"מ לפטור דפטור היינו משום דשתק בשעה דקרע לו והניחו לקרוע אמרינן דמחל לו אבל בנ"ד לא שייך זה:

ואין לומר דלכן מהני הפטור שפוטרו מנגיחות שורו דהוי כקיבל ע"ע שמירה משור הנכנס. דזה אינו דהא רבי ס"ל דבסתמא לא קיבל עליו נטירותא א"כ אלו נגח שור הנכנס לשור דעלמא וודאי חייב בעל השור. וע"כ הא דפטור כאן זהו משום דמחלו א"כ קשה הא לא מהני מחילה קודם החיוב. ועוד דאף אם נדחוק בזה עדיין קשה דהא שיטת רוב פוסקים והרמב"ם דשומר אינו מתחייב עד שימשוך כמבואר בסי' רצ"א ש"ך ס"ק י"ג. א"כ בשלמא אם נגח שור הנכנס לשור בעל החצר פטור בעל שור הנכנס משום דבעל החצר קיבל שמירה וחצירו קונה לו. אבל איך יפטור אם נגח שור בעל החצר לשור הנכנס הא בעל שור הנכנס לא עשה שום קנין בשור דבעל החצר שיתחייב בדין שמירה. אם כן תקשה איך מהני הפטור הא עדיין לא נתחייב בההיזק. ובוודאי אין סברא לומר בזה דפוטרו מן חיוב שמירתו דחייבו התורה לשמור לשורו. דהא באמת קודם שנעשה ההיזק אינו יכול לכוף אותו לשמור. דהא אם לא ירצה בעל השור לשמור שורו אינו יכול שום איש לכופו בזה. רק דהתורה חייבה לבעל השור לשלם אם יגח ועיין בב"ק (דף כ"ג) ובח"מ סי' שצ"ז סעיף א'. א"כ קשה הא עדיין אין לו עליו שום חיוב כלל רק עיקר החיוב מתחיל אחר זמן כשיגח. א"כ תקשה דהא הוי מחילה קודם החיוב:

ואין לומר דרבי אזיל לטעמי' דס"ל אדם מקנה דשלב"ל כדאי' בקידושין (דף ס"ב). דזה אינו דהא מבואר בב"ב (דף ע"ט) בתוס' ד"ה אימר דשמעינן לר"מ כו' דדוקא בעביד דאתי כו' אבל בלא עביד דאתי אף דליכא רק חד מי יימר לכ"ע אין מקנה דשלב"ל והא דשחרור עבד מיירי בהבטיחו לשחרר ע"ש. וכן כתבו התוס' כתובות (דף נ"ח ע"ב). וה"ה לרבי דהא אמרו ביבמות (דף צ"ג) דרבי כר"מ. ומיירי בהבטיחו למכור לו העבד כנ"ל. ואף דלתי' הב' שכתבו התוס' שם דדוקא היכא דיש ב' מי יימר. אבל בחד מי יימר מקנה דשלב"ל א"ש. אכן עדיין תקשה לתי' א' של התוס' בב"ב וכתובות הנ"ל לקושיות התוס' בב"ק הנ"ל. ויש לדון בזה הרבה לתי' ר' אלעזר דשם. ואפשר לומר בכ"ז דלהך שיטה דס"ל בח"מ סי' קע"ו דשותפות מועיל אף בדשלב"ל משום אגב דבעי לקנות גמר ומקני. די"ל דגם בזה שייך סברא הנ"ל:

והעיקר מה שנלע"ד בזה ע"פ מש"כ הר"נ לכתובות ספ"ג עלה דכתובות (דף מ') דהמפתה פטור מקנס והביא שם מה דפליגי אמוראי בירושלמי אי מפותה פטור מקנס או לא. והכריע בשם הרמב"ן ז"ל דהלכה כמ"ד דפטור מקנס אע"פ שלא זכתה עדיין דזה דומה לכותב לארוסתו דין ודברים אין לי בנכסייך כו'. וכמש"כ המל"מ פ' כ"ג ה"א דשיטת הר"נ דסילוק מהני בדאורייתא. ועפ"ז ניחא דברי התוס' בב"ק הנ"ל דלכן מהני בהתנה שיפטור מנגיחות שורו משום דין סילוק. ואף דקיי"ל באה"ע סי' צ"ב דלא מהני סילוק קודם אירוסין. עכ"ז הא כתב ההפלאה סי' צ' ס"ק מ' דמן שעבוד יכול לסלק בלשון סילוק אף קודם אירוסין. ודוקא בהך דר"פ הכותב דיש לבעל קנין פירות לכן לא מהני קודם אירוסין. וכה"ג מבואר בט"ז ח"מ סי' ר"ט סעיף ד' דדוקא מחילה לא מהני אבל לשון סילוק מהני ועיין בסמ"ע ובקצה"ח ובנתיבות שם. ע"כ י"ל דלכן מהני בהתנה לפטור מנגיחות שורו דזה מהני מן דין סילוק:

ענף ה:

ועוד י"ל דהר"נ תירץ בכתובות שם עוד דלכן ס"ל לש"ס דילן דמפותה פטור מקנס משום דהנזק היה ברשותו ע"כ אינו מחוייב לשלם ע"ש. וה"ה י"ל כן בהא דהתנה לפטור מנגיחות שורו דאף דאין אדם מוחל דשלב"ל עכ"ז ממילא נפטר משום נתינת רשותו. ואף די"ל דבהתנה לפטור מנגיחות שורו דהוי נתינת הרשות מקודם שבא לעולם דהוא קודם חלות הענין מהנגיחה דאז חל החיוב ע"כ אינו דומה להא דמפותה דהתם הענין מהביאה נעשה בעת הנתינת רשות ולא אחר זמן ועכ"ז הא מבואר במל"מ פ' כ"ז ה' אישות ה"א בעובדא שהביא שם המל"מ שפטור מטעם שברצונו נעשה אותו מעשה אף שנתינת הרשות היה קודם חלות הענין וכמש"כ המל"מ פ' ט"ו ה' אישות ה"א דאם

מחילת עונה הוי מן דין נתינת הרשות מהני אף בדשלב"ל: והמל"מ הוכיח שם דאף נתינת הרשות לא מהני קודם החיוב. מהא דח"מ סי' קנ"ד סעי' י"ז דאמר לחבירו חצר זו לכשאקחנה אני נותן לך רשות לפתוח חלונות לא מהני עכ"ל שם. ולי נראה לחלק דלכן לא מהני זה לפתוח בחצירו בהתנה כנ"ל. משום דקיי"ל דהאומר לחבירו קרע כסותי יכול לחזור בו. וה"ה בהיזק ראיה שכל שעה ושעה מזיקו מכאן ולהבא כמש"כ הרא"ש בפ"ק דב"ב ה' ב' דכתב שם כן. א"כ לכן בחלון לא מהני נתינת הרשות משום דיכול לחזור מכאן ולהבא. אבל מהיזק שנעשה כבר מחמת נתינת הרשות י"ל דמהני שלא יהיה מחוייב כלל כיון דההיזק נעשה ברשותו. ועדיין יש לעיין בנ"ד אם שייך נתינת הרשות. והעיקר כמש"כ לעיל דבנ"ד מהני מן דין סילוק וכמש"כ הר"נ בשם הרמב"ן:

ולפ"ז י"ל דהרמב"ם ס"ל דאפושי פלוגתא בין הנך אמוראי דב"ק הנ"ל לא מפשינן. ואין סברא לומר דר' זירא ס"ל להך אומדנא דהוי כהתנה לפוטרו מן נגיחות שורו וכמש"כ התוס'. ואלו ר' אלעזר ורבא ור"פ לא ס"ל להך אומדנא הנ"ל דאין סברא להרבות במחלוקת. אלא דכו"ע ס"ל לאומדנא הנ"ל דמי שמכניס שורו ברשות הוי כהתנה לפטור זא"ז כדס"ל לר' זירא. אלא רבא ור' אלעזר ור"פ דלא ס"ל כן ומהדרי לתרוצי שנוייא אחריני בברייתא דכנוס שורך כו'. זהו משום דאזלי לטעמייהו דס"ל דמפותה אינו פטור מקנס משום דס"ל דסילוק לא מהני בדאורייתא כאשר יבואר:

והוא דבירושלמי כתובות פ"ג ה"ז אי' דרבא משני דהא דמפותה פטור קאי על בושת ופגם. אבל בקנס לא מהני לפטור אף מן דין סילוק לפי סברת הר"נ בשם הרמב"ן הנ"ל. ואפשר דעפ"ז ניחא בהא דרפ"ט לכתובות דא' רבא אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו. ונדחק הר"נ לפי שיטתו דס"ל דסילוק מהני בשל תורה. ותי' דרבותא אשמועינן דאף בדרבנן דאיכא למימר עשו חיזוק לדבריהם כו' ע"ש. אבל לפמש"כ ניחא דרבא אזיל לטעמי' דס"ל דסילוק לא מהני בקנס משום דס"ל דסילוק לא מהני בדאורייתא ע"כ דוקא בתק"ח יכול לומר א"א. אבל למאי דקיי"ל בש"ס דילן דמפותה פטור מקנס מוכח דסילוק מהני בדאורייתא:

ולרב פפא מצינו בכתובות (דף כ"ט) תוס' ד"ה ועל אשת אחיו כו' ובסנהדרין (דף ע"ז) תוס' ד"ה במפותה כו' שכתבו דר"פ דמוקי שם בסנהדרין דמיירי המשנה במפותה דס"ל כשיטת מ"ד בירושלמי דאין יכול למחול קנס כנ"ל. וי"ל דכן ס"ל להרמב"ם בשיטת ר"פ:

ולר' אלעזר מצינו בירושלמי שם כתובות פ"ג ה"ז על המשנה הנ"ל דר' ירמי' בשם ר' אלעזר א' תיפתר שמחלה לו ויש אדם מוחל דבר שאינו שלו פתר לה ביתומה עכ"ל הירושלמי שם. והתיו"ט לכתובות פ"ג משנה ו' כתב לפרש להך מימרא בירושלמי הנ"ל

דמאן דפתר לה ביתומה זהו משום דס"ל לר' ירמי' ור' אלעזר הנ"ל דקנס אינה יכולה למחול. ומפותה אינו פטור רק מבושת ופגם. ובנערה שנתארסה אין שייך לה רק הקנס ולא הבושת ולכן תי' דמיירי ביתומה דמהני מחילה לבושת ופגם ששייך לה. והא דתנן שנתארסה ונתגרשה רבותא אשמועינן כו' עכ"ל התיו"ט. ועיין בפני משה שפי' שם דהך פתר לה ביתומה קאי על ר' ירמיה בשם ר' אלעזר המובא שם לעיל וכפשטות לשון הירושלמי דאף שבעיקר כוונת הירושלמי נראה דהפ"מ פי' בפי' אחר. עכ"ז אין להזניח לדברי רבינו התיו"ט ויש להאריך בכ"ז: וכיון דמצינו דר' אלעזר ורבא ור"פ ס"ל דלא מהני סילוק בדאורייתא וע"כ ס"ל לכולי הנך אמוראי דמפותה אינו פטור מקנס. ע"כ א"ש דס"ל בסוגיא דב"ק הנ"ל דלרבי דס"ל בסתמא לא קיבל עליו נטירותא דאם נגח שור הנכנס לשור בעה"ב דחייב וכן להיפך. דדינו כחצר השותפין דחייב. ואף דכ"ע ס"ל להך אומדנא שכתבו התוס' דהוי כהתנה בהדיא שיפטר כ"א בנגיחות שורו. משום דהא אף אם התנה בפי' לפוטרו מנגיחות שורו לאחר זמן לא מהני. משום דהוי מחילה קודם החיוב וסילוק ג"כ לא מהני לשיטתם. וכן המקשה דפריך שם רישא רבנן סיפא רבי. כוונתו להקשות לפי שיטת הנך אמוראי דס"ל דלא מהני סילוק בדאורייתא כנ"ל. וכש"כ לפמש"כ הש"ך בח"מ סי' ל"ט ס"ק ב' עלה דסוף ב"ב דבני הישיבה שהקשו שם הוא משום דהוו מבני הישיבה של התרצן כו' ע"ש וה"ה בזה. אבל לדידן דקיי"ל בכתובות בש"ס דילן דמפותה פטור מקנס וכמש"כ התוספות בכתובות (דף כ"ט) ד"ה ועל א"א וכדמוכח (בדף ל"ב) משום דסילוק מהני בדאורייתא. ע"כ ממילא פטור לרבי בסתמא אם נגחו השוורים זה לזה וכדס"ל לר' זירא דאפושי פלוגתא לא מפשינן. כיון דיש לומר דר' אלעזר ורבא ורב פפא ס"ל גם כן כן ואזלי לשיטתם. וע"כ שפיר פסק הרמב"ם והמחבר בח"מ כן ומתורץ על נכון כל זה בעז"ה. וגם מתורץ קושיות הרא"ש על הרי"ף שם כנ"ל: ובהא דח"מ סי' קנ"ד סעי' י"ז הנ"ל דמבואר שם בשותפים דאם קודם חלוקה אמר לחבירו לפתוח חלון לרשותו דלא מהני משום דהוי דבר שלא בא לעולם. ע"ש בטור בשם תשובת הרא"ש. נראה לפי עניות דעתי דין מחודש. דהא דקיי"ל אחים שחלקו לקוחות הן משום דאין ברירה. והתוס' בגיטין (דף מ"ז) ד"ה טבל וחולין כתבו שם דהא דאין ברירה הוי מספק וי"ל דשמא הגיע לכ"א שלו ודלא כפירש"י שם. ועיין בשאגת ארי' סי' צ' ובנתיבות סי' ל"ז ס"ק ג' ואכמ"ל. א"כ לפ"ז בנ"ד אין יכול לכופו לסתום חלונו דהא בזה הוי בעל החלון מוחזק וכמש"כ הסמ"ע בסי' קנ"ג ס"ק ל"ב והנתיבות שם ס"ק י"ג. וע"כ מוכח דמיירי הפוסקים והטוש"ע הנ"ל לענין לכוף לבעל החצר להרחיק מנגד החלון דבזה הוי בעל החצר מוחזק מספיקא ויכול לומר דלמא לא

הגיע לו לחלקו והוי לוקח וכאומר שדה זו לכשאקחנה דלא מהני. והפוסקים קצרו בזה. כנלענ"ד בכל זה. והארכתי בכ"ז בתשובה אחת. מה שהשבתי בכ"ז לרב גדול א':

ענף:

ואפילו יודע הנתבע שחייב לו השעורים פטור דהוי כאלו מחל לו. כ' הש"ך ס"ק י"ז דהסמ"ע ס"ק כ"ג והב"ח כתבו בשיטת הרא"ש דס"ל ג"כ להטעם דמחילה והא דכתב הטעם דהודאה כוונתו דממילא הוי מחילה ודחה הש"ך דבריהם אלא העיקר בכוונת הרא"ש דלא ס"ל טעם דמחילה אלא לטעמא דהודאה כו'. והתומים בס"ק ז' העלה דהעיקר בכוונת הרא"ש כהסמ"ע דאף דכתב הטעם דהודאה מ"מ עיקר כוונתו הוא דכיון דהודה לו ע"כ אמרינן דמחל לו והוכיח כן מן הרא"ש ב"מ בסוגיא דשאלה ושכורה ע"ש: וכן נלע"ד דגם הרא"ש ס"ל דעיקר הפטור בטענו חטים והודה בשעורים הוא משום הודאה דהוי כמחלו בפי' משום דאי נימא להטעם דהודה ולא להטעם דמחילה תקשה לשיטת הרא"ש עצמו דכתב בגיטין פ"ד סי' ל"ב בכתבתי ונתתי שדה לפלוני והוא אומר לא נתן לי דהודאת המקבל כמאה עדים דזהו משום דהודאת הנותן אינה ברורה כו'. ומשמע דאם היו שקולים הודאת הנותן והודאת המקבל היינו אומרים דינתן השדה להמקבל משום דאזלינן בתר הודאת הנותן וכמו שכתב בתשובות הרשב"א המיוחסות להרמב"ן בסי' קי"ז להדיא כן לשיטת התוס' בגיטין שם דכתבו ג"כ כדברי הרא"ש שם דלכן אזלינן שם בתר הודאת המקבל משום די"ל דטעה הנותן בזה. דלפ"ז היכא דלא שייך למתלי בטעות הדין הוא לשיטתם דאזלינן ביותר אחר הודאת המתחייב ע"ש. רק לפי הטעם דאמרינן דכיון דחבירו הודה והוא הודה להיפך ומכחישו תלינן דמחל לו. וכן כתב הרא"ש לב"ב פ"ח סי' מ"ם בשם הר"מ דלכן בהודה שחייב לו והלה אומר אינך חייב לי פטור וכן בזה אומר אחיך הוא ויש לך ליטול בירושתו והלה משיבו אינו אחי דאינו נוטל חלק ירושה דזהו הכל משום דאמרינן דכיון דהודה להיפך דהוי כאלו מחל לו. משום דלולי הטעם דמחילה לא היה מיפטר אף דהוי תרי הודאות דסתרי אהדדי משום דס"ל דאזלינן ביותר בתר הודאת הנותן ולא ס"ל כשיטת הרשב"א בגיטין שם דכתב דתרי הודאת דסתרי הוי ספק השקול אלא ס"ל דאזלינן בתר הודאת הנותן. א"כ מדכתב הרא"ש הכא גבי טענו חטים והודה בשעורים דפטור משום טעמא דהודאה של התובע אף דיש לנו הודאה של המתחייב א"ע בע"כ מוכח דעיקר הפטור הכא הוי לשיטת הרא"ש ג"כ משום מחילה וכמש"כ הסמ"ע והתומים בכוונת הרא"ש. אך התם בגיטין דלא שייך טעמא דמחילה לכן כתב הרא"ש שם דזהו משום דהודאת הנותן אינה ברורה כו'. ועיין מזה לעיל בחי' לסי' ע"ה סעיף י"א במה שכתבתי שם: ענף ז:

שני בע"ד שכל א' תובע כו' והשני טוען כור חטים יש לי בידך וזה הודה במקצת אם הודאתו של שני שוה כמו שהודה הראשון פטור משד"א דהא הילך הוא כו'. והאו"ת בס"ק מ"ה באורים כתב דאף דהמחבר ס"ל דמשכון לא ה"ל הילך ה"מ משכון דצריך שומא אבל מעות בעין לכ"ע ה"ל הילך עכ"ל. וכעין זה ראיתי בגידולי תרומה לבעה"ת שער ז' אות כ"ט שכתב ג"כ לחלק דשאני משכון דמחוסר גובייגא דאינו מניח המשכון בידו בתורת פרעון כו'. וזה לשון הקצה"ח בס"ק י"ח עיין מש"כ בסי' פ"ז ס"ק ד' דצריך ג' תנאים למשכון דליהוי הילך כו' השלישי שיהיה ידוע דלית ליה זוזי למיפרע כו' אמאי הוי הכא הילך כיון דזה דינו בזוזי וזה צריך למיפרע בחטים דוקא ולא הוי המעות שביד הראשון אלא משכון על החטים ולא לפרעון גמור ואפשר דהכא מיירי נמי דלית ליה חטים ועמש"כ שם בסי' פ"ז ס"ק ד' עכ"ל הקצה"ח:

ענף א:

והנה הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ג' כתב על מש"כ הש"ך שם בס"ק ד' דהיכא דאין לו זוזי אז ה"ל המשכון הילך אם פורעו לו בע"כ בהמשכון אם נותן לו בפרעון גמור ודמיו קצובין. דדעתו אינו כן כיון דלדינא קיי"ל דאינו יכול לפרוע בע"כ אף היכא דלית ליה זוזי דיכול לומר הנני ממתין עד שיהיה לך לפרוע בזוזי כפי הדין ע"כ אין זה מקרי הילך עכ"ל הקצה"ח שם. ולפ"ז תקשה הכא עדיין דאמאי ה"ל הכא הילך דאף לפי מש"כ הקצה"ח הכא דמיירי דלית לי' חטים מ"מ הא כיון דיכול התובע לומר הנני ממתין עד שיהיה לך לפרוע בחטים ואז הדין לפרוע בחטים כיון דהלוהו חטים ע"כ הדין נותן דזה לא ה"ל הילך. ואפשר דלזה נתכוין הקצה"ח במש"כ ועיין מש"כ שם בסי' פ"ז ס"ק ד':

אכן לענ"ד אפשר לדון דאף דהדין הוא בהלוהו חטים דחייב לפורעו בחטים דכללא הוא דצריך לפורעו במין שהיה ההלוואה וכמו בהלואת מעות דצריך לפורעו במעות אם יש לו משום דזוזי יהיב זוזי שקל וכמש"כ הרשב"ם בב"ב (דף קכ"ד) והתוס' שם ובב"ק (דף מ"ג) בתוס'. מ"מ אפשר דאם פורע לו במעות אז יכול לפורעו בע"כ אף דהלוהו חטים. דהא אמרו בב"מ (דף ס"ג ע"ב) דפוסקין על שער שבשוק אע"פ שאין לו דא"ל שקילא טיבותך ושדיא אחיזרי מאי אהנית לי אי ה"ל זוזי הוה זבנינא כו'. ולכן היכא דמצוי חטים לקנותן במעות אז אף דהלוהו חטים יכול לפורעו בע"כ בזוזי דהא מצינו בב"ק (דף ז' ובדף ט') דיש מעליותא לכסף על כל המטלטלים וקרקעות ושא"ד. ע"כ היכא דיצא השער ומצוי לקנות חטים בשוק בקל אז הוי פרעון מעליא במעות משום דיכול להשיג בקל בעד מעות לקנות חטים. ואמרו שם בב"מ (דף ס"ג ע"ב) הנ"ל והא בעי למיתב זוזי לספסרא ומשני דקא יהיב ליה ורב אשי אמר זוזי דאינשי עבדי ליה ספסירותי' ואמרו

ביו"ד סי' קע"ה סעיף ה' הפוסק על השער אם המנהג שהלוקח נותן שכר הסרסור צריך שיתן הוא כו'. והפרישה לטור יו"ד שם כתב על מש"כ הטור שם דאם מנהג שהלוקח נותן שכר הסרסור דצריך שיתן הוא דאף דהלכה כרב אשי דלא הצריך ליתן שכר סרסור. עכ"ז הא הטור כתב כן דוקא היכא שיש מנהג שהלוקח נותן שכר הסרסור ורב אשי לפי זמנו ומקומו אמר דא"צ ליתן כו' עכ"ל הפרישה. וזה ברור ופשוט כדברי הפרישה דלא פליגי רבא ורב אשי בזה רק כ"א לפי מנהג מקומו אמר כן. ולפ"ז י"ל ג"כ הכא לענין אם יכול לפורעו בע"כ במעות אם הלוהו חטים דזה תלוי ג"כ במנהג דאם המנהג שהלוקח צריך ליתן שכר הסרסור על קניות חטים דאז אינו פורעו בע"כ במעות אם הלוהו חטים משום דיכול לומר דיהיה צריך להוציא הוצאות סרסור לקנות חטים. אך בנותן לו הוצאות סרסור אז וודאי יכול לפורעו במעות בע"כ. אכן היכא דהמנהג הוא כמו דאמר רב אשי דזוזי דאינשי עבדי ליה ספסירותי' דא"צ הלוקח ליתן שכר סרסור. בכה"ג שפיר י"ל דהדין הוא בהלוהו חטים דמ"מ יכול לפורעו בע"כ בזוזי היכא דיצא השער ומצוי אותו המין בשוק וע"כ ממילא יש לו דין הילך הכא. וי"ל דמיירי בכה"ג וכעין הא דלעיל סי' ע"ב סעיף ט"ו שחילקו שם אם מינו שוה ומצוי בשוק ע"ש:

אכן לדינא יש לדון בזה לפי מה דאי' בב"מ (דף צ"ג ע"ב) גבי ש"ש שמחוייב לקדם ברועים ובמקלות בשכר דהדר שקיל דמיהן מן בעה"ב וא"ל ר"פ לאביי אי הכי מאי אהני לי' נפ"מ לכושרא דחיותא א"נ לטירחא יתירתא. וכן פסק הטור בח"מ סי' ש"ג דאם היה צריך הש"ש לשלם להם כל דמי הבהמה דצריך לשלם לו כל דמי טירחא שצריך לטרוח ולקנות בהמה אחרת עכ"ל. ועיין בסמ"ע בסי' ש"ג ס"ק ט' ובפרישה שם. הרי דמצינו דגם דמי טירחא נחשב לתביעה מעליא דהא צריך השומר לשלם להבעה"ב בעד זה. וכיוצא בזה כתב הריטב"א לב"מ פ"ג והובא באו"ת לסי' ע"ב ס"ק כ"ט שחולק על הרמב"ם שם במה שמחלק במינו מצוי בשוק דהא עדיין יצטרך לטרוח ולקנות. ואף להרמב"ם והש"ע שם י"ל דלכן לא חיישי שם לטירחא משום דמשום חשש טירחא אין לחייבו שבועה דאינו ברשותו מספק חשש שמא עיניו נתן בה. וראיתי בהגהות הב"ח להרא"ש בב"מ פ' ז' סי' ט"ו שכתב דש"ש שהיה לו לקדם כו' דהדר שקיל דמיהן מבעה"ב דנפ"מ לטירחא כו'. א"נ לכושרא דחיותא כו'. דהקשה ע"ז לפי מה דמשני רבא באיזהו נשך (דף ס"ג) דגם הלוקח נותן דמי סרסרות יש נפ"מ דאם יקנה אחרים יתן סרסרות מחדש ותימא למה לא משני כך לפי דברי רבא עכ"ל. ובאמת אין זה קשה לפי מש"כ לעיל בשם הפרישה ליו"ד סי' קע"ה דכתב דרבא ורב אשי לא פליגי כלל בזה רק כ"א לפי מנהג מקומו קא אמר כן שם. ע"כ י"ל דה"ה הכא במה דא"ל ר"פ לאביי הכא ומשני נפ"מ לכושרא דחיותא א"נ

לטירחא דהיה מנהג מקומם דהלוקח אינו נותן שכר הסרסור וע"כ הוכרח לומר נפ"מ לכושרא א"נ לטירחא יתירתא ומיושב קושיות הב"ח הנ"ל. אך בנ"ד לענין הילך י"ל דלא מקרי הילך כ"ז דאינו נותן לו דמי טירחא שיצטרך לקנות חטים בעד מעותיו שנותן לו: ומ"מ כיון דאמרו בגמ' נפ"מ לכושרא דחיותא א"נ לטירחא א"כ משמע דלפי מה דאמר מתחלה לכושרא דחיותא דלפ"ז היכא דלא שייך כושרא דחיותא שאינו מכיר את בהמתו דאז לא הוי שום נפ"מ משום דא"צ לשלם דמי טירחא. ובאמת אין סברא לומר דיפלגו הנך לישנא בדין זה. וגם הא פסקו דצריך לשלם דמי טירחתו כנ"ל. וע"כ מוכח דגם זה גופא תלוי במנהג המקומות דהא רש"י כתב שם בד"ה לטירחא יתירתא שלא יצטרך לחזור אחרי בהמות ולקנות. א"כ היכא דלא יצטרך לחזור אחרי זה דמשיגים בקל לקנות אז א"צ לשלם לו בעד טרחתו דלא הוי זה בר דמים וכעין הא דאמרו בב"מ הנ"ל זוזי דאינשי עבדי סרסרותו. כמו כן י"ל דהיכא דמצוי הרבה מוכרים דגם בזה נאמר זוזי דאינשי עבדי טרחתו וע"כ בכה"ג אמרו דנפ"מ לכושרא דחיותא ולא יותר ואח"ז אמרו א"נ לטירחא היינו היכא דשייך טירחא. ע"כ שפיר י"ל לדינא בהלוהו חטים דיכול לפורעו בזוזי היכא דמצוי חטים בשוק ובאופן שלא יצטרך לחזור ולקנותם דלא יצטרך לטרוח דאז יכול לסלקו במעות. וע"כ בכה"ג הוי הילך כשמסלקו במעות עבור הלואת חטים ומיירי כאן בכה"ג וע"כ א"ש דברי הש"ע כאן:

ענף ב:

ובעיקר מילתא דנא דזהו דברי הש"ך בח"מ סי' פ"ז ס"ק ד' בשם הריטב"א לב"מ דאף בנותן לו את המשכון לפרעון גמור אין זה הילך משום דלאו כל כמיני' למפרעי' בע"כ אלא בזוזי כו' וכ"כ עוד הרבה ראשונים שהובא בש"ך שם וכן הסכים הש"ך שם לדינא רק היכא דלית לי' זוזי שאני וכמש"כ הקצה"ח להעיר ע"ז. והוא דהך דינא דבע"ח דינו בזוזי אם יש לו מעות נראה דזה אינו רק מדרבנן וכמו שכתב הסמ"ע בסי' ק"ץ בס"ק י"א באה"ד דשם בזה"ל ומגביהו מן הזיבורית כדין בע"ח דגובה מן הזיבורית מה"ת אלא משום נעילת דלת תקנו שיגבה מבינונית וכאן לא שייך טעם דנעילת דלת ומש"ה יכול לפרוע לו אף מן הזיבורית אף שיש בידו מעות כדין תורה כו' עכ"ל הסמ"ע. וכ"כ הקצה"ח בסי' ק"א ס"ק ה' דהא דבע"ח דינו בזוזי אין זה מה"ת רק מדרבנן ומה"ט במקום פסידא מסלקו אף במילי אחריני ע"ש. אך לא הביא שם לדברי הסמ"ע הנ"ל. ונקדים לדברי הש"ך בח"מ סי' שפ"ו ס"ק יו"ד דכתב דאין לחייב שד"א על ממון דאינו רק מדרבנן ומה"ט בדינא דגרמי לפי הסוברים דאינו רק מדרבנן דאין לחייב בזה שד"א ולא דיינינן בי' דין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וזהו שיטת הישׁ"ש לב"ק פ"ו. וכ"כ

הש"ך בסי' שפ"ח ס"ק ל"ו ע"ש. ולפ"ז נראה לדון דהיכא דנותן לו המשכון לפרעון גמור יש לו דין הילך למיפטר מן שד"א דהא מה"ת מהני הפרעון בע"כ אף במסלקו במטלטלין אפילו יש לו מעות דהא מה"ת פורעו בע"כ במאי דבעי כנ"ל. ע"כ אין כאן שום חוב מה"ת עליו כלל רק לפי מה דתקינו חז"ל דאם יש לו מעות דינו בזוזי ע"כ אין זה נחשב לפרעון מדרבנן ולכן לפי תקנת חז"ל אין לזה דין הילך. וכיון דבהודה על חוב דאינו רק מדרבנן אין זה מביאו לידי שד"א לפי דברי הש"ך הנ"ל ע"כ הדין נותן בזה דיהיה לו דין הילך ואין לחייבו שד"א כיון דאזלינן בכה"ג בתר דאורייתא כנ"ל. וכמו דס"ל דאין לחייב שד"א על כפירת חוב דאינו רק מדרבנן ה"ה דהודאת ממון דאינו רק חוב מדרבנן אבל מה"ת מיפטר כמו בנ"ד דנראה דלשיטת הש"ך הנ"ל אין לחייבו שד"א בכה"ג כיון דמה"ת הוי פרעון מעליא אף בפרעון בע"כ. וזהו עצה נכונה למשווי' הילך ולהפטר מן שד"א. וה"ה בהלוהו חטים מהני הפרעון בזוזי על המקצת שמודה כדי דיהיה לו דין הילך כיון דמה"ת משלם בכל מאי דבעי הלוה ופורעו בע"כ של המלוה:

ולפ"ז יש להעיר על הש"ך דהסכים ג"כ להראשונים דס"ל דאף בנותנו לפרעון גמור לא הוי ליה הילך כיון דדינו בזוזי דהא הש"ך העלה בסי' שפ"ו ובסי' שפ"ח דאין לחייב שד"א על ממון דרבנן וחולק שם על הבעה"ת והנמשכים אחריו א"כ אמאי הסכים ג"כ הכא להסוברים דאין לזה דין הילך ומחייבו שד"א. ואין סברא לחלק דשאני היכא דעיקר החוב הוא רק מדרבנן כמו התם בסי' שפ"ו ובסי' שפ"ח משא"כ הכא דעיקר החוב הוא מה"ת. דאין סברא לחלק בכזה. וכן נראה מדברי הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק ל"ב ע"ש דאינו מחלק בזה. ואפשר לומר דבאמת יהיה מוכח מן דברי הש"ך הנ"ל דס"ל כמו שראיתי בנתיבות סי' קיז ס"ק ד' שכתב דהא דבע"ח דינו בזוזי אם יש לו דזהו מן התורה ע"ש. והנתיבות שם לא הביא לדברי הסמ"ע בסי' ק"ן הנ"ל אמנם מן דברי הש"ך יש להוכיח כהנתיבות ולא כהקצה"ח בסי' ק"א בס"ק ה' הנ"ל:

ודברי הש"ך בסי' שפ"ו ובסי' שפ"ח דהסכים לדברי הישו"ש פ' הכונס סי' למ"ד דלא משבעינן שד"א על ממון מדרבנן וחולק על דברי בעה"ת שם. הובא כ"ז בקצה"ח סי' פ"ז ס"ק ל"ב והשיג על דברי הש"ך והוכיח מן הרמב"ם דמחייב שד"א בחוב כתובה דס"ל דזהו מדרבנן וכן הוכיח מן הר"ן לשבועות הדיינין דחיוב נחבל נשבע ונוטל אף דאינו רק מדרבנן אפ"ה מחייבו שד"א ומן הישו"ש אינו ראיה כו' עכ"ל הקצה"ח. וכן ראיתי בשו"ת טור האבן סי' י"ח באמצע התשובה שם בד"ה ומכאן יבואר דלא כמש"כ הש"ך בסי' שפ"ו ס"ק יו"ד ובסי' שפ"ח כו' והביא ראיות הקצה"ח הנ"ל ע"ש. וכן נראה לי להוכיח מן הא דח"מ סי' ל"א סעיף ב' מלוה שיש לו על לוה א' שני שטרות כו' אם

הוציאן כאחד לא ישלם אלא מנה וישבע על השאר בנק"ח כו' וזהו מהרמב"ם וכמש"כ הש"ך שם בס"ק ב'. והא ידוע שיטת הרמב"ם המובא בסי' כ"ח סעיף י"ב דעדות בשטר אינו רק מדרבנן משום נעילת דלת כו'. ואפ"ה כתבו כאן דע"פ עדות בשטר מחייבינן שד"א כמו בהעדאת עדים דר"ח. הרי דחזינן דגם בממון דאינו רק מדרבנן דג"כ מחייבינן שד"א וזהו כמו שכתב הקצה"ח. וידעתי מה דיש לחלק בין חוב דעיקרו מדרבנן ובין היכא דעיקרו מה"ת. אבל ממה שהביא הקצה"ח ראייתו שם ממה שכתב הר"נ בנחבל כו' ומשארי ראיות שלו שם חזינן דלא ניחא לי' לחלק בזה. וכן הוא באמת דבלא סברא מוכרחת אין לנו לחלק מעצמינו כזה וע"כ העיקר לדינא כמש"כ הקצה"ח והטור האבן הנ"ל דאף על חוב דרבנן מחייבינן שד"א. וע"כ ה"ה בנ"ד ודאי העיקר לדינא כמש"כ הראשונים והש"ך בסי' פ"ז דאף בנותן לו המשכון לפרעון ג"כ אין זה הילך וחייב שד"א היכא דדינו בזוזי אף דנימא דזהו אינו רק מדרבנן ודלא כמש"כ לעיל:

ענף ג:

אלא משלם החמשים שהודה ועל השטר שכפר ישבע בעה"ש ויטול והא דאינו נאמן הלוה במיגו דהיה כופר הבע"פ והיה מודה מה דבשטר דהא אף נגד שטר אמרינן מיגו לקמן סי' רצ"ו ס"ב שאני הכא כיון דלעולם השטר בתקפו משא"כ בסי' רצ"ו דאי הוי טען נאנסו לא היה השטר כלום עכ"ל הש"ך:

והנתיבות ס"ק ט' כתב לפרש לכוונת הש"ך משום דמיגו לאורועי שטרא לא אמרינן והא דנאמן החזרתי במיגו דנאנסו זהו לפי דכל שאפשר לפטור א"ע מהשטר לא חשש להניחו בידו וליכא חזקה דשטרא בידי מאי בעי משא"כ הכא כו'. וכה"ג כתב האו"ת בסי' ק"ח סעי' ח' ס"ק ט' דלא מהני מיגו נגד חזקה דשטרא בידי מאי בעי דהוי חזקה אלימתא ושא"ה בהחזרתי מיגו דנאנסו כעין סברת הנתיבות הנ"ל. אבל באמת זה לא נהירא לי דהא במיגו במקום חזקה דתוך זמנו אבעיא דלא אפשיטא הוא בב"ב (דף ה') ולכן אין מוציאין ממון מהלוה כמבואר בסי' ע"ח. והא חזקה דתו"ז עדיפא משטר דהא בחזקה תו"ז גובה שלא בשבועה ובשטר אינו גובה רק בשבועה משום די"ל אפשיטי דספרא זייר ליה וכה"ג כמו בב"מ (דף ט"ז) דאמרינן בשטר אימור אשתמוטי קא משתמיט ליה א"נ אפשיטי דספרא כו' וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה מי אמרינן במקום חזקה מה לי לשקר כו'. וכיון דנגד חזקה אין מוציאין מהמוחזק אם יש לו מיגו. כש"כ דבשטר דגרע מחזקה דהדין נותן דלא יוציאו מהמוחזק אם יש לו מיגו. וע"כ עיקר הכלל שכתב האו"ת והנתיבות דמיגו לאורועי שטרא לא אמרינן אין זה ברור. ועיין בכללי מיגו של הכנה"ג ובאו"ת ס"ק צ"ד מזה. ובתוס' כתובות (דף י"ט ע"א) ד"ה מודה בשטר שכתבו כו':

והנראה לי בכוונת הש"ך הכא דכתב דלא מהני מיגו נגד השטר די"ל דסברתו הוא ע"פ מש"כ בחידושי לעיל סי' י"ב וסי' מ"ז דשט"ח ברור שאין בו ריעותא דהוי דינו כגבוי לכ"ע. ואף הסוברים דמחילה ונקט שטרא מהני מחילה י"ל דמודו לזה כמש"כ שם. ולפ"ז י"ל דלכן מהני מיגו לאורועי שטרא דכיון דאין שום ריעותא על השטר בעצם רק מה שטוען הלוה נגד השטר וכיון דלולי המיגו לא היה נאמן לבטל להשטר ע"כ הוי השטר כגבוי כיון שלא נולד בו ריעותא ואיזה ספק. לכן לא מהני בזה מיגו של הלוה לבטל להשטר דזה הוי כמו מיגו להוציא דקיי"ל דלא אמרינן וה"ה להוציא מחזקת השטר דהוי המלוה כמוחזק מחמת דהוי כגבוי. ואף דקשה לומר כן בכוונת הש"ך דהא הש"ך ס"ל לעיל סי' י"ב ס"ק י"ז דאף שט"ח דאין בו ריעותא לא הוי כגבוי ע"ש. מ"מ אפשר לומר כן מעצמינו לתרץ לקושיות הש"ך הנ"ל שהקשה על הטור והמחבר דלמה אינו נאמן הלוה במיגו דהיה כופר הבע"פ והיה מודה מה שבשטר כו' משום די"ל דכוונתם הוא כמש"כ. ולפ"ז יש לדון דבשטר דאין בו אחריות נכסים דאינו גובה ממשעבדי רק מבני חורין ואינו יכול לטעון פרעתי כמש"כ הש"ך בסי' ס"ט ס"ק י"ד ע"פ הא דב"מ (דף י"ג) כיון דשם שטר עליו. וכיון דאינו גובה ממשעבדי אין דינו כגבוי כמבואר בגיטין (דף ל"ז) וכמש"כ מזה לעיל בחידושי לסי' י"ב. והא דב"ב (דף קנ"ז) ביארתי שם היטב דלא הוי סתירה לזה ע"ש. א"כ י"ל דבשטר כזה יהיה נאמן במיגו נגדו דהא דוקא בשטר דיש בו אחריות נכסים שייך לומר האי טעמא:

והעיקר מה שנלע"ד בכוונת הטור והמחבר דלא מהימן במיגו דאי בעי כפר למה דבשטר. והוא דהתוס' בב"ב (דף ה') ד"ה ובא בזמנו כו' שכתבו בשם הר"י דלכן לא אמרינן דיהיה נאמן במיגו דאי בעי אמר פרעתיך עתה משום דלא חציף אינש למימר פרעתיך היום כו'. והובא בש"ך סי' ע"ח ס"ק ט"ז. ובאמת זה צריך ביאור דמאיזה טעם לא נימא מיגו בזה דהא אמרינן מיגו דהעזה כמש"כ התוס' בב"ב (דף נ"ב ע"ב) ד"ה דברים העשויים כו' ובשא"ד ובש"ך בכללי מיגו מזה. ומוכח מזה כמש"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק ע"ז הטעם בזה דשא"ה כיון דהוי מיגו נגד חזקה וגם מיגו דהעזה ע"כ נגד צירוף הנ"ל ביחד לא מהני מיגו ע"ש. ויש לומר דאף שיטת הפוסקים החולקים שם על התוס' בב"ב הנ"ל וס"ל דאף ביומא דמשלם זמניה נאמן במיגו דפרעתיך עתה כמש"כ הש"ך בסי' ע"ח ס"ק ט"ז. עכ"ז י"ל דמודו להכלל הנ"ל שכתב האו"ת דלא מהני מיגו נגד חזקה היכא דהוי גם מיגו דהעזה ואין להרבות במחלוקת רק התם דס"ל דנאמן במיגו דפרעתיך היום טעמם משום דס"ל דאין זה העזה יתירה מן מה דאומר פרעתיך בתו"ז: ולפ"ז מתורץ מה שהקשו הכא דיהא נאמן להכחיש להשטר במיגו דאי בעי היה כופר להמלוה בע"פ. משום דהא זה

הוי מיגו דהעזה דאם מודה מה שבשטר ה"ל הילך א"כ ה"ל כופר הכל וכמש"כ הנתיבות רק דקושיות הש"ך הוא דהא אמרינן מיגו דהעזה לאפטורי מממון וכמש"כ הנתיבות. לכן יש לומר ולתרץ בזה כמש"כ בש"ך דמיגו לאורועי שטרא לא אמרינן משום דמיגו נגד חזקה דשטרא בידי מאי בעי לא אמרינן אם הוי גם מיגו דהעזה כמו דכתבו התוס' כן גבי מיגו אם הוי מיגו דהעזה אז לא אמרינן להמיגו. ה"ה במיגו במקום חזקה דאף דנימא דאמרינן מיגו במקום חזקה מ"מ נגד שטר דאף דאמרינן מ"מ אם הוי גם מיגו דהעזה אז לא אמרינן. משא"כ בהא דסי' רצ"ו בשטר בפקדון דנאמן לומר נאנסו במיגו דהחזרתי אף דהוי גם מיגו דהעזה. מכל מקום התם אין דינו כשטר דהא לא שייך התם החזקה דשטרא בידי מאי בעי כ"כ כמש"כ האו"ת והנתיבות כנ"ל דיכול לומר דסמך על טענת נאנסו דבידו לטעון תמיד. אבל היכא דשייך החזקה דשטרא בידי מאי בעי שפיר יש לומר דבמקום צירוף דהוי מיגו דהעזה לא אמרינן מיגו בזה. ואפשר דלזה נתכוין הש"ך הכא בתירוצו הנ"ל. ולפ"ז ה"ה בשטר דאין בו אחריות רק דחתומים עליו שני עדים ג"כ לא מהני מיגו נגדו משום דה"ל בנ"ד מיגו דהעזה ג"כ דהא אם יכפור למלוה בע"פ ויהא מודה להשטר יהי' כופר הכל לפמש"כ הש"ך לדינא בסי' פ"ח ס"ק נ"א דמודה בדבר שאינו יכול לכפור ה"ל הילך אף אם לא הוי ש"ק. לכן גם בזה לא מהני מיגו נגדו וכן הוא נכון לדינא ועיין באו"ת סי' פ"ח באורים ס"ק נ"ה: ענף ד:

לעיל סי' נ"א סעי' ב' בחידושי שם כתבתי בארוכה מה ששייך לזה ע"ש:

סימן פט

א (סעי' א' ש"ך סוף ס"ק א'):

וכ"ז אם טען פרעתיך בוודאי אבל אם טוען איני יודע אם פרעתי פשיטא שחייב לשלם לשכיר וא"צ השכיר שבועה דלא גרע משאר תובע. עכ"ל הש"ך. וכתב ע"ז השער משפט ס"ק א' דבעבר זמנו יש להסתפק אם הדין כן כיון דאיכא חזקה דבל תלין וחזקה דאין שכיר משהא שכרו א"כ מסתמא פרע ובפרט לפמש"כ הט"ז סוף סי' ע"ה דהטעם דא"י א"פ חייב משום דמוקמינן בחזקת חיוב דמעיקרא א"כ הכא דאיכא תרתי חזקה להיפך שפרע דפטרינן לי' וצ"ע עכ"ל. ועיקר דברי הש"ך הנ"ל מבואר כן בהג"א לב"מ (דף קי"ב) במשנה דשכיר נו"נ:

ולכאורה יש לדון לפי דברי השער משפט בהא דשבועות (דף מ"ה) וב"מ (דף קי"ב) דלכן שכיר נו"נ משום דבעה"ב טרוד בפועליו ושיטת התוס' דזהו משום דהוי כאיני יודע אם פרעתי ולכן מקשה הגמ' וליתב בל"ש ואח"ז הקשו אי הכי אף עבר זמנו נמי כו' מכי מטי

זמן חיובא רמי אנפשי' ומידכר כו' איכא תרי חזקה חדא אין בעה"ב עובר בבל תלין וחדא אין שכיר משהה שכרו. ועיין בתוס' שם ד"ה וכי שכיר עובר כו'. ואי נימא כדברי השער משפט דהיכא דאיכא חזקה הסותרת לחזקת חיוב של הבעה"ב דאז אינו חייב משום א"י א"פ. א"כ קשה דלמה להגמ' לומר דכי מטי זמן חיובא רמי אנפשי' ומידכר וה"ל כטוען ברי פרעתיך. הא אף אם נימא דלא רמי אנפשי' וה"ל עדיין טרוד בפועלי' דה"ל כא"י א"פ דחייב מ"מ בעבר זמנו דיש חזקה דאין שכיר משהה שכרו הסותרת לחזקת חיוב מיפטר הבעה"ב. ואף דהחזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין לא שייך אם לא היה מסיק להסברא דרמי אנפשיה ומידכר מ"מ שייך לדון להחזקה דאין שכיר משהה שכרו וכיון דחזינן דס"ל להש"ס דאם לא הוי רמי אנפשיה ומידכר היה חייב משום א"י א"פ אף דאיכא חזקה דאין שכיר משהה שכרו הסותרת לחזקת חיוב א"כ ה"ה אף היכא דאיכא תרתי חזקה ג"כ הדין נותן דיהיה חייב משום א"י א"פ ודלא כהשער משפט. דמה לי אם חזקה אחת סותרת להחזקת חיוב או דשני חזקות סותרות להחזקת חיוב. ניזיל בתר טעמא דהוי כמאן דליתא לחזקת חיוב. אך יש לחלק דאם לא היה מסיק להסברא דרמי אנפשיה ומידכר אף דאיכא חזקה אין שכיר משהה שכרו הסותר לחזקת חיוב ואוקי חדא להדי חדא והוי ליה כמו ברי בלא חזקת חיוב דאינו מוציא ממון. מ"מ יש לדון להחזקה דאין שכיר עובר בבל תגזול כמבואר בש"ס. א"כ החזקה זו סותר להחזקה דאין שכיר משהה שכרו וממילא יש לו כח להוציא ממון מהבעה"ב כמו כל א"י א"פ רק לפי דמסיק דרמי אנפשיה ומידכר ממילא שייך לדון אז להחזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין והוי תרתי חזקה הסותרות לחזקת שכיר דאינו עובר כו'. ולכן יש מקום עדיין לדברי השער משפט משום דאינו מוכח לסתור דבריו. ועדיין יש לדון באומר בפי' א"י א"פ דכמו דמסתפק הבעה"ב עכשיו דאולי היה שכוח מעיקרו ומיד וע"כ לא שייך לדון בזה להחזקה דאינו עובר בבל תלין כיון דהיה מסתפק הבעה"ב מעיקרא בזה וכמו דחזינן בש"ס דאילו לא היו מסקי למימר הסברא דרמי אנפשי' ומידכר לא היה שייך לדון להחזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין. וכיון דלא שייך לדון בכה"ג להחזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין רק להחזקה דאין שכיר משהה שכרו לחודא א"כ ממילא כנגדו חזקה דאין שכיר עובר בבל תגזול הסותרת לחזקה דאין שכיר משהה שכרו א"כ ה"ל ממילא ברי ומעלת חזקת חיוב דחייב הבעה"ב משום א"י א"פ:

ואפשר לדחוק ולומר דמחמת החזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין דייניגן דכשהגיע זמנו בוודאי הי' דייק הבעה"ב שלא לשכוח כדי שלא יעבור על בל תלין והוי שפיר הנך תרתי חזקה דכתב השער משפט ואמרינן השתא דכבר פרעו ויצא מחשש דבל תלין אז נשכח

מהבעה"ב את הפרעון וה"ל מילתא דלא רמיא עליו כעת כ"כ כן אפשר לדחוקי בכ"ז. ועוד יש לדון במש"כ לעיל לדון דלמה ליה להש"ס להסברא דרמי אנפשי' ומידכר כו' לפי דברי השער משפט. דיש לומר דהש"ס הוצרך לדון כן כדי שלא תקשה למ"ד דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם הלויתני ג"כ חייב משום ברי ושמא ברי עדיף דאז אף אם היו דייניין דנסתלק החזקת חיוב ע"י החזקה דאין שכיר משהה שכרו מ"מ תקשה דיהי' חייב הבעה"ב דהוי טרוד בפועליו וה"ל כמו טוען שמא דמ"מ יהי' חייב משום ברי של השכיר. ועיין בשבועות (דף מ"ה ע"א) ד"ה וניתב ליה בל"ש כו' ובב"מ (דף קי"ב ע"ב) ד"ה אי הכי אפילו קצץ נמי כו' וקצרתי. ואתי שפיר דברי השער משפט דיש להסתפק בעבר זמנו דאין מוציאין מהבעה"ב אף דאומר א"י א"פ:

ומ"מ זהו דוחק דהא הסברא נוטה דכמו דמסתפק עכשיו הבעה"ב בהפרעון דכמו כן היה מסופק מעיקרא א"כ ממילא לא שייך לדון להחזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין. ומש"כ לעיל הוא דוחק גדול. וכן מוכח מדברי התוס' בב"מ (דף קי"ג ע"א) ד"ה וכי שכיר עובר בבל תגזול כו' שכתבו בסה"ד בזה"ל אלא כששתיהן ביחד הוו כנגד חזקת שכיר והוי ברי וברי והממע"ה עכ"ל. א"כ משמע מדבריהם דאף כשיש שני חזקות ביחד היינו חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין וחזקה דאין שכיר משהה שכרו מ"מ אם לא היה ברי וברי היה הדין דחייב הבעה"ב כמו כל א"י א"פ. ודוחק לומר דכתבו כן דיהיה אתי שפיר אף למ"ד דמנה לי בידך והלה אומר א"י אם נתחייבתי דחייב משום ברי ושמא ברי עדיף:

וביותר נלע"ד להוכיח דלא כהשער משפט מירושלמי שבועות פ"ז הל' א' על הא דשכיר נו"נ דאמרו שם דע"י שבעה"ב עסקיו מרובין תקנו כן ודכוותה תיקנו בבעה"ב שאם עבר זמנו שלא ישבע ויטול תני ר"ח אם יש עדים שתבעו בזמנו אפילו לאחר שנה נו"נ אמר ר' יוסי אין לו אלא אותו היום בלבד עכ"ל הירושלמי. וצריך ביאור מה דאמרו בלשון ודכוותה תיקנו בבעה"ב שאם עבר זמנו שלא ישבע ויטול. הא עיקר מילתא דשכיר נו"נ הוא רק מן התקנה א"כ ממילא היכא דראו איזה טעם דלא תקנו שם להשכיר שישבע ויטול הוי דינו מה"ת שהבעה"ב פטור. וקשה איך אמרו בהלשון ודכוותה תקנו בבעה"ב שאם עבר זמנו כו' דהא הבעה"ב פטור מה"ת וא"צ להתקנה בזה. ויש לומר דכוונת הירושלמי הוא כן דאחר שתקנו להאמין להשכיר שישבע ויטול א"כ לפ"ז היה מקום לומר דגם בעבר זמנו יהיה נאמן השכיר ע"כ קאמרי דתקנו בבעה"ב דבעבר זמנו שלא ישבע ויטול דראו חז"ל לחלק בין עבר זמנו כו'. דאף דאמרו דבעה"ב טרוד בעסקיו וה"ל כאיני יודע אם פרעתי וכמש"כ התוס' מ"מ בעבר זמנו ראו שלא לדונו כאומר א"י

א"פ וכסברת התלמוד דכי מטי זמנו רמי אנפשי' ומידכר ויש תרי חזקה כו' וע"כ אמרו דכוותי' תקנו בבעה"ב כו':

ולדברי השער משפט דגם באמר הבעה"ב בפי' איני יודע אם פרעתי הדין הוא בעבר זמנו דפטור משום תרתי חזקה ואמרינן דכי מטי זמנו רמי אז אנפשיה ומידכר כדי שלא יעבור על בל תלין ותלינן דאח"ז נשכח ממנו הפרעון וכנ"ל. א"כ תקשה דאיך שייך בזה מה דאמרו בלשון דכוותי' תקנו בבעה"ב שאם עבר זמנו כו'. הא אף אם נימא דכל שכיר יש לו זכות מה"ת ליטול דה"ל ממש כמו א"י א"פ. מ"מ בעבר זמנו דיש שם תרי חזקה וסברת דכי מטי זמנו רמי אנפשי' ומידכר לא שייך התם לדון כלל ולחייב להבעה"ב משום א"י א"פ א"כ הבעה"ב פטור אף מה"ת ולא מצד התקנה לבד. ומדאמרו הלשון ודכוותה תקנו בבעה"ב כו' מוכח דדוקא משום התקנה אמרו בעבר זמנו אינו נו"נ. אבל מה"ת היה חייב הבעה"ב האומר א"י א"פ ולא מהני הנך תרי חזקה לפוטרו משום דמעלת ברי וחזקת חיוב עדיפא ממעלת הנך חזקה אלא בשכיר דעיקר זכותו ליטול הוא רק מצד התקנה דעשאוהו כאומר א"י א"פ בזה התקינו לחלק דעבר זמנו שאני ואין דינו כאומר א"י א"פ ואוקמוהו על דאורייתא אבל באומר בפי' א"י א"פ בזה הדין הוא דחייב מה"ת ולא מצינו לומר מסברא לפוטרו מצד התקנה דמנלן דהיה התקנה לפטור הבעה"ב גם בכה"ג ואמרינן בזה הבו דלא לוסיף עלה כמו דאמרינן כה"ג בכמה דוכתי. א"כ מוכח מירושלמי דבאמר הבעה"ב א"י א"פ חייב אף בעבר זמנו ודלא כהשער משפט:

ולכאורה רציתי לומר דכוונת הירושלמי דאמרו לשון תקנו בבעה"ב הוא להורות הדין דאם תבעו כל זמנו דב"מ (דף קי"ג) דנותנין לו רק כנגד אותו היום של תביעה. ובאמת לכאורה היה הדין נוטה לדון דישבע ויטול לעולם כיון דלא שייך בכה"ג החזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין וכמש"כ התוס' בב"מ (דף קי"ג) שם ד"ה ולעולם. רק מצד דאין זה תקנה טובה שיהא נאמן לעולם לומר לא פרע לי כמש"כ שם. ולכן אמרו בלשון ודכוותי' תקנו שאם עבר זמנו שלא ישבע ויטול. דאף דתקנו כבר דהשכיר נאמן כ"ז דליכא חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין מ"מ לא האמינו לעולם להשכיר וזהו מצד התקנה אף שהוא כנגד הסברא לחלק ביניהם. כן היה מקום לכאורה לומר בזה. אבל באמת ז"א דהא לא מיירי שם בירושלמי מתחלה מן תבעו בזמנו רק לאחר שאמרו דכוותי' תקנו בבעה"ב כו' אמרו תני ר"ח אם יש עדים שתבעו בזמנו כו'. וגם זהו שם בפלוגתא דר"ח ס"ל אפילו לאחר שנה נאמן השכיר. ועוד דלשון שאם עבר זמנו משמע דאין לו שום זכות כלל לאחר זמנו ובאמת הא יש לו כנגד אותו היום כו'. ע"כ העיקר כמש"כ מתחלה ומוכח דבאמר א"י א"פ נאמן השכיר לעולם אף בעבר זמנו: ובטור סעיף ה' כתב דאם טוען הבעה"ב ספק

נוטל השכיר בלא שבועה והב"ח העיר דלמה הוצרך הטור לכתוב זה. והנה לפמש"כ י"ל דזהו כוונת הטור לאשמועינן דאף בעבר זמנו הדין כן ולא נימא כסברת השער משפט. אך דוחק להעמיס כן בכוונת הטור דהא שם לאח"ז בסעי' ז' כתב מן דין תבעו אחר שעבר זמנו כו' ולעיל מיני' לא מיירי רק בתו"ז ע"ש. וע"כ העיקר שם כמש"כ הב"ח בכוונת הטור ועיין בפרישה שם:

ובסימן צ"א סעיף ב' מבואר בהכחשת פועלים עם החנוני דכ"ע ס"ל דפועלים נוטלים מן הדין דא"י אם פרעתי חייב והש"ך שם ס"ק י"ב כתב בשם בעה"ת ושארי ראשונים דס"ל דגם החנוני נוטל מן הדין משום דיש שם חזקה שליח עושה שליחותו. ואפ"ה ס"ל לכ"ע דהפועלים נוטלים מן הדין לפי דהבעה"ב טוען א"י א"פ. ולא אמרינן דכיון דיש שם חזקה שליח עושה שליחותו דה"ל חזקה מעליא לשיטת הראשונים והש"ך הנ"ל א"כ סותר הך חזקה להחזקת חיוב ויהא פטור הבעה"ב מן הדין לשלם להפועלים. ומוכח דלא אמרינן אוקי חדא להדי חדא ונסתלק ממילא החזקת חיוב וכעין סברת השער משפט. וע"כ מוכח דאף היכא דיש חזקה הסותרת לחזקת חיוב דמ"מ חייב כיון דיש אצל התובע מעלת ברי וצירוף החזקת חיוב ביחד. ודוחק לחלק דשאני בנידון השער משפט דיש שם שני חזקות היינו חזקה אין בעה"ב עובר כו' וחזקה דאין שכיר משהא שכרו דמה בכך דניזל בתר טעמא דכיון דסותר עכ"פ להחזקת חיוב כו'. והא דשבועות (דף מ"ה) וב"מ (דף קי"ב) דאמרו דיש להבעה"ב הנך תרי חזקות. היינו משום דאל"כ יש שם חזקה להשכיר דאינו עובר בבל תגזול הסותר לחד חזקה. אבל בנידון דידן אין לחלק בין חד חזקה לשני חזקות. ובפרט דהוכחתי כן מן הירושלמי דלעולם חייב הבעה"ב אם טוען א"י אם פרעתי ויש לדחות ראיה זו לפי דגם בפועלים יש להם חזקה דאינם עוברים בבל תגזול הסותר לחזקה שליח עושה כו' ולכן שפיר מהני החזקת חיוב להצטרף להברי של הפועלים וליטול וגם היכא דמשלם ב' תשלומין היינו להחנוני ג"כ מ"מ יש לדון כן. ועיין בפסחים (דף יו"ד) ובתוס' ד"ה בבת אחת כו' וקצרתי. ובמק"א כתבתי די"ל דטעמו של המ"ד דמנה לי בידך והלה א' א"י דחייב דטעמו אפשר ג"כ משום דיש להתובע חזקה דאינו עובר בבל תגזול המסייע להתובע ואף דיש שם חזקת פטור המסייע להנתבע מ"מ ס"ל כן מה"ט וקצרתי. אך כבר נתבאר להוכיח מן הירושלמי דלא כהשער משפט:

ב (שם סעיף י"ב):

היה השכיר קטן או עבד או חשוד נשבע בעה"ב ונפטר כו'. טור בשם הראב"ד. וברמב"ם פ' י"א ה' שכירות ה' ו' אפילו היה השכיר קטן השכיר נשבע ונוטל. והראב"ד השיג דאיך מוסרין שבועה לקטן. והמ"מ כתב ליישבו דכיון דהשבועה הוא להפיס הבעה"ב דינו

אע"פ שאינו בר עונשין ואין בשבועתו לשוא עונש מ"מ משביעין אותו לאיים עליו עכ"ל. והכ"מ כתב דהעיקר כהנוסחא דאפי' אם השוכר קטן וכמש"כ הטור. והמל"מ שם תמה ג"כ דהא אין מוסרין שבועה לקטן ואפילו למ"ד דקטן אוכל נבילות אין מצווין להפרישו לספות לו בידים אסור כו' עכ"ל. וכן תמה הרדב"ז ח"ג סי' תפ"ט דאיך מוסרין לו שבועה וכן אי' בירושלמי דאין מוסרין שבועת שכיר לחשוד ועבד כו'. ונוסחא משובשת נזדמנה להם כו' עכ"ל וכן הקשה הלח"מ פ"ה ה' טוען ה' יו"ד. ובלא"ה עיקר סברת המ"מ שכתב אע"פ שאינו בר עונשין מ"מ משביעין אותו לאיימו. הוא דוחק דכיון שאינו בר עונשין א"כ לא הוי שום תועלת משבועתו. והטור לא החליט בשיטת הרמב"ם כנוסחאות אפילו השוכר קטן כו'. ע"כ מהראוי ליישב נוסחאות הישנות שכתוב אפילו השכיר קטן:

ג (שם סעיף י"ב):

והנלע"ד בכ"ז ע"פ מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ז' דגם קטן שהגיע לכלל דעת מוזהר שלא לישבע בשקר רק דאינו בר עונשין בב"ד אבל איסורא ועונש בידי שמים איכא ע"ש. ולפ"ז אתי שפיר הנוסחא אפילו השכיר קטן דנו"נ דכיון דהוי בר עונשין ביד"ש ע"כ הוי תועלת רב משבועת הקטן. [ומיירי בהגיע לכלל דעת ולא הוצרך לפרושי להדיא משום דמוכח כן מסתימות דבריו דאל"כ לא הוי שום תועלת משבועתו]. ומה שהקשו והא אין מוסרין שבועה לחשוד וה"ה לקטן לא ספינן ליה איסור בידים. יש לדון בזה ולחלק דשאני חשוד דאינו נאמן באיסורין כמבואר בסי' קכ"ז ביו"ד ואלו קטן מצינו דנאמן בדרבנן היכא דלא איתחזק איסורא כמבואר ביו"ד סי' קכ"ז סעיף ג' ברמ"א. וכעין זה מצינו באה"ע סי' י"ז סעיף י"ג בט"ז דקטן שהגיע לעונת הפעוטות עדותו מהני בעדות אשה שמת בעלה וע"ש. ובספרי נחל יצחק סי' מ"ט סעי' ב'. ואלו חשוד אינו נאמן שם וכהנה רבות ע"כ אין לדמות חשוד לקטן. ויש להסביר זה ביותר ביאור ע"פ הא דסוכה (דף מ"ב) דקטן היודע לשמור אוכלין ע"י טהרות וכתב הר"נ שם אע"ג דקטן לא מהימן בדאורייתא כו' ה"מ היכא דאתחזק איסורא כו' אבל להעמיד על חזקתו מהימן עכ"ל הר"נ. והנה הש"ך יו"ד סי' קכ"ז ס"ק ל"א הביא בשם הריב"ש שכתב דלכן קטן נאמן על שמירת טהרות לפי דהוי דבר שבידו. ויש להוכיח כן מהא דתמיד פ"א משנה א' בשמירת המקדש דהרובים שומרים ופי' המפרש הם פחותים מן י"ג שנה וכ"כ הכ"מ ברמב"ם ה' בית הבחירה פ"ח ה' ד' והתוס' יו"ט שם. ואף דקטן אינו נאמן בדאורייתא א"כ ה"ה התם דמצווים מה"ת לשמור המקדש. א"כ יש לחוש שמא לא ישמור הקטן. וע"כ מוכח דהיכא דהוי דבר שבידו נאמן א"כ התם שפיר סמכינן למסור שמירת המקדש להקטן כיון דהוי דבר שבידו ועיין במל"מ שם. לתירוץ הר"נ דשאני היכא דאתחזק היתירא א"כ

תקשה התם דהא לא שייך התם ענין איסור והיתר רק עצם השמירה. ואפשר לחלק דשאני בשמירת טהרות דעכשיו אנו מסופקים אם שמרו מתחלה כהוגן ואלו עכשיו הא לא הוי זה בידו כלל רק דהיה בידו מתחלה ואף דבאיסורין נאמן ע"א אף דלא הוי עכשיו בידו רק כיון דהיה בידו מתחלה כו' כמבואר ביו"ד סי' קכ"ז סעי' א' זה אינו רק בעדות גדול ולא בקטן. ולכן הוכרח הר"נ לומר דשאני היכא דאיתחזק היתירא. אבל בשמירת המקדש דעיקר הספק הוא בעת שמוסרין שמירת המקדש להקטנים שמא לא ישמרו כהוגן ולא יקיימו הכהנים מצות שמירה המוטל עליהם אז באותו השעה שהקטנים מקבלים השמירה עליהם ע"כ בזה שפיר יש לומר כיון דאז בעת שמקבלים השמירה עליהם הוי זה דבר שבידם לשמור כהוגן ע"כ שפיר יכולים אז למסור שמירת המקדש להקטנים ומקיימין ע"י מצות שמירת המקדש אז. ועכשיו לאחר ששמרו הא אין זה נוגע כלל לענין איסור והיתר ולכן א"ש זה לכ"ע. וקצרתי ג"כ במה שיש לדון בדברי המל"מ שם ואכמ"ל:

וכדברי הר"נ סוכה הנ"ל כ"כ הריטב"א בסוכה והובא בביאור הגר"א זצ"ל ליו"ד סי' קכ"ז ס"ק ל"ב שכתב בשם הריב"ש כנ"ל והריטב"א כתב לחלק דשאני היכא דאיתחזק היתירא כו'. ולפ"ז יש לומר ולהסביר על נכון מה שמוסרין שבועה לקטן שכיר ואף דלא ספינן לי' איסורא בידים כמו שהקשה המל"מ. משום דיש לחלק דשאני הכא בשבועה כיון דהקטן אומר ברי לי שלא פרע לי הבעה"ב את שכרי שהיה חייב לי ויש לנו חזקת חיוב וודאי רק דהספק הוא כעת בהפרעון א"כ במקום שיש חזקה המסייע לדברי הקטן נאמן גם הקטן כמו התם בשמירת טהרות. ומשמע שם דאף היכא דהוי נוגע בעדותו דיש לו הנאה מזה כגון שלוקח שכר שמירה וכה"ג דג"כ מהימן הקטן כיון דהחזקה מסייעו ויש לומר דאף לדברי הריב"ש דכתב לחלק דלכן נאמן בשמירת טהרות לפי דהוי דבר שבידו. דג"כ מודה דהיכא דאנו דנין רק על הקטן עצמו אם מותרין למסור לו דבר זה דאז י"ל דהקטן על עצמו בוודאי נאמן היכא דיש חזקה המסייעו. ולכן בנ"ד דיש חזקת חיוב יכולין למסור השבועה להקטן האומר ברי לי שהנני נשבע באמת. ולכן אף שכתבתי לעיל דקטן מוזהר על שבועת שקר מ"מ כיון דאומר ברי נאמן במה שנוגע לו עצמו כיון דחזקת חיוב מסייעו. והנה בסי' צ"ב סעיף ב' בחידושי העליתי דמה דאין ב"ד מוסרין שבועה לחשוד כמבואר שם סעיף א' דאין זה רק מדרבנן משום דמה"ת יכולין ב"ד למסור שבועה לחשוד כיון דהחשוד אומר ברי לי שהנני נשבע באמת ונאמן על עצמו ועיין בר"נ ספ"א דע"ג. א"כ הכא בקטן דאומר ברי שהנני נשבע באמת אין על הב"ד שום איסור במה שמוסרין לו שבועה דהא בדרבנן נאמן הקטן כמבואר ביו"ד סי' קכ"ז

סעיף ג' ואף לפי משכ"כ המג"א בסי' תל"ז ס"ק ח' דדוקא במה שבידם נאמנין אבל באינו בידם אינם נאמנים כמבואר בעירובין (דף נ"ט) ובתוס' שם ובאו"ח סי' ת"ט. י"ל דשאני היכא דיש חזקה המסייע לדבריו כמו הכא בשכיר דהספק הוא בהפרעון ויש לנו חזקת חיוב לכן י"ל דכ"ע מודו דנאמן הקטן על עצמו אף דלגבי עצמו הוי חשש דאורייתא כיון שמוזהר על ש"ש. וכן במה שנוגע להב"ד שיש עליהם איסור שאין רשאים למסור שבועה להחשוד כיון דאין זה רק איסור מדרבנן ובמקום דלא הוי מדאורייתא רק מדרבנן הא נאמן הקטן בדרבנן היכא דיש חזקה המסייעו. ואף היכא דיש הנאה להקטן ג"כ נתבאר דנאמן הקטן משא"כ בחשוד. ועיין ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק כ' וקצרתי. ונתבאר דיש מקום להסביר על נכון במה שמוסרין שבועה לקטן שכיר. ועיין באה"ע סי' ז' סעיף א' די"א דקטן נאמן אף במכוין להעיד וכ"כ הר"נ כתובות פ"ב וכן הוא בירושלמי פ"ב כתובות ה"ט. וי"ל דטעמא הוא דבדרבנן נאמן הקטן ובפרט התם דאיתחזק היתירא וקצרתי:

והא דמבואר בהרמב"ם פ"ה ה' טוען הלכה יו"ד ובח"מ סי' צ"ו סעיף ב' שאין משביעין הקטן כלל לפי שאינו יודע עונש השבועה. הנה היכא דהספק הוא בעיקר החיוב כלל בזה שפיר יש לדון דאין משביעין להקטן ע"י היפוך ואין מוסרין לו שבועה לפי דהא אדרבה יש התם חזקת פטור המברר לנו דלא נתחייב מעולם. א"כ זה דומה למש"כ הר"נ בסוכה והריטב"א דהיכא דאיתחזק איסורא בוודאי אינו נאמן הקטן כלל ואין ממש בדבריו. ה"ה היכא דיש חזקת פטור של הלוה אינו יכול הקטן לישבע ע"י היפוך שפלוני חייב לו כמבואר שם נידון זה משום דאין ממש בדבריו היכא שהחזקה מכחישו. [ואין שייכות לנ"ד מה שכתב הפני יהושע לכתובות (דף כ"ב ע"א) בתוס' ד"ה הבא עלי' בא"ת כו' בשם הרשב"א בחידושיו לקדושין דכל אדם נאמן ע"ע אף נגד החזקה כו' דשאני קטן וקצרתי]. ואף דמשמע שם בסי' צ"ו וברמב"ם פ"ה ה' טוען הנ"ל דאף היכא דהכחשת הבע"ד עם הקטן הוי בהפרעון אם פרע חובו להקטן אם לא דג"כ אינו יכול להפך השבועה על הקטן דהא סתמו שם. אפ"ה א"ש מה דכתבו דאין משביעין להקטן ע"י היפוך כמו שכתבו שם הטעם לפי שאינו יודע עונש השבועה. משום דהא בסוכה (דף מ"ב) אמרו דקטן היודע לשמור אוכלין ע"י טהרות אלמא דבעינן דוקא שהגיע לכלל דעת. וכמו כן בפסחים (דף ד') גבי בדיקת חמץ שנאמן הקטן כיון דהוי דרבנן ומבואר באו"ח סי' תל"ז סעיף ד' דדוקא ביש בו דעת לבדוק. כמו כן יש לחלק הכא גבי שבועת קטן דאם יש בו דעת שיודע ומבין עונש השבועה דבכה"ג מוסרין לו שבועה כיון דבאמת קטן אין בו חשש וחשד שישבע בשקר רק מפאת חסרון ידיעתו לכן היכא שיודע ומבין זה שפיר יכולים למסור לו שבועה משא"כ בחשוד על שבועת שקר. ואזלינן בזה בתר

טעמא כפי שכתבו שם הטעם לפי שאין יודע עונש השבועה. א"כ מוכח מזה דהיכא שיש בו דעת להבין עונש השבועה דשפיר יכולין להשביעו. [ועיין בתוס' יבמות (דף ק"ד ע"ב) ד"ה והא אמרי כו' ובגיטין (דף כ"ב) ד"ה והא לאו כו' ובחולין (דף י"ב ע"ב) וקצרתי]. וכעין זה מצינו חילוק באה"ע סי' קס"ט סעיף ח' דקטן שהוא מכיר ונבון נאמן בהכרת אחי המת וכ"כ בט"ז אה"ע סי' י"ז סעיף י"ג כעין זה:

וכמו כן יש לדון הכא גבי שבועת הקטן דמה שכתבו בסי' צ"ו דאינו יכול להפך השבועה על הקטן לפי שאינו יודע עונש השבועה דמיירי בלא הגיע לכלל דעת להבין ענין עונש ש"ש שמוזהר גם הקטן ע"ז. וגם י"ל דכ"ז שלא הגיע לכלל דעת דבזה אינו מוזהר כלל הקטן אף על ש"ש וכמו שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ז' כלל מחודש ע"פ דברי החתם סופר ליו"ד סי' שי"ז ע"ש. והא שסתמו מזה שם בסי' צ"ו והרמב"ם פ"ה ה' טוען י"ל דסמכו על הפשיטות בזה וגם על הטעם שכתבו שם לפי שאינו יודע עונש השבועה דמשמע ממילא דהיכא שיודע עונש השבועה דיכולין להשביעו. וכמו כן מצינו בהא דאה"ע סי' י"ז סעיף י"ג וברמב"ם ה' גירושין פ' י"ג הלכה ח' דקטן אינו מעיד שמת בעלה. וכתב הט"ז שם דאם הגיע לכלל דעת דס"ל להרמב"ם דנאמן ואפ"ה סתמו שם הרמב"ם והש"ע מזה. וע"כ כתבו בסי' צ"ו בסתימות דאין משביעין להקטן כלל. והחמירו שם בקטן ביותר מן החשוד דהא בחשוד אינן מוסרין לו שבועה גמורה אבל שבועה קלה יכולין למסור לו כמבואר בסי' צ"ב סעיף י"א ואף הטלה בפירוש יכולין למסור לו כמש"כ הסמ"ע והט"ז שם. ואלו בקטן אמרו שם דאף הטלת כו' אינן יכולין למסור לו משום דקטן שלא הגיע לכלל דעת גרע מן חשוד. אבל הכא גבי שבועת שכיר נשבע ונוטל י"ל דמיירי בהגיע לכלל דעת להבין עונש השבועה. ע"כ שפיר משבעינן להקטן. והא דסתמו מזה י"ל דהא כעין זה מצינו בפסחים (דף ד') דקטן נאמן בבדיקת חמץ וסתמו מזה בגמ' ופוסקים שם. ואלו בש"ע או"ח סי' תנ"ז סעיף ד' מבואר דזה אינו רק בקטן שיש בו דעת. אלמא דמצינו דסתמו בזה וסמכו על הפשיטות. כמו כן יש לומר דאף דסתמו הכא מ"מ סמכו על הפשיטות דמוכח ע"פ סברא דזה לא שייך רק אם הגיע הקטן לכלל דעת דיודע ומבין ענין עונש השבועה:

ענף א:

אמנם יש לסתור כל זה ע"פ המבואר בהרמב"ם פ"ה ה' טוען ה' י"א ובח"מ סי' צ"ו סעיף ג' דאם כפר הקטן ממתינים עד שיגדל וישבע היסת וכתב הסמ"ע שם דבקטנותו אין משביעין אותו דא"י עונש השבועה. ולפמש"כ דאם הגיע לכלל דעת ויודע ומבין עונש השבועה יכול התובע להשביעו א"כ קשה למה לי' להמתין עד שיגדל דמשמע שיהיה

גדול ממש הא סגי כשיגדל ויהיה יודע ומבין עונש השבועה. וזה ברור דאם התובע אינו רוצה להשביעו כ"ז שלא יהיה בן י"ג שנה בוודאי אין הקטן יכול לומר הנני רוצה לישבע מיד. דכיון דלא הוי בר עונשין פחות מן י"ג שנה אף שמוזהר הוא אף בקטנותו כשיודע ומבין וכמש"כ עכ"ז בוודאי הזכות ביד התובע להמתין עד שיגדל ממש ויהיה בן י"ג דבוודאי יותר טוב השבועה שישבע בגדלותו. ועיין בסמ"ע סי' פ"ט ס"ק ה' שכתב דקטן אינו בר עונשין לכך לא האמינוהו. אבל לשון הרמב"ם והמחבר בסי' צ"ו משמע דאף אם התובע מתרצה שישבע קודם שיהיה גדול בן י"ג שנה דמ"מ אין משביעין אותו וכמו שנראה מן דברי הסמ"ע א"כ מוכח דלא כמש"כ. והא דמבואר בסי' ע"ב סעיף ל"ה דהחמשים האחרים יתן ביד השליש עד שיגדלו וישבעו כו' דמשמע דכ"ז דלא יגדלו ממש אינו יכול התובע להשביעו כשיהיה יודע ומבין עונש השבועה. יש לומר דשאני התם דמיירי בפירוש דהספק היה בעיקר חוב של ההלואה כמה היה ע"כ בכה"ג הא נתבאר דאין מוסרין שבועה לקטן כיון דהחזקת פטור מנגדתו. ועוד דהא באמת לדינא ס"ל להטוש"ע ושארי פוסקים גבי שכיר קטן דאין מוסרין לו שבועה וכמש"כ הראב"ד. אבל מן דברי הרמב"ם פ"ה ה' טוען הנ"ל דמשמע דגם אם מחולקים בהפרעון אין התובע יכול להשביע להקטן. א"כ לכאורה מוכח מזה דלא כמש"כ ליישב נוסחאות הרמב"ם אפי' השכיר קטן:

אבל באמת מזה אינו סתירה לדברינו בשיטת הרמב"ם משום דיש לומר הטעם בפשיטות דלכן אין משביעין להקטן כלל וכמו דתנן בשבועות (דף ל"ח ע"ב) במשנה דאין משביעין את הקטן ומשמע דכ"ז שאינו בן י"ג אין משביעין אותו. דזהו לפי דקטן פחות מן בן י"ג לאו בני מיעבד מצוה הוי וכמו הא דערכין (דף כ"ב) וב"ב (דף קע"ד) דיתמי פחותים מן י"ג לאו בני מיעבד מצוה נינהו. ואף דרב הונא ברי' דרב יהושע פליג שם וקיי"ל כוותיה הטעם הוא משום דשעבודא דאורייתא או משום שעבודא דרבנן ועיין בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב'. וזהו דוקא בחוב ברור אבל בחיוב שבועה דהטילה התורה על הבע"ד לישבע או שבועה מדרבנן כיון דלא שייך כ"כ שעבוד נכסי בשבועה כיון דלא נתברר החוב ממש ע"כ אין משביעין להקטן משום דאינו מצווה במצות התורה שציוותה התורה לישבע. רק בגדול כיון שמצוה לישבע ממילא הדין הוא דנחתינן לנכסיו אם אינו רוצה לישבע. ואין אנו צריכים לטעם של הסמ"ע שכתב שם בסי' צ"ו דלכן ימתין עד שיגדל משום דאינו מבין עונש השבועה. אלא יש לומר הטעם כמש"כ. ולפ"ז באמת יש לומר דאם הקטן הנתבע מתרצה לישבע וכן הבע"ד התובעו רוצה שישבע מיד אז שפיר יש לדון לשיטת הרמב"ם כפי הנוסחאות דבשכיר קטן יכול לישבע כנ"ל. דה"ה אם תובעים לקטן

מלוה ע"פ והכחשתם הוא בהפרעון אם פרעו הקטן או לא דכיון דשניהם מרוצים שישבע הקטן מקודם שיהיה בן י"ג דיכולים להשביעו אם הגיע לכלל דעת להבין עונש השבועה. והא שהוצרך הרמב"ם פ"ה מטוען ה' יו"ד לכתוב דלכן אינו יכול להפך השבועה על הקטן לפי שאינו יודע עונש שבועה. זהו דוקא בהיפוך שבועה דהקטן תובע לגדול ורוצה להשביע להגדול א"כ לכאורה היה מקום לומר דיהיה יכול הנתבע להפטר מן חיוב השבועה ע"י היפוך דלא יהיה עדיף זכות הקטן מן תביעת גדול דיכול הנתבע להפך השבועה על התובע ע"כ הוכרח לומר הטעם דאינו יכול להפך לפי שאינו יודע עונש השבועה. וממילא הוי דינו כמו חשוד דסי' צ"ב סעיף י"ג דאינו יכול להפך השבועה עליו אלא מחוייב הנתבע לישבע. אבל בתובעים לקטן פטור בלא טעם זה משבועה לפי שאינו מצווה ומחוייב לישבע שבועת היסת וכה"ג כיון דלאו בני מיעבד מצוה נינהו. ולכן לא הוי שום סתירה מזה לכל משכ בשיטת הרמב"ם בנוסחא דהיה השכיר קטן דישבע וא"ש כל משכ. והא דכתב הרמב"ם פ' י"ז ה' מלוה ה"ב ובש"ע סי' ק"ח סעיף ה' דאם היה קטן כשמת מורישו דישבע כשיגדיל כו' אין זה ענין לנ"ד כלל דשא"ה דאינו יכול להוציא ממון מהנתבע כ"ז שלא ישבע כשיגדיל ממש כנ"ל:

וראיתי בעיר שושן סי' צ"ו סעיף ג' שכתב דאם כפר הקטן ממתינים עד שיגדל וישבע דבקטנותו לא שייך להשביעו שאינו יודע עונש השבועה עכ"ל וזהו כמש"כ הסמ"ע. ונפ"מ מן הטעם שלהם דאף אם התובע והנתבע הקטן מתרצים שישבע הקטן מיד דג"כ אין מוסרין הב"ד לו השבועה לפי שאינו יודע עונש השבועה וימתין עד שיהיה בן י"ג וזהו לפי מה דקיי"ל לדינא בהיה השכיר קטן דאין משביעין אותו. אבל לפי מה שכתבתי לבאר נוסחא של הרמב"ם דהיה שכיר קטן דמשביעין אותו שפיר יש לומר דאינו קשה ע"ז מן דברי הרמב"ם פ"ה ה' טוען ה' י"א הלז דיש לפרש הטעם כמש"כ. ולפ"ז באמת יש לדון גם התם דאם התובע והקטן הנתבע מתרצים שישבע מיד דאם הכחשתם הוא בהפרעון דיכולים למסור להקטן השבועה אף קודם שיהי' בן י"ג שנה כיון שהגיע לכלל דעת שיודע ומבין ענין עונש השבועה כנ"ל:

ענף ב:

ועוד נלע"ד לומר דאף אם נימא דבאמת משמעות הרמב"ם פ"ה ה' טוען ה' י"א הנ"ל הוא דאף אם התובע והקטן הנתבע מרוצים שישבע הקטן מיד שאינם יכולים למסור לו שבועה מקודם שיגדיל ויהיה בן י"ג שנה. וע"כ הטעם הוא לפי שאין מאמינים לו שישבע באמת. ועכ"ז אין מזה סתירה לדברינו במשכ לבאר גירסת הרמב"ם בהי' השכיר קטן דישבע. משום דיש לחלק ביניהם. דהא עיקר הטעם הוא לפי משכ דלכן יכולים למסור

לו השבועה ולא חיישינן לחשש חילול ד' כמו בחשוד שאין מוסרים לו שבועה מה"ט כמש"כ הסמ"ע בסי' צ"ב ס"ק א'. דשאני קטן דיש לו נאמנות היכא דהחזקה מסייעו כמש"כ בארוכה לעיל בשם הר"נ דסוכה ספ"ג דאף בענין דאורייתא נאמן הקטן היכא דהחזקה מסייעו כו'. ולכן בשכיר דיש חזקת חיוב של הבעל הבית המסייע לדברי הקטן ע"כ יכולין למסור לו השבועה. והא מצינו בכל ע"א דנאמן באיסורין דהיכא דהוי ע"א בהכחשה לא מהימן הן בהכחשת עד אחר והן בהכחשת הבע"ד כמבואר ביו"ד סי' קכ"ז. ע"כ י"ל דה"ה וכש"כ בקטן דאף דמצינו דהימנוהו היכא דהחזקה מסייעו. מ"מ י"ל דאם יש בע"ד המכחישו דאז לא מהימן הקטן דלא עדיף נאמנות הקטן היכא דהימנוהו מן גדול היכא דנאמן ומ"מ אמרו דבהכחשה אינו נאמן. וגם יש לדון לפמש"כ התוס' בגיטין (דף ב' ע"ב) ד"ה הוי דבר כו' דמספקא לן אם ע"א מהימן היכא דאתחזק איסורא. וכ"כ הרשב"א בחידושיו והובא בש"ך יו"ד סי' קכ"ז ס"ק ט"ז ואין זה דבר ברור מה דאמרינן דע"א אינו נאמן במקום חזקת איסור רק מספקא לן. ועיקר הספק הוא דאם מעלת ברי עדיפא מן מעלת חזקה או לא. ועיין מזה בספרי נחל יצחק בסי' ג' בקונטרס תפיסה בדרא דממונא ענף א' במש"כ שם בשם השמ"ק לב"מ (דף ק') בהא דהלוקח א' גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול משום דמעלת ברי עדיפא מן מעלת חזקת מרא קמא אף דהוי חזקה אלימתא ע"ש:

ולפ"ז י"ל דלכן כתב הרמב"ם פ"ה ה' טוען ה' י"א דאם גדול תובע לקטן דממתינין עד שיגדל וישבע ומשמע דגם אם מחולקים בהפרעון ג"כ אין מוסרין שבועה לו עד שיגדל ויהי' בן י"ג. משום דשא"ה דיש לפנינו ברי של הבע"ד התובעו המכחיש להקטן ע"כ ממילא נסתר מעלת החזקת חיוב ונשאר אמירת הקטן לבד והוי כמו אמירת הקטן במקום דליכא חזקה המסייעו דאינו נאמן הקטן. וגם הא הוי בהכחשה ומנלן דנאמן הקטן אף דהחזקה מסייעו אם אחר מכחישו דהא לא מצינו כה"ג. וע"כ בכה"ג יש איסור עלינו שלא למסור לו שבועה וכמו בחשוד שיש איסור עלינו שלא למסור לו שבועה במקום חשש חילול ד'. וכ"ז הוא בהא דפ"ה ה' טוען ובח"מ סי' צ"ו סעיף ג' דיש שם בע"ד המכחישו. ואף דהוי הבע"ד נוגע להנאת עצמו מ"מ הא מצינו גבי ע"א בהכחשה דלא מהימן דאף בהכחשת הנוגע להנאתו ג"כ לא מהימן הע"א כמבואר ביו"ד סי' קכ"ז ובשארי דוכתי. אבל בהא דשכיר קטן כיון דאמרו חז"ל דבעה"ב טרוד בפועליו ועשאוהו כמו שאומר הבעה"ב איני יודע אם פרעתי וה"ל כמו דטוען הבעה"ב טענת שמא. א"כ ממילא ליכא לפנינו טענת ברי להכחישו לכן שפיר יש לדון דכיון דישנו לפנינו חזקת חיוב של הבעה"ב ואמירת הקטן א"כ מעלת חזקה ואמירת הקטן ביחד מועלת לנו

שיהיה מהימן הקטן לענין שיכולים למסור לו שבועה וכמש"כ. ולא הוי שום סתירה לנוסחת הרמב"ם בהי' השכיר קטן דישבע דיש לחלק כן. ומה שכתבתי לעיל דסמכו על הפשיטות דידענא דמסתמא מיירי בהגיע לכלל דעת שיודע ומבין ענין עונש השבועה והבאתי לעיל דכה"ג מצינו בכמה דוכתי. הנה כעין זה מצינו בח"מ סי' ע"ב סעי' ל"ה ש"ך ס"ק קמ"ד דכתב דמיירי שם בקטנים פקחים כו'. ואפ"ה סתמו הראשונים והש"ע שם מזה וה"ה י"ל הכא בנ"ד: ויש לומר דהרמב"ם הוכיח כו מן הא דב"מ (דף קי"א) עבר זמנו אינו נשבע ונוטל. ואי נימא דהי' השכיר קטן ישבע בעה"ב ויפטר א"כ לפי מה שהעלה השער משפט ס"ק ד' דכשיגדיל השכיר יכול לישבע וליטול דלא שייך בזה חזקה אין שכיר משהה שכרו כו' ע"ש. א"כ משכחת ליה עבר זמנו דנשבע ונוטל בשכיר קטן דכשיגדיל ויהי' אז עבר זמנו מ"מ יהי' יכול לישבע וליטול וקשה איך נקטו לכללא עבר זמנו אינו נו"נ. ומזה הוכיח הרמב"ם דאם היה השכיר קטן דישבע ויטול א"כ גם בשכיר קטן אינו נו"נ כשיגדיל דה"ל עבר זמנו וכמו בכל השכירים הגדולים. ואף שכתבתי לעיל דהך מילתא דשכיר קטן נו"נ הוא רק בהגיע לכלל דעת. א"כ אכתי משכחת ליה עבר זמנו דיהי' יכול לישבע וליטול אם היה השכיר קטן שלא הגיע עדיין לכלל דעת כו' עכ"ז יש ליישב גם זה וקצרתי. ונתבאר דאין להזניח כ"כ נוסחאות הרמב"ם שכתב הי' השכיר קטן ישבע ויטול דיש להסביר זה שלא יגדל התמי' כ"כ ע"ז. אמנם לדינא בוודאי אין לזוז מן דברי הש"ע והראשונים דכתבו לדינא אם היה השכיר קטן ישבע בעה"ב ויפטר:

ענף ג:

ובעיקר דברי השער משפט שכתב דכשיגדיל הקטן שכיר יהי' יכול לישבע וליטול דלא שייך בזה עבר זמנו נו"נ משום חזקה אין שכיר משהה שכרו דהא כיון דהצריכו להשכיר להמתין עד שיגדל וישבע איבטלא ליה החזקה כו' עכ"ל. הנה יש לדון בזה דבב"מ (דף קי"ג ע"א) אמרו אם יש עדים שתבעו בזמנו נו"נ ולעולם כו' ופי' רש"י בתמי' כו' וכי כל כך השהא שכיר שכרו. והתוס' ד"ה ולעולם הקשו על פי' רש"י וכתבו דהכי פירושו ולעולם שכיר נו"נ אין זה תקנה טובה שיהא נאמן לעולם לומר לא פרע לי עכ"ל. והנמוקי יוסף בב"מ שם כתב דלכן אין נותנין לו בעבר זמנו רק כנגד אותו היום של תביעה דכיון שנתרשל בדבר איכא למימר נמי בפועל דטרוד בעסקיו הוא אינו נשבע ונוטל עכ"ל הנימוקי יוסף וכן כתב הר"ן בריש פרק ז' דשבועות. וזהו כשיטת רש"י דכתב הטעם דכי כל כך השהא השכיר שכרו. ומיושב קושיות התוס' על רש"י לפ"ז וכן כתב הרא"ש שם. אכן התוס' ס"ל הטעם דלכן אין נותנין לו רק כנגד אותו היום של תביעה לפי שאין זה תקנה טובה שיהי' נאמן לעולם השכיר. ולא אתו עלה משום דנתרשל ולא תבעו כמש"כ

רש"י והנ"י אלא משום דאין זה תקנה טובה שיהי' נאמן לעולם השכיר והטעם י"ל ג"כ כעין סברת הנמוקי יוסף דכיון דהוי לזמן מרובה יש לומר דשכח את העסק ואינו זוכר על בוריו אם נפרע או לא ולא האמינו להשכיר רק כנגד אותו היום דהוי בזמן מועט אז הוי ברי שלו נחשב לברי טוב. ויהי' איך שיהי' כיון דחזינן דס"ל להתוס' דאין סברא להאמין לעולם להשכיר ותקנת שכיר נו"נ לא היה רק כנגד אותו היום כו'. ואף דלא שייך התם בתבעו כל זמנו לדון החזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין כמש"כ התוס' שם מ"מ לא הימנוהו להשכיר לעולם. והא דמקשה הגמ' אי הכי אפילו עבר זמנו נמי. ולא אמרו הטעם בפשיטות משום דאין סברא להאמינו לעולם. י"ל דאכתי תקשה דהי' להאמינו גם בעבר זמנו על זמן מועט שהוא כנגד אותו היום של זמנו וע"ז תירצו בגמ' דכי מטא זמן חיובי' רמי אנפשי' ואיכא תרי חזקה כו'. וע"כ בעבר זמנו אינו נו"נ אף כנגד אותו היום. ועיין בחמדת שלמה ח' ח"מ סי' ו' שהקשה כן ובאמת אין זה קשה כלל כנ"ל. עכ"פ חזינן דכתבו התוס' שלא האמינו להשכיר שעבר זמנו ותבעו כל זמנו ביותר מכנגד אותו היום אף שלא שייך התם חזקה אין בעה"ב עובר בבל תלין ובאמת הא בעינן לתרתי חזקה היינו חזקה אין שכיר כו' וחזקה אין בעה"ב עובר כו' כמש"כ התוס' בסוגיא דקציצה. ואפ"ה לא היה התקנה להאמין להשכיר לעולם יהיה מאיזה טעם שיהי'. ע"כ לדברי התוס' אין להוציא ממון מן הבעה"ב לאחר שיגדיל השכיר וישבע דאז יהי' עבר זמנו. אך לשיטת רש"י והנ"י הדין הוא כמש"כ השער משפט. ולכן ה"ל ספיקא דפלוגתא דרבוותא ואין מוציאין מן המוחזק. ועפ"ז יש לדון בדברי הירושלמי שבועות פ"ז ה' א' שאמרו דתקנו בבעה"ב שאם עבר זמנו שלא ישבע ויטול ואמרו בזה לשון דתקנו וקצרתי ועיין מזה בחידושי לעיל סי' פ"ט סעיף א'. ולפמש"כ הנתיבות ס"ק ח' בכוונת התוס' דלכן אין זה תקנה טובה משום דלא שכיח שישהה שכירותו יש מקום לדברי השער משפט. אבל זהו רחוק בכוונת התוס' דא"כ אין מקום לקושייתם על רש"י:

והנה המל"מ פ' י"א ה' שכירות ה' ו' הקשה על הגירסא הי' השוכר קטן השכיר נו"נ דמאי קמ"ל בזה אדרבה כו' והובא באו"ת ס"ק ג'. וכבר הקדימם הרדב"ז ח"ג סי' רפ"ט וכתב דקמ"ל דאע"ג דבעלמא אין נשבעין על טענת קטן הכא בשכיר נשבעין כו' עכ"ל. ועוד י"ל דאשמועינן דאע"ג דמה"ת אין במעשה קטן כלום אף בהגיע לעונת פעוטות והא היכא דהשכיר עושה בלא דעת הבעה"ב רק הי' יורד שלא ברשות לא תקנו בזה להך דין דשכיר נשבע ונוטל כמש"כ הקצה"ח ס"ק ד' דכיון דמעצמו ירד ליתי' גבי' תקנת שכיר. א"כ הי' מקום לומר בקטן ששכר פועלים כיון דמה"ת הוי כמו יורד בלא דעת הבעה"ב א"כ לא תקנו בכה"ג הך דין דשכיר נו"נ והוי כמו תקנתא לתקנתא לכן קמ"ל דגם בקטן

ששכר שייך תקנת שכיר נו"נ דדוקא בירד מעצמו אמרו דלא שייך כדי חייו אבל היכא דקטן שכרו שאני. ועיין באו"ת באורים ס"ק ה' וקצרתי:

ולעיל ריש קונטרס הזה הבאתי למה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ז'. ע"כ הנני לבאר כאן מה דיש להעיר בספרי שם והוא דראיתי שם לבאר דברי הרמב"ם פ"ח ה' גזלה ה' י"א שכתב נתן הכסף לאנשי משמר ומת אין יורשי הגזלן יכולין להוציא כו' ואפילו היה הגזלן קטן שאין מתנתו מתנה אין יורשי הגזלן יכולין להוציא כו'. וכעת ראיתי כי עיקר הדברים הללו נאמרים במדרש רבה סדר נשא פ"ח בזה"ל איש אשר יתן לכהן לו יהי' אמרת מתנת איש מתנה אין מתנת קטן מתנה אין לי אלא מתנת איש ומנין את מרבה מתנת אשה ויורשי קטן אמר ואיש אשר יתן לכהן לו יהי' עכ"ל. והובא בילקוט נשא אות תש"ד. ולפ"ז אתי שפיר בפשיטות דברי הרמב"ם דהא דבריו מבוארין להדיא במ"ר ובילקוט. אבל באמת שפיר כתבתי שם לתמוה על הרמב"ם דהא אמרו בב"ק (דף ק"י) על מה דתנן במשנה שם' נתן הכסף לאנשי משמר ומת אין היורשין יכולין להוציא שנא' ואיש אשר יתן לכהן כו' ואמר אביי ש"מ כסף מכפר מחצה כו'. ואף דיליף לזה מקראי מ"מ ס"ל לאביי דהטעם הוא משום דכיפר מחצה דאל"כ אין סברא לומר דלא יחזירו וכמש"כ שם במשנה זו בתוס' יו"ט בד"ה אין היורשין יכולים כו'. וכיון דאמרו בש"ס בלא שום חולק דדוקא משום דכסף מכפר מחצה אתינן עלה אבל אם לא הי' כפרה כלל אז הי' הדין דיחזירו הכהנים להיורשים. א"כ בגזלן קטן שנשבע לשקר דלאו בר עונשין הוא ולא בעי כפרה ע"כ הדין נותן בגזלן קטן שנתן הכסף לאנשי משמר ומת דיהי' יורשי הגזלן יכולין להוציא מידם כיון דלאו בר כפרה הוי. ואף דמבואר במדרש ובילקוט דגם ביורשי גזלן קטן הדין כן עכ"ז גם זה גופא טעמא בעי דהא זהו סותר למה דאמרו בגמ' דמשום כפרה אתינן עלה ואין זה משום גזה"כ וכמש"כ התוס' יו"ט שם. וידוע מה דאמרו לכללא דאין למדין מן אגדות כו' ועיין בתוס' יו"ט לברכות פרק ה' משנה ד' ובתוס' רע"ק שם למה שהביא בשם הפר"ח וכש"כ הוא דסותר למה דנאמר להדיא בש"ס להיפך דזהו לכלל פשוט דהעיקר לדינא כהמבואר בש"ס ע"כ שפיר כתבתי בספרי שם לתמוה על הרמב"ם. ובעז"ה תרצתי שם לדברי הרמב"ם על נכון ע"פ מה שהעליתי שם דאף קטן בעי כפרה אם נשבע לשקר ולכן א"ש דברי הרמב"ם וכן הוא טעם של המדרש והילקוט דכתבו כן. ואין אנו צריכים לומר דפליגי המ"ר והילקוט על הש"ס דילן:

וכעין זה ראיתי בשו"ת הרדב"ז ח"ה סי' ש"א רפ"ד שהביא לדברי הרמב"ם פ"ח ה' גזלה הללו והקשה עליו דהא אין מוסרין שבועה לקטן ותירץ דמיירי בקפץ ונשבע כו' ודוחק הוא לומר שאם קפץ הקטן ונשבע שתהיה שבועתו מחייבת קרן וחומש ואשם וע"כ כתב

דהנכון הוא דהכא איירי שגזל אביו כו' ונשבע לו ואח"כ הודה ומת ונתן בנו של הגזלן הכסף לאנשי משמר ומת אין היורשין מוציאין והא דקרי ליה גזלן כו' עכ"ל הרדב"ז. הרי דגם הרדב"ז לא הביא לדברי המדרש והילקוט הזה ותמה ג"כ על הרמב"ם. וטעמו ג"כ כמו שכתבתי ליישב את מה שכתבתי בספרי לתמוה על הרמב"ם משום דאף דמבואר במדרש ובילקוט כן מ"מ הא אין למדין הלכה מן אגדות וכנ"ל. ועיקר דברי הרדב"ז במה שכתב ליישב לדברי הרמב"ם דמיירי בגזל אביו ונשבע לו והודה ומת ונתן בנו של הגזלן דהוא קטן הכסף לאנשי משמר ומת אין היורשים מוציאין מהכהנים כו'. הנה דבריו מוקשין דהא מבואר בב"ק (דף ק"י) במשנה היה מעלה את הכסף והאשם ומת הכסף ינתן לבניו כו' משום דאין כפרה למתים וכפי' רש"י וכדאמרו בזבחים (דף ה') ובהוריות (דף ו') ובשא"ד. והא דנתן הכסף ומת כו' הטעם הוא כדאמרו בגמ' שם דכיפר מחצה. א"כ היכא דאביו הגזלן הודה שנשבע לשקר ומת אח"ז. אף דנתן בנו הקטן את הכסף לכהנים לאחר שמת אביו הגזלן הדין נותן דיחזירו הכהנים את הכסף כיון דאין ממש במתנת הקטן וכמש"כ הרמב"ם שם שאין מתנתו מתנה א"כ מאיזה טעם לא יהיו הכהנים חייבין להחזיר להכסף וע"כ דברי הרדב"ז אינם מובנים על נכון. ויש לי מה לדון בכ"ז ע"פ מה דמבואר בש"ע או"ח סי' רפ"ד סעיף ז' בהג"ה וביאור הגר"א זצ"ל ס"ק י"ז ובסי' תרכ"א סעיף ו' בט"ז ומג"א שם. והדברים ארוכין וקצרתי. והעיקר כמש"כ בספרי ליישב דברי הרמב"ם דגם קטן בעי כפרה בנשבע לשקר וע"כ מהני תפיסת הכהנים וא"צ להחזיר וכמש"כ בארוכה שם וכן הוא העיקר בכוונת המדרש והילקוט:

ד (שם סעיף י"ב הגה"ה):

השכיר נשבע ונוטל מיורשי בעה"ב כו'. והוא מן הירושלמי פ"ז דשבועות דאמרו מת בעה"ב השכיר נשבע ליורשיו ונוטל כו':

ולפענ"ד יש לדון בזה מילתא חדתא והוא דהנה הקצה"ח הכא ס"ק א' הביא בשם הש"ך בתקפו כהן שכתב דכל הנשבעין ונוטלין כגון השכיר והנגזל והנחבל אם הנתבע אינו רוצה לשלם אין יורדין לנכסיו משום דה"ל כמו גזל דדבריהם וגזל מציאת חש"ו כו'. והקצה"ח השיג עליו והעלה דאף בנשבעין ונוטלין מדרבנן דינו כגזל דאורייתא ונחתינן לנכסיו ורק בשבועה דרבנן ובמציאת חש"ו בזה מצינו דאין יורדין לנכסיו. אבל היכא דלא מצינו בפירוש כן אמרינן כל דתקון רבנן כדאורייתא תקון ועיין בשבועות (דף מ"א) תוס' ד"ה ולר"י כו'. והדברים ארוכין. והנה הש"ך בח"מ סי' ע"ר ס"ק א' הביא בשם המבי"ט דאם גזל מקטן דבר שנקנה לו מדרבנן כגון ע"י מתנת שכ"מ אינה יוצאה בדיינין והש"ך כתב דזה צ"ע: ולפענ"ד נראה להסביר דברי המבי"ט הנ"ל עפ"י מה דמצינו

באה"ע סי' כ"ח ובב"ש ס"ק נ"ב בשם הרא"ש וש"פ דאמרו דתרי דרבנן הוי דבר שאין לו עיקר בתורה ועיין שם בביאור הגר"א זצ"ל ס"ק נ"ה. וכעין זה מצינו גבי אתחזק איסורא בדרבנן דבתרתי דרבנן הקילו כמש"כ המל"מ ה' מקוואות פ"י הל' ו' והראב"ד שם. והובא בחוות דעת בכללי ספק ספיקא ס"ק כ'. ומה"ט מדמה הש"ס לתרתי דרבנן דהתם להך דספק עירוב כמבואר בעירובין (דף ל"ה). ואף דמצינו בכמה דוכתי דבספק עירוב הקילו יותר מבכל מילי דרבנן. וכמש"כ התוס' בעירובין (דף מ"ה) ד"ה איבעית אימא הוי ספק דבריהם כו' אפ"ה דימו תרתי דרבנן בשארי מילי להך דספק עירוב וכמש"כ שם החו"ד עי"ש. אלמא דתרתי דרבנן מדמינן למה דמצינו באיזה תקחז"ל איזה קולא דראו להקל בו יותר מבכל התקנות. ועיין ביבמות (דף פ"א) תוס' ד"ה מאי היא. ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ו מזה והנה גבי דעת אחרת מקנה לקטן דקונה. כתב המ"מ פ' כ"ט ה' מכירה והובא במח"א ה' זכיה סי' ד' דאינו אלא מדרבנן. ועיין בקידושין (דף י"ט) תוס' ד"ה אומר אדם כו' ובתוס' גיטין (דף ס"ה) ובתוס' פסחים (דף צ"א ע"ב). ובקצה"ח סי' רל"ה וסי' רמ"ג. ולפ"ז יש לדון אם נתנו מתנת שכ"מ לקטן. דזה הוי תרתי דרבנן לשיטת המ"מ הנ"ל. (א) דרבנן מתנת שכ"מ דאינו רק מדרבנן. (ב) דעת אחרת מקנה לקטן אינו רק מדרבנן לפי דעת המ"מ הנ"ל. לכן יש לומר דמדמינן זה למה דמצינו באיזה תקנה דקילא כמו מציאת חש"ו ושבועה דרבנן דלא נחתינן לנכסי'. דה"ה י"ל כן בתרתי דרבנן. וכמו דמדמה הש"ס בעירובין (דף ל"ה) תרתי דרבנן לעירוב כנ"ל ודוקא בחדא דרבנן אמרינן כל דתקון רבנן כדאורייתא תקנו ונחתינן לנכסיו. רק היכא דאמרו חז"ל בפירוש דלא נחתינן לנכסיו כו'. אבל תרי דרבנן הא מדמינן זה לתקנת חז"ל דקילא. אלא היכא דמצינו דתקנו בפירוש אף בתרתי דרבנן דנחתינן לנכסיו שאני. אבל היכא דלא מצינו בפירוש כן בזה שפיר י"ל דדינו כמו תקנת חז"ל הקילא דלא נחתינן לנכסיו ושפיר כתב המבי"ט. אלא דיש לדון קצת בזה דשאני מתנת שכ"מ דעשאוה כשל תורה וגם דהוי אסמכתא לזה מקראי כמבואר כ"ז בב"ב (דף קמ"ז) וברמב"ם פ' ח' ה' זכיה ה' ב'. ואפשר דזהו סברת הש"ך דהעלה שם בצ"ע:

ולפ"ז יש לדון במה דאמרו דשכיר נשבע ונוטל מן יורשי בעה"ב. די"ל בזה דאף דהעיקר כמש"כ הקצה"ח הנ"ל דבכל נשבעין ונוטלין נחתינן לנכסיו. דעכ"ז י"ל דזה אינו רק בבעה"ב עצמו. אבל בבא לגבות מיורשיו לפי מה דמסיק הש"ך לעיל בסי' ל"ט להסתפק דאפשר לומר שעבודא לאו דאורייתא. וגם הא שכיר לא הוי מלוה הכתובה בתורה. לפמש"כ התוס' בקידושין (דף י"ג) ד"ה מלוה הכתובה בתורה והרשב"א בחידושיו שם גבי מלוה דלא הוי מלוה הכתובה בתורה אע"ג דכתיב האיש אשר אתה נושה בו

כו'. ועיין בתוס' כתובות (דף נ"ו) ד"ה הרי זו מקודשת כו'. וכ"כ בחנוני נשבע ונוטל להסוברים דאינו רק מדרבנן. די"ל בכל זה דביורשים בכה"ג לא נחתינן לנכסיהם משום דהוי תרתי דרבנן ביחד דקאתי בעת דזוכה בשבועתו להיות נשבע ונוטל. והא דאמרו בירושלמי פשיטא מת הבעה"ב השכיר נשבע ליורשיו ולא משוו חילוק בזה. י"ל דהירושלמי לטעמיה אזיל דהא סתם ירושלמי הוא ר' יוחנן. ור' יוחנן הא ס"ל שעבודא דאורייתא כמבואר בקידושין (דף י"ג) וסוף ב"ב. אבל לדידן דלא הוי אלא ספק אם ש"ד או לא שפיר י"ל דביורשי הבעה"ב אינו אלא כדין כל גזל דרבנן. ובזה י"ל דהנכון כפי שכתב הש"ך בתקפו כהן שהובא בקצה"ח כנ"ל. והא דמתנת שכ"מ בתורת חיוב על יורשיו. שאני דהא עיקר מתנת שכ"מ הוא רק לאח"מ. והוי כמו דתקנו בפירוש דלא משווינן חילוק ביניהם אבל היכא דאנו מצרפין תרתי דרבנן להדדי מדעתינו. ולא מצינו בפירוש דתקנו בזה לתקנתם. רק דאנו מצרפין להנך תרתי דרבנן ביחד. בזה שפיר יש לדון דלא נחתינן לנכסיו בכה"ג ויש להאריך בזה בשארי דוכתי. ובמה שכתב הרדב"ז בח"א סי' תקי"ז דכל גזלה דרבנן אף גזל גמור אין מוציאין בדיינין והאריך שם בזה. וכן משמע מלשון הש"ע בח"מ סי' ש"ע סעיף ז' והוא לשון הרמב"ם ע"ש. ועיין ביו"ד סי' קס"א סעיף ד' וקצרתי. וגם יש לדון בכ"ז ע"פ מש"כ הרדב"ז בח"א סי' תק"ג במילי דרבנן במה שהוא מדעתו כמו במשא ומתן וקנינים אף דהוי רק מדרבנן דבזה נחתינן ג"כ לנכסיו כאילו הוא מדין תורה ממש ע"ש. וזהו מילתא חדתא. ועיין מזה בספרי נחל יצחק בקונטרס שעבודא דאורייתא סי' ג' לסימן ל"ט:

ה (שם סעיף כ"א):

וכן אם תבעו אחר זמנו כו' ישבע בעה"ב היסת כו' שתבעו כל זמנו כו' וביום שלישי אינו נו"נ עכ"ל. ולכאורה יש לדון בתבעו כל זמנו דאין לו רק כנגד אותו היום של תביעה ולכן ביום שלישי אינו נו"נ. מ"מ אפשר דחייב הבעה"ב שבועה בנק"ח כעין שבועת התקנה דחייב הבעה"ב לישבע היכא דהשכיר הוא חשוד כמבואר שיטת הר"נ וסייעתו שהובא לעיל בש"ך ס"ק ג'. ואף לפי מה שהעלה הש"ך שם דהעיקר דאינו חייב בעה"ב שבועה בנק"ח רק היסת לאחר שתקנו דהשכיר נו"נ והיכא דאין דינו ליטול אין כאן שבועת התקנה. מ"מ יש לחלק דשא"ה דמיירי בתוך זמנו דבעה"ב טרוד בפועליו ע"כ לא תקנו שבועה על הבעה"ב רק על השכיר כמש"כ הנתיבות ס"ק ב'. אבל הכא דמיירינן לאחר זמנו דאינו נו"נ השכיר ע"כ אפשר דתקנו השבועה חמורה על הבעה"ב ודומה להא דמבואר לקמן סעיף ד' דאם הכחשתם הוא בהקציצה דנשבע הבעה"ב בנק"ח וכמש"כ הסמ"ע שם הטעם דכיון דהשכיר נושא נפשו החמירו על הבעה"ב ש"ח. ואף לפמש"כ

הש"ך שם ס"ק ט' דהעיקר דבקציצה אינו חייב הבעה"ב שבועה בנק"ח. הטעם הוא דלא שכיח דיכפור הבעה"ב בפחות מכדי חייו בקציצה כמש"כ הש"ך שם. משא"כ הכא שייך כזה בהכחשתם בהפרעון:

והא דאמרו הכא בתבעו אחר זמנו דישבע בעה"ב היסת י"ל הטעם הוא משום חזקה אין בעה"ב עובר בבל תלין. אבל היכא דתבעו כל זמנו כו' דלא שייך החזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין וכמש"כ התוס' בב"מ (דף קי"ג) ד"ה ולעולם כו' עדיין י"ל דחייב הבעה"ב שבועת התקנה דהוא שבועה בנק"ח כנ"ל:

ומצאתי בשמ"ק לב"מ (דף קי"ג ע"א) ד"ה כנגד אותו היום של תביעה כו' שכתב וקרוב אני לומר שכל שתובעו שכיר לבעה"ב כל זמנו אע"פ ששהה אח"כ זמן מרובה נשבע בעה"ב שבועת התקנה דכיון דליכא למימר חזקה אין בעה"ב עובר משום בל תלין שהרי תבעו כל זמנו אין לפטור בעה"ב משבועת התקנה כו' וכ"ת חזקה אין שכיר משהה שכרו איכא נמי חזקה דאין שכיר עובר משום בל תגזול וכל ששקולות הן נשבע בעה"ב מן התקנה וכמו שכתבנו למעלה הר"נ עכ"ל השמ"ק. הרי להדיא דהשמ"ק בשם הר"נ כתב דיש מקום לחייב להבעה"ב שבועת התקנה דהוא שבועה בנק"ח. ואפשר דהר"נ לשיטתו דס"ל בהיה השכיר חשוד דישבע בעה"ב שבועה בנק"ח כמש"כ בשמו בס"ק ג' כנ"ל. וזה לשון רש"י בב"מ (דף קי"ג ע"א) ד"ה ולעולם כו' ואם רוצה בעה"ב לישבע לא נאמין כו'. ומשמע דס"ל ג"כ דעכ"פ חייב הבעה"ב שבועת התקנה דאלו שבועת היסת מאן דכר שמה ואין כאן מקומה של שבועת היסת. אך אין זה הכרח כ"כ דכה"ג כתב רש"י בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה מה לי לשקר כו' נאמן בשבועה עכ"ל. ושם כוונתו לשבועת היסת כן י"ל הכא דכוונת רש"י לשבועת היסת. אך השמ"ק כתב להדיא דיש לחייב הבעה"ב שבועה חמורה:

ואפשר לומר דהשמ"ק לשיטתו אזיל דשם לעיל מיניה בד"ה וכי שכיר עובר משום בל תגזול הקשה וא"ת והא חזקה דבל תגזול איכא נמי גבי בעה"ב ותירץ דגבי בעה"ב אין כאן כ"כ בל תגזול שאם לא יתן היום מחמת שכחה יתן למחר אבל שכיר אם יטול שלא כדין עובר מיד משום בל תגזול עכ"ל. וזהו כעין מה דאמרינן בכמה דוכתי בש"ס דאשתמוטי קא משתמיט עד דה"ל זוזי. והתוס' בב"מ שם ד"ה וכי שכיר עובר בבל תגזול כו' הקשו לזה הקושיא והא בעה"ב אית לי' נמי החזקה שאינו עובר בבל תגזול ותירצו כו'. הרי דהתוס' ס"ל דגם בבעה"ב אית לי' החזקה שאינו עובר בבל תגזול. והנה עיקר סברת השמ"ק שיש לחייב הבעה"ב שבועת התקנה הוא לפי דליכא למימר חזקה אין שכיר משהא שכרו דהא איכא נגדו החזקה דאין שכיר עובר על בל תגזול וכל ששקולות הן

נשבע בעה"ב מן התקנה. א"כ זהו דוקא לשיטת השמ"ק דגבי בעה"ב לא שייך חזקה דאינו עובר בבל תגזול. אבל לשיטת התוס' בב"מ ושבועות (דף מ"ה) דגם בבעה"ב שייך חזקה דאינו עובר בבל תגזול שפיר יש לדון דיפטר בעה"ב משבועת התקנה משום דאיכא חזקה אין שכיר משהה שכרו. ואין לומר דיש כנגדו חזקה דאין שכיר עובר בבל תגזול. דהא גם להבעה"ב איכא החזקה דאינו עובר בבל תגזול לשיטת התוס'. א"כ ממילא נשאר החזקה דאין שכיר משהה שכרו בתקפו ופוטרת להבעה"ב משבועת התקנה דהיא שבועה חמורה כפי שכתב השמ"ק מתחלה. דאם היה שייך חזקה דאין שכיר משהה שכרו היה פטור משבועת התקנה: שוב ראיתי דזה אינו כיון דמיירינן הכא בתבעו כל זמנו א"כ חזינן דעבר הבעה"ב על בל תלין א"כ ממילא לא שייך לדון להחזקה דאין בעה"ב עובר בבל תגזול אף לשיטת התוס'. דהא עיקרו הוא משום חזקת כשרותו וכיון דחזינן דעבר על בל תלין א"כ ממילא הוא נחשד שיעבור גם על בל תגזול דהכל חדא ובפרט לפמש"כ התוס' שם דחמור לאינשי לאו אחד כתרי לאוי. (ובעיקר סברת התוס' הזה כתבתי במק"א לדון ע"פ דברי התוס' ביבמות (דף פ"ה ע"ב) ובכתובות (דף י"ח ע"ב). ועוד דהא כיון דתבעו כל זמנו ולא פרעו הרי עובר מיד גם על בל תגזול כמבואר בב"מ (דף קי"א ע"א) א"כ עבר כבר הבעה"ב על בל תגזול. ע"כ אף לשיטת התוס' שייכים דברי השמ"ק דכיון דבבעה"ב לא שייך לדון להחזקה דלא עבר בבל תגזול. אבל על השכיר יש לדון להחזקה דאינו עובר בבל תגזול וסותרת להחזקה דאין שכיר משהה ע"כ ממילא חייב הבעה"ב לישבע שבועה בנק"ח. ומ"מ לדינא קשה לדון דיהיה חייב הבעה"ב שבועה בנק"ח מצד דחשו לטובת השכיר לכדי חייו דהא גם השמ"ק כתב רק בלשון וקרוב אני לומר כו' דמשמע דלא היה ברירא לי' כ"כ. וגם יש לדון דכמו דחזינן דהתקנה דתקנו דשכיר נו"נ לא תקנו לעולם רק בכנגד אותו היום של תביעה משום דאין זה תקנה טובה שיהיה נאמן לעולם וכמש"כ התוס'. וכש"כ לפמש"כ הנתיבות בס"ק ח' להסביר דלכן לא תקנו להאמין להשכיר לעולם משום דאינו שכיח שישהא השכיר שכירותו זמן הרבה ע"כ לא עשו תקנה במידי דלא שכיח ע"ש. ע"כ ה"ה הכא בחיוב שבועת התקנה על הבעה"ב ג"כ יש לדון כן דכיון דלא שכיח שישהה שכירותו כ"כ. ע"כ ממילא לא תקנו גם להתקנה לחייב להבעה"ב שבועת התקנה ולא שייך כדי חייו בכה"ג דהא השכיר פשע דלא היה לו להשהות מלתבוע שכירותו זמן הרבה. ולכן שפיר סתמו הטוש"ע בזה ומשמע דליכא בכה"ג חיוב שבועת התקנה על הבעה"ב וע"כ דינו כמו כל כפירות ממון דאינו חייב רק שבועת היסת וסמכו על מה שכתב בש"ע לעיל מינה דישבע בעה"ב היסת דמשמע דה"ה אח"ז במש"כ בתבעו כל זמנו כו' ג"כ אינו נשבע רק

היסת וכן י"ל בדברי הרמב"ם פ' י"א ה' שכירות ה' ו': ובעיקר הענין שחייבו להבעה"ב שבועת היסת בתבעו אחר זמנו יש להעיר מן מש"כ לעיל בחידושי לסי' פ"ז סעיף ו' דהיכא דלא שייך חזקה דא"א תובע דיש חזקה אחרת הסותרו אין לחייב ש"ה א"כ הכא דיש חזקה אינו עובר בבל תלין וחזקה אין שכיר כו' הסותר לחזקה דא"א תובע א"כ יפטר מש"ה. אבל באמת אינו קשה כלל דשא"ה דהנך חזקה דאינו עובר בב"ת כו' עשה פעולה לגרוע זכות שיש להשכיר לישבע וליטול ע"כ אינו בכחו לסתור להחזקה דא"א תובע כו'. וכן מוכח ממה דס"ל לכ"פ לחייב ש"ה לאחר הפרעון בתו"ז אף דיש חזקה דא"א פורע תו"ז וכן בחזקה דשלש שנים דסי' ק"מ וכמש"כ שם בחידושי מזה ע"ש:

ענף א:

וכן אם תבעו אחר זמנו כו' הממע"ה כו'. הטעם הוא כדאמרינן בב"מ (דף קי"ג) דחזקה אין בעה"ב עובר משום בל תלין וחזקה אין שכיר משהא שכרו וכן הוא בשבועות (דף מ"ה). ומבואר בסוגיא ובתוס' שם ד"ה ולעולם כו' דחזקה אין שכיר משהא שכרו אינו מועלת אלא היכא דאיכא חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין כו'. וכעין זה כתבו התוס' בב"ב (דף מ"ה ע"ב) ד"ה נתנה לו כו' ובתוס' ב"מ שם ד"ה השתא דמטא זמן כו' ובתוס' שבועות שם ד"ה כי מטי זמן כו'. וכללא הוא דבעינן דוקא הנך תרתי חזקות ביחד. וכ"כ הג"א ב"מ פ"ט סי' מ"ד ע"ש:

ונראה לע"ד לומר דלפ"ז היכא דמוחזק הבעה"ב לנו שהוא חשוד מכבר לעבור על בל תלין דלא שייך ביה לומר חזקה אין בעה"ב עובר על בל תלין דהא חזינן דעבר מכבר על בל תלין ע"כ הדין נותן דגם אחר זמנו יהיה נאמן השכיר לישבע וליטול כיון דבעינן הנך תרתי חזקות ביחד דוקא אבל חזקה אין שכיר משהא שכרו לחודה אינו מועיל לפטור הבעה"ב משום דיש כנגדו חזקה אין שכיר עובר בבל תגזול כמבואר בסוגיא שם. וכעין זה מצינו באה"ע סי' ל"ג סעיף א' ברמ"א די"א דפנוי הבא על הפנויה בפני עדים חוששים שמא כיון לשם קידושין דחזקה אין אדם עושה בעילת זנות אבל אם כבר הוחזק לזנות כו' לא חיישינן. וכ"כ הרדב"ז ח"א סי' שנ"א בהמגרש אשתו וחזר ובעלה בפני עדים דקיי"ל דצריכה גט משום חזקה א"א עושה בעילת זנות דאם הוא פרוץ בעריות דכיון דלא קפיד בהכי לא דיינינן להחזקה זו ואמרינן דבעל לשם זנות בעלמא כו'. וכעין זה כתב הרי"ף בשבועות פ"ז בהסוגיא שם (דף מ"ו) בהשער השמיני במה דאמרו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן דאם היה מוחזק ומפורסם בגניבה מחזקינן ונאמן לומר גנובים וכ"כ הטור בח"מ סי' צ' ובמחבר שם סעיף י"א ובסמ"ע וש"ך שם בשם כמה פוסקים דמוחזק בגנב אם טוען גנובים דינו כטוען שאולים ונאמן. וכעין זה כתבו התוס' בשבועות

(דף מ"ו ע"א) ד"ה עביד אינש כו' דהא דאמרו עביד אינש דגזים ולא עביד זהו דוקא בסתם אדם אבל במוחזק בכך לא וכן נראה עכ"ל. וראיתי בתה"ד סי' ר"ט שהביא ראיות הללו להך דין שהובא לעיל דאם הוחזק לזנות אין חוששין לקדושין. ועיין בכתובות (דף ל"ו ע"ב) מכיון דמהדר אזיופא כו'. ומכל הלין נראה ברור ופשוט דאם הבעה"ב מוחזק מכבר להיות עובר על בל תלין דכיון דלא שייך ביה החזקה דאין בעה"ב עובר על בל תלין ע"כ הדין נותן דהשכיר נאמן אף בעבר זמנו לישבע וליטול. ולא שייך לומר דדנין לא פלוג במה דהתקינו דאם עבר זמנו אינו נו"ן דהא חזינן בסוגיא דקציצה ובתוס' שם דהיכא דלא שייך הנך תרי חזקות דהשכיר נאמן כמש"כ לעיל בשם התוס' הרי דלא דיינינן בזה לומר לא פלוג וידעתי מה שיש לדון עפ"ז בכוונת הירושלמי דשבועות רפ"ז שאמרו ודכוותה תקנו בבעה"ב שאם עבר זמנו שלא ישבע ויטול דאם נימא לדון לא פלוג כנ"ל היה א"ש מה דאמרו לשון תקנו בבעה"ב. אכן לפמש"כ דלא דיינינן בזה לא פלוג ע"כ העיקר כמש"כ לעיל בחידושי לסעיף א' בכוונת הירושלמי הלז:

והתוס' בשבועות (דף מ"ה ע"ב) ד"ה וכי שכיר עובר כו' הקשו דמה בכך דאין שכיר עובר בבל תנזול מ"מ כיון דבעה"ב רמי אנפשיה ומדכר ה"ל ברי וברי ופטור כיון דכופר הכל כו'. והנמוקי יוסף בב"מ בסוגיא דקציצה והשמ"ק בב"מ שם כתבו דכוונת הגמ' הוא דיתקנו שבועה חמורה על הבעה"ב משום כדי חייו דשכיר אבל לא ליטול דכיון דבעה"ב רמי אנפשי' ומידכר ה"ל ברי וברי ע"ש. אך כ"ז הוא לפי מה דמסיק הסוגיא שם לעיל מיניה דלכן עבר זמנו אינו נו"ן משום חזקה דאינו עובר הבעה"ב בבל תלין ואף דטרוד בפועליו מ"מ מכי מטי זמן חיוב רמי אנפשי' ומדכר וה"ל ברי וברי. א"כ זה אינו רק היכא דשייך חזקה אין בעה"ב עובר בבל תלין ולכן מחמת חומר האיסור דבל תלין רמי אנפשי' ומידכר. אבל היכא דחשוד ומוחזק הבעה"ב להיות עובר בבל תלין אז לא שייך לומר דכי מטי זמן חיוב רמי אנפשי' ומידכר כיון דאינו חושש לחומר איסור בל תלין וה"ל טרוד כו' וחייב לשלם להשכיר לכ"ע אף לשיטת הנ"י והשמ"ק הנ"ל: ומ"מ אין לומר דיהא נאמן השכיר לעולם בנ"ד ליטול מהבעה"ב דהא מצינו בב"מ (דף קי"ג) ביש עדים שתבעו כל זמנו דמקשה הגמ' ולעולם ומסיק דאין לו רק כנגד יום של אותו תביעה. ולשיטת רש"י הטעם דאין שכיר משהא שכרו. ואף דהתוס' הקשו שם על רש"י מ"מ לפי מש"כ הנ"י בב"מ שם והר"נ בשבועות דשאני היכא דנתרשל השכיר כו'. א"כ א"ש שיטת רש"י על נכון. וכן התוס' מפרשים שם דהטעם הוא דאין זה תקנה טובה שיהא נאמן השכיר לעולם. ופירושם הוא די"ל כעין סברת הנ"י והר"נ שם דמסקי דכיון דנמשך זמן רב אפשר דהפועל שכח לפי דטרוד בעסקיו ולא האמינו להפועל רק בזמן

עונה אחת אחר זמנו. ועיין בנתיבות ס"ק ח' שכתב טעם אחר במה שלא האמינוהו שם לעולם אבל אין זה במשמע מדברי התוס' שם. ויהיה איך שיהיה כיון דחזינן אף בתבעו כל זמנו דבזה וודאי לא שייך החזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין דעכ"ז לא האמינו להשכיר לעולם רק עונה אחת אחר זמנו וכמבואר בש"ס ובשו"ע ובט"ז. דה"ה בנ"ד דמוחזק הבעה"ב להיות עובר בבל תלין דאין להשכיר רק עונה אחת אחר זמנו ולא בזמן רב יותר דכן הוא זמן שקצבו חז"ל כמו דאמרו בב"מ דאין לו רק כנגד יום כו' וכן אמרו בירושלמי שבועות ריש פ"ז דאמר ר' יוסי אין לו אלא אותו היום בלבד. והא דמקשה הגמ' אי הכי אפילו עבר זמנו נמי כו' היינו משום דמשמע דבעבר זמנו אין לו שום זמן כלל לתבוע וליטול והיה לו להשכיר להיות נאמן עונה אחת אחר זמנו ולכן משני ומסיק דיש שני חזקות כו'. אבל היכא דליכא החזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין נאמן השכיר בעונה אחת אחר זמנו:

ועפ"ז יש ליישב קושיות האו"ת ס"ק י"ב והקצה"ח בסי' ש"ו ס"ק ג' על הרמב"ן שהובא בש"ך ס"ק יו"ד שתירץ קושיות הראשונים על הגאונים שכתבו דמלוה על המשכון ישבע בנק"ח מהא דהנותן טליתו לאומן כו' דשא"ה דאומן קונה בשבח כלי. דא"כ למה חילקו בברייתא דהנותן טליתו לאומן דבזמנו כו' ועבר זמנו הממע"ה הא עיקר הטעם דעבר זמנו כו' הוא משום חזקה אין בעה"ב עובר בבל תלין וכיון דאומן קונה בשבח כלי אין כאן בל תלין כלל כו'. אכן לפי מה שכתבתי אתי שפיר דברי הרמב"ן והוא דהא אף היכא דלא שייך חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין כמו בתבעו כל זמנו אינו נאמן השכיר לעולם רק ביום אחד וקצבו חז"ל גם בזה זמן מועט כנ"ל. ע"כ ה"ה אף היכא דאיכא שבחא ולא שייך בל תלין כלל מ"מ אינו נאמן השכיר לעולם רק כפי הזמן שנתנו לו חז"ל היינו עונה אחת אחר זמנו. והכא דמיירי בנתנה לו הטלית לבעה"ב. מתחיל שיעור העונה אחר מסירת הטלית בחזרה להבעה"ב דבשיעור העונה הלז נאמן השכיר. ובעבר זמנו פירושו דעבר זמנו שנתנו לו חז"ל כמבואר בב"מ (דף קי"ג) דזהו פירושו של המשנה (שם דף קי"א) דאם יש עדים שתבעו בזמנו הרי נו"ן דפירשו בגמ' שם דקאי על זמן עונה אחת אח"ז וזהו שאמר בברייתא נתנה לו בזמנו נו"ן הכוונה בזמנו שקצבו לו חז"ל בהך משנה דב"מ הנ"ל. אבל בעבר זמנו דהוא לאחר העונה הלזו אז אינו נאמן האומן משום דלא הימנוהו לעולם. והא דמקשה הגמ' בסוגיא דקציצה אי הכי עבר זמנו נמי כו' שפיר הקשו דהא ע"כ הפירוש של המשנה דאמרו שכיר בזמנו נשבע ונוטל עבר זמנו אינו נשבע וננוטל הכוונה הוא על זמנו שנתנו חז"ל מתי הוא הזמן שעובר על בל תלין כמבואר בב"מ (דף ק"י ע"ב) במשנה. דאין לומר דפירושו הוא זמנו שקצבו לו חז"ל העונה אחת אחר זמנו

דהא קתני שם במשנה אח"ז בב"מ דאם יש עדים שתבעו בזמנו הרי נו"נ דפירשו שם בגמ' דזהו כנגד אותו יום של תביעה. א"כ ע"כ הא דקתני שם מתחלה עבר זמנו אינו נו"נ פירושו לזמנו המבואר שם מתי עובר בבל תלין ואח"ז קתני אם יש עדים שתבעו בזמנו הרי נו"נ זהו על זמן שקצבו חז"ל העונה אחר יום התביעה והקשו בש"ס שפיר אי הכי אפילו עבר זמנו נמי כו'. אבל בהברייתא דהנותן טליתו להאומן כו' נתנה לו בזמנו כו' עבר זמנו הממע"ה. שפיר יש לפרש כמש"כ ומתורץ דברי הרמב"ן על נכון:

והנה לעיל בחידושיי לסעיף א' כתבתי לדון במה דמבואר לקמן סי' צ"א בפועלים וחנוני דלכ"ע פועלים נוטלים מדינא דה"ל הבעה"ב כאומר א"י א"פ. והקשתי דלשיטת הראשונים דהובא בש"ך שם ס"ק י"ב דבחנוני שייך החזקה שליח עושה שליחותו א"כ סותרת להחזקת חיוב. וכתבתי די"ל דשייך בפועלים לדון להחזקה דאינו עובר בבל תגזול א"כ זה החזקה סותר להחזקה דשליח החנוני עשה שליחותו וממילא נשארת החזקת חיוב בתוקפה ומצטרפת להברי של הפועלים כ"ז כתבתי שם. אכן לפי המבואר בסי' צ"ב סעיף ט' בש"ך שם דפועלים החשודים ג"כ נוטלים מהבעה"ב כמש"כ האו"ת שם באורים ס"ק כ"ד בשם הראשונים יע"ש. והא בפועלים החשודים לא שייך החזקה דבל תגזול דהא משמע אף שמוחזקים להיות עוברים על בל תגזול מ"מ נוטלים מהבעה"ב א"כ מוכח מזה דאף היכא דלא שייך החזקה דבל תגזול ג"כ נוטלים הפועלים משום א"י א"פ ואף דהחזקה שליח עושה שליחותו דגבי חנוני סותר להחזקת חיוב. בע"כ מוכח כמש"כ בחידושי לסעיף א' שם דבכל גווני אמרינן דאיני יודע אם פרעתי מוציא מהמוחזק אף דיש איזה חזקה הסותרת להחזקת חיוב. וזהו שייכות לענינינו דכתבתי דבמוחזק לגזלן לא שייך החזקה דאינו עובר כנ"ל:

ענף ב:

ולענין מה שדחקו כו' אך מ"ש הרמב"ן דמעיקרא קס"ד כו' דכיון דמידכר דכיר חזקה אינו עובר משום בל תלין ובל תגזול כו' לא ירדתי לסוף דעתו דהא בזמנו עסקינן הכא דליכא משום בל תלין כו':

ו (שם סעיף כ"ח ש"ך ס"ק מ"ח):

והפני יהושע לב"מ (דף קי"ב) בתוס' ד"ה שקלוה רבנן כו' כתב ליישב דברי הרמב"ן דכוונתו דלא שייך להשביע להבעה"ב משום דמיגו דחשוד אממונא חשיד אשבועתא ומלוה ישנה ואשתמוטי לא שייך בשכר שכיר דהא עובר בבל תלין ומשום ביומו תתן שכרו וליתא בחזרה. ובאמת קשה לשיטת הרי"ף וסייעתו דס"ל ברישׁ פ"ק דב"מ דלכן משביעין ולא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' משום דהלכה כאביי דמשום מלוה ישנה

כו' א"כ איך אמרו בסוגיא דקציצה דשקלו רבנן שבועה מבעה"ב ושדיוה אשכיר הא לא שייך מעולם שבועה על בעה"ב משום מיגו דחשיד אממונא ואשתמוטי וכן מלוה ישנה לא שייך דהא כשיגיע זמנו ולא ישלמו יעבור מיד על בל תלין וביומו תתן שכרו וליתא בחזרה. וגם החליט הפני יהושע שם דשבועה דאורייתא במודה במקצת לא שייך התם בבעה"ב כיון דלא שייך אשתמוטי דהא כשיגיע זמנו תו ליכא לאשתמוטי שהרי בע"כ צריך לשלם לו כדי שלא יעבור על בל תלין ואם אין לו לשלם אונס רחמנא פטרי' עכ"ל הפני יהושע. וכן כתב המחנה לוי בשבועות (דף מ"ה ע"ב) דבשכר שכיר לא שייך אשתמוטי וספק מלוה ישנה כעין סברת הפני יהושע ולא הביא לדברי הפ"י הנ"ל. אך באמת תקשה בהא דשבועות (דף מ"ו) באומן אומר שתים קצצת כו' דמסיק דישבע בעה"ב וכן מבואר הכא דבעה"ב נשבע וכ"ע מודו דנשבע היסת עכ"פ. וקשה לפי מה דפסקו הטוש"ע בסי' צ"ב והרא"ש והנ"י בב"מ (דף ו') דהעיקר כאביי דאמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' אלא משום מלוה ישנה משבעינן וכיון דבשכר שכיר ליתא בחזרה ולא שייך אשתמוטי א"כ קשה איך משבעינן להבעה"ב באמת. אך מש"כ הפני יהושע לתרץ לדברי הרמב"ן עולה יפה די"ל דקס"ד מעיקרא לומר דאינו חייב הבעה"ב לישבע אף במודה במקצת. דהיה ס"ל כעין סברת הפני יהושע והמחנה לוי אבל לדינא דקיי"ל דחייב שבועה תקשה קושיות הפנ"י באמת. וכן תקשה לעיל סעיף ג' בתבעו אחר זמנו דישבע הבעה"ב היסת וכן לעיל סעיף ב' דאם היה השכיר חשוד דישבע בעה"ב:

ומש"כ הפני יהושע דלכן משבעינן להבעה"ב ולא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' זהו הכל משום טעמא דכדי חייו דשכיר כו'. זה לא מסתבר כלל דהא כיון דהוי חשש איסורא למסור לו שבועה משום מיגו דחשוד כו' א"כ איך יתקנו שבועה להבעה"ב. וכן יש להקשות על דברי הפני יהושע דכתב דמשום תקנת כדי חייו ראו לחייב להבעה"ב שבועה אף דשייך לומר מיגו דחשוד אממונא כו'. דהתינח בשבועת התקנה אבל הא מצינו בעבר זמנו ותבעו דישבע בעה"ב היסת כמבואר בסעיף ג' והא בעבר זמנו לא חשו לכדי חייו דהא מה"ט לא תקנו התם שבועה בנק"ח ותקשה איך משבעינן ליה לדברי הפ"י. אך באמת מהא דתבעו אחר זמנו אינו קשה כלל דהא מבואר בב"מ (דף ק"י ע"ב) ובסי' של"ט דאינו עובר על בל סלין אלא עד בקר ראשון ע"כ בתבעו אחר זמנו דינו כמו חוב דשייך בי' אשתמוטי וספק מלוה ואינו קשה כלל מזה על דברי הפנ"י. אכן מש"כ לעיל להקשות על דברי הפ"י שפיר הקשיתי. ועיקר סברת הפנ"י והמחנה לוי דבשכר שכיר לא שייך שמא מלוה ישנה דליתא בחזרה. כן כתב השמ"ק בב"מ (דף ה') והריטב"א שם כעין סברתם דלשיטת אביי ליתא לשבועה בטוענו לקחת ממני רבית

קצוצה והלה כופר דאינו דומה לגזלת ממני שנשבע לד"ה דהתם כי פריש משום שבועה מתקן לאוי בחזרה אבל רבית לא מתקן לאוי בחזרה לדברי רבינו הגדול ומורי הרשב"א חלוק בזה עכ"ל. והא דח"מ סי' פ"ב ויו"ד ס"ס קס"ט דנשבעין על טענת רבית אף דשיטת הש"ע בסי' צ"ב כאביי דמשום מלוה ישנה כו'. הטעם הוא כמש"כ הריטב"א בב"מ (דף ה' ע"ב) דלא משמע לאינשי דרבית לא מתקן לאוי בחזרה ע"ש. אבל בעושק שכר שכיר דמפורש בתורה לא תלין וביומו תתן שכרו ובוודאי משמע לאינשי איסורא ע"כ הוי מזה סייעתא לדברי הפני יהושע והמחנה לוי בסברתם. ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ס"ו סעיף ל"ט:

ולענ"ד נראה ליישב קושיות הפני יהושע והוא דלדינא שפיר יכולין לחייב שבועה להבעה"ב מן הדין דלא שייך ביה לומר מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא משום דגם בעושק שכר שכיר אף דבהגיע זמנו יעבור על בל תלין וביומו תתן שכרו מ"מ שייך אשתמוטי כו'. ונקדים דברי השמ"ק בב"מ (דף ה' ע"ב) ד"ה כגון דאתו סהדי כו' וזה לשונו וא"ת במלוה נמי אם באו עדים שהיה ברשותו בב"ד כשכפר למה אינו פסול וי"ל דמלוה כיון דניתנה להוצאה איכא למימר דהוי צריך להו להנהו זוזי למילתא אחריתי שהיה דחוק עליו ביותר ובעי לאשתמוטי מהאי אבל בפקדון כו' הריטב"א ומ"ה נר"ו כתב עוד וז"ל וא"ת גבי מלוה נמי אי אתו סהדי דאית ליה זוזי ליכא לאשתמוטי ואמאי כשר וי"ל דלעולם איכא לאשתמוטי דילמא מלוה אחרת יש עליו שדוחק אותו יותר וא"ת אכתי איכא לאוקמי כגון שהודה בפני עדים שאין עליו מלוה אחרת והמעות האלו שלו ממש בגוונא דליכא לאשתמוטי כלל וי"ל דאי בכה"ג פסול ורב חסדא איירי בסתם מלוה דאיכא לאשתמוטי ובסתם פקדון דלא ניתן להוצאה ונקיט לי' בידו דליכא לאשתמוטי עכ"ל. ולכאורה צריך ביאור בסברת מ"ה נר"ו שכתב דהא דאמרו אשתמוטי כו' פירושו הוא דילמא מלוה אחרת יש עליו כו'. דהא לקמן מסיק אביי הך סברא דשמא מלוה ישנה כו'. אבל שמעתא דסוגיא שם לעיל מיניה לא אתו עלי'. משום שמא מלוה ישנה כו'. והטעם הוא דס"ל כיון דטענת חוב יש לי בידך הוי טענה גרוע ואינו נאמן בלא מיגו ע"כ חזינן דהוא חשש רחוק. א"כ ממילא כמו כן הכא במה דאמרו אשתמוטי כו' דעיקרו הוא משום שמא יש איזה מלוה אחרת על הנתבע וכמש"כ השמ"ק א"כ הא זהו חשש רחוק לומר כן. והשמ"ק בתי' מ"ה נר"ו לא אתי עלה רק מטעם שמא מלוה יש לאחרים על הבע"ד הנתבע ולכן משתמיט מיני'. ובוודאי אין לחלק בין חשש דשמא מלוה ישנה יש להנתבע על התובע לבין חשש דשמא יש לאחרים מלוה על הנתבע.

ולדון בזה כעין סברת הגמ' דב"ב (דף קע"ב) בין נפילה דיחיד לנפילה דרבים זה אינו מכמה טעמים וקצרתי:

ויש לחלק דהא הגמ' מקשה לקמן עלה דאמר אביי חיישינן שמא מלוה ישנה כו' אי הכי נשקול בלא שבועה ומסיק דחיישינן שמא ספק מלוה ישנה כו'. וכיון דהאי חשש דאמר אביי הוא לחוש שמא מלוה ישנה. ע"כ סתמא דגמ' דלעיל מיניה שם לא היה ניחא להו לומר כן משום דס"ל דזהו חשש רחוק לחוש שמא ספק מלוה כו' ונשכח ממנו הענין בבירור רק דנולד לו ספק כן הוא סברת סתמא דגמ' החולק על סברת אביי. אבל בהך אשתמוטי כו' דכתב השמ"ק דעיקרו הוא משום דשמא יש על הנתבע איזה מלוה הדוחקתו כו' א"כ בזה שפיר יש לחוש שמא מלוה וודאית יש עליו היודע בבירור שהוא חייב לאחרים. והא בזה לא שייך לומר אי הכי יפטר משבועה. משום דאף אם האמת הוא כן מ"מ אין זה מועיל להפטר ע"פ דין משום דהא אין קדימה במטלטלין וע"פ דין יחלוקו אותו הבע"ח שאין לפנינו עם אותו התובע שלפנינו. וכיון דבזה מועיל החשש דשמא מלוה וודאית יש לאחר על הבע"ד הנתבע ע"כ כ"ע ס"ל להסברא דשמא מלוה כו' ולא דיינינן מה"ט לסברא דמיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא:

ועוד יש לחלק דהא על עיקר דברי אביי דאמר שמא מלוה ישנה כו' הקשו הבעל המאור והרמב"ן במלחמות והר"נ והנ"י והשמ"ק והריטב"א דא"כ יאמר שיש לו מלוה על התובע ויהי' נאמן במיגו וכתבו ליישב זה בכמה אנפי. ע"כ י"ל דמה"ט לא הי' ניחא לסתמא דגמ' לומר כסברת אביי דמשום מלוה ישנה כו' דס"ל דא"כ ה"ל לומר דיש לו מלוה ישנה על התובע כקושייתם. אבל בחשש שיש לאחרים מלוה עליו הדוחקתו כמש"כ השמ"ק בזה אינו קשה דה"ל לומר כן די"ל דאם הי' אומר כן לא הי' הב"ד מוסרים לבעל חובו הדוחקתו דהיו הב"ד פוסקין דיחלקו ביניהם. ע"כ בזה כ"ע ס"ל דיש לומר דילמא יש לאחרים מלוה עליו ולא נימא מיגו דחשיד אממונא כו'. ועוד י"ל דדוקא בחשש שמא מלוה ישנה יש להנתבע על התובע שפיר יש לומר כן כיון דזה זכותו להפטר מן בע"ד התובעו לפנינו. אבל בחשש שיש לאחרים מלוה עליו י"ל דאינו רוצה לאלומא לחוב שיש לאחרים עליו וכמש"כ רש"י בסנהדרין (דף כ"ט ע"ב) ד"ה כותבין כו' ולא ניחא לי' לאלומא כו' עכ"ל. ולכן אינו רוצה להגיד בפירוש לפני הב"ד שיש לאחר חוב עליו ולאלם חוב של האחר כעת כי חושש אולי יהי' איזה ענין שלא יהי' בידו לסלק לו. ולכן כ"ע ס"ל להחשש שמא יש לאיזה איש חוב עליו ומשתמיט מן הבע"ד התובעו לפנינו ואתי שפיר דברי השמ"ק. ועיין בב"ב (דף מ"ו ע"ב) ובתוס' ד"ה לוקח ראשון כו' דחייש שמא יבא ב"ח כו' ויש לחלק:

אך עדיין יש להקשות על השמ"ק שכתב דלכן כופר במלוה כשר לעדות משום דתלינן שמא יש לאחרים מלוה הדוחקתו להנתבע. דהא לקמן כתבו התוס' בד"ה ספק מלוה ישנה כו' דכופר בפקדון אין להכשירו משום ספק מלוה ודוקא בענין מיגו דחשוד אממונא דלא הוי וודאי חשוד תלינן בספק מלוה. א"כ הכא בכופר במלוה וודאית לנו וגם ידוע בעדים שיש מעות ברשותו איך אמרינן להכשירו לעדות משום שמא מלוה יש לאחר עליו והא אם לא היו אמרינן שמא מלוה כו' היה מיפסל בוודאי א"כ בכה"ג הא לא אמרינן שמא מלוה ישנה. ואפשר לומר דהשמ"ק אזיל לטעמי' דכתב לקמן תירוץ אחר על הא דכופר בפקדון פסול לעדות ולא אמרינן שמא מלוה ישנה ע"ש מש"כ בשם הר"ש דיודי"ש ז"ל. וגם יש לדון בתירוצו דשם דאכתי תקשה בגזלן ודאי דנימא להכשירו משום ספק מלוה וכמש"כ התוס' שם. ועיין בשער משפט סי' צ"ב ס"ק ד'. ויש להאריך בכ"ז הרבה. וכן לפי מש"כ לעיל יש לחלק הכא ג"כ וקצרתי:

ז (שם סעי' כ"ח ש"ך ס"ק נ):

ואחרי כ"ז יש לדון דגם בעושק שכר שכיר שייך אשתמוטי קא משתמיט כו' דהא מבואר בב"מ (דף קי"ב ע"א) דאם אין לו מעות בעת שתבעו השכיר אינו עובר בבל תלין וכן מבואר בסי' של"ט סעי' י'. ע"כ שפיר יש לומר אשתמוטי קא משתמיט בשכר שכיר דילמא יש עליו איזה בע"ח. וע"כ אף דיש לו מעות בעת שתבעו השכיר י"ל שמא צריך המעות עבור בע"ח אחר הדוחקתו. וכמו דחזינן בעיקר דברי השמ"ק שכתב דאשתמוטי כו' דשמא יש עליו בע"ח הדוחקתו אף דהדין הוא שיחלוק ביניהם המעות שיש לו אם אינו מספיק לכולם דהא אין קדימה במטלטלין. אפ"ה י"ל דמורי היתירא בזה כיון דע"פ דין הוא מחוייב לכאו"א מן הבע"ח. וכיון דיש בע"ח אחד הדוחקו סובר דיכול למסור מה שיש לו לבע"ח אחד. כמו כן י"ל בחוב שכר שכיר דכיון דיש עליו חוב ג"כ מן אחר הדוחקו מורי היתירא דיכול למסור לאותו הבע"ח לבדו. א"כ ממילא אין לו מעות ברשותו בעת שתבעו השכיר לפנינו ואינו עובר על בל תלין לפי דעתו:

ויש להסביר ביתר ביאור דיש לחוש שמא יש עליו בע"ח אחר הקודמת לחוב שכירות שתובע ממנו כעת. ואף דאין קדימה במטלטלין מ"מ לאו כ"ע דינא גמירי וכעין זה כתב הרמב"ן במלחמות לב"מ (דף ו') על קושיות הבעה"מ בחשש מלוה ישנה דיאמר בפירוש שיש לו חוב מלוה ותירץ דלאו כ"ע דינא גמירי כו' וכ"כ השמ"ק והריטב"א שם. ובנ"ד יש לומר לכ"ע הך סברא דלאו כ"ע דינא גמירי דהא מצינו דעת המחבר בסי' ק"ד סעי' א' דלכתחלה יש דין קדימה במטלטלין וכמש"כ הסמ"ע שם כן בשם תשובת הרמב"ן וכן כתב הקצה"ח שם בשם התוס' כתובות (דף צ') דס"ל דיש דין קדימה לכתחלה

במטלטלין. ואף דלדינא לא קיי"ל כן כמש"כ הסמ"ע והאו"ת שם מ"מ כיון דמצינו דיעה אחת דס"ל כן שפיר י"ל דטעו אינשי וסברי כשיטת הפוסק דס"ל כן. וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף א' בשם הש"ך ח"מ סי' מ"ב ס"ק כ' וס"ק כ"ב. ובשם התוס' ב"מ (דף ט"ו) ובסנהדרין (דף נ"ג). וכ"כ בספרי נחל יצחק סי' י"ז ענף א' ובסי' מ"ב סעי' ט' מזה. ולכן שפיר יש לומר בתבעו חוב שכירות דשמא יש עליו איזה חוב הקודמת לחוב שכר השכיר. וטועה וסובר דיש דין קדימה במטלטלין לכתחלה כיון דחד שיטה ס"ל כן לדינא ואף דלא קיי"ל כן לדינא מ"מ לאו כ"ע דינא גמירי בזה. והא דאינו אומר כן בפירוש לפני הב"ד שיש עליו חוב הקודמתו ולפי דעתו הדין הוא למסור לאחר אף ע"י ב"ד. יש לומר כמש"כ לעיל דלכן אינו אומר כן בפירוש לפני הב"ד דלא ניחא ליה לאלומא להחוב של האחר כי מי יודע איזה סיבה שיכול להוולד לאחר זמן שלא יהי' באפשריות בידו לסלק לבע"ח הדוחקתו ממנו. [וגם י"ל בזה ג"כ לאו כ"ע דינא גמירי ועיין בסי' צ"ט ש"ך ס"ק ו' שכתב דנאמן במיגו לומר שיש עליו חוב ע"י מיגו ואין זה נקרא מיגו במקום חזקה מה שתחת ידו הוא שלו ומחלק שם. אבל אכתי יש לומר דטעי וסבר דגם כה"ג הוי כמו מיגו במקום חזקה מה שת"י הוא שלו ולאו כ"ע גמירי בזה כל כך וקצרתי]. וכיון דיש לחוש שמא יש לו מלוה אחרת הדוחקתו. א"כ מורי היתירא וסובר דכה"ג הוי כמו דאין לו מעות ברשותו בעת שתבעו השכיר ממנו ואינו עובר בבל תלין וע"כ שייך שפיר אשתמוטי אף בחוב שכר שכיר לכ"ע:

ואף לפמש"כ להקשות על השמ"ק דהא בכופר בפקדון כיון דהוי גזלן וודאי לא תלינן בשמא מלוה ישנה. מ"מ הכא בהכחשת הבעה"ב להשכיר כיון דלא הוי חשוד וודאי אף דיש לדון אכתי מיגו דחשוד אממונא כו' מ"מ יש לנו לומר אשתמוטי כו' מן חשש שמא מלוה אחרת יש עליו הדוחקתו והקודמת כנ"ל. וכש"כ לפי שיטת הפוסקים דהלכה כאביי דשמא מלוה ישנה כו'. ואף דבכל מקום קיי"ל דחוב יש לי בידך הוי טענה גרוע מכל מקום לענין דלא נימא מיגו דחשוד אממונא כו' כיון דלא הוי חשוד וודאי אמרינן שמא מלוה ישנה לשיטת אביי. ע"כ שפיר יש לומר דה"ה בחוב שכירות אף דליתא בחזרה מ"מ מורי היתירא מחמת חשש שמא יש לאחרים מלוה עליו הקודמת לחוב שכירות כנ"ל וחושב דזה הוי כמו דאין לו מעות א"כ לדעתו לא עבר מעולם על בל תלין ולא הוי חשוד כלל. ולכן אף אם ידוע שבעת שתבעו השכיר ממנו יש לו אז מעות ת"י עכ"ז לא דיינינן בזה מיגו דחשוד אממונא כו'. והא דאמרו בעבר זמנו אינו נשבע ונוטל דהטעם הוא משום חזקה אין בעה"ב עובר בבל תלין כו' ולא אמרינן שמא לא היה לו מעות אז ברשותו או דשמא איזה מלוה שיש עליו כנ"ל. זהו משום דבאמת לא שכיח

לומר דלא הי' לו מעות אז דמסתמא כיון ששכר הפועל הי' לו אז מעות. וגם חשש מלוה שיש עליו הוא דבר רחוק באמת כמו דאמרינן בכ"ד דחוב יש לי בידך הוא טענה גרוע ואינו נאמן לומר סטראי רק במיגו דלהד"ם. רק לענין דלא נימא מיגו דחשוד אממונא כו' בזה שפיר תלינן לומר שמא מלוה כו' כמו דקאמר אביי כ"ז דלא הוי חשוד וודאי כנ"ל. וכן מוכרח לומר במה דקאמרי בתבעו אחר זמנו אינו נו"נ משום חזקה אין בעה"ב עובר בבל תלין אף דכ"ז דלא תבעו אינו עובר בבל תלין אם כן אפשר לומר דלא תבעו עד לאחר זמנו אם כן ממילא לא עבר בבל תלין ולא שייך חזקה זו כ"כ. מ"מ כיון דמסתמא תבעו בזמנו ע"כ דייניגן חזקה זו ולא חיישינן למידי דלא שכיח:

נחזור לעניגנו דלא מבעיא לפי תירוץ השמ"ק בשם מ"ה נר"ו דתירץ דשייך אשתמוטי כו' משום חשש מלוה כו' בוודאי שייך כן גם בחוב שכירות דחייב הבעה"ב שבועה דמשבעינן ליה כנ"ל. ואף לפי תירוץ הראשון שכתב השמ"ק שם בשם הריטב"א די"ל דצריך להמעות למילתא אחריתי שהי' דחוק עליו ביותר. י"ל כן בפשטיות גם בחוב שכירות דשמא צריך להמעות על איזה ענין שהיה דחוק עליו ביותר לפי הוראת היתר שלו א"כ ממילא ה"ל כמו דאין לו מעות לפי טעותו בדעתו ע"כ ממילא לא הוי חשוד דהא לפי דעתו ה"ל כמו דאין לו מעות דאינו עובר בבל תלין ושייך שפיר אשתמוטי כו' כמו בכל חוב. וע"כ שייך חיוב שבועה אף שבועת מודה במקצת בחוב שכירות. ומוכח כן מכל הפוסקים שכתבו חיוב שבועה להבעה"ב בטענת שכיר כנ"ל:

ב (שם סעיף ב' הג"ה):

והנה לעיל סעי' ג' כתבתי בשם השמ"ק לב"מ (דף קי"ז ע"א) אם תבעו כל זמנו דנותנין לו כנגד יום של תביעה ואם שהה השכיר יותר אינו נו"נ דמ"מ נשבע הבעה"ב שבועת התקנה וכן הבאתי בשם רש"י ב"מ (דף קי"ג) ד"ה ולעולם כו' דבעה"ב נשבע. וקשה הא כיון שתבעו בזמנו ולא פרע לו א"כ מבורר לנו שעבר הבעה"ב על לאו דבל תלין והוי דינו כמו חשוד וודאי ויהא פסול לשבועה. ואף לפמש"כ הפני יהושע דמשום תקנת כדי חייו דשכיר נתנו לו שבועה ומשביעין לו ולא חיישינן למה דהוי מיגו דחשיד אממונא כו'. עכ"ז תקשה היכא דהוי הבעה"ב חשוד ודאי דהוי דין ברור לנו דאין מוסרין שבועה לחשוד. דאיך מוסרין שבועה לחשוד. דאיך מוסרין שבועה לבעה"ב חשוד וכמו דקאמרי בירושלמי פ"ז דשבועות ה"א בהיה השכיר חשוד אין מוסרין שבועה לחשוד וכמבואר לעיל סעיף ב'. ואף דעיקר זכות השכיר לישבע וליטול הוא משום כדי חייו. כש"כ היכא דאין זכותו ליטול רק להשביע להבעה"ב. ואין לנו להאריך כי בוודאי פשוט דאם היה

הבעה"ב חשוד דאסור למסור לו שבועה. א"כ קשה דאיך משביעין להבעה"ב שעבר בוודאי על לא תלין:

אכן לפמש"כ אתי שפיר דיש לנו לומר דאפשר שלא היה לו מעות אז בעת שתבעו השכיר. ואף דזהו מילתא דלא שכיח מדחזינן דאמרו בעבר זמנו אינו נו"נ משום חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין ולא אמרינן שמא לא היה לו מעות אז וכנ"ל. מ"מ לענין שלא יהיה חשוד וודאי תלינן אף בחשש רחוק ולא להוציאו מן חזקת כשרות וכדמוכח ממה דתקנו שבועה על הבעה"ב וכמו שהקשה הפני יהושע כנ"ל. וגם היכא שידוע שהיה לו מעות ברשותו בעת שתבעו השכיר י"ל לפי דברי השמ"ק שכתב בשם מ"ה נר"ו דאמרינן דשמא מלוה היה עליו הדוחקתו כו' א"כ ה"ה הכא לא הוי חשוד מה"ט וכמש"כ. אכן לדינא אין לסמוך על סברא זו היכא דהיו עדים שתבעו השכיר בזמנו ולא פרעו וגם מעידים שהיה לו אז מעות ברשותו דזה דומה לכופר בפקדון דכתבו התוס' והריטב"א בב"מ דהיכא דהיה חשוד וודאי לא אתי ספק שמא מלוה ישנה להוציא מידי וודאי וכמבואר בסי' צ"ב סעי' ג' ובסמ"ע שם. והשמ"ק שכתב כן כבר נתבאר דאזיל לשיטתו בסוגיא דב"מ (דף ו') שם דהעלה טעם אחר במה דלא אמרינן בכופר בפקדון דשמא היה לו מלוה ישנה כו' אבל לדינא דהראשונים לא כתבו כן. וכן העיקר דאל"כ תקשה בגזלן גמור נימא ג"כ להכשירו דשמא מלוה ישנה כו' וכמש"כ התוס' שם. ולדברי השמ"ק בטעמו צריכים אנו לדחוקי בזה ואכמ"ל. וע"כ לכאורה נראה דבכה"ג מיפסל לעדות ולשבועה ובוודאי אין סברא לחלק בין חשש שמא מלוה ישנה של הנתבע על התובע לחשש שמא יש לאחרים מלוה על הנתבע דניזל בתר טעמא דלא אתי ספק שמא מלוה כו' להוציא מידי וודאי. אכן לפמש"כ די"ל בכה"ג אשתמוטי כו' ומורי היתירא דשמא נצרך להמעות על איזה ענין הדוחקתו וסובר דזה מקרי כמו דאין לו מעות דאינו עובר בבל תלין ע"כ אף בתבעו כל זמנו ולא פרעו וידוע שיש לו מעות אז. מ"מ לא הוי פסול לעדות ולשבועה משום ה"ט די"ל גם בכה"ג אשתמוטי כו'. ודוקא במלוה לא תלינן אם ידוע בעדים דהוא חשוד משום דמלוה הוא חשש רחוק ביותר כמו דאמרינן דטענת חוב יש לי בידך הוא טענה גרוע. ולכן שפיר סתמו בזה ומשמע דבכל גווני משבעינן להבעה"ב דאין דינו כמו חשוד:

ענף א:

ובעיקר דברי הפני יהושע והמחנה לוי שכתבו לדון דבעובר על בל תלין מיפסל לשבועה. נלע"ד לומר דאין דינו כמו חשוד ונקדים למה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ל"א ענף ו' במה דקיי"ל דעד חמס מיפסל לעדות אף דאין לוקין על לאו דגזל וכה"ג משום דעד

חמס שאני אבל בעינן דיעבור בקום ועשה משא"כ היכא דעבר באיסור חמס על לאו דאין בו מעשה לא מיפסל לעדות. והא דכופר בפקדון פסול הטעם הוא משום דבכפירתו איתעביד מעשה דנתחייב באונסין ע"ש. א"כ לפ"ז יש לדון בעבר הבעה"ב על לאו דבל תלין כיון דחטאו הוא בלא מעשה והוי לאו דאין בו מעשה וכמו שהקשה החכם צבי בסי' כ"ו על התוס' ב"מ (דף ס"א) שכתבו דלקי על לאו דעושק ש"ש דהא הוי לאו דאין בו מעשה. וכ"כ השער המלך מזה בפ"א הל' חמץ ומצה ע"ש. וכ"כ בטורי אבן לחגיגה (דף ה' ע"א). וראיתי בפני יהושע ב"מ (דף ס"א) תוס' ד"ה לעבור עליו בשני לאוין כו' שכתב ליישב קושיות החכם צבי הנ"ל וז"ל ועי"ל דלאו דעושק לא מקרי לאו דאין בו מעשה דודאי לא עבר אלאו דעושק אלא משעה שכפר בב"ד וכפירה זו מיקרי מעשה דקיי"ל עקימת שפתיו הוי מעשה ואף שהתוס' כתבו דבעינן דוקא שע"י כך נעשה איזו מעשה ה"נ מיקרי מעשה דמשעה שכפר קאי ברשותו לענין אונסין עכ"ל. ודבריו מסייעין למש"כ בספרי נחל יצחק הנ"ל גבי כופר בפקדון דהוי כמעשה משום דע"י כפירתו איתעביד מעשה חיוב אונסין. וכוונתו דלעיל מיניה כתב הפני יהושע שם דעושק דשם מוקמינן לי' בב"מ (דף מ"ח) שיחד לו כלי לעושקו לריו"ח דמעות קונות ולר"ל בנטלו וחזר והפקידו אצלו א"כ בכה"ג שייך לומר דע"י כפירתו להכלי שחזר וקיבל מן השכיר בפקדון דנתחייב באונסין וע"כ ה"ל כמו מעשה. אבל בכופר חוב שכירות שלא נטל כלי עבור החוב שכירות מעולם הא לא שייך בי' לומר דנתחייב באונסין ע"י כפירתו דהא בלא"ה כ"ז דאינו משלם לו מחוייב הבעה"ב לשלם לו ולא שייך בזה לומר דנתחייב באונסין כלל ע"י כפירתו. וע"כ בוודאי מקרי כופר לשכר שכיר ועובר על בל תלין לאו דאין בו מעשה ולא מיפסל מה"ת לעדות:

וכמו כן דלא מיפסל בלאו שאין בו מעשה לשבועה דהא חזינן דלעדות מיפסל גזלן מה"ת וכיוצא בו. ואלו לשבועה כתבו התוס' בב"מ (דף ה') ובכתובות (דף י"ח ע"ב) בשם יש מפרשים דגזלן לא מיפסל לשבועה אלא מדרבנן ואף לשיטת הר"י חסיד דשם מ"מ אין להחמיר לפסול לשבועה ביותר מן פסולי עדות וכמבואר במ"מ פ"ב הל' טוען ה"ב דלפסול לעדות שוה להפסולים לשבועה וכן משמע בסי' צ"ב. א"כ אף בעבר הבעה"ב על בל תלין מ"מ כיון דאין בו מעשה לא נפסל לשבועה מה"ת רק מדרבנן וכמש"כ המל"מ בפ"ד הל' מלוה הל' ו' דהיכא דעברו על לאו שאין בו מעשה לא נפסל מה"ת רק מדרבנן וכמבואר בסי' ל"ד דעבר עבירה שאין בו מלקות נפסל עכ"פ מדרבנן היכא שיש בו חימוד ממון לכ"ע. ומש"כ הנתיבות בסי' ל"ד ס"ק ה' בהחולק עם הגנב דאינו נפסל אף שהוא חוטא דהטעם הוא דלא עבר רק על עשה דהשבת אבידה דלא נפסל. הנה באמת

לפמש"כ בספרי נחל יצחק שם בסי' ל"א להוכיח מן התוס' סנהדרין (דף כ"ד) דבסוחרי שביעית אם בשביעית דאורייתא נפסלין מה"ת אף דאינו רק עשה דלאכלה ולא לסחורה. והעיקר תלוי בחטא שיש בו מעשה.. א"כ אף בעשה דהשבת אבידה אף דאין בו מעשה ולא מיפסל מה"ת אבל מדרבנן ה"ל להיות פסול עכ"פ ולא גרע מן עבירה מדבריהם דמיפסל מדרבנן בעבירה של חימוד ממון. וכמש"כ המל"מ כן בלאו שאין בו מעשה דמיפסל מדרבנן ואין סברא לחלק בזה בין עשה ללאו שאין בו מעשה. והא דיבמות (דף ז' ע"א) דל"ת חמור מן עשה הא פירש רש"י שם שהרי לוקין עליו וקצרתי. והשער משפט בסי' ל"ד ס"ק ה' כתב כן בשם מהר"ם מלובלין בתשובה כסברת הנתיבות הנ"ל והקשה הרי מבואר בר"ס רנ"ט דהנוטל אבידה ע"מ לגוזלה עובר משום לא תגזול ולא תוכל להתעלם כו' ואולי לא משמע לאינשי איסורא בהכי עכ"ל. ובקושייתו י"ל דהא אינו מבורר לנו בעת שחולק עם הגנב דנטלה ע"מ לגוזלה דאינו מוכח מן מעשהו זה דאפשר דנטלה ע"מ להחזירה דאינו עובר רק משום השב תשיבם ואף במודה הא אין נפסל ע"פ עצמו. עכ"פ מן הא דחולק עם הגנב דאינו נפסל אינו מוכח דאף מדרבנן אינו נפסל די"ל דנפסל עכ"פ מדרבנן והוא בכלל מה שאמרו בסי' ל"ד דעבירה שאין בה מלקות פסול מדרבנן ושא"ה בחולק עם הגנב דלא משמע איסורא לאינשי. ולשון הרמב"ם הל' עדות פ' י' ה"ד ועוד יש רשעים שהן פסולים לעדות כו' הואיל ולוקחים ממון שאינו שלהם בחמס פסולים כו'. ומשמע דבעינן מעשה שילקחו ממון בחמס וכמש"כ דמה"ת אינן נפסלים אף בחמס כ"ז דלא עשו מעשה:

ובב"מ (דף ה') אמרו התם אשתמוטי כו' תדע דאמר רב אידי א' ר"ח הכופר במלוה כשר לעדות כו'. ומשמע דאם לא היו אומרים אשתמוטי כו' היה מיפסל לעדות הכופר במלוה. ובמצוה דפריעת בע"ח הוא העשה דהן שלך צדק לשיטת רש"י כתובות (דף פ"ו) ולשיטת החולקים עליו המצות עשה הוא מן יוציא אליך העבוט וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ל"ט בקונטרס לסי' ב' בענין שעבודא דאורייתא. וברמב"ם ה' גזלה פ"א ה' ד' כתב דאם אינו משלם לחוב הלואה ה"ז עובר על לא תעשוק כו'. והובא בהרדב"ז ח"ב סי' תר"י ע"ש. וכן י"ל דבכופר במלוה עובר על לאו דלא תשקרו ועיין בב"ק (דף ק"ה ע"ב). וגם על העשה דמדבר שקר תרחק ועיין בשבועות (דף ל"א) וב"ב (דף צ"ב ע"ב) בתוס' וקצרתי. אבל כל אלו הלאוין והעשה הוי רק איסור דאין בו מעשה דהא קיי"ל עקימת פיו לא הוי מעשה היכא דלא אתעביד ע"י מעשה ולא נפסל עי"ז לעדות. והא דאמרו דמשום אשתמוטי כו' דהכופר במלוה כשר לעדות יש לומר דהא כבר נתבאר דמדרבנן מיפסל אף בעבר על לאו דאין בו מעשה וכמש"כ המל"מ פ"ד ה' מלוה כנ"ל א"כ קשה

איך אמרו דהכופר במלוה כשר לעדות הא פסול מדרבנן עכ"פ לכן שפיר הוכיח הש"ס מזה דאמרינן אשתמוטי כו':

ואכתי תקשה על מה שכתבתי מן הא דאמרו בב"מ (דף ה') שם דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא דאלת"ה האי דאמר רחמנא מודה מקצת הטענה ישבע נימא מיגו דחשוד אממונא כו'. ומשמע דהוכחתם הוא מן מאי דכתבה התורה דמודה במקצת ישבע. והא לפמש"כ דמה"ת לא מיפסל לשבועה אם עבר על לאו שאין בו מעשה א"כ אינו קשה כלל על מה דאמרה תורה דמודה במקצת ישבע. וביותר תקשה על מה שכתבתי מן התוס' כתובות (דף י"ח) ד"ה ובכולי בעי דלודי כו' שכתבו בשם רש"י בב"מ על מה דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מקצת הטענה ישבע כו' ובכולי בעי דלודי כו' דפירושו הוא דלא תימא אמאי נשבע נימא מיגו דחשוד אממונא כו' וקשה לר"י כו' ואין לומר דמן התורה חשוד נמי אשבועתא כו' וכ"כ התוס' בב"מ (דף ג' ע"ב) ד"ה בכולי בעי דלודי כו'. הרי להדיא דמה"ת הוי חשוד למיפסל לשבועה מי שכופר במלוה אם לא היה מסיק לומר והאי בכולי בעי דלודי ליה והאי דלא אודי אשתמוטי כו'. ומוכח מזה דלא כמש"כ דאף בלאו דאין בו מעשה ג"כ מיפסל לשבועה והוי מזה סתירה לכל מש"כ:

ענף ב:

אמנם י"ל דאין מזה סתירה לדברי. והוא די"ל דלדינא למאי דקיי"ל דאין לוקין על לאו שאין בו מעשה משום דכיון דאין בו מעשה הוי מן הקלות וכמש"כ הטורי אבן בחגיגה (דף ה') דכיון דאין לוקין עליו ה"ל בכלל קלות דתשובה לחוד מכפר. ועיין ביומא (דף ל"ו) תוס' ד"ה על עשה כו'. ומה"ט לא נפסל לעדות דלא הוי עליו שם רשע כיון דאינו חייב מלקות. וה"ה מה"ט מחמת קלות איסורו דאין בו מעשה ע"כ גם בפסול עד חמס דפסלתו התורה אף דלא הוי בני מלקות מ"מ בעינן דיהיה חטא של מעשה וכמש"כ הרמב"ם דפסול עד חמס הוא שלוקח ממון שאינו שלו כנ"ל דמשמע דעשה מעשה בלקיחות הממון שאינו שלו. אבל היכא דלא עשה מעשה י"ל דכיון דכה"ג הוי מן הקלות דאינו לוקה ע"כ ה"ה לא מיפסל משום עד חמס. וכ"ז לדידן דקיי"ל דאין לוקין בלאו דאין בו מעשה אבל למאן דס"ל דלוקין אף על לאו דאין בו מעשה משום דס"ל שלא לחלק בין עשה מעשה ללא עשה מעשה ואף דכתיב לעשות גבי חיוב מלקות כמבואר במכות (דף י"ג ע"ב). עכ"ז הנך תנאי דס"ל דגם לאו שאין בו מעשה לוקין עליו. ס"ל שלא לחלק אם עשה מעשה או לא עשה מעשה כלל. ע"כ ה"ה בפסול עד חמס דפסלתו התורה לעדות ג"כ אין לחלק בין עשה מעשה או לא והכל שוים דכיון דעבר על לאו או עשה דחמס דמיפסל לעדות וה"ה לשבועה מה"ת. ותקשה עדיין להנך תנאי דס"ל כן מן

הא דכתבה התורה דמודה במקצת ישבע דנימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא מה"ת. ולכן הוכרח רבה לומר הסברא דאשתמוטי כו'. וכן מצינו בש"ס בכמה דוכתי דפריך סתם והקושיא הוא לחד תנא או אמורא כמש"כ הש"ך בסי' מ"ב ס"ק א'. וכ"כ הרשב"א כה"ג בחי' לשבועות (דף מ"ה ע"א) בד"ה וליתב ליה בל"ש כו' דכן הוא דרך התלמוד להקשות כו'. ובפרט ממה שכתבה התורה שלא תקשה על הך תנא או אמורא מן מה דמצינו בתורה להדיא להיפך. וכן י"ל בכוונת הש"ס דב"מ (דף ה') דאמרו להוכיח ממה דאמר רחמנא דמודה מקצת ישבע דנימא מיגו דחשוד אממונא כו' התם אשתמוטי כו' כדרבה כו' דההוכחה הוא למ"ד דלוקין אף בלאו שאין בו מעשה כנ"ל. והא דאמרו תדע דאמר רב אידי כו' הכופר במלוה כשר כו' הא נתבאר דזהו לדידן ג"כ דעכ"פ מיפסל מדרבנן גם בלאו דאין בו מעשה כנ"ל. וע"כ אתי שפיר למש"כ בספרי נחל יצחק סי' ל"א דבאין בו מעשה לא נפסל מה"ת רק מדרבנן לדידן דקיי"ל שאין לוקין על לאו שאין בו מעשה כנ"ל:

ואחר שנתבאר דלדינא נקטינן דאם לא עשה מעשה דלא מיפסל מה"ת לעדות וה"ה לשבועה רק מדרבנן מיפסל. א"כ מיושב על נכון קושיות הפני יהושע והמחנה לוי שהקשו איך מוסרין שבועה להבעה"ב על טענת השכיר והא יש לומר בזה מיגו דחשוד אממונא כו'. ושמא מלוה ישנה לא שייך בזה דהא ליתא בחזרה דעבר על בל תלין וביומו תתן שכרו וכיון דשיטת הרי"ף הוא דהלכה כאביי דאמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' א"כ לא שייך כלל חיוב שבועה על בעה"ב. והוא דנקדים מש"כ המראה הפנים בירושלמי ב"מ פ"א ה"א ד"ה סליקו הן כו' בפלוגתת אביי ור' יוחנן דאביי דס"ל דמשום מלוה ישנה משבעינן ס"ל דלכן אמרינן מיגו דחשוד אממונא משום דגזלן גמור מיפסל מה"ת ולכן אף היכא דלא הוי ודאי חשוד ג"כ יש לדון מיגו דחשוד אממונא כו' רק משום מלוה ישנה משבעינן. וסוגיות הש"ס דס"ל דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' ס"ל דגזלן גמור לא מיפסל אלא מדרבנן ולכן היכא דלא הוי ודאי חשוד לא דייקינן לומר מיגו דחשוד אממונא כו' ע"ש. וגם לשיטת הרב ר"י חסיד דס"ל דגזלן גמור פסול לכ"ע מה"ת הא כתב הטעם דלכן ס"ל דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' דשמא ע"י השבועה יפרוש כו'. אבל אביי לא ס"ל סברא זו. וכ"ז בפסול מה"ת ולכן מסיק אביי דמשום שמא מלוה ישנה משבעינן. אבל בפסול שהוא רק מדרבנן גם אביי ס"ל ומודה דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' כיון דלא הוי פסול ודאי. וכמש"כ התוס' דגזלן גמור לא מיפסל רק מדרבנן ע"כ לא אמרינן ביה מיגו דחשוד אממונא כו' ואף הר"י חסיד מודה לזה רק לפי דס"ל דגזלן גמור פסול מה"ת לכן הוכרח לומר להסברא דע"י השבועה יפרוש כו'.

וכיון שנתבאר דאם עבר על לאו דבל תלין אינו פסול רק מדרבנן. ע"כ כ"ע מודו דיכולין למסור שבועה להבעה"ב אף דלא שייך שמא מלוה ישנה כו' משום דהא ליתא בחזרה. מ"מ לא אמרינן בכזה להך מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא כיון דעיקר הפסול הוא רק מדרבנן וכל זמן דלא נתברר פסולו בוודאי יכולין למסור לו שבועה. ומתורץ קושיות הפני יהושע והמחנה לוי:

ולדברי הפני יהושע והמחנה לוי דכתבו דאם עבר הבעה"ב על בל תלין הוי חשוד למיפסל לשבועה. א"כ לפ"ז נראה דאם ידוע דעבר הבעה"ב על בל תלין ולא פרעו בזמנו נעשה חשוד בוודאי. א"כ תקשה מהך דב"מ (דף קי"ג ע"א) אם יש עדים שתבעו כל זמנו דכתב רש"י שם בד"ה ולעולם כו' דמוסרין לבעה"ב שבועה. וכ"כ השמ"ק שם בשם הר"נ דמחייבין לבעה"ב שבועת התקנה. והא כיון דיש עדים דעבר הבעה"ב על בל תלין א"כ הוי חשוד ברור להיות פסול לשבועה ואף שכתב הפ"י דלא דיינינן מיגו דחשוד אממונא כו' משום תקנת שכיר וחשוד לכדי חייו אבל זה אינו שייך היכא דהוי חשוד וודאי וכמש"כ לעיל. אכן לפמש"כ דאינו נעשה חשוד מה"ת רק מדרבנן א"כ אינו פסול לשבועה עד שיכריזו עליו כמש"כ התוס' בב"ק (דף ס"ב ע"א) ד"ה חמסן יהיב דמי כו' וכ"כ הרשב"א בב"ק שם. ועיין מזה בגליון המשניות סנהדרין פ"ג אות ט' ובשער משפט סי' צ"ב ס"ק יו"ד ואכמ"ל. ע"כ שפיר יכולין למסור שבועה לבעה"ב כ"ז שלא הכריזו עליו ויהיה לפ"ז סייעתא לשיטת הסוברים דגם לשבועה לא מיפסל עד שיכריזו עליו. אכן אם הכריזו עליו וידוע בעדים שהיה לו מעות בעת שתבעו השכיר כל זמנו בזה הדין נותן דנעשה חשוד להיות פסול לשבועה עכ"פ מדרבנן: והנה לפמש"כ לעיל בשם השמ"ק לב"מ (דף ה') דכתב בכופר במלוה דכשר לעדות אף אם ידוע שהיה לו מעות אז ברשותו משום דאמרינן שמא מלוה יש עליו כו'. א"כ ה"ה בנ"ד יש לומר כן כנ"ל בארוכה ולא מיפסל כלל. אמנם לפמש"כ לעיל דלדינא אין לומר כן משום דלא תלינן במלוה היכא דידוע בעדים שנעשה חשוד. ע"כ מסתבר דפסול לשבועה כנ"ל. אכן לפמש"כ לעיל דיש לדון גם בזה אשתמוטי דשמא היה נצרך להמעות על איזה ענין הדוחקתו והיה סובר דזה מקרי כמו דאין לו מעות ברשותו דאינו עובר על בל תלין. ע"כ גם הכרזה אינו פועל לפוסלו לעדות ולשבועה ומותרין למסור לו שבועה בכל גווני:

ענף ג:

לעיל בסי' נ"ח בחידושי כתבתי בארוכה למה ששייך לדון בענין זה ע"ש:

סימן צ

א (סעיף א' ש"ך ס"ק א'):
וכתב בספר לח"מ וז"ל וא"ת דכל חשוד על השבועה קנסו כו' עכ"ל הלח"מ ועוד י"ל דל"ד לחשוד כו'. עכ"ל הש"ך. והנה לעיל בחידושי לסי' פ"ז סעיף א' בש"ך ס"ק ג' כתבתי להוכיח מן דברי הלח"מ והש"ך דס"ל דגם בגזלה אם הוא בעיני' הוי הילך אף דלא השיב לו בהשבה עדיין מ"מ כיון שהוא בעיני' דינו ככל הילך ופטור מן שד"א ומוכח מזה דלא כמש"כ הנתיבות בסי' פ"ז ס"ק א' דבגזלה שהודה על כלי א' ועומד בביתו בעיניה לא ה"ל הילך משום דגזלה לא קאי ברשות הבעלים עד שעת השבה לפני הב"ד כו' ע"ש. והארכתי מזה בחידושי שם ע"ש:
ענף ד:
היה ע"א מעידו כו' ה"ז נשבע שלא גזל. וכתב הסמ"ע בס"ק י"ג ה"ז נשבע היסת משום דהיכא דאין ב' מחייבין ממון אלא ע"י שבועה אז אין ע"א מחייבו שבועה. וכן מבואר בסי' ע"ה סעיף י' ובטור שם ובש"ך ס"ק מ"ז. ובסי' צ"א סעיף ו' בש"ך ס"ק כ"ו. ומשמע מהש"ך דאף היכא דעיקר השבועה לא הוי רק מדרבנן ג"כ אינו מחויב שד"א בכפירתו להעד. והתומים בסי' ע"ה ס"ק י"א כתב דאם השבועה אינו מה"ת רק מדרבנן אז הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"י הע"א וכ"כ הקצה"ח בסי' צ"א ס"ק ח':
והנה אחי המנוח הרב הג' חו"ב בחדרי תורה סוע"ה כו' כש"ת מו"ה אברהם אהרן זצ"ל אמר להוכיח כדבריהם מהא דלעיל סי' נ"א סעיף ב' בשם הרמב"ם הוציא שט"ח בע"א וטען הלוה פרעתי היז מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם טען ישבע לי שלא פרעתי ה"ז נשבע כו'. וקשה לפי הכלל שכתבו דהיכא דצריך שבועה אז לא הוי מחוייב שבועה. א"כ תקשה כיון דטען ישבע לי שלא פרעתי דאז אף בשנים היה צריך בעהש"ט לישבע ואפ"ה אמרו בזה דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וע"כ מוכח כסברת האו"ת והקצה"ח דכיון דמה"ת א"צ שבועה רק מדרבנן צ"ש ע"כ לא שייך בזה הכלל הזה. ואין לחלק דשאני בשבועות השבע לי דצריך לטעון טענת השבע לי דהא עכ"פ לאחר דטען השבע לי צ"ש. ועיין בשבועות (דף מ"א) דפריך הש"ס ומה בין זה לפוגם שטרו כו' וקצרתי. ואף דשיטת הרמב"ם והמחבר דס"ל דשטר לא מהני מה"ת רק מדרבנן כמבואר בסי' כ"ח עכ"ז דינו של השטר לאחר דתקנו דיהיה מועיל שטר עכ"פ מדרבנן דדינו כדאורייתא כדמצינו כה"ג במה דאמרו קיום שטרות מדרבנן ומה"ת הוי כנחקרה עדותן וע"כ הקילו גבי קיום שטרות וכמש"כ המהרי"ק והובא בקצה"ח סי' מ"ו

ס"ק ה' ע"ש. והוא ראי' נכונה ודפח"ח. ועיין לקמן סי' צ"ב ש"ך ס"ק י"ד וקצרתי. ועיין בנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ל"ג ובנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' ה':

ג (שם סעיף ב' הגה"ה):

מדליק אש כו' האמינו לניזק לישבע וליטול כל מה שהוא אמוד כו'. והש"ך בס"ק י"ד כתב ועוד י"ל דלענין גזל וטמון באש דמדינא לא שקיל אלא מן תק"ח הבו דלא לוסיף עלה והיכא דלא אמיד לא תקנו עכ"ל. והקצה"ח בס"ק ג' הקשה עליו מן סי' ע"ה סעיף י"ט בטענו כו' ואם הודה הרי הודה במקצת ומתוך שאינו יכול להשבע משלם ודוקא שטענו דבר שהוא אמוד בו כו'. הרי להדיא דאף בדבר שהוא מה"ת ג"כ הדין הוא בטוענו דבר שאינו אמוד דאינו יכול לתבוע ומוכח דעיקר החילוק הוא דאפוקי ממונא שאני עכ"ל:

ולענ"ד נראה ליישב קושייתו ע"פ הא דב"מ (דף ג' ע"ב) סלעים דינרין מלוה אומר חמש לוה אומר שלש כו' רבי עקיבא אומר אינו אלא כמשיב אבידה ופי' רש"י דה"ל למימר שתים דהשטר מסייעו כו'. וכמש"כ הנימוקי יוסף שם והריטב"א והשמ"ק בשם הרמב"ן להסביר זה ביתר ביאור דטעמא דחשיב לי' ר"ע הכא משיב אבידה טפי ממודה מקצת דעלמא דכיון דמסייע לי' שטרא יכול להעיז פניו כדאמר בכתובות כיון דאיכא עדים דמסייע לה מעיזה ומעיזה אבל במודה מקצת דעלמא אינו יכול להעיז ואע"ג דבמסקנא אוקימנא טעמיה דר"ע משום דמסייע לי' שטרא לאו למימרא כו' אלא מעיקרא ס"ל דסיוע בעלמא הוא דמסייע לי' ובמסקנא אמרו דסהדותא מעליא היא למיפטר משבועה כו' עכ"ל. [ועיין בהרא"ש ב"מ פ"א סי' ג' שכתב להוכיח מן הך דב"מ הנ"ל דע"א מסייע פוטר דכיון דפטרינן שם משבועה בסיוע שטר בעלמא אף שאין כאן עדות גמורה כו' וקצרתי]. הרי דמצינו דבשבועת מודה במקצת היכא דהוי סיוע קצת אף דלא הוי סיוע גמור מ"מ פטור מן שד"א ואמרינן דנאמן במיגו דה"ל כופר הכל כיון דלא שייך בכה"ג חזקה אין אדם מעיז פניו כיון דאית ליה סיוע כל דהו וע"כ ה"ל משיב אבידה שם. ולכן מה"ט התם בסי' ע"ה סעיף י"ט בתבעו דבר שאינו אמוד והודה במקצתו פטור מן שד"א משום דלא שייך בזה להחזקה דאין אדם מעיז פניו כיון דסברת מה שתובעו דבר שאינו אמוד מסייע להנתבע וע"כ הוי מצי להיות כופר הכל, ומה שהודה במקצת הוי משיב אבידה וכמו בהך סלעים דינרין דלוה אומר ג' דפטור מה"ט אף דמה דמסייע לי' שטרא לא הוי סיוע גמור. ולכן עדיין יש לומר כמש"כ הש"ך דבדבר שהוא מה"ת לא מפקיעין זכותו ע"י מה דלא הוי אמוד משום די"ל דאין זה סייעתא גמור רק דהוי סיוע קצת לענין לפטור משד"א גבי מודה במקצת. וממילא לא דיינינן התם להיות מחוייב שבועה ואינו

יכול להשבע משלם מה"ט כיון דלא שייך התם שד"א כלל מהאי טעמא ואינו קשה על הש"ך מהך דסי' ע"ה סעיף י"ט:

ד (שם סעיף ג'):

וי"א דבטוען גנובים הם דינו כטוען שאולים הם כו'. וכתב הסמ"ע בס"ק ל"ד הטעם דלא הוי מיגו להוציא כו' וכן הש"ך ס"ק כ"ב כתב לבאר זה. והנה בספרי נחל יצחק בקונטרסי בתפיסה בדרא דממונא סי' ג' בארתי בטוב טעם מפני מה מהימן הכא במיגו אף דהוי מיגו להוציא והעליתי דהטעם הוא כיון דחזקת מ"ק מסייע להבעלים ע"כ אמרינן בכה"ג אף מיגו להוציא ע"ש. והארכתי בחידושי שם בעז"ה ע"ש:

סימן צא

א (סעי' א' ש"ך ס"ק ג'):

דאף למ"ש לקמן סי' קמ"ט סעיף י"ד דלכאורה משמע מדברי הרב המגיד פ' י"ד מטוען דאין משביעין היסת ע"פ ברי של כו' עכ"ל: וזה לשון הרמב"ם פ' י"ד ה' טוען הל' ה' תחזור השדה לבעלים בלא שום שבועה שלא תקנו שבועת היסת אלא לישראל כו' שאין אכילתו ראיה עכ"ל. והמ"מ כתב שם טעם שאין טענת כו' טענה להשביע עליה כו'. והובא בסמ"ע סי' קמ"ט סעיף י"ד ס"ק כ"ג ובש"ך שם. והביא שם בשם הרשב"א דס"ל דחשבינן טענתו לטענת ברי ע"ש. ובאמת יש לומר דעיקר טעמו של הרמב"ם הוא עפ"י הא דב"ק (דף צ"ו ע"א) דלא עבדינן תקנתא לכל וה"ה בהך תקנה דשבועת היסת וכמש"כ כעין זה הקצה"ח בסי' ס"ו ס"ק ל"ב גבי תקנה דמכירת שטרות ע"ש. והא שכתב הרמב"ם בפ' י"ד מטוען שם דישראל הבא כו' אין אכילתו ראיה ומשמע דאף בזו אינו נשבע וכמש"כ המ"מ שם. י"ל דטעמו הוא דגם בכה"ג שייך סברא זו וכעין הא דב"ק שם דאמרו דזבניה לישראל דהבא מחמת כו' ה"ה כו'. והראב"ד בהשגות שם פ' י"ד מטוען שאם מכרה לישראל כו' שישבע כו'. והשיג על הרמב"ם שם בזה. ומשמע דלעיל מיניה היכא דלא מכרה כו' מודה דאינו נשבע. טעמו דס"ל כמש"כ לדמות זה להא דב"ק דלא תקנו תקנתא לכל אלא היכא דמכרה שאני משום דיש לחלק בין הך דמכרה להך דב"ק דזבניה לישראל והחילוק פשוט לכן קצרתי בזה. וכן במה שכתב הש"ך הכא ולקמן בסי' קמ"ט ס"ק י"ג בשם תשובת הרשב"א המובא בב"י סי' ע"ב מחודש י"ח ולקמן סוף סי' קפ"ה דס"ל דחשבינן טענתו לטענת ברי יש לומר דשא"ה דהוי עכשיו לטובת הישראל. והמ"מ שם פ' י"ד מטוען אתי עלה מהטעם דגם זה מקרי טענת שמא וכמש"כ הסמ"ע והש"ך בסי' קמ"ט בשם המ"מ. וכן הוא בסי' קע"ו סעיף ל"ו בסמ"ע ס"ק ע"ו ובש"ך שם

ס"ק מ"ט: אכן לפי מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ס"ו סעיף כ"ה לחלק דשאני היכא דהוי לתקנת המסחור דאינו דומה זה להך דב"ק ע"ש א"כ ה"ה הכא יש לחלק בזה. ובעיקר הך מילתא דכתבתי לדון ע"פ הא דב"ק (דף צ"ו) דלא עבדו תקנתא לכל. יש להעיר עפ"ז במה שכתב הרמב"ם ה' זכיי' פ"ט ה' י' בזה"ל אבל שכ"מ שציוה ליתן כו' מתנה אין שומעין לו שזה כמו שציוה לעבור עבירה עכ"ל וכן כתבו בח"מ סי' רנ"ו סעיף ג'. ואי נימא לכללא דלא תקנו לכל רק כו' א"כ בלא"ה לא מהני שם מתנת שכ"מ דהא לא תקנו לכל ע"כ אף היכא דלא הוי עבירה ג"כ אינו קונה. ואפשר לחלק דשא"ה דתקנו משום שלא תטרוף דעתו כו':

ה (שם סעיף ג'):

והנהוג בבתי הדינים לחייב שבועת היסת לכל מי שבא לתבוע את ישראל. וכעת אפשר לדון לפי המקומות דבדיניהם אינן מחייבין שבועה על תביעה בע"פ במשפטיהם א"כ זהו דומה למה דמבואר בב"ק (דף קי"ג ע"א) שבאו לדין אם אתה יכול לזכהו כו' בדיני כו' זכהו ואמור לו כך דינכם והובא בהרמב"ם פ' י' הל' מלכים ה' י"ב. א"כ ה"ה בנ"ד אף דנימא דנהגינן להשביע לכל מי שבא לתבוע משום דנקטינן דהדין הוא לחייב שבועת היסת אף בכה"ג מ"מ היכא דבמשפטיהם אין דנין לחייב שבועה על תביעה בע"פ א"כ הדין הוא לדון ולומר כך דינכם דאין מחייבין שבועה על טענה בע"פ:

והנה הרא"ש בב"ק פ"ק סי' י"ט כתב עלה דאמרו שם בני חורין כו' א"נ דשור של א"י שנגח כו' אין מוציאין ממנו אלא בעדים כשרים והובא בטור ח"מ סי' ת"ח ובסמ"ע שם. וקשה אמאי לא נימא בזה כך דינכם. ומצאתי בישו"ש לב"ק פ"ק סי' מ"א שהקשה זה ותירץ דאין אומרים כך דינכם רק להחזיק אבל לא להוציא והובא דברי הישו"ש בתוס' רעק"א למשניות בב"ק פ"א משנה ג' אות י"א. והנה לפי מש"כ הרמב"ם ה' נזקי ממון פ"ח דבדיניהם אין מחייבין על נזקי שור וכמש"כ המ"מ שם אין מקום לקושיות הישו"ש. אך לפי שיטת השגת הראב"ד שם שפיר הקשה והוכיח מזה כלל מחודש הלז. ויש להקשות על הכלל הזה מן ירושלמי לב"ק פ"ד ה' ג' על משנה שור של כו' בין תם בין מועד משלם כו' רב אמר ראה כו' חזקי' אמר הופיע כו' ר' אבוה בשם ר' יוחנן כדיניהם כו'. הרי להדיא מפורש בירושלמי בשם ריו"ח דאף להוציא דייניהם כדיניהם. וגם מוכח בירושלמי כשיטת הראב"ד דבדיניהם דייניהם לחייב על נזקי שור. ואפשר כיון דשארי אמוראי שם בירושלמי וכן בב"ק בש"ס דילן (דף ל"ז ע"ב) לא תירצו כן א"כ מוכח מזה דאין דנין כך דינכם להוציא. וכן הא אמרו בירושלמי שם לאחר דאמר ר' אבוה בשם

ריו"ח כדיניהן דר' אבהו לא על הדא איתאמרת אלא כהדא דתני ר' חייא כו'. ע"כ שפיר כתב הישי"ש להכלל הלז דשאני היכא דהוי להוציא:

ובעיקר מילתא אם אמרינן כך דינכם להוציא או לא נלע"ד דזה תלוי במה דמבואר בהרמב"ם פ"ט ה' מלכים ה' י"ד דעיקר מילתא דנצטוו על הדינין היינו שיושיבו דיינין לדון כו'. והכסף משנה שם כתב בשם הרמב"ן בפי' התורה בפרשת וישלח דצווי הדינין הוא להתנהג בהדינין ע"פ חוקי התורה כו'. אכן מדברי הרמב"ם משמע דעיקר התנהגות מצות הדינין הוא אף ע"פ חוקי הנימוסיות כו'. ולפי זה יש לדון דהך מילתא אי אמרינן כך דינכם להוציא או לא דזה תלוי בהך פלוגתא דאי נימא דהתנהגות הדינין הוא ע"פ חוקי דת התורה אז הדין נותן דלא אמרינן כך דינכם להוציא משום דהא עיקר מצות דינין הוא ע"פ מצות התורה וכיון דבדין התורה הוא פטור א"כ אין לנו כח לחייבו ולהוציא ממנו ממון שלא ע"פ דין התורה. והא דאמרינן כך דינכם זהו רק לפטור וזהו כעין גדר הפקעת כו' דלהחזיק שאני. ואפשר דמטעם זה פסק הרמב"ם בפרק יוד ה' מלכים ה' י"ב בענין כך דינכם דיראה לו דאין דנין כן כו' תושב כו' משום דאזיל לשיטתו דס"ל דעיקר צווי דינין הוא ע"פ חוקי הנימוסיות הקבועין ולכן לעולם דנין לו כדיניהם וכמש"כ הרמב"ם שם. אבל לשיטת הרמב"ן דעיקר מצות דינין הוא שיתנהגו ע"פ דיני התורה א"כ היכא דאומרים כך דינינו אין לחלק כו'. ואי נימא כמשמעות הרמב"ם דציווי הדינין היא ע"פ חוקי הנימוס אז הדין נותן לומר כך דינכם להוציא גם כן כיון דעיקר מצות דינין הוא על פי חוקי הנימוס:

ואפשר דלכן כתב הרמב"ם פ"ח ה' נזקי ממון ה' י"ג אין הנזקין משתלמין כו' אלא בראי' ברורה שלא תאמר הואיל ואין מצויין כו'. וזהו לתרץ מה דהקשה הרא"ש בב"ק (דף ט"ו) עלה דאמרו שם בני חורין כו' דמה אשמועינן בזה ותירוץ הרמב"ם הוא כמ"ש הרא"ש שם בתירוץ קמא וכמש"כ הלח"מ שם והובא בטור סי' ת"ח ובבית יוסף ובסמ"ע שם. ולא ניחא להרמב"ם לתרץ כמו שכתב הרא"ש שם בתירוץ השני הנ"ל משום דלשיטתו דאמרינן כך דינכם להוציא אינו יכול לתרץ כך. אך זה אינו הכרח לפי מ"ש לעיל בשם הרמב"ם פ"ח ה' נזקי ממון ה' ה' דאינן דנין לחייב על נזקי כו' א"כ אינו שייך כלל כך דינכם ולפ"ז נסתר זה ההוכחה. ובאמת גם לשיטת הרמב"ם יש מקום לתרץ כמו שתירץ הרא"ש בתי' השני. והרמב"ם חדא מינייהו נקיט משום דלא נחית לזה:

ועיקר הך מילתא אם מצות דינין הוא ע"פ דיני התורה או ע"פ חוקי הנימוס אמרתי מכבר דבר נחמד בזה ומצאתי כן בתשובת הרמ"א סי' יו"ד שכתב דזה תלוי בפלוגתת אמוראי בסנהדרין (דף נ"ו ע"ב) דר' יוחנן אמר ויצו אלו הדינין וכן הוא אומר כו' כי אתא ר' יצחק

תני איפכא כו' אלהים זו דינין דכתיב ונקרב בעל הבית אל האלהים כו'. דלמאן דס"ל למילף דדנין מן אלהים א"כ עיקר מצות דינין ע"פ חוקי דיני התורה כדכתיב אלהים בפסוק ונקרב בעל הבית אל האלהים דקאי על דיני התורה אבל לר' יוחנן דס"ל למילף דינין מן ויצו כו' א"כ יכול להיות מצות הדינין ע"פ חוקי הנימוס. ולכן לפי דהוכיח הרמ"א שם דהלכה כר' יצחק לכן הדין נותן דמצות דינין הוא ע"פ חוקי דיני התורה כמו דהאריך שם הרמ"א בתשובה. ולפ"ז נלענ"ד לומר דר' יוחנן דס"ל למילף דינין מן ויצו ומצות דינין הוא ע"פ חוקי הנימוס הקבועין ע"כ הדין נותן דאמרינן כך דינכם אף להוציא כיון דזהו עיקר הציווי. ולכן אמר ר' יוחנן בירושלמי בב"ק פ"ד ה"ג על משנה שור של כו' דזהו מטעם דכדיניהם דיינינן ואף להוציא דנין כן ואזיל ר' יוחנן לשיטתו בסנהדרין כנ"ל. אכן לדינא לפי מה דכתב הרמ"א בתשובה דקיי"ל כר' יצחק דיליף מן אלהים דעיקר מצות דינין הוא מן אלהים דהוא ע"פ חוקי דיני התורה ע"כ שפיר פסק הרא"ש וכפי מש"כ הישׁ"ש דלא אמרינן כך דינכם להוציא ואינו קשה ע"ז מן הירושלמי משום דהתם אמר זה ר' יוחנן ואזיל לשיטתו. וסעד לדברי הרמ"א בתשובה דפסק כר' יצחק דבסנהדרין (דף נ"ו). ראיתי במדרש בראשית פ' ט"ז דאמרו בשם ר' לוי דויצו זה עבודת כוכבים אלהים אלו הדינים ע"ש. א"כ ס"ל לר' לוי כר' יצחק וה"ל ר' יוחנן יחיד לגבייהו: ו (שם סעיף ד' ש"ך ס"ק ט'):

ועפ"ז יש מקום ליישב מה דהקשיתי כבר בהא דע"ג (דף ט"ו ע"א) דאמרו גזירה משום שאלה ומשום שכירות שאלה קנייה ואגרא קנייה ופי' רש"י בד"ה שאלה קנייה לימי שאילתה דכיון דחייב באונסין הרי היא שלו עכ"ל. והנה בח"מ סי' ש"א סעיף ט' א"י שהפקיד כו' אין לו דיני השומרים כו' ובסמ"ע שם ס"ק י"ב ומה"ט נמי אם היה הנפקד מתחלה כו' דאין לו דין שומר עכ"ל. וכ"כ הקצה"ח בסי' ע"ב ס"ק מ"ג ועיין בנתיבות שם ס"ק נ"ג ובמשובב נתיבות סי' ע"ב ס"ק נ"ג מזה. ולדברי הנתיבות דס"ל דחייב הא"י בדיני שומרים כמש"כ שם תקשה עליו מן הסמ"ע הנ"ל דכתב להדיא דאינו חייב. ויש ליישב דשא"ה בנידון דכתב הסמ"ע דמיירי דהיה בתחלה א"י ואח"כ כו' וכיון דעכשיו הוא ישראל לא שייך בזה הטעם שכתב הנתיבות שם. ולכן אינו סתירה מדברי הסמ"ע לדברי הנתיבות. אכן מן דברי רש"י בע"ג הנ"ל דכתב להדיא דמכי שאלה נתחייב באונסין. א"כ מוכח מזה כמש"כ הנתיבות ותקשה על הקצה"ח דכתב דאינו חייב בדיני השומרים דהא כתב רש"י להדיא דחייב באונסין בשאלה. ולכאורה היה אפשר לחלק דשאני שאלה דכל הנאה שלו ע"כ חיוב אונסין בשאלה נוהג לכל. ובפרט לפי דברי התוס' בכתובות (דף נ"ו) ד"ה הרי זו מקודשת כו' בסה"ד שם שכתבו לפרש למה דאמרו בב"מ (דף צ"ד) שאני

הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשיה א"נ ש"ה דחייבתו תורה כו' ושואל דכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם כו'. וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ג' בד"ה ובב"מ (דף צ"ד ע"א) כו'. אבל באמת זה אינו כי אין מקום לחלק בין שואל לשארי שומרים וכמבואר בכמה דוכתי וכמש"כ בחידושי לח"מ סי' צ"ו סעיף א'. ועוד דהא בפ' שואל כתיב ג"כ וכי ישאל איש מעם רעהו כו'. ולכן אין סברא לחלק כלל בין שואל לכל השומרים וע"כ שפיר מוכח מן רש"י דלא כהקצה"ח. וכן מוכח מן הרמב"ם פ' י"ג הלכות מכירה דין ז' ובח"מ סי' רכ"ז סעיף כ"ו גבי אונאה דכל עם מצווין להחזיר אונאה שלא יהיה חמור כו' וכמש"כ הסמ"ע שם בס"ק מ"ה וביש"ש לב"ק. וכ"כ התוס' בגיטין (דף י"ג) ד"ה במעמד ג' כו'. א"כ מוכח מכל זה דלא כהקצה"ח:

והנלע"ד די"ל דרש"י ס"ל דאמרינן כך דינכם אף להוציא ודלא כהיש"ש וכמש"כ לעיל לשיטת הרמב"ם דעיקר מצות דינים הוא ע"פ חוקי הנימוסיות הקבועין. ועיין בלח"מ פ"ט הלכות מלכים הלכה י"ד במש"כ לשיטת רש"י בסנהדרין ויש לדון הרבה בזה ואכמ"ל. וידעתי מש"כ הרמ"א בתשובה סי' יו"ד דרש"י ס"ל דהלכה כר' יצחק ע"ש אבל לדעתי יש לדון בדבריו ולכן יש לומר דרש"י בע"ג ס"ל כשיטת הסוברים בפירוש הדינים דהצווי הוא התנהגות חוקי הנימוסיות ולכן הדין נותן דאמרינן כך דינכם אף להוציא. ומהא דב"ק (דף ל"ז) אין סתירה לזה די"ל דאפשר דלא היה ברירא להש"ס איך הדין בדיניהם וכדחזינן באמת דהרמב"ם ס"ל דאינן מחייבין כו' וכמש"כ הרמב"ם פ"ח הלכות נזקי ממון וכנ"ל. ואף דמן הירושלמי לב"ק שם לא משמע כן כנ"ל עכ"ז מן ש"ס דילן בב"ק שם לא הוי סתירה לזה. ולכן שפיר כתב רש"י דבשאלה חייבין באונסין משום דזהו דין הנוהג לכל והדין הוא לומר כך דינכם אף להוציא. ולהרמב"ן דס"ל דמצות דינין הוא שיתנהגו ע"פ דיני התורה לא אמרינן כך דינכם להוציא ולכן שפיר כתב הקצה"ח דאינו נוהג דין שומרים לכל עם רק כו'. ודברי הסמ"ע בסי' ש"א ס"ק י"ב אתי שפיר לכל השיטות דהא מיירי שם בהיה הנפקד מתחלה כו' ואח"כ כו' א"כ לא שייך בכה"ג בלא"ה לדון בזה להך כך דינכם וכמש"כ לעיל. ומן לשון הרמב"ם פ' י"ג הלכות מכירה והמחבר בח"מ סי' רכ"ז סעיף כ"ו שכתבו הטעם שלא יהיה חמור כו' כנ"ל משמע דלא אתו עלה משום כך דינכם רק משום שלא יהיה חמור כו' א"כ משמע מזה דלא כהקצה"ח כנ"ל:

ועכשיו אבאר כוונת דברי רש"י בע"ג הנ"ל שכתב הטעם דלכן שאלה קנייה לימי שאילתה דכיון דחייב באונסין הרי הוא שלו דלכאורה קשה מי הכריח לרש"י לפרש הך טעמא דהא חזינן גבי שכירות דאמרו שם אגרא קנייה הרי דאף גבי שכירות דאינו חייב באונסין ג"כ ס"ל להש"ס מתחלה דקנייה. ועוד דהא ממה שחייב באונסין אין הכרח

לומר דקונה כמו דמבואר בב"מ (דף נ"ט ע"א) על הא דאמר רב הונא השואל קורדם בקע בו קנאו כו' אילימא לאונסין כו' אלא לחזרה כו'. וכעין זה הוא בקידושין (דף מ"ז). א"כ אין זה הוכחה לומר דמדקני לאונסין דיהיה שלו דהא אינו ראיה מחיוב אונסין:

והנלע"ד בכוונת רש"י דהיה קשה לרש"י על מה דקאמרי סתמא דגמ' שאלה קנייה דמאיזה טעם יהיה קונה בשאלה הא שיטת רש"י ידוע דפוסק לדינא כר"ל דמשיכה מפורשת מה"ת כמבואר בפרק השוכר את הפועל (דף ע"א) בתוס' ד"ה רב אשי אמר כו' וביו"ד סי' ש"ך. א"כ לפי שיטתו קניות הא"י הוא בכסף ולא במשיכה א"כ קשה איך אמרו הכא בפשיטות שאלה קניי' והא לא קנהו במשיכה. בשלמא הא דאמרו אגרא קנייה אתי שפיר משום דקנהו ע"י קנין כסף דיש בשכרה משא"כ בשאלה דליכא כסף שם. וכבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף זיי"ן להוכיח דרש"י ס"ל כשיטת הרמב"ן דאין לחלק בין מכר דאיכא כספא למתנה דליכא כספא אלא בכל גווני אם נימא דהדין הוא דבמכירה אינו קונה משיכה דה"ה במתנה אינו קונה משיכה וכמבואר ברש"י שם ד"ה פרדשני כו' וע"ש בתוס' ד"ה פרדשני כו'. א"כ ה"ה שאלה אף דליכא כספא שם מ"מ אינו נוהג בו קנין משיכה כיון דהדין הוא דבעינן בא"י קנין מעות דווקא ומשיכה אינו קונה ביה:

ובספרי באר יצחק שם הארכתי לבאר הא דב"מ (דף צ"ט) דאמר ר' אלעזר כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים ובשיטת ר' אמי דשם דס"ל דמשיכה קונה בשאלה מה"ת וכתבתי דיש לחלק בין מכירה ומתנה דהוי קנין עולמית לשאלה דאין זה קנין עולמית ע"כ לא שייך ביה קנין משיכה. ועיין שם במה שהבאתי בשם השמ"ק לב"מ שם בשם הריטב"א. ונקדים הא דח"מ סי' ל"ט סעיף י"ז דהביא שם שיטת הר"י בן מיגש והרמב"ן דס"ל דהיכא דיש שם שעבוד נכסי ה"ל כמו חליפין ולכן ס"ל דאחר שכתב השטר דזכה המלוה בשעבוד נכסי של הלוה דאין המלוה יכול לחזור בו וכמש"כ הש"ך שם בס"ק מ"ט. ועיין באה"ע סי' כ"ט סעיף וא"ו ובב"ש וח"מ שם דהביאו פלוגתת הראשונים אם שט"ח שמתחייב א"ע ה"ל כמו כסף או דכיון דהוי אגיד גביה אין דינו ככסף. והקצה"ח בסי' ל"ט ס"ק ח' ובנתיבות שם האריכו בזה וכן הקצה"ח בסי' ק"ץ ס"ק ו' האריך הרבה אם חיוב שמתחייב א"ע ה"ל כמו כסף או לא והביא להך דקידושין (דף ה') ופי' רש"י שם דס"ל דחיוב שמחייב א"ע ה"ל כמו כסף. וי"ל דה"ה בדין קנין חליפין והדברים ארוכין ואכ"מ:

והנה הש"ך בסי' ל"ט ס"ק מ"ט שם הקשה על שיטת הר"י בן מיגש והרמב"ן מהא דקידושין (דף מ"ז) ומן ב"מ (דף צ"ט) דר"ה ס"ל השואל קורדם בקע בו קנאו כו' ור' אלעזר

ס"ל דמצד תקנה אתי עלה. הרי דאף דזכה המשאיל בשעבוד נכסי של השואל אפ"ה לא ה"ל זה כמו חליפין והאריך בזה. ואכתוב כאן קוטב דברי האו"ת שם בס"ק כ"ז בשינוי לשון קצת וזהו דעיקר הך מילתא תלוי במה דפליגי אמוראי בב"ק (דף קי"ב) ובכתובות (דף ל"ד) אם נכסי שומר משתעבדי מעידן משיכה או מעת אונסין וגניבה כי זהו פלוגתת הראשונים המובא בסי' שמ"א סעי' ד' בסמ"ע וש"ך שם איך קיי"ל לדינא בזה. א"כ י"ל דלמאן דס"ל דמשעת אונסין נשתעבדו נכסיו ע"כ אין בזה דין חליפין ולכן ס"ל לרב הונא דוקא בקע בו קנאו וכן ס"ל לר' אלעזר רק משום תקנה דתקנו משיכה בשומרים כו' אבל מ"ד דמעת משיכה נשתעבדו נכסי י"ל דס"ל מה"ט דמה"ת קונה משיכה בשאלה משום דה"ל כמו חליפין. ואפשר דזהו טעמו דר' אמי דס"ל שם המשאיל קורדם כו' דס"ל דנקנית במשיכה מה"ת וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ע"ט). וי"ל דאף ר' אמי ס"ל דמה"ת לא שייך משיכה בשאלה כיון דאינו קנין עולמית רק משום דס"ל נכסי שומר מעת משיכה עשתעבדי וה"ל כמו חליפין ולכן קונהו במשיכה כן הוא קוטב דברי האו"ת שם:

ולפ"ז אתי שפיר כוונת רש"י במה שכתב לבאר דלכן שאלה קנייי דכיון דחייב באונסין ה"ה שלו. משום דהיה קשה לרש"י על מה דאמרי בסתמא דגמ' בפשיטות שאלה קנייי דהא לדינא לפי שיטתו דפוסק כר"ל דמשיכה מפורשת מה"ת א"כ אינו קונה הא"י את השאלה ע"י קנין משיכה. בשלמא הא דאמרו שכירות קנייי י"ל דקונהו מן דין כסף אבל בשאלה הא אין כאן קנין כסף. ומזה מוכיח רש"י די"ל דס"ל להש"ס לדינא דאמרינן כך דינכם להוציא וע"כ חייב באונסין מן הדין. וס"ל להאי סוגיא דנכסי שואל משתעבדי מעת משיכה וכמש"כ לעיל בשיטת ר' אמי והרמב"ם פסק להלכה כר' אמי [ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ח' מזה וכן תעיין בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ג']. לכן ס"ל להך סוגיא לדינא דמשיכה בשאלה קונה לכל בתורת קנין חליפין משום דזוכה מיד בשעבוד נכסי ע"כ ממילא קונהו השואל להך שאלה. והתוס' בקידושין (דף ג') בד"ה ואשה בפחות מש"פ כו' כתבו בשם הר"ת דקנין חליפין שייך בכל עם ועיין בח"מ סי' קכ"ג סעי' י"ד ובש"ך שם. ולפ"ז יהיה מוכח מן שיטת רש"י דס"ל ג"כ כשיטת הר"ת בזה. [אך זה יש לדחות די"ל דהכא שאני דה"ל דין חליפין שוה בשוה ואפשר לחלק בזה או דאפשר לומר דהכא נחתי בתורת קנין כסף דשייך ג"כ בזה וקצרתי]. וכן יהי' מוכח לפ"ז מהך סוגיא דאמרינן כך דינכם אף להוציא ולכן אמרו בפשיטות שאלה קנייי ואתי שפיר דברי רש"י בעז"ה. ועכ"ז לשיטת הסוברים דלא אמרינן כך דינכם להוציא אין להקשות מהסוגיא הלז דאמרו בפשיטות שאלה קנייי. משום די"ל דס"ל כמו שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ח' בשיטת ר' אמי דס"ל בב"מ (דף צ"ט) דמשיכה

קונה מה"ת בשאלה [לכל העם] משום דהיכא דליכא כספא משיכה קונה בפשיטות מה"ת ולכן א"ש אף לשיטת הסוברים בסוף סי' ל"ט דאף שנכתב השטר וזכה המלוה בשעבוד נכסי עכ"ז יכול המלוה לחזור בו משום דס"ל דשעבוד נכסי אין דינו כמו חליפין וכמש"כ הש"ך שם להוכיח מהסוגיא דב"מ (דף צ"ט) בהמשאיל קורדם כו'. עכ"ז א"ש מה דאמרו בהך סוגיא דשאלה קניי' משום דס"ל ג"כ כמש"כ דשאני היכא דליכא כספא כנ"ל. וכש"כ לשיטת הפוסקים כריו"ח דד"ת מעות קונה מן לעמיתך כו'. אכן מן שיטת רש"י מוכח דס"ל דאמרינן כך דינכם להוציא ג"כ. גם י"ל כשיטת הרמב"ם דמשום שלא יהיה חמור כו':

ענף א:

וביו"ד סי' קל"ב סעי' א' א"י שנגע ביין מותר ליקח דמיו כו' וכתב הש"ך שם ס"ק ב' דאפילו אסרו בשוגג מותר ליקח דמיו כו' וכ"כ הרשב"א והב"ח עכ"ל. ואפשר דטעמם הוא דאף דע"פ דין פטור בנסכו בשוגג מ"מ חייב משום כך דינכם להוציא ג"כ. ולפ"ז י"ל לפי מש"כ הבית יוסף שם דמן הרמב"ם משמע דדוקא בנתכוין להזיקו מותר ליקח דמיו וכ"כ הב"ח שם בשם הרמב"ם ע"ש. דיהיה מוכח מן הרמב"ם דיהיה ס"ל דלא אמרינן כך דינכם להוציא. וכן הוא שיטת התוס' בפרק ר' ישמעאל (דף נ"ט ע"ב) ד"ה א' רב אשי כו' דמורה שם דס"ל דדוקא בנסכו במזיד חייב לשלם כדתנן בהנזקין המנסך במזיד חייב כו'. ומשמע דסבירא ליה גם כן דלא אמרינן כך דינכם להוציא. והנה לעיל כתבתי בשיטת הרמב"ם להיפך משום דס"ל דעיקר מצות דינין הוא כו'. אכן באמת אין הכרח מזה לפי מה דראיתי בחי' הריטב"א פ' ר' ישמעאל (דף נ"ט) בד"ה אמר רב אשי כו' שכתב בתחלה בשם יש אומרים דדוקא בנסכו במזיד אבל בנסכו בשוגג אסור למישקל דמי מיני' כיון דבדינינו כה"ג פטור כו' ויש דוחין כו' וזה דעת מורי הרא"ה ז"ל דלעולם מותר ליטול דמי' ואפילו עשה בשוגג וגם הוא פטור בדיניהם וטעמא נפקא לקמן כו' עכ"ל הריטב"א. הרי שכתב להדיא דפטור בדיניהם בזה ע"כ לא שייך לדון בזה להך כך דינכם כלל. וע"כ מוכח מה דס"ל לחייב אף בנסכו בשוגג כמש"כ הרא"ה והש"ך והב"ח דלא אתו עלה מטעם כך דינכם רק מטעם אחר. וכמו שראיתי בחתם סופר על מסכת הנ"ל בפרק ר' ישמעאל (דף נ"ט) שם טעם אחר במה דשרי למשקל דמי אף דהיה שוגג ע"ש:

והתוס' פ' השוכר את הפועל (דף ע"א ע"ב) הקשו על רש"י דאם כן לא יתחייב לשלם גזלו בשום ענין. ועיין בעירובין (דף ס"ב ע"א) בתוס' שם מזה. ולפי שיטת הרא"ש והיש"ש דס"ל דלא אמרינן כך דינכם להוציא שפיר הקשו. אכן לשיטת הסוברים דאמרינן כך

דינכם להוציא י"ל בזה ג"כ דמן כך דינכם מחייבינן על הגזל. ויש הרבה נפ"מ בין החיוב מצד כך דינכם כו' וקצרתי. ועפ"ז הארכתי הרבה בסוכה (דף ל') בסוגיא שם דא"ל רב הונא להנהו אוונכרי כי זבניתו אסא כו' וקרקע אינה נגזלת כו' ליישב מה דיש להקשות מזה על הסוברים דמהני יאוש בקרקע ועיין בח"מ סי' שע"א ובש"ך שם. וגם הארכתי הרבה עפ"ז בתירוץ קושיות הט"ז באו"ח סי' תרס"ד ס"ק וא"ו דלמה השמיטו הראשונים מימרא דר"ה. ולפי שאין להאריך בענינים הללו ע"כ קצרתי בכל זה:

וביו"ד סי' קס"ט סעי' ג' וכן אם העמידו כו' ואמר הניחם ע"ג קרקע וכן עשה ונסתלק ולקחן השני משם מותר. ובט"ז וש"ך שם הקשו דהא בגמ' אי' הניחם ע"ג קרקע והפטר וכתב הב"י דזהו לאו דוקא וקשה מנלן להטור לפרש כך דהא מצינו בח"מ סי' ק"כ דבאומר זרוק לי חובי עדיין חייב הלוה באחריות כו'. וכמבואר בב"ק (דף צ"ג) דבאתי לידי' בתורת שמירה אף דאמר קרע את כסותי חייב ע"ש. ולענ"ד יש ליישב דברי הטור משום דס"ל לחלק דדוקא ע"פ דין התורה הדין הוא דהיכא דאתי לידי' לא מהני קרע את כסותי או זרוק לי חובי. אבל אותן שאין דנין ע"פ דיני התורה רק ע"פ חוקי הנימוס הדין הוא דמיפטר באמר קרע כו' או זרוק כו'. לכן שפיר ס"ל להטור דהך והפטר דאמרו בגמ' הוא לאו דוקא משום דמיד דאמר הניחם ע"ג קרקע מיפטר מן האחריות משום דאמרי' כך דינכם להחזיק לכ"ע וכיון דמיפטר מן האחריות אין בו איסור רבית כמבואר בכל הסוגיא דב"מ (דף ע"א):

והא דב"מ (דף ע"א ע"ב) דאמרו וכיון דדיני' כו' דאזיל בתר ערב איהו ניהו דקא שקיל ריביתא א"ר ששת שקיבל כו'. ולא אמרו שם לדון בע"כ משום כך דינינו להחזיק משום דמי צאית כמו דאמרו להדיא בערכין (דף כ"ב ע"א) אילימא בב"ח כו' מי ציית כו' דמשמע באמת דאם היה ציית היינו דנין כן ליפטר. וכן בהא דב"מ (דף ק"ח ע"ב) דאמרו זבין כו' ודאי לאו בר ועשית הישר והטוב דזהו ג"כ מה"ט דמי ציית כנ"ל. ולהסוברין דלא דיינינן כן להוציא א"ש זה בפשיטות משום דהתם הוי זה להוציא. ועיין באו"ת סי' ק"י ס"ק ג' שכתב להעיר בהא דערכין (דף כ"ב) הנ"ל על דברי הרמ"א בתשובה סי' יו"ד הנ"ל וכתב לחלק דשאני מילתא דרבנן דלא נצטוו ע"ז משא"כ בדין התורה ע"ש. ויש להקשות עליו מהא דגיטין (דף י"ג ע"ב) בתוס' ד"ה במעמד שלשתן כו' שכתבו דאם הנותן כו' נראה דקנה דאם ממונו כו' הפקיעו ע"י מעמד ג' כו' כש"כ ממון כו' וכ"כ הרא"ש והר"ן והטור והש"ע בסי' קכ"ו הרי להדיא דאף בתקנת חז"ל דיינינן כן לכל עם: והנה התוס' והרא"ש לגיטין שם כתבו בזה"ל ועוד דבדיניהם דיינינן ליה כו' ע"ש. א"כ מוכח משם דס"ל להתוס' והרא"ש דאף היכא דלא הוי להחזיק ג"כ דיינינן להך דכך

דינכם. ואפשר לחלק דאף דלא הוי התם להחזיק עכ"ז גם להוציא לא מקרי זה דהא הממון מונח ביד אחר. ועוד יש לחלק דשא"ה דהא בדינינו הוי קנין מעליא הך דמעמד שלשתן וגם בדיניהם הוי זה לקנין מעליא ע"כ שפיר כתבו התוס' והרא"ש שם דכדיניהם דיינינן ליה. אבל היכא דלא הוי רק בדיניהם ולא בדינינו עדיין יש לחלק דלא דיינינן כך דינכם להוציא ממש וע"כ אינו ראיה מהתוס' והרא"ש לזה: נחזור לענינינו דמוכח מן התוס' והרא"ש דס"ל דאף לתקנתא דרבנן דיינינן לכל עם ואף היכא דלא הוי להחזיק ממש וכש"כ היכא דהוי להחזיק ממש כמו בנידון הך דערכין בתקנתא דאין נזקקין ליתומים קטנים דהוי להחזיק ממש וודאי דיינינן לכל עם ודלא כהאו"ת. ולכאורה יש להוכיח כסברת האו"ת הנ"ל מהא דח"מ סי' רפ"ג סעי' א' שכתבו שם דאינו יורש את אביו כו' אלא מדבריהם שמא יחזור כו' ותנאי מועיל בירושה זו הואיל ואין כו' מחוייב לעמוד בתקנת חכמים וזהו מן הרמב"ם פ"ו ה' נחלות דין ט'. הרי מבואר להדיא דלא דיינינן לתקנת חכמים לכל וזהו כדברי האו"ת. אבל באמת אין זה ראי' כלל לדברי האו"ת דשא"ה דעיקר תקנת חכמים היה משום שמא יחזור כו' וע"כ היכא דהתנה המוריש שלא יהיה יורשו רק אחרים יירשו אותו בזה לא שייך החשש דשמא יחזור כו' משום זה דהא אף אם יחזור כו' לא יהיה יורשו כיון שציוה המוריש דלא יהיה יורשו רק תנתן הירושה ליורשים אחרים ואז בשום בתי דינין לא יהיה יורשו ולא יהיה לו תועלת כלל להשיג ירושה ע"י מה שיחזור כו'. וכיון דלא שייך הטעם דהתקינו דיהיה יורשו ע"כ שפיר אמרו דאינו מחוייב לעמוד בתק"ח. [וגם הא על המוריש לא היה התקנה רק התקנה היה על היורש שיהיה יורשו אך זה יש לדחות דהא אין זה במשמעות הלשון דאמרו שם דאין כו' מחוייב לעמוד בתקנת חכמים וע"כ העיקר כמש"כ למעלה לחלק]. ולכן כיון דאמרו כל הראשונים לדון לתקנתא דמעמ"ג לכל ע"כ מוכח דלא כהאו"ת. אכן לפי מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ס"ו סעי' כ"ה לחלק דהיכא דהוי משום תקנת התגרין והמסחור שאני בכזה ע"ש. ע"כ ה"ה הכא יש לחלק דשאני בתקנת מעמ"ג דנתקנה משום תקנת המסחור ותקנת השוק ע"כ דיינינן לזה לכל עם. משא"כ בהתקנה דאין נזקקין ליתומים קטנים כו'. ועוד יש לחלק דשאני היכא דהוי בדרכי הקנין כמו מעמד שלשתן דברצונו הטוב קיבל ע"ע לעשות קנין זה המועיל עכ"פ מדרבנן א"כ לא גרע זה מן סמטותא המועיל עכ"פ מצד מנהג ע"כ מהני קנין זה לכל עם. משא"כ בענין תקנתא דרבנן כמו הך דאין נזקקין ליתומים קטנים דמעולם לא קיבל זה ע"ע. לכן שפיר כתב האו"ת בזה דלא דיינינן להך תקנתא לכל עם. כן יש לחלק דלא תקשה על האו"ת מהך דמעמד ג' ויש להאריך בזה ועת לקצר בכ"ז:

ובמה שהובא לעיל למה שמבואר בח"מ סי' רכ"ז סעי' כ"ו דכל עם מחוייב להחזיר האונאה שלא יהיה חמור כו' וכמש"כ הסמ"ע שם. ולכאורה יש להעיר ע"ז דלפ"ז גם ברבית ג"כ יהיה הדין כן דנידון גם שם להטעם שלא יהיה חמור כו' ובאמת הרי אמרו גבי רבית דגובין וכמבואר בב"מ (דף ע"ב) ובשא"ד וביו"ד סי' קס"ט סעי' י' ובסי' קע"א. אבל באמת אין זה קשה כלל דשאני ברבית דמפורש להדיא בתורה דשרי להו וכמבואר בב"מ (דף ע' ע"ב) ובתוס' ד"ה תשיך כו'. והובא בתומים סי' ק"י ס"ק ג' לדברי התוס' הנ"ל בקצרה ע"ש. וזה פשוט. וכן יש להעיר בעיקר הכלל שלא יהיה חמור כו' בהך דפסחים (דף ל"א ע"ב) דס"ל לת"ק ישראל כו' אבל ישראל כו' לא קני ור"מ סבר ישראל כו' קני ישראל כו' לא כש"כ. ובטעמו דר"מ י"ל דזהו משום הך כללא שלא יהיה חמור. א"כ לכאורה יש להוכיח מן הת"ק דלא ס"ל כן דלא קיי"ל להך כללא דשלא יהיה חמור. אכן יש לחלק דשא"ה גבי קני משכון דאין זה זכות כ"כ במה דקני משכון דאף דהוי זכות מזה לאיזה ענינים מ"מ אין זה זכות גדול כ"כ וע"כ לא דיינינן שם להך כללא. משא"כ היכא דדיינינן בעיקר החיוב או דפטור לגמרי בזה דיינינן שפיר לכ"ע להך כללא דשלא יהיה חמור:

ענף ב:

וה"ה אם אמר הלויני מנה ופרע לבע"ח כו'. ש"ך ס"ק ז' לא תימא דוקא לחנוני תקנו כן מפני שרגיל להקיף כו' ודלא כהמ"מ בשם יש מי שכתב ומביאו בב"י עכ"ל. וז"ל המ"מ פ' ט"ז הל' מלוה הל' ה' ויש מי שכתב שדין משנתינו אינו אלא בחנוני דוקא שתקנו לו אבל בשאר שליחות אם אמר תן לפלוני כך וכך מעות בשבילי ואמר נתתי אינו נשבע ונוטל אלא צריך להביא ראיה כיון שאנו מסופקים בעיקר הדבר אם עשאו אם לאו עכ"ל. וז"ל הב"ח ס"ק א' אבל המ"מ כו' נראה די"ל דאין חייב לשלם לשליח דה"ל כא"י אם הלויתני ודוקא גבי חנוני עשו תקנה לפי שדרך החנוני ליתן לבעה"ב בהקפה כו' וכיון שכך דרכו של בעה"ב להאמינו לחנוני על פנקסו וכמ"ש כו' לפיכך עשו תקנה לחנוני כו' ושיהא נאמן על פנקסו כו' אבל בשליחות אחרת לא עשו תקנה אלא הניחוהו על דין תורה אבל דעת בעה"ת ורבינו כו' ה"נ חנוני לאו דוקא כו' והכי נקטינן עכ"ל הב"ח. והובא בקצרה בבאר הגולה ס"ק ה':

ובב"מ (דף נ"ח) בני העיר ששלחו שקליהן נשבעין לגיזברים כו' א' שמואל הכא בנושא שכר ונשבעין ליטול שכרן כו' וכן קיי"ל לדינא בסי' ס"ו סעי' מ"ם ובסי' ש"א סעיף א' ובש"ך סי' ש"ג ס"ק ה' בשם המ"מ. ולכאורה קשה דאמאי נאמן הש"ש בשבועה להוציא שכר שמירתו הא ה"ל א"י אם נתחייבתי דפטור דהא אנו מסופקים בעיקר חיוב

השכירות דהא לא נתחייב השכירות רק ע"מ שישמור כראוי כמש"כ רש"י בב"מ שם ד"ה אגרייהו כו' וע"מ כן נוטלין שכר כו'. א"כ צריך השומר להביא ראיה שנתקיים התנאי כמבואר בסי' רמ"א סעיף י' דמתנה בתנאי דקום ועשה על המקבל להביא ראי' שנתקיים התנאי וכ"כ בסי' מ"ו בש"ך ס"ק ק"ז. וכן מבואר באה"ע סי' ל"ח סעי' ל"ט. ואף להיש אומרים דשם דס"ל דאף בקום ועשה נאמן כל שאין כנגדו מכחישו. הלא כתב המקנה שם דדוקא גבי קידושין דלא שייך התם חזקת ממונא בזה ס"ל כן וחזקת פנוי' הא איתרעי אבל בממון מודה למש"כ הר"נ שם דה"ל כא"י א"נ דפטור. א"כ קשה דאמאי נאמן השומר לומר דקיים תנאו ושמר כראוי וליטול שכרו וכש"כ הכא דאיכא ריעותא לפנינו שאין החפץ לפנינו. והא ה"ל א"י א"נ ושם בב"מ שמואל אמר דנשבעין ליטול שכרן ובב"ק (דף מ"ו) אמרו דס"ל לשמואל דאף ניזק אומר ברי ומזיק שמא דהממע"ה ועיין בתוס' שם ובכתובות (דף י"ב): והנראה לי דלכן אמרו דנאמן הש"ש שנאנס ונוטל שכרו דמשום תקנת חנוני נשבע ונוטל נגעו בזה דכמו שנאמן חנוני להיות נשבע ונוטל לומר שקיים שליחותו מה שקיבל ע"ע ליתן ע"פ ציווי של הבעה"ב דה"ה מה"ט נאמן לומר דנאנסו ויהא נוטל שכרו משום דשמר כהוגן וטרח בי' ע"פ ציווי של המפקיד דמה לי אם הוציא ממון ע"פ או דטרח בה ע"פ. אך אי מהימן מה"ת לומר דנאנסו וליטול שכרו יש לומר דזה תלוי בפלוגתת הראשונים המובא בסעי' ב' ובש"ך ס"ק י"ב דהרמב"ם וסייעתו ס"ל דחנוני נוטל מדינא משום דה"ל ברי וחזקה שליח עושה שליחותו כמש"כ הבעה"ת בשם הרב ר' יוסף אבן פלאט. [והטעם שכתב הש"ך מתחלה משום דס"ס תיפוק ממונא מרשותו כו'. כבר דחה זה האו"ת בס"ק ג' וכן מוכח מכ"ד וקצרתי]. א"כ ה"ט שייך ג"כ בש"ש נשבע ונוטל דגם התם שייך לדון הך חזקה שליח עושה שליחותו למה שקיבל עליו לשמור החפץ וסמך חבירו עליו. ע"כ ה"ל ברי של השומר בצירוף החזקה דשליח עושה כו' דנאמן מה"ט אף מה"ת להוציא ממון. ולשיטת החולקים דס"ל דחנוני נוטל לאו מדינא הוא אלא מצד התקנה הימנוהו כיון דהבעה"ב ציוה לו ליתן הממון וטוען דנתן כן ע"פ ציווייו. א"כ מה"ט נאמן הש"ש לומר דשמר החפץ כהוגן וטרח בשמירתו ע"פ ציווי של המפקיד. וגם הא לא שייך לומר בשומר דה"ל לשמור בעדים א"כ הוי זה כש"כ מן חנוני. וראיתי בפני יהושע בב"מ (דף נ"ח) שכתב בקצרה להסתפק אם השומר נאמן מה"ת ליטול שכרו בלא שבועה או דאף בשבועה אינו נאמן ומסיק דמה"ת נוטל שכרו בל"ש ורק חז"ל תקנו שישבע ע"ש. ולא העיר כלל בכל מש"כ. והנה רע"א זצ"ל בכתבים סי' קע"ה הקשה בהא דשבועות (דף מ"ה) דאמרו ש"ש דחייב רחמנא היכי משכחת לה. דבש"ש לא שייך מיגו דלהד"ם דיותר טוב לו לומר שנאנס

כדי שיטול שכרו ואף דאין זה קשה אך העיר שם כמה ענינים עפ"ז. אכן אי נימא דמשום תקנת חנוני נגעו בי' א"כ אין מקום לדבריו דהא אמרו שם ש"ש דחייב רחמנא היכי משכחת ורבא קאמר שם זה ומצינו בב"ב (דף קל"ה) דס"ל לרבא דמנה לי בידך והלה אומר א"י דפטור. ומדוקדק לפ"ז הלשון שאמרו דחייב רחמנא כו'. אך לשיטת הרמב"ם וסייעתו דחנוני נוטל מה"ת שפיר י"ל דה"ה ש"ש נאמן מה"ת ליטול שכרו ושפיר כתב הגאון הנ"ל. והעיקר כי זה תלוי בפלוגתת הראשונים הנ"ל:

והא שצריך הש"ש לישבע וליטול אף לשיטת הרמב"ם והמחבר דהיכא דאינו משלם אלא תשלום א' גם החנוני א"צ לישבע משום דנוטל מדינא. י"ל דשאני שומר לפמש"כ הש"ך בס"ק א' לחלק דדוקא התם שחייב תשלום א' מהן אבל היכא שיכול להיות שאינו חייב שום תשלום בזה צ"ש אף להרמב"ם. א"כ מה"ט צריך הש"ש לישבע משום דילמא לא שמר כהוגן ואינו חייב כלל. [ובפרט במקום ריעותא דאין החפץ לפנינו וגם הא איכא פסידא להמפקיד שנאבד החפץ שלו וכן בכל הדברים נשבע השומר ליפטר ג"כ ע"כ אף היכא דפטרתו התורה מלישבע מ"מ היכא דבא ליטול תקנו חז"ל שישבע]. ואף לפי הנראה מן דברי בעה"ת שהובא בש"ך ס"ק י"ב דהיכא דאיכא ברי ושמא בצירוף חזקה שליח כו' א"צ לישבע כלל בשום גווני היכא דליכא מאן דמכחיש לי'. עכ"ז יש לחלק דשאני בש"ש דטוען נאנסו דמירי הסוגיא דב"מ שם. דנאנסו לא שכיח כמש"כ התוס' ב"ב (דף ע'). ועיין בש"ך סי' ק"ח ס"ק ח' א"כ הרוב מנגדת לטענת השומר דטוען נאנסו ע"כ צ"ש דרוב עדיף מן ברי דע"א במקום חזקה אינו נאמן וה"ה במקום רוב דעדיף מחזקה. ועיין בפני יהושע כתובות (דף ט"ז) ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז. וע"כ כמו דבהכחשת בע"ד צ"ש ועיין בש"ך ס"ק י"א.. ה"ה במקום דהרוב מנגדתו לכ"ע צ"ש. ויש להאריך בכ"ז:

ולפי דעת יש מי שכתב שהביא המ"מ דדוקא בחנוני תקנו שיהיה נוטל אבל בשארי שליחות עליו להביא ראיה כיון שאנו מסופקים בעיקר הדבר אם עשאו. א"כ תקשה מנלן להו הא שאמרו דנשבעין ליטול שכרן והא דוקא בחנוני תקנו כן. ולפמש"כ הש"ך סברת החילוק בין חנוני כו' מפני שרגיל להקיף. ע"כ י"ל דמה"ט ה"ה שומר שדרכן בכך ע"כ דימו זה לתקנת חנוני לכ"ע אך לפי הנראה מלשון הב"ח דעיקר החילוק הוא דמעלת החנוני הוא מחמת פנקסו א"כ עדיין יש לדון בזה. ואפשר לומר דאף להסוברים דחנוני אינו נוטל מדינא אף דיש שם חזקה שליח כו' מ"מ טעמם הוא דס"ל דלא שייך בחנוני החזקה שליח כו' דיכול להיות דחזר מן הבטחתו שהבטיח להלוותו דאימר חקר דלאו בטוח הוא או שמא לא היה לו אז מעות או כה"ג ובפרט בנתינה מרובה דלא הוי אף

מחוסר אמנה. ועיין באו"ת ס"ק ג' ובנתיבות סי' קפ"ג ס"ק ה'. אבל בשומר דנשתעבד מה"ת להיות יושב ומשמר וא"י לחזור מה"ת ע"כ הוי בי' הך חזקה לחזקה אלימתא. ושייך ביה חזקת כשרות ג"כ בהך ספק לשעבר דאנו דנין ולכן מהני ברי שלו להוציא שכרו לכ"ע. ויש לדון בזה טובא. והעיקר נראה לי להוכיח מזה כהסוברים שלא לחלק בין חנוני לשארי שלוחים בהך תקנה. ואחר כותבי כ"ז ראיתי בספר הכתב והקבלה לחומש פ' משפטים כ"ב פסוק י"ד שכתב לפרש כוונת הפסוק אם שכיר הוא בא בשכרו דזהו להורות דש"ש נאמן ליטול שכרו ע"ש. אבל באמת הא מבואר במכילתא שם דהך אם שכיר כו' קאי בשוכר ולא בש"ש וכמו שכתב רש"י שם. ופרשה שניה נאמרה בש"ש כמבואר בב"מ (דף צ"ד). אבל הך אם שכיר מירי בשוכר וכן משמע מכ"ד. ועיין בתוס' ב"ק (דף ד' ע"ב) ד"ה ש"ח כו' וקצרתי והעיקר כמו שכתבתי דמתקנת חנוני נגעו ביה:

ענף ג:

מי שהוציא הוצאות ברשות חבירו נשבע התובע ונוטל כו'. וכעין זה מבואר לקמן סי' שע"ה סעיף ח' כל מי ששמין לו בין שהיה ידו על העליונה כו' אינו נוטל עד שישבע בנק"ח כו':

ענף ד:

מקור הענין הנ"ל הוא בכתובות (דף ע"ט) המוציא הוצאות על נכסי אשתו ישבע כמה הוציא ויטול. ולכאורה י"ל דמה"ת דינו ליטול כיון דידוע שהוציא מקצת א"כ ה"ל כמו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. אך באמת ז"א לפי מה שהעלה הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"א דאף לשיטת הרמב"ם וסייעתו דגם בלא ה"ל למידע ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מ"מ היכא דהתובע מודה דהנתבע אינו יודע דבזה לא ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. א"כ הכא במוציא הוצאות אף אם ידוע שהוציא מקצת מ"מ לא ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כיון דהתובע מודה דהנתבע אינו יודע. וזה לשון הר"נ שבועות ריש פ"ז ותנן נמי המוציא הוצאות על נכסי אשתו כו' אמאי לא תקנוהו כו' ומוציא הוצאות על נכסי אשתו נמי מדינא שקל בלא שבועה דברי ושמא הוא ואע"ג דלאו ברי עדיף הכא כיון שהוציא ברשות והשביח נאמן מדינא ושקיל בל"ש אלא שחכמים החמירו עליו לישבע כו' עכ"ל הר"נ. וכוונתו דאף דהיכא דלא היה שבח אין דינו ליטול מה"ת אבל כשהשביח אז דינו ליטול מה"ת משום סברא דכיון דהשביח לו והוא עשה את השבח ולולי טרחתו לא היה השבח כלל ע"כ הדעת נותנת דיהיה נאמן ליטול הוצאתו וכש"כ לשיטת הסוברים אומן קונה שבח כלי כמבואר בסי' ש"ו. ובלא קלקל דאינו קונה שבחו

לכ"ע' הטעם הוא כמש"כ הרשב"א בב"ק (דף צ"ח) דאדעתא שיהיה השבח לבעלים הוא מתקנה ומשביחו ומקנהו להבעה"ב וכמש"כ הנתיבות בסי' ש"ו ס"ק ג'. וגם בקרקע שייך לומר אומן קונה שבח כלי כמש"כ הנתיבות שם ס"ק ד'. רק דאינו יכול לומר בניני אני נוטל לפי שהקנהו להבעה"ב כמש"כ הסמ"ע בסי' שע"ה ס"ק י"ד ע"ש. ע"כ הדין נותן במוציא הוצאות והשביח דיהיה נאמן משום דיש לו חזקת מרא קמא וכעין מש"כ המהרי"ט סי' קנ"ב והובא בש"ך סי' קצ"א ובנתיבות שם ס"ק ג' בקנה קרקע וספק אי נתן הדמים דמעמידין בחזקת מ"ק ע"ש. ויש לי להאריך בזה אך לפי שבהך דינא אי אומן קונה שבח כלי זהו פלוגתא דאמוראי כמבואר בב"ק (דף צ"ט) והך דינא דמוציא הוצאות הוא במשנה. ע"כ העיקר בכוונת הר"נ דכיון דהשביח ולולי טרחתו לא היה השבח כלל ע"כ הדין נותן דיהיה נאמן מה"ת לכ"ע:

ולפ"ז י"ל דהיכא דלא היה שבח לא יהיה נאמן אף בשבועה כיון דעיקר הך דינא מתנייא גבי הא דהוציא הוצאות על נכסי אשתו והשביח דיהיה נאמן בשבועה כמה הוציא. וכיון דס"ל להר"נ דהיכא דהשביח עדיפא ונאמן מה"ת א"כ מנלן דתקנו דמוציא הוצאות וליכא שבחא דיהיה נאמן. ובאמת הא מבואר בסי' שע"ה סעיף ח' דכל מי ששמין לו בין שהיה ידו על העליונה כו' נשבע ונוטל. ומבואר שם לעיל סעיף ד' דהיורד ברשות ידו על העליונה שאם היה הוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה. והוא מן הרמב"ם פ' יו"ד ה' גזלה. והמ"מ כתב דמקורו הוא מהמשנה דכתובות דמוציא הוצאות ישבע ויטול. ולפי דברי הר"נ הנ"ל אין שום הוכחה מהתם להיכא דליכא שבח דשאני במוציא הוצאות בנכסי אשתו דנוטל הוצאה שיעור שבח ואז נאמן מה"ת. משא"כ בדליכא שבחא מנלן. ושם בסי' שע"ה לא נזכר שום חולק על דין זה. וע"כ נ"ל לומר די"ל דהא דמוציא הוצאות ברשות חבירו וידו על העליונה להיות נשבע ונוטל הוצאה יתירה מן השבח. דזהו מן הא דחנוני נשבע ונוטל מצד התקנה לכ"ע דאף דה"ל כא"י אם נתחייבתי מ"מ חייב הבעה"ב משום דהימני' וציוה לו להוציא ממון ע"פ וטוען שעשיתי כפי צווייך. ואף דשייך התם בחנוני לדון עדיין דה"ל ליתן בסהדי מ"מ תקנו חז"ל דיהיה נאמן כמש"כ הראשונים. א"כ ה"ה במוציא הוצאות ע"פ צווי שלו וגם הא לא שייך לומר במוציא הוצאות דה"ל להוציא כן בעדים ע"כ תקנו חז"ל דיהיה נאמן בשבועה:

והא שכתב הר"נ דהא דמוציא הוצאות על נכסי אשתו נשבע ונוטל משום דאיכא שבחא ונאמן מדינא. היינו לפי דמוציא על נכסי אשתו דמיירי דלא ציוותה האשה לבעלה בפירוש שיוציא רק לפי דע"פ דין עשו להבעל כיורד ברשות כמו בשותף ע"כ הדין הוא דנוטל הוצאה שיעור שבח ולא יותר כיון דלא אמרה לו בפירוש שיוציא. וכן הוא הדין

בשותף כמבואר בסי' קע"ח. וע"ז הקשה הר"נ דה"ל לתנא למיתניי' הך דמוציא הוצאות בנכסי אשתו בהא דרפ"ז דשבועות דאלו נשבעין ונוטלין. דליכא למימר דזהו נכלל בהא דחנוני נשבע ונוטל. דהא בתקנת חנוני הוא משום דציוה לו בפירוש שיוציא ממון ע"פ ואלו במוציא על נכסי אשתו לא אמרה לו שיוציא א"כ אין זה דמיון כלל לתקנת חנוני. ולכן תירץ הר"נ דמוציא הוצאות בנכסי אשתו נוטל מדינא כיון דהשביח. ולפ"ז הדין נותן גם לתירוץ הר"נ דהיכא דציוה לו בפי' שיוציא הוצאות דנאמן בשבועה כמו בחנוני. ויש לומר דזהו כוונת התוס' בב"מ (דף ל"ד ע"ב) ד"ה שמא יוציא כו' שכתבו דהא דלא חשיב בפ"ז דשבועות להא דמוציא הוצאות בנכסי אשתו משום דהוי בכלל שכיר עכ"ל. ולכאורה צ"ע דאיזה דמיון הוא להא דשכיר דהא הטעם דשכיר נשבע ונוטל הוא משום דבעה"ב טרוד בפועליו וה"ל כא"י א"פ כמבואר ברפ"ז דשבועות ובתוס' שם וגם ז"א אלא במכחישין בפרעון ולא בקציצה. וז"א שייך כלל בהא דמוציא הוצאות ברשות. וע"ד הפלפול יש להאריך בזה. אבל העיקר בכוונת התוס' שכתבו דהוי בכלל שכיר. דכוונתם הוא דמוציא הוצאות הוי בכלל חנוני נשבע ונוטל. והא שכתבו דהוי בכלל שכיר היינו לפי דבריש מה דחשיב התם בנשבעין ונוטלין חשיב בראשונה שכיר כו' ומסיים בחנוני ע"כ נקטו שכיר וה"ל כמו דכתבו דהוי בכלל שכיר וכו' כן הוא פשטיות כוונת התוס'. וזהו הוכחה למה שכתבתי דמוציא הוצאות נוטל משום דזהו נלמד מהא דחנוני. והתוס' אינם מחלקים בין מוציא על נכסי אשתו ובין הך דחנוני דס"ל דאף דלא אמרה לו בפי' שיוציא מ"מ כיון דדינו כיורד ברשות ע"כ דומה ממש לחנוני. והא דאינו נוטל הוצאה יותר מהשבח כמו כל יורד ברשות י"ל באמת הטעם בזה כמש"כ הריטב"א לכתובות (דף ע"ט) והשמ"ק שם דכיון דיש לו זכות בנכסים שלה ע"כ אמרינן דמחל המותר על השבח כיון דלא התנה ע"ש. אך הר"נ ס"ל דיש לחלק ביניהם כנ"ל וא"ש דברי הר"נ:

ענף ה:

והנה שיטת הרמב"ם וסייעתו דחנוני נוטל מדינא וכמש"כ המחבר לעיל סעי' ב' והש"ך ס"ק ב' משום דשייך ביה חזקה שליח עושה שליחותו וה"ל ברי וחזקה. א"כ לפ"ז אין לומר דהא דמוציא הוצאות נוטל הוצאה יותר על השבח משום דזה דומה לחנוני. דהא שאני חנוני דשייך ביה חזקה שליח עושה שליחותו משא"כ מוציא הוצאות דלא שייך ביה חזקה שליח עושה שליחותו וכמש"כ הש"ך ס"ק י"ב וס"ק כ"ב בשם בעה"ת. והטעם פשוט דדוקא בציוה לחנוני ליתן לפועליו סלע שייך בזה שפיר חזקה דעשה שליחותו כפי שקיבל עליו ליתן להם. ועיין לקמן סעי' ז' ש"ך ס"ק כ"ח וס"ק כ"ט ובט"ז שם. אבל בציוהו להוציא הוצאות עדיין יש להסתפק דאף דקיבל עליו כן מ"מ י"ל עדיין דילמא

לא הוציא כפי הסך שאומר עכשיו דיכול להיות דראה דאין צריך הוצאות כ"כ להעסק ולא הוציא ולכן לא שייך בזה החזקה דשליח עושה כו'. ולפ"ז לא שייך כלל למילף מוציא הוצאות מן חנוני. אך בשיטת הר"נ שפיר כתבתי דמוציא הוצאות דנוטל הוצאה יתירה על השבח דזהו מצד תקנת חנוני. לפי דהר"נ אזיל לשיטתו דהא שיטת הר"נ הוא דחנוני נוטל מצד התקנה ולא משום דינא והובא בש"ך לעיל ס"ק י"ב. ולא ס"ל להך חזקה שליח כו' וכמש"כ האו"ת בס"ק ג' לבאר היטב הטעם דלא מהני הך חזקה שליח ע"ש. ועיקר הטעם דחנוני נוטל זהו משום התקנה דכיון דציוהו להוציא ממון ע"פ ע"כ תקנו שיהיה נאמן בשבועה וה"ה. מה"ט שייך להאמין להמוציא הוצאות מצד. [התקנה וכן מוכח מן דברי הר"נ בפ"ז דשבועות ופ"ב דקידושין שכתב דחנוני צריך שבועה אף במקום דאין הפועלים מכחישין לו משום דכמו דמוציא הוצאות צ"ש אף דליכא מאן דמכחיש ליה כו'. הרי דס"ל דלא שייך חזקה שליח כו' כלל בחנוני דאל"כ הא יש לחלק דשאני חנוני דיש לו הך חזקה שליח כו' משא"כ מוציא הוצאות]. אכן לשיטת הרמב"ם והמחבר וסייעתם אין לדמות כלל מוציא הוצאות לחנוני לכן יש לדון דמנלן להו הא דמוציא הוצאות נוטל בשבועה: ויש לומר דבאמת לכן הוכרח הרב המ"מ לכתוב בפ' י' הלכות גזלה הלכה י' דמה שכתב הרמב"ם דכל מי ששמין לו דנאמן בשבועה דזהו נלמד מהא דמוציא הוצאות בנכסי אשתו. [ויש לעיין הרבה בלשון המ"מ שם]. ולא כתב דזהו נלמד מהא דחנוני משום דיש לחלק ביניהם כנ"ל. ועיין במ"מ פ' ט"ז הלכות מלוה הלכה ה'. משום דבאמת לשיטת הרמב"ם דחנוני נוטל מדינא והוא משום חזקה שליח כו' ע"כ אין שום דמיון כלל מוציא הוצאות לחנוני ולכן כתב דזהו נלמד מהא דמוציא הוצאות בנכסי אשתו דכיון דדינו כיורד ברשות לכן הימנוהו בשבועה א"כ ה"ה וכש"כ למי שציוהו בפירוש שיוציא הוצאות דנאמן בשבועה. והא דיש לחלק דשאני הוצאות בנכסי אשתו דנוטל הוצאה שיעור שבח וכיון דאיכא שבחא נוטל מה"ת כמש"כ הר"נ. י"ל דס"ל להרמב"ם בזה דלא כהר"נ אלא אף היכא דאיכא שבחא אינו נאמן מדינא אלא מצד התקנה. וכן מוכח מן הרשב"א בחידושיו לשבועות (דף מ"ד) בד"ה השכיר כו' דהקשה ג"כ אמאי לא קתני המוציא הוצאות בנכסי אשתו כו' ותירץ בשם הר"ח דלא דמי להני דבכל הני הנתבע טוען ברי כו' אבל הך דאשה א"י כמה הוציא כו' וא"ת אכתי ליתני המכיר כליו כו' ולא היא דהתם מדינא ה"ל ליטול בל"ש אלא תקנה כו' עכ"ל הרשב"א. וכן הובא בקצרה תי' הנ"ל בשם הר"ח בר"נ לכתובות (דף ע"ט) ובחי' הריטב"א שם. הרי אף דגם לפי תירוץ הנ"ל אמרו דלא תני ברפ"ז דשבועות בנשבעין ונוטלין להנך דמדינא שקיל בל"ש. ואפ"ה הוכרחו לתרץ דלכן לא תני שם המוציא הוצאות בנכסי אשתו לפי

דלא דמי להני דבכל הני נתבע טוען ברי נגד התובע ובהוצאות אינה מכחשת אותו. ולא תירצו לסברת הר"נ דתי' דלא תני מוציא הוצאות לפי דיש שבח ונוטל הוצאות שיעור שבח מדינא. וע"כ מוכח דס"ל להרשב"א דמה שהבעל נוטל הוצאות שיעור שבח דזהו לאו מדינא רק מצד התקנה תקנו שיהיה מהימן בשבועה. ולא ס"ל להרשב"א לסברת הר"נ שכתב דהיכא דאיכא שבחא נוטל מדינא:

וכן מוכח מן התוס' בכתובות (דף פ') ד"ה ישבע כמה הוציא שכתבו בשם פי' הר"ח שהקשה מאי דלא תני להך נשבע ונוטל בתוך אלו נשבעין ונוטלין ותי' דלא חשיב אלא מידי שמכחישין את הנשבע כו' ומה"ט לא חשיב הבא ליפרע כו' ונראה דהתם לא חשיב כו' ואע"פ דשכיר למאי דחשיב ליה טרוד בפועליו מן הדין ה"ל ליטול כו' אבל הנהו דחשיב בהדי הבא ליפרע מנכסי יתומים אי לאו דאשמעינן ה"א דנוטלין בל"ש מחמת השטר לא חשיב להו כו' דהכא קתני לא יפרעו אלא בשבועה משמע כו' עכ"ל התוס'. ופשט דברי התוס' משמע דאף לבסוף דמסקי דלא תני התם להנך דנוטלין מדינא אפ"ה על מה דלא תני שם להמוציא הוצאות בנכסי אשתו כו'. התירוץ הוא כמש"כ שם לעיל מינה דלא חשיב שם אלא הנך שמכחישין את כו'. אבל משום דנוטל מדינא לא שייך לתרוצי התם עפ"ז. אלא מהדרי לתרץ לבסוף למאי דלא תני שם להנך דבא ליפרע מנכסי יתומים והנך דחשיב בהדייהו כן הוא פשט דברי התוס' באמת להמעיין שם. הרי דס"ל להתוס' דמה דהבעל נוטל הוצאה שיעור שבח דזהו לאו מדינא. ולא ס"ל למש"כ הר"נ בשם הר"ח. ובאמת הא חזינן דסותרים דברי הר"ח אהדדי דהר"נ בשבועות כתב כן בשם הר"ח דנוטל מדינא נגד השבח ואלו הרשב"א והתוס' בשם הר"ח כתבו תירוץ אחר כנ"ל. וגם הר"נ עצמו בפ"ח דכתובות כתב תירוץ אחר עלה דלא כמש"כ הר"נ בשם הר"ח בפ"ז דשבועות. הרי דהר"ח עצמו לא היה ברירא ליה הך מילתא דמה דהבעל נוטל הוצאה שיעור שבח דזהו מדינא. משום די"ל דאף דאיכא שבח מ"מ אינו נוטל אלא מצד התקנה. ויש לדון בכ"ז ע"פ מה דיש להעיר בתירוץ הר"נ ברפ"ז בשבועות דכיון שהשביח נוטל מדינא כו'. וכן במה שכתב הר"נ שם התירוץ בשם הרמב"ן דלכן לא תני שם להמוציא הוצאות לפי דאינו נוטל אלא נגד השבח. דעדיין תקשה להמ"ד בכתובות (דף פ') דאמרו על הא דא"ר אסי למאי הילכתא כו' ועיין בפי' רש"י שם דמשמע דהיה מקום לומר דיטול אף הוצאה יתירה על השבח דאכתי קשה דליתני להך דמוציא הוצאות ברפ"ז דשבועות. אבל באמת אתי שפיר דאין זה הכרח כ"כ וקצרתי כי אכמ"ל:

וכן הוא שיטת הטור בשם הרמ"ה באה"ע סי' פ"ח שכתב דבאלמנה אם לא נתברר שהוציא כו' לא יקחו היורשים כלום דלבעל הוא דתיקון רבנן דליהמניה בשבועה ולא

ליורשין כו'. והובא בש"ע אה"ע סי' פ"ח סעיף י"א ובחלקת מחוקק ס"ק כ"א. הרי אף דהבעל אינו נוטל הוצאה יתירה מהשבח. ואף במוציא הוצאות בנ"מ של אשתו קטנה ג"כ אינו נוטל הוצאה יתירה מהשבח. ומה שכתב הב"ש שם ס"ק כ' כבר חלק עליו ההפלאה בק"א שם והעיקר כדבריו. ואפ"ה כתבו דלדידי' הוא דתקון רבנן כו'. הרי להדיא דאף היכא דאיכא שבחא מ"מ אינו נאמן ליטול ההוצאות רק מדרבנן. א"כ נתבאר דשיטת הרשב"א והתוס' כתובות והטור והרמ"ה דאף היכא דאיכא שבח נגד ההוצאה אינו נאמן מדינא רק מצד תקנתא. ולא ס"ל לסברת הר"נ הנ"ל. ע"כ י"ל דכן הוא שיטת הרמב"ם והמ"מ וע"כ שפיר כתב המ"מ על מש"כ הרמב"ם דכל מי ששמין לו וידו על העליונה אף ליטול הוצאה יותר מהשבת דזהו נלמד מהא דבעל נוטל הוצאה שיעור שבח בשבועה. דגם זהו מצד התקנה לפי דע"פ דין אין הבעל נאמן רק לפי דדינו כיורד ברשות ע"כ הימנוהו חז"ל. א"כ ה"ה וכש"כ היכא דיורד ע"פ רשות בעה"ב בפירוש ודאי דנאמן מצד התקנה. וזהו מוכרח בכוונת הרמב"ם דאם לא כן מנלן לשיטתו דס"ל דמעלת חנוני הוא מן הדין משום חזקה שליח עושה שליחותו. א"כ במוציא הוצאות דלא שייך חזקה הנ"ל כמש"כ הבעה"ת והש"ך. תקשה דמנלן דנאמן בשבועה דהא אינו דומה כלל לחנוני. וע"כ מוכח דהוציא דין זה מן בעל שהוציא הוצאות כו':

ולכאורה יש להוכיח מן הא דכתובות (דף פ') דהיכא דהוציא ע"פ ציווי של חבירו דנוטל הוצאה יתירה מהשבח ע"פ שבועה דהא אמרו שם ההיא איתתא דנפלו לה ד' מאה זוזי אזיל גברא אפיק שית מאה כו' א"כ ה"ל הוציא ולא אכל ישבע כמה הוציא ויטול. ולא אמרו דלא יטול אלא הוצאה שיעור שבח אלא סתמו ומשמע דנאמן אף ליטול הוצאה יתירה מהשבח. ואף דהבעל אין לו הוצאה יתירה מהשבח עכ"ז נראה דדוקא היכא דלא אמרה האשה בפירוש לבעלה שיוציא אז אינו נוטל ההוצאה יתירה מהשבח אף דדינו כיורד ברשות. אבל אם אמרה בפירוש שיוציא הוצאות אז לא גרע זכותו מכל מי שיורד ברשות ע"פ שנוטל ההוצאה יתירה מהשבח כמבואר בח"מ סי' שע"ה. והתם גבי הך עובדא דנפלו לה ארבע מאה זוזי בי חוזאי כיון דאין יכול הבעל לתבוע בלתי הרשאה מאשתו כמבואר בח"מ סי' קכ"ב סעיף ח' ובש"ך ס"ק ל"ג בשיטת הרמב"ם וסייעתו דדוקא היכא דאיכא פירות בהקרקע א"צ הרשאה. ובהך ירושה ד' מאה זוזי שנפלו לה י"ל דא"י הבעל לתבוע מהם בלתי הרשאה ממנה. ואף שבמעות מזומנים א"צ הרשאה כמש"כ הש"ך שם בשם התה"ד וכן מבואר באה"ע סי' פ"ה סעיף ד' ברמ"א ועיין ב"ש שם ס"ק ז'. עכ"ז י"ל דז"א אלא אם המעות באו לידה כבר אבל מעות ירושה כיון שלא היו המעות בידה כלל מעולם אז צריך הרשאה כעין מה שכתב הב"ש בסי' פ"ג ס"ק ה' ועיין

באה"ע סי' ק' בח"מ ס"ק י"ט. וכיון שהיה בהרשאה מאשתו א"כ הוי זה כמו דאמרה לו בפי' שיוציא הוצאות ע"ז ודינו שיטול אף הוצאה יתירה מהשבח ולכן סתמו בזה ואמרו שישבע כמה הוציא ויטול משום דהיכא דיורד ברשות בפירוש נוטל בשבועה אף הוצאה יתירה מהשבח. וי"ל דמזה הסוגיא הוציא הרמב"ם להך דינא דנאמן בשבועה אף ליטול הוצאה יתירה מן השבח. שוב ראיתי בהפלאה לק"א אה"ע סי' פ"ח ס"ק ז' שכתב ג"כ לפרש להך עובדא דנפלה לה ת' זוזי דמסתימת הגמ' משמע דנוטל ההוצאה יתירה מהשבח ודחה ליה כיון דמעות מזומנים א"צ הרשאה ע"ש. ואף שכתבתי לעיל להעיר מהא דסי' פ"ג דהיכא דלא באו לידה שאני. עכ"ז ראיתי דהנכון עם ההפלאה משום די"ל דדוקא בחוב כיון שאינו בעין לכן בזה אמרו כיון שלא באו לידה מעולם צריך הרשאה אבל בירושה למעות מזומנים דכל היכא דאיתיה קאי ברשות יורשיו בזה י"ל דדינו כמו כל מעות מזומנים דא"צ הרשאה. אך בלא"ה י"ל דהיה העובדא הנ"ל שאמרה לו האשה בפירוש שיוציא הוצאות ע"ז וגם יכול להיות שלא היו המעות בעיניה והיה צריך הרשאה ממנה כיון שלא באו המעות לידה כנ"ל וע"כ א"ש פשטיות לשון הגמ' דסתמו דישבע כמה הוציא ויטול דמשמע אף הוצאה יתירה מהשבח: והרא"ש בסוגיא הנ"ל וכן הריטב"א והשמ"ק שם פירשו בהך עובדא דישבע כמה הוציא ויטול שיעור השבח וזהו דלא כמש"כ לפרש הסוגיא דקאמרי דיטול אף הוצאה יותר מהשבח. ובעיקר מילתא שכתב ההפלאה דיש לדון דאם אמרה לבעלה בפירוש שיוציא הוצאות דאז נוטל הבעל הוצאה יתירה מהשבח דלא גרע מאחר שיורד ברשות. יש לדון בזה דשפיר גרע בזה לפמש"כ הריטב"א והשמ"ק בכתובות (דף ע"ט ע"ב) דלכן בעל שהוציא אינו נוטל הוצאה יתירה מהשבח אף דהוי יורד ברשות. דכיון דשייך בנכסים דיו שיטול הוצאתו בשבועה ואידך מימחל מחל כיון שלא התנה עכ"ל. א"כ ה"ט שייך ג"כ אף אם אמרה לבעלה בפירוש שיוציא הוצאות דכיון דלא התנה שתשלם לו הוצאה יתירה מהשבח ע"כ י"ל אומדנא זו ג"כ דמחל לה. ואפשר לחלק דדוקא היכא דלא אמרה לו אז י"ל דה"ל להתנות אבל אם אמרה בפי' אז י"ל דסמך עליה ולא ה"ל להתנות. ועפ"ז יש לדון בשותף ועיין בסי' קע"ח ואכמ"ל. ואף שאין ראיה מוכרחת מן הגמ' דכתובות הנ"ל דמוציא הוצאות יהיה נוטל בשבועה ההוצאה יתירה מהשבח לפמש"כ הראשונים הנ"ל דכוונת הגמ' בהך עובדא הוא דישבע ויטול הוצאה שיעור שבח. עכ"ז שפיר פסק הרמב"ם והטוש"ע בסי' שע"ה דכל מי ששמין לו ישבע ויטול אף הוצאה יתירה מהשבח. משום דדימו זה למוציא על נכסי אשתו ולא ס"ל לחלק בין היכא דאיכא שבחא או לא. ולפ"ז מוכח דאף היכא דאיכא שבח אינו נאמן מה"ת רק מתקנתא. וכן מוכח מהרשב"א

בחי' לשבועות והתוס' כתובות (דף פ') והטור והרמ"ה באה"ע סי' פ"ח הנ"ל. ולשיטת הר"נ ברפ"ז דשבועות דמחלק בין יש שבח או לא א"כ באיכא שבח נוטל מה"ת ובדליכא שבח אינו רק מצד תקנת חנוני וכן הוא לפי שיטת התוס' בב"מ (דף ל"ד ע"ב) ד"ה שמא יוציא כו' כנ"ל. ולא ס"ל לחלק דשאני בחנוני דיש שם חזקה שליח כו' דהא לא ס"ל להחזקה הנ"ל בממון כמש"כ האו"ת בס"ק ג' כנ"ל. אכן הרמב"ם וסייעתו דס"ל למעלת חזקה שליח כו' גבי חנוני כנ"ל ומה"ט ס"ל דחנוני נוטל מה"ת. ולפ"ז אין למילף למוציא הוצאות מן חנוני משום דבמוציא הוצאות לא שייך החזקה שליח הנ"ל:

והא דסעיף ז' בלא נתן קצבה כמה יתן לפועליו דנוטל בל"ש העיקר בזה כמש"כ האו"ת ס"ק י"א לחלק בין מוציא הוצאות להך דלא נתן קצבה ע"ש ועיין בנתיבות בחידושים ס"ק כ'. והא דמוציא הוצאות נוטל בשבועה אף אם ליכא שבחא נלמד ממוציא הוצאות בנכסי אשתו ולא ס"ל לחלק דשאני היכא דאיכא שבחא א"כ מוכח מכל זה דלא כמש"כ הנתיבות ס"ק ב' בפשיטות לדינא דבמקום דיש שבח נאמן מה"ת כמש"כ הר"נ. דלפי מה דנתבאר מוכח מכל הפוסקים הנ"ל דלא ס"ל לחלק כן וע"כ אין להוציא ממון נגדם. ונ"מ דאם מת המוציא דאין יורשיו נוטלים אף אם יש שבח וגם טוענים ברי וכמו דכתב הנתיבות שם דאם ליכא שבח אין היורשים נוטלים וע"ש בטעמו. ומש"כ הנתיבות לחלק דאם יש שבח שאני. זה אינו לדינא לפי שיטת כמה פוסקים והרמב"ם והמ"מ הנ"ל. וכמו דכתבו באה"ע סי' פ"ח סעיף י"א דאם מת הבעל לא יטלו היתומים כלום דלבעל הוא דתקון רבנן דליהמניה בשבועה ולא ליורשים כו' וכמש"כ הח"מ והב"ש שם:

וכמש"כ לעיל בארוכה:

ז (שם סעיף ה' ש"ך ס"ק יו"ד):

והנה הרמ"א בתשובה סי' פ"ו כתב דהא דאמרו דשותף כיורד ברשות דמיירי דידוע שהועיל לחבירו אבל אם לא ידוע שהועיל לחבירו א"נ לומר שירד ברשות או שהועיל לו דאל"כ לא שבקת חיי דכ"א יאמר שירד ברשות והוציא הוצאות וכ"כ המרדכי בפ' האשה שנפלו כו' כש"כ במקום שאומרת האשה דילמא לא הוציא בעלה כלום ומשקר בכולו א"כ הוי כמו איני יודע אם אני חייב לך דפטור עכ"ל. וכעין זה כתב הנתיבות בסי' ש"ג ס"ק ט' דמטעם מוציא ברשות א"א לחייבו רק כשידוע שהוציא וא"י כמה כו' והעיר שם מן מה שכתב המ"מ פ"ג ה' שכירות ע"ש. וכעין זה מצינו גבי תקנת נגזל נשבע ונוטל דכתבו הראשונים והובא בח"מ סי' צ' ש"ך ס"ק ט"ו דהא דעשו תקנת נגזל בפקדון זהו דוקא אם ידוע או שמודה ליה בחיוב ממון אלא שאינו ידוע בכמה דה"ל כמו דררא דממונא בזה תקנו דישבע ויטול אבל היכא דליכא דררא דממונא כלל בזה לא

תקנו לתקנת נגזל בפקדון. וכן כתב הקצה"ח בסי' צ' ס"ק ב' להוכיח בתקנת נגזל עצמה דלא תקנו דהנגזל נשבע ונוטל אלא היכא דהוי ליה דררא דממונא אבל אם אינו ידוע שהוציא כלים כלל בזה לא תקנו ע"ש. ע"כ י"ל דה"ה בהתקנה דמוציא הוצאות נשבע ונוטל דלא תקנו כן אלא אם ידוע שהוציא ואינו ידוע כמה הוציא אבל אם מסופקים אם הוציא כלום בזה לא תקנו וכמש"כ הרמ"א בתשובה. וכן הוא משמעות לשון הרמ"א הכא שכתב מי שמוציא הוצאות כו' וא"י כמה נשבע ונוטל דמשמע דוקא בכה"ג:

אמנם יש להוכיח להיפך מן מה שכתב הטור בשם הרמ"ה באה"ע סי' פ"ח גבי מוציא הוצאות על נכסי אשתו דבאלמנה אם נתברר שהוציא ולא אכל יגבו היתומים מה שנתברר שהוציא ואם לא נתברר שהוציא או הוציא ולא נתברר כמה הוציא לא יקחו היורשים כלום כו' עכ"ל. הרי דדוקא ביתומים אם לא נתברר שהוציא לא יקחו ומשמע דהבעל עצמו אף אם לא נתברר שהוציא ה"ז נשבע ונוטל א"כ לכאורה מוכח מזה דלא כמש"כ הרמ"א בתשובה. אכן כיון שהרמ"א כתב כן בפשיטות ובפרט שהם דברי טעם ע"כ נראה לומר דאין הכרח כ"כ להוכיח מן הרמ"ה והטור דלא ס"ל כן. די"ל דכוונתם דמיירי בידוע שטרח הבעל והשביח השדה אך אינו ידוע אם הוציא הבעל הוצאות ע"ז לכן כיון דחייבת לו לשלם עכ"פ איזה סך בעד טרחתו אך מה שתובע עוד הבעל שהוציא ממון ג"כ ע"ז זה אינו ידוע כלל לכן בהבעל עצמו כיון דה"ל כעין דררא דממונא לכן תקנו דיהיה נשבע ונוטל אבל לא תקנו כן גבי יתומים. אבל באינו ידוע כלל אם טרח והשביח בזה שפיר כתב הרמ"א בתשובה דלא תקנו שיהיה נאמן. וכן משמע פשט לשון המשנה דאמרו המוציא הוצאות על נכסי אשתו הוציא ולא אכל ישבע כמה הוציא דמשמע דידוע שהוציא אך אינו ידוע כמה הוציא דבזה מצינו שתקנו אבל מנלן לחדש מדעתינו שתקנו כן אף באינו ידוע אם הוציא כלום בפרט דכן מצינו גבי תקנת נגזל דחילקו בזה כנ"ל. ואין לנו לחלוק על הרמ"א שמימיו אנו שותין בכ"מ ובפרט דמסתברים דבריו. ואחר כותבי כ"ז ראיתי בספר בית יעקב להגאון מליסא באה"ע סי' פ"ח סעיף י"א שכתב בקצרה מסברא בבעל שהוציא כיון דדינו כיורד ברשות לכן אף אם אינו ידוע כלל אם הוציא דנאמן הבעל ע"ש. אכן העיקר כהרמ"א:

והבית יעקב לא ראה דברי הרמ"א הנ"ל. וכן יש לי עוד לפלפל ולעיין בדברי הבית יעקב בסי' הנ"ל בכמה ענינים אך אין העת גורם לזה והעיקר כמש"כ:

ודברי הרמ"א בתשובה הנ"ל הם בשותף ובבעל בנכסי אשתו דכיורד ברשות הם עכ"ז אינם נאמנים אלא כשידוע שהוציאו עכ"פ איזה סך אז נוטל מהשבח אבל באינו ידוע אם הוציאו והשביחו כלל אינם נאמנים כנ"ל. ולפ"ז יש לדון ביורד ברשות שאמר לו

שיוציא איזה הוצאות על השדה או על איזה עסק דידו על העליונה ליטול הוצאה יתירה מהשבח איך דינו אם לא ידוע כלל אם הוציא כלום אם נאמן בשבועה או לא. והנראה לי דלפי מש"כ לעיל דלשיטת הר"נ ותוס' בב"מ (דף ל"ד) דעיקר דין דיורד ברשות נוטל הוצאה יותר מהשבח דזהו נלמד מן דין חנוני נשבע ונוטל מצד התקנה א"כ לפ"ז נראה דאף אם אינו ידוע כלל אם הוציא כלום דג"כ נשבע ונוטל כמו בחנוני דמסופקים אנחנו אם נתן כלום להפועלים והוי ספק בעיקר החוב מ"מ נאמן מצד התקנה דיכול לומר אני עשיתי שליחותך שצוית לי ליתן לפועלים א"כ ה"ה מה"ט בציוהו להוציא הוצאות אף דמסופקים אם הוציא כלום דג"כ נוטל משום תקנתא דחנוני. אך לשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דטעמא דחנוני נוטל זהו משום חזקה שליח כו' א"כ לפ"ז מוכרח לומר דהא דיורד ברשות נוטל דאין זה מטעמא דחנוני דהא במוציא הוצאות לא שייך חזקה שליח כנ"ל. וע"כ מוכח דהוכיחו דין זה מן בעל שהוציא הוצאות כו'. א"כ כמו דבעל שהוציא בנכסי אשתו אינו נאמן רק כשידוע שהוציא וא"י כמה כמש"כ הרמ"א בתשובה. ה"ה מי שיורד ברשות ע"פ ציווי הבעה"ב אינו נוטל רק כשידוע שהוציא אך א"י כמה. משום דבלא הוכחה מנלן מדעתינו לחדש התקנה דיורד ברשות נאמן אף באינו ידוע כלל אם הוציא וכיון דמן הדין אינו נוטל כיון דלא שייך התם שליח כו'. ע"כ אין לנו לומר כן אלא היכא דהוי דומיא דבעל שהוציא הוצאות בנכסי אשתו כיון דמקור הדין הוא מן הך דבעל שהוציא כו'. ועיין בר"נ פ"ח דכתובות ובשבועות רפ"ז שכתב בשם הר"ח דמהכא שמעינן דכל היכא דהאי ידע כו' נשבע ושקיל בעושה ברשות וכ"כ המרדכי פ"ח דכתובות והמהרי"ק סי' יו"ד וקצרתי:

שוב ראיתי דיש לדון לפי שיטת הר"נ בר"פ כל הנשבעין דהא דבעל נוטל הוצאה שיעור שבח בשבועה משום דכיון דהשביח ע"כ נאמן מדינא. ולפ"ז יש לומר דאין הבעל נאמן לומר שהוציא רק אם ידוע שהשביח וכפי השבח הידוע שהשביח כן כפי סך השבח נאמן לומר שהוציא הוצאות אבל אין נאמן לומר שהוציא אם אינו ידוע סך השבח. כיון דעיקר הסברא דנאמן משום דאין סברא לומר שלא יהא נאמן כפי שיווי השבח שהשביח כמש"כ לעיל. ע"כ לפ"ז בעינן שיהי' ידוע סך השבח שהשביח וכש"כ לפמש"כ לעיל בסברת הר"נ הנ"ל א"ש בפשיטות למאן דס"ל אומן קונה שבח כלי ויש לו דין חזקת מ"ק. א"כ כמו דהיכא דמעמידין הספק בחזקת מרא קמא בעינן שיהי' החזקת מ"ק מבורר לנו ואז מוקמינן בחזקת מ"ק כ"כ הכא בעינן שיהיה ידוע השבח שהשביח ואז שייך לומר דנאמן. אך אף לפי מה שכתבתי לעיל דעיקר הסבר דברי הר"ח הוא דכיון דהשביח ולולי טרחתו לא היה השבח ע"כ נאמן. א"כ מה"ט ג"כ אינו שייך זה רק אם ידוע שיעור השבח

שהשביח אבל אם אינו ידוע שיעור השבח שהשביח אף אם ידוע שהוציא והשביח קצת מ"מ י"ל דאינו נאמן דמנלן דהאמינו להבעל אף בכה"ג. ושאני יורד ברשות ע"פ ציווי של הבעה"ב דיש לו דין תקנת חנוני. דנוטל אף אם אנו מסופקים אם נתן כלום וה"ה במוציא הוצאות כנ"ל:

ב (שם סעיף ג'):

וכן יש לדון בעיקר דברי הרמ"א בתשובה שכתב דהא דבעל נאמן בשבועה היינו בידוע שהוציא וא"י כמה אבל במסופקים אם הוציא כלום אינו נאמן שהוציא. די"ל בזה לפי מש"כ לעיל דהתוס' בב"מ (דף ל"ד) ד"ה שמא יוציא כו' ס"ל דהא דבעל נאמן כמה הוציא זהו ע"פ דין תקנת חנוני וכמו דחנוני נאמן ע"פ תקנה ה"ה הבעל דיש לו דין יורד ברשות אף דלא ציוותה לו בפירוש. א"כ לפ"ז י"ל כמו בתקנת חנוני דנאמן ליטול אף דאנו מסופקים בעיקר הנתינה לפועלים אם נתן כלום אפ"ה נאמן א"כ ה"ה הבעל נאמן לומר שהוציא והשביח אף שאינו ידוע כלל אם הוציא כלום. ולפ"ז יש לומר דאתי שפיר מה שכתבתי לעיל בשם הטור באה"ע סי' פ"ח שכתב בשם הרמ"ה בזה"ל דאם לא נתברר שהוציא או הוציא ולא נתברר כמה הוציא לא יקחו היתומים כלום דליתי' לבעל דלישתבע ולבעל הוא דתקון כו' עכ"ל. דמשמע מזה דהבעל עצמו אף אם לא נתברר שהוציא כלום דג"כ נאמן. וזהו דלא כהרמ"א בתשובה. ומש"כ לעיל בכוונת הרמ"ה הוא דוחק. לכן נראה לי לומר דהרמ"ה ס"ל כשיטת התוס' בב"מ הנ"ל וע"כ נאמן הבעל לומר שהוציא והשביח אף באינו ידוע לנו אם הוציא והשביח כלום. והרמ"ה לשיטתו דס"ל דחנוני נאמן זהו מצד התקנה ולא מדינא כמבואר שיטתו בטור סי' צ"א ובש"ע שם סעי' ב' ברמ"א שציינו שם כן בשם טור בשם הרמ"ה וע"כ ס"ל דאין חנוני נוטל לעולם אלא בשבועה. ולא ס"ל להך חזקה שליח כו' גבי חנוני ע"כ שפיר י"ל בשיטת הרמ"ה דס"ל כשיטת התוס' הנ"ל דהא דבעל נוטל דזהו מן תקנת חנוני נגעו ביה ולכן ס"ל דנאמן הבעל אף אם אינו ידוע שהוציא כלום ולא כדברי הרמ"א בתשובה. ומזה הוא סייעתא לדברי הבית יעקב באה"ע סי' פ"ח סעי' י"א דכתב דהבעל נאמן אף אם אינו ידוע אם הוציא כלום. וה"ה בכל יורד ברשות ע"פ ציווי הבעה"ב מצד כש"כ:

אמנם לשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דלכן חנוני נאמן מדינא משום דיש שם חזקה שליח כו' א"כ לפ"ז אין לדמות כלל הך דבעל שהוציא להך דחנוני כמש"כ לעיל. ולפ"ז אין לנו שום מקור עלה שכתבו דיורד ברשות נאמן בהוצאה יתירה מהשבח וע"כ מוכח לומר דמקור דין זה הוא מן בעל שהוציא על נכסי אשתו כנ"ל. ועיקר הטעם דבעל שהוציא נאמן הטעם הוא משום תקנת חז"ל דאמרו כיון דהוי יורד ברשות ע"כ האמינוהו

מצד התקנה. ולפ"ז שפיר כתב הרמ"א בתשובה דאין הבעל נאמן רק כשידוע שהוציא כלום דה"ל כעין דררא דממונא כמש"כ לעיל בשם הראשונים גבי תקנת נגזל בפקדון לחלק בזה. וע"כ מנלן דתקנו בבעל שהוציא להאמינו אף אם אין כאן שום דררא דממונא ושפיר כתב הרמ"א בתשובה כן לשיטת הרמב"ם וסייעתו. ולפ"ז יש לדון דה"ה בכל יורד ברשות ע"פ ציווי הבעה"ב דאינו נאמן בשבועה לומר שהוציא רק אם ידוע שהוציא כלום וה"ל כעין דררא דממונא אז דומה זה ממש להך דבעל שהוציא דכתב הרמ"א דאינו נאמן רק כשידוע שהוציא כלום וכדמשמע פשט דברי המשנה כמש"כ לעיל. אבל מנלן להאמינו אף אם אינו ידוע אם הוציא כלום. וע"כ הדין נותן דכל יורד ברשות ע"פ ציווי הבעה"ב דג"כ אינו נאמן אם אינו ידוע שהוציא כלום דאינו עדיף מן מקור הדין דבעל שהוציא כו':

וכן יש להסביר זה ביתר ביאור לפמש"כ הש"ך בס"ק כ"ג דלכן יורד ברשות נאמן לומר כמה הוציא לפי דהימניה חבירו בשבועה. וכיון דעיקר הטעם משום נאמנות דהאמינו א"כ הא קיי"ל בסי' ע"א דנאמנות צריך קנין או שעת הלואה ובלא קנין וגם לא היה בשעת הלואה לא מהני הנאמנות ע"ש. ע"כ יש לומר דאם אנו מסופקין אם הוציא כלום דאינו נאמן דאף דנימא דהא האמינו מתחלה בעת שציוה לו להוציא הוצאות כמש"כ הש"ך עכ"ז הא יכול לחזור ולא מהני נאמנות מפורש בכה"ג וכש"כ בלא האמינו מפורש. אבל אם ידוע שהוציא כלום ע"פ ציוויו אז הוי זה כמו נאמנות בשעת הלואה כיון דלא חזר בו מקודם דהוציא ע"פ ומשתעבד שפיר אז ע"פ מה שהאמינו והוציא קצת ע"פ הוי זה נאמנות המועיל ואינו יכול לחזור ולכן נאמן לומר שהוציא סך מסויים ע"פ. ולפי זה הדין נותן ג"כ דאינו נאמן לומר בשבועה שהוציא ע"פ רק אם ידוע שהוציא כלום וכעין דברי הרמ"א בתשובה גבי בעל שהוציא כו':

ולכאורה יש לומר כן במה שכתב הרב המגיד בפרק יו"ד ה' גזלה ה' יו"ד על מש"כ הרמב"ם דכל מי ששמין לו נאמן בשבועה דזה נלמד מהא דהאשה שנפלו דאמרו הוציא ולא אכל ישבע כמה הוציא ויטול. ואע"ג דבעל כיורד ברשות עכ"ל.. והובא לעיל דפשט לשון המ"מ נראה דמראה מקום על מש"כ הרמב"ם דבעי שבועה מדמסיים המ"מ שם בלשונו אע"ג דבעל כיורד ברשות. אבל במה דנאמן לומר כמה הוציא וליטול משמע דזה א"צ ראיה מאיזה מקום נלמד. וי"ל דזהו מסברא דהימניה כמש"כ הש"ך אך על מה דכתב הרמב"ם דצ"ש על זה מראה מקום מן בעל שהוציא כו'. אך באמת ז"א דא"כ לא הוי שום הוכחה לחייבו שבועה מהא דבעל שהוציא. דשא"ה דלא הרשתה בפירוש לבעלה שיוציא א"כ לא שייך לומר התם דהימניה ועדיין י"ל דהיכא דציוה בפירוש שיוציא דלא

יהיה צ"ש משום דהימניה. ולכן העיקר בכוונת המ"מ שם דלא נחית התם להך סברא דהימניה כמש"כ הש"ך. ובאמת עיקר הטעם דכל יורד ברשות נאמן ליטול זהו ע"פ התקנה דבעל שהוציא דנתנו חז"ל לו נאמנות וה"ה יורד ברשות בפירוש מכש"כ. והך סברא דהימני' מש"כ הש"ך הוא לאו בדוקא אלא עיקרו הוי מדרבנן דה"ל כמו דהימני' בפי'. ולשון המ"מ שם הוא לאו בדוקא על מה שסיים לכתוב שם להוכיח דצ"ש. דבאמת גם שיהיה נוטל צריך לראי' מהא דבעל שהוציא כו' וכמש"כ לעיל בארוכה. ועיין באו"ת ס"ק י"א מה שהביא בשם בעה"ת דס"ל בלא נתן קצבה כמה יתן לפועלי' דס"ל דנאמן בל"ש ומחלק בין בעל שמוציא הוצאות לבין אחר שציוה להוציא דלא יהיה צ"ש. וזהו בע"כ מטעם נאמנות דהימני'. אבל לא נראה כן מכל הראשונים. והעיקר בכוונת המחבר שם דכתב דאם לא נתן קצבה דיטול בל"ש כמש"כ האו"ת שם דמיירי בלא נתן יותר מכדי שכרן. או אפשר דכיון דפשע הבעה"ב דהא ה"ל ליתן קצבה. [ועיין בנתיבות בחידושים ס"ק כ']. ע"כ אמרינן דמסתמא הימני' ולכן א"צ שבועה כמו בכל נאמנות אף במלוה ע"פ וכמש"כ הש"ך בסי' ע"א ס"ק א' בתירוץ הראשון ובאו"ת והנתיבות שם. משא"כ במוציא הוצאות דלא פשע הבעה"ב דלא שייך התם לומר דה"ל ליתן קצבה ע"כ אין לנו להוכיח דהימני' אלא עיקרו מה דנוטל ה"ל זה תק"ח וע"כ ישבע כמו כל נשבעין ונוטלין. ויש לי להאריך בכ"ז: והעיקר כמש"כ לעיל דבכל מוציא הוצאות אינו נאמן ליטול רק כשידוע שהוציא כלום ואז ה"ל כעין דררא דממונא. אבל אם אינו ידוע כלל אם הוציא כלום דזה לא הוי דררא דממונא בזה לא מצינו דתקנו. וכש"כ לפי הטעם של הש"ך דהימני' כנ"ל אף דאין זה כמו נאמנות מפורש אלא די"ל דכוונתו דרבנן עשו זה כמו דהימני' וגם כיון דמסופקים אנחנו אם הימני' או לא ע"כ תקנו חז"ל דה"ל כמו דהימני' בפירוש כדמשמע מהפוסקים דעיקרו אינ' רק מדרבנן בפרט היכא דליכא שבחא עכ"פ לא עדיף זה מן נאמנות מפורש שלא היה בשעת הלואה דלא מהני ולכן אם מסופקים בעיקר הדבר אם הוציא כלום אז לא שייך כלל הטעם דהימני' כנ"ל. והא דסתמו הפוסקים בזה י"ל דהא עיקרו הוא בסי' שע"ה וברמב"ם פ"י ה' גזלה ושם מיירי מי שירד לשדה חבירו ובנה ונטע א"כ הא חזינן דהוציא הוצאות עכ"פ. אך א"י כמה הוציא בזה מצינו דאמרו נשבע ונוטל. וכן הא דסי' קנ"ח סעיף ח'. אבל בא"י אם הוציא כלום מזה לא כתבו שם ושפיר י"ל דלא מהימן בכזה:

שוב ראיתי דהא לשיטת הסוברים בחנוני דלאו מטעם חזקה שליח כו' אתי עלה. א"כ לפי שיטתם כבר כתבתי לעיל דאף היכא דאינו ידוע אם הוציא כלום דג"כ נאמן לומר דהוציא משום תקנתא דחנוני דג"כ מסופקים בעיקר הדבר אם נתן מאומה להפועלים

ואפ"ה תקנו שיהי' נאמן. אך עיקר מילתא שכתבתי הוא רק לשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דהא דחנוני נוטל דזהו משום חזקה שליח כו' וכמש"כ הבעה"ת. א"כ לפ"ז יש לחלק דשאני מוציא הוצאות דכיון דלא שייך ביה חזקה שליח כו' ע"כ אינו דומה כלל לחנוני ולא מצינו אלבייהו התקנה שיהיה מהימן מוציא הוצאות אף בכה"ג כנ"ל בארוכה. מ"מ יש לומר דעיקר הטעם דלא שייך במוציא הוצאות ע"פ ציוויו הך חזקה שליח כו' הוא משום די"ל דילמא ראה השליח דלא צריך מעות כפי הסך שאומר שהוציא ולא הוציא באמת כפי הסך שאומר. א"כ ז"א שייך אלא היכא דאנו מסופקים כמה הוציא ודילמא לא היה צריך הוצאות כ"כ. אבל היכא דאנו מסופקים אם הוציא כלום בזה שפיר י"ל דשייך חזקה שליח כו' גם בזה לברר לנו עכ"פ דהוציא איזה סך משום דבזה שייך שפיר חזקה שליח כו' דקיבל עליו להוציא איזה הוצאות על הענין הנצרך להבעה"ב כפי הבטחתו וחזקה דעשה שליחותו א"כ הוי כמו דידוע לנו דהוציא עכ"פ ומה לי אם ידוע כן ע"פ עדים או דידוע כן ע"פ החזקה שליח כו' דזה מועיל ע"פ דין תורה לשיטת הרמב"ם וסייעתו. ע"כ הוי ג"כ כעין דררא דממונא דנאמן לישבע וליטול משום תקנתא דבעל שהוציא כנ"ל לכ"ע ולכן סתמו הפוסקים בזה. אכן היכא דהוי עיקר ציווי הבעה"ב לו להוציא ע"פ איזה תנאי היינו שהתנה עם השליח באם שיראה לפי ראות עיניו שנצרך הענין להוציא איזה הוצאה שיוציא וא"י כלום אם נצרך הענין לאיזה הוצאה בזה שפיר כתבתי די"ל דלשיטת הרמב"ם וסייעתו דעיקרו הוא מן בעל שהוציא כו'. א"כ בעינן דיהיה דררא דממונא עכ"פ כמו התם גבי בעל וכמש"כ הרמ"א בתשובה. אבל היכא דהוי ספק שמא לא נצרך הענין לאיזה הוצאה א"כ בזה הא לא שייך כלל החזקה שליח כו' לברר שהוציא איזה סך מועט משום דיכול להיות שמא לא היה נצרך העסק כלל לשום הוצאה ולא הוי שום דררא דממונא כלל. אך לשיטת הר"נ והתוס' ב"מ הנ"ל דמדמין הך מילתא דמוציא הוצאות לחנוני ולא מחלקים דילמא שאני חנוני דקיבל עליו ליתן סך מסויים לפועליו שחייב להן שכירות כפי הסך שציוה. משא"כ מוציא הוצאות דיכול להיות שמא לא היה צריך העסק להוצאות כפי הסך שאומר שהוציא. וע"כ מוכח דס"ל דאין לחלק בזה דכיון דלא ס"ל להחזקה שליח כו' בממון. א"כ ע"כ עיקר הטעם דתקנו בחנוני כן. הוא משום דכיון דציוהו להוציא ממון ע"פ והימני' ע"כ הימנוהו חז"ל אף היכא דהוי ספק בעיקר הענין. לכן ה"ה במוציא הוצאות אף היכא דהוי ספק אם הוציא כלום דמ"ש. אבל לשיטת הרמב"ם וסייעתו עדיין יש לחלק בזה ולכן לדינא אין להוציא ממון היכא דהוי ספק בעיקר הענין אם הוציא כלום ובאופן שכתבתי לעיל דהיה הציווי בדרך תנאי די"ל דכה"ג אינו נאמן לומר שהוציא: ועפ"ז א"ש שיטת יש מי שכתב

שהובא במ"מ פ' ט"ז הל' מלוה הל' ה' שכתבו שדין משנתינו אינו אלא בחנוני דוקא שתקנו שנשבע ונוטל אבל בשארי שליחות אם אמר תן לפלוני כך וכך מעות בשבילי אינו נשבע ונוטל כיון שאנו מסופקים בעיקר הדבר אם עשאו אם לאו עכ"ל והובא לעיל בחידושי סעי' א' ובש"ך ס"ק ז'. ולכאורה צ"ע דמפני מה יהיה גרע זה מן אחר שירד ברשות הבעה"ב להוציא הוצאות דנאמן לישבע וליטול ולא אשתמיט שום פוסק דיחלוק על דין זה. וגם בהרב המ"מ פ"י הל' גזלה לא הובא שום דיעה החולקת עלה דמבואר שם דנאמן ליטול אף הוצאה יתירה מהשבח. אבל לפמש"כ א"ש דהא מוציא הוצאות אינו נאמן ליטול רק היכא דהוי דררא דממונא אבל אם מסופקים שמא לא הוציא כלל אז אינו נאמן. א"כ באמר לו תן מנה לפלוני דמסופקים אם נתן מאומה ולא הוי שום דררא דממונא כלל ובזה אינו נאמן המוציא הוצאות ליטול א"כ ה"ה הך דאמר תן מנה לפלוני אינו נאמן כיון דלא ס"ל להך חזקה שליח כו' ולכן אמרו דלא תקנו כן רק בחנוני. א"כ מסופקים בעיקר הענין ע"כ בכה"ג אף מוציא הוצאות אינו נאמן וכן הוא לשונם שכתבו כיון שאנו מסופקים בעיקר הדבר כו' כנ"ל. וזהו סייעתא לכל מה שכתבתי:

ג (שם סעיף ז):

ועכשיו נבאר מה שיש לדון ע"פ כל מה שנתבאר בדברי הנתיבות סי' קפ"ז ס"ק ה' וזה לשונו בסופו ועכ"פ למדנו מדברי הריטב"א בראובן שאמר לשמעון זבין לי האי מידי ממעותיך וטען שמעון שקנה לו ונאנס מידו נשבע שמעון ש"ש שקנה ונאנס מידו וחייב ראובן לשלם לו עכ"ל. ושם מתחלה כתב הנתיבות דהא דנאמן לישבע וליטול הוא מן דין חנוני על פנקסו ומן דין רד ברשות עכ"ל. ולכאורה יש לדון דאין זה דומה לחנוני כו' כיון דכתבו התוס' בב"ב (דף ע' ע"ב) ד"ה מאן דאמר כו' דנאנסו לא שכיח וכמבואר בסי' ק"ח סעי' ד'. א"כ יש לחלק דדוקא היכא דטוען טענה דשכיח בזה תקנו להאמין לחנוני. אבל מנלן דתקנו להאמינו אף בטוען נאנסו דהא יש לחלק כיון דנאנסו לא שכיח א"כ י"ל דאינו נאמן להכחיש הרוב ולהוציא ממון ומנלן דתקנו אף בכה"ג. אך לפמש"כ הש"ך בכללי מיגו ס"ק כ"ב דנאנסו שכיח שפיר כתבו דנאמן לטעון נאנס כמו בתקנת חנוני אבל לשיטת התוס' וש"פ עדיין יש לדון בזה. אך יש להוכיח כדברי הנתיבות הנ"ל מן ב"מ (דף נ"ח ע"א) דאמרו דשלוחים נשבעין ליטול שכרן ונאמנים לומר נאנסו. הרי דאף בטענת נאנסו נאמנים ליטול שכרן אף דה"ל כמו א"י א"נ ועיקרו הוא ג"כ משום תקנת חנוני וכמש"כ לעיל בחידושי לסי' צ"א סעי' א' ע"ש. א"כ מצינו דאין לחלק בזה ובכל גווני תקנו להאמינו מצד תקנת חנוני נשבע ונוטל א"כ ה"ה בנידון שכתב הנתיבות נאמן השליח לומר שקנה עבורו ונאנס מידו ויטול כל מה שאומר שהוציא ע"פ:

ועדיין יש לדון בראי' הנ"ל דלשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דחנוני נאמן מדינא משום חזקה שליח כו' א"כ ה"ה בהאי שליח דציוה לו זיל זבין לי דשייך בו חזקה שליח כו' וע"כ שפיר יש לדון הראי' מהא דשלוחים נשבעין ליטול שכרן דכמו דהתם מצינו דנאמן לומר נאנסו וליטול שכרו משום חזקה שליח כו' א"כ ה"ה בהך מילתא. אבל לשיטת החולקים על הרמב"ם וסייעתו וס"ל דמה דחנוני נאמן אין זה מדינא אלא מתקנתא. וטעמם נ"ל דס"ל דלא מהני הך חזקה שליח כו' בהא דחנוני די"ל דילמא לא היה לו מעות ליתן לפועליו או שמא ראה לבסוף כי לא בטוח הוא וחזר בו ובפרט בסך מרובה די"ל דה"ל כמו מתנה מרובה דאין בו מחוסר אמנה ויכול לחזור בו וכעין סברא זו ראיתי בנתיבות סי' קפ"ג ס"ק ה' ע"ש. וי"ל דזהו הסבר שיטת הסוברים דחנוני אינו מדינא רק מתקנתא. ולפ"ז יש לחלק דשאני הא דב"מ דנשבעין ליטול שכרן משום דהתם י"ל דנאמן מה"ת לכ"ע לפי דה"ל התם ברי של השלוחין בצירוף חזקה שליח כו' וזהו מעין חזקת כשרות דהא כיון דנשתעבדו ע"פ דין לשמור את החפץ ואינם יכולים לחזור כלל משמירת החפץ אף בהנך שפטרתן התורה מתשלומין. וכיון דנאמנים מה"ת אף להוציא ממון ע"י ברי בצירוף חזקה כמש"כ הש"ך והבעה"ת להוכיח כן מהא דכתובות (דף י"ב). לכן י"ל דמה"ט נאמנים אף נגד הרוב ולהוציא מחזקת ממון. אבל בהא דשליח שטען שקנה עבור המשלח דכיון דלא שייך בי' חזקה שליח כו' כנ"ל ואינו נאמן רק מצד התקנה דחנוני. ע"כ עדיין יש לומר דמנלן דתקנו להאמינו בטענת נאנסו דלא שכיח:

ולפ"ז נסתר הראי' מהא דב"מ. אכן כיון שהריטב"א כתב להדיא דנאמן לומר שנאנסו וליטול דמיו עבור מה שקנה עבורו וכמש"כ הנתיבות ע"כ הכי נקטינן לדינא:

אך יש לדון דזה אינו שייך רק היכא דציוה להשליח לקנות לו יין סתם וכפי מקח השער שיצא אז על היין. דבזה שפיר יש לדון דהוי בזה החזקה שליח כו' כמו בחנוני לשיטת הסוברים דמשום חזקה אתו עלה. אבל אם ציוה לשלוחו לקנות יין במקח הזול ולא יצא השער כ"כ עליו דיש לומר דבזה לא שייך החזקה שליח כו'. כמו דמצינו בב"מ (דף ע"ג ע"ב) במאן דיהיב זוזי לחברי' למיזבן לי' חמרא כדקא אזיל אפרוותא דזול שפוט כו' דרב אשי אמר אפילו יין סתם ה"ל אסמכתא כו' התם בידו הכא לאו בידו. ופירשו התוס' שם ד"ה התם בידו כו' דכיון דשער דזול שפט לא משיך כולי האי דשמא כשיבא לקנות לא ימצא באותו שער כו'. הרי דמצינו דאם אין שער משיך כולי האי דזהו דבר שאין בידו של השליח. ולכן י"ל דמה"ט לא שייך לומר על שליחות כזה להחזקה שליח כו'. וכעין מה שכתבו התוס' בגיטין (דף ס"ד ע"א) ד"ה אסור בכל הנשים כו' דמן הדין מותר בכל הנשים דאין זה חזקה גמורה דאינה בידו להתקדש שמא לא תתרצה כו' אלא קנסא

בעלמא הוא כו' עכ"ל. ועיין בנזיר (דף י"ב) בתוס' שם וכעין זה בקידושין (דף ס"ד ע"א). ובתוס' ישנים כתובות (דף כ"ב) ואכמ"ל. א"כ כאן כיון דלא הוי שער דמשיך ע"כ לא שייך בזה הך חזקה שליח כו' דיכול להיות שמא לא השיג לקנות כפי המקח שציוהו לקנות עבורו וכיון דלא הוי בזה החזקה שליח לכן יש לחלק דשאני חנוני דנוטל מדינא לשיטת הרמב"ם משום דשייך התם החזקה שליח כו'. אבל בנידון כזה כיון דלא שייך הך חזקה שליח כו' כנ"ל ע"כ אינו ראיה להוציא ממון ע"פ הא דחנוני נשבע ונוטל. אך להסוברים בהא דחנוני נשבע ונוטל דזהו מצד התקנה ולא מדינא משום דלא ס"ל להחזקה שליח כו' אלא חז"ל תקנו להאמין להחנוני שאומר שהוציא ממון ע"פ ציווייו אף בלא החזקה כו'. א"כ ה"ה בכה"ג י"ל דנאמן כיון שחבירו ציוה לו להוציא ממון ע"פ ובכל גווני שייך התקנה הנ"ל. אבל להרמב"ם וסייעתו יש לחלק בין הך דחנוני ובין נ"ד. וכש"כ בציוה לו לקנות יין זה בוודאי לא שייך בזה החזקה שליח כו' כמו דאמרו בב"מ (דף ע"ג) דביין זה מי יימר דמזבני לי' ניהלי' וכן הוא בב"מ (דף ט"ז) דבשדה זו מי יימר דמזבין לה ניהליה. וכמו כן היכא דציוה לו לקנות איזה חפץ ולהוציא מעות באם שיוכשר בעיניו לקנות את החפץ או תנאי אחר דכיון דהיה השליחות בדרך תנאי ולא בהחלט. דבכה"ג יש לדון לשיטת הרמב"ם וסייעתו דזה אינו דומה לחנוני כיון דלא שייך בכ"ז הך חזקה שליח כו' משום דיכול להיות דלא הוכשר בעיניו לקנותו וכה"ג בשארי תנאים. ע"כ אין לנו כח להוציא ממון בכ"ז משום דה"ל כמו איני יודע אם נתחייבתי דפטור כיון דלא מצינו הוכחה אלבייהו דמוציאין ממון בכה"ג דהא אינו דומה כלל לחנוני. וכן מטעם מוציא הוצאות אין לחייבו משום דהא נתבאר דהיכא דהוי ספק אם הוציא ממון כלום דאז אין לחייבו ממון. ויורד ברשות דנוטל הוצאה הא מיירי דידוע דהוציא כלום וא"י כמה הוציא כנ"ל בארוכה. ואף דלשיטת הר"נ והתוס' בב"מ אינו כן. עכ"ז הא נתבאר דלשיטת הרמב"ם וסייעתו אינו כן ע"כ מספיקא אין להוציא ממון והממע"ה. אך אם ידוע שקנה החפץ עבורו אלא דאינו ידוע כמה חפצים קנה בזה כיון דה"ל כעין דררא דממונא א"כ לכ"ע נאמן לישבע וליטול כדין יורד ברשות להוציא הוצאות:

העולה מכל מה שנתבאר דמוציא הוצאות אף אם יש שבח ג"כ אינו ברור לכ"ע דיהיה נוטל מה"ת ולכן אם מת אין יורשיו נוטלים אף שטוענים ברי וכעין המבואר באה"ע סי' פ"ח סעי' י"א. וכן נתבאר דמוציא הוצאות אינו נוטל רק היכא דידוע דהוציא כלום אך א"י כמה אבל אם יש להסתפק דילמא לא הוציא כלל בזה אין מוציאין ממון מהמוחזק והיינו אם היה בדרך תנאי משום דאם היה בהחלט הוי לכ"ע כעין דררא דממונא ונאמן

כנ"ל. ואם תפס המוציא הוצאות יכול לומר קים לי כשיטת הר"נ וש"פ דבכל גווני נאמן המוציא ליטול בשבועה משום תקנתא דחנוני ואין זהו בכלל ספק תקנה. דהא כתבתי בקונטרס ספק תקנה שלי דהיכא דטוען ברי מהני תפיסה אף בספק תקנה ובפרט בספק פלוגתא דרבוותא כמש"כ שם וגם נתבאר במי שציוה לחבירו לקנות עבורו בהחלט וטען השליח שקנה ונאנס ממנו דאם היה כמו יין סתם ובשער המצוי דבזה נאמן לישבע וליטול. אבל אם היה יין זה או אף כמו יין סתם אך שלא היה שער משיך או שהיה בתנאי וכה"ג אינו נאמן להוציא. אלא אם ידוע שקנה עבורו וא"י כמה אז נאמן בכל הני לישבע וליטול:

ד (שם סעיף י"א):

בד"ה ולענין דינו של הסמ"ג כששניהם אדוקים בדינר כו' אי נימא גם בזה אוקמה אחזקת מרא קמא חדא דלא מצינו כן אלא בעומדת כו'. והשב שמעתתא שמעתא ד' פרק י"ג ופרק י"ד האריך בדברי הש"ך הלז והעלה דבחצר של שניהם וכן בשניהם אדוקים בו מוקמינן בחזקת מ"ק ולא אמרינן כיון דאם תפס בכולה הוי מוחזק בכולה וה"ה ברשות שניהם או בשניהם אדוקים נימא דכ"א הוי מוחזק בהפלגא דז"א כיון דמבואר בב"ב (דף פ"ד) דחצר השותפין אין קונין זה מזה ותפיסה תליא בקנין כמבואר ברמב"ן דלכן לא מהימן התופס השטר לומר דהיה לו כתיבה או שהיה קנין אג"ק כיון שאין תפיסתו קנין ע"כ לא הוי כמוחזק. וה"ה בחצר השותפין כיון דלא הוי כקנין כו'. וכן בשניהם אדוקים כיון דאמרינן בב"מ (דף ח') דאם מגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו נעשה כמו שמונחת ע"ג קרקע ולא קנה לא זה ולא זה א"כ הכא לא שייך מגבי' מציאה לחבירו דבעלים לא מצי מזכה אלא ע"י אחר ולא ע"י ע"כ אין דינו כמוחזק על המחצה וממילא מוקמינן בחזקת מ"ק עכ"ל בקצרה בשינוי לשון קצת ודברי הרמב"ן דתפיסה תלוי בקנין הובא בקצה"ח סי' ס"ה ס"ק י"ח ובסי' ע"ב ס"ק כ' וכ"כ הר"נ פ' הכותב ע"ש:

ענף א:

ולענ"ד נראה דלא כהש"ש. דבשניהם אדוקים דינו כמוחזק על המחצה ע"פ דברי התוס' ב"מ (דף ח' ע"ב) ד"ה או דילמא מנהיג כו' וכן לעיל דקאמר אלימא מהא שנים אוחזין האי אמר כולה הגבהתי אבל שנים שהגביהו לא קנו התם נמי אע"ג דכמו שהם תפוסים לא קנו מקרי מוחזק כיון דאם היה מגבי' לחודי' אילו לא היה חבירו תפוס בצד השני היה קונה לכך אקרי מוחזק אפילו עם חבירו כו'. ופירש המהרש"א דה"פ דאם לא היה חבירו תפיס בצד השני והיה נותקה מידו מקרי לגבי שני שעדיין הצד האחר בידו הוגבהה למעלה מג' על ידו וקני כמש"כ התוס' לקמן גבי הואיל ויכול לנתקו כו' ועי"ל דמיירי

הכא בטלית שאינו ארוך כ"כ כו' עכ"ל המהרש"א וכ"כ המהר"ם שיף שם. הרי שהתוס' ג"כ ס"ל כסברת הרמב"ן בהכלל הנ"ל דאם לא הוי קנין לא מקרי מוחזק ואפ"ה כתבו לדון גבי שנים שהגביהו מציאה דאף דנימא דלא קנו מ"מ אם כ"א טוען אני הגבהתי תחלה הוי דין שלהם כמוחזקים כ"א להפלגא ע"פ הסברא דאם לא היה חבירו תפיס בצד השני היה יכול השני לקנותה ע"י נותקה כו' או אם אינו טלית ארוך כו'. א"כ ה"ה בשנים אדוקים בהדינר יש מקום לומר כמש"כ הש"ך דלא דייניגן בזה לחזקת מ"ק משום די"ל דכ"א הוי מוחזק בהמחצה ואף דלא הוי קנין כ"ז שהבעלים הראשונים תופסים בצד השני וכמש"כ הש"ש. מ"מ כיון דאם לא היה חבירו תופס בצד השני היה השני קונה את המטבע בוודאי כיון דבזה שייך לדון כן אף לפי תירוץ השני של המהרש"א דהא מטבע בוודאי לא הוי ארוך ולא היה ראשו מגיע לארץ. ובאמת הדין כן הוא אף בטלית אם המוכר והלוקח אדוקים בו דגם הלוקח מקרי מוחזק על המחצה משום סברת המהרש"א בתירוץ הראשון דכתב דהיה יכול לקנותה ע"י מה שהיה נותקה אם לא היה חבירו תפיס וכיון דהיה בידו לעשות כן ע"כ מקרי בשם מוחזק אף בטלית ארוך וכן הדברים מוכרחים בפשט הסוגיא דשם. ע"כ לא מהני בכה"ג חזקת מ"ק של המוכר להוציא המחצה השניה מן הלוקח התופסו דכיון דנקרא בשם מוחזק וכיון דעדיפא מעלת המוחזק ממעלת חזקת מ"ק ע"כ ה"ה דאין מוציאין מהלוקח המחצה השניה. ושפיר כתב הש"ך רק שקיצר בזה: וזה אינו שייך רק בשניהם אדוקים בדינר אבל אם הדינר או הטלית מונח ברשות שניהם כיון דבזה לא שייך לומר כעין סברת המהרש"א דהיה ביד חבירו להיות קונה ע"י מה דהיה יכול לנותקה. ע"כ י"ל לכאורה דבזה הנכון עם הש"ש דאין דינו של הלוקח כמוחזק וע"כ ממילא מהני חזקת מ"ק של המוכר לברר ולהוציא כל החפץ [או בהדינר לגבי בעלים הראשונים]. ושאני שניהם אדוקים דהיה ביד חבירו לנותקה כו'. ועכ"ז גם במונח בחצר של שניהם אין דברי הש"ש ברורים כ"כ. ולא מבעיא לפי מש"כ הקצה"ח עצמו בסי' קע"ו ס"ק א' על מה שכתב המחבר שם או ששכרו מקום בשותפות דהא דחצר השותפין אין קונין זה מזה היינו לקנותו כולו אבל להיות הדבר בשותפות מהני גם חצר השותפין ע"ש. א"כ ה"ה במונח החפץ בחצר שניהם כיון דיכול להיות קנין ע"י החצר שותפות להחפץ שיהיה ג"כ בשותפות ע"כ ממילא מקרי בשם מוחזק על המחצה שמונח בחלקו. והנתיבות בסי' קע"ו ס"ק ב' השיג על הקצה"ח דמה הפרש יש בין לקנות פלגא ובין לקנות כולה: והנה התוס' בקידושין (דף ח' ע"ב) ד"ה אם היה סלע שלה כו' פי' בקונטרס דחצירה קונה לה ולא נהירא דא"כ מאי בעי סלע של שניהם מהו פשיטא דאינה קונה כיון דהוי חצר של שניהם כו'. וכ"כ

הר"נ שם. ואי נימא דמחצה מצי לקנות ע"י חצר השותפים א"כ שפיר י"ל דמקודשת ע"י מה דקנתה המחצה מהמנה. ואם לא אמר במנה זו רק במנה סתם ה"ז מקודשת וישלים כמבואר בקידושין (דף ח' ע"א) ובאה"ע סי' כ"ט סעיף ז' [ולא שייך לומר בקידושין סברת אגיד גביה כמו בגט כמבואר בב"מ (דף ז') דשא"ה דבעינן כריתות משא"כ בקידושי אשה וע"כ אף דבכל מטבע ומטבע מן המנה יש להבעל זכות בי' מ"מ הוי קידושין. והא דאה"ע סי' כ"ט בב"ש ס"ק יו"ד שיטת הרמב"ן ורשב"א דהוי אגוד אצלו. הלא גם בקנין כסף אמרו כן וכמש"כ האבני מילואים שם ס"ק י"ב דהטעם הוא דלא הוי כסף הראוי לקנין ועיין בקצה"ח סי' ל"ט ס"ק ח' ובנתיבות שם ס"ק י"ז וקצרתי]. ומדהקשו התוס' והר"נ בפשיטות כן מוכח דס"ל דאף לקנות להמחצה ג"כ אינו קונה ע"י חצר השותפות וכמש"כ הנתיבות. ואפשר לומר דלכן הקשו כן משום דאם היה מיירי במנה סתם א"כ פשיטא דמקודשת ע"י זכות המחצה שנקנית להאשה דהא לקנות להמחצה פשיטא להו דקנתה א"כ מאי קא מיבעיא לרב ביבי שם. וע"כ פירושו דמיירי במנה זו ואז צריכים שיהיה קנין בכל המנה ולכן הקשו כן. ואינו ראיה מדבריהם לסתור דברי הקצה"ח: ויש להסביר דברי הקצה"ח דמחצה קנה אף בחצר השותפין. דהמקנה בק"א לקידושין סי' למ"ד סעי' ג' כתב דלכן בנתן הקידושין על מקום שניהם הוי קידושי ספק משום דאי נימא יש ברירה א"כ כיון ששניהם מתרצים על הקדושין אמרינן הוברר הדבר דמקום הקידושין קנוי לה באותו שעה כו'. וכיון דמספקא לן אי יש ברירה או אין ברירה ע"כ הוי קידושי ספק כו' וכן לענין קנין אין להוציא מחזקת מ"ק ע"ש. וידוע שיטת רש"י בגיטין (דף מ"ז ע"ב) דאי נימא אין ברירה אמרינן דמעורבים החלק של כ"א בכל משהו ומשהו והתוס' שם חלקו עליו והובא כ"ז בארוכה בשאגת אריה סי' צ'. א"כ לשיטת רש"י שפיר י"ל דנקנית בשותפות להשותפים בהחצר לחצאין דאי נימא יש ברירה אז נקנה כולו להלוקח כמש"כ המקנה כיון דשניהם מתרצים על הקנין אמרינן הוברר דמקום החפץ קנוי לו באותו שעה. וא"ת אין ברירה מ"מ כיון דיש זכות להלוקח בכל משהו ומשהו בהחצר ע"כ יש לו דין חצירו לקנות להמחצה. ואף דאמרו בב"מ (דף ח' ודף ט') היכא דאוגדו ברשות חבירו לא קנה ועיין בנתיבות סי' קצ"ה ס"ק ב'. ובשבת (דף צ"א וצ"ב). מ"מ היכא דתופסו בידו וברשותו קנה למה שתפוס בידו וברשותו כמבואר בב"מ (דף ט') ובסי' רע"א סעי' ג' ובש"ך ס"ק ב' כעין זה. א"כ לשיטת רש"י הנכון עם הקצה"ח שכתב דלמחצה נקנית אף בחצר השותפין. וגם לשיטת התוס' מ"מ יש להסביר ג"כ דברי הקצה"ח דאף דנימא שמא אין ברירה ואז ממילא י"ל דילמא כל זכות המקום שמונח החפץ הוא שייך

להמוכר ולא הוי שום דין קנין חצר כלל. מ"מ י"ל כיון שכתב הר"נ לנדרים (דף מ"ה) דכל שותף יש לו קנין שעבוד כמו זכות שכירות בחלקו של חבירו. א"כ זוכה עי"ז כמו חצר השכורה דזוכה לדבר הנקנית. ועיין בסי' שי"ג ש"ך ס"ק א' מה שביאר שם לתרץ קושיות הראב"ד על הרמב"ם מן שוכר את מקומו כו' דדעת אחרת מקנה שאני. ולכן כיון דיש להלוקח זכות בכל משהו בהחצר עכ"פ בשכירות ממילא יש לו דין חצר לקנות להמחצה ודברי הקצה"ח מסתברים. והש"ש שחולק על הש"ך הא כתב בפשיטות שם פ' י"ד דחצר השותפין אינו קונה אפילו מחצה ע"כ העלה דכיון דלא הוי קנין דלא מקרי מוחזק. אבל לפי דברי הקצה"ח שפיר כתב הש"ך די"ל דבחצר שניהם דינו כמוחזק על המחצה ולא מהני ביה חזקת מ"ק. וע"פ מש"כ יש לדון בדברי הקצה"ח סי' ר"ס ס"ק א' והנתיבות שם ס"ק יו"ד שכתבו לדון בחצר השותפין דאינו קונה להמציאה דהוי כמו דמחצית השני מונח בקרקע דב"מ (דף ח') כו'. ובאמת יש לחלק דשא"ה בקנין הגבהה דהוא משום דהוגבה מכחו בזה אמרו דאם הצד השני מונח בקרקע לא קנה אף להחלק שמוגבה מכחו. אבל למה שתפוס בידו או ברשותו שפיר קנה אף דהצד השני מונח בקרקע וכמו דאמרו בב"מ (דף ט') זה קנה חמור ובית פניו וזה קנה מה שתפוס בידו והשאר לא קנה כו'. ואפשר לומר דשא"ה דלכן קני למה שתפוס בידו לפי דהוי כמאן דפסיק כמבואר בב"מ (דף ז'). אבל הכא בחצר השותפים דמעורבים החלקים בכל משהו ומשהו דלא שייך לומר כמאן דפסיק דמי ע"כ י"ל כסברתם. ובדברי הירושלמי דסוף ב"מ שהובא בקצה"ח שם יש להאריך טובא ואכ"מ:

ענף:

והנתיבות בסי' קע"ו ס"ק ב' כתב לפרש דלכן מהני שכירות מקום בשותפות לקנות א' מחבירו להשותפות לפי דמה דחצר השותפין אינן קונין זה מזה הטעם הוא דתיכף כשהניח החפץ שלו בחצר השותפין הוברר הדבר שהמקום שהניח עליו החפץ הוא של ראובן וכיון שיש רשות לכל אחד להניח מה שירצה ושוב לא הוי מקום זה חצירו של שמעון כו' ע"ש. א"כ לפ"ז שפיר י"ל אם החפץ מונח בחצר שניהם דאף דלא הוי קנין מ"מ מקרי מוחזק וכעין סברת התוס' ב"מ (דף ח') ד"ה או דילמא מנהיג כו' שכתבו כיון דאם היה מגביה לחודי' אילו לא היה חבירו תפוס בצד השני היה קונה לכך אקרי מוחזק אפי' עם חבירו. והובא לעיל דברי התוס' הלז. וה"ה בנ"ד יש לומר כעין סברתם דהא אם לא היה חלק החצר השני שייך להמוכר שיניח שם כל מה שירצה אז היה קונה הלוקח למחצה החפץ ע"י חצי חצירו כיון דאז לא שייך סברת הנתיבות שכתב די"ל ברירה שתיכף שהניח החפץ שלו בהחצר השותפין הוברר שנקנה לו המקום כו'.

דהא הוי אז כמו חצר השותפין של אחרים ולא של המוכר א"כ ממילא היה קונה ע"י חלקו בהחצר לחצי החפץ. וכמו דקיי"ל לדינא באמת דאם שכרו מקום בשותפות דקונה א' מחבירו ע"י זכות חצירו. [וכן בהא דסי' ר"ס סעי' ד' דחצר השותפין זוכה למציאה]. משום דע"י זכות חלקו בהחצר מצי זכי מחצה בהחפץ אף שיש להמוכר זכות בהחצר. רק היכא די"ל ברירה דהוברר הדבר דהמקום שהניח עליו החפץ הוא שלו כיון שיש לו רשות להניח מה שירצה א"כ אז לא שייך קנין חצר. אבל היכא דלא שייך לומר כן שפיר מצי קני ע"י חלקו בהחצר להמחצה. ע"כ שפיר י"ל גם במונח בחצר השותפין דכיון דאם לא היה חלק השני בהחצר שייך להמוכר באופן שיניח שם כל מה שירצה דאז היה קונה הלוקח למחצה החפץ ע"י חלקו בהחצר. ע"כ ממילא הוי מוחזק אף שיש להמוכר חלק בהחצר וכסברת התוס' הנ"ל. ועיין במחנה אפרים ה' מכירה קנין חצר סי' ו' והובא בנתיבות סי' קע"ו ס"ק ב' שהשיג עליו ע"ש. כללו ש"ד לפי מה דקיי"ל לדינא שם דשכרו מקום לשותפות נקנה להם ע"י קנין חצר הן לפי מש"כ הקצה"ח והן לפי דברי הנתיבות כנ"ל שפיר י"ל דאם מונח החפץ בחצר השותפין שיש להמוכר חלק בו דג"כ דין הלוקח כמוחזק על המחצה ולא דייניגן ביה חזקת מ"ק ודלא כהש"ש שכתב בפשיטות דאין דין הלוקח כמוחזק כלל. ובעיקר דברי המח"א והקצה"ח יש להעיר מירושלמי נדרים פ"ה ה"א. אבל י"ל דכוונת הירושלמי שם לחלק דשאני במודד לתוך קופתו וכעין הך דש"ס דילן בב"ב (דף פ"ד ע"ב):

ובב"מ (דף ב' ע"ב) ולחזי זוזי ממאן נקט ופירשו דהא נאמן המוכר בתו"ע. וקשה דהא יש לפרש דהך בבא דזה אומר כולה שלי דמיירי במקח וממכר. י"ל דמיירי דהמוכר והלוקח מכחישים זא"ז דהלוקח טוען דמכר לו והמוכר מכחישו דלא מכר לו מעולם א"כ הוי המוכר נוגע בעדות ואינו נאמן ולכן יחלוקו. ומדלא אוקמינן בכה"ג ומקשו ולחזי זוזי כו' מוכח דס"ל להש"ס דאם היה המוכר והלוקח מכחישין זא"ז לא היה הדין דיחלוקו אלא היה שייך כולו להמוכר משום חזקת מ"ק וכמש"כ הש"ש דבשנים אדוקים כיון דלא הוי קנין ע"כ לא הוי מוחזק. אך באמת אין זה הכרח כלל לא מבעיא לשיטת רש"י דס"ל בב"מ שם דדוקא היכא דליכא רמאי דאיכא למימר לשניהם נתרצה המוכר בזה אמרו דיחלקו א"כ היכא דהמוכר והלוקח מכחישין זא"ז דבזה איכא רמאי הדין הוא דיהא מונח כו'. ואף לשיטת התוס' וסייעתם דאף היכא דאיכא רמאי הדין דיחלוקו. עכ"ז הא שיטת התוס' ב"מ (דף ב' ע"ב) ד"ה אי תנא מציאה כו' אבל מו"מ כו' ומדתפיס סבור שלו הוא נתרצה המוכר כו' אימא לא ישבע כו' עכ"ל. א"כ לא שייך הך בבא דמו"מ רק בנקט זוזי מתרווייהו ומחולקים הקונים בהדדי. אבל אם היה מיירי בהכחשת המוכר

והלוקח דלא שייך לומר רבותא זו ע"כ אין סברא לפרש להבבא דמו"מ רק בהכחשת הקונים זא"ז ושפיר מקשו ולחזי זוזי כו'. ואין זה ראיה כלל ופשוט:

ענף ג:

שוב ראיתי דיש לדון מטעם אחר דבשניהם אדוקין בדינר או בהחפץ דאף דנתבאר דדינם כמוחזק כ"א על המחצה. מ"מ י"ל דמהני ביה חזקת מרא קמא לברר דההחפץ שייך לבעלים הראשונים. והוא דלקמן סי' רצ"ב סעיף י' בהג"ה בשנים שהפקידו אצל אחד ונאבד או נגנב א' מהן אזלינן בתר רובא. והוא מן תה"ד סי' שי"ד שביאר זה דאע"ג דהתוס' בריש ב"מ כתבו דמה שהנפקד תופס הוי כאלו שניהם מוחזקים בו. מ"מ לא הוי מוחזק גמור להדחות להרוב רק דהוי כמוחזקים לענין דלא נימא כל דאלים גבר. וכן מש"כ התוס' בב"מ שם (דף ב') ד"ה וזה נוטל רביע כו' דלא מהימן במיגו דכולה שלי דהוי מיגו להוציא זהו דוקא לענין דחיות מיגו אבל להדחות לרובא בעינן דוקא שיהיה מוחזק לבדו. אבל היכא ששניהם מוחזקים בהחפץ הוי מוחזקות גרוע ואין כח בזה להדחות לרובא ושפיר דיינינן בכה"ג למיזל בתר רובא זהו קוטב דברי התה"ד שם. ומדמה התה"ד להך מוחזקות דהנפקד תופס בחזקת שניהם דזהו דומה להמוחזקות דשנים אוחזין בטלית. וטעמו דאי נימא דהמוחזקות דשנים אוחזין עדיפא מן מה דהנפקד תופס בחזקת שניהם א"כ מאי מקשה הגמ' בב"מ (דף ג') לימא מתניתין דלא כר' יוסי כו' הא יש לחלק בפשיטות דשאני התם בשנים שהפקידו אצל א' דלא הוי מוחזקות אלימא ע"כ אמר ר' יוסי יהיה מונח כו' אבל בשנים אוחזין דהוי מוחזקות אלימא מודה ר' יוסי דיחלוקו. ומדמדמה הגמ' בפשיטות אותם להדדי ע"כ שפיר כתב התה"ד לפרש דשאני לענין מיגו. אבל לענין שארי דברים אף דשנים אוחזין. מ"מ אין דינם כמוחזק גמור ודינם כמו הא דנפקד תופסו בחזקת שניהם דאזלינן ביה בתר רובא:

ונקדים לדברי התה"ד סי' שמ"ט דכתב דכיון דהוחזקה נחלה באותו שבט אין כח בהרוב להוציא הממון מהחזקה דהא לא אזלינן בממון בתר רובא כו'. והובא בקצה"ח סי' ר"פ ס"ק ב'. והשיג ע"ז דדוקא במוחזק ממש לא אזלינן בתר רובא אבל היכא שנסתפקנו בקרקע אם מכרו מרא קמא בזה אזלינן בתר רובא דחזקת מ"ק לא עדיפא מכל החזקות דרובא עדיף מחזקה כו' עכ"ל הקצה"ח. אכן בקונטרס הספיקות של אחי הקצה"ח כלל ו' אות י"א העלה דנגד חזקת מ"ק לא מהני רובא דדינו כמוחזק ממש ע"ש. ולענ"ד נראה להוכיח דבמקום חזקת מ"ק לא מהני רובא דדינו בזה כמו מוחזק ממש. דבב"ב (דף צ"ג) מקשה הגמ' מהא דשור שנגח הפרה כו' דלימא רוב פרות מתעברות ויולדות כו'. ופירש הרשב"ם דלרב קפריך כו'. והנה בב"ק (דף מ"ו ע"א) תוס' ד"ה שור שנגח כו'

דמיירי בקיימא באגם כו'. ואי נימא כהקצה"ח דבמקום חזקת מ"ק מהני רובא דאינו כמוחזק ממש בזה. א"כ יש להקשות ג"כ לשמואל דס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב דניזל שם בתר רוב כיון דהשור עומד באגם דלא הוי המזיק מוחזק ממש אלא חזקת מ"ק מסייעו ואזלינן בי' לכ"ע בתר רובא א"כ הך קושיא תסוב גם לשמואל. ומוכח מזה כהתה"ד דחזקת מ"ק דינו כמוחזק דאין הולכין ביה אחר הרוב ג"כ ולכן לא הקשו שם רק אליבא דרב:

ויש לדון בזה עדיין דהשמ"ק בב"ק (דף מ"ו ע"א) ד"ה זו דברי סומכוס כו' כתב בשם הרשב"ם דמתניתין בשור שנגח הפרה מיירי אף אם המזיק מוחזק כיון דטוען שמא ס"ל לסומכוס דיחלקו. וכ"כ התוס' בב"מ (דף ק') ד"ה הא מני סומכוס כו' דבטוען שמא ס"ל לסומכוס דיחלקו אף במוחזק. והפני יהושע לב"ק (דף מ"ו) תוס' ד"ה שור שנגח כו' הנ"ל כתב להעיר בדברי התוס' הנ"ל דהא מתני' מיירי בשמא ושמא מדנקט ואינו ידוע א"כ מצי מיירי אף דהמזיק הוא מוחזק דס"ל לסומכוס דחולקין. ובאמת כבר הקדימו השמ"ק בשם הרשב"ם כנ"ל. א"כ לפ"ז אין שום הכרח למש"כ להוכיח מהרשב"ם דב"ב דכתב דקושיות הגמ' מן שור שנגח כו' הוא רק אליבא דרב דמוכח דחזקת מ"ק דינו כמוחזק דאין הולכין ביה אחר הרוב. דהא י"ל דמיירי במוחזק ממש וכמש"כ הרשב"ם עצמו שהובא בשמ"ק. ע"כ שפיר כתב הרשב"ם דלשמואל אינו קשה מן שור שנגח הפרה דניזל בתר רוב פרות כו' משום דמפרש להמשנה דהוי המזיק מוחזק ואזיל הרשב"ם לשיטתו. ובאמת י"ל לפי מש"כ התוס' בר"פ שור שנגח כו' דמיירי בעומדת באגם. דקושיות הגמ' בב"ב שם הוא אף לשמואל ג"כ. ואף דפשט הסוגיא בב"ב שם משמע דזהו שייכות לפלוגתת רב ושמואל דהתם אם הולכין בממון אחר הרוב. מ"מ אין זה הכרח כ"כ דכעין זה מצינו במה דמקשה הגמ' בב"ב (דף צ"ב ע"ב) בסוגיא שם מן האשה שנתארמלה כו' ואמאי לימא הלך אחר רוב נשים בתולות ניסת. ובכתובות (דף ט"ז) מקשה סתמא דגמ' כיון דרוב נשים בתולות נישאת כי לא אתו עדים כו'. ופירש הבעה"מ שם דקושיות הגמ' הוא בין לרב ובין לשמואל דכיון דיש שם חזקת הגוף המסייע להרוב כ"ע מודו דאזלינן בתר רוב. והרמב"ן במלחמות שם חולק ע"ז ופי' דלרב פריך וכמש"כ התוס' שם. ועכ"פ מצינו דשיטת הבעה"מ דקושיות הגמ' שם הוא לכ"ע. ועכ"ז הקשו כן בב"ב בסוגיא דפלוגתת רב ושמואל דמשמע מזה דהקושיא הוא רק אליבא דרב וע"כ מוכרח לפרש באמת דקושיות הגמ' בב"ב הוא גם לשמואל והא דנקטו זה שם בסוגיא משום דלרב תקשה ביותר ובאמת קאי הקושיא גם לשמואל. ע"כ י"ל דה"ה לשיטת התוס' ר"פ שור שנגח דכתבו דמיירי בעומדת באגם דלא הוי להמזיק רק מעלת חזקת מ"ק. דלפ"ז

קושיות הסוגיא בב"ב שם מן שור שנגח כו' דקושיא זו קאי גם לשמואל דהיכא דלא הוי מוחזק מודה שמואל דהולכין אחר הרוב נגד חזקת מ"ק. ונקטו הך קושיא שם בסוגיא דפלוגתת רב ושמואל משום דלרב תקשה ביותר ובאמת ה"ה לשמואל כן י"ל ואין הכרח להראיה שכתבתי:

ועכ"ז נראה לי דשפיר הוכחתי משום דדוקא בקושיות הגמ' מן האשה שנתארמלה כו' דמיירי במקום מוחזק עכ"פ ע"כ יש לזה שייכות לפלוגתת רב ושמואל. אבל מהא דשור שנגח כו' לפי שיטת התוס' בב"ק דמיירי בעומדת באגם א"כ אין זה שום שייכות כלל לפלוגתתם אי נימא דחזקת מ"ק לא הוי דינו כמוחזק ממש. ועוד נלע"ד באמת כי הסוגיא דב"ב (דף צ"ב) דהקשו מן האשה שנתארמלה כו' דניזיל בתר רובא דכיון דהקשו כן בסוגיא דפלוגתת רב ושמואל אם הולכין בממון אחר הרוב. דמוכח מזה דס"ל באמת דזה הקושיא הוא רק לרב. אך סוגיא דכתובות (דף ט"ז) דהקשו סתמא דניזיל בתר רוב נשים בתולות כו' כיון דלא הוזכר שם כלל הענין אם הולכין בממון אחר הרוב וע"כ מוכח דס"ל להך סוגיא דכתובות דלכ"ע מבעי לן למיזל שם בתר רוב משום דחזקת הגוף מסייע להרוב וכמש"כ הבעה"מ. ונ"ל דהנך סוגיות דכתובות וב"ב פליגי אהדדי דסוגיא דב"ב ס"ל דלשמואל לא אזלינן בתר רובא אף היכא דחזקת הגוף מסייעו. והסוגיא דכתובות ס"ל דהיכא דאיכא חזקת הגוף מסייע להרוב כ"ע ס"ל דאזלינן בתר רוב וכן מצאתי להרמב"ן במלחמות בכתובות רפ"ב שכתב דקושיות הגמ' שם ניזיל בתר רוב נשים בתולות נישאות הוא רק לרב והראיה הגמורה שהקשו ממנה לרב בפרק המוכר פירות וכן מצינו שהקשו בגמ' סתם לדברי היחיד כו' עכ"ל. הרי שהרמב"ן כתב בפירוש שבסוגיא דב"ב מוכח בוודאי שהקושיא דשם הוא רק לרב ולא לשמואל דאל"כ איזה שייכות הקושיא שם. ע"כ י"ל דלכ"ע מוכח דמה דשקלו וטרו בב"ב בסוגיא דפלוגתת רב ושמואל דמה דהקשו שם הוא רק לרב אבל לשמואל ניחא. ואף דהבעה"מ כתב דמה דהקשו בכתובות הוא לכ"ע. עכ"ז מודה דבב"ב קאי הקושיא רק לרב והם סוגיות חלוקות בזה. ועוד י"ל דאף דנדחוק לומר לשיטת הבעה"מ דגם בב"ב קאי הקושיא לכ"ע. מ"מ בקושיות הגמ' שם מן שור שנגח כו' אין לומר כלל דהקושיא הוא לכ"ע דא"כ תקשה דה"ל להקשות כן בר"פ שור שנגח כו' בסוגיא שם דניזיל בתר רוב פרות מתעברות כו' דשם הוא עיקר המשנה מזה. ובמה דהקשו על משנה דהאשה שנתארמלה דניזיל בתר רוב נשים בתולות נישאות באמת הקשו כן בכתובות (דף ט"ז) בסוגיא דההיא משנה. משא"כ בסוגיא דר"פ שור שנגח כו' לא הקשו שם כן. אך בב"ב בסוגיא דפלוגתת רב ושמואל הקשו כן. מוכח מזה דרק לרב הקשו כן אבל לשמואל ניחא וכמש"כ הרשב"ם

וכ"ע מודו בזה לפירוש הרשב"ם. ע"כ שפיר כתבתי להוכיח מן שיטת התוס' בר"פ שור שנגח כו' דמיירי שם בעומדת באגם. דלפ"ז יש להוכיח דחזקת מ"ק דינו כמוחזק דלא אזלינן בתר רוב נגדו. וכן ראיתי בחידושי הרשב"א לב"ק (דף מ"ו) שכתב לפרש דהמשנה דשור שנגח כו' מיירי בעומדת באגם ומתרץ למה שהקשו התוס' שם דלר' ישמעאל לא תתיישב משום דכיון דהוי כמו אפותיקי מפורש כו' ע"כ אין נקראים הבעלים כמוחזקים והובא ג"כ בשמ"ק לב"ק שם. ובשמ"ק לכתובות (דף ט"ז ע"א) ד"ה וכיון דרוב נשים בתולות כו' הביא בשם הרשב"א שכתב ג"כ כמש"כ הרמב"ן במלחמות שם שהקושיא הוא רק לרב כמו דמקשו מזה על רב בב"ב ריש פרק המוכר פירות כו' ע"ש. א"כ חזינן דהרשב"א ס"ל דמוכח בסוגיא דר"פ המוכר פירות דמה דהקשו שם הוא רק לרב ולא לשמואל. וכיון דהרשב"א בב"ק כתב בפי' דמיירי הך דשור שנגח כו' בעומדת באגם דעיקר זכות הבעלים הוא רק משום חזקת מ"ק. ואפ"ה לשמואל הוי א"ש מה דלא אזלינן בתר רוב פרות מתעברות כו'. א"כ מוכח בוודאי דחזקת מ"ק עדיפא מרובא ושפיר כתבתי להוכיח כן: ב (שם סעיף א'):

וכן מוכח מן הרא"ש בקידושין פ"ב סי' ח' בסוגיא דנתקדשה לדעת אביה והלך למדה"י ועמדה ונישאת שכתב בזה"ל ואם היינו מפרשים לפי שרוב פעמים אין האב מוחה כו' הילכך אכלה בתרומה דאזלינן בתר רובא ובממונא הוא דלא אזלינן בתר רובא ולכן אם מתה אינו יורשה ע"ש. הרי להדיא דס"ל להרא"ש דמה שהוחזקה נחלה בחזקת יורשי האשה דינן כמוחזקים דלא אזלינן בתר הרוב להוציא נחלה מחזקתם. וזהו להדיא כמש"כ התה"ד דאין הולכין אחר הרוב להוציא מחזקת מה שהוחזקה נחלה באותו השבט וה"ה וכש"כ במקום חזקת מ"ק ממש אם אנו מסופקים שמכרו או לא דלא אזלינן בתר רוב להוציא מחזקת מ"ק. וע"כ העיקר כמש"כ בקונטרס הספיקות של אחי הקצה"ח דבמקום חזקת מ"ק לא מהני רובא. וכמו שהבאתי בשם התה"ד שכ"כ. וכמו שהוכחתי מן ב"ב (דף צ"ג) ומן הרא"ש קידושין פ"ב. וכעין זה כתב הש"ך כאן לעיל בסד"ה ואם אין הדבר ידוע כו' דלא מהני ספק ספיקא במקום חזקת מ"ק משום דלא עדיפא מן רובא. ועיין בקצה"ח כאן: והנה לכאורה יש להעיר בזה מן הא דיבמות (דף ל"א ע"א) דמוכיח הגמ' דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן מהא דנכסי דבר שטיא דתרי אמרי כשהוא חלים זבין ותרי אמרי כשהוא שוטה זבין דאמרו אוקי תרי להדי תרי ואוקמי ארעא בחזקת בר שטיא. והתוס' בכתובות (דף כ') ד"ה ואוקי ארעא כו' כתבו דדוקא בקרקע הוא דאמרינן הכי אבל במטלטלין הוא בחזקת המוחזק כו'. ואי נימא כמש"כ להוכיח דחזקת מ"ק דינו כמוחזק א"כ קשה בהוכחת הגמ' דבתרי ותרי מוקמינן מה"ת

אחזקה מנכסי דבר שטיא דאמרו אוקי ארעא בחזקת בר שטיא. דהא י"ל דבתרי ותרי לא מהני חזקה הראשונה לברר דלא עדיפא מן אלו באו עוד עדים וכעין סברת התוס' בב"ב (דף ל"א ע"ב) בתוס' ד"ה וזו באה כו' ובב"ק (דף ע"ב ע"ב) תוס' ד"ה אין לך בו כו'. והא דנכסי דבר שטיא כו' אין זה מצד חזקה המבררת רק משום מעלת המוחזק דדין חזקת בעלים הראשונים משום חזקת מ"ק הוי כמו מעלת מוחזק דמטלטלין דאין מוציאין מן התופסן. ומדחזינן דהש"ס הוכיח מהך דנכסי דבר שטיא דבתרי ותרי מוקמינן על חזקה המבררת א"כ לכאורה מוכח מזה דלא כמש"כ אלא יהיה מזה סייעתא לדברי הקצה"ח דחזקת מ"ק אינו משום מעלת מוחזק רק כמו כל החזקות:

ואפשר לומר דשאני בנכסי דבר שטיא כיון דעיקר הזכות של בר שטיא להעמיד הנכסים בחזקתו הוא אם נימא דזבין כשהוא שוטה. וכבר נתבאר בשם התוס' בב"מ (דף ח') דמה דלא הוי בר קנין אין בו מעלת מוחזק וכמש"כ הר"נ והרמב"ן בכתובות (דף פ"ה) בסוגיא דמלוגא דשטרי דמה דלא הוי בר קנין כו'. א"כ לפ"ז אפשר לומר דבשוטה כיון דלא הוי בר קנין ע"י עצמו כלל כמבואר בסי' רמ"ג סעיף ט"ז א"כ אף אם היה תופס בידו ורשותו איזה חפץ שנולד הספק עליו אם הוא שלו או לא. כיון דלא הוי בר קנין ע"כ ממילא אין בו מעלת מוחזק כלל. א"כ ה"ה במעלת חזקת מ"ק שיש להשוטה ע"י חזקת אבותיו מ"מ לא עדיפא זה מן מעלת מוחזק ממש של השוטה דלא מהני במקום שנולד הספק אם יצא מרשותו או לא וע"כ לא דנו להחזקת מ"ק שלו בתורת דין מוחזק רק בשם חזקה המבררת כמו כל החזקות. דהא בעת לידת הספק שאנו מסופקים אם היה שוטה בעת שמכר לא היה אז אלימא זכות החזקת מ"ק שלו בתורת מוחזק וודאי כיון דלא הוי בר קנין ע"כ גרוע ממילא מעלת המוחזקות שלו. ולכן שפיר הוכיחו בש"ס שם מהך דנכסי דבר שטיא דבתרי ותרי מוקמינן על חזקה המבררת. ועיין בקצה"ח סי' קל"ג ס"ק א' ובנתיבות שם כן יש לומר לכאורה. ולפי שהוא מילתא חדתא ונוגע לכמה ענינים ויש לדון בזה טובא ע"כ קצרתי בזה הפרט כעת:

והעיקר מה שנלע"ד פשוט דסברת הש"ס הוא דדוקא היכא דלא הוי שום אדם מוחזק כעת כלל בהדבר שאנו דנין עליו רק עומדת באגם בזה שפיר יש לדון דחזקת מ"ק יש לו דין מוחזק וכמו שהוכחתי. אבל בנכסי דבר שטיא דמיירי דהלוקח מוחזק ותופס להקרקע ע"כ אין כח וזכות לבר שטיא להוציא מן הלוקח התופס משום מעלת חזקת מ"ק אם נימא דהוא משום מעלת מוחזק. דהא הלוקח ג"כ הוי בשם מוחזק קצת אף דלא הוי מוחזק גמור וכמו דמצינו כעין זה בב"ב (דף ל"ב ע"ב) תוס' ד"ה והלכתא כוותיה כו' דבקרקע התופסו נאמן במיגו נגד בעלים הראשונים משום דהוי מוחזק קצת. וכיון דעיקר

הטעם מה דמוקמינן נכסים בחזקת המוחזק היכא שנולד הספק עליהם הוא משום דאין לנו כח להוציא מהמוחזק בלא ראי' ברורה. ע"כ היכא דהלוקח התופסו דהוי ג"כ קצת בשם מוחזק אין לנו כח להוציא ממנו במקום לידת הספק ע"י מעלת חזקת מ"ק אם הוא רק משום מעלת מוחזק. דהא אכתי יש לומר להיפך דאין לנו כח להוציא מן הלוקח התופסו דהוי קצת מוחזק בלא ראיה ברורה כיון דהוי מקום לידת הספק בפנינו ע"י הנך תרי ותרי. וע"כ ס"ל להש"ס דהא דאמרו דמוקמינן נכסי בחזקת בר שטיא הוא רק משום מעלת חזקת מ"ק בשם חזקה המבררת וע"ז שפיר אנו מוציאין מן הלוקח דהוי רק מוחזק קצת. ודוקא במוחזק גמור כמו אם היה תופס במטלטלי בזה מוקמינן המטלטלי ברשות הלוקח משום דמעלת מוחזק גמור עדיפא מן חזקת מ"ק אף דהוי בשם חזקה המבררת ועיין בתוס' כתובות (דף ע"ו) ד"ה על בעל החמור כו' אבל בקרקע דלא הוי הלוקח בשם מוחזק גמור ע"כ שפיר יש לנו כח להוציא ממנו ע"י חזקת מ"ק בתורת חזקה המבררת ושפיר הוכיח הש"ס מנכסי דבר שטיא כו' דבתרי ותרי מוקמינן על חזקה המבררת. ומה דיש לדון בזה דמ"ש מן מיגו דלא מהני בתרי ותרי כמש"כ התוס' כנ"ל אין כאן מקומו להאריך ולחלק ביניהם:

וכן מוכח מן מה דמצינו שיטת הרא"ש דהובא בנתיבות בכללי תפיסה אות כ"ב דמהני תפיסה בקרקע במקום פלוגתא דרבוותא ובתיקו. דאף דקרקע בחזקת בעלי' עומדת מ"מ כיון דהלוקח תופס הקרקע והוי קצת מוחזק ובצירוף סברתו דה"ל כמו טענת ברי בטענת קים לי ע"כ אין לנו כח להוציא מהלוקח במקום לידת הספק ע"י מעלת חזקת מ"ק בתורת מוחזק. ומה דיש לדון בזה בשם חזקה המבררת כמו בנכסי דבר שטיא. ס"ל לחלק דשאני ספיקא דדינא דלא דיינינן בי' לחזקה הראשונה דאין לנו כח לברר הספק בהדין ע"י החזקה כמש"כ הפוסקים דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין ועיין מזה בקונטרס הספיקות של אחי הקצה"ח בכלל ה' אות וא"ו ובתשובת רע"א זצ"ל בפסקים סי' ל"ז. ובאמת מן שיטת התוס' בב"ב (דף ל"ב ע"ב) ד"ה והלכתא כוותי' דרבה כו' דכתבו דדוחק לחלק בין ספיקא דדינא לספק ע"י תרי ותרי בזה. הנה לפמש"כ דמשום מעלת מוחזק דיש לבעל חזקת מ"ק לא דיינינן עי"ז להוציא מן התופס להקרקע כעת. כדמוכח מהא דנכסי דבר שטיא דיבמות כנ"ל. בע"כ מוכח לומר דהתוס' וסייעתם יהיה ס"ל דגם במקום ספיקא דדינא שייך לדון להעמידו על חזקתו הראשונה אף היכא דאין בו מעלת מוחזק וכמש"כ רע"א זצ"ל שם בכוונת התוס' דב"ב הנ"ל דס"ל שלא כפי הכלל של האחרונים דנקטו לומר דבמקום ספיקא דדינא לא דיינינן להחזקה אלא גם בספיקא

דדינא מעמידין על חזקה דעיקר היסוד הזה הוא פלוגתא דרבוותא ולאו כ"ע מודו בזה. ולפמש"כ מוכרח כן בשיטת התוס' דב"ב וסייעתם ואכמ"ל בפרט הזה:

וראיתי בטורי אבן למגילה (דף ג' ע"ב) באבני מילואים ד"ה נידון ככפר שהקשה דאמאי הבית חלוט בבתי ערי חומה בסוף שנה דניחוש שמא קדמה ישיבתה לחומתה ואף דרוב עיירות קדמו הקיפן לישיבתן מ"מ הא אין הולכין בממון אחר הרוב כו' ותירץ דהא היכא דליכא חזקה דממונא אזלינן בתר רובא ואע"ג דקיי"ל קרקע בחזקת בעלים עומדת מ"מ הא מכירה גמורה היא וכבר יצאת מחזקת בעלים הראשונים ע"י המכירה לפיכך לא חשו למיעוט כו' עכ"ל. והנה לפי דברי הקצה"ח דהולכין בממון אחר הרוב במקום חזקת מ"ק בוודאי אתי שפיר מה דדיינין בבתי ערי חומה דהוחלט הבית להלוקח ולא חשו למיעוט משום דאזלינן בתר הרוב דקדמו הקיפן לישיבתן. ולפי דברי התה"ד וכפי שהוכחתי דיש דין מוחזק לבעל חזקת מ"ק וכמש"כ בקונטרס הספיקות כנ"ל ולא אזלינן בתר רוב לנגדו שפיר הקשה הגאון הנ"ל. אך י"ל גם בזה כיון דהלוקח תופס ומחזיק להקרקע ע"כ אין יכולת ביד בעל חזקת בעלים הראשונים להוציא מן התופסו דהוי קצת ג"כ בשם מוחזק כמש"כ להוכיח מיבמות (דף ל"א) בהך דנכסי דבר שטיא כו'. ומצד חזקה המבררת הא רובא עדיף מן החזקה וע"כ א"ש. אך בלא"ה י"ל דשא"ה בבתי ערי חומה ע"פ דברי הרשב"א דהובא במל"מ פ' ט"ו מטוען ובקונטרס הספיקות של הקצה"ח ובנתיבות בכללי תפיסה אות כ"ב דאם היה מכירת הקרקע בוודאי ונולד ספק אם היה תנאי בהמכירה או לא דבזה מעמידין הקרקע ביד הלוקח כיון דהיה מכירה וודאית רק הספק הוא בעיקר התנאי ע"ש. וה"ה בבתי ערי חומה כיון דהיה מכירה וודאית רק הספק הוא מצד אחר ע"כ אין זה שייכות כלל לענינינו. וזהו כוונת הטורי אבן במש"כ כיון דהיה מכירה גמורה וכבר יצאת מחזקת בעלים הראשונים ע"י המכירה לפיכך אזלינן בתר רובא. ונתבאר דחזקת מ"ק עדיפא מן רובא. ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' נ"ט ס"ק ב' שכתבתי להוכיח מן הראשונים בב"מ (דף ק') שהקשו במשנה דהלוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול דלמאן דאית לי' חזקת ממונא עדיפא ממעלת ברי דאמאי זכה בגדול והוכיחו מזה דין מחודש. דמוכח דס"ל דחזקת מ"ק דומה לחזקת ממונא ע"ש. ובספרי נחל יצחק סי' ע"ב סעיף י"ח ענף ב' כתבתי ג"כ מזה:

ג (שם סעיף ג' הג"ה):

ואחרי כל ההצעות האלה נשובה לנ"ד בשניהם אדוקים בדינר דכתבתי לעיל דהנכון כפי שכתב הש"ך דלא אוקמינן הדינר בחזקת מ"ק משום דנקרא כ"א מוחזק על המחצה ודלא כהש"ש. אכן לפי מה שנתבאר בשם התה"ד והרמ"א סי' רצ"ב דשנים שהפקידו

אצל א' וה"ה שנים אדוקים בהחפץ אינן נקראים מוחזקים ממש רק לענין דלא דיינינן להאמין לאחד במיגו דהוי מיגו להוציא אבל בתר רובא אזלינן נגד מוחזקות כה"ג. וגם הא נתבאר דחזקת מ"ק עדיפא ממעלת רובא. א"כ ממילא יש לדון בשנים אדוקים כיון דהמוחזקות שלהם הוי מוחזקות גרוע דאזלינן בתר רוב נגד המוחזקות כזה וכיון דחזקת מ"ק עדיפא מן רובא א"כ כש"כ דאזלינן בתר חזקת מ"ק במקום מוחזקות גרוע כה"ג. ולכן נלע"ד לומר דהנכון כפי שכתב הש"ש לדינא דבשנים אדוקים אזלינן בתר חזקת מ"ק אך לא כטעמי':

וע"פ דברי התה"ד הנ"ל יש להעיר במש"כ האו"ת בכללי מיגו ס"ק ל"ה להסתפק אם מהימן במיגו נגד הרוב דאפשר דמעלת מיגו עדיפא מן הרוב. והא דהקשו התוס' בב"ב (דף צ"ב ע"ב) ד"ה ואמאי לימא כו' דיהא נאמן במיגו נגד הרוב כו'. י"ל דשא"ה דיש להנתבע מעלת מוחזקות בצירוף המיגו והם ביחד עדיפא מן מעלת הרוב לחודא. וכן י"ל בהא דב"מ (דף ק"י) דחד מ"ד ס"ל שם דנאמן במיגו נגד מנהג י"ל דטעמו ג"כ כמו שכתבתי דמעלת מוחזק עם המיגו עדיפא מן המנהג. ועיין בש"ך בכללי מיגו ס"ק ב' ובאו"ת בכללי מיגו ס"ק צ' צ"א צ"ב מזה. ועיין בספרי נחל יצחק סי' ס"א סעיף ה' סוף ענף ג' ואכמ"ל מזה. אכן לפי מש"כ התה"ד דבשנים אוחזין בטלית הוי מוחזקות גרוע דרובא עדיפא ממעלת מוחזקות שלהם. ואלו לגבי מיגו הוי מוחזקות שלהם נחשב למוחזקות לענין דנימא דזה נקרא מיגו להוציא דלא אמרינן א"כ חזינן דמעלת רוב לחודה עדיפא ממעלת מיגו לחודה כן יש להוכיח לפי דברי התה"ד:

ובעיקר דברי התה"ד שכתב דשנים אוחזין בטלית אף דכ"א מוחזק בהמחצה כמש"כ התוס' מ"מ הוי מוחזקות גרוע ואזלינן בכה"ג בתר הרוב משא"כ במוחזק גמור כו' יש להעיר עליו מן דברי התוס' דב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה לימא תיהוי תיובתא דר"נ כו' וא"ת והא מתניתין מוקי לה כסומכוס כו' וי"ל דלסומכוס דממון המוטל בספק חולקין הוי כאילו תרווייהו מוחזקים בו כו' עכ"ל התוס'. הרי דהגמ' מדמה מה דשניהם מוחזקין למה דאחד מוחזק לבדו ומקשו מזה על ר"נ. ואלו לדברי התה"ד דמחלק דשאני מה דאחד מוחזק לבדו אז לא אזלינן בתר רובא אבל במה ששניהם מוחזקים בדבר אחד גרע המוחזקות שלהם ואזלינן בתר הרוב. א"כ כמו כן יש לחלק לענין מעלת ברי ושמא דדוקא במנה לי בידך והלה אומר איני יודע דהנתבע הוא מוחזק לבדו בזה אלימא מעלת המוחזקות שלו אבל במה דהוי שניהם מוחזקין גרוע זכות המוחזקות שלהם ומהני מעלת ברי כמו דמצינו דמהני בכה"ג מעלת רובא ומדחזינן דהש"ס מדמה אותן להדדי ומקשו בפשיטות על ר"נ מוכח מזה דלא כהתה"ד דמחלק ביניהם:

אך באמת אין זה קשה כלל די"ל דשאני דררא דממונא דהוי לסומכוס כמו דשניהם מוחזקין בו דעיקר הטעם הוא כיון דהוי ספק לב"ד בלא טענותיהם וזהו פירוש דררא דממונא כמש"כ התוס' בכ"ד. דכיון דאתחזק לב"ד הספק שלהם אף מקודם שטענו א"כ הוחזק לכ"א מהם המחצה של הדבר שנולד הספק עליו והוי כמו דיש בוודאי לכ"א המחצה שלו לבדו וע"כ עדיפא זה מן שנים אוחזין בטלית דאלו המוחזקות דהטלית במה ששניהם אוחזין בו הוי כאלו כל משהו ומשהו מהטלית הוא ברשות שניהן וכ"א הוא מוחזק בכולו וע"כ לא חשיבא כל כך המוחזקות של כ"א לבדו. אבל בדררא דממונא לסומכוס הוי כאלו כ"א מוחזק בהמחצה לבדו וע"כ יש להמחצה דכ"א הוא מוחזק לבדו כמו כל דין מוחזקות של הנתבע לבדו. וע"כ שפיר מדמה הש"ס הך מוחזקות דדררא דממונא אליבא דסומכוס להך דמנה לי בידך והלה אומר א"י דס"ל לר"נ דפטור משום דחזקת ממונא עדיפא ממעלת ברי ושמא דה"ה בדררא דממונא דהוי כ"א מוחזק בהמחצה לבדו הדין הוא דיטול המחצה שהוחזק להב"ד בלא טענותיהם דהוא שלו דהא הוי כמו דהוא מוחזק לבדו על המחצה שלו וגם בכה"ג נימא חזקת ממונא עדיף ממעלת ברי ושמא: וראיה לזה מן ב"מ (דף ב' ע"ב) דאמרו לימא מתניתין דלא כסומכוס דאי כסומכוס האמר ממון המוטל בספק חולקין בל"ש כו' ומה התם דלא תפסי תרווייהו חולקין בל"ש הכא דתרווייהו תפסי לא כש"כ כו' כי אמר סומכוס היכא דאיכא דררא דממונא כו'. הרי דמצינו דבשנים אוחזין בטלית חייב כ"א לישבע שבועת המשנה ואלו בדררא דממונא לסומכוס חולקין בלא שבועה הרי דס"ל דעדיפא המוחזקות בדררא דממונא לסומכוס מן המוחזקות דשנים אוחזין בטלית. ובסוגיא שם מעיקרא דאמרו השתא התם דלא תפסי תרווייהו חולקין בל"ש הכא דתרווייהו תפסי לא כש"כ. היה סברת המקשה דיפה זכות של שנים אוחזין בטלית ביותר מן כח וזכות דררא דממונא. אבל לבסוף מסיק הסוגיא דיפה כח דררא דממונא ביותר. והא דמסיק הש"ס התם ולא קו"ח ומה התם דאיכא דררא כו' ואיכא למימר כולה למר כו' כדרבי יוחנן כו'. הא פירש המהר"ם לובלין שם בתוס' ד"ה ומה התם כו' דבאמת יפה זכות דררא דממונא יותר רק עיקר הקו"ח הוא כיון דאיכא למימר כולה למר כו'. וכן ראיתי בשמ"ק שם שכ"כ לשיטת התוס' דשם. וא"ש דברי התה"ד:

ענף א:

וע"פ מה שנתבאר יש ליישב למה שיש להקשות בב"ב (דף ד' ע"ב) דא"ל רבא מפרזיקא כו' לא יעשו לא זה ולא זה ופירש התוס' שם (דף ב' ע"א) ד"ה לפיכך כו' דהוי של שניהם אף בלא חזית כו'. וקשה הא י"ל דלכן בעינן חזית אם יטעון אחד כולו שלו והשני יודה

על האמת דחציו שלו ומבואר בב"מ (דף ב') דזה אומר כולו שלו וז"א חציה שלו דזה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל חלק רביע דכללא הוא דמה שנולד הספק בו יחלוקו א"כ ה"ה הכא אם לא היה עושין חזית היה נוטל זה שאומר כולו שלו שלשה חלקים והשני רביע ע"כ תקנו לעשות חזית כדי שלא תצא תקלה זו מת"י. ומצאתי בקצה"ח סי' קנ"ז ס"ק ג' שהעיר בקצרה מזה. אבל לפמש"כ לעיל א"ש והוא דהתוס' בב"מ (דף ב' ע"א) ד"ה וזה נוטל רביע כו' הקשו דיהיה מהימן ליטול חציו במיגו דכולה שלו ותירצו דמיגו להוציא לא אמרינן דבחציו השני מוחזק זה כמו זה. ויש מן הראשונים דתירצו דה"ל כעין מיגו בדדמי כיון דבמתני' ליכא רמאי. א"כ לשיטתם א"ש בפשיטות גבי נפל הכותל דאף אם יטעון חציו שלו יהיה מהימן במיגו דכולה שלו דהא התם לא שייך לומר דהוי מיגו בדדמי. אך לשיטת התוס' דתירצו דה"ל מיגו להוציא שפיר יש להקשות כן:

ומכבר אמרתי ליישב זה ע"פ דברי התוס' ב"ב (דף ב' ע"א) ד"ה לפיכך כו' שכתבו דאפילו נפל לרשות דחד מינייהו לא יפסיד האחר זכותו והא דב"מ (דף ק') דליחזי ברשות דמאן קיימא כו' היינו משום דמתחלה מבורר היה הדבר וברשות אחד מהן נולד הספק אבל הכא מעיקרא נולד הספק בו' ולא אמרינן כל דאלים גבר משום דהכא איכא דררא דממונא עכ"ל התוספות. וקוטב כוונתם הוא דכיון דהכא נולד הספק מעיקרא ע"כ הוי תפיסתו ע"י מה דנפל לרשות אחד כמו תפיסה לאחר שנולד הספק דס"ל להתוס' דהתם דאף דטוען ברי לא מהני והוי דררא דממונא. והקצה"ח סי' קנ"ז ס"ק ג' הקשה דמאיזה סברא כתבו דהכא הוי דררא דממונא כו'. וי"ל דסברתם הוא כיון דשכיח הוא דשניהם עושין את הכותל לפי דזהו טובת שניהם ע"כ ה"ל דררא דממונא דהוחזק לנו אף מקודם טענותיהם דהכותל הוא של שניהם וע"כ ה"ל כעין דררא דממונא כן הוא קוטב דבריהם. ובאמת השמ"ק שם הביא בשם תוס' הרא"ש דכתב שלא כדברי התוס' הלז דמהני תפיסה שם אך התוס' לא ס"ל כן. ולפי דבריהם שפיר יש לדון דאם היה אחד טוען כל הכותל שלו הוא והשני היה אומר חציו שלו דהיה נאמן ליטול מחצה במיגו דכולה שלו. ולא שייך לומר הכא דה"ל מיגו להוציא הן בנפל לרשות דחד מינייהו והן בעוד הכותל קיים. דבעוד שהכותל קיים אף שכתבו התוס' דה"ל דררא דממונא והיכא דליכא חזקה לזה יותר מלזה גם רבנן מודו לסומכוס וכ"כ התוספות בב"ב (דף ל"ה) ד"ה ומ"ש כו'. ולסומכוס כתבו התוס' בב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה לימא תיהוי כו' דהיכא דה"ל דררא דממונא הוי כאלו שניהם מוחזקים בו. א"כ כיון דבמקום דליכא חזקה לזה יותר גם רבנן מודו לסומכוס. ולכאורה הדין הוא דגם לרבנן הוי כאלו שניהם מוחזקים בו. מ"מ יש לומר דדוקא לסומכוס הוא דהוי כאלו שניהם מוחזקים בו אבל לרבנן אין דינו

כמו דשניהם מוחזקים רק הא דס"ל דחולקין הוא משום דכיון דה"ל ספק ע"כ חולקין וכן מצאתי בקונטרס הספיקות של הקצה"ח בכלל ח' ס"ק ז' שכתב כן ע"ש. ע"כ שפיר יש לומר דנאמן לומר חציו שלו במיגו דכולה שלו משום דלא שייך בזה לומר דה"ל מיגו להוציא כמש"כ התוס' דדוקא בשנים אוחזין כתבו התוס' כן. אבל בדררא דממונא אליבא דרבנן אין דינם כמוחזקים וע"כ שפיר מהימן במיגו ליטול חציו. ואלו בנפל הכותל לרשות דחד מינייהו ג"כ מהימן התובע לומר חציו שלו במיגו דכולה שלו ולא הוי מיגו להוציא כיון דס"ל להתוס' דלא מהני תפיסתו משום דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק בדררא דממונא דלא מהני מוחזקות שלו וע"כ לא נחשב המוחזקות שלו כלל ולא קרינן בכה"ג דה"ל מיגו להוציא. ועיין בסי' קל"ג ש"ך ס"ק י"ג וקצרתי. א"כ לפ"ז שפיר פריך הגמ' לא יעשו חזית לא זה כו' דהא לעולם יהיה נאמן דחציו שלו במיגו דכולה שלו כן יש לומר לשיטת התוס':

אך בעיקר דברי הקונטרס הספיקות שכתב דלרבנן דסומכוס לא דיינינן שיהיו כמו מוחזקים וכמו שכתבתי. יש לדון בזה מן דברי התוס' דב"מ (דף קט"ז ע"ב) ד"ה לימא תיהוי תיובתא דר"נ כו' שכתבו ועוד דבפרק השואל פי' דכל ממון המוטל בספק חשיב כאלו שניהם מוחזקין בו עכ"ל. ואי נימא דדוקא אליבא דסומכוס כתבו כן התוס' בב"מ (דף צ"ז) אבל אליבא דרבנן אין דינם כשניהם מוחזקים בו. א"כ תקשה דמאי פריך הגמ' בב"מ (שם דף קט"ז) לימא תיהוי תיובתא דר"נ מהמשנה דהתם. הא י"ל דהך משנה דהתם לא אתי כסומכוס אלא כרבנן ועכ"ז חולקין כיון דליכא חזקה לזה יותר מלזה כמש"כ התוס' בב"ב (דף ב' ע"א ובדף ל"ה ע"א ודף ק"ה ע"א) תוס' ד"ה אבל בא בתחלת חודש כו'. ואף דבב"מ (דף ק') וב"ק (דף מ"ו) מוקי שם להמתניתין כסומכוס. עכ"ז הא מצינו בב"ק (דף ל"ה) דמוקמינן שם להמתניתין דלא כסומכוס א"כ ה"ה הכא י"ל דמתניתין דהבית והעלייה אתי כרבנן דסומכוס ואינו קשה מזה על ר"נ. ומדהקשו על ר"נ מוכח דס"ל להתוס' דאף לרבנן דסומכוס הדין הוא דהיכא דאין לזה חזקה ביותר דהוי הספק שלהם כאילו שניהם מוחזקים בו. והתוס' שם מיירי לאוקימתא דלעיל מיניה דמשני דייתבן בחצר דתרווייהו או ברה"ר כמבואר בתוס' שם. א"כ מוכח מהתוס' דשם דס"ל דאף לרבנן הוי כמו דשניהם מוחזקים במה שנולד הספק ודלא כמש"כ הקונטרס הספיקות בזה. ולפ"ז נסתר תירוצי דלעיל דאכתי תקשה דמאי פריך לא יעשו לא זה כו' דהא י"ל דיהיה תועלת רב מעשיות החזיז לענין אם יטעון א' כולה שלו והשני יטעון חציו שלו דאינו נאמן במיגו דה"ל מיגו להוציא כיון דהוי כשניהם מוחזקים גם לרבנן דסומכוס. ועוד תקשה אף לפי מש"כ לעיל וכפי סברת הקונטרס הספיקות. דכיון

דלסומכוס ה"ל בוודאי כשניהם מוחזקים בו א"כ מאי מקשים לא יעשה לא זה כו' הא י"ל דמתניתין דריש ב"ב אתי כסומכוס וכמו דמצינו בב"ק (דף מ"ו) וב"מ (דף ק') דמוקי מתני' דהתם כסומכוס ולא היו צריכים לתרוצי לא צריכא דקדים חד מינייהו ועבד דידיה כו'. ומוכח מזה דהך קושיא דלא יעשו לא זה כו' הוא אליבא דכ"ע וע"כ תקשה עדיין כנ"ל:

והנלע"ד לתרץ זה ע"פ מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ג' בתפיסה בדררא דממונא דהיכא שיש לו חזקת מ"ק המסייעו דנאמן ע"י מיגו אף להוציא. ע"כ י"ל דדוקא בשנים אוחזין בטלית דעיקר לידת הספק שלהם הוא רק בעת טענתם דהא לא הוי דררא דממונא ע"כ אינו נאמן במיגו דכולה שלו דהוי מיגו להוציא דהא ליכא שום חזקה המסייעו. אבל בכותל שנפל כיון דהוי דררא דממונא כמש"כ התוס'. וידוע פי' התוס' על דררא דממונא דזהו לידת הספק בלא טענותיהם. וע"י לידת הספק הוחזק החפץ ברשות שניהם אף מקודם טענתן וע"כ נאמן במיגו אף להוציא וזהו עיקר יסוד דררא דממונא לסומכוס דחולקין אף במקום חזקת ממונא דכיון דע"י דררא דממונא שנולד לנו מתחלה' אף בלא טענותיהם הוי כמו דהוחזק לנו הדבר הנידון בחזקת שניהם. ולכן הכא דאף בעוד שהיה קיים הכותל נולד הספק דררא דממונא כמש"כ התוס' ריש ב"ב ע"כ הוחזק לנו מעיקרא הכותל ברשות שניהם. ואף רבנן דסומכוס מודו כיון דליכא לזה חזקה יותר מלזה ולכן נאמן לומר חציו שלו במיגו דכולה שלו אף דהוי להוציא כיון דהחזקה מסייעו ומתורץ שפיר הקושיא הנ"ל:

כ"ז אמרתי מכבר. אכן לפמש"כ לעיל לחלק דשאני הא שכתבו התוס' דממון המוטל בספק הוי כשניהם מוחזקים בו דהוי כמו דכ"א מוחזק בהמחצה שלו לבדו משא"כ בשנים אוחזין דבכל חתיכה וחתיכה חשיב כאלו שניהם מוחזקים בכל משהו ומשהו. ולכן עדיפא זכות כ"א מהם בדררא דממונא ביותר מן זכותן בשנים אוחזין. משום דהוחזק המחצה ברשות כאו"א אף מקודם דטוענים לפנינו. ע"כ נאמן לומר חציו שלו במיגו דכולה שלו גבי נפל הכותל משום דאין זה מיגו להוציא רק הוי מיגו להחזיק המחצה שלו ברשותו. משא"כ בשנים אוחזין דכ"א הוי מוחזק בכל משהו ומשהו ע"כ כתבו דה"ל מיגו להוציא. כן הוא ברור ושפיר פריך הגמ' לא יעשו חזית לא זה כו'. ועוד י"ל בקצרה דדוקא בשנים אוחזין דעיקר הספק בא ע"י טענותיהם ולכן כשזה טוען כולה שלי וזה טוען חציו שלו אז אמרו דמה דנולד בו הספק חולקין וזה נוטל רביע וזה נוטל ג' חלקים. אבל בכותל שנפל דה"ל דררא דממונא והוחזק לנו מחצה ברשות כאו"א מקודם טענתם ואף שנפל לרשות חד מינייהו לא מהני מוחזקות שלו משום דכיון דנולד הספק

דררא דממונא בעוד שהיה הכותל קיים ה"ל כמו שכ"א הוא מוחזק במחצה. ע"כ אף זולת מיגו דכולו שלו י"ל דנוטל מי שטוען חציו שלו ע"פ דין להמחצה כיון דהוחזק ברשותו המחצה אף מקודם טענתו. ואחר כותבי כ"ז מצאתי בשמ"ק לב"ב (דף ד' ע"א) ד"ה פשיטא כו' שהקשה דודאי איצטריך דאי לאו הכי אם זה טוען כולו שלו וז"א חציו שלו היה הדין שזה יטול ג' חלקים וזה רביע כו' וניחא דהתם כו' אבל כאן שהמקום כו' והרי האבנים כאלו מוחזקים ותפוסים כולם ביד שניהם בשוה זה כזה כו' כדאמרינן בפ"ק דב"מ דמאי דתפיס האי דידי' כו' ואילו היו שנים אדוקין בטלית זה במחציתו וזה במחציתו אע"פ שז"א כולו שלו וז"א חצי שלו אין מוציאין את הרביע מת"י של זה ונותנים לחבירו וה"נ דכוותי' עכ"ל. ויש להאריך בדבריו. ויש לכוין דבריו קצת בכעין מש"כ ב"ה:

וע"פ מש"כ א"ש מה דמצינו אליבא דסומכוס דס"ל חולקין אף במקום חזקת מ"ק משום דה"ל כשניהם מוחזקים וכמש"כ התוס'. דאין סתירה מזה על מש"כ לעיל דחזקת מ"ק עדיפא מהמוחזקות היכא דשניהם תופסים דבר א' משום דשאני דררא דממונא דכ"א מוחזק בהמחצה שלו לבדו ע"י מה דהוחזק לנו כל מחצה לכ"א לבדו ע"כ ה"ל כמו כל זכות מוחזק לבדו דאין מוציאין ממנו ע"י חזקת מ"ק. משא"כ שנים אדוקים דנגרע זכות מוחזקות של כ"א לפי דכ"א לבדו אינו תופסו בידו ורשותו דהא כל חתיכה וחתיכה הוא ברשות שניהם ע"כ מהני בזה חזקת מ"ק להוציא מן זכות המוחזקות כמו שנתבאר בארוכה:

ולעיל הבאתי סוגיא דב"מ (דף ב' ע"ב) דאמרו לימא מתניתין דלא כסומכוס כו' אפילו תימא סומכוס כו' ולא קו"ח הוא כו' ופירש המהר"ם לובלין דכוונת הגמ' הוא דאע"ג דאיכא דררא דממונא ויפה כחו ביותר מכל מקום כיון דאיכא למימר כולה למר כו' הסברא ביותר לחייב שבועה שם מן שנים אוחזין דאיכא למימר דתרווייהו הוא כו' וכ"כ השמ"ק. ומשני הש"ס אפילו תימא סומכוס שבועה זו מדרבנן כדר' יוחנן כו'. ופי' השמ"ק דהחילוק הוא דבמילתא דשכיחא תקנו שישבע ובההיא דסומכוס לא שכיח שיוולד ספק בענין זה. ובחידושי רע"א זצ"ל לב"מ שם פירש דכוונת הגמ' דדוקא כשהספק הוא רק מטענתם שייך לחוש שילך כל אחד ויתקוף בטלית של חבירו כו' ע"ש. ולפי מה שכתבתי דדררא דממונא הוי כמו דכ"א מוחזק בהמחצה לבדו כנ"ל. א"כ יהיה מזה סייעתא לשיטת הסוברים דאף על מה שתופס בידו צריך לישבע וכמש"כ התוס' לקמן (דף ז') והש"ך סי' קל"ח ס"ק ה' דאלו להסוברים דעל מה שתופס בידו א"צ לישבע א"כ ה"מ הגמ' לתרוצי דלכן לסומכוס א"צ שבועה משום דבדררא דממונא הוי

כ"א כמו שתופס בידו וא"צ שבועה. ומדלא אמרו כן אלא תירצו באופן אחר מוכח דס"ל דצ"ש אף על מה שתופס בידו. ודוחק לומר דזהו כוונת הגמ' במה דמשני כדר' יוחנן כו' דהעיקר חסר מן הספר. ואפשר דס"ל דשאני היכא שתופס בידו ממש. אבל עכ"ז אכתי ה"מ הגמ' לחלק כן וקצרתי:

ענף ב:

ועוד נלע"ד לדון קצת בסיגנון אחר בהך דינא דשנים אדוקין אם מוקמינן על חזקת מ"ק או לא כמש"כ הש"ך. ונקדים לדברי הרמב"ן לחידושיו בב"ב (דף ל"ד) ד"ה זה אומר של אבותי כו' דהאריך לבאר דהיכא דתפסי תרווייהו או ביד שליש חולקין ואי לא תפסי תרווייהו כו' וליכא דררא דממונא כל דאלים גבר ואי איכא דררא דממונא וליכא חזקת מ"ק חולקין בלא שבועה כו' וסיים בזה"ל ובכל הנך דיני בין בדינא דיחלוקו בשבועה או בלא שבועה בין בכל דאלים גבר א"נ ביהא מונח הני מילי בברי וברי אבל בברי ושמא בכולהו ברי עדיף דהא ליכא לחד מינייהו חזקה דממונא אבל היכא דאיכא חזקה דממונא בין דאיתא השתא ברשותו בין דמוקי ליה אחזקת מ"ק כגון המחליף פרה בחמור לרבנן אפילו בברי ושמא חזקה דממונא עדיפא וכרבנן דאמרי זה כלל גדול הממע"ה אפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא כמבואר בב"ק (דף מ"ו) עכ"ל הרמב"ן. וכ"כ הריטב"א בחי' לב"מ (דף ב' ע"ב) סוף ד"ה אפילו תימא סומכוס כי קאמר סומכוס כו' כמש"כ הרמב"ן הנ"ל ע"ש:

והעתקנו דבריהם שיש ללמוד מזה כמה הלכות רבוותא והוא כי ס"ל דבדררא דממונא דחולקין שלא בשבועה וכיו"ב בו אם א' אומר ברי והשני אומר שמא וליכא חזקת מ"ק דאמרינן ברי ושמא ברי עדיף. ומוכח מזה לחלק דס"ל דדוקא לסומכוס אמרינן דבדררא דממונא הוי שניהם מוחזקים ולא דייניגן ביה לומר ברי ושמא ברי עדיף וכמש"כ התוס' בב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה לימא תיהוי תיובתא כו' דלסומכוס הוי כאילו תרווייהו מוחזקין בו כו' וזהו מוכרח ממה שהקשו שם ע"ש. אבל לדידן דקיי"ל כרבנן דסומכוס ע"כ אף בדררא דממונא וליכא חזקת מ"ק לא דייניגן להו כמוחזקים ולכן אמרינן ברי ושמא ברי עדיף וזהו כמש"כ בקונטרס הספיקות כלל ח' אות ז'. והנה לעיל הבאתי בשם התוס' ב"מ (דף קט"ז ע"ב) ד"ה לימא תיהוי תיובתא דר"נ דכתבו בתירוץ השני דכל ממון המוטל בספק הוי כאלו שניהם מוחזקים בו ומשמע דאף לרבנן דסומכוס כתבו כן דכיון דהוי דררא דממונא וליכא חזקת מ"ק הוי שניהם מוחזקים מחמת שהוחזק לנו ע"י ב"ד בלא טענותיהם דזהו של שניהם וע"כ אינו נאמן הטוען ברי ליטול כולו. וזהו שלא כדברי הרמב"ן והריטב"א דכתבו דאף בדררא דממונא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף. ולשיטת

הרמב"ן והריטב"א י"ל דס"ל בהא דב"מ (דף קט"ז) הנ"ל כתירוץ הראשון של התוס' שם וע"כ אין הכרח לומר דאף לרבנן דסומכוס הוי כאילו שניהם מוחזקים בו:

עוד למדנו מדבריהם דבשנים אוחזין בטלית אם א' טוען ברי והשני אומר שמא דבזה אמרינן ברי ושמא ברי עדיף לכ"ע. וכן כתב הפני יהושע לב"מ (דף ב' ע"א) במשנה ד"ה זה ישבע כו' וסיים דנהי דבעלמא מהני תפיסה מספק היינו שמוחזק לבדו משא"כ הכא דהשני ג"כ מוחזק וטוען ג"כ ברי תו לא מהני תפיסת השני מספק עכ"ל הפני יהושע. ואף שכתבו התוס' שם דאינו נאמן לומר חציו שלו במיגו דכולה שלו דהוי ליה מיגו להוציא דבחציו השני מוחזק זה כמו זה וכן כתב הרמב"ן בריש ב"מ והובא בשמ"ק שם וכ"כ הריטב"א סברא זו שם ע"ש. עכ"ז י"ל כמש"כ התה"ד בסי' שי"ד והובא לקמן סי' רצ"ב סעי' י' דהך מוחזקות דשנים אוחזין בטלית לא הוי מוחזקות אילימא כ"כ רק לענין להדחות ולא לדון מיגו דבסברא דעלמא מדחינן מיגו אבל לענין רוב דאף דאין הולכין בממון אחר הרוב מ"מ זהו רק במוחזק גמור אבל במוחזקות דשנים אוחזין דמוקי ליה בתפיסי בכרכשתא אין זהו מוחזקות גמורה כ"כ וע"כ אזלינן בתר רובא כן הוא קוטב דברי התה"ד. וע"כ י"ל דכן הוא סברת הרמב"ן והריטב"א דכתבו דבשנים אוחזין אמרינן ברי ושמא ברי עדיף משום דאין זהו מוחזקות גמורה. ומדבריהם יהיה סייעתא לדברי התה"ד דכיון דכתבו כן בברי ושמא א"כ כש"כ ברובא דהא רוב עדיף ממעלת ברי וכמש"כ הפני יהושע בכתובות (דף ט"ז) תוס' ד"ה כיון דרוב נשים כו'. [והדברים ארוכין ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז וקצרתי]. וזה אינו על מה שתופס בידו דבמה שתופס בידו בוודאי הוי כמוחזק גמור ולא דיינינן בזה ברי ושמא ברי עדיף. רק כיון דתפיסי בכרכשתא רק דהטלית הוא ביד שניהם ע"י מה שהוגבה מכחם ולא בתורת יד וחצר בזה אמרינן דלא דיינינן בכה"ג חזקת ממונא עדיף. ואזלינן בזה בתר רובא או בתר מעלת ברי. ונתבאר כי דברי התה"ד יש להם מקור מן דברי הרמב"ן והריטב"א:

עוד למדנו מדבריהם דחזקת מרא קמא עדיפא ממעלת ברי ושמא וגם חזקת מ"ק שם חזקת ממונא עליו כמש"כ שם בין דמוקמינן לי' אחזקת מ"ק כו' חזקה דממונא עדיפא כו' וכדאיתא בב"ק פ' שור שנגח. ולפי מש"כ התוס' בב"ק (דף מ"ו ע"א) ד"ה שור שנגח כו' דהמשנה מיירי בעומדת באגם וכ"כ הרשב"א בחי' שם ותירץ קושיות התוס' דשם ע"ש. וכיון דמיירי בעומדת באגם וע"ז מסקי אבל חכמים אומרים אפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא הממע"ה. לפ"ז שפיר הוכיח הרמב"ן והריטב"א דאף במקום חזקת מ"ק לבד אמרינן דחזקת מ"ק עדיפא ממעלת ברי ושמא. וכן פסק הטור בסי' רכ"ג ובסי' שצ"ט דחזקת מ"ק עדיפא ממעלת ברי ושמא. וכן מבואר בש"ע סי' שצ"ט סעי' ג' בשור שנגח

הפרה ונמצא עוברה מת ואין ידוע אם מחמת נגיחה הפילה או הפילה קודם הממע"ה אפילו ניזק טוען ברי והמזיק טוען שמא ואפילו שאין המזיק מוחזק כגון שעומדת באגם פטור עכ"ל. הרי דסתם המחבר בלא שום חולק דחזקת מ"ק עדיפא ממעלת ברי וכן כתב הרמ"א בסי' רכ"ג סעי' ב' בשם הטור. והא שכתב שם בשם י"א אין זה הכרח לומר דדיעה ראשונה חולק ע"ז כידוע דרך הש"ע דכותבין לשון י"א אף במה דכ"ע ס"ל כן. והמחבר דנקט שם זה אומר אינו יודע כו' ג"כ י"ל דמודה לזה כדמוכח ממה שכתב המחבר להדיא כן בסי' שצ"ט כנ"ל בלא שום חולק. וגם י"ל דשא"ה דחזקת מעוברת והשתא הוא דילדה מסייע לטענת הלוקח וכמש"כ התוס' בב"מ (דף ק' ע"א) ד"ה הא מני כו' סברא זו וכ"כ התוס' סברא זו בב"ק (דף מ"ו ע"ב) ד"ה מידע ידעי כו' ע"ש. ואף דחזקת מ"ק חשיבא טפי מ"מ ע"י צירוף למעלת ברי דטוען התובע יש לנו לסמוך להוציא מהמוחזק כעין הא דכתובות (דף י"ב ע"ב) אי נמי עד כאן לא קאמר ר"ג התם דאמרינן אוקמה אחזקה והפירוש הוא דע"י צירוף להברי סמכינן להוציא ממון מהמוחזק. וי"ל דס"ל להך שיטה דאף ע"י חזקה העשויה להשתנות כמו חזקת מעוברת דג"כ מצרפינן זה לטענת ברי להוציא ממון מהמוחזק דטוען שמא והדברים ארוכין ואכמ"ל. ובקצרה הוא כיון דמצינו בפירוש בסי' שצ"ט בטוש"ע דכתבו להדיא דחזקת מ"ק עדיפא ממעלת ברי ע"כ נקטינן כן. וכ"כ הש"ך כאן לעיל בס"ק ל"ג ד"ה ולפ"ז נראה דאפילו החנוני טוען שמא כו' כדקיי"ל גבי מחליף פרה בחמור אף דהלוקח טוען ברי והמוכר שמא מוקמינן בחזקת מ"ק. ומה דסיים הש"ך שם ומ"מ צ"ע כיון דהרמב"ם ס"ל בז"א א"י יחלקו. דברי הש"ך אינו מוכרח דשא"ה בהמחליף פרה דפסק הרמב"ם יחלקו משום דה"ל דרא דממונא וקצרתי:

ובב"מ (דף ק') במשנה הלוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר א"י זכה בגדול והקשו הר"נ והנ"י והשמ"ק שם דתקשה מזה לר"נ דס"ל דחזקת ממונא עדיף מן ברי ושמא והוכיחו מזה דאף על גלגול שבועה אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ומיירי מתניתין ביש עסק שבועה ביניהם והובא שיטה זו בח"מ סי' ע"ה סעי' ט"ו. אך לכאורה י"ל לפי שיטת י"א שהובא שם דס"ל דלא אמרינן בשבועה ע"י גלגול מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דמוכרחים לתרץ לקושיות הראשונים הנ"ל מן המשנה דזכה בגדול על ר"נ דס"ל חזקת ממונא עדיף דשאני התם דמיירי דעומד באגם והא דלא מוקמינן בחזקת מ"ק בע"כ הטעם הוא כמש"כ השמ"ק שם בשם הראב"ד דטענת ברי ושמא עדיפא מן חזקת מ"ק. אכן לפי מה שכתבתי דשיטת הש"ע והטור דלדינא קיי"ל דחזקת מ"ק עדיפא מן טענת ברי. בע"כ מוכח דשיטת יש אומרים דהובא בסי' ע"ה

דס"ל דלא אמרינן בגלגול מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. דיסברו לתרץ להא דתקשה מהמשנה דזכה בגדול על ר"נ דחזקת ממונא עדיף. דיתרצו כמו שכתב השמ"ק בב"מ שם בשם כמה ראשונים דכתבו לתרץ אליבא דר"נ דמוקי מתניתין בדמי עבד או בכסות עבד וה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכאוקימתא דרב ושמואל ולית לי' פירכא דר' אושעיא ע"ש. ולפ"ז אין הכרח לומר דהך שיטה יהיה ס"ל דטענת ברי עדיף מן חזקת מ"ק. וגם הא כתב הש"ך בסי' ע"ה ס"ק נ"א דהעיקר לדינא דאף בגלגול שבועה אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ועיקר הוכחתם הוא מן הא דתנן במשנה דזכה בגדול. ומוכח דס"ל לדינא דחזקת מ"ק עדיף מן מעלת ברי:

ענף ח:

ואחר שנתבאר דבשנים אוחזין בטלית אמרינן ברי ושמא ברי עדיף משום דאין דינן כמוחזקים גמורים כמש"כ הרמב"ן והריטב"א והפני יהושע. וכן נתבאר דלדינא נקטינן דחזקת מרא קמא עדיפא מן מעלת ברי. א"כ כיון דאמרינן דמעלת ברי עדיפא מן זכות מוחזקות שלו ע"י מה דשנים אוחזין כיון דאינו תופסו לבדו. ע"כ יש לדון דכש"כ דחזקת מ"ק עדיפא ממעלת זכות המוחזקות שלו ע"י מה דשנים אוחזין. כיון דחזקת מ"ק עדיפא ממעלת ברי ומעלת ברי עדיפא מן המוחזקות דכה"ג. אם כן קו"ח דחזקת מ"ק עדיפא מן המוחזקות דכה"ג כיון דהוי מוחזקות גרוע. וה"ה וכש"כ אם מונח ביד שליש משניהם ונולד איזה ספק דאף דהנפקד תופס בחזקת שניהם כמש"כ התוס' ריש ב"מ מ"מ אזלינן בתר חזקת מ"ק כיון דהוי מוחזקות גרוע ככל הנ"ל. וכן ראיתי במל"מ פ' ט"ו הל' טוען הל' ט' שכתב דבמטלטלין אם הם מונחים ת"י שליש מוקמינן לי' בחזקת מ"ק והביא שם דברי הרא"ש בב"מ פ"ג סי' ב' גבי איבעיא דהתם דמוקמינן להפרה בחזקת מ"ק ע"ש. אך יש לחלק דשא"ה דאחד מהם הפקידו אצלו וגם הא הבעל חזקת מ"ק הפקידו אצלו ומסרו בתורת השלשה כמש"כ המל"מ שם בנידון דילי'. וכן נידון הרא"ש הא לא הוי נפקד מן שני הבע"ד. וכיוצא בזה כתב הנתיבות בסי' ס"ה ס"ק ו' בשם השמ"ק שמחלק דדוקא כשהוא נפקד משניהם אמרינן דהוי בחזקת שניהם משא"כ אם יש להסתפק שמא אחד בלבד הפקידו ע"ש. א"כ ה"ה בנידון הרא"ש דנולד ספק לנו על הכפל שביד הגנב למי הוא שייך א"כ הוי זה כמו דנולד הספק מי מהם הפקיד אצלו משום דאם הפרה שייך להבעלים אז הוי הגנב כמו נפקד מהבעלים ואם שייך להשומר הוי כמו שהוא נפקד מן השומר דהוא תופסו עבור מי ששייך לו ע"פ דין וע"כ מוקמינן בחזקת מ"ק. אבל כשהוא נפקד מן שניהם שפיר יש לדון עדיין דדינם כמוחזקים וכמו שנים

אדוקים דס"ל להש"ך דאזלינן בתר המוחזקות. אכן כבר נתבאר בראיות נכונות דבכל אלו הפרטים אזלינן בתר החזקת מ"ק:

וכל זה אם תפיסי בכרכשתא אבל אם תופס איזה חלק של הטלית בידו כיון דאמרינן דזה נוטל עד מקום שידו מגעת וכמאן דפסק דמי כמבואר בב"מ (דף ז') ע"כ בוודאי דינו כמו מוחזק גמור ולא אזלינן בזה בתר חזקת מ"ק וכ"כ השב שמעתתא שמעתא ד' פ' י"ד בסופו לפמש"כ הש"ש שם מקודם הטעם דלכן אזלינן בשנים אדוקים בתר חזקת מ"ק משום דכיון דלא הוי קנין ע"כ לא הוי מוחזק וע"ז כתב דמה שתופס בידו דה"ל כמאן דפסק דנוטל למה שתופס בידו. וה"ה יש לומר כן לפי מה שכתבתי הטעם דלכן אזלינן בכה"ג בתר חזקת מ"ק משום דהוי מוחזקות גרוע. א"כ ז"א שייך רק במה שאנו דנין על מה שאינו תפוס בידם. אבל במה שתופסים בידם הוי כמוחזק גמור ופשוט:

ולכאורה יש לדון דכ"ז הוא באם שניהם אוחזין בטלית ואנו דנין על מה שאינו תופס כ"א בידו רק על מה שיוצא חוץ למה שתופסים בידיהם דאף דהוו כמוחזקים מ"מ כיון דעל מה שאנו דנין אינם תופסין ברשותן רק דהוא מוגבה מכחם ע"כ בזה אמרינן דלא הוו כמוחזקים גמורים. וע"כ אזלינן בזה בתר רובא ובתר מעלת רובא ובתר מעלת חזקת מ"ק. אבל אם מונח בחצר שניהן כיון דהם תופסים את כל החפץ ברשות חצירם ע"כ אפשר דדינם כמוחזקים גמורים ולא אזלינן בכה"ג בתר רוב ולא בתר חזקת מ"ק ולא בתר מעלת ברי. ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ח' ד"ה והקצה"ח בסי' קצ"ח כו' במה שכתבתי לחלק בין קנין הגבהה דהוגבה מכחו ובין היכא דתופס כולו בידו ובחצירו ע"ש. ובקונטרס הספיקות כלל א' אות ד' כתב לחלק דבשנים אדוקין לא אזלינן בתר חזקת מ"ק אכן במונח בחצר שניהם אזלינן בתר חזקת מ"ק אכן לפמש"כ יש לומר להיפך. ועכ"ז נראה לי דגם במונח בחצר שניהם אזלינן בתר חזקת מ"ק דאף שמונח כולו ברשות שניהם עכ"ז הא לא שייך בכה"ג לומר דהוי כמאן דפסק כיון דכל חתיכה וחתיכה הוא שייך לכאו"א. ועוד דהא במונח ברשות הנפקד מן שניהם אמרו דאף דתופס בחזקת שניהם מ"מ אזלינן בתר רובא כמש"כ התה"ד. והא מה שמונח בחצר הנפקד הוי כמו שמונח ברשות המפקיד כמש"כ הרשב"ם בב"ב (דף פ"ה) דרשות הנפקד הוי כמו רשות המפקיד והובא בט"ז סי' קפ"ט: וכן כתב הרא"ש בפסחים פ"א סי' ד' כה"ג ע"ש. ע"כ ברור דכמו דבשנים אוחזין נתבאר דלא הוי מוחזקות גמורה לכל הנ"ל. דה"ה אם מונח בחצר שניהם ג"כ לא הוי מוחזקות גמורה כ"ז שאינו מונח כולו ברשות חד מינייהו או מקצתו בתפיסת ידו של א' מהם לגמרי דהוי כמאן דפסק דמי כנ"ל. ומטעם זה א"ש מה דמדמו בב"מ (דף ג') הך דשנים אוחזין להמנה דברשות הנפקד וכמש"כ לעיל:

ובספרי נחל יצחק בקונטרסי בתפיסה על ידי שליח סי' ב' ענף א' הקשיתי בהא דאה"ע סי' נ"ג בנדוניות חתנים במונח ת"י שליש דאמאי לא אזלינן בתר חזקת מ"ק דהא גם במעות שייך חזקת מ"ק כדמוכח בתוס' כתובות (דף ע"ו) ד"ה על בעל החמור וכמש"כ הקצה"ח בסי' צ"א להשיג על הש"ך שם. וכתבתי לתרץ דמה דמונח ביד שליש הוי כמו דמונח בחזקת שניהם וכיון דשניהם מוחזקים על כן לא מהני חזקת מ"ק עיין למש"כ שם. אכן לפי מה שהעליתי הכא דאם מונח ברשות השליש אזלינן בתר חזקת מ"ק. א"כ אכתי תקשה בנדוניות חתנים דניזול בתר חזקת מ"ק וינתן להאב. וע"כ העיקר כמש"כ שם בענף הלז בד"ה ומה דהקשיתי דלמה לא מוקמינן הכא כו' והעליתי שם לתרץ על נכון ע"ש. ולכן אין ראיה מהתם לסתור לכל מה שכתבתי. וכן מורה פשט דברי המל"מ פ' ט"ו ה' טוען ה"ט ממה שסתם מתחלה שם וכתב בקצרה דבמטלטלי אם מונחים ביד שליש מוקמינן בחזקת מ"ק. ומשמע דאף היכא דהוי שליש משניהם הדין כן. רק לבסוף כתב שם לפיכך מי שהקנה לחבירו חפץ על תנאי שיעשה כך והניחו החפץ ביד השליש כו'. וגם ממש"כ שם לשון והניחו משמע דה"ל שליש משניהם ואפ"ה ס"ל דינתן לבעל חזקת מ"ק. וזהו כעין מש"כ כעת:

ענף ג:

ועתה הנני לבאר דברי הש"ך במש"כ דצ"ע אם יש לדון בהדינר לומר אוקי אחזקת מ"ק כיון דמעות להוצאה ניתנה ולא שייך לומר מ"ק עכ"ל. והקצה"ח השיג ע"ז כמש"כ בספרו ש"ש שמעתא ד' סוף פ' ט"ו דהתוס' כתובות (דף ע"ו) ד"ה על בעה"ח כו' כתבו בזה"ל והא שמואל גופיה אית ליה המוכר שור ונמצא נגחן דאין המעות חוזרין ולא מוקמינן בחזקת מ"ק ע"ש הרי מבואר דגם במעות אמרינן אוקי בחזקת מ"ק עכ"ל:

ולענ"ד נראה דיש לחלק דשא"ה במוכר שור ונמצא נגחן דאי נימא דהוי מקח טעות מחמת דרובא לרדיא זבני א"כ ממילא שייך מעות המכירה בחזרה להלוקח בעל מ"ק כיון דלא נתפס שום קנין כלל בהנמכר וכמו כל מקח טעות דחוזרים לבעליהן. אבל בנתן הבעה"ב דינר להחנוני א"כ אף מקודם דמשך הפירות נקנו הפירות מה"ת להבעה"ב דד"ת מעות קונות ומבואר בב"מ (דף מ"ג ע"א) תוס' ד"ה מאי איריא הוציא כו' דלריו"ח דאית ליה ד"ת מעות קונות יכול המוכר להשתמש בהמעות אף מקודם משיכה. אך לר"ל דמעות אינן קונות אסור להשתמש בהמעות ולא הוי שואל עלייהו ולכך נתנה לספר לא מעל עד שימשוך כו'. א"כ לדידן דקיי"ל כריו"ח דד"ת מעות קונות יכול המוכר לאשתמושי בהו מיד דנתן לו הלוקח והוי שואל עלייהו. וע"כ לא שייך לדון על המעות לאוקמינהו בחזקת מ"ק כיון דניתנו להוצאה כמש"כ הש"ך. ואף דבמכר פירות

ומחולקים אם נתן הדינר או לא שכתב הש"ך לדון ביה חזקת מ"ק על הפירות והקצה"ח השיג ע"ז דכיון שמודה שמכרן ואינו תובע רק הדמים לא שייך לדון בזה חזקת מ"ק. והנתיבות בס"ק ט' כתב לתרץ דברי הש"ך משום דכיון דאינו משלם מחירן הוי דבר הנמכר גזל בידו והאריך בזה. ובמק"א הארכתי בעיקר דבריו ואכ"מ. ויש לומר דאינו שייך לדון כן רק בהחפץ הנמכר דאם אינו משלם לו הוי גזל בידו למפרע דלא מכר לו רק באופן שישלם מחירן. אבל בהמעות שנתן הלוקח להמוכר י"ל דאף אם אינו רוצה המוכר ליתן החפץ הנמכר להלוקח וחוזר בו. מ"מ י"ל כיון דבעת שנתן המעות להמוכר היה אז קנין מעות חשוב לקנין מה"ת ומה"ט רשאי המוכר להשתמש בהו מיד כמש"כ התוס'. ע"כ אף דאם חוזר בו המוכר ואינו מוסר לו החפץ הנמכר מ"מ יש לדון דלא הוי גזל בידו המעות אלא דיינינן על המעות דדינן כמלוה דניתן להוצאה משום דשאני מעות מן חפץ בעיני':

וראיה לזה מן הרא"ש קידושין פ"ב סי' ל"א דהמקדש בערלה כו' אינה מקודשת מכרן וקידש בדמיהן מקודשת כו' וא"ת והא הני זוזי לאו דידי' כו' ואי לאו הירושלמי לא קשיא מידי דהני זוזי לאו גזל בידו כו' אבל הני זוזי להוצאה נתנו לו עכ"ל הרא"ש. וכ"כ הר"ן שם דאפשר לומר דהנך זוזי נתן לו להוציאן וה"ל הלואה בידו כו' וכ"כ הריטב"א שם להסתפק בזה. וכן מבואר באה"ע סי' כ"ח סעי' כ"ב עבר ומכר איסורי הנאה וקידש בדמיהן כו' ולא ידע הלוקח שהם איסורי הנאה ה"ה ספק מקודשת. והב"ש ס"ק נ"ט כתב דאפילו לא ידע י"ל דהוי כהלואה בידו כו' וכתב בב"ה דדברי טעם הם עכ"ל הב"ש. וכיוצא בזה מצינו בב"ב (דף צ"ב ע"ב) תוס' ד"ה אי דליכא לאישתלומי כו' שכתבו דהיכא דה"ל מקח טעות אם איתנהו להנהו זוזי צריך להחזירם ולא דמי להלואה דלהוצאה ניתנה כו'. אכן הרא"ש בב"ק פ"ה סי' א' כתב דהיכא שנתבטל המקח הוו הנך מעות כהלואה כו' וכ"כ הרא"ש בב"ק פ"א סי' ה'. וכ"כ הנמוקי יוסף בב"ב ריש פ"ו והובא בח"מ סי' רל"ב סעי' כ"ג. [ומה שיש לעיין בהכרעת הרמ"א שם דזהו סותר להא דאה"ע סי' כ"ח סעי' כ"ב הנ"ל יבואר זה במק"א ואכ"מ]. וכ"כ התוס' בב"ק (דף מ"ו ע"ב) ד"ה אי דליכא לאשתלומי כו' בשם ר"ת דבמקום מקח טעות דינו כדין בע"ח כו'. ואף דבנותן במחיר איזה חפץ לחבירו עבור איזה חפץ אחר ונמצא בו מום וכה"ג דוודאי חוזר גוף החפץ לבעליו. עכ"ז במעות לא דיינינן כן אלא אמרינן גם בזה דדינו כמלוה דלהוצאה ניתנה כו'. והא דאמרינן דלר"ל דמעות אינן קונות ד"ת הדין הוא דאסור להשתמש בהמעות כמש"כ התוס'. בע"כ מוכרח לחלק דשאני היכא דמחוסר משיכה עדיין ובין

היכא דמסר לו החפץ הנמכר רק דנמצא בו מום או חפץ הגזול וכמש"כ הקצה"ח בסי' ס"ו ס"ק ד' והנתיבות שם ס"ק ה' ע"ש:

הרי דמצינו חילוק בין נותן מעות עבור חפץ הנמכר דאף דנמצא בו מום ומקח טעות וכה"ג דאף דלא ידע הלוקח מ"מ יש להסתפק שמא אמרינן דהני זוזי ניתנו להוצאה וכמבואר באה"ע סי' כ"ח דהוי ספק מקודשת. ואלו בנותן חפץ עבור איזה מחיר ונמצא מום בהחפץ הנמכר דחוזר החפץ לבעליו כנ"ל. כמו כן יש לחלק בין חפץ הנמכר לבין הדמים עבור איזה חפץ דאף דבחפץ הנמכר ס"ל להש"ך דאם לא פרע לו דמי' הוי החפץ גזול בידו וכמש"כ החלקת מחוקק באה"ע סי' ק"כ והנתיבות כנ"ל. אבל במעות המכירה אף דאינו נותן לו החפץ מ"מ כיון דנתפס בהמעות איזה קנין עכ"פ מה"ת והוי שואל עלייהו ע"כ לא דיינינן בהו אומדנא לומר דלא הקנה המעות לו בתורת הלואה אם לא יתן לו החפץ הנמכר ואפשר לומר דשאני זוזי דאף אם חוזר בו מן החפץ שמכר לו מ"מ אמרינן דהני זוזי ניתנו לו להוצאה והוי כמו מעות הלואה משום דהא חזינן דיש חילוק בין מעות ובין חפץ כנ"ל. ע"כ ה"ה אפשר דיש לחלק כמו כן הכא או לא וזהו מקום הספק של הש"ך שכתב דצ"ע אם דיינינן על הדינר אוקי אחזקת מ"ק או לא וע"כ בשניהם אדוקים בדינר יחלקו ואם מונח ברה"ר כל דאלים גבר משום דהוי ספק אם דינו כמו מעות הלואה דניתנו להוצאה ושייך גוף המעות להמוכר או דאין דינו כמו מעות הלואה א"כ ממילא שייך גוף הדינר להלוקח. ועיין לעיל בש"ך בד"ה ולענין דינו של הרי"ף ורמב"ם כו' מש"כ דבדבר שהב"ד מסופקים הדין עם מי מחמת דמספקא לן מי יהיה נאמן נגד חבירו כו'. וה"ה הכא דהספק הוא מי מהם נאמן דאי נימא דה"ל כמו מעות הלואה א"כ ממילא המוכר נאמן דה"ל מוחזק ואי נימא דאין דינו כהלואה א"כ הלוקח נאמן משום חזקת מ"ק שלו וע"כ שפיר יש לדון כל דאלים גבר: ומ"מ אין דברי הש"ך מוכרח כ"כ דאם נימא דס"ל להסתפק אם דינו כמו מעות הלואה או לא כנ"ל א"כ יש לדון בזה גופא אוקי הדינר בחזקת מ"ק כמו בכל ספיקא דדינא דקיי"ל דמוקמינן אחזקת מ"ק וה"ה הכא בהך ספיקא דדינא אם יצא הדינר מרשות הלוקח או לא ג"כ נימא אוקי אחזקת מ"ק. ואי דנימא דס"ל להש"ך להכריע כפי הכרעת הרמ"א בסי' רל"ב סעיף כ"ג דהוי כבע"ח בוודאי. א"כ ממילא ה"ל המוכר כמוחזק כיון דגוף הדינר שייך לו דהא יכול לסלק לו בזוזי אחריני ומבעי לן למידן בזה הממע"ה. אך יש לומר דשפיר כתב הש"ך לדון במונח הדינר ברה"ר כל דאלים גבר. משום דאף דנימא דה"ל המוכר כמו בע"ח דניתנו לו להוצאה בוודאי וה"ל המוכר כמו מוחזק וודאי כנ"ל מ"מ יש לדון דהלוקח יהיה נאמן במיגו משום דהא ע"כ מיירי דהלוקח מודה דנתן הדינר ליד המוכר

דאם אומר שלא נתן הדינר לידו מעולם רק הניחו מתחלה ברה"ר כמו שנמצא מונח עכשיו הדינר ברה"ר. א"כ לא שייך לומר בזה כלל הך סברא דלהוצאה ניתנה וה"ל כמעות הלואה דהא אף הלואה בעי שיזכה הלוה בהמעות ע"פ דרכי הקנאה. וכיון דלא הגיע כלל המעות מעולם ברשות המוכר רק מונח הכל מתחלה ברה"ר א"כ בוודאי לא יצא הדינר מעולם מרשות הלוקח והוי שלו לגמרי. וע"כ מיירי דהלוקח מודה דנתן כבר הדינר ליד ורשות המוכר ואח"ז הניחו המוכר להדינר ברה"ר א"כ יש לדון בזה דהלוקח יהי' נאמן במיגו דאי בעי לא היה מודה שנתן כבר הדינר ביד המוכר דאז בוודאי היה זוכה הלוקח ע"פ דין משום חזקת מ"ק. ע"כ אף דמודה דנתן כבר הדינר ליד המוכר. א"כ לפי דברי הודאתו אין לו שוב חזקת מ"ק כיון דניתנה להוצאה וכמו שפסק הרמ"א בח"מ סוף סי' רל"ב. ועכ"ז הא יש לו מיגו ונאמן ע"י המיגו כן היה מקום לדון לכאורה:

ענף ד:

אבל באמת גם בכה"ג יש לומר דאין הלוקח נאמן אף דיש לו מיגו הלז. ונקדים לדברי הש"ך דלעיל בד"ה ועוד נראה דאפילו החנוני מודה שא"ל קני בכלי זה לא הוי הבעה"ב מוחזק דהא לא נקרא מוחזק אלא ע"פ חנוני שהודה והרי החנוני טוען שלא נתן לו הדינר ומיגו דאי בעי לא הודה כלל ומ"מ צ"ע בזה אי אמרינן מיגו בכה"ג עכ"ל הש"ך. וכוונתו דלכן צ"ע אם מהימן במיגו משום דכה"ג הוי מיגו להוציא דלא אמרינן. ומה שהניח בצ"ע י"ל דהא העליתי בספרי נחל יצחק בסי' ג' בקונטרס בתפיסה בדרא דממונא דהיכא דחזקת מ"ק מסייעו אמרינן מיגו להוציא א"כ ה"ה הכא הרי יש חזקת מ"ק המסייע להחנוני וע"כ נאמן במיגו אף דהוי להוציא. אכן לפי הנראה מן דברי הש"ך בסי' קל"ג ס"ק י"ג שכתב שם דלכן במכיר כליו ספריו העשוי להשאיל ולהשכיר נאמן לומר נגנבו ממני במיגו ולא הוי מיגו להוציא כיון שנוטל דמים כו' ועוד יש לחלק כו' והראשון עיקר עכ"ל הש"ך שם. ועיין בש"ך סי' צ' ס"ק כ"ב מזה. א"כ נראה מדברי הש"ך דלא נחית להכלל שכתבתי וכמש"כ בספרי שם. [והעיקר כמש"כ שם לחזק הכלל הזה ע"ש]. והעיקר נלע"ד בכוונת הש"ך שכתב להסתפק אם מהימן החנוני במיגו לומר שלא נתן לו הדינר ואף דהוי מיגו להוציא. מ"מ יש לחלק דשאני בכל מיגו להוציא דלא אמרינן משום דכיון דידוע דהוא מוחזק ע"כ מעלת מוחזקות עדיפא מן מעלת מיגו. אבל הכא שלולי הודאת החנוני היה נחשב החנוני למוחזק משום חזקת מ"ק שלו כמש"כ הש"ך רק לאחר שהודה שא"ל קני בכלי זה אז נחשב הבעה"ב למוחזק ע"פ הודאת החנוני וזהו מקרי מיגו בעיקר מעלת המוחזקות. וע"כ יש מקום לומר דאמרינן מיגו בכה"ג כמו דמצינו בנאמנות בסי' ע"א שכתבו לחלק דמיגו במקום נאמנות לא אמרינן אבל מיגו

בעיקר הנאמנות אמרינן. וכן מצינו במיגו במקום עדים דאם הוא מיגו בעיקר העדים דאמרינן כמש"כ התוס' בב"ק (דף ע"ב ע"ב) ד"ה אין לך בו אלא כו' ובתוס' כתובות (דף י"ח ע"ב) ד"ה הרי אלו כו'. וכמש"כ ההפלאה בכתובות (דף י"ט ע"א) בתוס' ד"ה אימא כו' שהאריך בהכלל הזה ע"ש. ועיין בש"ך סי' ק"ח ס"ק ז'. א"כ כש"כ במיגו להוציא דלא אמרינן דיש מקום לחלק דדוקא אם ידוע המוחזקות של הנתבע אז לא אמרינן אבל היכא דאינו ידוע המוחזקות שלו ואי בעי לא הודה כלל וכמש"כ הש"ך בלשונו כן. ע"כ יש מקום לומר דנאמן ע"י מיגו אף דהוי להוציא. כן יש להסביר דברי הש"ך מה שהניח בצ"ע אם מהימן החנוני במיגו או לא:

ולפ"ז י"ל דזהו כוונת הש"ך במש"כ לדון אם הדינר מונח ברה"ר כל דאלים גבר. משום דס"ל להסתפק אם מהימן הבעה"ב במיגו דאפשר דזה הוי כמו מיגו להוציא כיון שמודה דמסרו כבר להחנוני וזכה בו וכמש"כ לעיל ע"פ סברת התוס' בב"מ (דף מ"ג). וכן י"ל באמת דזהו סברת הסמ"ג שכתב דאם שניהם אדוקים בדינר דישבע ויטול החנוני משום דס"ל כעין סברת התוס' הנ"ל. ונקרא הבעה"ב בשם טענת מיגו להוציא דלא אמרינן וכן ראיתי בקצה"ח כאן שכתב כן בכוונת הסמ"ג. אבל באמת לדינא יש לדון בזה הרבה דשאני הכא דזה ה"ל כעין מיגו בעיקר מעלת המוחזקות של החנוני דהא אם לא היה מודה שמסר לידו הדינר מכבר רק שהיה אומר שהניחו מתחלה ברה"ר אז היה שייך הדינר להבעה"ב משום חזקת מ"ק שלו. וע"כ ה"ל מיגו בעיקר מעלת המוחזקות של החנוני. וכבר כתב הש"ך להסתפק בכזה במיגו של החנוני על הפירות כנ"ל. וע"כ העלה הש"ך הכא אם הדינר מונח ברה"ר דאמרינן כל דאלים גבר משום דס"ל להסתפק בהכלל הזה אם אמרינן מיגו בעיקר מעלת המוחזקות או לא ובכה"ג אמרינן כל דאלים גבר אף דהוי ספק בדין וכמש"כ הש"ך לעיל בד"ה ולענין דינו של הרי"ף והרמב"ם כו' כנ"ל. ואין עליו סתירה מן תוס' כתובות (דף ע"ו) ד"ה על בעל החמור כו' שכתבו דדייניו חזקת מ"ק על המעות היכא שהוי מקח טעות. משום דהתוס' אזלי לשיטתייהו דכתבו בר"פ המוכר פירות דהיכא דנתבטל המקח חוזר המעות בעיני' להלוקח ואין דינו כמו מעות הלואה. אבל לדינא הא קיי"ל בח"מ סוף סי' רל"ב דה"ל כמו בע"ח כנ"ל ע"כ שפיר כתב הש"ך וכנ"ל. וראיתי בש"ש שמעתא ד' סוף פ' ט"ו שהשיג על הש"ך מן דברי התוס' כתובות הנ"ל וכתב ג"כ די"ל דהתוס' כתובות אזיל לשיטתי' כנ"ל. אך שקיצר בזה. ובאמת י"ל דלפ"ז אינם מוקשים דברי הש"ך ואף שמשמעות לשון הש"ך לא משמע כן מ"מ י"ל כן. ואף אם נימא דלא נתכוין הש"ך לזה מ"מ הוא ענין נכון בפ"ע לומר כמו שכתבתי:

והקצה"ח כתב להסביר דלכן אין החנוני נאמן לתבוע הדמים במיגו דאי בעי אמר לא מכרתי משום דכיון שהודה שמכרן יצאו הפירות מרשותו א"כ ה"ל כמו מיגו להוציא כו' וזהו כוונת שיטת הרי"ף והרמב"ם כו'. אכן לפי מש"כ דיש לומר דמיגו בעיקר המוחזקות שאני ונאמן א"כ הכא דאם לא היה מודה החנוני שמכרן. א"כ בוודאי היה החנוני מוחזק משום חזקת מ"ק ע"כ ה"ל מיגו בעיקר המוחזקות ונאמן וכמו במיגו בעיקר הנאמנות ובעיקר העדים כנ"ל. ומה שכתב הטור בסי' ק"נ בשם רבינו יונה בטוען חוב שאינו ידוע על הקרקע שיש לו מיגו דלקוח דאינו נאמן משום דה"ל כמו מיגו להוציא. שא"ה דהא ידוע לנו שיש חזקת בעלים הראשונים בוודאי לבעל הקרקע רק דיש לו מיגו דלקוח. אבל היכא דאינו ידוע כלל אם היה לו שום זכות כלל מעולם בהנמכר לולי הודאתו ע"כ שפיר יש לחלק דשאני מיגו בעיקר המוחזקות. וכן אמרו בכתובות (דף י"ז) מודה ר' יהושע באומר לחבירו שדה זו של אביך היתה ולקחתי ממנו נאמן שהפה שאסר כו'. והתוס' שם ד"ה ומודה ר' יהושע כו' ובד"ה התם שור שחוט כו' כתבו דאף בהלה תובעו נאמן מדלא נקטו אם תבעו אינו נאמן כו'. ובב"ב (דף ל"ב) בההוא דאמר לחבירו מאי בעית בהאי ארעא א"ל מינך זבינתי' והא שטרא א"ל שטרא זייפא הוא מיהו שטרא מעליא ה"ל ואירכס אמר רבה מה לי לשקר כו' א"ל רב יוסף אמאי סמכת אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא. ופירשו התוס' והפוסקים שם דס"ל לרב יוסף דזהו מיגו להוציא דלא אמרינן כיון דהקרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת ע"כ אף דיושב הלוקח בהקרקע עכ"ז הוי מיגו להוציא רק אנן ס"ל דהלכתא כוותי' דרבה בארעא דזה מקרי מיגו להחזיק אבל רב יוסף ס"ל דזה הוי מיגו להוציא. ולכאורה קשה לרב יוסף דס"ל דאף דמחזיק הלוקח את הקרקע מ"מ מקרי מיגו להוציא לפי דמוציא מחזקת בעלים הראשונים. א"כ קשה אמאי נאמן לומר לקוחה במיגו דלהד"ם כמו דאמרו במשנה כתובות דמודה ר' יהושע כו' והא הוי מיגו להוציא מחזקת בעלים הראשונים. ואין לומר דשא"ה דמיירי ביורש וה"ל כמו ברי ושמא דאמרינן מיגו להוציא. דז"א דהא כיון דטוענין ליורש ה"ל כמו טענת ברי וכמו דאמרו בכתובות רפ"ב דה"ל ברי וברי ופירש הרא"ש שם פ"ב סי' א' דמה דטענינן ליורשים ה"ל כמו טענת ברי: ולכן נ"ל דמזה יש להוכיח דמיגו בעיקר המוחזקות אמרינן. והתם אף דס"ל לרב יוסף דכיון דהקרקע בחזקת בעלים הראשונים ה"ל מרא קמא בשם דין מוחזק. מ"מ כיון דהיה יכול לומר להד"ם דלא היה של אביך מעולם ה"ל כמו מיגו בעיקר המוחזקות שלו דכה"ג מודו כ"ע דאמרינן מיגו אף היכא דה"ל להוציא. וזהו פירושו של אין שור שחוט לפניך דאמרו שם אף דהתוס' ושארי ראשונים כתבו להוכיח מהמשנה דמיירי בהלה תובעו מ"מ כיון דיש לו מיגו דלא היה

של אביך מעולם ולא ה"ל שום זכות ודררא דממונא כלל בהקרקע ע"כ ה"ל כמו אין שור שחוט. וזהו ראיה ברורה לכל מה שכתבתי לחלק דמיגו בעיקר המוחזקות אמרינן. ולולי דברי הש"ך שכתבתי לעיל דס"ל להסתפק אם אמרינן מיגו בעיקר המוחזקות או לא. היה נראה לדעתי לומר דזהו ברור דאמרינן מיגו בעיקר המוחזקות. אך כיון שהש"ך הניח בצ"ע אם החנוני מודה שא"ל קני בכלי זה כו' אם אמרינן מיגו בכה"ג כמו שכתב בד"ה ועוד נראה דאפילו החנוני מודה שא"ל קני בכלי זה כו' וכמש"כ לעיל לבארו. וכן כתבתי לעיל כוונתו במש"כ הש"ך דאם הדינר מונח ברה"ר כל דאלים גבר. לכן אני מבטל דעתי מפני דעת הש"ך וה"ל לכל הפחות דין זה לספיקא דדינא:

העולה לנו מכל מה שנתבאר דבשנים אדוקים בהחפץ שאנו דנין עליו אם מכרו או לא שהמוכר והלוקח אוחזין בו דאזלינן בזה בתר חזקת מרא קמא דמעלת חזקת מ"ק עדיפא מן זכות המוחזקות גרוע דכה"ג. וגם נתבאר דמעלת חזקת מ"ק עדיפא מן מעלת רובא. וכן דעדיפא חזקת מ"ק ממעלת ברי ושמא. ואם החנוני והבעה"ב אדוקים בהדינר אם הוא באופן שלדברי הבעה"ב יצא כבר הדינר מרשותו וכמש"כ לעיל שאומר הבעה"ב שמסר כבר הדינר ליד החנוני ולא נתן לו הפירות א"כ ה"ל על הדינר כמו מעות הלואה וכמש"כ לעיל בארוכה ע"כ לא שייך בכה"ג חזקת מ"ק להבעה"ב על הדינר. ואף שיש לו מיגו מ"מ הא ה"ל כעין מיגו להוציא. ולא שייך לומר דהחזקת מ"ק מסייעו דאמרינן בכה"ג מיגו להוציא וכמש"כ בספרי נחל יצחק בסי' ג' בתפיסה בדררא דממונא וכנ"ל. דהא לדבריו דהודה דיצא כבר הדינר מחזקתו א"כ לא שייך בזה לומר דהחזקת מ"ק מסייע לו. ולא דייניגן בזה לומר דה"ל מיגו בעיקר מעלת המוחזקות כנ"ל דהא כיון דשניהם אדוקין בהדינר לא מקרי זה מיגו בעיקר המוחזקות. וגם הא כתבתי דהש"ך מסתפק בזה וה"ל כמו כל ספיקא דדינא דאם שניהם אוחזין הדין הוא דיחלקו. והיכא דלדברי הבעה"ב לא יצא כבר הדינר מחזקתו דבוודאי דייניגן על הדינר בשם חזקת מ"ק ע"כ הדין הוא דינתן הדינר להבעה"ב משום זכות החזקת מרא קמא שלו דעדיפא מן מעלת מוחזקות דשנים אוחזין כנ"ל. וכן נתבאר דמיגו בעיקר מעלת המוחזקות ה"ל ספיקא דדינא אם מהני מיגו להוציא או לא. וכן נתבאר בשם הרמב"ן לב"ב (דף ל"ד) והריטב"א בב"מ (דף ב') דבשנים אדוקים וא' אומר ברי וא' אומר שמא דלא דייניגן בזה דחזקת ממונא עדיפא ממעלת ברי כדקיי"ל אלא דייניגן בכה"ג דינתן למי שאומר ברי. משום דמה דשניהם אוחזין אין דינו של המוחזקות על הפלגא כדין מוחזק גמור. וכמש"כ התה"ד לדון כן ברובא דאזלינן בכה"ג בתר רובא משום דזה לא הוי מוחזק גמור וה"ה לגבי ברי ושמא דמעלת ברי עדיף מן מוחזקות דנא וכמש"כ הרמב"ן והריטב"א.

וראיתי בשו"ת ושב הכהן סי' ס"ב וסי' ס"ג שכתב להיפך ממש"כ והוא דהעלה שם דכמו דקיי"ל דחזקת ממונא עדיף ממעלת ברי ואין מוציאין ממנו אף שטוען שמא דה"ה בשניהם מוחזקים בהחפץ דכ"א על המחצה מוחזקות שלו דינו כמוחזק גמור בכולו. ולכן אף דטוען שמא והשני טוען ברי דמ"מ ינתן המחצה דהוי מוחזק לו ואין מוציאין המחצה ממנו אף דטוען שמא ע"ש. אכן לדינא אינו כן וכמו שכתבתי להוכיח כן בשם הרמב"ן והריטב"א. ולדברי הראשונים אנו שומעין: כ"ז כתבתי כבר. וכעת הגיע לידי ספר דברי אמת וראיתי שם בסי' י"א דף ל"ד ע"א בד"ה ויש לע"ד ראיה לדברי מהר"ר ישראל מדברי התוס' ספ"ק דכתובות גבי תינוק הנמצא כו' שהביא לדברי תה"ד בסי' שי"ד שכתב דלענין שתעמוד החזקה של ממון כנגד הרוב לדחותו בעינן חזקה גמורה שהוא עצמו מוחזק בממון. והכריח כן מדברי התוס' הללו דהכא כתבו דלגבי אבידה לא מהני חזקת ממון נגד הרוב הואיל ולא מדעת הבעלים באתה האבידה לידו ולענין שנים אוחזין בטלית כתבו התוס' ריש ב"מ דחשבינן להו מוחזקים לענין דלא נימא כל דאלים גבר ואפילו לענין דלא אמרינן מיגו משום דחשיב חזקה אלא ע"כ נגד לדחותו להרוב בעינן חזקה גמורה ואלימתא עכ"ל התה"ד. ונוראות נפלאתי איך דימה הא דשנים אוחזין להא דתינוק דהתם בשנים אוחזין שניהם המוצאים האבידה מחולקים זה עם זה וכל אחד לגבי חבירו שפיר קרינן ליה מוחזק אבל גבי תינוק שמוצא האבידה דינו עם בעל האבידה ואין לו חזקה של כלום לגבי התינוק שלא החזיקוהו הבעלים עכ"ל דברי אמת. ובאמת דברי התה"ד בהוכחתו מהך דתינוק דכתבו התוס' דחזקת של המוצא אבידה אינה חזקה מעליא להדחות להרוב. דהוכיח מזה התה"ד דה"ה בשנים מוחזקים אזלינן בתר הרוב. דזהו תמוה דאין זה שום שייכות ראיה כלל וכמש"כ בעל דברי אמת כנ"ל: ועכ"ז לדינא הנכון עם התה"ד דבשנים אוחזין וכן בדבר המושלש אף דהנפקד תופס בחזקת שניהם דאזלינן בזה בתר הרוב וכמו דכתב הרמ"א בסי' רצ"ב סעיף י' כנ"ל. דהא כתבתי לעיל בשם הרמב"ן לב"ב (דף ל"ד) ובשם הריטב"א לב"מ (דף ב') דכתבו דבשנים אוחזין אם אחד טוען ברי והשני אומר שמא דאמרינן ברי עדיף משום דמה דשנים אוחזין אין זה נחשב למוחזקות גמורה. ע"כ מוכח מזה דה"ה ברובא דהא רוב עדיף ממעלת ברי וכמש"כ הפני יהושע לכתובות רפ"ב והובא לעיל וכיון דמה דשנים אוחזין אין זה נחשב למוחזקות גמורה להדחות למעלת ברי כש"כ דאין זה נחשב למוחזקות להדחות להרוב ודוקא במוחזק גמור אין הולכין אחר הרוב משא"כ היכא דלא הוי מוחזקות גמורה דהולכין אחר הרוב:

ועוד נלע"ד לומר דשפיר יש מקום שייכות ראי' להך דשנים מוחזקין מהך דספ"ק דכתובות גבי תינוק הנ"ל לענין רובא דהולכין בתר רוב בשנים אוחזין. והוא דהא חזינן גבי מוצא אבידה דהולכין בתר רוב להוציא האבידה מן המוצא להאבידה וכמש"כ התוס' גבי הך דתינוק דמה דתופס בעל האבידה להאבידה אין זה נחשב למוחזק ממש. ואלו גבי מעלת ברי חזינן דנחשב מוחזקות של המוצא להאבידה למעלת מוחזק דלא מהני בזה מעלת ברי להוציא האבידה מן המוצא דטוען שמא וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ד' וכפי קושיות הפני יהושע לכתובות (דף י"ב) דל"ל סימנים באבידה הא היכא דליכא חזקת ממונא ברי עדיף ומוצא האבידה דלא הוי שלו ע"כ אין בזה חזקת ממונא ויהא מהימן הבע"ד דטוען ברי שהחפץ שלו. ומש"כ הפני יהושע דיש רובא דעלמא המנגדו כתבתי שם לדחות דהא נגד רוב דעלמא יש לנו רוב הסותרו דנפילה לא שכיחא. וע"פ דברי התוס' בב"מ (דף כ"ב ע"ב) ד"ה אי דליכא סי' כו' דלא חיישינן שמשקר שאבד ממנו חפץ אלא חיישינן דכי היכי דממנו אבד החפץ דלמא כן נאבד מאדם אחר ע"ש. ולכן כתבתי שם בספרי דהא דבעינן סימנים דוקא אבל בלא סימנים אין מוציאין האבידה ע"פ טענת התובע דאומר ברי לי שהחפץ הוא שלי משום דהמוצא האבידה נחשב למוחזק בזה דאין כח להאומר ברי להוציא האבידה ממנו דגם בכה"ג נחשב תפיסתו בשם מוחזק קצת לענין דלא יהיה מהני בזה לדון ולמיזל בתר מעלת ברי. ודוקא בתר רובא אמרו דאין נחשב תפיסת בעל המוצא האבידה למעלת מוחזק ממש וע"כ הולכין בזה בתר רובא וכמש"כ התוס' ספ"ק דכתובות וכמו שהארכתי בזה בספרי שם. ומה דתקשה עדיין על מ"ד דברי עדיף אף להוציא ממוחזק גמור דל"ל סימנים באבידה דיהיה נאמן בטענת ברי להוציא האבידה הנה בספרי שם כתבתי לתרץ זה בטוב טעם ע"ש. א"כ מוכח על פי זה דמעלת רוב עדיפא ממעלת ברי ושמא לענין ממון דהא ע"פ מעלת ברי אין מוציאין האבידה מן התופסו ואלו ע"פ מעלת רוב מוציאין האבידה וכמש"כ התוס' ספ"ק דכתובות משום דלא נחשב תפיסתו להאבידה בשם מוחזק גמור. ע"כ ממילא מוכח לפי דברי הרמב"ן והריטב"א הנ"ל דבשנים אוחזין אף דהוי בשם מוחזקין לענין דלא מהני מיגו נגדו וכן דלא אמרינן בזה כל דאלים גבר עכ"ז לענין מעלת ברי אינו נחשב זה בשם מעלת מוחזק ונותנים למי שאומר ברי כיון דאינו מחזיק לבדו רק שנים אוחזין. א"כ כש"כ ברוב דהא עדיפא ממעלת ברי לענין להוציא ממוצא האבידה דבוודאי כש"כ דדיינינן בשנים אוחזין או בנפקד משניהם דאזלינן בזה בתר רובא כיון דאין זה בשם מוחזק גמור כדמצינו בדברי הראשונים הללו לענין מעלת ברי דאין זה נחשב למוחזקות. ולכן שפיר יש שייכות מעליא להך נידון דשנים מוחזקין

להוכיח ע"פ דברי הרמב"ן והריטב"א הללו במכש"כ מהך דמעלת ברי כנ"ל לפי דברי התוס' דספ"ק כתובות גבי תינוק וכנ"ל. ושפיר כתב התה"ד להוכיח כן מדברי התוס' דספ"ק דכתובות אך שקיצר בזה. ואתי שפיר דברי התה"ד ומתורץ קושיות בעל דברי אמת. ואף דנימא דקשה להעמיס זה בכוונת התה"ד. מ"מ זהו ענין נכון בפ"ע לדון לדינא עפ"ז דהנכון והעיקר לדינא להוכיח עפ"ז וכפי שנתבאר. דבשנים אוחזין או בדבר שת"י נפקד משניהם דאזלינן בזה בתר רובא וכפי דברי הרמ"א בסי' רצ"ב סעיף י' וכנ"ל:

סימן צב

א (סעי' א'):

החשוד כו' אין משביעים אותו כו'. והקצה"ח בס"ק א' הביא לדברי רש"י בב"מ (דף ו' ע"א) בד"ה נימא גבי שבועה שאינה ברשותו מיגו דחשוד אממונא שמא ברשותו וכופר חשוד אשבועתא. והקשה דהוי מצי לפרש כן גבי שבועה שלא שלחתי דהוי חשוד אממונא וכמש"כ התוס' בב"מ (דף ג' ע"ב) ד"ה בכולי בעי דלודי כו' וכ"כ התוס' כתובות (דף י"ח ע"ב) וכן העיר המהרש"א בב"מ (דף ו') ברש"י ד"ה ג' שבועות כו' וכן הקשה הפני יהושע שם ויש לדון הרבה בדבריהם:

והנלע"ד ליישב דברי רש"י די"ל דס"ל דבעבירה דשליחות יד לא נעשה פסול מה"ת לעדות ולשבועה. דהשיטה מקובצת בב"מ ס"פ המפקיד בסוגיא דשליחות יד כתב דשליחות יד ליתי' אלא בפקדון ושמו מוכיח עליו וכדאמר קרא גבי שומרים אם לא שלח ידו והנוטל לגזול ע"ד ליטול כולו או מקצתו או שיחסרנה ולא ישלם לבעליו הוא חייב באונסין כו' והשולח יד בפקדון דעתו ליטול ולחסר הכל או מקצת ע"ד לשלם לבעלי' עכ"ל. והובא בקצה"ח סי' רצ"א ס"ק ב'. וע"ש עוד נ"מ בין שליחות יד דשומרין לגנב וגזלן כו' וכן הא דחדית רחמנא בשומרין לחייב משום שולח יד ע"י שלוחו אינו אלא בשומרים אבל גנב וגזלן פטור ע"י שליח. וכן הביא הקצה"ח לדברי השמ"ק הנ"ל בסי' שמ"ח ס"ק א' וסיים דבאינש דעלמא אינו חייב באונסין אם הגבי' ע"מ לשלם. ועיין בנתיבות סי' רצ"ב ס"ק ד'. ולפ"ז נראה לדון בדברי הש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' שהעלה שם בסופו דאם משכנו שלא ברשות נעשה עליו גזלן וחייב באונסין לכ"ע. דלפי דברי השמ"ק דהגבי' ע"מ לשלם אינו חייב באונסין מי שאינו שומר. א"כ ה"ה בנטל משכון מרשות הלוה בע"כ כיון דנוטלו עבור חובו דומה למי שנטל ע"מ לשלם דאינו חייב באונסין כיון דאינו נוטלו שיהיה אצלו בחנם רק לעכבו עבור החוב. ולקמן סי' שנ"ט סעי' ו' החוטף משכון שלא ברשות ה"ז גזלן כו' וכתב הסמ"ע שם ס"ק י"ב בשם הטור דנקרא גזלן ר"ל שהוא

בכלל איסור גזלה וגם פסול לעדות ולשבועה אבל עיקר הגזלה דאזהר הכתוב לא מיירי בחוטף למשכנו על מה שחייב לו כו'. והש"ך שם ס"ק ה' כתב לדון בזה הרבה והביא בשם המגדול עוז שכתב דלא מקרי גזלן אלא לקנותו להעמידו באחריותו ולא שיופסל לעדות ולשבועה כו'. אכן לפי דברי השמ"ק הנ"ל יש לומר דאין לו דין גזלן להיות חייב באחריות אונסין כנ"ל: ויש לומר דהש"ך וסייעתו ס"ל כמו שכתב הריטב"א בב"מ (דף מ"א) ד"ה כגון שנטלה ע"מ לגוזלה כולה ואפילו דעתו לשלמה גזלה מקרי דכיון דדעתו לגוזלה כולה לא בעינן חסרון דאין לך חסרון גדול מזה כו'. הרי דס"ל דאף דדעתו לשלם חייב באונסין ודלא כדברי השמ"ק ולכן שפיר פסק הש"ך דבמשכון שלא ברשות חייב באונסין. ואפשר לומר דשיטת הרמב"ן במלחמות דאפילו במשכנו שלא ברשות פטור מאונסין וכמש"כ הש"ך בשמו בסי' ע"ב סוף ס"ק ט' דזהו משום דס"ל כשיטת השמ"ק דבגוזל ע"מ לשלם אינו חייב באונסין ויש להאריך בכ"ז הרבה:

ולשיטת השמ"ק בגוזל ע"מ לשלם כיון דאין דינו להתחייב באונסין מוכח דה"ה דס"ל דאין בכה"ג לאו דגזלה רק בשומר חדית רחמנא דחייב באונסין ומקרי עבירה כמבואר בכ"ד דשליחות יד מקרי עבירה אבל אינו בלאו וגם לאו דלא תחמוד לא קעבר בנטלו ע"מ לשלם דהא אמרינן דלא תחמוד בלא דמי משמע להו. הן לפי האמת לשיטת הרבה פוסקים והן רק דמשמע לאינשי כו' וכיון דנוטלו ע"מ לשלם ובפרט בשומר שנוטל החפץ שמופקד אצלו וחושב לשלם לאח"ז בעת שיבאו הבעלים ליטול את החפץ ע"כ אף דאינו נותן במזומן בעת שהגבי' להחפץ ע"מ לשלם ג"כ י"ל דאין עובר בלאו דלא תחמוד ולא משמע להו איסור מה"ת בזה. ועיין לקמן סי' שנ"ט סעי' ב' אבל אין זה ענין לנ"ד. ועיקר חיוב שליחות יד דחייב רחמנא רק בשומרים דהוא בהגבי' ע"מ לשלם אין על זה לאו מפורש רק דינו כמו עובר על עשה דהך מילתא דשליחות יד שחייבה התורה בשומרים הוא בכלל הדינים שציותה התורה לדון בכל דיני שומרים כמבואר ברמב"ם ריש הלכות שכירות ובחינוך פ' משפטים. ועיין בכ"מ פ"ט ה' מלכים ה' י"ד מש"כ בשם הרמב"ן בפרשת וישלח. אבל לא נכתב לאו מפורש בחיוב שליחות יד דחדית רחמנא בשומרים. ולכן י"ל דלא מיפסל לעדות ולשבועה מה"ת בעבירה דשליחות יד. וכעין מש"כ הנתיבות בסי' ל"ד סוף ס"ק ה' דעובר על מצות עשה לא מיפסל אף דמיירי התם בעשה דחימוד ממון והטעם דבעינן רשע דחמס דהוא בלאו אבל היכא דלא נכתב לאו מפורש כיון דאינו דומה לרשע דחמס לא מקרי רשע ואינו פסול לעדות מה"ת:

וגם י"ל דאף דנימא דהלכה כהריטב"א דבנוטל ע"מ לשלם דינו כמו כל גזלה עכ"ז י"ל דלא מיפסל מה"ת משום דלא משמע לאינשי איסור מה"ת בזה וכמו בלאו דלא תחמוד

דבלא דמי משמע להו. וכיון דהוי בזה פלוגתת השמ"ק והריטב"א אם דינו כמו גזלה או לא א"כ י"ל בכה"ג דכ"ע לאו דינא גמירי כמו שמבואר בכמה דוכתי דהיכא דמצינו פלוגתא אף דלא קיי"ל כוותי' לדינא מ"מ י"ל דטעו בזה כיון דלאו דינא גמירי וכדמצינו כה"ג בנוטל משכון שלא ברשות הלוה דס"ל להרבה פוסקים דלא מיפסל לעדות משום דלא משמע לאינשי דליהוי גזלן בהכי אף דכתוב מפורש בתורה דלא תעבוט עבוטו וכמבואר בסי' שנ"ט סעי' ו' ובש"ך ס"ק ה'. ע"כ י"ל דה"ה בחיוב שליחות יד היינו בנוטל ע"מ לשלם דחייבה תורה בשומרים וכן בשליחות יד ע"י שליח כיון דלא נכתב מפורש בתורה ע"כ י"ל דלאו כ"ע דינא גמירי. ולכן הוכרח רש"י לפרש דהוכחת הש"ס דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' הוא משבועה שאינו ברשותו משום דשבועה שלא שלחתי י"ל דלא מיפסל מה"ת אף דשלח בו יד דעיקרו הוא בנוטלו להגבי' ע"מ לשלם [או אם שלח ידו ע"י שלוחו דלאו כ"ע דינא גמירי] ודומה ללאו דלא תחמוד דבלא דמי משמע להו:

והט"ז בח"מ סי' רצ"ב סעי' א' כתב דבהגבי' לעשות תשמיש שאינו מחסרו דחייב משעת תשמיש מפני שהוא שואל שלא מדעת דהוי כגזלן דלא משמע לאינשי שיהיה גזלן בכך כדאמרינן בפ"ק דב"מ דלא תחמוד בלא דמי משמע להו כו' עכ"ל הט"ז. א"כ שפיר יש להשביעו שלא שלח בו יד היינו שלא נשתמש בו תשמיש שאינו מחסרו דלא משמע להו שיהיה גזלן ולא מיפסל עי"ז לשבועה ואף דזה לא מקרי שליחות יד כמבואר שם עכ"ז הא מצינו כה"ג בסי' רצ"ו סעי' ז' במי שטוען שלא נעשה שומר שיכלול שלא שלח בו יד. דאף שאינו שליחות יד דחייבה התורה בשומרים דהא כיון שטוען שלא נעשה שומר א"כ אינו חייב על שליחות יד וע"כ מוכח דלאו דוקא הוא הלשון שליחות יד וה"י"ל הכא ג"כ דאין זה שליחות יד הנאמר בתורה בחיוב שומרים. וכן הא מצינו פלוגתא בשליחות יד אם צריכה חסרון אף דאנן קיי"ל דא"צ חסרון עכ"ז י"ל דטעה בזה גופא וכמש"כ כזה בכ"ד בספרי באר יצחק ונחל יצחק ע"כ לא מיפסל לעדות בכה"ג:

ושיטת התוס' דב"מ (דף ג' ע"ב) ובכתובות (דף י"ח) דכתבו דבשליחות יד נעשה גזלן ופסול מה"ת י"ל דס"ל כמו שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ל"א ענף ו' להוכיח דהיכא דעבר אף על עשה בקום ועשה דמיפסל מה"ת לעדות ולשבועה כיון דהוי חטא של חימוד ממון ע"ש. א"כ ה"ה עבירה דשליחות יד אף דלא הוי בלאו מ"מ כיון דעבר בקום ועשה ושלח יד מיפסל מה"ת כן י"ל בשיטת התוס'. אבל בשיטת רש"י י"ל דס"ל דאף הוי עבירה דקום ועשה מ"מ כיון דלא הוי בלאו ע"כ לא מיפסל מה"ת ולכן הוכרח לפרש

דהוכחת הש"ס הוא מן שבועה שאינו ברשותו וגם הא נתבאר טעמים אחרים די"ל גבי שליחות יד דלא משמע לאינשי איסורא מה"ת ע"כ אתי שפיר בפשיטות דברי רש"י:
ענף ה:
ואם אמר התובע אקבל שבועתו אע"פ שהוא חשוד אין שומעין לו.
והמרדכי פ' שבועת הדיינין הביא בשם הרשב"ט דחולק ע"ז. והקצה"ח ס"ק ב' הביא לדברי המ"מ פ"ב ה' טוען ה"א שכתב ראיה דאין שומעין לו מהא דפ' שבועת הדיינין ותמה ע"ז הקצה"ח וכבר הקדימו הלח"מ לתמוה כן על דברי המ"מ בראייתו וכתב דדברי הרמב"ם הוא מסברא ע"ש. והקצה"ח הביא ראיה לדברי הרמב"ם מן שבועות (דף ל"ב) דאמרו הכל מודים בע"א ושכנגדו חשוד על השבועה כו' ולימא ליה מי יימר דמשתבעת כגון ששניהם חשודים ומוכח מזה דאף אם ירצה הנתבע להשביע להתובע אין מוסרין לו שבועה דאל"כ אכתי שייך לומר בזה מי יימר דמשתבע כו' עכ"ל הקצה"ח. והוא ראיה נכונה משום דמש"כ הלח"מ דהוציא הרמב"ם כן מסברא זהו דוחק. ובפרט לפמש"כ לקמן בחי' לסעי' ב' דעיקר מילתא זה אינו רק מדרבנן ולא מה"ת א"כ אין הסברא נוטה כ"כ לזה:
ובאמת דברי הרשב"ט צריך ישוב דמה יענה בסוגיות הגמ' הלז דמוכח התם דאין מוסרין שבועה לחשוד כלל אף אם ירצה הבע"ד וכמש"כ הקצה"ח. ואפשר לומר בזה דעיקר סברת הגמ' דאמרו מי יימר דמשתבעת דאף דלדברי העד הוא שבועת אמת ויכול לישבע מ"מ כיון דכמה אינשי פרשי מן שבועת אמת וכמו שכתב הר"נ רפ"ז דשבועות בסוגיא דשכיר נו"ן בביאור הגמ' דהקשו וליתיב ליה בל"ש דזהו משום דאיכא למיחש בכדי חייו דאיכא אינשי דפרשי משבועה ואף בקושטא לא בעי לאישתבועי עכ"ל הר"נ. ואיתא בירושלמי פ"ו שבועות הל' ה' דבין זכיי ובין חייב לשבועה לא תיעול. ועיין בחתם סופר סי' צ' ולא הביא לירושלמי הזה ע"ש. וזהו הכל משום שצריך לשמור אפילו משבועת אמת ע"ש. ולכן אמרו מי יימר דמשתבעת דאפשר דלא ירצה לישבע אף שבועת אמת. אבל בחשוד שנשבע כבר לשקר לא שייך ביה לומר מי יימר דמשתבע ולא ירצה לישבע שבועת אמת כיון דחזינן שאינו מקפיד אף על שבועת שקר א"כ כש"כ שישבע שבועת אמת ואנן סהדי דבוודאי ירצה לישבע שבועת אמת לכן חייב העד קרבן שבועה משום דהוי כפירת ממון גמור וא"ש שיטת הרשב"ט. ועיין בש"ך סי' פ"ט בס"ק י' בד"ה אך קשה לי על הרמב"ן כו' בסה"ד וקצרתי:
ולכאורה יש להעיר על הרשב"ט מן ב"מ (דף ה') דשקיל וטרי הגמ' דנימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא גם בנשבעין ונפטרין זולת היכא דשייך אשתמוטי כו'. וקשה

לשיטת הרשב"ט דאם ירצה התובע להשביעו דמוסרין לו שבועה א"כ י"ל בפשיטות על כל הנשבעין ונפטרין דלכן נשבעין ולא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו'. דמה בכך כיון דרוצה התובע להשביעו ממילא משבעינן להנתבע דלא שייך לומר מיגו דחשוד כו' דישבע התובע ויטול אף בשד"א דהא גם בשבועת התובע שייך לומר מיגו דחשוד אממונא כו'. אבל באמת אין זה קשה כלל דהא עיקר חיוב שבועה שהטילה התורה לישבע זהו משום בירור הענין שיברר ע"פ שבועתו כיון שאינו חשוד לישבע בשקר וממילא כיון שהטילה התורה כבר חיוב עליו לישבע. ע"כ ממילא ה"ה היכא שהוא חשוד על ש"ש אף שלא שייך התם לברר ע"י שבועתו מ"מ יכול התובע לומר שישבע הנתבע כמש"כ הרשב"ט. וכיון שעיקר חיוב שבועה הוא לברר הענין ע"כ שפיר שקלו וטרו דנימא מיגו דחשוד אממונא כו' ופשוט:

ובירושלמי שבועות פ"ז ה"א אמרו היה חשוד וב"ד מוסרין שבועה לחשוד. ובלשון בתמיה ועיין ברדב"ז ח"ג סי' תפ"ט. אך שם מיירי בנשבעין ונוטלין ע"כ שפיר אמרו דאין מוסרין שבועה לחשוד להיות נשבע ונוטל. וגם בנפטרין היכא דאין הבע"ד מתרצה אין להשביעו. ובירושלמי שבועות פ' ששי ה"ו אמרו עלה דאם חשוד נשבע שבועת הפקדון דחייב משום שבועת ביטוי דהא אין ב"ד מוסרין שבועה לחשוד אלא בשעבר ונשבע עיין שם בפני משה. ואי נימא דברצה התובע שישבע הנתבע חשוד שמוסרין לו שבועה א"כ שפיר משכחת לי' לחשוד שיהיה נשבע אף לכתחלה לשבועת הפקדון ולמה לי' לומר דמיירי בעבר ונשבע. אך אפשר לומר דא"כ היה להחשוד להיות חייב גם משום שבועת הפקדון כיון דשבועתו היה ע"פ דין. ומ"מ מן הלשון ירושלמי דאמרו בפשיטות דאין ב"ד מוסרין שבועה לחשוד משמע דהאיסור הוא על הב"ד שלא יניחוהו להחשוד שישבע. ומשמע מזה כדברי הרמב"ם והש"ע וי"ל דמזה הוציאו הך דינא דאין שומעין להתובע להשביעו משום דהאיסור מוטל עלינו שלא יניחוהו לישבע. ועיין באו"ת סי' פ"ט ס"ק ד' שהביא ירושלמי הנ"ל ותמה עליו אכן לפי פירוש הפני משה שם אתי שפיר ע"ש:

וכ"ז בשבועה דלעבר אבל בשבועה דלהבא מוכח מן הא דאה"ע סי' ק"מ סעי' י"א דאף בחשוד מוסרין לו שבועה דמבואר שם בכופר השולח גט דישביעוהו שלא יבטל את הגט והשליחות כו' וכן הוא שם סי' קמ"א סעי' נ"ט ובסדר הגט סעי' כ"ו. ולכאורה קשה איך מוסרין שבועה שם בחשוד לכל התורה הא אין מוסרין שבועה לחשוד. וע"כ מוכח מזה דדוקא בשבועה דלעבר דהוי בחשש דיוצא מפיו השבועה לשקר בזה חשו לומר דאין מוסרין שבועה לחשוד. וכעין דברי הסמ"ע בלשונו בס"ק א' ע"ש. משא"כ בשבועה דלהבא דאין יוצא מפיו אז השבועה לשקר וכעין הא דשבועות (דף מ"ו) דאמרו לחלק

בשבועה דלהבא דבקושטא קא משתבע. ועיין בתוס' וברא"ש שם דיש פוסקים דס"ל דמה"ט בעובר על שבועה דלהבא אינו נפסל לעדות וכמבואר בח"מ סי' ל"ד סעי' ה' ובסי' פ"ז סעי' ט"ז ובסי' צ"ב סעי' ב' מזה. וע"כ לא חשו בשבועה דלהבא לומר בזה דאין מוסרין שבועה לחשוד. ואף להסוברין דגם בשבועה דלהבא מיפסל ולא מחלקים בזה עכ"ז הכא במה דאין מוסרים שבועה לחשוד כ"ע ס"ל דיש לחלק בזה ומוסרין שבועה דלהבא להחשוד ולכן כתבו בפשיטות כן באה"ע בלא שום חולק שם. ולפ"ז יש לדון בחשוד שהוציא שטר דיש סוברים דאינו גובה כמבואר בסעי' ט' וכן בחשוד שהוציא שטר על היתומים דכ"ע ס"ל דאינו גובה כיון שאינו יכול לישבע כמבואר בסעי' י"ב וברא"ש פ"ז דשבועות סי' ט"ו וכדאמרו בגיטין (דף ל"ה) דרב לא מגבי כתובה לארמלתא. דאכתי יכול לומר דישבע שבועה דלהבא היינו דישבע מקודם דיטעון האמת וכמו דמבואר בסי' פ"ז סעי' ט"ז דליש אומרים נפטר בשבועה זו. ובזה הא מוסרין שבועה בכה"ג אף לחשוד. אך י"ל דאף דמוסרין שבועה דלהבא לחשוד היינו דמותר למסור לו שבועה על להבא אבל מ"מ אין זה מקרי בירור בשבועתו המוטלת עליו לברר בשבועתו כיון דהוא חשוד ואין לו נאמנות בשבועתו ע"כ אינו יוצא י"ח שבועתו המוטלת עליו מדרבנן וע"כ אמרו דכיון דלא הוי בירור על נכון ע"י שבועתו לכן אינו גובה בשטרו:

ולפ"ז י"ל מילתא חדתא בהא דמבואר לקמן סעי' ז' בשנים חשודים דס"ל להמחבר דהוי מתוך שאינו יכול להשבע משלם ובהא דלקמן סעי' ט' לשיטת י"א דחשוד שהוציא שטר דגובה בל"ש וכן בנתחייב החשוד היסת דנפטר בל"ש כמבואר בסעי' י"א. דבכל הנך י"ל דאכתי יכול הבע"ד לומר דישביעו הב"ד להחשוד בנוסח דלהבא כגון שישבע מקודם שיטעון דיטעון האמת. וכעין המבואר בסי' פ"ז סעי' ט"ז בשנים שנשבעו שלא יטענו אלא האמת כו' דמקרי זה שבועה דלהבא. ואם הוא לאחר שטענו אכתי יכולין להשביעו שיגיד האמת על מה שישאלו ממנו כעת וכיוצא בו ובאופן שיהיה בנוסח שבועה דלהבא דנתבאר דמוסרין שבועה כזה להחשוד. אך לכאורה תקשה ע"ז מהך דשבועות (דף ל"ב) הכל מודים בשכנגדו חשוד מקשה הש"ס הא מי יימר דמשתבע אלא בשניהם חשודים. ולפי מש"כ דגם בשניהם חשודים יכול הנתבע להטיל להתובע חשוד שישבע שבועה דלהבא א"כ אכתי תקשה במה דמתרץ בשניהם חשודים דגם בזה תקשה מי יימר דמשתבע שבועה דלהבא דיכול הנתבע לחייב להתובע. אכן לפי מש"כ לעיל ליישב קושיות הקצה"ח מעל הרשב"ט. דבשניהם חשודים לא שייך כלל לדון למי יימר דמשתבע משום דכיון דהוי חשוד וחזינן דאינו מקפיד על שבועת שקר ע"כ בוודאי ישבע שבועת אמת. לכן א"ש במה דתי' בשניהם חשודין משום דאף דיכול להשביעו

בשבועה דלהבא עכ"ז דיינינן שם למחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ולא שייך לומר דמי יימר דמשתבע דהא כיון דהוא חשוד לישבע בשקר כש"כ דישבע שבועת אמת ע"כ אינו קשה מזה על הכלל שכתבתי ואף שהוא מילתא חדתא שלא העירו האחרונים מזה עכ"ז נראה לע"ד לדון כן וכמו דהוכחתי מהא דאה"ע בגט כופר כו'. וידעתי מה דיש לדחוק ולחלק דשאני בחשש שישבע שקר משום הנאת ממונא בזה אמרו דאין מוסרין שבועה לחשוד. משא"כ התם באה"ע דיש שם עצות אחריני כדאמרו שם דיעשה שליח לקבלה כו'. והוי חשש רחוק על חשש ביטול ע"כ מוסרין שבועה שם לחשוד ולא חשו לשבועת שקר שם. אבל באמת ז"א כלל לכל המעיין שם באה"ע סוף סי' ק"מ בלשון הש"ע. ע"כ העיקר כמש"כ לחלק דשאני שבועה דלהבא. והא דסעי' י"א דאמרו ומ"מ מחרימין כו' על מי שכפר ממון חבירו ואינו משלם לו. היינו דהא יותר טוב בזה כדי שיהיה בלשון עבר דזהו חמור ביותר אף דאינו שבועה רק ח' אבל אם יתרצה על לשון להבא יכול להשביעו ג"כ בלשון דלהבא וכנ"ל. וכיוצא בזה כתב הרא"ש בגיטין פ"ד דין ח' גבי שבועת אלמנה דנמנעו להשביעה דמ"מ משביעין אותה האידנא שתודה על מה שקיבלה בכתובתה לפי דזהו שבועה דלהבא ואין העונש מרובה כו'. וכן כתב הטור באה"ע סוף סי' צ"ו ובבית יוסף ובש"ע שם סעיף כ"א וכמש"כ הרא"ש שם והובא בב"ש שם ס"ק ל"ח דאף להסוברים דנעשה חשוד על השבועה בעבר על השבועה דלהבא מ"מ אין העונש מרובה כ"כ. ע"כ יש לנו עצה להשביע לכל חשוד ג"כ ע"י עצה זו שיודה על האמת וזהו מקרי שבועה דלהבא וכבר נתבאר דמוסרין שבועה דלהבא אף לכתחלה להחשוד. וכן י"ל בטעמו של הדבר במש"כ דגם באלמנה משביעין אותה בזה"ז בלשון דלהבא והכל הוא בסיגנון אחד:

וע"פ דברי הרא"ש בגיטין פ"ד דין ח' הנ"ל יש ליישב למה שהקשה המהרי"ט והובא במל"מ פ"ד הל' סוטה הל' י"ז על דברי הרמב"ם שם שכתב דמגלגל על שבועת סוטה שלא תזנה תחתיו וכר"מ דא"כ למה שותה וחוזרת ושותה וכמו שפסק הרמב"ם פ"א הל' סוטה הל' י"ב וכמבואר בסוטה (דף י"ט). ועיין במל"מ ובמרכבת המשנה פ"א הל' סוטה הל' י"ב מזה. אכן לפי דברי הרא"ש שכתב דאף להסוברים דנעשה חשוד בעבר על השבועה דלהבא דמ"מ אין עונשה מרובה כמו בעובר על שבועה לשעבר. וכמש"כ הב"ש כן בסי' צ"ו ס"ק ל"ח כנ"ל. א"כ לפ"ז מתורץ קושיות המהרי"ט והוא דאף דמגלגל עליה שבועה שלא תזנה מ"מ הא אם עברה לאחר שבועתה וזינתה דאין זה מקרי רק עוברת על שבועה דלהבא. ע"כ שותה וחוזרת ושותה משום דאז תהיה שבועתה על העבר. ולא מבעיא לשיטת הסוברים לחלק בין שבועה בלהבא לשבועה לשעבר לענין שיהיה

חשוד לעדות ולשבועה כמבואר בסי' ל"ד סעי' ה' ובסי' צ"ב סעי' ב'. ואף להחולקים וס"ל דנעשה חשוד אף בעובר על שבועה דלהבא וכמבואר כ"ז בשבועות (דף מ"ו) בתוס' והרא"ש שם. מ"מ הא כתב הרא"ש בגיטין דמ"מ אין עונש של העובר על שבועה דלהבא חמור כמו עונש שבועה בלעבר. א"כ שפיר משבעינן שנית להסוטה משום דאז תהיה עונשה מרובה ביותר. ואתי שפיר אף לשיטת הרמב"ם הל' טוען ונטען פ"ב ה"ב שכתב המ"מ שם דס"ל דאין לחלק גבי חשוד בין עובר על שבועה להבא לבין עובר על שבועה לשעבר. מ"מ א"ש מה שפסק הרמב"ם כר"מ דמגלגל בשבועת סוטה שלא תזנה ואפ"ה פסק שותה וחוזרת ושותה משום דבמה דתשתה שנית ותשבע אז יהיה אז עונשה מרובה ביותר מן מה שעברה על שבועה דלהבא מעיקרא:

והנה לעיל בסי' פ"ז סעי' ט"ז שנים שנתעצמו בדין ונשבעו שלא יטענו אלא האמת כו' י"א שאינו נפטר בשבועה הראשונה. הג"ה וי"א דאם נשבעו תחלה בנק"ח כו' א"צ לחזור ולישבע אלא מזכירין לו אותה שבועה. ועיין שם סעיף ל"ד ובש"ך ס"ק פ'. אכן הסברא נותנת דאף לשיטת הסוברים גבי חשוד דאין לחלק בין שבועה דלהבא לשעבר. עכ"ז כיון דכתב הרא"ש דעונש השבועה בלעבר מרובה יותר מן עונש שבועה דלהבא. ע"כ הדין נותן גבי שבועת הדיינין דאינו יוצא ע"י שבועה דלהבא משום דהא עונש שבועה בלעבר חמור ביותר וע"כ יכול הבע"ד להשביעו בשבועה לשעבר. אכן אף להסוברים גם גבי שבועת הדיינין דיוצא ידי חובתו אף בשבועה דלהבא דאף דעונש שבועה בלעבר חמורה ביותר מ"מ יוצא גם בשבועה דלהבא מ"מ שאני סוטה דנפקא להו מקראי דשותה וחוזרת ושותה כמבואר בסוטה (דף י"ט) די"ל דהטעם הוא דכיון דעונש בלעבר חמורה ע"כ ציוותה התורה לשתות שנית ואין אנו צריכין לומר דזהו גזה"כ משום די"ל הטעם כנ"ל: ד (שם סעיף ט' ש"ך ס"ק ל"ג בסופו):

נקרא חשוד מי שנשבע לשקר כו'. וזה לשון התוס' בב"ק (דף ק"ח ע"א) ד"ה ותרי כפילי מחמת שנעשה פסול בשבועה שניי' משעה שנמצא שקרן בראשונה אין לפוטרו משום דחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמיפסל כדמוכח בשבועות (דף מ"ה) דקתני ושכנגדו חשוד על השבועה ומשמע התם דמדרבנן הוא וכיון דמה"ת שבועתו שבועה מחייב כפל עכ"ל. ולכאורה דבריהם צ"ע במש"כ דמשמע התם דמדרבנן הוא דמנלן להו זה דאין זה מה"ת דהא אין שום משמעות שם להוכיח כן:

ענף א:

והנלע"ד בכוונתם ע"פ מש"כ התוס' בכתובות (דף פ' ע"א) ד"ה ישבע כמה הוציא כו' דבכל הנך נשבעין ונוטלין דשבועות (דף מ"ה) לא חשיב אלא אותם שצריך להשמיענו

דנוטלין דאי לאו דאשמועינן ה"א דאף בשבועה אינן נוטלין כו' אבל הנהו דחשיב בהדי הבא ליפרע מיתומים אי לאו דאשמועינן ה"א דנוטלין בלא שבועה מחמת השטר לא חשיב להו התם והלשון מוכיח כן כו' עכ"ל. ועיין בב"מ (דף ל"ד ע"ב) תוס' ד"ה שמא יוציא כו'. ובכתובות (דף פ"ז ע"ב) תוס' ד"ה ואלו נשבעין כו']. ובב"מ (דף ה' ע"א) תוס' ד"ה שכנגדו כו' וא"ת מ"ש דבחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל אמאי לא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם וי"ל דאי אמרינן משלם לא שבק חיי כו' ועוד דהתם כו'. א"כ לתירוץ קמא של התוס' דס"ל בכל חשוד על השבועה דכיון דאינו יכול לישבע ה"ל כמו כל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דמשלם ע"פ דין רק חז"ל הטילו שבועה על שכנגדו אבל מן הדין משלם בל"ש. ולפ"ז תקשה איך חשיב להך דחשוד על השבועה א' שבועת העדות וא' שבועת הפקדון כו' בכלל הנך דנשבעין ונוטלין רפ"ז דשבועות והא מן הדין הוא דחשוד על השבועה משלם משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם רק מה שכנגדו נשבע הוא מצד התקנה א"כ לא ה"ל למיתני זה התם כפי דבריהם בכתובות. ומזה הוכיחו התוס' דחשוד על השבועה לא מיפסל אלא מדרבנן אבל מה"ת יכול לישבע א"כ עיקר חיוב התשלומין בחשוד הוא רק מדרבנן ולכן שפיר מונה להך דחשוד על השבועה א' שבועת העדות כו' בהנך נשבעין ונוטלין משום דהא דינו מה"ת להיות נשבע ונפטר ואף בנשבע מכבר לשקר עכ"ז יכול לישבע עכשיו ולהפטר רק מדרבנן הוא דמיפסל לשבועה. ולכן שפיר כתבו התוס' שם דכיון דמה"ת שבועתו שבועה מחייב כפל. וי"ל דזהו משום דהך מימרא דתרי כפילי רב פפא אמר זה שם בב"ק. ור"פ הא ס"ל בשבועות (דף ל"א) דמשחק בקוביא כיון דמה"ת מיחזא חזי כו' אזלינן בתר דאורייתא ע"כ שפיר ס"ל כאן דכיון דמה"ת שבועתו שבועה ע"כ חייב כפל. ויש להאריך בזה. וכן ראיתי בהר"נ ובחידושי הרשב"א לשבועות רפ"ז שהקשו ג"כ אמאי תני לחשוד על השבועה בהנך נשבעין ונוטלין הא מה"ת משלם משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"ש. וזהו כעין מה שכתבתי בכוונת התוס' דמזה הוכיחו כן: וע"פ דברי התוס' הלז יש לתרץ מה שיש להקשות בשבועות (דף ל"ב) דאמר אביי הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה ופריך דחשוד מאן כו' ולימא ליה מי יימר דמשתבעת כו'. וקשה הא יש לומר דאביי ס"ל כשיטת ר"פ דס"ל דאזלינן בתר דאורייתא כנ"ל. וכיון דמה"ת הוי כל חשוד כמו כל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כנ"ל ורק מדרבנן הטילו שבועה על שכנגדו. א"כ שפיר חייב ק"ש משום דאזלינן בתר דאורייתא ומאי פריך הגמ' וכן ראיתי באו"ת סי' צ"ב ס"ק י' שהקשה כן. ומצאתי בחדושי רשב"א לשבועות (דף ל"א) שהקשה כן. אכן לפי שיטת התוס' דחשוד על השבועה לא מיפסל

רק מדרבנן אין מקום לקושיא הנ"ל דהא מה"ת יכול החשוד לישבע ולהפטר. וי"ל דבאמת לפי תירוץ א' של התוס' ב"מ (דף ה') הנ"ל וסייעתם דס"ל דכל חשוד דיינינן ליה דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דיהיה מוכח לפ"ז כשיטת התוס' בב"ק דחשוד על השבועה לא מיפסל אלא מדרבנן. דאל"כ תקשה הך דשבועות דפריך הש"ס בפשיטות דמי יימר דמשתבע כנ"ל. ולשיטת הרשב"א בחידושיו לשבועות (דף ל"א) דהקשה כן ונשאר בצ"ע וכן לפי מה שהקשה הרשב"א ברפ"ז דשבועות דאיך תני לחשוד על השבועה בהנך נשבעין ונוטלין הא מה"ת חייב החשוד לשלם דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ומשמע מזה דס"ל להרשב"א דחשוד מיפסל מה"ת לשבועה. ולפ"ז תקשה עליו קושיות התוס' בב"ק (דף ק"ח) הנ"ל דהא מיפטר מן הכפל משום שנעשה פסול בשבועה שנייה משעה שנמצא שקרן בראשונה. וי"ל דהרשב"א אזיל לשיטתו דבחי' הרשב"א לב"ק (דף ק"ח) הקשה ג"כ זה ותי' בשם הראב"ד תי' אחר ע"ש. ע"כ אין הכרח אליביה להוכיח כשיטת התוס' בב"ק הנ"ל. וכן י"ל לשיטת הר"נ רפ"ז דשבועות שהקשה ג"כ דאיך חשיב שם הך דחשוד כנ"ל. ונתבאר על נכון שיטת התוס' בבבא קמא (דף ק"ח) בהוכחתם מן הא דשבועות ריש פרק ז' דחשוד על השבועה לא מיפסל אלא מדרבנן:

והתוס' בב"מ (דף ה' ע"ב) ד"ה דחשוד אממונא כו' כתבו דגזלן לא מיפסל לשבועה אלא מדרבנן ולעדות הוא דפסול מה"ת משום אל תשת רשע עד. ולשיטת הר' יהודה חסיד שם משמע דגזלן מיפסל לשבועה מה"ת. והדעת נוטה כמש"כ התוס' בתירוץ קמא דגזלן לא מיפסל לשבועה אלא מדרבנן משום דהא קיי"ל דחשוד לדבר א' אינו חשוד לדבר אחר ודוקא לעדות מיפסל אף דלא הוי רק חשוד לדבר אחר משום גזה"כ דאל תשת רשע עד וכמש"כ התוס' והרא"ש בבכורות (דף ל"ו ע"א) ד"ה אימר דא"ר מאיר כו'. והנה התוס' בכתובות (דף י"ח ע"ב) ד"ה ובכולי בעי כו' כתבו ג"כ בשם הר"י חסיד דגזלן מיפסל מן הדין לשבועה כיון שהוא גזלן וודאי וי"מ דגזלן כשר לשבועה מה"ת כו' וא"ת ומ"ש דלעדות פסול כו' ולשבועה כשר וי"ל כו' שכל העולם נזדעזע כו' ועוד כו'. וכעין זה כתבו התוס' בב"מ (דף ה') ד"ה דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא דהטעם משום דשבועה חמורה שהעולם נזדעזע כו'. ובאמת לולי דבריהם יש לומר בפשיטות דאינו קשה מן עדות דהא חזינן דלדינא קיי"ל דחשוד לדבר א' אינו חשוד לדבר אחר רק בעדות שאני מגזה"כ דאל תשת רשע כו' וכמש"כ בשם התוס' בכורות הנ"ל. והש"ך יו"ד סי' קי"ט ס"ק י"ח כתב כן בקצרה, וכ"כ הרשב"א בתשובה סי' ת"ל ותרפ"ו והובא בבית יוסף ליו"ד סי' קי"ט ע"ש. ולפ"ז לא היו צריכים התוס' לומר הטעם דלכן חשוד אממונא

לא חשוד אשבועתא משום דשבועה חמורה שהעולם נזדעזע כו'. אלא י"ל בלא"ה דכיון דחשוד לדבר אחד אינו חשוד לדבר אחר. א"כ הכא דאיסור גזל ואיסור שבועת שקר הם שני איסורים מחולקים ע"כ שפיר אמרו דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא ורק מדרבנן מיפסל גזלן לשבועה. ובדרוש וחדוש לרע"א זצ"ל בכתובות (דף י"ח) תוס' ד"ה ובכולי כו' כתב ג"כ דיש לחלק דשאני עדות דלא האמינתם התורה לענין ממון וכהנה כ"ז שאינם מנוקים מעון ושאני שבועה דבא לפטור א"ע ע"ש. ויש לכוין דבריו דלזה נתכוין ג"כ הרשב"א בתשובה שהובא בבית יוסף ליו"ד סי' קי"ט בדבריו הקצרים ע"ש:

ענף ב:

ואפשר לומר דהתוס' הוצרכו לומר הטעם דלכן חשוד אממונא לא חשוד אשבועתא משום דשבועה חמורה שהעולם נזדעזע כו'. דאל"כ תקשה אליבא דר"מ דס"ל חשוד לדבר אחד חשוד לכל התורה כולה כמבואר בבכורות (דף ל"ה). דא"כ אליבא דר"מ תקשה דאיך אמרו להנך נשבעין ונוטלין דקשה דנימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא כמו דמקשה הגמ' בב"מ (דף ו' ע"א) דהא דתני ר' חייא שניהם נשבעין ונוטלין תקשה דנימא מיגו דחשוד אממונא כו' ועיין בתוס' שם ד"ה דתני ר"ח כו'. ובשבועות (דף מ"ה) במשנה דרפ"ז דחשב התם לכל הנשבעין ונוטלים וכן חשוד שכנגדו נשבע ונוטל ואח"ז תני התם היו שניהם חשודים חזרה שבועה למקומה ור"מ אומר יחלוקו ועיין לקמן (דף מ"ז ע"א). דמשמע דהיכא דלא היה שכנגדו חשוד מודה ר"מ דנשבע ונוטל. [וכן מוכח מכמה דוכתי דגם לר"מ אמרינן להנך נשבעין ונוטלין וגם סתם משנה הוא ר"מ והוא בר פלוגתיה דר' יהודה תמיד כמש"כ התוס' בכתובות (דף ל"ו ע"א) ד"ה ואם איתא כו'. ושם במשנה דרפ"ז דשבועות נזכר שם כמה פעמים דברי ר' יהודה בכלל דהנך נשבעין ונוטלין ע"ש א"כ בוודאי מוכח מזה ג"כ דר"מ ס"ל ג"כ דיש לדון לנשבעין ונוטלין וקצרתי]. ותקשה אליבא דר"מ דס"ל חשוד לדבר א' חשוד לכה"ת דנימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא דאף דהוי שני איסורים מחולקים עכ"ז הא הוי חשוד לכה"ת. ולכן הוכרחו התוס' לומר הטעם דשבועה חמירא שהעולם נזדעזע כו' וע"כ לכ"ע א"ש דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו'. והא דגזלן מיפסל לשבועה זהו מדרבנן כמש"כ התוס' בתירוץ א': והעיקר מה שנלע"ד דלכן הוכרחו התוס' לומר הטעם דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא משום דשבועה חמורה כו'. דאל"כ יש מקום לדון דנימא מיגו דחשוד אממונא יהיה חשוד אשבועתא דאף דהם שני איסורים נפרדים. עכ"ז הא כתב הבית יוסף ביו"ד סוף סי' קי"ט להוכיח מבכורות (דף ל') דאמרו חשוד על השביעית אינו חשוד על המעשרות כו' ואמרו מאי טעמא כו' ולא אמרו הטעם דהא הוי

שני איסורים מחולקים והעלה לתרץ דכיון שכולם הם בדבר מאכל אף שהם איסורים מחולקים מ"מ אמרינן דאם נחשד על איסור אחד נחשד גם על איסור אחר. אבל אם הם אינן מן ענין אחד אז אמרו דנחשד על איסור א' אינו נחשד על איסור אחר כמו הא דמומר לערלות אינו חשוד על שחיטה כיון שהם שני ענינים נפרדים לגמרי ע"ש בבית יוסף. וכ"כ הב"ח שם והט"ז ליו"ד סי' קי"ט ס"ק ח' והש"ך שם ס"ק י"ב בקצרה. ולפ"ז י"ל דה"ה במי שנחשד על איסור גזל לפי שתאוות הממון מעבירו א"כ ממילא נחשד ג"כ לשבועת שקר שימלא תאוותו למען אהבת הממון ולגזול מן חבירו כיון שהכל הוא ענין א' בתאוות הממון. ע"כ שפיר יש לומר בזה חשוד על ממון חשוד על שבועת שקר למען אהבת הממון. ורק לפי ששבועה חמורה שהעולם נזדעזע כו' אמרו דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא מה"ת. ורק מדרבנן פסלו למי שהוא גזלן וודאי שמיפסל לשבועה. כן יש לומר במה שהוצרכו התוס' לומר הטעם דשבועה חמורה כו'. אבל בקושייתם דמ"ש מעדות לולי דבריהם י"ל כמש"כ לעיל:

ושיטת הר"י חסיד דגזלן פסול מה"ת לשבועה. וי"ל דטעמו דס"ל כמש"כ דכיון דהוא הכל בענין תאוות הממון ע"כ שפיר אמרינן דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ורק במי שלא הוחזק לפנינו בגזלן גמור אז שפיר י"ל דילמא ע"י שבועה יפרוש מהגזל וכמש"כ הר"י חסיד לחלק כן. ועוד יש להסביר ביותר שיטת הר"י חסיד ע"פ הא דמבואר ביו"ד סי' ב' סעיף ג' דחשוד לאכול נבלות אף שנשבע ששחט בסכין יפה אינו נאמן וכן מבואר ביו"ד סי' קי"ט סעיף ח' והטעם הוא לפי שכבר חשוד הוא לעבור על השבועה שמושבע מהר סיני. ומה שהקשה הט"ז בסי' ב' ס"ק ו' כבר תירץ זה הנקה"כ שם וכפי שביאר היטב התבואות שור בסי' ב' ס"ק י"ב דמקרי חשוד לאותו דבר כיון דהסכים לאכול נבלות לתאותו גמר בלבו לעבור איסור זה אף שיתלווה אליו איסור חמור כשבועה וכיוצא בו כו' וגם כיון דאין לנו לסמוך רק על שבועתו לחוד דחינן לה אפילו ע"י עבירת מושבע ועומד כו' ע"ש בתב"ש שהאריך בזה. א"כ י"ל דה"ה בנ"ד כיון שכבר גזל פעם אחד ומשום תאות ממון עבר על איסור גזל ע"כ חיישינן דאף שנשבע ג"כ יעבור אף שיתלווה לו איסור חמור דהא כבר הוי מושבע מהר סיני ע"ז. ולכן לא מהני בחשש זה השבועה שלו ומקרי שפיר חשוד לאותו דבר וכמש"כ הנקה"כ והש"ך שם. וכ"כ השמ"ק בב"מ (דף ה' ע"ב) ד"ה מיגו דחשוד אממונא בשם הר"ת והרמב"ן וז"ל דכיון שכבר גזל פעם אחד ועכשיו אנו חוששים שמא הוא שונה בה ונעשית לו כהיתר ומשום שבועה לא מימנע שהרי בשביל חומר שבועה זו לא יחזיר ממון שגזל בראשונה כו' אבל זה שלא גזל פעם אחרת אלא שעכשיו אנו חוששים כו' אבל כיון דטעים טעמא דאיסורא ופקר

בממונא חשיד אשבועתא עכ"ל השמ"ק. וכ"כ הריטב"א בב"מ (דף ה' ע"א) בד"ה ההוא רעיא כו' בשם הר"ת דכל שגזל פעם אחת אין מוסרין לו שבועה דכשם שגזל וטעם טעמא דאיסורא כך ישבע לשקר כו'. וכ"כ הנ"י בריש ב"מ שם בשם הר"ת וזהו כמש"כ דזה דומה לדברי הרשב"א והרמב"ן דביו"ד סי' ב' וסי' קי"ט דחשוד אינו נאמן אף בשבועה משום דמקרי חשוד לא"ד. א"כ מדברי הר"י חסיד מוכח דס"ל ג"כ כשיטת הרשב"א והרמב"ן הנ"ל. ואפשר דהרמב"ן אזיל לשיטתו כפי שכתב השמ"ק בשמו בב"מ כנ"ל. ולפי תירוץ א' של התוס' בב"מ דגזלן לא מיפסל לשבועה מה"ת א"כ חזינן דס"ל דחשוד נאמן בשבועה ולא הוי חשוד לשבועה. א"כ ה"ה יש לומר דאף בחשוד לאכול נבלות דמ"מ אם נשבע ששחט בסכין יפה נאמן משום דדינו כמו חשוד לד"א דאינו חשוד לדבר אחר. ואפשר לומר דכמו דתקנו חז"ל דגזלן מיפסל לשבועה מדרבנן לממונא והוי חשוד על השבועה מדרבנן לממונא דה"ה אף באיסורא י"ל דהוי חשוד מדרבנן שלא לסמוך עליו ע"י שבועתו. [א"כ מן דברי הש"ע ביו"ד סי' ב' וסי' קי"ט הנ"ל אין הכרע להוכיח כדברי הר"י חסיד הנ"ל]. וגם יש לומר דלא שייך בזה לומר איסורא מממונא לא ילפינן כעין מש"כ הש"ך ביו"ד סי' קי"ט ס"ק כ"א והנקה"כ בסי' ב' ס"ק ו'. משום דהא ניזל בזה בתר טעמא דהא עיקר הטעם דאין מוסרין שבועה לחשוד זהו משום חשש חילול ה' כמש"כ הסמ"ע ס"ק כ"א דחז"ל תקנו כן לשיטת הסוברים דכ"ז הוא מדרבנן. א"כ ה"ט שייך כן אף באיסורין דאין מוסרין לו שבועה ואף בנשבע מעצמו ג"כ א"נ מה"ט כיון דלא היה רשאי לכתחלה להיות נשבע ששחט בסכין יפה. ולכן אף דנימא כהסוברים דפסול גזלן הוי רק מדרבנן לשבועה ג"כ א"ש פסק הש"ע ביו"ד סי' ב' וסי' קי"ט הנ"ל. ועיין בדברי חמודות בכורות פ"ה סי' ט"ז:

ענף ג:

ולפי מה שנתבאר שיטת הר"י חסיד דס"ל דגזלן מיפסל לשבועה מה"ת דזהו משום דמקרי חשוד לאותו דבר. א"כ יש לדון בזה דהיכא דלא הוי פסולו משום איסור גזל רק שארי עבירות כמו חילול שבת ויו"ט ולבישת כלאים וכיוצא בו די"ל בזה דאף דנפסל לעדות מה"ת עכ"ז לשבועה יהיה כשר משום דדוקא לעדות דחדית רחמנא אל תשת רשע עד כנ"ל. אבל בכה"ת כולה הא קיי"ל חשוד לדבר אחד אינו חשוד לכה"ת א"כ יהיה כשר לשבועה. וכן משמע מן דברי הרשב"א בתשובה שהובא ביו"ד סי' קי"ט בבית יוסף שכתב בזה"ל וחשוד אממונא למ"ד חשוד אשבועה שא"ה דהוי כחשוד לאותו דבר כיון דעבר משום ממון עכ"ל. הרי שכתב הטעם דהוי כחשוד לא"ד כיון דעבר משום ממון. דמשמע דהיכא דלא הוי עבירת ממון כשר לשבועה. וכן כתב התבואות שור בסי'

ב' ס"ק י"ב דמתשובת הרשב"א הלז משמע דס"ל דלא מיפסל לשבועה כי אם בחשוד על עבירת ממון דה"ל כחשוד לא"ד ול"ד לעדות דפסלה תורה כל עובר עבירה ואין להאריך בזה כאן עכ"ל התב"ש. אכן בטור וש"ע סעיף ג' מבואר דאף אוכל נבלות וכיוצא בהם כו' וכ"כ וכן הפסול לעדות מחמת עבירה כו' דמשמע דס"ל דאף בעבירה שאינו של גזל ממון חבירו ג"כ מיפסל לשבועה כיון דמיפסל לעדות וכ"כ הרמב"ם פ"ב ה' טוען ה' ב' בזה"ל וכן כל הפסול לעדות כו' כגון בעלי רבית ואוכלי נבלות כו'. וזה לשון המ"מ שם ד"ה וכן כל הפסול לעדות כו' וכתב רבינו כל הפסול לעדות ופשוט הוא שאע"פ שלא נשנו כולם במשנתינו הדין שוה בהם עכ"ל המ"מ. הרי שכתב המ"מ להדיא דהדין שוה בהם דכל מי שפסול לעדות דמיפסל לשבועה. ודבריו מוכרחין ממש"כ הרמב"ם בלשון כל הפסול לעדות כו' וגם נקט אוכלי נבלות. ואף דכתב רש"י בסנהדרין (דף כ"ז) ד"ה ה"נ אוכל נבלות לתיאבון דמשום ממון קעביד כו'. מ"מ אין זה מין א' עם חשוד על ממון חבירו לגזול. ודוקא אם הם כולם בעניני מאכל וכדומה. בזה כתב הבית יוסף ביו"ד סי' קי"ט בסופו דאף דהוי איסורים מחולקים נחשב כאיסור א' כו'. אבל מן תאות מאכל איסור ותאות גזל ממון חבירו הם שני ענינים נפרדים וחשוד על א' אינו חשוד לד"א כנ"ל. רק לענין פסולי עדות לרבא כל מה שעובר להנאתו הוי בכלל עד חמס כמש"כ התוס' בסנהדרין (דף ט' ע"ב) ד"ה לרצונו כו' דאף בביאת איסור כיון שעובר להנאתו הוי כמו רשע דחמס ע"ש. וכן כתב המרדכי פ"ח דב"ק דהמגביה ידו על חבירו מיפסל לשבועה והובא בסמ"ע סי' ל"ד ס"ק ז' ובבאר הגולה שם ס"ק יו"ד ובסי' צ"ב ס"ק ו'. הרי דאף בעבירה שאינו של גזל ג"כ מיפסל לשבועה ועיין ברמב"ם וטוש"ע לקמן סעיף י"ד אם לקה חוזר לכשרותו כו'. וזהו באיסור שאינו בממון כידוע. ועיין במהרש"א לב"מ (דף ה' ע"ב) תוס' ד"ה בלא דמי כו' שכתב דכל הפסול לעדות פסול לשבועה מיהת מדרבנן עכ"ל:

אך כ"ז צריך ביאור דמאיזה טעם אמרו דכל מי שפסול לעדות יהיה פסול לשבועה. וראיתי בתב"ש סי' ב' ס"ק י"ב שכתב דשבועת ממון ילפינן מן עדות דכי היכי דפסלה תורה לעדות ממון אף בעובר על שום עבירה ה"נ לשבועה כו' עכ"ל. אבל באמת אין זה דומה לעדות דכתב רחמנא אל תשת רשע עד משא"כ בשארי איסורים דקיי"ל חשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת וכמש"כ התוס' בכורות (דף ל"ו ע"א) ד"ה אימר דא"ר מאיר כו' והרא"ש פ"ה שם סי' ח'. ובתשובת הרשב"א סי' ת"ל ותרפ"ו שהובא בבית יוסף ליו"ד סי' קי"ט שכתב כעין זה ובש"ך יו"ד סי' קי"ט ס"ק י"ח ובשא"ד. ועיין בתוס' ב"מ (דף ה') ד"ה דחשיד כו' במש"כ בתירוץ א' שם. וכבר כתבתי לעיל מה שיש להעיר בדברי התוס'

בכתובות (דף י"ח) ד"ה ובכולי בעי כו' שהקשו ומ"ש דלעדות פסול ולשבועה כשר. דהא לדידן דקיי"ל חשוד לדבר אחד אינו חשוד לכל התורה אם כן הא לא ילפינן לכה"ת מן עדות. ואפשר לומר לפי מש"כ לעיל די"ל דמה דהוצרכו התוס' בב"מ לומר הטעם דלכן חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא משום דשבועה חמורה לפי שנזדעזע כו'. כדי דיהיה א"ש אף אליבא דר"מ דס"ל חשוד לדבר א' חשוד לכה"ת וכמש"כ לעיל בארוכה. א"כ י"ל דמה"ט א"ש מה שהקשו התוס' דמ"ש שבועה מן עדות דאין לומר דשאני עדות דחדית רחמנא משא"כ בשארי איסורים דקיי"ל חשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת. דזה אינו מספיק דהא אכתי תקשה לר"מ דס"ל חשוד לד"א חשוד לכה"ת א"כ מפני מה אמרינן אליבי' דר"מ ג"כ דחשוד אממונא לא חשוד אשבועה והתוס' קיצרו בזה כדמצינו כ"כ בכ"ד. כן יש לדחוק בכוונת התוס' דכתובות. וראיתי בעיר שושן סי' צ"ב סעי' א' שכתב דהחשוד אין משביעין אותו כו' דהתורה פסלה רשע להיות עד משום שצריכין להשביעו שלא יעיד שקר כדכתיב ושמע קול אלה וכיון שהוא רשע לא יחוש לשבועת קול אלה ויעיד שקר לפיכך אין משביעין אותו כו' עכ"ל הע"ש. והובא בסמ"ע ס"ק א' וכתב הסמ"ע דלא ידעתי מי הכריחו לזה אבל י"ל דהע"ש נצרך לזה לפי דהיה קשה לו דמאיזה טעם אמרו דחשוד לעבור איזה עבירה יהיה פסול לשבועה דהא קיי"ל חשוד לד"א כו' כנ"ל. וע"ז תירץ לפי דזה גופא דרשע מיפסל לעדות זהו לפי דנפסל לשבועה וכ"כ הע"ש ה"ט מדנפשי': אבל באמת בעיקר דבריו הם דחוקים כמש"כ הסמ"ע לתמוה עליו וזהו נגד דברי התוס' ב"מ וכתובות הנ"ל שכתבו דחשוד שהוא גזלן כשר מה"ת לשבועה אך לעדות מיפסל. הרי שאין הטעם כמש"כ הע"ש. דעיקר פסול רשע להעיד הוא משום שנחשד על שבועת שקר ואף להתירוץ של הר"י חסיד דס"ל דגזלן מיפסל מה"ת לשבועה ג"כ הא נתבאר דעיקר טעמו משום דמקרי כמו חשוד לא"ד וגם הא הוי מושבע מהר סיני כמו בהא דיו"ד סי' ב' וסי' קי"ט גבי חשוד שנשבע ששחט בסכין יפה כנ"ל. וע"כ אינו מוכח מן הר"י חסיד לומר הטעם של הלבוש. אך בלא"ה דבריו הם דחוקים. והעיקר מה שנ"ל דלכן כתבו הפוסקים לדינא דכל מי שהוא פסול לעדות אף בעבירה שאינה של' ממון דמיפסל לשבועה. דאין זה מה"ת רק מדרבנן וכמש"כ התוס' בתירוץ א' בב"מ וכתובות כעין זה דגזלן לא מיפסל לשבועה רק מדרבנן וה"ה בשארי פסולי עדות. ולמדו זה מהא דחזינן דגזלן מיפסל לשבועה. וע"כ הטעם דרבנן תקנו לדמות דין חשוד לשבועה דיהי' דומה לפסולי עדות. א"כ ה"ה בשארי פסולי עדות דהשוו חז"ל אותן להדדי כמש"כ המ"מ כנ"ל. ולפ"ז יהיה מוכח מן הרמב"ם והטוש"ע דס"ל כתי' א' של התוס' דפסול גזלן הוי מדרבנן משום דאי נימא כשיטת הר"י חסיד דנפסל מה"ת א"כ קשה מנלן להו דכל

פסולי עדות הם פסולים לשבועה הא מן פסול גזלן אינו מוכח דהא י"ל שאני פסול גזלן דהוי כמו חשוד לא"ד ומיפסל מה"ת א"כ מנלן למילף לכל פסולי עדות שאינן משום איסור גזל שיופסלו לשבועה. [והא דמשחקי בקוביא ומלוה ברבית ומפריחי יונים שאני דכיון דהם באיסור גזל אף דהוי רק מדרבנן מ"מ דינם כמו. כל גזלן גמור דמיפסל מן הדין לשבועה]. ובוודאי אין סברא לחדש מדעתינו ולומר שיופסלו לשבועה מצד תקנת חז"ל כ"ז דלא מצינו שתקנו כן בפירוש. וכבר כתבתי דמן דברי הרשב"א בתשובה משמע דס"ל באמת דעל עבירה שאינה של גזל ממון חבירו דלא נפסל לשבועה וכמש"כ התב"ש בסי' ב' ס"ק י"ב. ולכן נראה לי להוכיח מן דברי הטוש"ע והרמב"ם וש"פ הנ"ל דס"ל לדינא דאף גזלן גמור לא נפסל מה"ת לשבועה משום דגם בזה יש לדון דחשוד על דבר א' לא נחשד לכה"ת. ומש"כ בשם הרשב"א והנקה"כ ביו"ד סי' ב' דמקרי חשוד לא"ד ומחמת דהוי מושבע מהר סיני כו'. באמת זה דוחק דהא חשוד על הקל אינו חשוד על החמור כמבואר בכ"ד:

וכבר כתבתי לעיל דלדינא אין להוכיח מן הא דיו"ד סי' ב' וסי' קי"ט דכתבו דחשוד שנשבע ששחט בסכין יפה א"נ דיהיה מוכח מזה כשיטת הר"י חסיד. דזה אינו הוכחה די"ל דכיון דחז"ל תקנו דחשוד לעבירה מיפסל לשבועה א"כ משום הטעם דתקנו כן לפי דיש חילול ד' בזה. א"כ ה"ט שייך ג"כ באיסור. דהדין הוא דאין אנו רשאין להניחו לישבע וע"כ אף בעבר ונשבע א"נ אבל לעולם י"ל דעיקר פסולו הוא רק מדרבן. וכיון דס"ל לדינא דאף גזלן גמור לא נפסל מה"ת לשבועה רק מדרבנן. הרי דחזינן דהשוו חז"ל פסול שבועה לפסולי עדות דפסולין מה"ת. א"כ ילפינן מזה דה"ה בשארי פסולין שאינו משום חשש גזל וכיוצא דמ"מ כיון דפסולין לעדות דה"ה דנפסלין לשבועה. וכמש"כ התב"ש בסי' ב' ס"ק י"ב בקצרה דילפינן פסולי שבועה מן פסולי עדות דנפסלין אף בעובר על שארי עבירות שאינן של ממון רק שכ"כ בקצרה. וי"ל דכוונתו דמצד תקנת חז"ל דייניין כן משום דילפינן זה מן פסול גזלן כנ"ל. וכמש"כ המהרש"א לב"מ (דף ה' ע"ב) בתוס' ד"ה בלא דמי כו' וכמש"כ לעיל בשמו. ובירושלמי ב"מ פ"א הלכה א' במראה הפנים ד"ה סליקו הן דרב כו' כתב דיש להסתפק בדעת הרמב"ם בפ"ב מטוען אם ס"ל דגזלן פסול לשבועה מה"ת או מדרבנן. ועיין בשבועות פ"ז ה"ד ד"ה החשוד בשבועה כו' מש"כ מזה. אכן לפי מה שכתבתי יש להוכיח מן הרמב"ם דפסק דמשוינן כל פסולי עדות דנפסלין ג"כ לשבועה. דמוכח מזה דאף גזלן גמור לא נפסל אלא מדרבנן דאל"כ מנלן דהיה כלל תקנת חז"ל שיהיה דומין פסולי שבועה לפסולי עדות כנ"ל: ענף ד:

ויש להסביר כ"ז ביתר ביאור דהמראה הפנים בב"מ שם כתב דלמאן דס"ל חשוד אממונא לא חשוד אשבועתא אף גזלן גמור לא מיפסל לשבועה אלא מדרבנן כמש"כ התוס' בב"מ (דף ה') לתי' א' דאלו לאביי דס"ל דחשוד אממונא חשוד אשבועתא נראה דס"ל דגזלן גמור מיפסל מה"ת וע"כ אף כ"ז דלא נודע פסולו בוודאי ג"כ יש לדון מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועה ולפ"ז יש עוד חילוק בין אביי לדר' יוחנן ע"ש. ועיין מזה במהר"ם שיף לב"מ (דף ו' ע"א) ד"ה ואלא הא דאר"נ כו' ובפ"י לב"מ (דף ג') בתוס' ד"ה בכולי בעי כו'. ולכן לפי מה שהעלה המראה הפנים שם דמוכח מן הרמב"ם פ"ט מטוען דס"ל דלא כאביי אלא כריו"ח דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ע"ש. ולכן שפיר י"ל דמזה הוכיח הרמב"ם דכל פסולי עדות נפסלין לשבועה משום דמדמינן אותם להדדי כמו דחזינן בגזלן דנפסל לשבועה רק מדרבנן. וע"פ דברי המראה הפנים א"ש דברי הרשב"א בתשובה סי' ת"ל דהובא בבית יוסף ליו"ד סי' קי"ט שכתב דדוקא בעדות שצריך עדים כשרים בזה נפסלין רשעים אבל באיסורין שאף עבד ושפחה כשרים ע"כ אף חשוד לדבר אחד כשר לדבר אחר כו' וחשוד אממונא למ"ד חשוד אשבועתא שא"ה דהוי כחשוד לא"ד כיון דעבר משום ממון עכ"ל הרשב"א שם:

וכתב לחלק על נכון דמ"ש עדות מן כה"ת וכקושיות התוס' כתובות (דף י"ח ע"ב) ותירץ דשאני עדות דבעינן עדים כשרים ועבד ושפחה פסולים שם וכן קרובים וכיוצא בהם נפסלים לעדות וכ"כ גזרה תורה דרשע לד"א פסול לעדות ואין מוציאין ממון ע"י עדותו ועיין בספרי נחל יצחק סי' ל"ד סעיף כ"ו ענף ב' מזה. משא"כ באיסורין דאף עבד ושפחה כשרין וכ"כ בע"ד כשר ונאמן ע"ז ואין צריכים להעיד שם בתורת עדות. [וזהו כעין דברי רע"א זצ"ל בדרוש וחדוש לכתובות (דף י"ח ע"ב) לתרץ קושיות התוס' שם והובא לעיל]. ואח"ז הקשה הרשב"א דחשוד אממונא למ"ד חשוד על שבועה קשה דהא חשוד לד"א אינו חשוד לד"א ותירץ דשא"ה דהוי כחשוד לא"ד כו'. ולכאורה קשה דהא ה"ל להרשב"א להקשות ביותר אליבא דכ"ע דאמאי גזלן מיפסל לשבועה כיון דחשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת. אכן לפי דברי המראה הפנים הנ"ל איש משום דלמ"ד דחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא א"ש משום די"ל דגזלן לא מיפסל אלא מדרבנן וע"כ לא דנו כן אלא במי שהוחזק לנו בוודאי גזלן מכבר אבל לומר עי"ז מיגו דחשוד אממונא כו' לא אמרינן וכמש"כ השמ"ק בב"מ (דף ה') להסביר זה. אכן למ"ד דמיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא דזהו מה"ת דאי ס"ל דעיקרו אינו אלא מדרבנן א"כ איך אמרינן מיגו דחשוד כו' ולפ"ז תקשה הא חשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת וע"ז תירץ הרשב"א דס"ל להך מ"ד דשא"ה דהוי כחשוד לא"ד כו'. א"כ מן דברי הרשב"א הוי סייעתא לדברי

המראה הפנים דכתב דעיקר הך מילתא אי גזלן פסול לשבועה מה"ת או לא זה תלוי בפלוגתת ריו"ח ואביי אי אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו'. ואפשר לומר דאף דמשמע מהרשב"א דדוקא בעבירת גזל נפסל לשבועה משום דהוי כחשוד לא"ד וכמש"כ התב"ש בסי' ב' ס"ק י"ב להוכיח כן מהרשב"א. עכ"ז י"ל דהרשב"א כתב כן רק למ"ד דס"ל דמיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא דלדידי' הא דגזלן פסול לשבועה זהו מה"ת וע"כ אין לנו הוכחה דהיה תקנת חז"ל לדמות פסולי שבועה לפסולי עדות. אבל למאן דס"ל דהלכה כסתמא דסוגיא דב"מ (דף ה') דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' ולפ"ז מוכח דס"ל דגזלן מיפסל מדרבנן. א"כ כמו דחזינן דתקנו כן בפסולי גזל לדמותם לפסולי עדות ה"ה דתקנו כן בכל פסולי עדות דיופסלו לשבועה. ע"כ מן הרשב"א אין הכרח לומר דס"ל לדינא דלא יופסלו לשבועה רק פסול גזלן. די"ל דס"ל כמ"ד דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא וכמש"כ המ"פ להרמב"ם כנ"ל. וע"כ לדינא אין הכרח כ"כ להוכיח כן מהרשב"א וגם התב"ש שם כתב דמשמע קצת כו' ע"ש:

ונתבאר דכל פסולי שבועה שאינם עבירת גזל וכיוצא בו כיון דלא הוי של ממון א"כ פסולם אינו אלא מדרבנן. אך גזלן יש בו פלוגתת ראשונים אי לא מיפסל אלא מדרבנן או כשיטת הר"י חסיד וסייעתו דמיפסל מה"ת. ועכ"ז לדינא כתבתי דמוכח מן דברי הטוש"ע והרמב"ם דס"ל דלא מיפסל אלא מדרבנן. אך אם פסול מחמת שנשבע כבר לשקר. בזה הדין הוא לשיטת התוס' דב"מ (דף ה') ובכתובות (דף י"ח) דלכן גזלן לא מיפסל אלא מדרבנן משום דשבועה חמורה שנזדעזע כו' או משום דבשבועה יש בה שני לאוי כמש"כ התוס' בכתובות שם בסופו. א"כ היכא דנשבע כבר ש"ש ובכפירת ממון בזה הדין הוא דמיפסל לשבועת ממון מה"ת וגם הוי חשוד לא"ד. והא דשבועות (דף מ"ז ע"א) היה א' מהן משחק בקוביא כו' הא תו ל"ל תנא פסולא דאורייתא וקתני פסולא דרבנן. י"ל דפסולא דאורייתא היינו פסול ש"ש דקתני שם מקודם ופסולא דרבנן הוי מאי דתני שם היה א' משחק בקוביא כו' ובאמת ה"ה אף פסול גזלן גמור ג"כ לא מיפסל אלא מדרבנן לשיטת תוס' בתי' א' רק דתני משחק בקוביא לרבותא כו'. אכן שיטת התוס' בב"ק (דף ק"ח ע"א) ד"ה ותרי כפילי כו' דהובא לעיל דס"ל דאף חשוד על השבועה לא מיפסל אלא מדרבנן. ולשיטתם תקשה מהא דשבועות (דף מ"ז) דאמרו תנא פסולא דאורייתא והא אין שם שום פסולא דאורייתא. ואף בנשבע שבועת הפקדון דחמורה משבועת העדות ומכש"כ משבועת שוא כמבואר בשבועות (דף ל"ז). [ועיין מזה באו"ת סי' ע"ה ס"ק כ"ד]. ג"כ משמע מהתוס' ב"ק הנ"ל דס"ל דלא מיפסל אלא מדרבנן דהא התם מיירי התוס' בנשבע שבועת הפקדון לשקר ואפ"ה כתבו דלא מיפסל אלא

מדרבנן. וי"ל דהתוס' יפרשו להא דאמרו תנא פסולא דאורייתא הכוונה דהוי פסולים לעדות מה"ת. ועיין במראה הפנים בירושלמי לב"מ פ"א ה"א ד"ה סליקו כו' ובשבועות פ"ז ה"ד מזה. ולכאורה י"ל דמזה הסוגיא יהיה סייעתא לדברי התוס' דחשוד שנשבע לשקר מכבר אינו נפסל רק מדרבנן דאל"כ תקשה מאי פריך המקשה הא תו ל"ל אטו לא ידע דיש לחלק דשאני פסולי דרבנן. אכן לדבריהם א"ש כיון דגם בעבר ונשבע לשקר ג"כ אינו פסול אלא מדרבנן א"כ ממילא מדתני חשוד שנשבע לשקר ידעינן דיש דין לחשוד גבי שבועה כמו פסולי עדות דתקנו חז"ל לדמותם להדדי וע"כ מקשה הא תו ל"ל. וע"ז משני תנא פסולא דאורייתא כו' היינו דה"א דרק בפסולי עדות דאורייתא ראו לדמותן אבל לא בפסולי עדות מדרבנן. לכן תני משחק בקוביא כו' להורות דגם בפסולי עדות דרבנן מדמינן אותם מצד תקנת חז"ל וכמש"כ המ"מ כנ"ל:

ולכאורה יש להעיר דהא ה"מ הגמ' לומר דלכן תני היה משחק בקוביא כו' להורות דאע"פ שאינו חשוד לא"ד ואלו מהא דתני א' שבועת העדות כו' ה"א דדוקא התם דהוי חשוד לא"ד כו'. אכן לשיטת הר"י חסיד ולדברי הרשב"א בתשובה שהובא בב"י ליו"ד סי' קי"ט דגם חשוד על ממון מקרי חשוד לא"ד א"ש מה דהוכרח לתרץ תני פסולי דרבנן כו' ויש להאריך בכ"ז. ולשיטת התוס' דב"מ וכתובות דמוכח דס"ל דחשוד שנשבע לשקר מיפסל מה"ת לשבועה ופליגי על שיטת התוס' בב"ק. יתרצו הסוגיא דב"ק דהתם כפי שכתב הרשב"א בחי' ובשמ"ק שם:

ענף ה:

ובאמת עיקר דברי התוס' דב"ק דכתבו דאף מי שנשבע לשקר מכבר לא מיפסל מה"ת לשבועה. צ"ע דהא הוי חשוד לאותו דבר ומבואר בכמה דוכתי דחשוד לא"ד איבד נאמנותו מן א"ד לכ"ע היכא שהוא נוגע בדבר להנאתו א"כ דבריהם אינם מובנים לכאורה. ונראה לענ"ד להסביר דבריהם והוא דבענין חשוד שאינו נשבע יש בו שני טעמים. טעם אחד כיון דעיקר חיוב שבועה הוא לברר הספק שנולד לנו ע"י טענותיהם היכא שהטילה התורה עליו שישבע והאמינתו התורה ע"י שבועתו ולכן היכא דהוי חשוד על השבועה א"כ לא הוי שום בירור לנו מן שבועתו כיון דהוי חשוד לא"ד ואיבד נאמנות שלו שיכול להיות שישבע לשקר בשביל הנאתו להרוויח ממון. ולכן אמרו בחשוד על השבועה שישבע שכנגדו ויטול משום דלא מהני שבועת הבע"ד בזה. ולפי טעם זה יש לדון היכא דהתובע מתרצה שישבע הנתבע ומאמינו אף שהוא חשוד א"כ אז מחוייב החשוד הנתבע לישבע כפי החיוב שהטילה התורה עליו ואף דבאמת לא הוי בירור גמור לפנינו מן שבועתו מ"מ כיון שהתובע מתרצה מחוייב הנתבע לישבע

וגם יכול להיות שמחמת אימת השבועה יפרוש עכשיו ולא ישבע לשקר ויחזור ממה שנשבע לשקר מכבר. וכה"ג עוד ענינים רבים שיכול להיות וישלם ולא ישבע לשקר. ויהיה איך שיהיה כיון שהתובע מתרצה שישבע הנתבע החשוד א"כ מחוייב לישבע. ובאמת מצינו עוד טעם שני על מה שאין חשוד נשבע משום חשש חילול ה' שיש לחוש שישבע לשקר. ובאמת מה"ט אף אם התובע מתרצה שישבע הנתבע ג"כ אין אנו מניחין לו כמבואר ברמב"ם ה' טוען פ"ב הל' א' ובטוש"ע סעיף א' וכמש"כ הסמ"ע ס"ק א' בשם המ"מ דלכן אף באמר התובע אקבל שבועתו אין שומעין לו משום שהוא נחשד שיוציא ש"ש מפיו לשקר יש חילול השם בדבר:

ויש לומר דעיקר הך מילתא דאמרו דאם התובע מתרצה שישבע הנתבע חשוד דאין שומעין לו דזהו רק מדרבנן משום דמה"ת אין לנו לחוש כיון דהנתבע טוען ברי לי שהנני נשבע באמת. [ועיין בהר"נ ספ"א דע"ג במש' דל"ע ליכא התם וקצרתי]. א"כ אין אנו יכולין למחות בידו. רק דרבנן תקנו דלא ישבע משום חשש חילול ד' וכמש"כ המ"מ להוכיח כן מהש"ס. ועיין בלח"מ שם ובביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ב' וקצרתי. וגם מצינו במרדכי פ' שבועת הדיינים שהביא בשם רשב"ט דס"ל דאם התובע מבקש שישבע חשוד הנתבע דיכולין להשביעו והובא באו"ת סוף ס"ק יו"ד. ולכן אף דרבו החולקים על הרשב"ט וכן קיי"ל לדינא דאין שומעין להתובע. עכ"ז י"ל דאין זה רק מדרבנן ולא מה"ת ואפושי פלוגתא לא מפשינן. ולפ"ז אתי שפיר דברי התוס' בב"ק (דף ק"ח) שכתבו דאע"ג שנשבע לשקר מכבר ונעשה פסול בשבועה שניי' מ"מ כיון דמה"ת שבועתו שבועה מחייב כפל. הכוונה כיון דמה"ת אם רצה התובע שישבע החשוד מחוייב החשוד לישבע א"כ מקרי הך שבועה שניי' בשם שבועת הדיינים לחייבו כפל. [ועיין בב"ק (דף ק"ו) ובתוס' ב"ק (דף ס"ב ע"ב) ד"ה יצאו קרקעות כו' דבעינן שבועת הדיינין לחייבו כפל. וקפץ ונשבע לא מהני לזה]. ולכן אף דמקרי חשוד לא"ד ואיבד נאמנותו אף ע"י שבועתו. מ"מ מתחייב כפל ע"י שבועתו כיון דמחוייב מה"ת לישבע אם רצה התובע. ואף דמן תקחז"ל אינו נשבע. מ"מ אזלינן בתר דאורייתא וכמש"כ לעיל דכיון דהסוגיא דב"ק מיירי אליבא דר"פ ור"פ הא ס"ל בשבועות (דף ל"א) דאזלינן בתר דאורייתא:

ועדיין יש לדון בזה לפמש"כ לעיל לבאר כוונת התוס' דכתבו דמוכח בשבועות (דף מ"ה) דמה"ת שבועתו שבועה ולא מיפסל וזהו מהא דקתני חשוד בכלל נשבעין ונוטלין דאל"כ הא הוי מה"ת בכלל מתוך שאינו יכול להשבע משלם כו' וכמש"כ לעיל בארוכה. וע"פ תירוץ קמא של התוס' וכמש"כ לעיל. ואי נימא דגם התוס' מודו דשבועת חשוד שנשבע לשקר כיון דהוי חשוד לא"ד דלא מהני שבועתו לברר הספק שנולד ע"י טענותיהם.

א"כ אכתי תקשה דאיך חשב להך דחשוד בכלל נשבעין ונוטלים מדרבנן הא הך חשוד חייב מה"ת לשלם כיון דאינו יכול לברר ע"י שבועתו את הספק שהטילה התורה עליו לישבע. א"כ יש לדון בזה מתוך שאינו יכול לישבע ולברר את הספק הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מה"ת. ולכן נראה לי להוכיח מדברי התוס' דב"ק הלז דס"ל דשבועה שהטילה תורה עליו לא הוי לברר הספק. אלא כדמצינו בירושלמי שבועות פ"ד ה"א ובסנהדרין פ"ג ה"ט גבי שבועת הפקדון דזהו משום שמצווה להפיסו להתובע ויש להאריך הרבה בפי' הירושלמי דשם. וכעין זה אי' בתמורה (דף ג' ע"ב) דשבועת ד' הוא לפייס את חבירו ע"ש. [והא דכתובות (דף פ"ז) דאמרו גבי שבועת ע"א דשבועה זו מדרבנן כדי להפיס דעתו כו' ובריש פ"ז דשבועות אין זה ענין לנ"ד וקצרתי]. וביותר מצינו בב"ק (דף ק"ו) דאמר רב נשבע ואח"כ באו עדים פטור שנא' ולקח בעליו כו' כיון שקבלו הבעלים השבועה פטור. הרי דאמר בזה לשון שקבלו בעלים שבועה וזהו מורה ג"כ כעין מה דאמרו בירושלמי דשבועה בא להפיס דעתו של התובע דזה הוי פצוי להתובע שיש לו חיוב שבועה על הנתבע שמחוייב לילך ולישבע ואם ישבע לשקר יהיה עליו עונש ש"ש ע"כ הוי זה כמו תשלומי ממון לפייסו. והא היכא דבאו עדים לאחר שבועתו לא שייך לומר דהיה שבועתו מצד בירור הענין דהא בוודאי שני עדים נאמנים ע"פ דין לברר שלשקר נשבע ורק עיקר הטעם של רב הוא כיון שעי"ז הוי התובע מפוייס ומה שיהיה עונש ש"ש על הנתבע זהו חשוב במקום תשלומין. רק בהודה מעצמו שלשקר נשבע הוי גזה"כ דחייב קרן וחומש משא"כ בעדים. ואף דלא קיי"ל כרב בזה מ"מ אין לנו להרבות במחלוקת בעיקר דבריו די"ל דכ"ע ס"ל בזה כסברתו דהשבועה אינו בא לברר הספק רק דבא לפייס להתובע ומ"מ אם נשבע לשקר ס"ל לדינא דחייב משום דנתברר דלשקר נשבע אינו מפויים בזה כעין הא דאמרו בירושלמי הנ"ל מפייסו על האמת ואינו מפייסו על השקר. [ועפ"ז יש לדון הרבה בדברי רב וריו"ח דשם בירושלמי ובמה דס"ל לרב נשבע ואח"כ באו עדים פטור ואכמ"ל]. וכן הוא לשון שערי שבועות לרב אלפס שער הראשון בסופו ה"ו שאמרתי שיקבל התובע לקיחת השבועה במקום גביית ממון כדכתב כו' ולקח בעליו ולא ישלם הרי לקיחת השבועה במקום התשלומין ועיין במרדכי פ"ט דב"ק ואשר"י ואלפסי שם עכ"ל. [ועיין בסי' פ"ז סעי' ל']. הרי שכתב ג"כ לדינא דחיוב שעל התובע לישבע הוא במקום תשלומין ואף שהתובע צועק שיודע שלשקר נשבע ויש לו בירור ע"ז ע"י מיגו מ"מ אמרו דזהו חשוב במקום תשלומין ואף החולקים עליו וכדקיי"ל י"ל דמודו לזה ואין לנו להרבות במחלוקת. וכעין זה אי' בב"מ

(דף ל"ה ע"ב) גבי שבועת שומרים דשבועה זו הוא כדי להפיס דעתו של בעה"ב וגם בטענת ברי שייך ש"ש לשיטת כ"פ:

א"כ י"ל דזהו סברת התוס' בב"ק דכתבו דחשוד על השבועה הוי שבועתו שבועת הדיינים לחייבו כפל כיון דמחוייב לישבע מה"ת ואף דלא מהני שבועתו בזה מצד בירור הענין כיון דהוי חשוד לא"ד מ"מ חייב לישבע מצד שמחוייב לפייס את התובע כי אם ישבע לשקר ויהיה עליו עונש שבועה החמורה נחשב זה למקום תשלומין וגם אולי עי"ז יתרצה הנתבע לשלם ולכן הטילה עליו התורה חיוב שבועה. ולכן לא הוי כל חשוד להיות דינו מה"ת כמו כל מתוך שאינו יכול להשבע משלם לפי די"ל דכיון דרוצה החשוד לישבע סגי בשבועתו אף שלא יהא בירור ע"י שבועתו כיון דהוי חשוד לא"ד מ"מ חייב לישבע מה"ת ולפייס את התובע עי"ז. וע"כ מה"ת לא הוי כל חשוד להיות בכלל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם רק דרבנן תקנו שלא ישבע משום חשש חילול ד' ולכן שפיר חשב להך דחשוד על השבועה בכלל נשבעין ונוטלין שלא מן דין תורה רק משום תקנת חז"ל. והא דאמרו מתוך שאינו יכול להשבע משלם כמו בשניהם חשודים דחזרה שבועה כו' זהו דוקא היכא שאינו יכול לישבע כלל אבל היכא דנשבע אף דלא הוי לנו בירור הענין מ"מ סגי בזה כן הוא הסבר דברי התוס' דב"ק על נכון. ועפ"ז יש לדון בהא דח"מ סי' ל"ד סעי' כ"ז אם מצטרפין הבע"ד לפוסלו לאחר שנשבע וכתב הסמ"ע שם ס"ק ס"ח דכיון דהאמינו התורה בשבועתו כו' ובביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק נ"ח. דלפמש"כ בשי' התוס' אין השבועה מצד נאמנותו של הבע"ד רק כדי דיהיה הבע"ד מפוייס ע"י מה דיצטרך לילך ולישבע ויהיה עליו עונש רבתא אם ישבע לשקר. ובאמת יש שם פלוגתא דרבוותא בזה:

ענף ו:

והר"נ והרשב"א רפ"ז דשבועות שכתבו בקושייתם דשייך בחשוד לדון דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כיון דאינו יכול לישבע ע"כ הוי מה"ת בר חיוב תשלומין. א"כ לכאורה יש להוכיח דס"ל דחשוד אינו יכול לישבע מה"ת אף אם ירצה התובע משום חשש חילול ד'. אבל באמת אין לנו להרבות במחלוקת וגם הדעת נוטה דאין בזה איסור מה"ת בפרט דהא מצינו דעת הרשב"ט דהובא במרדכי פ"ו דשבועות דס"ל דאם ירצה התובע להשביע להנתבע דשומעין לו וכמש"כ לעיל וע"כ אין סברא לומר דהחולקים עליו יסברו דיש בזה איסור מה"ת. וכן יש להעיר מהא דסנהדרין (דף ס"ג ע"ב) דאסור לאדם שיעשה שותפות כו' והתורה אמרה לא ישמע כו' ובתוס' שם ד"ה אסור לאדם כו' ובכורות (דף ב') ובאו"ח סי' קנ"ו וברמ"א שם ובח"מ סי' קע"ו סעי'

נ"א ויו"ד סי' קמ"ז. והנה לפי המבואר במל"מ פ' י' הל' מלכים ה"ז דכמה פוסקים ס"ל דכולם מוזהרים שלא לישבע לשקר. [ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ז' ענף ב' ובפרשת דרכים דרוש שלישי מזה]. א"כ היה להם לחוש שישבע לשקר כיון דהוי חשוד כו'. ועיין בח"מ סי' כ"ח סעי' ד' בט"ז שם. אכן אי נימא דעיקר חשש זה אינו אלא מדרבנן א"ש משום דכיון דאינו רק מדרבנן ע"כ יש לחלק דלא תקנו זה רק בישראל וקצרתי. ועיין בבשמים ראש סי' ר"ד בכסא דהרסנא שהביא להמל"מ הנ"ל וכתב טעם אחר:

ולכן נלע"ד לומר דעיקר סברת הרשב"א והר"נ שכתבו לדון בקושייתם בכל חשוד דמה"ת הוי כמו כל מתוך שאינו יכול להשבע משלם. משום דס"ל דעיקר חיוב שבועה שהטילה התורה הוא כדי לברר את הספק שנולד לנו וע"י השבועה האמינתו התורה כמש"כ הבית יוסף בח"מ סי' ל"ד בטור סעיף ל"ח בשם הרשב"א בתשובה וכתובה בתשובה להרמב"ן סי' ק"ט שנשאל ע"ז והשיב כיון שהאמינתו תורה להכחיש ע"א שוב אין העד נאמן לפוסלו כו' וכ"כ הסמ"ע בסי' ל"ד ס"ק ס"ח. וי"ל דהרשב"א אזיל לשיטתו בזה כיון דס"ל דעיקר שבועה הוא לברר הספק וע"י השבועה האמינתו תורה לברר הספק ע"כ שפיר כתב הרשב"א ברפ"ז דשבועות שיש לדון בכל חשוד כיון דאינו נאמן ע"י שבועתו משום דהוי חשוד לא"ד ע"כ ממילא דינו כמו כל מתוך שאינו יכול להשבע משלם וע"כ מה"ת זכות בע"ד שלו להיות נוטל ממנו וכן ס"ל להר"נ שם ולכן שפיר הקשו שם כן. וכן יש לפרש שיטת הר"י חסיד דס"ל דגזלן מיפסל מה"ת כמש"כ התוס' בב"מ (דף ה') ובכתובות (דף י"ח) בשמו די"ל דס"ל ג"כ כמש"כ בשיטת הר"נ והרשב"א דס"ל דשבועה הוא לברר הספק וכיון דחשוד אין לו נאמנות ע"כ שפיר י"ל דחשוד כיון דלא מהני שבועתו לברר ע"כ הוי מה"ת בכלל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. רק חז"ל תקנו שבועה להנוטל משום דלא שבקת חיי כו' וכמש"כ התוס' בב"מ (דף ה' ע"א) ד"ה שכנגדו כו'. ועיין בנו"ב מ"ת ח' ח"מ סי' ט' שכתב להשיג על הב"ח דגם לתירוץ ב' של התוס' הוי חשוד בכלל מתוך שאינו יכול להשבע משלם רק כיון שהוא רוצה לישבע תקנו חכמים שישבע שכנגדו ע"ש ואכמ"ל. והא דתני חשוד בכלל הנך נשבעין ונוטלין י"ל דס"ל כמש"כ הר"נ והרשב"א ברפ"ז דשבועות לתרץ זה. או כמש"כ התוס' בב"מ (דף ל"ד ע"ב) ד"ה שמא יוציא כו'. ולכן היכא דהתובע רוצה שישבע החשוד הנתבע. נראה דמה"ת יכול לומר כן רק מדרבנן הא דאין שומעין לו: אך ממה שכתב הרב ר' יהודה חסיד דלכן אמרינן. דמיגו דחשוד אממונא חשיד אשבועתא לא אמרינן משום דיכול להיות דעל ידי השבועה יפרוש. אם כן מזה מוכח לכאורה דס"ל דאף מה"ת אין שומעין להתובע אם רוצה שישבע הנתבע החשוד. דאל"כ הא בלא"ה י"ל

דלכן לא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' מה"ת משום דיכול לומר התובע אני מתרצה שישבע הנתבע אע"פ שלא יהיה בירור הענין ע"י שבועתו. ודברי הר"י חסיד משמע דקאי על דאורייתא. אכן גם מזה אינו מוכח כלל די"ל כיון דס"ל דעיקר חיוב שבועה הוא לברר ע"כ אי נימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא מה"ת א"כ לא שייך לעולם בירור הענין ע"י שבועתו ותקשה שפיר דנימא מיגו דחשוד כו' ואין סברא לומר דהתורה הטילה שבועה אף שלא יהיה לעולם שום בירור הענין ע"י השבועה כיון די"ל לעולם מיגו דחשוד אממונא כו'. אבל עכשיו דאמרינן דלכן לא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' משום דע"י השבועה יפרוש ויש לנו לעולם בירור ע"י שבועתו וא"ש מה שהטילה התורה בעיקר חיוב השבועה. ע"כ ממילא יש לדון שפיר דאף בחשוד ג"כ אם התובע מתרצה שישבע הנתבע חשוד דשומעין לו מה"ת ואינו מפסיד התובע זכותו שיש לו מה"ת לחיוב שבועתו דיכול התובע לומר דלא יהיה נגרע זכותו ע"י מה דהוי הנתבע חשוד. ומה"ט שכתב הר"י חסיד דע"י השבועה יפרוש ויש לנו לעולם בירור ע"י שבועתו ע"כ שפיר י"ל דבחשוד שאין מבררת לנו השבועה שלו די"ל ביה מתוך שאינו יכול להשבע משלם. ועוד דהא בנשבעין ונוטלין דמוכיח הש"ס בב"מ (דף ה') שם מזה דלא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו' בזה בוודאי בעינן שיהיה בירור ע"י שבועת התובע כיון דעיקר זכותו מה שזיכו חז"ל להתובע להיות נאמן להוציא ממון הוא רק ע"י שבועתו שהאמינו לו חז"ל. ע"כ בזה תקשה דנימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא א"כ אין לנו בירור ע"י שבועתו ואף מה"ת אין לו נאמנות לחשוד גזלן ע"י שבועה משום דהוי חשוד לא"ד לשיטת הר"י חסיד. אם כן תקשה דנימא מיגו דחשוד אממונא אף דלא הוי גזלן וודאי. ודוקא לתי' קמא דמה דגזלן איבד נאמנות שלו אף בשבועתו הוא רק מדרבנן שפיר חילקו דדוקא חשוד וודאי כו' אבל מיגו דחשוד לא אמרינן. אכן לתי' הר"י חסיד דמה"ת אין לחשוד נאמנות ע"י שבועה א"כ תקשה איך יכול להיות מנשבעין ונוטלין והא יש לומר מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ואין לנו לעולם שום בירור ע"י שבועתו. ולכן הוכרח לומר דכיון דיש לומר דע"י השבועה יפרוש ולא יגזול ע"כ הוי שפיר לנו בירור ע"י שבועתו. ולכן י"ל דאף הר"י חסיד ס"ל כמש"כ לעיל דמה"ת יכול התובע לומר אקבל שבועת הנתבע חשוד ואף דעיקר השבועה שהטילה התורה הוא לברר הענין עכ"ז יכול התובע לומר כי לדידי מספיק אף שבועת החשוד ואין סברא לומר דיהיה חוטא נשכר ויפטר משבועה לפי דהוא חשוד:

ונתבאר דעיקר מילתא דכתבתי במק"א דשבועה הוא לברר הענין וכמש"כ הט"ז בח"מ סי' רצ"ו סעי' א' כעין זה ע"ש. דבאמת זה גופא הוא פלוגתא דרבוותא כי לשיטת הר"נ

והרשב"א ור"י חסיד מוכרח לומר דס"ל כן. אכן לשיטת התוס' דב"ק דנתבאר דס"ל דאף חשוד על השבועה לא דיינינן ביה לומר מתוך שאינו יכול להשבע משלם משום דגם שבועתו מספיק לענין החיוב שבועה שהטילה התורה עליו בע"כ מוכח דס"ל דשבועה אינו לברר הענין רק להפיס דעת התובע [ואולי יתחרט ויפרוש מאימת השבועה]. וגם כיון שיהיה עליו עונש ש"ש לכן זה נחשב במקום תשלומין מה שמוטל עליו לטרוח ולישבע וכמש"כ לעיל בארוכה. וזהו נפ"מ רבתא לכמה ענינים. ודברי התוס' דב"ק הלז הובאו במרדכי פ' ז' דשבועות וזה לשון המרדכי בסוף פ' הגוזל בתרא כתוב בתוספות דחשוד על השבועה פסול מדרבנן עכ"ל המרדכי ומשמע דס"ל כן לדינא. וכן משמע מן שערי שבועות לרב אלפס שער העשרים דין רביעי וז"ל מי שכנגדו חשוד על השבועה הוא שיהא חשוד הנתבע שעליו השבועה ויתברר לנו שלשקר נשבע אמרו חכמים להעביר השבועה מן החשוד ולא יפטר משבועתו אלא ישבע התובע ויטול כדתנן כו' והשני מן החשודין שאין נאמן בשבועה הוא מפסולי עדות כגון מלוה ברבית כו' עכ"ל. הרי שכתב להדיא דמי שנתברר שלשקר נשבע אמרו חכמים להעביר השבועה מהחשוד ולא יפטר כו'. דמשמע דלולי שהיה תק"ח להעביר השבועה ממנו היה נשבע החשוד מה"ת רק חז"ל תקנו להעביר השבועה ממנו ולא יפטר אלא שכנגדו ישבע ויטול. ואפשר שכוונתו במש"כ כדתנן ואלו נשבעין ונוטלין עד שכנגדו חשוד על השבועה כו'. כמש"כ לעיל לפרש לכוונת התוס' דב"ק בהוכחתם מהא דרפ"ז דשבועות דתנא להך חשוד דכנגדו נשבע ונוטל בכלל נשבעין ונוטלין וכמש"כ לעיל בארוכה. א"כ נתבאר דגם המרדכי והשערי שבועות ס"ל ג"כ כשיטת התוס' דחשוד יכול מה"ת לישבע. וגם נתבאר די"ל לכ"ע דאם רצה התובע שישבע הנתבע חשוד על השבועה דשומעין לו מה"ת רק דאם הוי עיקר דין שבועה לברר הענין או לא בזה פליגי רבוותא כנ"ל וס"ל דכיון דעיקר שבועה הוא לברר הענין ע"כ דיינינן בחשוד לישבע לשקר לומר ביה מתוך שאינו יכול להשבע משלם. אבל אם רצה התובע להיות מספיק בשבועתו שומעין לו מה"ת רק מדרבנן אין שומעין לו וזהו נפ"מ רבתא לכמה ענינים. ועיין לקמן סעיף ג' בחידושי שם:

ואכתי יש לדון דמן דברי הרשב"א בב"ק (דף ק"ח) שהקשה כקושיות התוס' דשם דאמאי חייב כפל בשבועה שניה והא כיון דנמצא שקרן בשבועה ראשונה א"כ אין זה שבועת הדיינים ותירץ דמיירי דעבד תשובה. ומשמע דלא ניחא להרשב"א לתרץ כמש"כ התוס'. א"כ משמע דס"ל דאף מה"ת אין שומעין להתובע להשביע להחשוד דאל"כ ה"מ לתרוצי כמש"כ התוס'. וי"ל דמזה אינו ראיה כלל משום דס"ל להרשב"א דאף דנימא דמה"ת

שומעין להתובע מ"מ כיון דרבנן תקנו שאין שומעין להתובע בזה משום חשש חילול ה' ע"כ ממילא אין זה מקרי שבועת הדיינים לחייבו כפל כדמצינו בכ"ד דאמרו למיזל בתר דרבנן בכזה. ומש"כ לעיל בכוונת התוס' דב"ק דס"ל כיון דר"פ אמר כן בב"ק שם ולר"פ הא מצינו בשבועות (דף ל"א) דמשחק בקוביא כיון דמדאורייתא מחזי חזי כו' אזלינן בתר דאורייתא. י"ל דהרשב"א אזיל לשיטתו דבחידושי הרשב"א לשבועות (דף ל"א) שם הקשה באמת דמ"ט דר"פ שם ותירץ כיון דהיה תועלת מפסולי עדות דרבנן אם יעידו דמהני תפיסה או שמא האחר יתבייש ממנו אם היה מעיד כיון דמה"ת חזי ע"כ שפיר אזלינן שם בתר דאורייתא לר"פ ע"ש. א"כ הכא דלא שייך כן לכן י"ל דכ"ע מודו בזה דלא אזלינן בתר דאורייתא. [ועיין בסוכה (דף כ"ג) וביומא (דף ע"ד) ושא"ד ואכמ"ל]. וע"כ לא היה רוצה הרשב"א לתרץ כמש"כ התוס' שם. אבל בעיקר הדין של התוס' י"ל דגם הרשב"א מודה דמה"ת שומעין להתובע אם ירצה שישבע הנתבע חשוד. ואף דס"ל דבחשוד שייך מה"ת לדון ביה מתוך שאינו יכול להשבע משלם וכמש"כ ברפ"ז דשבועות וכנ"ל ולדידיה נסתר הוכחת התוס' משם. עכ"ז י"ל דס"ל כן מצד הסברא ובפרט דהא מצינו דעת הרשב"ט דס"ל דשומעין להתובע בזה גם האידנא משום דלא היה תקנת חז"ל ע"ז. ע"כ אין לנו להרבות במחלוקת וכמש"כ לעיל: העולה לנו מכל מה שנתבאר דבפסולי שבועה אם אינו עבירה של ממון. דלא הוי חשוד מה"ת להיות פסול לישבע רק מדרבנן. ובעבירה של גזל וכיוצא בו יש בו פלוגתא דרבוותא אם פסול מה"ת או רק מדרבנן. והיכא דנשבע לשקר בזה יש פלוגתא דרבוותא ג"כ אי מיפסל מה"ת לשבועה או רק מדרבנן. וכן נתבאר דלענין אי מהני שבועתו בתורת בירור הענין בוודאי לכ"ע אין לו נאמנות ע"י שבועתו כיון דהוי חשוד לא"ד. רק לענין אם יכול התובע לומר אקבל שבועתו אע"פ שהוא חשוד בזה יש לומר דכ"ע מודו דיכול התובע לומר כן מה"ת אך מדרבנן הא דאין שומעין לו. וכן נתבאר דיש פלוגתא דרבוותא אם שבועת הבע"ד שהטילה התורה עליו הוא משום בירור הדבר או כדי להפיס דעת הבע"ד. וכמו דאמרו בב"מ (דף ל"ה ע"ב) דשבועה כדי להפיס דעתו וכמש"כ לעיל משום דחיוב שבועה שהטילה התורה עליו הוא במקום תשלומין משום עונש ש"ש שיהיה עליו אם ישבע בשקר כנ"ל. וכפי לשון הגמ' בתמורה (דף ג' ע"ב) גבי שבועה דזהו לפייס את חבירו וכמש"כ לעיל:

ואחר כותבי כ"ז ראיתי בתשובת הרדב"ז ח"א סי' קע"ד דמשמע דס"ל דמי שנשבע לשקר מיפסל מה"ת לשבועה ע"ש שקיצר בזה. ולא הביא לדברי התוס' ב"ק (דף ק"ח) והמרדכי פ"ז שבועות ושערי רב אלפס הנ"ל דס"ל דלא מיפסל מה"ת רק מדרבנן. והעיקר כמש"כ

בארוכה ב"ה דכיון דמצינו שיטת התוס' בב"ק והמרדכי ושערי רב אלפס הנ"ל ע"כ ה"ל ספיקא דדינא כנ"ל. וגם י"ל דכוונת הרדב"ז הוא לענין אם מהני שבועתו לברר אבל אם התובע רוצה שישבע דקיי"ל דאין שומעין לו דזה אינו רק מדרבנן ולא מן התורה כנ"ל:
ענף ז:
נקרא חשוד כו' ושבועת שוא וביטוי כו' וי"א דוקא בשבועה דלעבר אבל בשבועה. דלהבא כגון שלא אוכל ואכל לא. ופי' הסמ"ע בס"ק ז' דאע"ג דנאסר על האוכל בשבועתו וה"ל כאוכל נבלות כו' מ"מ יש ליצה"ר לגרותו כיון שלא אסרתו התורה כו'. וכן הוא לעיל בסי' ל"ד סעיף ה' ובסמ"ע שם ס"ק י"ב דבשעה שנשבע דעתו היה לקיים שבועתו ואח"כ יצרו ולבו אנסי' לעבור על השבועה דאינו איסור מצד עצמו אלא הוא אסרו אנפשו בשבועתו כו'. ומקורו הוא מן שבועות (דף מ"ו ע"ב) ובתוס' שם ד"ה אבל שבועת ביטוי דאיכא למימר בקושטא מישתבע כו'. ובראש"ו ור"נ שם:
ולכאורה יש לדון דה"ה במי שנדר בקונם ככר זה עליו ועבר ואכלו דג"כ י"ל לפי הך שיטה דס"ל בשבועה דלהבא דלא נפסל לעדות ולשבועה משום דבשעה דקיבל עליו היה אז בדעתו לקיים שבועתו ואח"כ יצרו אנסו דה"ה גבי נדרים וקונמות דלהך שיטה לא מיפסל. אכן יש לחלק דשאני בקונמות ונדרים דמיתסר חפצא עלי' כמבואר בנדרים (דף ב' ע"ב) ע"כ דינו כמו ההקדישות וכיוצא דנאסרין על האוכלן. והעובר עליהן היי כמו אוכל נבלות וטרפות דנאסר גופן על האוכלן דבוודאי מיפסל לעדות ולשבועה. ואין זה דומה לשבועה דלא מיתסר חפצא. רק דמיתסר נפשיה מן חפצא לכן חילקו שם בין לשעבר ולהבא לענין פסול עדות ושבועה משא"כ בעובר על נדרים. ועיין במל"מ ה' מעילה פ"ד ה"ט מה שנסתפק באוסר עליו איזה דבר ולא התפיסו אם יש בו דין מעילה. אבל בנ"ד אין לחלק בין התפיסו ללא התפיסו דהא בכל גווני אמרו דבנדרים מיתסר חפצא עלי'. ע"כ אין זה דומה לשבועה דלהבא כלל אף לפי שיטת הפוסקים דמחלקים בין להבא לשעבר. דבנדרים לכולי עלמא הדין דמיפסל אם עבר בקום ועשה דחייב מלקות:
ועפ"ז יש להעיר בדברי הב"ש לאה"ע סי' קט"ו סעיף ג' בס"ק ז' גבי נודרת ואינה מקיימת דתצא בלא כתובה דכתב הב"ש שם ואם תשבע על איזה דבר שעשתה שאם תעשה עוד מחוייבת לקבל גט ממנו ועברה על השבועה כו' א"נ דהשבועה הי' חל עלי' ועברה על השבועה נמצא דהיא עוברת ע"ד ויכול לגרשה בע"כ עכ"ל הב"ש. ולדעתי יש לדון בעיקר דבריו לפי הסוברים לחלק בין לשעבר ללהבא משום דקילא שבועה דלהבא ע"פ הטעם דאמרו דלכן לא מיפסל לעדות בעובר על שבועה דלהבא משום דבשעה דנשבע

היה בדעתו לקיים ואח"כ יצרו אנסו כו'. דה"ה הכא במה שאמרו בנודרת ואינה מקיימת דתצא בלא כתובה משום דבני' מתים די"ל דזה אינו רק בעוברת על נדרים דהא כתבתי לחלק דשאני נדרים גבי זה משום דמיתסר חפצא והוי כמו כל דברים האסורים בעצמם דהאוכלן מיפסל לעדות. וחמור זה מן עובר על השבועה בזה. דכמו כן במה שאמרו דנודרת ואינה מקיימת תצא בלא כתובה דזה אינו רק בעוברת על נדרים בקום ועשה. משא"כ בעוברת על שבועה דלהבא די"ל דזה קילא גם גבי מה דאמרו דבני' מתים. דבעוברת על שבועה דלהבא כיון דאינה באיסור חפצא ובפרט בשב ואל תעשה י"ל דקילא בזה. דמנלן דבני' מתים בכה"ג. ונבאר זה ביתר ביאור:

והנה בכתובות (דף ע"ב) אמרו גבי נודרת ואינה מקיימת תצא שלא בכתובה דאמר מר בעון נדרים בנים מתים שנא' אל תתן את פיך לחטיא את בשרך כו' רב נחמן א' מהכא לשוא הכיתי את בניכם י"ל לפי מה דאמרו בשבועות (דף כ"א) מה שוא לשעבר כו' ובלעבר אמרו שם דחייב מלקות דבזה עקימת פיו הוי מעשה גבי שבועה משא"כ בלהבא בשבועה שאוכל ככר ולא אכל דהוי לאו שאין בו מעשה. א"כ ה"ה גבי נודרת ואינה מקיימת י"ל דזה אינו רק בעוברת בקום ועשה דחייבת מלקות ומנלן בעוברת בשב ואל תעשה כמו נידון הב"ש דנשבעת לקבל הגט דאף דאינה רוצית עכשיו לקבל הגט מ"מ הא אינה עוברת על השבועה רק בשב ואל תעשה דאינה חייבת מלקות א"כ מנלן בכה"ג להוכיח דיהיה דינה לצאת שלא בכתובה דהא אין זה דומה להך דלשוא. וגם הא שיטת הפוסקים הללו לחלק בין שבועה דלעבר ללהבא גבי פסולי עדות ושבועה. כמו כן יש לחלק הכא דכיון דשבועה דלהבא קילא מן לעבר מה"ט גבי פסולי עדות ושבועה דה"ה הכא אפשר לחלק ג"כ מה"ט: ולמ"ד דיליף שם להך דבעון נדרים בנים מתים גבי הך דנודרת ואינה מקיימת. מהך דאל תתן פיך לחטיא את בשרך כו'. לפ"ז מוכח דאף בעוברת על השבועה דלהבא ובשב ואל תעשה ג"כ הדין כן דהא הך פסוק הוא בקהלת ה' מיירי בנדרי הקדש וצדקה וכמבואר בחולין (דף ב') ובנדרים (דף ט') על הפסוק דבקהלת שם לעיל מיני' טוב אשר לא תדור כו' וכש"כ למאן דס"ל שם דקאי באומר הרי עלי כו'. והוי זה חטא דלהבא ובשב וא"ת א"כ מוכח מהך קרא דאף בכה"ג אמרו דבעון כזה בנים מתים. ע"כ להך מ"ד אין לחלק כאן בזה. אכן לרב נחמן דיליף כן מן הך דלשוא הכיתי כו'. עדיין יש לחלק דדוקא בהך דלשוא דהוי בלעבר או בנדרי איסור דמיתסר חפצא דאין לחלק בנדרי איסור בין לשעבר וללהבא בזה אמרו כן. אבל בעוברת על שבועה דלהבא אין להוכיח מהך קרא דלשוא. וכן לפי שיטת הריב"ש בסי' שי"א שמחלק דבשבועה שלא אוכל ואכל דמיפסל לעדות משום דהא לוקה משא"כ בשבועה

שאוכל ולא אכל דהא הוי לאו שאין בו מעשה ואינו לוקה והובא בסמ"ע סי' ל"ד ס"ק י"ב ובש"ך ס"ק ה' והכריע להלכה כדברי הריב"ש. א"כ מהך קרא דלשוא אין להוכיח רק בעוברת על שבועה דלהבא בקום ועשה דהוי חטא של מלקות דומיא דלשוא בזה. ועדיין י"ל דבשבועה דלהבא בשב וא"ת כיון דאין לוקין ע"ז א"כ אין זה דומה להך דלשוא דהא בשוא דהוי לשעבר לוקין ע"ז. וכיון דקילא ואינו בר מלקות אינו דומה לשוא:

ואפשר לומר דרב נחמן דיליף מן לשוא כו' ס"ל לפרש להך דאל תתן פיך לחטיא כו' דלא קאי על נדרים אלא ס"ל לפרש כשיטת האמוראים דבמדרש לקהלת שם דמפרשי להך פסוק על ענין אחר וכעין זה בתרגום יונתן שם. ולכן אמר רב נחמן למדרש כן מן פסוק דלשוא. ולפ"ז הוי נפ"מ רבתא בין המ"ד דיליף לזה מן אל תתן פיך כו' לבין ר"נ דיליף מן לשוא הכיתי כו'. בענין עוברת על שבועה דלהבא בשב ואל תעשה דלר"נ אין לנו הוכחה ע"ז ומסברא בלא הוכחה אין לנו לומר כן מדעתינו. וי"ל דאיתשיל שם בכתובות הנך מימרות דאמוראי הללו בפלוגתתם לענין דינא דעוברת ע"ד דיוצאות שלא בכתובה דבמשנה שם. א"כ ממילא הלכה כרב נחמן בדיני. ועיין בהר"ן לנדרים (דף פ"ח ע"ב) ד"ה ולענין הלכה פסק הנגיד כו' כיון דעיקר פלוגתייהו בדיני תליא כו' נקטינן כשמואל דהלכתא כוותי' בדיני עכ"ל. ובתוס' שבועות (דף מ"ג ע"ב) סוף ד"ה מתני' בדפריש כו' ובש"ך ח"מ סי' פ"ט ס"ק ח'. ובשבת (דף ל"ב ע"ב) אמרו כן בשם ר"נ בר יצחק ועיין בח"א להמהרש"א שם. ועכ"ז הוי לן ספיקא דדינא אם כהמ"ד דיליף מן אל תתן פיך כו' או כהמ"ד דיליף מן לשוא כו'. ולכן אין דין זה ברור כ"כ משום דיש להסתפק עדיין בעוברת על שבועה דלהבא בשב ואל תעשה. ובירושלמי כתובות פ"ז ה"ו הביא רק הדרש דלשוא כו':

ובגיטין (דף ל"ה) אמרו דלכן נמנעו מלהשביעה אלא נודרת משום מעשה באדם אחד בשני בצורת כו' שמת א' מבניו כו'. ובירושלמי לגיטין פ"ד ה"ג בראשונה היו נשבעות לשקר וקוברות בניהם שנאמר לשוא הכיתי את בניכם כו'. ובשירי קרבן שם הקשה דהא בכתובות פרק המדיר אמרו בבבלי וירושלמי נודרת ואינה מקיימת תצא שלא בכתובה שנאמר לשוא הכיתי כו' ומחלק שם. ובאמת כבר הקדימו הר"ן לגיטין שם ומחלק דאין עונשן של נדרים חמור כ"כ כעונשן של שבועות שנפרעין ממנו ומכל העולם. והובא בתוס' יו"ט לגיטין פ"ד משנה ג'. וכעין זה כתבו התוספות בשבועות (דף ל"ט) ד"ה ואין בשרך כו' דמחלקים בין עונש עון נדרים ובין עון שבועות דחמורה. א"כ לפ"ז יש להעיר על המ"ד דיליף להך דבעון נדרים בנים מתים מהך דלשוא הכיתי כו'. והא יש לחלק דשאני בהך דלשוא דהוא שבועה דחמורה מעון נדרים ומנלן להוכיח כן על עון

נדרים מן לשוא דפשטי' הוא על שבועת שוא. אבל באמת אין זה קשה כלל דהא אמרו בשבועות (דף ל"ט) דת"ר שבועת הדיינין כו' וכל עבירות שבתורה נפרעין ממנו וכאן ממנו וממשפחתו שנאמר אל תתן את פיך לחטיא בשרך ואין בשרו אלא קרובו כו'. ובתוס' שם ד"ה ואין בשרך כו' ואע"ג דבפרק במה מדליקין (דף ל"ב) נפקא לן מהאי קרא דבעון נדרים בנים מתים כשהם קטנים אבל גדולים לא וכש"כ ממשפחתו לא היינו בנדרים אבל שבועה אפילו כל משפחתו נענשים דקרא איירי בתרווייהו אל תתן פיך איירי בשבועה ולמה יקצוף על קולך וחבל מעשה ידיך דמשמע בנים דוקא איירי בנדר עכ"ל התוס'. לפ"ז אתי שפיר מה דדרש ר"נ דבעון נדרים בנים מתים מן לשוא הכיתי על עסקי שוא ופי' רש"י בשבת (דף ל"ב ע"ב) בד"ה על עסקי שוא ששקרו בנדריהם דדמי לשבועה. משום דמוכח דהך לשוא הכיתי בניכם מייירי בנדרים דאי נימא דקאי בשבועת שוא ממש א"כ תקשה דאמאי אמר לשוא הכיתי בניכם דמשמע בניכם בלבד. והא באמת נפרעין בעונש שבועה אף ממשפחתו כמו דדרשו בשבועות (דף ל"ט) בברייתא בלא שום חולק דאל תתן פיך לחטיא בשרך דהוכיחו מזה דאף מקרוביו נפרעין כדיני'. וע"כ הוכיח ר"נ דהך לשוא הכיתי בניכם דקאי בנדרים דהוי בכלל עסקי שוא ששקרו בנדריהם כמו דפירש"י בשבת:

וזהו כעין דברי התוס' בשבועות שם וכנ"ל דהמ"ד דיליף לזה מן וחבל מעשה ידיך דמשמע בנים דוקא דהוכיח מזה דקאי רק בנדרים. כמו כן י"ל בכוונת ר"נ דיליף כן מן לשוא הכיתי כו' וא"ש זה בפשיטות. ור"נ ס"ל דמהך וחבל את מעשה ידיך אין לפרשו על הבנים אלא כמו דאמרו במ"ר לקהלת ה' שם והובא בפי' רש"י לקהלת ה'. ע"כ הוכרח לדרוש כן מן לשוא הכיתי כו':

נחזור לענינינו דלפי גירסת הש"ס בכתובות דרב נחמן יליף מן לשוא על עסקי שוא והלכתא כוותיה דר"נ בדיני א"כ אין לנו מקום להוכיח על שבועה דלהבא בשב וא"ת דיהיה דינה כעוברת ע"ד דהא אינו מוכח משם רק על ענין כמו שוא דבמלקות משא"כ היכא דאינו במלקות וגם ענין דלהבא דלא יצתה מפיו לשקר די"ל דבעת דנשבע היה בדעתו לקיים כנ"ל לחד שיטה. ואף לפי גירסת הש"ס בשבת ר"נ ב"י מ"מ הוי ספיקא דדינא כנ"ל. אך אפשר לדון עדיין דאף דיהיה ספק בעוברת על שבועה דלהבא אם דינה כעוברת ע"ד לפי דבניו מתים או לא. ממילא הדין הוא דתצא בלא כתובה דמספיקא אינו יכול לדור עמה דילמא ימותו בניו בעונש שבועה שלה וע"כ שפיר כתב הב"ש דאף בעוברת על שבועה דלהבא הדין הוא דתצא שלא בכתובה ודינה כעוברת ע"ד ויכול לגרשה בע"כ:

ועכ"ז יש לדון לכל מה שנתבאר בענין מה דאמרו באה"ע סי' קט"ו סעי' ג' בנודרת ואינה מקיימת דאם הבעל עובר על נדרים ושבועות לא איבדה כתובתה כו'. דהיכא דהבעל עובר על שבועה דלהבא בשב וא"ת והאשה עוברת על נדרים ושבועות בקום ועשה דתצא בלא כתובה דעיקר הטעם הוא דהא ההוא גברא לא בעי בנים. א"כ בזה עדיין י"ל דהבעל אינו חשוד ומומר לעבור היכא דוודאי ימותו בניו. וע"כ יכול הבעל לומר דרק על ספק כמו שבועה דלהבא בשוא"ת אינו מקפיד אבל בשבועה דלהבא בקום ועשה מקפיד ותצא בלא כתובה ודינה כעוברת ע"ד ויכול לגרשה בע"כ כמו כל עוברת ע"ד. אך גם היכא דהבעל אינו עובר והאשה עוברת על שבועה דלהבא בשוא"ת. ג"כ אינו ברור לדינא לפי גירסת הש"ס בכתובות דרב נחמן דרש זה מן לשוא הכיתי כו'. וגם י"ל דאף למ"ד דדרש כן מן וחבל מעשה ידיך כו' אכתי י"ל דכיון דהך אל תתן פיך לחטיא בשרך קאי בשבועת שקר כדאמרו בשבועות (דף ל"ט) בברייתא שם וכמש"כ בתוס' שם רק הך וחבל מעשה ידיך מיירי בנדרים. א"כ אף דהפסוק דלמעלה שם לעיל מיני' דטוב אשר לא תדור משתדור ולא תשלם מיירי בנדרי צדקה והקדש. עכ"ז כיון דהפסיק בנתיים בהך דאל תתן פיך לחטיא בשרך דמיירי בשבועות. א"כ עדיין י"ל דהך וחבל מעשה ידיך קאי בנדרים שעבר בקום ועשה ומנלן דקאי גם בנדרים דעוברת בשוא"ת. ע"כ אף להך מ"ד אינו ברור לדון כן בנדרים דעוברת בשוא"ת. והנה למ"ד דדרש כן מן לשוא הכיתי כו' וודאי אינו מוכח כן רק בנדרים דהוי בעונש מלקות ומנלן בעוברת בשוא"ת. ולכן אין דינו של הב"ש ברור בזה. ועדיין יש לדון דבעוברת על שבועה דלהבא בשוא"ת אין דינה כעוברת ע"ד:

ענף ט:

וכן הפסול לעדות מחמת עבירה כו' נקרא חשוד. והיכא שיש שני כתי עדים המכחישים זא"ז אם עשה עבירה זו או לא מבואר בסי' ל"ד סעי' כ"ח דה"ל ספק פסול כו'. ונבאר איך הוא הדין לענין שבועה אם משביעין למי שיש שני כתי עדים המכחישין זא"ז אם עשה עבירה זו או לא דאם דינו כחשוד לשבועה או לא:

ענף י:

מקור הדברים מזה הוא בכתובות (דף כ"ב) אי ערער דגזלנותא תרי ותרי נינהו ופי' רש"י דלא מתכשר בהכי והתוס' שם הקשו דאית לן למימר אוקי גברא אחזקת כשרות. ושיטת הרי"ף והר"נ כשיטת רש"י דלא מהני חזקת כשרות להוציא מחזקת ממונא וכ"כ הרמב"ן במלחמות שם להשיג על הבעה"מ משום דהא אף רובא דעדיפא מחזקה לא מהני להוציא מהמוחזק כש"כ דחזקה לא מהני ועוד דלא אמרינן אוקי תרי לבהדי תרי

ואוקי אחזקה אלא בתרומה ולא לענין יוחסין וכש"כ לאפוקי ממונא כו' ע"ש במלחמות. ולכאורה דברי הרמב"ן צריך ביאור דהא הך סוגיא דכתובות שם מיירי על מה דקאמרי שם אר"א אר"ה א' רב שלשה שישבו לקיים כו' וע"ז הקשו אי ערער דגזלנותא תרי ותרי נינהו ורב הא ס"ל דהולכין בממון אחר הרוב כמבואר בב"ב (דף צ"ב) ואיך כתב בפשיטות דרוב לא מהני בממון. ואפשר דעיקר כוונתו הוא לדינא למאי דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב א"כ לפ"ז הדין נותן דבתרי ותרי המכחישין דיהיה ספק פסול דלא נוציא ממון ע"י מה"ט. ועוד דגם לרב הא ז"א רק ברוב דעדיף מחזקה אבל באוקי אחזקה גם רב מודה דאין מוציאין ממון כדמוכח מכמה דוכתי. ועיין בכתובות (דף ט"ז) אבל בברי וברי לא אמר ואכמ"ל. והרא"ש והרשב"א שם כתבו דלכן לא מוקמינן על חזקת כשרות ולהכשירו לעדות משום דמוקמינן ממונא בחזקתו וגם הא תרי ותרי ספיקא דרבנן כו'. והאורים ותומים סי' ל"ד ס"ק כ"ז הביא לדברי התוס' כתובות (דף כ"ב) הנ"ל והביא בשם המפרשים שהקשו על התוס' שכתבו דמוקמינן גברא בחזקת כשרות והא תרי ותרי ספיקא דרבנן הוי. ותירץ דס"ל להתוס' דכיון דמיירי שם בענין קיום שטרות דאינו רק מדרבנן ובמילתא דרבנן אף בתרי ותרי מוקמינן אחזקה כו' והאריך בזה. וכבר הקדימו השיטה מקובצת בכתובות שם שהקשה ג"כ על התוס' דהא תרי ותרי ספיקא דרבנן ואיך נעמיד אותו בחזקת כשרות וכתב שהם דוחים ואומרים דאע"ג דפסול מדרבנן הכא גבי קיום שטרות שאינו אלא מדרבנן נעמידו על חזקת כשרות וסיים שכל זה דוחק ועוד כו' עכ"ל השמ"ק. הרי שכ"כ השמ"ק ליישב דברי התוס' כמש"כ האו"ת: והנה האו"ת העלה שם דהיכא דתרי מעידים עליו שעבר עבירה מדרבנן ותרי אחריני מכחישין אותן דהוא כשר דבדרבנן מוקמינן על חזקת כשרות והאריך שם בזה וכ"כ האו"ת שם לדינא באורים ס"ק ס"ה. ולפענ"ד נראה דמוכח דאף בעבירה דלא מיפסל מה"ת לעדות רק מדרבנן ג"כ הדין הוא בתרי ותרי מכחישין בזה דאינו כשר לעדות להוציא ממון ע"י. והוא דהא שיטת רש"י והרי"ף והר"ן וסייעתם דמאי דפריך הגמ' שם אי ערער דגזלנותא תרי ותרי נינהו היינו דלא מיתכשר בהכי ומזה הוכיחו הך דינא בתרי ותרי המכחישים אם הוא פסול דמיפסל לעדות. ואי נימא כמש"כ האו"ת דבפסול דרבנן הדין הוא דכשר לעדות אף להוציא ממון א"כ מאי פריך הגמ' בפשיטות הא יש לומר דמיירי בקרא ערער בפסול מדרבנן עליו ובזה מהני עדותן שמכחישין אותם ואומרים שלא עבר עבירה זו וכשר לעדות. וע"כ מוכח דאף בפסול דרבנן ג"כ הדין הוא דמיפסל לעדות ואין מוציאין ממון ע"י. ואין לומר דלכן לא מוקמינן דמיירי בקרא ערער בפסול דרבנן דא"כ הא לא מיפסל אלא ע"י הכרזה כדין כל פסולי דרבנן. וכיון דהערעור יצא

אחר שישבו לקיים השטר וחתמו א"כ הא בעת שחתמו לא היה מיפסל לעדות עד שעת הכרזה. [ורק מן עת שבאו הנך שתי כתי עדים להכחיש זא"ז אז כיון דהדין הוא דפסול לעדות כמו שיבואר א"כ אז מההיא שעתא יכולין להכריז עליו שהוא פסול להוציא ממון ועיין בספרי נחל יצחק סי' ל"א ענף ז' וענף ח' וקצרתי]. דזה אינו דהא יכולין לומר דהך קרא ערעור הוא שמעידים שני עדים עליו שעבר עבירה דרבנן מכבר והכריזו עליו אז כדין כל פסולי דרבנן ולפי דבריהם נפסל לעדות מכבר. ובאו עדים אחרים להכחישו שלא עבר עבירה זו כלל אז וההכרזה היה שלא כדין עליו א"כ שפיר מצינן לפרש כן להך דקרא ערעור ומתכשר שפיר לעדות משום דבדרבנן מוקמינן לי' על חזקת כשרות שלא עבר עבירה כלל מעולם. ומדלא מוקמינן כן אלא הקשו בפשיטות אי ערער דגזלנותא תרי ותרי נינהו כו'. מוכח מזה דאף בפסול דרבנן ג"כ הדין הוא דמיפסל לעדות משום דגם בזה שייך הטעם שכתב האלפס והר"נ והרמב"ן וסייעתם דאין כח בחזקת כשרות להוציא מן חזקת ממונא ועיין בש"ך סי' מ"ו ס"ק ס"ו:

ואף לפי הטעם שכתב הרא"ש והרשב"א דלכן הוי ספק פסול לענין דאין מוציאין ממון ע"י לפי דבתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן. עכ"ז לענין ממון אף במילתא דרבנן ג"כ הדין הוא כמו כל מילי דאורייתא לגבי הוצאת ממון דגם בזה דנין דאין מוציאין מן המוחזק בלא ראיה ברורה. ורק לענין איסורים אמרו דבמילתא דרבנן הדין הוא בתרי ותרי דמוקמינן אחזקה. [והא דלא אמרו בזה בפשיטות דספק דרבנן לקולא עיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ה']. וכעין זה מצינו במה דנקטינן לכללא דספיקא דרבנן לקולא ומוקמינן על דין תורה. ואפ"ה בממונא בענין ספק תקנה בארתי בארוכה בספרי נחל יצחק בקונטרסי לביאור ספק תקנה דאף דאמרו דבספק תקנה לא מהני תפיסה דזה אינו רק בספק התקנה עצמה אבל במה שנולד הספק מצד אחר אף במה שעיקרו הוא רק מצד התקנה ג"כ דייניגן הממע"ה ולא אמרינן דמוקמינן בזה על דין תורה. וכן כתבתי שם עוד כמה פרטי חילוקים הרבה דאף בספק תקנה ג"כ אין מוציאין מהמוחזק ולא דייניגן בזה לומר אוקי על דין תורה. ואף דבאיסורי דרבנן בכל גווני אמרינן ספיקא דרבנן לקולא בע"כ מוכח דשאני חזקת ממונא דאף במה דלענין איסורי דרבנן אמרינן לקולא מ"מ הוצאות ממון שאני ודינו ככל מילי דאורייתא בזה אף במה שעיקרו אינו רק מצד תקנת חז"ל וכ"כ הסמ"ע בסי' ל"ה ס"ק י"ד דהוצאת ממון הוי כדאורייתא אף במידי דהוי מדרבנן. והדברים ארוכין ואכמ"ל. וכיון דמוכח מן סוגיא דכתובות (דף כ"ב) הנ"ל דאף בפסול דרבנן ג"כ אמרינן תרי ותרי נינהו ולא מיתכשר לעדות לכן מוכרח כמש"כ לבאר הטעם בזה. ולדינא נלע"ד דאף בעבירה דלא מיפסל מה"ת רק מדרבנן גם כן הדין

הוא דבתרי ותרי המכחישין אם הוא פסול או כשר דאין מוציאין ממון ע"י עדותו ודלא כמש"כ האו"ת להכריע דנאמן להוציא ממון. וכן משמע לשון המחבר בסי' ל"ד סעיף כ"ח שכתב שנים שהעידו שהוא פסול באחד מאלו העבירות ובאו שנים כו' אבל אם באו שנים והכחישום כו' ה"ז ספק פסול ואין מוציאין ממון בעדותו כו' עכ"ל. הרי שכתב שהוא פסול באחד מאלו העבירות ושם בכל הסימן לעיל מיניה הא מיירי ג"כ בפסולי דרבנן א"כ משמע דגם במש"כ תיכף אח"ז אבל אם באו שנים והכחישום כו' קאי ג"כ אף בעבירה מדרבנן ומשמע כמו שכתבתי דבכל גווני אין מוציאין ממון בעדותו:

ב (שם סעיף א'):

נחזור לענינינו במה שהקשה האו"ת והמפרשים על התוס' שכתבו להכשירו לעדות מטעם אוקי אחזקת כשרות והא תרי ותרי הוי ספיקא דרבנן. הנה כעין זה הקשיתי על מש"כ הש"ך ביו"ד סי' ל"ז ס"ק כ"ד בשם ר"י בן הרא"ש במעשה שהיו שנים מכחישים זא"ז אם היה חוט בשר מקיף וכתב הרבה טעמים להכשיר ועוד דאוקי תרי לבהדי תרי ובהמה שנשחטה בחזקת היתר עומדת ומשמע שם דאף שהיה זה טריפה גמורה ולא מצד חומרת הגאון ג"כ היה מכשיר מטעם דאוקי תרי כו'. וקשה הא ה"ל ספיקא מדרבנן ודוקא באיסור דרבנן מוקמינן בכה"ג בחזקת היתר וכן העירותי מזה בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ז' ע"ש. אך בזה י"ל דהר"י בן הרא"ש ס"ל כשיטת הסוברים והובא בר"נ לכתובות בסוגיא דשם (דף כ"ו) דס"ל דהא דמצינו בתרי ותרי דהוי ספיקא דרבנן דלא אמרו כן רק באיסור א"א א"נ לעבודה וכעובדא דינאי אבל בתרומה לא החמירו אפילו בתרומה דאורייתא כו' ע"ש. והובא דברי הר"נ הלז בבית יוסף אה"ע סי' ג' ובמהרשד"ם ח' יו"ד סי' ל"ט ע"ש ובבית שמואל סי' מ"ז ס"ק ב'. ועיין בב"ש סי' ג' ס"ק י"ד ובתוס' יו"ט כתובות פ"ב מ"ח וקצרתי. א"כ י"ל דהר"י בן הרא"ש ס"ל ג"כ כשיטת הסוברים כן דאף באיסור דאורייתא אמרינן אוקי תרי לבהדי תרי ומוקמינן אחזקה וא"ש בפשיטות. וכעת מצאתי בפר"ח יו"ד סי' כ"ט ס"ק א' שהקשה כן על הר"י בן הרא"ש:

אכן בשיטת התוס' דכתובות (דף כ"ב) הלז אין סברא לומר דס"ל כשיטת הסוברים הנ"ל. דהא שיטת התוס' בכמה דוכתי דבאיסור דאורייתא לא מוקמינן אחזקה במקום תרי ותרי. ובפרט דהא התוס' בכתובות שם משמע דזהו מן דברי הר"י כמש"כ שם וע"ק לר"י כו'. ואלו בכתובות (דף כ"ו ע"ב) ד"ה אנן אחתינן כו' כתבו בשם הר"י דס"ל דרק בתרומה דרבנן הקילו ולא בתרומה דאורייתא וכ"כ התוס' בב"ב (דף ל"ב) ד"ה אנן מסקינן כו' בשם הר"י. ע"כ שפיר הקשו על התוס' כתובות איך כתבו להכשירו לעדות מטעם אוקי אחזקה. ומש"כ האו"ת דשא"ה דמיירי בקיום שטרות דהוי רק מדרבנן זהו דוחק כמו

שכתבתי לעיל בשם השמ"ק וקצרתי. לכן נלע"ד לומר דסברת התוס' הוא דשאני חזקת כשרות דהוי חזקה אלימתא ביותר מכל אוקי אחזקה וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח ע"ש. ויש להסביר זה ביותר ביאור משום דרוב אנשים אינן פסולים לעדות מחמת עבירה דרוב אינן עושין עבירות שיופסלו לעדות א"כ הוי בהך חזקת כשרות רוב ואוקי אחזקה. וידוע דרוב וחזקה אילימא אף להוציא ממון מהמוחזק כמש"כ בספרי נחל יצחק סי' מ"ג סעיף י"ד ענף ב' ע"ש. וע"כ אף דמצינו דאמרו בתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן ולא מוקמינן אחזקה. י"ל דז"א רק בחזקה בלבד אבל היכא דהוי רוב וחזקה ביחד דעדיפא טובא בזה לא מצינו דהחמירו חז"ל וממילא מוקמינן על דין תורה. ועוד דהא מצינו בעירובין (דף ל"ו) דאמר רבא התם תרי חזקי לקולא והכא חדא חזקה. א"כ מוכח מהתם דהיכא דיש תרי חזקי גם בתרי ותרי מקלינן אף מדרבנן דהא דאמרינן תרי ותרי ספיקא דרבנן היינו בחדא חזקה. וכמו שראיתי בשב שמעתתא שמעתא ו' פ' י"ז ופרק י"ח שכ"כ לדינא ע"ש. ואף דחכמים פליגי על ר"מ בזה שם היינו משום דכל הטומאות כשעת מציאתן. א"כ לפ"ז דכש"כ היכא דיש רוב ואוקי אחזקה כיון דרובא עדיף מן אוקי אחזקה דבוודאי לא החמירו חז"ל בזה אף במקום תרי ותרי. ולכן א"ש בפשיטות דברי התוס' כתובות דס"ל להכשירו לעדות אף במקום תרי ותרי. משום דס"ל דיש בזה רובא ואוקי אחזקת כשרות דלא נעשה דבר המחודש של העבירה כמו כל החזקות דעיקרו הוי משום כל הטוען דבר מחודש עליו להביא ראיה ומוקמינן שהיה בשב ואל תעשה כמבואר בכ"ד:

ושיטת החולקים על התוס' וס"ל לפסול בזה משום דהוי ספיקא דרבנן. י"ל דס"ל דלא שייך בזה רובא רק חזקה לבד וכמו שנראה מן דברי הרמב"ן במלחמות שם וקצרתי. והנה במש"כ לעיל דשיטת התוס' הוא בכ"ד דתרי ותרי ספיקא דרבנן. הנה בעירובין (דף ל"ו ע"א) תוס' ד"ה הכא בשני כיתי עדים כו'. משמע דס"ל דאף באיסור דאורייתא מוקמינן אחזקה אף בתרי ותרי וזהו כשיטת המפרשים דהובא בר"נ כתובות פ"ב הנ"ל דדוקא באיסור א"א או לעבודה החמירו ואף דשיטת התוס' בכ"ד להיפך עכ"ז הא ידוע דאין להקשות דברי התוס' אהדדי ועיין בגליון הש"ס שם ואכמ"ל. ועיין בביאור הגר"א זצ"ל בח"מ סי' ל"ד ס"ק סמ"ך:

שוב ראיתי דיש לסתור לכל מש"כ בכוונת התוס' דס"ל דשאני היכא דהוי רוב ואוקי אחזקה ביחד דבכה"ג הקילו אף בתרי ותרי במה דהוי מדאורייתא. דהא בכתובות (דף כ"ו) וב"ב (דף ל"ב) גבי תרי ותרי דמכחישין אם אביו נשא גרושה וחלוצה דכתבו התוס' שם דבתרומה דאורייתא מחמרינן. ולפמש"כ דשאני היכא דהוי חזקת כשרות דהוי

חזקה אלימתא ביותר ובצירוף אוקי אחזקה דלא נעשה דבר המחודש דבזה מקלינן אף בדאורייתא. א"כ התם בחשש שמא נשא אביו אשה גרושה א"כ יש בזה חזקת כשרות דהיה לאביו מקודם דנשא בעבירה אשה הפסולה לו מה"ת. וגם הא יש שם סברת אוקי אחזקה דלא נעשה באשה שנשא שום דבר מחודש של מעשה הגירושין או החליצה. ומשמע אף היכא שהיה מבורר אביו לנו שהיה מוחזק בכשרות ואפ"ה הקשו התוס' והעלו דדוקא בתרומה דרבנן מסקינן אבל לא בתרומה דאורייתא א"כ מוכח דאין לחלק כן אלא בכל גווני אמרינן דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן. ודוחק לחלק דשא"ה דאין אנו דנין על אביו שאינו לפנינו. ובעיקר מילתא במקום תרי ותרי ורוב אם מהני רוב מה"ת או לא כבר כתבתי מזה בסי' פ"ז סעיף ו'. ועיין מזה בפרי מגדים בפתיחה להלכות שחיטה שורש ד' שכתב בפשיטות דמה"ת אמרינן אוקי ארובא אף במקום תרי ותרי אלא דרבנן החמירו. והש"ש שמעתא ו' פ' כ"ב כתב להיפך ע"ש ובתשובת רע"א זצ"ל סי' קל"ז מה שהביא בשם שושנת העמקים ושם בסי' קל"ו. ועיין בתשובת הרא"ש כלל נ"ב סי' ג' ד' במש"כ בתרי ותרי המכחישים אם חי הוולד שלשים יום דמוקמינן על רובא והובא באה"ע סי' קנ"ו סעיף ה' וביאור הגר"א שם ס"ק כ"א ואפשר דשא"ה דהוי מידי דרבנן. אך אין זה במשמע לכל הרואה שם:

ג (שם סעיף ב'):

ובעיקר קושיות האו"ת על התוס' דכתובות (דף כ"ב) שכתבו בתרי ותרי מוקמינן גברא בחזקת כשרות ומוציאין ממון ע"י עדותו. דהא קיי"ל תרי ותרי הוי ספיקא דרבנן וכמש"כ הרא"ש. נלע"ד דסברת התוס' הוא דס"ל דלא מצינו כן רק באיסורין דהחמירו רבנן במקום תרי ותרי אבל בממונא דלא מצינו כן בפירוש אין לנו להחמיר. ואמרינן בכה"ג ממונא מן איסורא לא ילפינן וכעין דברי התוס' ב"מ (דף כ') ד"ה איסורא מממונא כו'. ואף שכתבו התוס' שם דבא"א החמירו עכ"ז י"ל דהתוס' דכתובות ס"ל דה"ה באיסורא שאינו איסור א"א ג"כ אין למילף מיני' על ממונא וראיה לזה מן הא דיבמות (דף ל"א) דהש"ס מוכיח דלא אמרינן בתרי ותרי דהוי ספיקא דאורייתא מהא דנכסי דבר שטיא כו' דאמרו אוקי תרי כו' ואוקמא ארעא בחזקת בר שטיא וכוונת הש"ס הוא דאי נימא דתרי ותרי הוי ספיקא דאורייתא ולא מוקמינן אחזקה א"כ לפ"ז הדין נותן גבי הך דבר שטיא דישאר הקרקע ביד הלוקח שיושב בהקרקע כמו בספק הנולד בקרקע היכא שאין שם שום חזקת בעלים הראשונים דהדין הוא דמי שתופס הקרקע הוא שלו ודוקא היכא שיש חזקת בעלים הראשונים מוציאין מן התופס ויושב בהקרקע. ועיין בב"ב (דף ל"ב) תוס' ד"ה והלכתא כוותי' דרבה בארעא כו' ובכתובות (דף כ') תוס' ד"ה ואוקי ארעא כו'.

א"כ אי נימא דבתרי ותרי לא מהני אוקי אחזקה וה"ל כמו דין ספק. לפ"ז אין מוציאין מהלוקח דמחזיק הקרקע. [ובמק"א הוכחתי מזה הסוגיא דחזקת מ"ק הוא כמו כל חזקה המבררת ולא מצד מוחזקות דאל"כ אין מקום להוכחת הגמ' ואכמ"ל]. וכיון דאמרינן אוקי ארעא בחזקת בר שטיא ומוציאין מהלוקח א"כ מוכח מזה דאף בתרי ותרי מוקמינן על חזקת בעלים הראשונים וה"ה בשארי אוקי אחזקה אלא דהוי ספיקא מדרבנן דרבנן החמירו דלא מוקמינן אחזקה. ואי נימא דהך ספיקא דרבנן דתקנו חז"ל דדיינינן כן אף בממונא א"כ אכתי תקשה דאמאי אמרו בהך דבר שטיא דמוציאין הקרקע מהלוקח ע"י הך דאוקי אחזקת בר שטיא הא כיון דחז"ל תקנו דהוי ספיקא דרבנן ולא סמכינן על אוקי אחזקה במקום תרי ותרי א"כ לפ"ז אין יכולין להוציא מן הלוקח התופס הקרקע וע"כ מוכח דכיון דאינו אלא ספיקא דרבנן ע"כ בממונא העמידו על דין תורה דאמרינן אוקי אחזקה אף בתרי ותרי. ובאמת דברי התוס' בעירובין (דף ל"ו ע"א) ד"ה הכא בשני כיתי עדים כו' שכתבו להוכיח מכתובות (דף כ') דאמרינן אוקי ארעא בחזקת בר שטיא דה"ה בכל תרי ותרי אמרינן אוקי אחזקה. דבריהם צ"ע דהא בפירוש אמרינן ביבמות (דף ל"א) דבכל תרי ותרי ספיקא דרבנן רק בממונא שאני כנ"ל. וכן מצאתי בגליון הש"ס שם ובדרוש וחדוש של רע"א שם שהקשה כן על התוס' הלז:

ועוד יש להעיר על קושיות התוס' עירובין הלז דהא אף דר"מ ס"ל התם בתרי ותרי דלא מוקמינן אחזקה עכ"ז הא ר' יוסי פליג שם על ר"מ וס"ל דאוקי אחזקה אף בתרי ותרי כמו שפי' רש"י שם וידוע דקיי"ל התם כר' יוסי משום דר"מ ור"י הלכה כר' יוסי. א"כ שפיר אמרו בהך דכתובות אוקי תרי כו' ואוקי ארעא בחזקת כו' ודבריהם צ"ע. ועיין בתוס' כתובות (דף כ"ו ע"ב) ד"ה אנן אחתינן כו' שכתבו שם והכא בתרומה דרבנן הקילו ובפ' בכל מערבין כו'. וכ"כ המ"מ פ' כ' הל' איסורי ביאה ה' ט"ז וכ"כ הרשב"א בקידושין (דף ס"ו). ובאמת גם שם יש להעיר כן על קושייתם דהא י"ל דלדינא דקיי"ל כר' יוסי דאמר שם ספק עירוב כשר משום דס"ל דאף בתרי ותרי מוקמינן אחזקה. וי"ל דטעמו משום דתרומה בזה"ז דרבנן כמו דאמרו בנדה (דף מ"ה) דס"ל לר' יוסי תרומה בזה"ז דרבנן ועיין ביבמות (דף פ"ב) ובתוס' שם. או די"ל דמיירי שם בתרומת פירות דהוי מדרבנן כמו שראיתי בדרוש וחדוש בעירובין (דף. ל"ו) שכתב בשם התוס' כתובות הנ"ל דקושייתם הוא דהא תרומת פירות דרבנן. אך לשון התוס' כתובות שם אינו במשמע כן. א"כ י"ל דבאמת טעמו של ר' יוסי דס"ל ספק עירוב כשר אף בתרי ותרי דזהו משום דס"ל דבמידי דרבנן מוקמינן אחזקה אף בתרי ותרי וקיי"ל כר' יוסי לדינא ולכן אמרו בסוגיות הש"ס בכ"מ דבדרבנן מוקמינן אחזקה אף בתרי ותרי. ויש להאריך בזה הרבה.

וכעת ראיתי בפרי מגדים ליו"ד בפתיחה להלכות שחיטה שורש ד' שהעיר קצת מזה ע"ש. אבל לא נחית להקשות כן על התוס' שם וקצרתי. ועיין לקמן בהגה"ה שכתבתי לתרץ זה הקושיא:

נחזור לענינינו דכיון דמוכח מן סוגיא מפורשת כתובות ויבמות (דף ל"א) דבממונא לא תקנו לתקנתם דתקנו דלא נסמוך אחזקה בתרי ותרי. אלא באיסורין אמרו כן דהוי ספיקא דרבנן. ע"כ א"ש בפשיטות דברי התוס' בכתובות (דף כ"ב) דכתבו דאמרינן אוקי אחזקת כשרות אף בתרי ותרי משום דהא מיירי התם בממונא דלא תקנו חז"ל לתקנתם דתקנו בכל תרי ותרי דהוי ספיקא דרבנן. והרא"ש וש"פ שכתבו שם לדון דלא אמרינן אוקי אחזקת כשרות משום דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן יש לומר דטעמם דאף דמצינו ביבמות (דף ל"א) דבממונא אמרינן אוקי אחזקה אף בתרי ותרי ולא תקנו בממון לומר דהוי ספיקא דרבנן. משום דהא דהוי ספיקא דרבנן הוא להחמיר א"כ בממונא היכא דהוי מצד חומרא הדין נותן דאין מוציאין מהמוחזק וכיון דקרקע בחזקת בעלי' ע"כ ממילא מוקמינן ארעא בחזקת בר שטיא. אבל באמת ז"א דהא כבר כתבתי דמוכח מסוגיא דיבמות הנ"ל דהך חזקת בעלים הראשונים זהו מצד חזקה המבררת דאם נימא דזהו מצד מוחזקות א"כ אף דנימא דהוי ספיקא דאורייתא ג"כ ממילא מוקמינן בחזקת בר שטיא מצד מוחזקות כמו בכל ספק. וע"כ מוכח דאם היה ספיקא אז הדין הוא דאין מוציאין מהלוקח המחזיק הקרקע כיון דאין לנו חזקת בעלים ראשונים לברר במקום תרי ותרי. ע"כ ה"ה אם נימא דהך ספיקא דרבנן הוי ג"כ בממונא דלא דיינינן בזה להחזקה המבררת א"כ ממילא אין לנו כח להוציא מהמחזיק. ולכן שפיר כתבתי לפרש שיטת התוס'. ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח. אך יש לומר דשיטת הרא"ש וש"פ דס"ל לדון בזה להך ספיקא דרבנן דטעמם דכיון דהוי נפ"מ מן עדותם שאנו מסופקים אם הוא כשר לעדות ע"י הך תרי ותרי גם בעניני איסורים אם יעיד ע"כ ממילא גם בענין עדות ממון ג"כ דיינינן דהוי ספיקא דרבנן. משא"כ בהך דנכסי דבר שטיא דאין שם הספק אז רק בענין ממון לבד ע"כ לא תקנו שם לתקנתם כלל. עכ"פ שיטת התוס' א"ש. וי"ל לפ"ז דאף להתוס' דס"ל דאמרינן אוקי אחזקת כשרות בתרי ותרי דז"א רק בממונא אבל בעדותו לענין איסורים גם התוס' מודו דלא מוקמינן ליה על חזקת כשרות ופסול בזה לעדות:

(הגה"ה:

שוב ראיתי במה שהקשיתי לעיל על התוס' כתובות (דף כ"ו) ד"ה אנן אחתינן כו' דהקשו דהא בעירובין (דף ל"ה) אמרינן דאף בדרבנן לא מוקמי אחזקה והקשיתי דהא ר' יוסי פליג שם וקיי"ל כר' יוסי. דבאמת אין זה קשה דהא מבואר בעירובין (דף ל"ה) דבספק

ר"מ ור' יהודה אומרים ה"ז חמר גמל וכיון דמוקמינן שם דמירי בשני כתי עדים א"כ מוכח דס"ל לר' יהודה דבתרי ותרי לא מוקמינן אחזקה אף בתרומה דרבנן כמש"כ התוס'. והנה במשנה כתובות (דף כ"ג) אי' ר' יהודה אומר אין מעלין לכהונה כו' אמר ר"א אימתי כו רשב"ג א' כו'. ופירש הרשב"ם בב"ב (דף ל"א ע"ב) ד"ה אמר ר"א אימתי כו' דלפרש דברי ר' יהודה בא. וכיון דאמרינן שם בסוגיא דר"א ס"ל ג"כ דאם לא ניחוש לזילותא דב"ד הוי מסקינן ליה אף במקום תרי ותרי משום אוקי אחזקה קמייתא. וכן במסקנא הטעם דר"א משום דס"ל דאין מצרפין עדותם. ור"א דמפרש לדברי ר' יהודה א"כ משמע דגם ר"י ס"ל בתרי ותרי אמרינן אוקי אחזקה בתרומה דרבנן ולכן שפיר הקשו התוס' מן הא דעירובין דספק ה"ז חמר גמל לדברי ר' יהודה דטעמו משום דאף בדרבנן לא סמכינן על חזקה במקום תרי ותרי. ותירוצם א"ש גם לר' יהודה דהא ס"ל תחומין דאורייתא כמש"כ הרא"ש פ"ד דעירובין סי' ח' והתוס' קיצרו בזה. וא"ש דברי התוס' כתובות הלז. ויש להאריך עוד בכ"ז ובמה שיש לדון בדברי התוס' כתובות שם בתירוצם.

ועיין מזה בפרמ"ג יו"ד בפתיחה לה' שחיטה בשורש ד' ואכמ"ל. (ע"כ הגה"ה):

ואחר כותבי כ"ז ראיתי במהרש"ל ומהרש"א לכתובות דף כ"ו) תוס' ד"ה אנן אחתינן כו' במש"כ לתרץ דברי התוס' לעיל (דף כ"ב) ויש לכוין לכל מש"כ בדבריהם. ונתבאר דאף לשיטת התוס' כתובות (דף כ"ב) דכתבו דבתרי ותרי אם הוא פסול או לא דמוקמינן אחזקת כשרות וכשר להעיד דזה אינו רק לענין עדותו בממונא אבל באיסורין גם התוס' מודו דלא מוקמינן אחזקת כשרות. א"כ לפ"ז בנ"ד דע"י תרי ותרי נולד לנו ספק אם הוא כשר לשבועה או לא דהדין נותן דאין אנו נותנין לו שבועה כיון דזהו חשש חילול ד' כמש"כ הסמ"ע בס"ק א' וזהו במקום איסורא דכ"ע מודו דהוי ספיקא דרבנן וע"כ אינו רשאי לישבע. וכש"כ לפי מה דקיי"ל בסי' ל"ד סעי' כ"ח כהסוברים דהוי ספק פסול גם לענין עדות ממון משום דהוי ספיקא דרבנן ועיין בהגהת הט"ז שם. וכיון דאין אנו רשאים למסור לו שבועה ע"כ לכאורה הדין נותן דאם הוא במקום חיוב שבועה דאורייתא דישבע שכנגדו ויטול דהא גם בכה"ג שייך לדון לסברת התוס' בב"מ (דף ה') ד"ה שכנגדו כו' דכל חשוד ה"ל מתוך שאינו יכול להשבע משלם כיון שאינו יכול לישבע עכ"פ והא דישבע שכנגדו זהו משום דלא שבקת חיי כו'. ואף לתירוץ השני של התוס' שם שכתבו דלא שייך שם לדון כן משום דהוא ברצון ישבע אם נניחנו כו' הא כתב הנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' ט' להשיג על הב"ח משום דגם לתי' השני ג"כ מה"ת ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם רק דרבנן תקנו שישבע כנגדו לפי דהוא ברצון ישבע כו' ע"ש. א"כ גם היכא דה"ל הכחשת תרי ותרי אם כשר לשבועה או לא י"ל בזה דכיון

דאינו יכול לישבע עכ"פ ה"ל מה"ת מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וישבע שכנגדו ויטול:

אכן יש לחלק בזה לפי שיטת הסוברים בכל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם היכא דלא ה"ל למידע דלא דיינינן בזה דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכמש"כ התוס' בב"ק (דף מ"ו) והוא פלוגתת ראשונים כמבואר בסי' ע"ב סעי' י"ב ובש"ך ס"ק נ"א. א"כ לפ"ז יש לדון דדוקא במי שהוא חשוד וודאי שפיר יש לומר דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם לפי דפשע ונעשה חשוד לשבועה ע"י מעשיו. וכמש"כ הש"ך שם גבי שומר שפשע וערבן בפירותיו דכיון דבא ע"י פשיעתו מה שאינו יכול לישבע דינו דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אף להסוברים דבלא הל"ל לא ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. אבל בנ"ד דה"ל ספק חשוד ע"י הכחשת תרי ותרי אם עשה כלל להעבירה זו א"כ יכול לומר דאני לא פשעתי כלל מעולם כי לא עשיתי מעולם להעבירה. ואף שנעשה סיבה ע"י הכחשתם דמשום זה אינו יכול לישבע מ"מ כיון דלא הוי ע"י פשיעתו בבירור אין לדון בזה דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמו כל היכא דלא הל"ל לשיטת הפוסקים הנ"ל. וע"כ קשה להוציא ממון בנ"ד ולחייבו משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ואף שהש"ך הכריע שם כשיטת הרמב"ם מ"מ הא לא נראה כן מדברי האחרונים. ולכן י"ל בזה דאין לחייבו משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכש"כ לפי מש"כ השמ"ק בב"מ (דף ה' ע"ב) דהא דחשוד שכנגדו נשבע ונוטל זהו משום קנס דקנסו להחשוד א"כ היכא דה"ל ספק חשוד לא שייך למקנסי' ולכן לא שייך לדון בזה דישבע התובע ויטול וע"כ נפטר הנתבע לגמרי וכש"כ בשבועת היסת דנפטר הנתבע ולא ישבע כי אין רשאים להניחו שישבע משום חשש ספק חילול ד' כן יש לדון בזה:

ענף א:

ומ"מ לדינא יש לומר דרשאי לישבע והוא דהיכא דה"ל ספק חשוד ע"י הכחשת העדים אם עשה עבירה שאינו בגזל וכה"ג כמו אכילת נבלה וחילול שבת. [שאינו בפרהסיא]. וכהנה אף דהדין הוא דגם ע"י עבירה שאינו מצד שחשוד הוא ליקח ממון חבירו ג"כ ה"ל חשוד ופסול לשבועה וכמש"כ המ"מ פ"ב ה' טוען ה"ב דכל הפסולי עדות הם פסולים לשבועה. ועכ"ז הא נתבאר בחידושי לעיל סי' הלז סעי' ב' דאין זה רק מדרבנן משום דע"פ דין הא קיי"ל חשוד לד"א אינו חשוד לדבר אחר. וכבר נתבאר לעיל דבמילתא דרבנן קיי"ל בתרי ותרי מוקמינן אחזקה וכ"כ הפר"ח ליו"ד בכללי ס"ס ס"ק א' ע"ש. ואה"ע סי' ג' ב"ש ס"ק י"ד. א"כ הכא דמה"ת כשר לשבועה והספק אינו רק בדרבנן לכן

כשר לשבועה להיות נשבע משום דמוקמינן ליה אחזקת כשרות. אך היכא דנולד לנו הספק ע"י הכחשת העדים אם גזל מכבר או לא. בזה יש לדון לפמש"כ התוס' בב"מ (דף ה' ע"ב) בד"ה דחשוד אממונא כו' בשם הר"י חסיד [ובשמ"ק שם כתבו כן בשם הר"ת וכ"כ הריטב"א ובחידושי הר"נ והנ"י שם בשם הר"ת]. דמשמע מדבריו דס"ל דגזלן מיפסל מה"ת לשבועה א"כ ה"ל חששא בדאורייתא ולכן הדין נותן בזה כמש"כ לעיל דאין אנו רשאים להניחו להיות נשבע משום דה"ל חשש בדאורייתא דלא מוקמינן אחזקה בתרי ותרי. וכש"כ היכא דנולד ספק ע"י הכחשת העדים אם נשבע כבר לשקר או לא דאם האמת הוא שנשבע כבר לשקר א"כ מיפסל מה"ת לשבועה כדין חשוד לאותו דבר דבכה"ג דינו ככל מידי דאורייתא דלא מוקמינן אחזקה בתרי ותרי:

אך גם בזה יש לדון כיון דהתוס' בב"מ (דף ה' ע"ב) כתבו בתירוץ קמא שם דאף גזלן לא פסול לשבועה אלא מדרבנן וכ"כ התוס' בכתובות (דף י"ח ע"ב) ד"ה ובכולי כו' בשם י"מ. א"כ אי נימא דלא מיפסל אלא מדרבנן אז בוודאי כשר בנ"ד לשבועה משום דה"ל תרי ותרי בדרבנן דמוקמינן אחזקה בדרבנן. ולכן אף דה"ל ספיקא בפלוגתא דרבוותא אם הלכה כהסוברים דגזלן לא מיפסל אלא מדרבנן או דמיפסל מה"ת. מ"מ יש לדון בזה ספק ספיקא ולהכשירו לשבועה דהא כתב הש"ך ביו"ד סי' פ"ג ס"ק ט"ו ובסי' ק"י בכללי ספק ספיקא ס"ק ט"ז דהיכא שיש ס"ס אם אסור מה"ת או לא ובדרבנן ה"ל ספק א' דמותר. א"כ ה"ה הכא ה"ל ספק ספיקא אם הוא חשוד מה"ת לשבועה או לא. היינו ספק אחד שמא האמת כדברי העדים שמעידים שלא גזל מעולם ואת"ל דהאמת כהעדים שגזל מכבר אכתי יש ספק שני שמא הלכה כהסוברים דגזלן גמור לא מיפסל אלא מדרבנן א"כ ה"ל ס"ס מדאורייתא. ובדרבנן דאם האמת שגזל א"כ ה"ל פסול מדרבנן לשבועה. הא בדרבנן מהני ספק א' דהא בדרבנן קיי"ל דמוקמינן אחזקה וכשר. ע"כ ה"ל ס"ס מעליא מה"ת וספק א' בדרבנן המועיל להכשירו לשבועה. וכן יש לדון אף היכא דמכחישין העדים אם נשבע כבר לשקר או לא דג"כ י"ל לס"ס הלז. דהא שיטת התוס' בב"ק (דף ק"ח ע"א) ד"ה ותרי כפילי כו' דאף חשוד ע"י שנשבע לשקר אינו מיפסל אלא מדרבנן. וכ"כ המרדכי בפ"ז דשבועות בשם התוס' ומשמע דס"ל כן לדינא. וכן משמע בשערי רב אלפס שער עשרים דין ד' דאף מי שנשבע לשקר לא מיפסל מה"ת רק חז"ל ראו להעביר השבועה ממנו ע"ש: והא דאמרינן דספק ספיקא לא מהני בממונא להוציא מהמוחזק היינו היכא שאנו דנין אם הוא חייב או לא. אבל הכא בנ"ד דברור לנו שהוא חייב שבועה ע"פ דין רק דאנו דנין אם מותרין אנחנו להניחו לישבע או לא א"כ הוי זה חשש איסורא ובאיסורא הא קיי"ל דמהני ס"ס בדאורייתא וספק א' בדרבנן המועיל לנו

לברר דהוא כשר לשבועה וממילא מחוייב לישבע כפי הדין שמחוייב לישבע. ואכתי יש לדון בס"ס הנ"ל לפי מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ל"ח דתרי ותרי המכחישים הוי כמו איקבע איסורא כעין תערובות חד בחד דלא מהני להצטרף לס"ס וכעין דברי הש"ך ביו"ד סי' ק"י בכללי ספק ספיקא ס"ק כ"א וס"ק כ"ד וס"ק כ"ה. ועיין בספרי שם סוף ענף ה' משכ"כ שם ע"פ דברי הכ"מ פ"ח ה' שגגות. אכן באמת לדינא י"ל דתרי ותרי אין דינו כמו תערובות חד בחד ומקרי בשם לא איקבע איסורא וכמו דמוכח מן תוס' כתובות (דף כ"ב ע"ב) ד"ה באשם תלוי כו' שכתבו ולמאן דמפרש משום דבשתי חתיכות איקבע איסורא ה"נ איקבע איסורא שהיתה בחזקת א"א כו'. ולא כתבו בפשיטות דזה מקרי איקבע איסורא משום דהא יש תרי ותרי המכחישים וכעין דברי הכ"מ הנ"ל. אלא דאתו עלה משום שהיתה בחזקת א"א א"כ מוכח די"ל דתרי ותרי מקרי בשם לא איקבע איסורא וכמו כל הספיקות. ולכן שפיר כתבתי לדון בזה דין ספק ספיקא:

ענף ב:

ולכאורה יש לסתור למה שכתבתי. ע"פ דברי התוס' בעירובין (דף ל"ה ע"ב) ד"ה אמר ר' ירמיה כו' שכתבו בזה"ל והכא נמי י"ל דניחא ליה לשנויי אפילו סבר ר"מ תחומין דרבנן דהשתא לא מצי לשנויי הכי משום דמתניתין איכא חזקה לחומרא דכיון דאיכא נמי חזקה לקולא ה"מ למימר דהוי עירוב דספיקא דרבנן לקולא משה"ה מוקי מתניתין בשני כיתי עדים דלא שייך למימר הכי כיון דאיכא כת דמפקי לה מחזקתה כו' עכ"ל התוס'. וקוטב דבריהם הוא דאע"ג דבספיקא דרבנן אזלינן לקולא עכ"ז היכא דיש שני כיתי עדים המכחישים לא אזלינן לקולא אף בדרבנן. ואפשר דטעמם הוא דזהו כעין מה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ל"ח סוף ענף ה' דיש לדון בתרי ותרי דהוי כמו חד בחד דאיקבע איסורא וכפי דברי הכ"מ פ"ח ה' שגגות וע"כ אף בדרבנן אזלינן לחומרא בזה ע"ש. ומן דברי התוס' עירובין הלז יהיה סייעתא לדברי הכ"מ וכמש"כ בספרי נחל יצחק שם. אך באמת זה אינו דהא אמרו בעירובין שם דר"מ ס"ל בספק דרבנן דאף היכא דאיתחזק איסורא ס"ל דספיקו להקל כמו בהא דטמא שירד לטבול ספק טבל כו' דאמר ר"מ ספיקו טהור והש"ס מדמה שם להך ספק עירוב לולד הטומאה דר"מ שם וכמש"כ החוות דעת בכללי הספק ספיקא ס"ק כ' ע"ש. וכיון דאף היכא דאיתחזק איסורא בדרבנן ס"ל לר"מ לקולא ע"כ אין סברא לומר טעמו דר"מ דלכן מחמיר בשתי כיתי עדים אף דתחומין דרבנן משום דהוי כמו איקבע איסורא כמו חד בחד. דז"א דהא עיקר הטעם דהחמירו בתערובות חד בחד משום דהוי כמו חזקת איסורא דהחמירו אף בדרבנן וכמש"כ הש"ך ביו"ד בכללי הס"ס ס"ק כ"א. ומה"ט הפר"ח בכללי הס"ס ס"ק ט"ו דס"ל להקל בדרבנן

אף היכא דאיתחזק איסורא א"כ כש"כ היכא דאיקבע איסורא כמו בתערובות חד בחד וודאי דמקלינן ע"ש. ובאמת זה פשוט דאיקבע איסורא קילא ביותר מן איתחזק איסורא דהא איתחזק איסורא הוי איסור וודאי משום דמוקמינן אחזקה ואלו באיקבע איסורא אינו רק איסור ספק. ועיין ביו"ד סי' קכ"ז בט"ז ס"ק ו' ובנקה"כ שם. ולכן כיון דס"ל לר"מ דאף באיתחזק איסורא ספיקו להקל בדרבנן א"כ כש"כ היכא דלא איתחזק איסורא רק דאיקבע איסורא וודאי דלר"מ ספיקו להקל. וע"כ אין סברא לומר הטעם של ר"מ בשני כיתי עדים דלכן החמיר אף בדרבנן משום דהוי כמו איקבע איסורא. וע"כ מוכח דמצד טעם אחר החמיר ר"מ שם בהך דשני כיתי עדים אף בדרבנן דכיון דקיימי כת עדים לפנינו ואומרים שנתקלקל העירוב לכן אין סברא להקל בזה כן הוא פשט לשון התוס' שם:

ויהיה איך שיהיה כיון דחזינן דהתוס' ס"ל דבשני כיתי עדים מחמרינן אף בדרבנן מאיזה טעם. א"כ נסתר כל מש"כ לדון בזה דין ס"ס וספק ראשון הוא שמא האמת הוא כדברי העדים שאינו חשוד. דהא כיון דאיכא עדים המעידים שהוא חשוד א"כ לא מצרפינן זה לס"ס כמו דלא מקלינן ע"פ ספק זה בדרבנן א"כ לכאורה מוכח מכ"ז דלא כמו שכתבתי: אכן באמת שפיר כתבתי ואדרבה הוי סייעתא משם לכל מש"כ. והוא דהא ר' יוסי פליג שם וס"ל ספק עירוב כשר וכן קיי"ל לדינא כמבואר שם ובאו"ח סי' שצ"ד דהלכה כר' יוסי לגבי ר"מ ור"י. ולאוקימתא דרבה ור"י דמוקי בשני כיתי עדים כו'. א"כ אף דר"מ ס"ל להחמיר בספק דרבנן היכא ששני כיתי עדים מכחישין זא"ז אבל ר' יוסי ס"ל להקל אף בתרי ותרי דאין לומר משום אוקי תרומה אחזקתו דהא ס"ל להתוס' שם דחזקה שלא עירב ה"ל חזקה מעליא ג"כ וטעמו משום דס"ל תחומין דרבנן וכדס"ל לרבנן דפליגי על ר"ע וכן הוא שיטת רוב תנאי ואמוראי. והא דקאמר שם בעירובין בהך סוגיא (דף ל"ו ע"א) דקסבר ר' יוסי תחומין דרבנן דמשמע לכאורה דרק לפי אוקימתא דשם קאמרי כן אבל מתחלה לא היה הכרח לומר כן. ז"א קשה לפמש"כ הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ב' דכוונת הגמ' שם הוא דקסבר ר"י תחומין דרבנן היינו אפילו י"ב מיל וע"כ אין לו עיקר מה"ת. משום דבל"ז אין סברא לומר קסבר ר"י תחומין דרבנן דהא כן הוא שיטת רוב תנאי ואמוראי ע"ש. וכיון דר' יוסי ס"ל דבדרבנן להקל אף בתרי ותרי המכחישין זא"ז משום דגם הך ספק דינו כמו כל ספיקא דרבנן דאזלינן לקולא וס"ל שלא לחלק ביניהם. א"כ מוכח מזה לדינא לדידן דקיי"ל כר' יוסי דגם הך ספיקא דתרי ותרי הוי ספק מעליא להקל עי"ז בדרבנן וממילא ה"ה לצרפו לספק ספיקא ג"כ דייניגן להנך תרי ותרי להיות ספק השקול וה"ל ספק ספיקא מעליא היכא דיש עוד ספק שני. ולכן שפיר כתבתי לדון

בנ"ד דין ס"ס דיכולין להשביעו שבועה המוטלת עליו ע"פ דין הן שד"א וככל תוקף שיש לכל שד"א לענין נחתינן לנכסיו והן שבועת היסת כדינו:

ענף ג:

ואחר כותבי כ"ז ראיתי בדרוש וחדוש להגאון רע"א זצ"ל בעירובין (דף ל"ה ע"ב) שהקשה על מש"כ התוס' שם בד"ה א' ר' ירמיה כו' דניחא לי' לשנויי אפילו סבר ר"מ תחומין דרבנן כו' כיון דאיכא כת דמפקי לה מחזקה. והקשה דמה בכך דתרי ותרי מפקא לה מחזקה הא כי היכי דמפקא מחזקה דתרומה מפקי ג"כ מחזקה דתחום ביתו והוי ספק השקול דמקילין וצ"ע עכ"ל. וזהו כמו שכתבתי לעיל להעיר על דברי התוס' הלז וכן הקשה בתוספות רע"א במשניות פ"ג משנה ד' ע"ש. ובאמת מש"כ לעיל דסברת התוס' הוא כיון דיש כת עדים לפנינו המעידים שנתקלקל העירוב ע"כ אין להקל בזה. זהו דוחק ויש להביא כמה ראיות הסותרות לזה ולכן שפיר הקשה. אכן כמו כן יש להעיר בדברי התוס' כתובות (דף כ"ו ע"ב) ד"ה אנן אחתינן כו' שכתבו שם ובפ' בכל מערבין גבי תרומה ונטמאה כו' ספק ה"ז חמר גמל ומוקי לה רבה ורב יוסף בשתי כתי עדים ולא מוקמינן לה אחזקה דלא נטמאת אע"ג דתרומה בזה"ז דרבנן היינו משום דעירובי תחומין דאורייתא א"נ שא"ה דאיכא ריעותא דהרי נטמאת לפניך כו' הכא דאיכא שתי כתי עדים לא אמרינן השתא הוא דאיטמי עכ"ל התוס'. ומה שיש להעיר על תירוץ הראשון של התוס' דמה בכך דתחומין דאורייתא כיון דתרומה בזה"ז דרבנן א"כ ממילא הוי סעודה הראויי' לאכילה בה"ש. כבר הקשה כן הפרמ"ג ליו"ד בפתיחה להלכות שחיטה שורש ד' ע"ש ואכמ"ל בזה. והנה מדהקשו התוס' דאמאי לא מוקמינן שם אחזקה דלא נטמאת כמו דמוקמינן אחזקה בכל תרי ותרי בדרבנן. ולא חילקו דשא"ה דיש כנגדו חזקת תחום ביתו מוכח מזה דס"ל להתוס' כתובות דהך חזקת תחום ביתו ולא עירב לא ה"ל חזקה מעליא וכמש"כ התוס' בעירובין (דף ל"ה) שם מתחלה דהך חזקה שלא עירב לא חשיב לי' הש"ס לחזקה. וכמש"כ הריטב"א בעירובין שם להסביר זה דכיון דהניח העירוב עכ"פ ע"כ איתרע לי' החזקה שלא עירב וה"ל הך חזקה דהשתא הוא דאיטמי ע"ש. ולכן שפיר הקשו התוס' בכתובות דנימא שם אוקי אחזקה דהשתא הוא דאיטמי וע"כ מוכח מזה דאף בדרבנן לא מוקמינן על חזקה בתרי ותרי. ותקשה על מש"כ שם דבדרבנן מוקמינן אחזקה בתרי ותרי:

ותירצו התוס' בתירוץ השני דשא"ה כיון דנטמאת לפניך דאף דחזקה דמעיקרא עדיף מן חזקה דהשתא מ"מ בשני כיתי עדים לא מוקמינן אחזקה רק היכא דלא איתרעי החזקה. א"כ חזינן דס"ל להתוס' דכתובות ג"כ דהיכא דליכא חזקה אז אף בדרבנן מחמרינן בתרי

ותרי כמו התם דתרומה בזה"ז דרבנן אף דהוי חזקה דהוי חשוב לחזקה בשארי דוכתי רק לפי דבתרי ותרי בעינן חזקה מעלייתא כו'. א"כ כש"כ היכא דליכא שום חזקה כלל וודאי דמחמרינן בתרי ותרי אף בדרבנן. והתם בדברי התוס' כתובות הלז אין לומר כמש"כ לעיל בדברי התוס' עירובין (דף ל"ה) די"ל דלא כתבו כן רק אליבא דר"מ אבל לר' יוסי דפליג על ר"מ מוכח דס"ל דאף היכא דליכא שום חזקה כלל ג"כ מקלינן בדרבנן אף בתרי ותרי כמש"כ לעיל בארוכה. דבדברי התוס' כתובות אין לומר כן דהא לפי מה דס"ל להתוס' כתובות דהך חזקה שלא עירב והעמידנו על תחום ביתו לא ה"ל חזקה. א"כ לפ"ז י"ל דטעמא דר' יוסי דס"ל שם דספק עירוב כשר זהו משום דהוי התם חזקה שלא נטמאת ואף דהשתא טמאה לפניך עכ"ז הא חזקה דמעיקרא עדיף מחזקה דהשתא בכ"מ. ומה דכתבו התוס' שם דבמקום דאיכא שני כתי עדים שאני ובעינן חזקה מעליא י"ל דס"ל לר' יוסי שלא לחלק כן רק ר"מ ס"ל לחלק כמש"כ התוס'. ולכן אין לנו הכרח להוכיח מן ר' יוסי דיהיה ס"ל להקל בדרבנן בתרי ותרי אף היכא דליכא חזקה כלל די"ל דדוקא התם דיש חזקה דמעיקרא עכ"פ ע"כ ס"ל לר' יוסי כן אבל היכא דליכא שום חזקה כלל מנלן להרבות במחלוקת ולומר דאף בכה"ג פליג ר' יוסי על ר"מ. ולכן באמת מן דברי התוס' כתובות מוכח דלא כמש"כ לעיל. אלא אדרבה מוכח דגם לדינא אין לנו לדון דין ספק דרבנן לקולא אם שני כיתי עדים מכחישים זא"ז היכא דליכא חזקה:

ולפ"ז תקשה גם על דברי התוס' דכתובות כמו שהקשה רע"א בדרוש וחדוש בעירובין כנ"ל דכיון דהוי הכחשת העדים במידי דרבנן א"כ אף היכא דליכא חזקה ג"כ נימא ספק דרבנן לקולא. וכן יש להקשות במש"כ התוס' בב"ב (דף ל"ב ע"א) ד"ה אנן אחתינן כו' דבתרומה דרבנן הקלו בתרי ותרי לאוקמי אחזקה וכן הוא לשון התוס' בכתובות שם ובקידושין (דף ס"ו) דלכן בתרומה דרבנן מקלינן לפי דמה"ת אוקמינן אחזקה רק דהוי ספיקא מדרבנן ע"ש. וקשה הא אף אם אין החזקה לפנינו ג"כ נידון בתרי ותרי בדרבנן להקל משום ספק דרבנן לקולא. [וזהו כעין קושיות רע"א זצ"ל בדרוש וחדוש בעירובין הנ"ל]. וכבר הקשיתי כן בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ה' וכתבתי שם שני תירוצים ותירוץ ראשון הוא דטעמם כיון דנולד ספק עליו גבי מילי דאורייתא דספיקו לחומרא ע"כ ה"ה במילי דרבנן ג"כ ספיקו לחומרא ע"ש. וזה התירוץ לא שייך רק התם גבי תרי אמרי בן גרושה הוא ותרי אחריני אמרי כהן הוא דנולד ספק עליו אם הוא מותר בתרומה דאורייתא וכה"ג. וע"כ שפיר י"ל בזה דכיון דאנו מחמירין על הגוף הזה בדאורייתא ע"כ ראו להחמיר בתרי ותרי אף בדרבנן וכמש"כ שם. אבל בהא דעירובין דהספק הוא רק לענין העירוב אם נטמא מבע"י או לא דאין זה הספק נוגע כלל בדאורייתא כיון דתרומה

בזה"ז דרבנן וכמש"כ התוס' שם ואפ"ה חזינן דכיון דאיתרעי חזקה הראשונה ס"ל לר"מ להחמיר בזה. [ועיין בעירובין (דף ל"ו ע"א) תוס' ד"ה הכא בשני כו' וקצרתי]. הרי דאף בספק שאין נוגע כלל בדאורייתא אפ"ה החמירו בתרי ותרי אף בדרבנן ועפ"ז נסתר התירוץ הראשון שכתבתי בספרי שם. ועיין שם בספרי: ולכן העיקר כהתירוץ השני שכתבתי בספרי שם דלכן החמירו בתרי ותרי אף בדרבנן היכא דליכא חזקה משום דהוי כמו חד בחד דאיקבע איסורא וכעין סברת הכ"מ פ"ח ה' שגגות דע"י הכחשת העדים הוי כמו איקבע איסורא ע"ש. ולכן לא מקלינן בספק דתרי ותרי אף בדרבנן משום דבמקום דאיקבע איסורא מחמרינן בספיקו אף בדרבנן. ומה שכתבתי לעיל להקשות ע"ז דהא ר"מ ס"ל ספק דרבנן להקל אף באתחזק איסורא כמבואר בעירובין (דף ל"ה) שם א"כ עדיין תקשה מ"ט דר"מ וכמש"כ לעיל בארוכה. י"ל דבאמת מזה יהיה סייעתא לסברת הפרמ"ג ביו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס ס"ק כ"א דחד בחד גרע מן ספק איסור שיש לו חזקת איסור ע"ש. ולא הביא ראי' לזה. ולפמש"כ מוכח כן מן הא דחזינן דס"ל לר"מ להקל בספק דרבנן שיש לו חזקת איסור ואלו בתרי ותרי היכא דלא הוי חזקה מעליא ס"ל לר"מ להחמיר בדרבנן כמש"כ התוס' בכתובות ובעירובין. וע"כ מוכח דזה גרע מן ספק שיש לו חזקת איסור וכסברת הפרמ"ג הנ"ל. ומתורץ על נכון קושיות רע"א וצ"ל בדרוש וחדוש לעירובין (דף ל"ה) ובתוס' רע"א במשניות שם: ענף ד:

ונתבאר דלדינא אין לצרף ספק הנולד ע"י תרי ותרי היכא דליכא חזקה. לעוד ספק שני ולדונו בדין ספק ספיקא משום דהא חזינן דהך מילתא דתרי ותרי אין אנו דנין בו שיהיה כמו כל ספק דרבנן דלקולא וע"כ ה"ה דאין לדון בכה"ג לדין ס"ס וכעין מש"כ הש"ך ביו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס ס"ק כ' דמדמין אותם להדדי ועיין שם בש"ך ס"ק כ"ד וקצרתי. ואף לפמש"כ לעיל לדון דמן התוס' עירובין (דף ל"ה) מוכח דר' יוסי פליג בזה על ר"מ וס"ל דאף תרי ותרי בדרבנן אף אם ליכא חזקה ג"כ מקלינן דהא ס"ל להתוס' שם דחזקה שלא עירב ה"ל ג"כ חזקה מעליא וסותרת לחזקה השני' כנ"ל. אבל מן התוס' כתובות (דף כ"ו) הנ"ל מוכח דס"ל לדינא דהיכא דליכא חזקה לא מקלינן אף בדרבנן כנ"ל וכן מוכח מהתוס' ב"ב (דף ל"ב) וקידושין (דף ס"ו) כנ"ל. אך היכא דאיכא חזקה כיון דבכה"ג מקלינן בדרבנן אף בתרי ותרי לכן ה"ה בדאורייתא היכא דאיכא חזקה אף דהוי ספיקא דרבנן מ"מ לא גרע מכל ספק ומצרפינן אותו לספק שני לדון דין ס"ס ואדרבה קילא הך ספק דתרי ותרי מכל ספק דהא היכא דיש חזקה לא נאסר רק מדרבנן. וגם הא כיון דבדרבנן היכא דיש חזקה מקלינן א"כ ממילא מצרפינן אותו לספק שני אף בדאורייתא וכעין מש"כ הש"ך ביו"ד בכללי ס"ס ס"ק כ' כעין זה גבי ספק דרבנן שיש לו חזקת איסור

בשם הרשב"א לדמותן להדדי ע"ש. ובכתובות (דף י"ד) באלמנת עיסה פי' רש"י שזרק לה גט ספק קרוב לה כו'. והקשה הב"ש בסי' ב' ס"ק י"ד על הסוברין דספק בגוף וספק בתערובות לא הוי ס"ס דהא באלמנת עיסה ה"ל ספק בגוף וספק בתערובת ואפ"ה אמרו בש"ס שם דה"ל ספק ספיקא ועיין ברשב"א ובפ"י שם. אבל העיקר מה שנ"ל לתרץ קושיות הב"ש ע"פ דברי התוס' גיטין (דף ע"ח) ד"ה והא א"א לצמצם כו' וא"ת נימא אוקי תרי בהדי תרי ואוקי אחזקת א"א וי"ל דספיקא דרבנן הוא. וכיון דהך מילתא דספק קרוב לה דהיא ספק מגורשת אינו רק מדרבנן משום דמה"ת אמרינן אוקי אחזקת א"א. והא בדרבנן אמרינן ס"ס אף דהוי ספק בגוף וספק בתערובת כמבואר ביו"ד סוף סי' ק"י ובב"ש באה"ע שם ומתורץ קושיות הב"ש. ועיין מזה בספרי נחל יצחק בקונטרס ביאור ספק תקנה ענף ה' בהג"ה שם:

ולפ"ז יהיה מזה ג"כ סייעתא למה שכתבתי לדון דין ס"ס אף אם ספק ראשון הוי ע"י הכחשת תרי ותרי היכא דהוי חזקה המסייע להיתירא ואדרבה בכה"ג עדיפא דאף דהוי ספק בגוף ספק בתערובות ג"כ דייניגן להך ס"ס. [ועיין בשער המלך פ"ז ה' אישות דין ב' מה שהביא שם בשם מוהרד"ב שכתב לדון דין ספק ספיקא בשנים אומרים נתקדשה מרצונה ושנים אומרים נתקדשה באונס כו' ע"ש. וי"ל דשא"ה דהוי להחמיר וקצרתי].

א"כ בנ"ד דיש חזקת כשרות המבררת לנו דלא עבר עבירה מעולם ומה"ת אוקי אחזקת היתר רק דהוי ספיקא דרבנן בהנך תרי ותרי ולכן שפיר יש לדון דין ס"ס ולמסור לו שבועה כיון דע"פ דין מחוייב לישבע א"כ לא שייך בזה לדון להכלל דאין מוציאין ממון ע"י ס"ס. דנ"ד הוי כמו איסורא אם מותר למסור לו שבועה ובאיסורא הא מהני ס"ס וכיון דנתבאר דכה"ג ה"ל ס"ס מעליא ע"כ מותר לישבע וממילא מחייבין לו שבועה הן שד"א והן שבועת היסת הכל ככל דיניהם השייכים להם. וכש"כ לפי מה שנתבאר לעיל בחידושי לסעיף ב' די"ל דמה"ת יכול התובע למסור שבועה להחשוד אף בנשבע כבר לשקר והא דמבואר דאין שומעין להתובע זהו רק מדרבנן. ע"כ בוודאי בנ"ד דיש הכחשת תרי ותרי אם הוא חשוד על ש"ש או לא דבוודאי יכולין להשביעו דהוי ככל מילתא דרבנן דמוקמינן אחזקת היתר אף בתרי ותרי וה"ה בנ"ד על חזקת כשרותו ומחוייב לישבע. וממילא בשד"א אם אינו רוצה לישבע נחתינן לנכסיו וכדין כל שד"א:

וכ"ז בשבועת הנפטרין אבל בשבועת נוטלין כמו בהנך נשבעין ונוטלין דרפ"ז דשבועות כיון דע"פ דין אינן נוטלין כלל אף בשבועה אלא דחז"ל תקנו דיטלו בשבועה ובזה בוודאי הוי השבועה לברר את הספק ולכן היכא שיש לחוש שעבר כבר על ש"ש הדין הוא דאינו נאמן ע"י שבועתו כלל דהוי חשוד לא"ד. ע"כ בהספק שנולד לנו ע"י הנך תרי

ותרי אינו יכול להיות נשבע ונוטל ולהוציא ממון מהמוחזק. דבכה"ג שאנו דנין אם יש לו נאמנות ע"י שבועתו לברר הענין י"ל דכ"ע מודו דאיבד נאמנותו. ואף להתוס' ב"ק (דף ק"ח) וסייעתם דכתבו דחשוד על השבועה לא מיפסל אלא מדרבנן ג"כ י"ל דס"ל דהיכא שנצרך לברר הענין ע"י שבועתו לא מהימן היכא דהוי חשוד. א"כ בספק חשוד לא נאמן להוציא ממון ע"י שבועתו. וגם היכא דהוי הכחשת הנך תרי ותרי אם עבר שארי עבירה דנתבאר לעיל דע"פ דין הא לא איבד נאמנות שלו שע"י שבועתו דחשוד לד"א אינו חשוד לכה"ת רק מדרבנן מיפסל לשבועה מ"מ היכא דבא להוציא ממון ואם אנו נאמר דהוי חשוד אז דינו דאינו יכול ליטול ולהוציא ממון מהמוחזק ע"י שבועתו משום דבכה"ג לא הימנוהו חז"ל להוציא ממון כיון דע"פ דין תורה פטור. וה"ל כמו כל דין ס"ס דאין מוציאין ממון ע"י מהמוחזק משום דאם נימא דיש לו דין חשוד ממילא אין לו זכות כלל בהממון שאנו דנין עליו ואין זה הספק נוגע בהאיסור לבד אלא גם בהממון דהוי ספק בעיקר החיוב של הנתבע אם נתחייב ע"י שבועת תובע ולכן אינו יכול לישבע וליטול. אך היכא דה"ל מן נשבעין ונוטלין באופן שאין השבועה מעכבת להממון שבא להוציא כעין הא דלקמן סעיף ט' ובש"ך לקמן ס"ק י"ד שהכריע דכיון ששטר מקוים בידו גובה בל"ש. ועיין באו"ת שם. בזה י"ל דנותנין לו שבועה אם נולד ספק עליו ע"י תרי ותרי כיון דאף אם לא ישבע יהיה נוטל הממון ועיקר הספק הוא רק לענין איסור אם מותרין למסור לו שבועה. שפיר י"ל בזה דין ס"ס הנ"ל דיכולין להשביעו וממילא מחוייב לישבע כדינו כיון דמותרין ע"פ דין להשביעו כנ"ל. [ועיין בש"ך לקמן ס"ק י"ד מה שכתב לחלק בין נשבעין ונוטלין דאינם נוטלין כלל ע"פ דין ובין הנך דנוטלים ע"פ דין בל"ש רק חז"ל תקנו להשביעם]. וכעין זה ראיתי בט"ז ח"מ סי' פ"ז סעיף כ"ה שכתב המגי' שם בקצרה לחלק גבי שבועת העבד בין נשבעין ונוטלין לנשבעין ונפטרין ע"ש. וזהו כמו שכתבתי לדון לחלק כן בין שבועת נוטלין לנשבעין ונפטרין משום דשאני נשבעין ונוטלין דעיקר זכות התובע הוא רק ע"י שבועתו ולכן היכא דהוי ספק חשוד אינו יכול להוציא מהמוחזק על ידי שבועתו:

והנה לעיל בחידושי לסעיף ב' העליתי דיש לדון דאף להסוברין דגזלן מיפסל מה"ת וכ"כ מי שנשבע לשקר דמיפסל מה"ת לשבועה. די"ל דזה אינו רק לענין שאינו נאמן ע"י שבועתו לברר דאיבד נאמנותו אבל אם התובע רוצה שישבע הנתבע בזה י"ל דמה"ת יכול לומר התובע שישבע הנתבע ורק מדרבנן אין שומעין להתובע. וע"כ בנ"ד דתרי ותרי מכחישין זא"ז אם הוא חשוד על השבועה מחמת שנשבע לשקר מכבר או לא יש לנו לדון דבוודאי יכול התובע לומר שישבע הנתבע כיון דעיקר הספק הוא רק בדרבנן

דהא מה"ת אף בהיה וודאי חשוד יכול התובע לומר כן. ובדרבנן הדין הוא בתרי ותרי דמוקמינן אחזקת כשרות ויכולין אנחנו למסור לו שבועה ואין אנו צריכין לדין ספק ספיקא אלא בספק אחד ע"י הנך תרי ותרי ג"כ הדין הוא דיכול התובע לומר כן. ונתבאר דבתרי ותרי יכול התובע להשביעו ע"פ שני טעמים טעם א' משום ספק ספיקא. טעם ב' משום דבדרבנן מהני חזקת כשרות לברר לנו דהוא כשר. ומצאתי בהרדב"ז ח"ב סי' תשמ"ט שכתב ג"כ דבתרי ותרי אם יש עוד ספק אחר אית לנו למיזל לקולא היכא דיש חזקת פנוי' ע"ש והוא סעד לדברינו. ועיין בהרדב"ז ח"ד סי' ר"ה. וראיתי בתשובת הרא"ש כלל נ"ב סי' ג' ד' שכתב בתרי ותרי דאזלינן בתר רוב נולדים כו' ועוד שיש כאן עדות מוכחשת והוי ספיקא דרבנן עכ"ל. א"כ מוכח דס"ל דבדרבנן מקילן בתרי ותרי אף היכא דליכא חזקה להיתירא ואפשר דשא"ה דנישאת לאחר. והובא זה באה"ע סי' קנ"ז סעיף ה' ועיין בב"ש שם ס"ק ט':

ענף ה:

וכעת ראיתי בבית יוסף ח"מ סי' ל"ד סעי' ה' שהביא בשם תשובת הרשב"א שכתב שחשוד על השבועה אפילו ש"ש אין מוסרין לו שבועה לעולם ושכנגדו נשבע ונוטל כו' וכתב עוד שם ואם יצא עליו קלא דלא פסיק אין חוששין לו ואין מוסרין לו שבועה ואין מוציאין ממון בעדותו דאין מוציאין ממון אלא בעדות ברורה אע"פ שבחזקת כשר היה ואין פוסלין אותו בקלא דעלמא מ"מ מיחש חיישינן לי' ואפילו איתתא מפקינן מנטען בדבר מכוער וקלא דלא פסיק כש"כ זה שאין מוסרין לו שבועה וכש"כ דלא מפקינן ממונא אפומי' כו' עכ"ל. ולדינא קיי"ל דלא כהרשב"א כמבואר בסי' ל"ד סעיף כ"ה דאין נפסל ע"י קול ומוציאין ממון ע"י עדותו וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ס"א וסיים שם וזהו דלא כהרשב"א. וחזינן דשיטת הרשב"א הוא דחיישינן לקלא ואין מוציאין ממון ע"י עדותו וגם אין מוסרין לו שבועה והנה הא דאין מוציאין ממון ע"י עדותו הטעם הוא משום דאלימא לנו חזקת ממונא טובא וכמש"כ הרשב"א דאין מוציאין ממון אלא בעדות ברורה. וס"ל להרשב"א ג"כ דאין מוסרין לו שבועה. ואף דחומרת הרשב"א דמחמיר לחוש לקול אין זה מן דין וודאי רק מספיקא בעלמא דהא לא עדיף הך מילתא דחיישינן לקול יותר מן תרי ותרי כידוע ואפ"ה ס"ל דאין מוסרין לו שבועה. א"כ מוכח מן הרשב"א דלא ס"ל להך שכתבתי לדון דין ספק ספיקא למסור לו שבועה. וכן מוכח דלא סבירי ליה למה שכתבתי לדון בזה דין ספק דרבנן לקולא:

והנה במש"כ לדון דין ספק ספיקא. י"ל דהרשב"א אזיל לשיטתו לפמש"כ הרשב"א בחי' לב"ק (דף ק"ח) להקשות כקושיות התוס' שם ד"ה ותרי כפילי כו' ולא תירץ לתירוץ

התוס' שם דכתבו דחשוד על השבועה מיפסל מדרבנן לשבועה ולא מה"ת. א"כ מוכח דס"ל לדינא דחשוד על השבועה מיפסל מה"ת לשבועה. וכן מוכח מן דברי הרשב"א בחי' רפ"ז דשבועות דכתב דחשוד ה"ל מן הדין לשלם בל"ש משום דה"ל מתוך שאינו יכול להשבע משלם והקשה דל"ל למיתני הך דחשוד על השבועה בכלל הנך דנשבעין ונוטלין. א"כ מוכח דס"ל דחשוד על השבועה ה"ל פסול מה"ת לשבועה. וכמש"כ מזה לעיל הכל בארוכה ע"כ לשיטת הרשב"א לא שייך לדון בזה דין ספק ספיקא משום דאין כאן רק ספק א'. אבל לדידן דמספקא לן דילמא הלכה כשיטת התוס' והמרדכי פ"ז דשבועות ושערי רב אלפס דנתבאר דס"ל דחשוד על השבועה לא מיפסל רק מדרבנן שפיר יש לדון דין ספק ספיקא כמו שנתבאר דיכולים למסור לו שבועה:

אכן לפי מש"כ בטעם השני דיש לדון בנ"ד דין ספק דרבנן לקולא משום די"ל דכ"ע מודו דמה דאין שומעין להתובע להשביעו אין זה רק מדרבנן. בזה יש להוכיח מן דברי הרשב"א דס"ל דגם ע"י קול אין מוסרין לו שבועה דמוכח דס"ל להרשב"א דמה דאין מוסרין שבועה לחשוד הוא מה"ת דאי נימא דזהו רק מדרבנן א"כ אמאי חושש הרשב"א בקול לדון דאין מוסרין לו שבועה והא קול אף אי נימא דחיישינן לקלא מ"מ אינו אלא מן דין ספק א"כ הא ספק דרבנן לקולא. וגם יש להוכיח מן סוגיא דגיטין (דף פ"ט ע"א) דשם המקור דחיישינן לקלא. דמוכח שם דבאיסור דרבנן לא חיישינן לקול והוא דאמרו שם ההוא דנפק עלה קלא דאיקדשא באציפא דתוחלא כו' עיינו רבנן בקידושיה ולא הוי שוה פרוטה. וקשה הא אף בפחות מש"פ חיישינן לקידושין כמבואר בקידושין (דף י"ב) וע"כ מוכח דבקידושי דרבנן לא חיישינן לקול. ועיין ברא"ש בקידושין (דף י"ב) ובאה"ע סי' ל"א בב"ש ס"ק ו' מש"כ פלוגתת הפוסקים בזה וקצרתי. וע"כ כיון דחזינן להרשב"א דהחמיר לחוש לקול דאין מוסרין לו שבועה מוכח דס"ל דמה"ת אין מוסרין שבועה לחשוד ומוכח דלא כמו שכתבתי. ויש להעיר מזה בסנהדרין (דף ס"ג ע"ב) ובאו"ח סי' קנ"ו וביו"ד סי' קמ"ז סעי' ג' ובח"מ סי' קע"ו סעי' נ"א. ויש לחלק וקצרתי:

ועכ"ז אין לסתור מן דברי הרשב"א הלז לכל מש"כ. והוא דמצינו פלוגתת ראשונים אי חיישינן לקול באיסור דרבנן או לא כמבואר ברמב"ם פ' י"ז ה' איסורי ביאה ה' ך' דהרמב"ם כתב דיצא עליה קול שהיא חלוצה אין חוששין לה והראב"ד השיג עליו וס"ל דאף ביצא קול חלוצה חוששין לה כמבואר בהמ"מ שם. וזהו מהא דגיטין (דף פ"ט) דיש גורסין שם חלוצה אין חוששין לה ועיין ברא"ש שם ובקרבן נתנאל ס"ק נ"ח. והמל"מ פ"ט ה' אישות ה' כ"ב הביא בשם תשובת הרב פ"מ ומהראנ"ח דפליגי בדין קלא דסבלונות אם חיישינן וכתב המל"מ לתמוה עליהם דהא זהו מחלוקת בין אבות

העולם דהרמב"ם ס"ל דאין חוששין והראב"ד ס"ל דחוששין. ועיין בתוס' יו"ט סוטה פ"ח משנה ה' ובריטב"א רפ"ג דמכות ובתוס' רע"א בסוטה שם. והך פלוגתא הובא באה"ע סי' ו' סעי' ה' ו' ובב"ש שם ס"ק י"ב דגירסת הרי"ף והרא"ש חלוצה אין חוששין לקול חלוצה משמע דמותרת לכתחלה ועדיף מספק חלוצה והראב"ד ס"ל קול המוחזק בב"ד הוי כבירור ותצא כו' עכ"ל הב"ש שם. ומש"כ לעיל להעיר מהא דגיטין (דף פ"ט) דבקלא דיש למתלי דנתקדשה בפחות מש"פ לא חיישינן. כבר העיר מזה הב"ש בסי' מ"ו ס"ק י"א דאע"ג דקיי"ל דחיישינן שמא ש"פ במק"א ולא תלינן לקולא מ"מ בקול לא מחמירין בזה ועדיף טפי מקול חלוצה עכ"ל הב"ש. והטעם הוא כיון דאף אם ידוע ש"פ במק"א אין זה רק מדרבנן לשיטת כמה ראשונים ולכן בספק שמא ש"פ במק"א הקילו שלא לחוש לקול כיון דאף אם קידשה בפחות מש"פ אין זה רק חומרא כעין תרתי דרבנן וע"כ לא חיישינן לקול בזה אף לשיטת הראב"ד וגם י"ל דמיירי בדבר שאינו מתקיים וכמבואר באה"ע סי' ל"א סעי' ג'. וקצרתי:

ענף ו:

ונראה לענ"ד להוכיח כהסוברין דאף באיסור דרבנן חשו לקול המוחזק בב"ד. דבכתובות (דף כ"ו) אמרו דמוחזק לנו באבוה דהאי דכהן הוא ונפק עליו קלא דב"ג וב"ח הוא ואחיניי' כו' אנן אחתינן ואנן מסקינן ליה. והתוס' שם ד"ה אנן אחתינן כו' העלו דשם קאי בתרומה דרבנן דהקילו בתרי ותרי לאוקמי אחזקה. וכ"כ כתבו התוס' שם לעיל מיני' בד"ה ואסקיני' כו' אי נמי בתרומה דרבנן הקילו וכ"כ התוס' בב"ב (דף ל"ב) ובחידושי הרשב"א לקידושין (דף ס"ו) ע"ש. וכיון דהסוגיא שם מיירי בתרומה דרבנן ואפי' הכי אמרו דאם נפק עליו קלא דב"ג וב"ח הוא ואחתיני' והטעם הוא משום דחשו לקלא להחמיר היכא דיש חשש איסור. הרי להדיא דאף באיסור דרבנן כמו בתרומה דרבנן ג"כ חשו לקלא. ומוכח מזה כשיטת הסוברין דאף בדרבנן חשו לקלא באיסורין. וקשה מזה על שיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דבאיסור דרבנן לא חשו לקול. ואפשר לומר דיפרשו להך ואחתיני' דאמרו כמו שכתוב בצידו של התוס' כתובות שם ד"ה ואסקיני' כו' בזה"ל אי נמי אחתיני' לאו דוקא אלא שירד מעצמו. וכעין זה כתב הריטב"א שם והשמ"ק בשם רש"י והתוס' דפירשו דהך קלא דהתם לא איתחזק בב"ד והך ואחתיני' לאו הורדה גמורה אלא חששא בעלמא. אכן מדברי התוס' שם וכן מדברי הריטב"א שם דאם היה קול המוחזק בב"ד הוי הורדה גמורה ופסול מוכח מזה כהסוברין דאף בדרבנן חשו לקלא. ודוחק לחלק דשא"ה כיון דהיה חשש בהך קול גם בתרומה דאורייתא ע"כ החמירו ממילא לחוש אף בתרומה דרבנן משום קלא. משא"כ ביצא קול שהיא חלוצה

וכן בקול דסבלונות דלא הוי שם שום חשש דאורייתא כלל ע"כ ס"ל דלא חשו לקול וכעין זה החילוק כתבתי בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ה' בד"ה וזהו מוכרח כו' ע"ש. אבל אינו במשמע חילוק זה מפשטות הסוגיא והתוס' שם וקצרתי. ועוד דהא אמרו שם דנפק עליו קלא דבן חלוצה ואחתיני' והא חלוצה הוי רק מדרבנן ואפ"ה אמרו ואחתיני' א"כ מוכח בפשיטות דקול גם בדרבנן חיישינן ונסתר החילוק שכתבתי:

ולפי מה שנתבאר דשיטת הראב"ד והתוס' והריטב"א וחי' הרשב"א לקידושין (דף ס"ו) הנ"ל דס"ל דאף באיסור דרבנן חשו לקול והטעם הוא כמש"כ הב"ש בסי' ו' ס"ק י"ב דס"ל דקול המוחזק בב"ד הוי כבירור ואין דינו כמו ספק דרבנן דלקולא אלא חז"ל החמירו לחוש לקול ותקנו לחוש אף באיסור דרבנן דיהיה דינו כמו וודאי איסור. ע"כ שפיר נכונים דברי הרשב"א בתשובה דס"ל דאף ביצא עליו קלא דלא פסיק שהוא חשוד על השבועה דאין מוסרין לו שבועה דאף דלפי מה שכתבתי דהא דאין מוסרין שבועה לחשוד אין זה רק מדרבנן לכ"ע. מ"מ הא כיון דחזינן דאף באיסורין דרבנן תקנו לחוש לקול א"כ ה"ה בהך מילתא דתקנו חז"ל דאין מוסרין שבועה לחשוד ג"כ דינו ככל איסורין דרבנן דחשו לקול דהוי דינו כמו וודאי איסור. וס"ל להרשב"א דעיקר הך מילתא דמצינו בניטין (דף פ"ט) דחיישינן לקלא. דלאו דוקא באיסורי אישות וזנות ופסולי כהונה חשו לקלא דה"ה בכל איסורין חיישינן לקלא אף בדרבנן כמו דחזינן דאף בתרומה דרבנן חשו לקול. ולפ"ז אין לסתור לכל מה שכתבתי לדון בתרי ותרי המכחישים אם הוא חשוד או לא דמותר למסור לו שבועה משום דבדרבנן מוקמי אחזקה. דשאני קול דהוי דינו כמו וודאי איסור דרבנן וכדחזינן בהא דכתובות (דף כ"ו) דבתרומה דרבנן הקילו בתרי ותרי ובקול החמירו אף בתרומה דרבנן כנ"ל וכמש"כ הב"ש בסי' ו' ס"ק י"ב דקול המוחזק הוי כמו וודאי איסור. אך לפמש"כ הרשב"ם בב"ב (דף ל"ב) והר"נ ספ"ב דכתובות דהך ואחתיני' הוא לפי שמעלה עשו בתרומה ובכהונה להורידו עד שיבדקו. ע"כ אינו ראיה משם לשארי איסורין וקצרתי:

והמשאת בנימין סי' נ"א הביא לדברי הרשב"א בתשובה הנ"ל והקשה דדברי הרשב"א קשה להולמן וכסתרי אהדדי דבתחלה כתב דקלא דלא פסיק אין חוששין לו דמשמע דאין חוששין לקול וכשר לעדות ואח"כ כתב דאין מוסרין לו שבועה ואין מוציאין ממון בעדותו ונדחק ליישב ע"ש. ולענ"ד נראה ליישב דברי הרשב"א והוא דלעיל מיניה כתב הרשב"א שם שחשוד על השבועה כנגדו נשבע ונוטל ע"ז כתב הרשב"א אם יצא עליו קלא דלא פסיק אין חוששין לו. הכוונה דלא אמרינן בכה"ג דשכנגדו נשבע ונוטל דאף דאמרו חז"ל דבאיסורין הוי קול גמור כמו בירור. עכ"ז בממון לא אמרו כן משום דחזקת

ממון אילימא טובא וכמש"כ הרשב"א שם דאין מוציאין ממון אלא בעדות ברורה. וכעין זה אמרו בגיטין (דף פ"ט) הקדיש פ' נכסיו אין חוששין להן והטעם הוא משום דבממון לא מהני קול להוציא מהמוחזק וע"כ יכול לומר דהנני אינו חשוד ולא שייך ביה מה דאמרו חז"ל בחשוד דכנגדו נו"נ רק לענין דאין מוסרין לו שבועה שפיר יש לחוש אף לקלא משום דבמקום איסור חיישינן לקול. וסיים דאין מוציאין ממון בעדותו הטעם הוא משום דחזקת ממונא מסייע להמוחזק ע"כ אין כח להעד שיצא עליו קלא דל"פ להוציא ממון. ולכאורה יש להקשות על דברי הרשב"א דס"ל דלאו דוקא באיסורי אישות מן א"א ופסולי כהונה חשו לקול דה"ה בכל האיסורין חיישינן לקול א"כ אמאי אמרו בגיטין (דף פ"ט) הקדיש פ' נכסיו אין חוששין לאסור נכסיו עליו כמש"כ רש"י שם. וקשה הא יש לחוש לאיסור מעילה ואף דלענין הוצאות ממון מרשותו לרשות הקדש י"ל כיון דלהוציא ממון מהמוחזק אין סומכין על הקול ע"כ א"ש זה. אבל אכתי תקשה דיאסרו הנכסים עליו. ויש לחלק בכמה גווני. והעיקר מה די"ל דשאני הקדיש נכסיו כיון דאומר ברי לי שלא הקדשתי הנכסים א"כ יש לו מיגו דאי בעי מיתשל אהקדישו כעין דאמרו ביבמות (דף פ"ח) אי דידי' משום דבידו לאיתשולי עלי'. ודוקא אם עדים מעידים בפנינו דהקדיש נכסיו והוא מכחישם אינו נאמן במיגו משום דהוי מיגו במקום עדים דקיי"ל דלא אמרינן אבל במקום קול בוודאי נאמן במיגו להכחיש להקול לכ"ע. [ועיין בב"ב (דף ל"א ע"א) ושם (דף ל"ג ע"ב) וקצרתי]. אבל אין לומר הטעם בזה דלפי שאומר ברי לי שלא הקדשתי ע"כ אין אנו יכולים לאסור נכסיו עליו ע"י הקול דנאמן ע"ע נגד הקול. דז"א דהא ע"י קול מפקינן מן הנטען אף דהנטען והאשה אומרים ברי מ"מ אסרינן אותם ע"י הקול. ע"כ העיקר כמש"כ דשא"ה דיש לו מיגו דבידו לאיתשולי. יותר אין לי להאריך לפי שאכ"מ: ובירושלמי שבועות פ"ז ה' א' אמרו דאין ב"ד מוסרין שבועה לעבד וכמש"כ הט"ז בסי' פ"ז סעיף כ"ה והמגי' שם לפרש להירושלמי הלז ואף דלא הוי וודאי גזלן וכה"ג מ"מ פסלו אותו לשבועה א"כ לכאורה הוא סתירה לכל מש"כ. ועיין בתשובת רדב"ז ח"ג סי' תפ"ט. אך לפמש"כ המגיה שם לפרש דיש לחלק דשא"ה דמיירי בנשבעין ונוטלין וע"כ אין זה שום שייכות לענינינו וכמש"כ לעיל לחלק כן. ועוד דהא שאני עבד דהוא בחזקת גנב וקוביוסטוס כמבואר בב"ב (דף צ"ג) וכתובות (דף נ"ח) והוי כוודאי גזלן וכמש"כ המגיה שם. וע"כ אף בנשבעין ונפטרין אינו נשבע העבד. אך עיקר דברי המגיה הנ"ל הוא מחלוקת החלקת מחוקק והב"ש בסי' י"ז סעיף ג' דבח"מ שם ס"ק ט' כתב דלכן עבד כשר לעדות אשה דאף דאמרינן בכ"ד דסתם עבדים פרוצים בעבירות כמו שאמרו נמצא גנב וקוביוסטוס הגיעו וכמש"כ הרמב"ם פ' ט"ו הל' מכירה כו' דישראל

בעל עבירה גרע מעבד אף שהוא בחזקת בעל עבירה עכ"ל. והמראות הצובאות שם כתב לפרש דברי הח"מ הלז דאף דאמרו דסתם עבדים הם בחזקת גנבים וכהנה עכ"ז אינו עומד זה נגד חזקת כשרות שיש לכאו"א דאלים טובא ע"ש. ולפ"ז יש לדון דעבד לא הוי וודאי חשוד רק ספק חשוד דרבנן עשאוהו לספק חשוד וכמש"כ המה"צ שם. לכן יכול לישבע שבועת הנפטרין וכ"ז לדברי הח"מ. אבל הב"ש שם ס"ק י' כתב דסתם עבד פסול מה"ת מחמת עבירה ושם מיירי בידוע שהוא כשר עכ"ל הב"ש. וכדבריו משמע כן בב"ב (דף צ"ג) דאמרו דכולהו עבדים הכי איתנהו וכמבואר כן בח"מ סי' רל"ב סעיף י' שכל העבדים בחזקת שיש להם כל הרעות וכ"כ הרמב"ם פ' ט"ו הל' מכירה ע"כ העיקר כהב"ש. ובדברי המה"צ הנ"ל יש לדון טובא ואכ"מ. ולכן העיקר דאף לישבע וליפטר אין מוסרין שבועה לעבד וכמש"כ המגיה דהוי כמו וודאי חשוד ואין זה סתירה לדברינו שכתבנו דספק חשוד יכולין למסור לו שבועה ולהפטר:

ד (שם סעיף ב):

וראיתי בכנסת הגדולה ס"ק ו' על מש"כ הטור דאם אמר התובע אקבל שבועתו אע"פ שהוא חשוד אין שומעין לו. דלאו דוקא ודאי חשוד אלא אפילו ספק חשוד כגון שנשבע שאוכל ולא אכל דלדעת רש"י לא הוי חשוד ולדעת ר"ת הוי חשוד אין שומעין לו הרש"ך עכ"ל הכנה"ג. ועיין שם לקמן ס"ק ט' שכתב דבספק חשוד לא מפקינן ממונא וכתב כן בשם הרשד"ם ח' ח"מ סי' קע"ה וסי' קפ"ג:

והטעם ברור דדוקא בחשוד ודאי תקנו שכנגדו נו"ן משום דכיון דפשע בוודאי שנעשה חשוד שאין שבועתו מבררת לנו ע"כ תקנו שכנגדו נו"ן אבל בספק חשוד יכול לומר קים לי דשבועתי דינה ככל שבועות הכשרים דמבררות לנו וע"כ אין מוציאין ממון ממנו. אבל במש"כ הכנה"ג דבספק חשוד פטור הנתבע משבועה ואין שומעין להתובע שאומר אקבל שבועתו וכ"כ הרשד"ם סי' קע"ה. א"כ מוכח מזה דס"ל דלא כמש"כ. ולכאורה יש לסתור עפ"ז לכל דברינו שהעלינו לדון דבספק חשוד אם אומר התובע שישבע הנתבע דנשבע ומוסרין לו השבועה:

אבל באמת אין זה סתירה לדברינו והוא דבספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ה' כתבתי בדברי התוס' כתובות (דף כ"ו) וקידושין (דף ס"ו) וב"ב (דף ל"ב) דכתבו דלכן בתרי ותרי בתרומה דרבנן הקילו משום דמוקמינן אחזקת היתר. והקשיתי דלמה לא אמרו בלא"ה דבדרבנן ספיקו לקולא אף היכא דליכא חזקה וכתבתי די"ל דטעמם כיון דנולד הספק עליו לגבי מילי דאורייתא דספיקו לחומרא ע"כ ה"ה גם במילי דרבנן ספיקו לחומרא ולכן הוכרחו התוס' לומר דאוקי אחזקת היתר דבזה מקלינן בדרבנן אף דלגבי דאורייתא

מחמרינן ולא מוקמינן אחזקה מ"מ הא מה"ת גם בדאורייתא מוקמינן אחזקה. וכעין זה כתב רע"א זצ"ל בתשובה בפסקים סי' ס"ד דבספק בכור אסור להטיל בו מום דדנין מזה על זה כיון דלענין גיזה ועבודה הוי הספק בדאורייתא גם הטלת מום דרבנן אסור ודוקא בשני חתיכות ובשני גופין אין דנין מזה על זה אבל בגוף א' אף דהוי שני ענינים מחולקים דייניגן מזה ע"ז ע"ש. ועיין בתשובת רע"א סי' מ"ט. וגם בספיקא דדינא הוכיח רע"א שם בתשובה לסי' ס"ד דדייניגן מן זה על זה וכ"כ הפרמ"ג ליו"ד סי' ק"י בכללי ספק ספיקא סוף ס"ק א' בשם הכנה"ג דגם בפלוגתא דרבוותא דייניגן מזה ע"ז ע"ש. ועיין בש"ש שמעתא ג' פ' י"ח ושמעתא ד' פ"ג ובשער המלך ה' מקוואות פ"י כלל ו' וקצרתי. וזה מבואר בהפוסקים דכתבו לדון דבספיקא דדינא לא שייך לדון אוקי אחזקה דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין כמש"כ רע"א זצ"ל בסי' ל"ז בשם הכנה"ג ליו"ד והש"ג והמל"מ פ"ב ה' טומאת צרעת וכ"כ התבואות שור ליו"ד ריש סי' כ"ט בשם הפר"ח. וכ"כ הפרמ"ג ליו"ד סי' כ"ג ס"ק ח' בשם הכנה"ג והפר"ח והתב"ש ע"ש ובמחודשים לספק ספיקא אות ד' וקצרתי:

ואחרי הדברים האלה אין שום סתירה מן דברי הכנה"ג והרשד"ם לדברינו. והוא דהרשד"ם והכנה"ג מיירי התם בספיקא דפלוגתא דרבוותא אם הוי חשוד בשבועה דלהבא להיות פסול לעדות ולשבועה או לא. וכיון דהספק נולד גם בדאורייתא לענין אם נאמנים להעיד וכן אם שבועתם מועיל לברר היכא דצריכים לישבע למען בירור הענין דבזה הדין הוא דספיקו להחמיר ע"כ ה"ה במה דנולד לנו הספק אם מותרין למסור לו שבועה או לא דאף דבארתי די"ל דלכ"ע אין זה רק מדרבנן מ"מ לא דייניגן בזה ספיקו לקולא כיון דמחמרינן בספיקו הנולד לנו בדאורייתא ע"כ דייניגן מזה על דרבנן ג"כ דיהיה ספיקו לחומרא כיון דהכל הם בגוף אחד. ואף דתיכף כשנולד עליו הספק בדאורייתא כמו כן נולד עליו אז הספק מיד בדרבנן ג"כ מ"מ גם בכה"ג דייניגן מן דאורייתא על דרבנן וכמש"כ רע"א זצ"ל בסי' ס"ד הנ"ל להוכיח ולדון כן במה דאסור להטיל מום בבכור ספק כמש"כ שם ואף דהתם ג"כ בעת לידת הספק עליו נולד אז הספק מיד אם מותרין להטיל בו מום ואפ"ה דייניגן כן וה"ה בנ"ד כיון דהוי הכל בגוף אחד. וכ"ז בספיקא דדינא דלא שייך לדון בזה אוקי אחזקה וכמש"כ הכנה"ג בעצמו וש"פ הנ"ל. אבל בנ"ד בספק הנולד ע"י תרי ותרי כיון דיש שם אוקי אחזקת כשרות לברר המעשה איך היה ע"כ שפיר כתבתי דמותרין למסור לו שבועה אם ירצה התובע דבכה"ג לא דייניגן מן דאורייתא על דרבנן וכמש"כ התוס' והרשב"א וש"פ לדון כן בתרומה דרבנן דאוקי על חזקת היתר אף דנולד הספק גם בתרומה דאורייתא וכה"ג וכמו שנתבאר. ע"כ

ה"ה בחששא דרבנן דתקנו דאין מוסרין שבועה לחשוד אף אם ירצה התובע שישבע החשוד. דכיון דהוי ספק ע"י הכחשת תרי ותרי אם הוי חשוד או לא א"כ בספק בהמעשה שנולד לנו יש לנו לאוקמי אחזקת כשרותו כיון דהוי מידי דרבנן לפי מה שנתבאר. ע"כ י"ל דגם הרשד"ם והכנה"ג יודו לכל מש"כ ואינו שום סתירה מדבריהם לכל מה שכתבתי ב"ה. ולפי מה שנתבאר הדין הוא דבספיקא דדינא אם הוי חשוד לשבועה דאין מוסרין לו שבועה כלל. אבל בתרי ותרי דיש לנו לדון אוקי אחזקת כשרות בזה הדין הוא דמוסרין לו שבועה אם ירצה התובע להשביעו וכנ"ל:

היוצא לנו מכל מה שנתבאר בתרי ותרי המכחישים אם הוא פסול לעדות דאף אם הוא בפסול דרבנן ג"כ אין מוציאין ממון בעדותו ודלא כהאו"ת בסי' ל"ד ס"ק כ"ז. ולענין אם למסור לו שבועה אם הוא מן הנשבעין ונפטרין מוסרין לו שבועה הן שד"א והן שבועת היסת כדינו אף אם הכחשתם הוא אם נשבע כבר לשקר או לא. ובנשבעין ונוטלין אינו נשבע ליטול וכ"ז בהכחשת תרי ותרי דיש לדון אוקי אחזקת כשרות אבל בספיקא דדינא אם הוא חשוד אין מוסרין לו שבועה כלל וכמש"כ הכנה"ג והרשד"ם. וגם נתבאר בכל תרי ותרי המכחישין אם הוא בדרבנן הדין כן אם הספק נוגע גם בדאורייתא אז אף בדרבנן ספיקו להחמיר אם אין חזקת היתר לפנינו רק אם חזקת היתר לפנינו אז בדרבנן מוקמי אחזקת היתר. והיכא דאין הספק נוגע בדאורייתא רק בדרבנן הנה לשיטת התוס' עירובין (דף ל"ה) מוכח דספקו לקולא אף אם ליכא חזקה אבל לשיטת התוס' כתובות (דף כ"ו) מוכח דס"ל דאם ליכא חזקה כלל דאזלינן לחומרא גם בכה"ג. ומן תשובת הרא"ש כלל נ"ב סי' ג' נראה דס"ל דבדרבנן מקלינן אף בהכחשת תרי ותרי אפילו ליכא חזקה וכמש"כ לעיל:

ואחר כותבי כ"ז ראיתי מה דיש לעיין עדיין בהענין שכתבתי בענף ט' נידון חשש קול בחלוצה דרבנן דשיטת הרמב"ם פ' י"ז הל' איסורי ביאה דלא חיישינן לי' וכמש"כ המ"מ שם טעמו דחלוצה שהיא מדבריהם לא חשו לקול והעירותי ע"ז מן הא דכתובות (דף כ"ו) דנפק עליו קלא דב"ג או בן חלוצה ואחתיני' והא חלוצה דרבנן לא חיישינן לקול וגם הא מיירי התם בתרומה דרבנן אך לפמש"כ התוס' שם ד"ה ואסקיני' כפי הנרשם שם בצידו דהך ואחתיני' לאו הורדה גמורה אלא חששא בעלמא וכעין מש"כ הריטב"א שם והובא לעיל א"ש וכפי כל מש"כ לעיל בענף טי"ת. ועדיין יש להעיר בזה מן דברי הרמב"ם פ' כ' הל' איסורי ביאה הל' ט"ז שכתב דמי שהוחזק אביו כהן ויצא עליו קול שהוא ב"ג או חלוצה חוששין לו ומורידין אותו כו'. וכ"כ הטוש"ע אה"ע סי' ג' סעי' ז' בהך לישנא ע"ש. ומשמע מזה דס"ל לפרש להך ואחתיני' דהוא הורדה גמורה וקשה הא

הרמב"ם ס"ל דבחלוצה שהיא מדרבנן לא חשו לקול וכן הוא באה"ע סי' ו' סעי' ה' וכתב הב"ש שם ס"ק י"ב דמותרת לכתחלה ועדיף מן ספק חלוצה. ומצאתי במחנה אפרים הל' אישות סי' ד' שהקשה זה ותירץ ע"פ דברי הר"נ פ"ב דכתובות דהא נחתינן לי' ע"פ הקול היינו משום דמעלה עשו בתרומה עכ"ל. ואין תירוצו מספיק דהא בכל מקום מחמרינן יותר בפסולי נשים לכהונה יותר מן אכילת תרומה כמבואר בכ"ד וגם הא בנושא לאשה שהיא בחשש חלוצה יש לחוש להבנים שיוולדו שיאכלו תרומה:

ולכן נלע"ד ליישב דברי הרמב"ם והש"ע ע"פ דברי השמ"ק בב"ב (דף קל"ה) שכתב דבהך דכתובות דמוחזק לנו באבוה דהאי דכהן הוא ונפק עליו קלא דב"ג וב"ח ואחתיני' אף דלא הוי קול גמור ג"כ חיישינן משום דלית לי' חזקה דגופא רק חזקה דאבהתי' משום הכי חיישינן לקלא לברר הדבר אבל באשה שכבר היתה בחזקת ודאי כי ההיא דגיטין לא חיישינן לקלא דעלמא לאוסרה עד שיגיעו לדבר הברור כדכתיבנא עכ"ל השמ"ק. ועיקר חילוקו הוא דדוקא היכא דמה שאנו דנין עליו יש לו חזקה מחמת עצמו בזה לא חיישינן כ"כ לקול שאינו גמור. אבל היכא שאין לו חזקה מחמת עצמו רק משום חזקת אבותיו בזה חשו אף לקול שאין בו ממש כ"כ. ואף דבאמו של האיש שאנו דנין עליו יש למידן עליה ג"כ אוקי אחזקה דכשירה לכהונה ולא נתגרשה ונעשית חלוצה מ"מ כיון דאין אנו דנין עליה כעת רק על בנה ע"כ לא אילימא כ"כ חזקה שלה להיות לחזקה מעליא על האיש שדנין עליו ואף שיש לו חזקת אבהתא מ"מ כיון דאין לו חזקה מחמת עצמו ע"כ החמירו בכה"ג לחוש לקול ביותר כן הוא קוטב דברי השמ"ק. וי"ל דכעין זה נתכוין רש"י בקידושין (דף ס"ו) ד"ה סמוך אהני כו' ואי אמרת אוקי תרי כו' ה"מ אי הואי איהי קמן והיתה באה לב"ד להתירה אבל בנה הנידון אין לו חזקה דכשרות כו' והתוס' שם ובכתובות (דף כ"ו) הקשו דתיהני לי' חזקה דאימי' דהא לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה. אבל באמת י"ל דס"ל לרש"י לחלק כעין דברי השמ"ק הנ"ל דדוקא התם במה שאמרו לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה דאנו דנין שם גם על האם עצמה וכיון דיש להאם חזקה דעצמה ע"כ ממילא מועלת חזקה שלה להכשיר בתה. אבל הכא בתרי אמרי אשתבאי כו' דאין אנו דנין על האם שאינה לפנינו ע"כ אינו מועיל חזקת האם לבנה. והא דאמרו בכתובות (דף כ"ו) דאנן אחתינן ואנן מסקינן דאוקי תרי להדי תרי ואוקי גברא אחזקתי'. הא פירש רש"י בכתובות (דף כ"ו) שם דאוקמינן אחזקי' קמייתא דאסקינן ע"פ עד הראשון שהוא נאמן כו'. א"כ י"ל דזה מקרי ג"כ כעין חזקה מחמת עצמו דמועלת אף במקום תרי ותרי. אבל התם בקידושין גבי תרי אמרי אישתבאי כו' כיון דאין לו חזקה מחמת עצמו לא אילימא לי' חזקה דאבהתי' במקום תרי ותרי וכעין סברת

התוס' בכתובות (דף כ"ו) ד"ה אנן אחתינן כו' באה"ד שם שכתבו אע"ג דלגבי מקוה אמרינן השתא הוא דחסר הכא דאיכא שתי כתי עדים לא אמרינן השתא הוא דאיטמי כו' עכ"ל. משום דבמקום תרי ותרי בעינן לחזקה מעליא ביותר וקצרתי. ומצאתי קצת מעין זה בהפלאה כתובות (דף כ"ו) בתוס' ד"ה אנן אחתינן כו' שכתב בקצרה לתרץ דברי רש"י כמש"כ ע"ש:

וע"פ הדברים האלה יש ליישב למה שכתבתי לעיל בענף ב' לתרץ לדברי התוס' דכתובות (דף כ"ב) שכתבו לדון בתרי ותרי על האיש שאנו דנין עליו לומר אוקי אחזקת כשרות דאף דקיי"ל דהוי ספיקא דרבנן מ"מ ס"ל להתוס' דשא"ה דיש לנו רוב ואוקי אחזקה ביחד דבכה"ג לא החמירו רבנן לדון דיהיה ספיקא דרבנן. והקשיתי ע"ז מהא דכתובות (דף כ"ו) דנפק עליו קלא דב"ג וחלוצה דאמרינן אוקי תרי בהדי תרי וה"ל ספיקא דרבנן במילי דאורייתא. והא התם ג"כ יש לנו רוב ואוקי אחזקה כו' כמש"כ שם בארוכה. ובאמת לפי מש"כ כעת יש לחלק ביניהם דשא"ה דאין אנו דנין על אבי' רק על האיש שלפנינו ע"כ לא מהני בזה הרוב וחזקה הנ"ל כ"כ במקום תרי ותרי וא"ש לדברי שכתבתי שם. ועפ"ז יש לומר דלזה נתכוין המהרש"ל בכתובות (דף כ"ו) בתוס' ד"ה אנן אחתינן כו' שכתב אולי יש לחלק דלפסול את האדם ולעשותו רשע בע"כ אחזוקי ברשיעי לא מחזקינן ועיין במהרש"א עכ"ל. וי"ל דנתכוין לכל מש"כ שם בארוכה להסביר זה. ומה דתקשה עליו דא"כ גם בהא דנפק עליו קלא דב"ג וחלוצה נימא ג"כ דאין סברא להחזיק לאבי' לרשע דנשא גרושה וחלוצה דאחזוקי ברשיעי לא מחזקינן. [ואי דנימא שנשא אותה בשוגג זהו ג"כ לא שכיח]. אבל לפי מש"כ א"ש דכיון דאין אנו דנין על האב דאינו לפנינו ע"כ שפיר אמרו דה"ל ספיקא דרבנן כן י"ל בכ"ז. ולפ"ז גם מן דברי המהרש"ל ראיה להחילוק הלז. ועכ"ז שפיר כתבתי שם דדוחק לחלק כן ולתרץ עפ"ז לשיטת התוס' דהא התוס' בקושייתם על רש"י מן הא דמכשיר בה מכשיר בבתה חזינן דלא נחתי לחילוק הלז. ואם כי יש עוד עדיין לדון ולבאר בארוכה דהתוס' מודים לזה אך זה צריך ביאור דברים הרבה וקצרתי:

ועכשיו דאתינן להחילוק שכתב השמ"ק לחלק כן בענין קול דשאני היכא דיש לו חזקת הגוף מצד עצמו דבזה לא חשו כ"כ לקול שאינו גמור משא"כ מי שאין לו חזקה דעצמו רק חזקת אבותיו בזה חשו אף לקול שאין בו ממש כ"כ. כמו כן יש לחלק ולתרץ לדברי הרמב"ם דס"ל דיצא עליה קול שהיא חלוצה דלא חיישינן וכמבואר בגיטין (דף פ"ט) לפי גירסתם דיצא קול חלוצה לא חיישינן דכיון דיש להאשה חזקה דעצמה ע"כ לא חשו בזה אף לקול גמור כיון שהוא מדבריהם. אבל בהא דכתובות (דף כ"ו) דמוחזק באבוה

דכהן הוא ואין לו חזקה דעצמו דהא יש לנו לחוש דנולד בפסול ואביו הא אינו לפנינו וכן אמו אין אנו דנין עליה. ע"כ לא מהני בי' כ"כ חזקה דאביו ואמו ובכה"ג חשו לקול אף בדרבנן וכדאמרו דנפק עליו קלא דבן חלוצה ואחתיני'. ומזה הסוגיא הוכיח הרמב"ם לדינו כפי שכתב. וא"ש בפשיטות דברי הרמב"ם והטוש"ע הכל על נכון ב"ה:

ה (שם סעיף ג'):

וכן הפסול לעדות כו' דשמא ספק מלוה ישינה כו'. וכתב האו"ת בשם הר"נ דאם מחל לו כל תביעות שיש לו עד היום הזה דאז אין שייך להשביעו משום ספק מלוה במקום דלא שייך אשתמוטי כו' וכ"כ הנימוקי יוסף והריטב"א בב"מ (דף ו'). והובא כן בקצה"ח ס"ק ג' וכתבו ולפ"ז צריך הדיין לדקדק היכא שנתנו פטורים זה לזה עד היום כו'. והנתיבות ס"ק ב' כתב לחלוק עליהם דהא מ"מ י"ל שמא מסופק בטענה שטוען הנתבע כגון שטען פרעתיך והתובע מכחישו י"ל ששכח ומסופק לכך טוען בברי עד שיזכור ושם בב"מ לא מצי אמר כך דשם קאי על השבועה שתיקנו שלא יהיה כ"א הולך ותוקף דמשום שנים אוחזין דאומר בדדמי לא תיקנו שבועה רק משום חשש דלא יהיה תוקף במזיד וע"כ צ"ל משום ספק מלוה ישינה משא"כ הכא עכ"ל הנתיבות:

ענף א:

והנה גוף הסברא שכתב הנתיבות דעדיין יש לחוש שמא מסופק הבע"ד בעצם הטענה שלו יפה כתב אך מש"כ לתרץ מה שתקשה לפ"ז דה"ל להש"ס לומר כן בב"מ בשבועת המשנה שם דישבע שאין לו בה פחות מחצי' דהטעם הוא משום דשמא נולד לו ספק בעיקר הדבר אם הוא הגבי' תחלה או חבירו הגבי' מקודם וכן במקח וממכר:

ותירץ משום דלא שייך לפ"ז הטעם דאמרו דשלא יהיה כ"א הולך ותוקף כו'. זה אינו ברור כ"כ דהא כמו דאמרו שלא יהיה כ"א הולך ותוקף בשביל ספק מלוה כמו כן יש לומר שלא יהיה כ"א הולך ותוקף בשביל איזה ספק שיוולד לו בגוף החפץ ע"פ איזה ענין. ואפשר דכיון דזהו לא שכיח כ"כ ע"כ לא שייך כ"כ לתקן שבועה משום שלא יהיה הולך ותוקף. אבל זה דוחק וכן ראיתי באו"ת ס"ק ד' שהעיר קצת מזה:

אכן לענ"ד נראה לבאר כיז באופן אחר ונקדים לדברי האו"ת בסי' ע"ה ס"ק ו' שהוכיח מן הא דאביי דשמא ספק מלוה ישינה כו' דמוכח מזה דספק פרעון קודם להלוואה ה"ל כאיני יודע אם פרעתי דאל"כ הא ה"ל כאיני יודע אם נתחייבתי דפטור וכבר העירותי ע"ז מהא דב"ב (דף קל"ה) דאביי אית לי' דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב וכמש"כ התוס' בכתובות (דף י"ב ע"ב) ד"ה רב הונא כו' דאביי אית לי' מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב כמבואר בב"ב (דף קל"ה) ע"ש. אך יש להוכיח מן תוס' שבועות

(דף מ"ז ע"ב) דס"ל דאביי סובר מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור דזה לשון התוס' שם בד"ה אי אמרת בשלמא אביו כה"ג מחייב. תימא למ"ד בפ' השואל מנה לי בידך דברי עדיף היכי מוקי להאי קרא כו' וי"ל דמוקי לה כרב ושמואל דבסמוך כו' עכ"ל. ויש להקשות דמה יענו אליבא דאביי דאית לי' מנה לי בידך והלה אומר א"י דחייב וס"ל לאביי בב"מ (דף ל"ד) כר' אבא דפליג על רב ושמואל וס"ל דדיינינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכמו שהקשו התוס' בכתובות (דף י"ב) הנ"ל כן אליבא דאביי. וכן מבואר בשבועות (דף ל"ב) דאמר אביי הכל מודים בע"א דר' אבא דאמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וע"כ מוכח דהתוס' בשבועות ס"ל דיש לומר אליבא דאביי דס"ל דמנה לי בידך והלה אומר א"י פטור ולכן איצטריך קרא דשבועת ד' לחייבו באומר נון ידענא ונון לא ידענא משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. והא דב"ב (דף קל"ה) דאביי אמר לעולם אימא לך חייב כו' הכוונה הוא לדחות הוכחת רבה דאמר שם זאת אומרת מנה לי כו' פטור. די"ל דאין להוכיח כן מן המשנה דיש מקום לדחות זה ההוכחה דשאני הכא דכמנה לאחר כו'. אבל לעולם לדינא י"ל דס"ל לאביי דחזקת ממונא עדיף מן מעלת ברי. והתוס' שבועות חולקים על שיטת התוס' בכתובות דכתבו דאביי ס"ל מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב. ולפ"ז אתי שפיר דברי האו"ת בסי' ע"ה הנ"ל דמוכיח מן מימרא דאביי דשמא מלוה ישינה דספק פרעון קודם להלואה חייב דה"ל כאיני יודע אם פרעתי. ושם בחידושי לסי' ע"ה כתבתי לחלק דשא"ה בתופס חפץ ע"ש:

ולפ"ז יש לדון בשנים אוחזין בטלית דאם אחד טוען ברי דכולה שלי והשני טוען שמא הוא הגבי' תחלה וכה"ג במו"מ דכיון דכ"א נחשב למוחזק על החצי. א"כ כמו דבמנה לי בידך והלה אומר איני יודע חזקת ממונא עדיף ה"ה בכה"ג דאף דחבירו טוענו בברי מ"מ כיון דאיהו מוחזק אזלינן בתר חזקת ממונא אף דהנתבע טוען שמא. ואף בממון דשניהם מוחזקים בו דינו ג"כ דעל המחצה דטוען המוחזק שמא אמרינן חזקת ממונא עדיף כמבואר בב"מ (דף קט"ז ע"ב) בתוס' ד"ה לימא תיהוי תיובתא דר"נ כו' בסה"ד:

ועיין בתוס' ב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה לימא תיהוי תיובתא דר"נ כו'. וכיון דנתבאר דאביי ס"ל דמנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור דחזקת ממונא עדיף וכדמוכח מן תוס' שבועות (דף מ"ז) הנ"ל. ע"כ שפיר יש לנו לדון כסברת הנתיבות דאף במחל לו כל הטו"ת שעד היום הזה ג"כ צריך לישבע דלא דיינינן לומר מיגו דחשוד כו' דאמרינן שמא נולד לו איזה ספק בעצם טענתו שטוען לפנינו כעת. והא דלא קאמר אביי כן זהו דהא אביי קאי התם עיקר מימרא שלו על מתניתין דשנים אוחזין. ושם אפילו נימא דשמא

תופס הטלית בשביל מה דנולד לו ספק שמא הגבי' הוא תחלה וכן במו"מ דשמא נתרצה המוכר למכור לו מקודם. א"כ לפ"ז באמת א"צ להחזיר את מה שתופס בידו לחבירו כיון דחזקת ממונא עדיף. ולפ"ז אין לנו להשביעו כלל כיון דאף לפי דבריו דמספקא לי' בזה הדין עמו. ולכן הוכרח אביי לומר דשמא ספק מלוה ישינה כו' ואז באמת אם יודה שתופסו משום ספק מלוה ישינה יצטרך להחזיר לחבירו משום דה"ל כמו ספק פרעון קודם להלואה וכמש"כ האו"ת בסי' ע"ה או כמש"כ בחידושי שם דשאני בתופס חפץ. וע"כ דינו כמו איני יודע אם פרעתי ולכן שפיר שייך להשביעו משום ספק מלוה ישינה אבל אם לא היה שייך לומר ספק מלוה ישינה רק שמא מספקא לי' בעצם ענין טענתו במה דטוען כולה שלו אז לא שייך להשביעו כיון דאם יהיה האמת כן הדין עמו וא"צ להחזיר:

ולא מבעיא לפי מש"כ שיטת התוס' בשבועות (דף מ"ז) דס"ל דאביי סובר דמנה לי בידך והלה אומר א"י פטור כו' ואף לפי שיטת התוס' בכתובות (דף י"ב) דכתבו להוכיח מן ב"ב (דף קל"ה) דאביי ס"ל מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב. מ"מ שפיר יש לומר דלכן הוכרח אביי לומר שמא ספק מלוה ישינה דאם היה אומר דשמא נולד לו ספק בעצם טענתו. אכתי היה תקשה למאן דס"ל מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור דהא זהו פלוגתת אמוראי בכמה דוכתי. וכש"כ לפי מה שכתב השמ"ק לב"מ (דף ו') דמה דאמר אביי שמא ספק מלוה ישינה אתי לפרש לדברי ר' יוחנן דאמר דתקנו שבועה שלא יהיה כ"א הולך ותוקף כו' דכוונת ר' יוחנן הוא שלא יהיה תוקף משום ספק מלוה ע"ש. ור' יוחנן אית ליה דמנה לי בידך והלה אומר א"י פטור כמבואר בב"ק (דף קי"ח) וב"מ (דף צ"ז) ובשא"ד ע"כ אמר שמא ספק מלוה ישינה כדי דיהיה אתי שפיר לכולי עלמא. ולכן לדינא שפיר יש לנו לומר דאף היכא דלא שייך להשביעו משום ספק מלוה ג"כ משבעינן ליה משום ספק שמא מספקא ליה בעצם הענין היכא דהדין דאינו נוטל ומחזיק מספק כפי שיבואר:

כ"ז כתבתי מכבר וכעת ראיתי דיש לפקפק על זה לפי מה שכתבתי בחידושי לעיל סי' צ"א סעי' ט' ענף ז' בשם חידושי הרמב"ן לב"ב (דף ל"ד) בד"ה זה אומר של אבותי כו' והריטב"א לב"מ (דף ב' ע"ב) סוף ד"ה א"ת סומכוס כו' דס"ל דבשנים אוחזין בטלית אם אחד טוען ברי והשני אומר שמא דבזה כ"ע ס"ל דאמרינן ברי עדיף כיון דלא הוו מוחזקות גמורה. וכ"כ הפני יהושע לב"מ (דף ב' ע"א) במשנה והארכתי שם בזה. א"כ לפ"ז נסתר כל מה שכתבתי לתרץ קושיות הנתיבות דאמאי לא קאמר אביי שמא נולד לו ספק בעצם טענתו דאז אינו נוטל ע"פ דין החצי, ועכ"ז יש לתרץ ע"פ מה שכתבתי

דזה ברור דאף לפי מה שכתב הרמב"ן והריטב"א דבשנים אוחזין בטלית אינו זוכה ע"פ דין בהחצי אם הוא טוען שמא. דזה אינו רק במה שאינו תופסו בידו כמו דמוקמינן ליה בגמ' בב"מ (דף ז') דמתניתין מיירי בתפיסי בכרכשתא וכיון דזה לא הוי מוחזקות גמורה ע"כ הדין הוא דמי שטוען ברי נוטל כולו ע"פ דין. אבל בהחלק שתופסו בידו כיון דזה הוי מוחזקות גמורה כדאמרינן בב"מ שם דכמאן דפסיק דמי ע"כ הדין הוא דאף דטוען שמא ג"כ נוטל למה שתופסו בידו אף דחבירו טוען ברי דבזה שייך שפיר לומר דחזקת ממונא עדיפא מן טענת ברי וכמו שכתבתי מזה בחידושי לעיל סי' צ"א סעי' ט' ענף ח' ע"ש. ומבואר בב"מ (דף ז' ע"א) בתוס' ד"ה מחוי ר' אבהו בשבועה דאף במה שתופסו בידו צריך שבועה. וכן הכריע הש"ך בסי' קל"ח ס"ק ה' לדינא. ולפ"ז שפיר כתבתי דלכן לא קאמר אביי דשמא נולד לו ספק בעיקר טענתו. דלפי זה תקשה דלמה צריך לישבע על מה שתופסו בידו דהא אם נימא דנולד לו ספק בעצם טענתו ג"כ נוטל למה שתופסו בידו אף דטוען שמא. א"כ אכתי קשה דאמאי ישבע ולא אמרינן מיגו דחשוד אממונא כו'. ע"כ הוכרח אביי לומר שמא ספק מלוה ישינה: ולפי זה שפיר יש לנו לומר לדינא דאף במחל לו כל הטו"ת עד היום הזה ג"כ יש לנו להשביעו אם תובע מלוה בשטר או על המשכון שת"י. משום דיש לנו לומר דשמא נולד לו ספק בעצם טענתו דהא אם הוא טוען ספק אינו נוטל ע"פ דין. אכן בתובעו חפץ בעיני' שהוא לפנינו והנתבע מכחישו ואומר שלא היה דברים מעולם ולא היה החפץ מעולם שייך להתובע. דהדין הוא שישבע הנתבע ש"ד אם הוא מודה במקצת באופן דלא הוי הילך ובכופר הכל ישבע היסת אף אם לא שייך אשתמוטי כמש"כ התוס' בב"מ (דף ו' ע"א) בד"ה אלא הא דאמר ר"נ כו'. ובזה אם מחל לו כל הטו"ת עד היום הזה יש לנו לומר כמש"כ הר"נ והריטב"א והנ"י דבמחל אין ליתן לו שבועה אם הוא באופן דלא שייך אשתמוטי משום די"ל מיגו דחשוד אממונא כו'. דאין לומר דשמא נולד לו ספק בעיקר טענתו דטוען להד"ם ולא היה של חבירו מעולם. דהא אף אם לא יטעון ברי רק שמא ג"כ הדין הוא דשייך החפץ להנתבע המוחזק משום דחזקת ממונא עדיפא מן מעלת ברי של התובע. ולכן היכא דלא שייך שמא ספק מלוה ישינה אין לנו למסור לו שבועה כיון דס"ל לאביי דאמרינן מיגו דחשוד אממונא כו'. אבל היכא דהנתבע טוען לקוח על החפץ שתובעו התובע והוא לפנינו באופן דלא שייך אשתמוטי בזה שפיר יש לנו להשביעו אף במחל לו כל הטו"ת. משום דבזה שפיר יש לומר כסברת הנתיבות שמא נולד לו איזה ספק אם קנה החפץ או לא. ואם היה מודה לפנינו דטוען לקוח ע"פ טענת ספק אז היה הדין להוציא החפץ מהנתבע המוחזק כיון דטוען שמא וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' נ"ט ס"ק ב' להוכיח מהא דסי'

קפ"ה סעי' ה' דמעלת חזקת מרא קמא בצירוף ברי ושמא עדיפא ממעלת מוחזק ע"ש. וע"כ בטוען לקוח שפיר שייך להשביעו אף היכא דלא שייך שמא ספק מלוה ישינה משום דאכתי יש לומר דשמא נולד לו ספק בעיקר טענתו דטוען לקוח. כללו של דבר דהיכא דהדין הוא דאם נימא דטוען כך לפי דנולד לו ספק בעיקר טענתו דהיה הדין אז דאינו שייך החפץ להמוחזק. דאז יכולין למסור לו שבועה אף במחל לו כל מלוה ישינה. אבל היכא דהיה הדין דאף אם יהיה טוען מספק ג"כ אין מוציאין ממנו החפץ אז אין למסור לו שבועה רק אם י"ל שמא ספק מלוה ישינה. ולכן היכא דמחל לו כו' אין להשביעו וכמש"כ הר"נ והנ"י והריטב"א. וכוונתם במה שכתבו דבמחל לו כו' הוא הנפ"מ בין ר' יוחנן ואביי. דזהו בכה"ג שכתבתי:

ענף ב:

ועל עיקר סברת הר"נ שכתב דבמחל לו מקודם כל התביעות אין להשביעו. הקשה הנתיבות דמה בכך שמחל לו כל תביעות הא מ"מ אם היה ידוע שבשעת מחילה שכח מחוב אחד ודאי דמחילה בטעות לא הוי מחילה רק שאינו נאמן לומר שבטעות היה ואם הוא בעצמו יודע וודאי דיכול לתפוס ולטעון בב"ד שלי הן דהא כשיש לו מיגו נאמן ואפשר שהר"נ ס"ל מחילה בטעות הוי מחילה ולפי מה דקיי"ל מחילה בטעות לא הוי מחילה לא שייך סברא זו מטעם שכתבתי ולכך אין צריך ליזהר בזה כלל עכ"ל הנתיבות. וע"פ דבריו יש לתרץ קושיות דרישה על הרא"ש שכתב דאין שום נפ"מ בין ר' יוחנן לאביי. דהא יש נפ"מ ביניהם במחל לו כל הטו"ת וכמש"כ הר"נ והנ"י. אכן לפי דברי הנתיבות א"ש דברי הרא"ש דכיון דמחילה בטעות לא הוי מחילה י"ל דשכחן כנ"ל. והנני לבאר זה ביתר ביאור ע"פ מה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף א' לבאר הא דב"מ (דף ס"ו) דמסיק הש"ס דבזביני מחילה בטעות הוי מחילה ובהלואה לא הוי מחילה. דשיטת רש"י והג"א וש"פ הא דמחילה בטעות הוי מחילה הוא מן דין יאוש רק בהלואה דיש איסור רבית שאני. ולר"ת הא דבזביני הוי מחילה בטעות מחילה הוא משום דיש אומדנא דמוכחי דאנן סהדי דלא היה חוזר ומתנה שלא מדעת הוי מתנה ופלוגתא זו הובא בסי' ר"ז בהג"ה סעי' יו"ד והוי ספיקא דפלוגתא כמו שהארכתי בספרי שם. ולפ"ז י"ל באם אחד מחל לחבירו כל התביעות שלו וטוען אח"כ ששכח חוב א' בעת המחילה והיה תופס בלא עדים דיש לו מיגו להיות מהימן ע"ז כמש"כ הנתיבות. זה תלוי בהך פלוגתת ראשונים דלהסוברים מחילה בטעות הוי מחילה משום אומדנא דניחא לי' דליקו בהימנותי' א"כ הכא דלא שייך אומדנא זו הדין הוא דמחילה בטעות לא הוי מחילה. אבל להסוברים דמחילה בטעות הוי מחילה משום יאוש דהא כל יאוש הוי

ע"י טעות דאם ידע היכן האבידה לא היה מייאש וכמש"כ הקצה"ח בסי' קמ"ב בכוונת הג"א דב"מ (דף ס"ו). א"כ ה"ה הכא שייך לומר דאף דהיה מחילה בטעות מהני מחילתו משום דין יאוש. ולכן כתב הר"ן והנ"י נפ"מ אם מחל לו כו' משום דהנמוקי יוסף בב"מ פ"ה בסוגיא שם (דף ס"ו) כתב לפרש לכוונת הגמ' שם התם זביני הכא הלואה דבהלואה דאיכא איסור רבית לא הוי מחילתו מחילה וכ"כ הרי"ף שם. ע"כ שפיר כתבו דנפ"מ הוא אם מחל לו כו' דאז אינו יכול לתופסו משום שמא מלוה ישינה משום דהוי מחילה ע"פ דין יאוש אף דנשכח ממנו אז החוב בעת המחילה. אכן לדינא דזה הוי ספיקא דדינא ואם תפס יכול לומר קים לי דמחילה בטעות לא הוי מחילה היכא דלא שייך אומדנא כו'. ע"כ שפיר יכולין להשביעו אף במחל לו כל תביעותיו משום חשש דשמא יודע בעצמו שנשכח ממנו אז החוב שתופסו עבורו וכמש"כ הנתיבות:

ועדיין יש להעיר בזה לפי מה שהעלה בהגהת הט"ז בח"מ סי' קס"ג סעיף ג' דבחוב לא מהני יאוש משום דנתחייב בפרעון החוב. וזה דומה למש"כ התוס' בב"ק (דף ס"ו ע"א) ד"ה הכא נמי כיון דמייאש כו' דלא נקנית ביאוש הואיל ונתחייב בהשבה ע"ש. א"כ לפ"ז אף דנימא כהסוברים דמחילה בטעות הוי מחילה משום דין יאוש מ"מ הכא בחוב שהיה לו כבר חיוב הגוף על הלוה לפרוע לו הדין נותן דלא יהא מהני יאוש שיהיה נפטר הלוה מתשלומי החוב וע"כ לא מהני בזה לומר דמחילה בטעות הוי מחילה משום דין יאוש דהא יאוש בחוב לא מהני. ואף לפי שיטת המהרי"ק והרמ"א שם דיאוש מהני בחוב והטעם הוא כמש"כ הקצה"ח בסי' קס"ג ס"ק א' דשאני גזילה דבאיסורא אתאי לידי' ע"ש. אכתי יש לדון דאף במחל לו כל התביעות יהיה יכול לישבע ע"פ סברת הנתיבות שמא נשכח ממנו איזה חוב גזילה דגזל ממנו. [וכעין הא דמצינו בב"מ (דף ס"ד ע"א) דאמרו דילמא מיגזל גזלי' ואבלע לי' בחשבון כו']. ובחוב הבא ע"י גזילה לא מהני יאוש לכ"ע כיון דבאיסורא אתאי לידי'. וביותר יש לדון בכ"ז לפי מה דאמרו בב"מ (דף ס"ז) דבחוב אונאה לא שייך לדון מחילה בטעות הוי מחילה משום דלא ידע דאיתי' אונאה דמחיל גבי' וכ"ע מודו בי' דלא הוי מחילה א"כ אכתי יש לומר שמא היה לו כעין חוב אונאה עליו דבכה"ג בוודאי לא שייך לומר דמחילה בטעות הוי מחילה. וע"כ שפיר י"ל דתופסו משום ספק חוב אונאה שנזכר ונודע לו אחר מחילתו מן הספק הזה ותופסו עד שיוודע לו בברי וכמש"כ התוס' בב"מ (דף ו') בד"ה ממון אפשר בחזרה כו'. ודוחק לומר דכיון דחוב כזה לא שכיח ע"כ לא חשו לזה:

ועוד נלע"ד לדון בזה דאף לפי הסוברים דמחילה בטעות הוי מחילה משום דין יאוש. מ"מ אם שכח איזה חוב בשעת מחילתו י"ל דכ"ע ס"ל דלא הוי מחילה דגם בכה"ג יש

לומר דדמי לאונאה דלא ידע דמחל וכמש"כ הרא"ש בב"מ פ"ה סי' ל"ב דכל מידי דלא ידע דמחיל לא הוי מחילה. דהא כיון דטוען דנשכח ממנו עיקר החוב בעת המחילה א"כ הא לא ידע מה דמחל לו. ושאני הא דאיזהו נשך (דף ס"ז) בהא דהדרא ארעא והדרי פרי ובמוכר פירות דקל דאי שמיט ואכל כו' דשקל וטרי הגמ' שם בענין מחילה בטעות כו' דידע לעיקר החפץ עכ"פ. וכן ראיתי בנתיבות סי' י"ז ס"ק א' שכתב בענין בע"ד שתבע חבירו בפחות כו' דשקלו וטרו האו"ת והקצה"ח שם בענין מחילה בטעות הוי מחילה ע"פ דברי הריב"ש. והשיג הנתיבות עליהם דזה דמי ממש לאונאה דלא ידע דמחל דהא אינו יודע כלל אם יש לו איזה דבר ביד חבירו עכ"ל הנתיבות שם. וה"ה בנ"ד יש לומר סברא זו וע"כ לכ"ע לא הוי מחילה בטעות כה"ג נחשב למחילה. א"כ תקשה עדיין על דברי הר"נ והנ"י והריטב"א שכתבו נפ"מ במחל כל התביעות וכמו שהקשה הנתיבות על הר"נ:

ועוד יש לדון בתירוץ הנתיבות שכתב דהר"נ ס"ל מחילה בטעות הוי מחילה כו'. דהא לאו כ"ע דינא גמירי וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף א' ובספרי נחל יצחק סי' י"ז סעיף י"ב ובסי' מ"ב סעיף ט' מזה דהיכא דאיכא פלוגתא י"ל דטעה הבע"ד וסבר דהדין הוא כחד שיטה אף דרבו החולקים עליו ע"ש. וכן מצינו גבי פסול חמסן בב"מ (דף ה') דלא תחמוד בלא דמי משמע להו אף דבאמת אין הדין כן כפי שיטת התוס' בב"ק (דף ס"ב) ואין מוציאין אותו מחזקת כשרות כ"ז דאפשר לומר דטעה בזה. ע"כ ה"ה הכא כיון דמצינו דעות חולקות אי מחילה בטעות הוי מחילה או לא היכא דלא הוי לנו אומדנא דמוכח ע"כ יש לומר דטעה וסבר דמחילה בטעות לא הוי מחילה מן דין יאוש אלא מן דין מתנה דניחא לי' דליקו בהימנותי'. וכיון דהכא לא שייך כן ע"כ תופסו עד עת שיזכור ויש למסור לו שבועה אף במחלו כל מלוה ישינה. ובפרט לפי מה שהכריע הנתיבות עצמו בסי' קס"ג ס"ק א' דיאוש לא מהני בחוב ע"כ לא שייך הכא לדון כלל דיהיה מועיל הכא מחילה בטעות ע"פ דין יאוש וכמש"כ לעיל. [ובדברי הנתיבות שם בסי' קס"ג שכתב דכבר הכריע האו"ת דלא מהני יאוש בחוב יש לתמוה דאדרבה דעת האו"ת להיפך כפי מה שכתב האו"ת בסי' ס"ה סוף ס"ק י"ג דהוכיח שם כהמהרי"ק דאף לגבי חוב מהני יאוש ע"ש. ובעיקר הדברים האלה יש לדון הרבה ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ג' ענף ב' ואכמ"ל]. ובעיקר קושיות הנתיבות על הר"נ נלע"ד בפשיטות דהר"נ ס"ל דהא דחשו שמא מלוה ישינה כו' ותופסו עד שיזכור משום דזהו שכיח דיהיה לו לידת הספק על איזה ענין ומתחלה היה יודע הענין בברי ואח"ז נולד לו איזה ספק בהמלוה ישינה. אבל לומר שמא שכח החוב לגמרי בעת המחילה וכעת

נולד לו ספק ותופסו עד שיזכור זהו לא שכיח כלל וע"כ לא תלינן כן במחל לו כל מלוה ישינה. וכה"ג כתב הר"נ בשבועות פ"ד דמן אינם יודעים ליודעים לא מקרי חוזר ומגיד ועיין בסי' כ"ט. והכל הוא מה"ט דמן ספק לוודאי זהו מצוי אבל מן וודאי לודאי זה לא שכיח דישכח לגמרי ויאמר ההיפוך. וכעין זה ראיתי בנתיבות סי' ל"ד ס"ק ג' שכתב לחלק בכה"ג במש"כ דיכול לטעון שכחתי ע"ש. ולכן הכא כיון דבעת המחילה נשכח ממנו לגמרי החוב דאם היה לו מקום לידת הספק בזה בוודאי לא היה שותק מלהזכירו. וע"כ לא שכיח לומר שמא בעת המחילה היה שכוח ממנו לגמרי וכעת נולד לו ספק בזה. כן יש לומר בסברת הר"נ והנ"י והריטב"א שכתבו דבמחל לו כל מלוה כו' אין להשביעו משום דמש"כ הנתיבות זהו חשש רחוק ולא מצינו בכה"ג. וגם י"ל לפמש"כ הרא"ש בב"מ פ"א סי' ט' בפירוש שמא ספק מלוה ישינה כו' ותפוס מספק ואם יזכור שלא היה חייב לו יחזירנו כו'. וזהו דלא כמש"כ התוס' בב"מ (דף ו') ד"ה ממון אפשר בחזרה. ולא חיישׁ הרא"ש לקושיות התוס' דשם משום דיש לחלק דשאני ספק ממונא דאפשר בחזרה אם יזכור שאינו חייב לו ע"כ אף כ"ז שלא יזכור בבירור ג"כ מורי היתירא לתפוס מספק. וי"ל דזה אינו רק אם לא מחלו מעולם. אבל במחל לו כל מלוה ישינה רק אז נתברר לו ע"פ זכרון דעתו שחבירו חייב לו ויודע בברי שבעת המחילה נשכח ממנו אז החוב דאז נתבטל המחילה משום דהוי מחילה בטעות כמש"כ הנתיבות. דזהו דיקא לאחר שנודע ונזכר שבבירור נשכח ממנו אז בעת שמחלו להחוב הזה וע"כ הוי זה מחילה בטעות. אבל כ"ז שלא נזכר על בורי' להחוב הזה לא מקרי זה ספק ממונא רק גזל ודאי דהא כיון דהיה מחילה בוודאי לכל המלוה ישינה שיש לו עליו א"כ הוי ספק טעות במחילה שלו דהי' בוודאי לפנינו. וטעיתי הוי טענה גרוע כ"ז שאינו יודע בוודאי ולכן אין לחוש מספיקא כ"ז שאינו יודע בוודאי וע"כ לא שייך לומר דיתפוס מספק אף כ"ז שלא יזכור כמש"כ הרא"ש. דהא בכה"ג הוי גזלן וודאי ולא שייך לומר דמורי היתירא בזה. דהא הוי זה דבר רחוק כנ"ל. ולכן שפיר יש לומר מיגו דחשוד אממונא כו' בכה"ג כן י"ל בכוונת הר"נ והנ"י והריטב"א:

ענף ב:

ועוד י"ל בזה דהא הנתיבות כתב בזה"ל ואם הוא בעצמו יודע ודאי דיכול לתפוס ולטעון בב"ד שלי הן דהא כשיש לו מיגו נאמן כו' עכ"ל. הרי דכתב דדוקא היכא שנאמן לומר טעיתי במיגו אז יש לומר שמא שכח ותופסו עד שיזכור אבל אם לא היה נאמן במיגו לומר טעיתי אין לנו לחוש שמא טעה בעת המחילה דכיון דאינו נאמן במיגו לומר טעיתי דזהו משום דהוי כמו אנן סהדי דלא טעה ע"כ אין לומר חשש רחוק כ"כ דטעה ונשכח

ממנו זה בעת המחילה. דהא לא מצינו בגמ' לומר רק חשש מלוה ישינה כו' אף דגם זהו חשש רחוק לומר חוב יש לי בידך ואינו נאמן ע"ז רק במיגו כמבואר מ"מ אמרו שמא ספק מלוה ישינה כיון דנאמן עכ"פ ע"ז במיגו. אבל היכא דאינו נאמן במיגו אז לא מצינו דאמרו למתלי בחשש רחוק כ"כ. א"כ אתי שפיר דברי הר"נ במש"כ הנפ"מ במחל לו כל מלוה ישינה כו' לפי מש"כ הש"ך בסי' פ"א ס"ק ס' דשיטת הר"נ ספ"א דגיטין דאינו נאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי משום דהוי כמו אנן סהדי ע"כ ה"ה הכא דמחל לו כל מלוה ישינה אין לומר דטעה ושכח אז חוב אחד המגיע לו כיון דאינו נאמן ע"ז אף במיגו. ואף דהכא לא שייך לדון תורת מיגו דהא אינו טוען לפני הב"ד דתופסו עבור חובו. מ"מ כיון דזהו חשש רחוק דאף ע"י מיגו אינו מהימן לכן אין לנו למתלי בזה ולמסור לו שבועה וכמש"כ הנתיבות דדוקא אם נאמן במיגו אז תלינן שמא ספק מלוה ישינה כו':

ואף לפי מש"כ הש"ך בסי' פ"א ס"ק סמך הנ"ל להסתפק בשיטת הר"נ ספ"א דגיטין דאפשר לומר דמודה הר"נ דביש לו מיגו נאמן לומר טעיתי וכן מסיק הש"ך שם לדינא. מ"מ יש לחלק דהא דמצינו שם דנאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי וכן בהא דסי' קכ"ו סעי' י"ג הכל הוא היכא דהודה שהוא חייב לחבירו וכיון דהוא מוחזק יש לומר דלא דקדק כ"כ וסמך על המוחזקות שלו. וכן בסי' פ"א סעי' ל' דס"ל לחד דיעה דאף בנתן לשם ריוח נאמן במיגו לומר דטעה משום די"ל דסמך על מה דהוא מוחזק בהקרן ת"י כמבואר שם. אבל היכא דמחל לחבירו כל מלוה ישינה אינו נאמן לומר דטעה אף במיגו משום דה"ל לדקדק היטב וה"ל כמו אנן סהדי. וכעין זה כתב הש"ך בסי' פ"א ס"ק ע"ו וס"ק ע"ט דבנתן לחבירו בשם ריוח אינו נאמן לומר טעיתי במיגו משום דאין אחר מעשה הנתינה כלום ע"ש. ואף דיש לחלק דשא"ה דהיה מעשה הנתינה משא"כ הכא במחל לו כל מלוה לא היה אז מעשה הנתינה. מ"מ יש לחלק כן מסברא דשאני היכא דהיה מוחזק בעת הודאתו. וכדמצינו סברא זו בסי' פ"ח גבי תובעו חטים והודה בשעורים דפטור דאם היה התובע תפוס יכול לומר דסמכתי על המוחזקות שלי כמבואר שם בסמ"ע ס"ק כ"ז בשם הטור. וכעין זה מצינו בסי' פ"א סעי' ד'. וכיון דלא מצינו דיהיה נאמן לומר טעיתי במיגו רק היכא דהוי מוחזק ע"כ מנלן לחדש מדעתינו דיהא נאמן לומר טעיתי אף היכא דלא היה אז מוחזק. וגם הא מה דנאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי פליגי שם רבוותא כמבואר בסי' פ"א סעי' כ"ג ובש"ך שם ס"ק סמך ואף דלא קיי"ל כן לדינא מ"מ מנלן להרבות במחלוקת אף בכה"ג. ועיין בקידושין (דף י"א) בתוס' ד"ה הנהו קלא איתי ליה כו' ובכורות (דף י"ג ע"ב) שחילקו שם דשאני היכא דנתן המעות כו' והכל הוא מה"ט

דבלא נתן המעות י"ל דסמך על המוחזקות שלו. והא דמבואר בסי' רל"ב סמ"ע ס"ק ח' אין זה ענין לנ"ד ועיין בשער משפט סי' ע"ה ס"ק ו' ובסי' רכ"ז ס"ק א':

ועוד נלע"ד דאף דנימא שלא לחלק וגם במחל כל מלוה אם יש לו מיגו נאמן לומר דטעה ושכח אז בעת המחילה וכמו שנראה מדברי הנתיבות. והא דסי' פ"א סעי' ל' בנתן לשם ריוח דאינו נאמן לומר דטעה לפי מה דקיי"ל שם וכן הא דקידושין ובכורות הנ"ל שאני התם דהיה מעשה הנתינה וכמש"כ לעיל מ"מ נ"ל לומר דאם הודה לפני ב"ד שאין לו שום חוב כלל על חבירו דאז אין להשביעו ע"פ סברת אביי משום מלוה ישינה כו'. דהא העלה הש"ך בסי' פ"א ס"ק סמך דבהודה לפני ב"ד אינו נאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי משום דה"ל לדקדק היטב. א"כ בכה"ג הוי חשש רחוק למתלי דאולי טעה ושכח. וכן יש לדון לפי מה דמבואר בסי' פ"א סעי' כ"ח דבנשבע אינו נאמן לומר שטעה ושכח אף שיש לו מיגו וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ס"ח. א"כ אף שהודה שלא בפני ב"ד שאין לו שום חוב כלל על חבירו ונשבע ע"ז אין לנו לומר דשמא היה לו איזה מלוה ישינה ושכחו משום דבשבועה מדייק בוודאי וכיון דאינו נאמן בכה"ג אף ע"י מיגו ע"כ הוי בזה חשש רחוק למתלי בחוב שנשכח ממנו. ולפ"ז הוי נפ"מ בזה בין ר' יוחנן לאביי אף לפי דברי הנתיבות היכא דנשבע ע"ז או היכא דהודה כן בפני ב"ד:

ולפ"ז תקשה על דברי הרא"ש שכתב דלדינא אין שום נפ"מ בין ר' יוחנן לאביי וכתבתי לעיל די"ל דס"ל כסברת הנתיבות הנ"ל. אכן לפי מש"כ דבנשבע או בהודה בב"ד יש נפ"מ לדינא ביניהם א"כ אכתי תקשה לדברי הרא"ש הנ"ל דהא יש נפ"מ הנ"ל ביניהם. והעיקר מה שנ"ל דהרא"ש ס"ל דאף היכא דאינו נאמן לומר טעיתי במיגו כנ"ל מ"מ יש לנו למסור לו שבועה ולמתלי אף בחשש רחוק דשמא נשכח ממנו. ואין לנו לדון בזה לומר מיגו דחשוד אממונא כו' כמו דאמרינן שמא מלוה ישינה אף דגם זהו חשש רחוק דהא חוב יש לי בידך הוא טענה גרוע כמבואר בכ"ד וכש"כ לומר דשמא ספק מלוה ונשכח ממנו. ולא ס"ל לחלק דשאני היכא דאינו נאמן אף ע"י מיגו כן הוא שיטת הרא"ש. אבל הר"ן והנימוקי יוסף והריטב"א שכתבו לחלק דבמחל לו כל מלוה ישינה אין להשביעו מוכח דס"ל דלא תלינן דשמא נשכח ממנו איזה חוב בעת המחילה וכמש"כ לעיל לחלק בכמה גווני. ולדינא העיקר כדבריהם דשיטת הרא"ש הוא דעת יחידאה נגד הר"ן והנ"י והריטב"א ולכן היכא דמחל לו כל מלוה ישינה אין למסור לו שבועה היכא דלא שייך אשתמוטי וכמש"כ האו"ת והקצה"ח לדינא וכש"כ בהודה בב"ד או בנשבע וכנ"ל. אך היכא דיש לומר שמא נולד לו ספק בעצם טענתו וע"פ האופן שכתבתי לעיל דאם הוא באופן שאז אינו נוטל ומחזיק החפץ רק מוציאין ע"פ דין ממנו דאז משביעינן ליה בכל

גווני. אבל אם הוא באופן דאף אם יטעון בספק על גוף החפץ הדין הוא דאין מוציאין ממנו אז אין להשביעו היכא דמחל כל מלוה ישינה וכדבריהם:

ענף ד:

כל זה כתבתי מכבר וכעת ראיתי לומר כי עיקר קושיות הנתיבות על הר"נ וש"פ דהקשה דאכתי יש לחוש שמא שכח חוב אחד בעת המחילה והוי מחילה בטעות כו'. לענ"ד אין זה קשה דהא כיון דהוציא בפיו לשון מחילה שמוחלו לכל התביעות וחובות שיש לו עליו א"כ אף אם היה במחשבתו שלא למחול לחוב אחד מן החובות שלו לא היה מהני מחשבתו כלל לבטל למה שאמר בפירוש בפיו כמבואר ביו"ד סי' ר"י ובקידושין (דף נ') וברשב"א שם. וכש"כ בנ"ד דהחשש הוא שמא שכח מן חוב אחד שלא עלה על דעתו אז בעת המחילה מן חוב הנ"ל וודאי דזה מקרי דברים שבלב דלא הוי דברים לסתור למה שהוציא בפיו לשון מחילה לכל חוב שיש לו עליו והא קיי"ל דמהני מחילה אף לדבר שאינו קצוב כמבואר בסי' ס' ועיין בסי' רל"ב. ואין לומר דשמא היה השערתו בעת המחילה למחול רק ערך סך כך וכך ולא יותר מחמת שנשכח ממנו חוב אחד וע"כ הוי זה בגדר מחילה בטעות. דזה אינו דהא מבואר בטור ח"מ סי' קנ"ד סעיף ל"ח דמחילה בטעות היכא דלא מוכח מילתא אז הטעות לכ"ע הוי מחילה. והב"י בבדק הבית ס"ל דשם הוי מוכח מילתא לכל דהוי בטעות ע"ש. ודברי הטור הלז הובא בסמ"ע סי' רמ"א ס"ק י' לדינא ועיין בתשובת הרמ"א סי' ע"ד מזה. והסברא הוא פשוט דכיון דקיי"ל דדברים שבלב לא הוי דברים רק היכא דיש אומדנא דמוכח הוי כפירש כמש"כ התוס' גיטין (דף ל"ב) והר"נ בקידושין (דף נ') והתוס' וש"פ והמהרי"ט סי' מ"ה ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י' ובקצה"ח סי' י"ב סוף ס"ק א'. ע"כ דוקא היכא דהמחילה בטעות היה מוכח לכל כמו הא דב"מ (דף ס"ו) במה דשקיל וטרי הגמ' שם אי מחילה בטעות הוי מחילה או לא דשם מוכח הטעות לכל ע"כ אין זה מקרי דברים שבלב. אבל בנ"ד דאמר בפיו בפירוש שמוחל לו לכל חוב שלו וחזינן דנחת למחילה מדעתו באמת. א"כ אף דנימא שמא היה בדעתו אז שלא למחול רק סך מסויים ולא יותר מחמת שנשכח ממנו אז חוב אחד אם כן הא זה לא היה מוכח לכל לומר ולהסתפק שמא שכח לחוב אחד בעת המחילה. דאדרבה יש לנו לומר כיון דטעיתי הוי טענה גרוע ולא שכיח שישכח את חוב שיש לו על אחרים. ע"כ אדרבה מוכח לכל דמחל לו לכל חובות שלו וכמשמעות פשט לשונו דמוחל לו לכל חובות שיש לו עליו. ואין לנו שום אומדנא לומר דעד סך כך וכך דרכו למחול אבל לא יותר. וכיון דזה מקרי טעות דלא מוכח לכל ע"כ אף דנימא שמא שכח לחוב אחד בעת המחילה. עכ"ז מקרי זה בשם דברים שבלב דלא הוי דברים

ולא מהני לבטל למה שאמר בפירוש לשון מחילה לכל חובות שלו. ולכן אתי שפיר פשט דברי הר"נ וש"פ במש"כ הנפ"מ במחל לו לכל התביעות שלו דאין זה נכנס כלל בגדר מחילה בטעות. והא דשקלי וטרי הפוסקים לעיל סוף סי' י"ז בבע"ד שתבע בפחות כו' מן ענין מחילה בטעות כו'. הא שם היה זה הטעות דמוכח לכל דהיה זה מחמת טעות בדין ולא נחת כלל למחילה מדעתו. וכן בהא דב"ב (דף מ"א) גבי רב ענן שקל בידקא כו'. אבל בנ"ד דנחת למחילה באמת ואמר כן בפירוש בפיו ע"כ ברור דאף לדבריו דהיה במחשבתו כן מ"מ מקרי זה דברים שבלב:

אך אם לא אמר לשון מחילה רק בלשון הודאה לפני עדים שאין לו שום טו"ת עליו אז שפיר י"ל כעין סברת הנתיבות שמא יודע בעצמו שהודה כן בטעות דבזה לא שייך לדון להסברא שכתבתי במחילה דהא בהודאה בטעות חוזר כמבואר בסי' מ' ש"ך ס"ק א' ובש"ד. וכ"ז בהודה לפני עדים דמהימן לומר טעיתי במיגו ע"כ אין זה חשש רחוק. אבל בהודה לפני ב"ד דא"נ לומר טעיתי במיגו כמש"כ לעיל דהוי חשש רחוק לחוש לשמא טעה וכמו דמשמע בנתיבות דדוקא היכא דנאמן לומר טעיתי במיגו אז שפיר יש לחוש לשמא שכח איזה מלוה וטעה בזה משום דזה לא הוי חשש רחוק:

א"כ בהודה לפני ב"ד דאינו נאמן לומר טעיתי במיגו אף הנתיבות מודה דלא שייך לחוש בכה"ג לשמא היה ההודאה בטעות ולכן לא משבעינן ליה בכה"ג היכא דלא שייך אשתמוטי. אך בהודה לפני עדים בלשון הודאה ולא בלשון מחילה אז שפיר משבעינן משום די"ל דגם הר"נ וש"פ מודו לסברת הנתיבות דיש לחוש לשמא טעה. ומן מה שכתב הר"ן והנ"י והריטב"א אין הכרח דלא ס"ל לסברת הנתיבות משום דהם מיירי באמר לשון מחילה וכבר נתבאר דבלשון מחילה נדחה סברת הנתיבות. אבל בלשון הודאה י"ל דס"ל לסברתו. ובמש"כ בענין מחילה דהוי דברים שבלב אין לומר דלאו כ"ע דינא גמירי ודילמא טעי ולא ידע הדין דדברים שבלב לא הוי דברים. דז"א דהא בדין ברור דלית ביה פלוגתא כלל ליכא למתלי כלל בטעות כמו שכתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף א'. ודוקא במה שמצינו בש"ס להדיא כמו בהא דלא תחמוד בלא דמי משמע להו שאני. וכמו דחזינן שכתב הנתיבות בשיטת הר"ן דכיון דס"ל מחילה בטעות הוי מחילה ע"כ ליכא למיחש שמא היה לו ספק מלוה ושכח כו' וכמש"כ לעיל להעיר בדבריו. אבל היכא דלא הוי ביה פלוגתא כלל בוודאי אין לומר מעצמינו שמא טעה כו'. כן הוא ברור בכוונת הר"נ והנ"י וכן הוא עיקר לדינא:

ענף ה:

ביאור דין אם אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם בטוען התובע שמא ג"כ או דוקא בטוען התובע ברי:

ענף ו:

היה החשוד שומר וטוען שאבד או נגנב שכנגדו אינו יכול לישבע וליטול כו'. והובא זה בטור שם סעיף י"א בשם הרמב"ם דהשומר פטור לגמרי. והט"ז שם כתב להקשות דמ"ש משניהם חשודים דס"ל להרמב"ם והמחבר דמשלם כולו משום דהוי מתוך שאינו יכול להשבע משלם. ותירץ דס"ל להרמב"ם והמחבר דעיקר מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ילפינן מקרא דשבועת ד' תהיה בין שניהם כו' פי' היכא דאמר נ' ידענא ונ' לא ידענא כו'. א"כ דוקא בכה"ג שהתובע טוען ברי אמרה תורה כן משא"כ בטוען את השומר ספק וסברא טובה היא לחלק כן דאיך נאמר שישלם לתובע מה שהוא מסופק לו עצמו אם חייב לו עכ"ל הט"ז. וכעין זה כתב הט"ז בסי' ע"ה סעי' י"ב ליישב דברי הטור שם דמשמע שם דבטוענו ספק ע"פ העד לא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם:

ולענ"ד נראה לי לתמוה על הט"ז דכתב בשיטת הטור והמחבר דבתובע טוען שמא לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. דהא מבואר לעיל סי' ע"ב סעי' ל' ובטור סי' ע"ב סעי' כ"ד ראובן משכן משכון ביד שמעון והלך שמעון ומשכנו ביד לוי ונאנס מיד לוי ותובע ראובן משכנו מיד שמעון כו' גם צריך שמעון לישבע שבועת השומרים שנאנסו וא"א לו לישבע כיון שלא נאנס בידו ולוי אינו יכול לפוטרו בשבועתו שנאנס כי יאמר לא מהימן לי לוי הלכך ה"ל שמעון מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כו' ע"ש. הרי להדיא דהטור ומחבר ס"ל בשומר שמסר לשומר דחייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אף בתובע טוען שמא דהא המפקיד אינו יודע כלל:

ובאמת בכל שומר שמסר לשומר י"ל דלכן חייב משום דה"ל כאינו יודע אם פרעתי וכמש"כ הש"ך סי' רצ"א ס"ק מ"ה. או די"ל דחייב משום מזיק כמש"כ הנתיבות סי' ש"א ס"ק ב' בארוכה. אך בר"פ דב"מ ברא"ש סי' ג' כתב דשומר שמסר לשומר חייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ובאמת יש לתמוה על הש"ך דשם דלא הביא כלל דברי הטור ומחבר דסי' ע"ב הנ"ל דכתבו בפירוש לחייב בשומר שמסר לשומר משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. עכ"פ על הט"ז יש לתמוה דהא מבואר להדיא בטור ומחבר הנ"ל להיפך ממש"כ הט"ז בדבריהם דהא אף בתובע טוען שמא ס"ל דאמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם:

ונלפענ"ד לתרץ עפ"י מה דמבואר בב"ב (דף ע') דנאנסו לא שכיח כמבואר בתוס' שם וכן איתא בסי' ק"ח ובשא"ד. ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז העליתי דרוב עדיף מן אמירת ברי אף בברי של הבע"ד. וכמש"כ הפני יהושע בקדושין (דף ס"ג). וכמש"כ שם להוכיח מנדרים (דף י"ח) ויו"ד סי' ר"ח. וכן ראיתי בפני יהושע כתובות (דף ט"ז) שכתב שם דרוב עדיף מן ברי. וכ"כ ההפלאה שם עי"ש. ובספרי כתבתי לחלק בין רוב דאיתא קמן לרוב דליתא קמן ופלפלתי שם הרבה לדחות דברי הנו"ב. וכמש"כ השאגת אריה בר"ה (דף כ"ב ע"ב) ד"ה כי אתא עולא בפשיטות דרוב עדיף מן אמירת ברי עי"ש. והארכתי שם בזה. א"כ לפי מה דהוכחתי שם דרוב דליתא קמן עדיף מן ברי של הבע"ד ג"כ ולכל הפחות שקולים הן:

לפ"ז אתי שפיר הא דאמרו בסי' ע"ב סעי' ל' הנ"ל גבי מלוה על המשכון דטוען לוי דנאנסו ממנו. ומיירי שם בכל הסעיף דטוען נאנסו. וכן הטור שם בסוף מסיק דהספק הוא אם נאנס ביד לוי. וכיון דנאנסו לא שכיח והוי כמו רוב א"כ כמו דאם טען ברי בצירוף מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מהני. ה"ה רוב בצירוף מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מהני להוציא. ובזה אף הט"ז מודה. ודוקא בהיה החשוד שומר וטוען נגנב או נאבד דגניבה ואבידה שכיח כמש"כ הכנה"ג והובא בתומים סי' ק"ח ס"ק ה' דכתב בשם הרבה מחברים דגניבה ואבידה שכיח ודוקא אונס לא שכיח. ועיין בש"ך סי' קכ"א ס"ק ס"א מזה עי"ש. ובזה שפיר כתב המחבר בסי' צ"ב דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום דבטוען התובע שמא לא אמרינן כן כיון דליכא רובא דמסייע לו: ולפ"ז י"ל מה שכתב הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קכ"ז על מה שכתב המחבר שם דנאנס מיד לוי דה"ה נגנב ונאבד להי"א דמלוה על המשכון הוי ש"ח עי"ש. אבל לפמש"כ בשיטת הט"ז כנ"ל. י"ל דדוקא היכא דטוען לוי נאנסו דהוי רוב המכחישו בזה אמרו דחייב מצד מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אף דתובע טוען שמא כמו דכתבו שם הטוש"ע לחייב משום מתוך כו'. אבל בחשש גניבה ואבידה דהוי שכיח בזה לא אמרו מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמו בסי' צ"ב דהיה החשוד שומר וטוען נגנב ונאבד כו' כמבואר שם. וי"ל דג"כ שם בדיוק נקטו וטוען נגנב ונאבד משום דבטוען נאנסו אז אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אף דתובע טוען שמא משום דרוב דנאנסו דלא שכיח מסייע לי' כנ"ל:

ולפ"ז מוכח לומר בכל שומר שמסר לשומר אף ש"ח דחייב דזה הוא לאו מטעם מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דהתובע טוען שמא. רק הטעם בזה כמש"כ הנתיבות סי' ש"א בשם השב יעקב דחייב משום מזיק וחשדינן לי' דהחפץ הוא ברשותו וחייב

משום מזיק. ובאמת היכא דידעינן דנאבד החפץ מן שומר הב' והספק הוא אם בפשיעה או לא דאז אינו חייב מצד מזיק רק משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמש"כ הנתיבות סי' רצ"א וסי' ש"א ע"ש. דבזה י"ל לשיטת הט"ז דבתובע טוען שמא אינו חייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם רק בש"ש דעיקר פטורו הוי משום נאנסו דבזה חייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום רוב דנאנסו לא שכיח כנ"ל. ואף דנימא דשקולים המה ברי ורוב א"כ כמו דע"י ברי של התובע אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ה"ה היכא דרובא מסייע להתובע כנ"ל. ולקמן יתבאר דאף כל ש"ח שמסר לש"ח חייב מצד מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אף לשיטת הט"ז: (הגה"ה:

ולפי מש"כ יש לתרץ עפ"ז מה דיש לתמוה על המחבר דכתב בסי' ע"ב סעי' ל' שם דכיון דשמעון ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם על הדינר הג' ע"כ נשבע שד"א על דינר ד' כדין מודה במקצת דהוי כמו העדאת עדים דר"ח וכפי' הש"ך שם ס"ק קכ"ט. וקשה דהא העלה הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י"ב דהיכא דנתחייב על קצתו משום דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. לא הוי זה כהעדאת עדים דר"ח לחייבו שד"א על המותר. וכן פסק המחבר לקמן סי' שס"ד סעי' ו' כשיטת הרמב"ם דאף שנתחייב על עשרים זהו' מצד מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. עכ"ז על המותר נשבע היסת. ומטעם זה מסיק הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י"ב הנ"ל דבאומר על מקצת לא ידענא והעד מעיד על מקצת דאף דנתחייב על מקצתו מצד מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מ"מ על המותר נשבע רק היסת. א"כ ה"ה הכא בשומר שמסר לשומר דחייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דישבע על המותר רק היסת. ואיך כתבו דישבע שד"א. והנה סותר דברי המחבר אהדדי. וגם הש"ך לא הזכיר זה כלל. ולולי דברי הש"ך הייתי מחלק ביניהם. דשאני התם דסי' שס"ד ושיטת הרמב"ם משום דהתם מיירי דטוען ברי כמו בנסכא דר' אבא דאומר דידי חטפי. אבל לדברי הש"ך דסי' פ"ז דאף באומר על מקצת שמא מ"מ אין דינו כמו העדאת עדים דר"ח. א"כ תקשה מהא דסי' ע"ב הנ"ל. ודוחק לחלק דשאני היכא דהיה יכול לטעון ברי וגם מקודם דבא העד לפנינו לא היה אז בגדר מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. משא"כ בשומר שמסר לשומר דמיד דבא לב"ד הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. דמ"ש כיון דעיקר החיוב הוי משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם. ולא ראיתי לשום א' מהאחרונים שיעוררו בזה: ומחמת חומר הקושיא הנ"ל נלפענ"ד לחלק ע"פ מש"כ לעיל דשא"ה דמיירי באומר נאנסו ופטורו הוי מחמת טענת אונס דלא שכיחא. וע"כ ע"י צירוף למחוייב שבועה

ואינו יכול להשבע משלם הוי זה כמו העדאת עדים דר"ח. דמברר דמגיע הממון בבירור. וכמו בא"י אם פרעתי דכתב הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י"ג דכיון דנתחייב בב"ד עי"ז הוי זה כמו העדאת עדים דר"ח לחייבו שד"א על המותר וכמו אנן סהדי. וה"ה ברוב בצירוף מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם הוי זה כמו אנן סהדי אף להרמב"ם והמחבר בסי' שס"ד. ודווקא מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דליכא רובא לסייע ליה. זה לא הוי כמו העדאת עדים דר"ח אבל כשהרוב מסייע ליה הוי זה דבר ברור כמו כל אנן סהדי. דהא באמת היו סוקלין ושורפין על הרוב רק בממון לא מהני רובא. אבל היכא דיש צירוף סברא לזה אזי הוי הרוב כמו אנן סהדי על בירור והוי זה כמו העדאת עדים דר"ח. ויוצא לנו דין מחודש דאף דמתוך שאינו יכול להשבע משלם לא הוי כמו העדאת עדים דר"ח. עכ"ז היכא דרובא מסייע לו הוי זה כמו העדאת עדים דר"ח לחייבו שד"א על השאר. ויש להאריך בכ"ז. (ע"כ הגה"ה):

ענף ז:

ובשבועות (דף מ"ז) אמר רבא כוותי' דר' אבא מסתברא דתני ר' אמי שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין ה"ד כו' אלא לאו דא"ל מנה לאבא בידך וא"ל חמשין ידענא וחמשין לא ידענא כו'. ולכאורה קשה דהא קרא דשבועת ד' תהי' בין שניהם קאי על שבועת שומרים. א"כ יותר ה"ל להש"ס למנקט דרחמנא מיירי בשומר שטוען שאינו יודע אם נאנסו או לא דהא הפרשה שנייה מיירי בש"ש שטוען נאנסו. א"כ באינו יודע אם נאנסו חייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. אבל לא בין היורשים דאם אינם יודעים אם פשע אביהם או לא פטורין. ול"ל להש"ס לפרש דקאי על שבועת מודה במקצת. אכן לפי שיטת הט"ז הנ"ל דבטוען שמא לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אתי שפיר דלכן לא מוקי הש"ס התם רק בשבועת מודה במקצת. משום דשבועת שומרים דמיירי בתובע טוען שמא. דהא בתובע טוען ברי כתב הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קט"ו דבטוענו ברי לא שייך כלל שבועת השומרים. ועיקר הוא רק בטוענו שמא. דהא בזה לא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. ואף להחולקים על הש"ך וס"ל דגם בטוען ברי שייך שבועת השומרים. עכ"ז הא לא שכיח דחבירו יטעון ברי בזה. ואחר כותבי זה מצאתי להפני יהושע בב"מ (דף צ"ז) דכתב להקשות כן וכתב ג"כ מן סברא דנפשי' כמש"כ הט"ז הנ"ל. אך לא הביא לדברי הט"ז שהקדימו בדין זה: אך זהו רק לשיטת הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קט"ו דבתובע טוען ברי לא שייך כלל ש"ש. אבל לשיטת החולקים על הש"ך שם וכמש"כ התומים והנתיבות שם. עדיין תקשה אף

לשיטת הט"ז הנ"ל דה"מ לאוקמי היכא דתובע טוען ברי והשומר טוען א"י אם נאנסו דחייב משום מתוך כו'. ומש"כ לעיל הוא דוחק:

וי"ל בזה דלא מצי לאוקמי לקרא דשבועת ד' תהיה כו' דמיירי בתובע טוען ברי שלא נאנס. דא"כ אף בלא מתוך שאינו יכול להשבע משלם נתחייב השומר. דהא מבואר בכתובות (דף י"ב) דברי ואוקי אחזקה מוציא מן חזקת ממונא א"כ כש"כ ברי בצירוף רובא עדיף מחזקת ממונא. דהא רוב עדיף מחזקה וכמש"כ הפני יהושע ריש פ"ב דכתובות דרובא וברי מוציא מהמוחזק וכיון דנאנסו לא שכיח א"כ וודאי אם התובע טוען ברי בצירוף רוב דלא שכיח אונס. מוציאין עי"ז מן המוחזק אם השומר טוען שמא. א"כ אף בלא מתוך כו' נתחייב השומר משום ברי ורוב דמסייע להתובע ולא בעי למתוך כו'. וע"כ הוכרחו לפרש להך דשבועת ד' תהיה דמיירי בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא. והוי מזה שפיר סייעתא להט"ז:

אכן לפמש"כ להוכיח מהטור והמחבר בסי' ע"ב דבטענת נאנסו כיון דהוי רוב דנאנסו לא שכיח. דכה"ג אף בתובע טוען שמא ג"כ הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. א"כ עדיין תקשה דה"ל להש"ס לאוקמי להך קרא דשבועת ד' תהי'. מענינא דקרא דמיירי בש"ש דטוען נאנסו דבזה אם טוען איני יודע אם נאנסו דחייב ג"כ משום מתוך כו'. דהרוב הוי כמו מעלת ברי של תובע דחייב משום מתוך כו'. ול"ל לפרש על מודה במקצת דאינו מענין הקרא כ"כ:

ונלפענ"ד לומר לפי מה דמבואר בתוס' ב"מ (דף 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 (דף ל"ד) ובשבועות (דף מ"ז) והרא"ש שבועות שם סי' ז' בארוכה. דעיקר טעמי' דר"י דס"ל יחלוקו הוי משום דכיון דאינו יכול הנתבע לישבע ע"כ משלם החצי וס"ל לר"י ג"כ מתוך כו'. ונקדים מה דיש להקשות למאן דס"ל הולכין בממון אחר הרוב דאמאי מהימן השומר לומר נאנסו ופטור והא הרוב מכחישו דאונסא לא שכיח. וע"כ מוכח לומר דדוקא בשניהם טוענים שמא או שניהם טוענים ברי כמו ברפ"ב דכתובות וב"ב (דף צ"ב) 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. וכעין הא דכתובות (דף י"ב) דברי בצירוף אוקי אחזקה עדיף מן חזקת ממונא. וע"כ נאמן השומר לומר נאנסו כיון דהתובע טוען שמא כשיטת הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קט"ו כנ"ל. ובב"ב (דף צ"ג) איתא דר' יוסי ס"ל הולכין בממון אחר הרוב וכ"כ התוס' ביבמות (דף ס"ז) ד"ה אין חוששין למיעוט בסה"ד ע"ש. ולפ"ז מוכרח רבא לאוקמי לקרא דשבועת

ד' תהי' כו' על מ"מ משום דאי נימא דהקרא מירי על שבועת ש"ש בטוען א"י אם נאנסו דמירי מזה הקרא. א"כ תקשה דל"ל לחייבו משום מתוך כו' הא בלא"ה חייב בזה למאן דס"ל הולכין בממון אחר הרוב. דכיון דא"י הנתבע וליכא ברי להכחיש להרוב. א"כ ממילא מהני הרוב להוציא מן המוחזק כיון דנאנסו לא שכיח ונתחייב השומר בזה אף בלא השבועה ול"ל הקרא דשבועת ד' כו' לחייבו משום אינו יכול להשבע משלם. ורבא מפרש הדרש דקרא דשבועת ד' כו' דיהיה אתי הילפותא לכ"ע אף לר' יוסי דאית לי' מתוך כו'. וע"כ הוכרח לפרש דקאי על שבועת מ"מ:

והא דמצינו בב"מ (דף ל"ו) דס"ל לרב דשומר שמסר לשומר פטור אף בש"ש. ואף דרב ס"ל הולכין בממון אחר הרוב. עכ"ז שא"ה דהא השומר הב' אומר ברי לי דנאנסו ומצרפין ברי של חבירו לחזקת ממונא של השומר הא'. ואף למאן דס"ל בב"ב (דף קל"ה) דברי של אחר לא מהני. י"ל דהיינו דוקא להוציא מן המוחזק. אבל להחזיק יש לומר דלא מחלקינן. ועל כן לרב כיון דלא סבירא ליה להסברא דאת מהימנית לי האי לא מהימן לי ע"כ ס"ל שומר שמסר לשומר דפטור:

ואף לשיטת הראשונים וחד תירוץ בתוס' שם דס"ל דר' יוסי דאמר יחלוקו לית לי' מתוך וע"כ כתבו דר' נחמן דאוקי למתניתין דב"מ (דף צ"ח) שיש עסק שבועה ביניהם היינו דמוקי למתניתין כר"מ. אבל איהו דס"ל כר"י דיחלוקו לית לי' מתוך כו'. עכ"ז אתי שפיר למש"כ. משום דבשבועות (דף מ"ה) גרסי במשנה שם היו שניהם חשודים חזרה שבועה למקומה דברי ר"י רמ"א יחלוקו. ובגמ' לקמן (דף מ"ז) אמרו דא"ל רבא לר"נ היכא תנן היינו אם ר"י אומר יחלוקו או ר"י אומר חזרה שבועה. א"ל לא ידענא כו' איתמר אמר ר' יוסף בר מניומי כו' ר"י יחלוקו כו'. אלמא דרבא לא ידע מעיקרא אם ר"י ס"ל חזרה שבועה למחוייב לה וס"ל להך מתוך כו' או לא. וע"כ שפיר מוכרח רבא לאוקמי להאי שבועת ד' תהיה כו' דקאי על שבועת מ"מ וחמשין ידענא. דאי נימא דמירי בשבועת ש"ש דא"י אם נאנסו. א"כ תקשה אי נימא דס"ל לר"י דחזרה שבועה למחוייב לה דזהו מוכח מקרא דשבועת ד'. דהא לשיטתו בלא"ה חייב ש"ש באומר א"י אם נאנסו משום דהא אזיל ר"י בממונא בתר רובא. וע"כ שפיר הוכרח רבא לאוקמי הך קרא על חמשין ידענא וחמשין לא ידענא. כדי דיהיה אתי שפיר ילפותא לכ"ע דס"ל למתוך כו'. ומתורץ שפיר מה דהקשיתי וכמו דהקשה הפ"י כנ"ל. וע"כ שפיר כתבתי דבשומר האומר א"י אם נאנסו דחייב משום אינו יכול להשבע משלם אף לשיטת הט"ז הנ"ל:

ועוד י"ל בזה דלא מצי הש"ס לאוקמי לקרא דשבועת ד' דמירי בש"ש דא"י אם נאנסו. דהא מבואר בבעה"מ ר"פ ב' דכתובות ובתוס' שם דהיכא דאיכא רוב וחזקה מוציאין

מהמוחזק לכ"ע. וכן משמע בתוס' ב"ק (דף ל"ח) וכתובות (דף ק"ט) ד"ה ועל כו'. ומצינו לחד לישנא בכתובות (דף ל"ד) דרבא ס"ל נכסי שומר אשתעבד משעת משיכה. ומבואר בראשונים בר"ן ובנ"י ושמ"ק לב"מ (דף צ"ז) דס"ל דאי נימא דנכסי שומר נשתעבדו מעת משיכה הוי כל שומר בספק הנולד בו כמו א"י אם פרעתי משום חזקת חיוב. ולפ"ז י"ל דווקא היכא דטוען הש"ש ברי דנאנסו אז מהימן משום דמעלת ברי ומוחזק עדיף מן רוב וחזקה. אבל היכא דהשומר א"י אם נאנסו או לא דכיון דליכא ברי לפנינו. אז וודאי מוציאין ממנו ע"י רובא וחזקה לכ"ע. א"כ הא הש"ס בשבועות שם אמרו זה בשם רבא דמפרש להך שבועת ד' על מתוך כו'. וי"ל דרבא אמר זה בקצרה. אבל הש"ס מפרש על חמשין ידענא כו'. משום דעל ש"ש לא היה צריך לחייבו משום מתוך כו'. דהא לחד לישנא אליבא דרבא חייב. בלא"ה משום רוב וחזקה דהא הוי בי' חזקת חיוב כנ"ל. וע"כ הוכרח הש"ס לפרש להקרא דשבועת ד' על נ' ידענא כו' כדי דיהיה אתי אליבא דכ"ע ומתורץ קושיא הנ"ל:

ענף ח:

ולפענ"ד נראה ליישב דברי הט"ז והוא דהא מבואר בכולי ש"ס ויו"ד סי' קכ"ז דע"א לא מהימן לאסור היכא דאתחזק היתירא כמבואר בגיטין (דף נ"ד) וש"ד. משום דחזקת היתר עדיף מן ברי. ואף בברי של בע"ד מצינו דחזקה עדיפא ועכ"פ שקולים המה. דהא בכתובות (דף כ"ב ע"ב) גבי שנים אומרים מת או נתגרשה ושנים אומרים לא מת ולא נתגרשה דאם ניסת לא תצא ופריך תרי ותרי הבא עליה באשם תלוי קאי ומשני בניסת לא' מעדי' ובאומרת ברי לי. ובתוס' שם ד"ה הבא עלי' באשם תלוי קאי הקשו דמאי משני כשניסת לא' מעידי' הא בחנק קאי דאוקי אחזקת אשת איש ותירצו דדייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א. הרי דס"ל להתוס' דחזקה עדיפא מן ברי ולכן רצו לומר דבחנק קאי אף דאיכא התם ברי של הבע"ד בניסת לא' מעידי'. אלמא דחזקה עדיפא מן ברי של הבע"ד ובאמת שיטת הרשב"א בחי' לקידושין (דף ס"ו) והובא בפני יהושע בכתובות שם שכתב לתרץ קושיות התוס' הנ"ל דלכן מהני ברי שלהם נגד חזקת א"א משום דאדם נאמן ע"ע. [ועפ"ז יש לדון בשי' הרשב"א המובא ביו"ד סי' קכ"ז בש"ך ס"ק ט"ז דאף באתחזק היתירא מהני ברי של העד וי"ל דשאני בין חומרא לקולא ואכמ"ל]. אבל שיטת התוס' דהברי של הבע"ד ג"כ אינו יכול לדחות להחזקה. וגם מן הרשב"א אינו הכרע כ"כ דשא"ה דאדם נאמן ע"ע כנ"ל. ולכה"פ ברי של הבע"ד והחזקה שקולים המה. וע"כ כמו דבתובע טוען ברי אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם. ה"ה היכא דיש חזקת

חיוב דהוי עכ"פ כמו ברי דבזה אף בתובע טוען שמא הט"ז ג"כ מודה דאמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם:

וי"ל להסביר זה ביתר ביאור דהא חזינן דהברי בצירוף חזקה מהני להוציא ממונא כמו בכתובות (דף י"ב). וכא"י א"פ דהטעם הוא משום ברי וחזקת חיובא. א"כ ה"ה במעלת מתוך שאינו יכול להשבע משלם בצירוף לחזקת חיוב ע"י שניהם מצרפין להוציא ממוחזק. דהא מעלת מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם עדיף ממעלת ברי ושמא דהא בברי ושמא אין מוציאין ממון כדקיי"ל. ואלו ע"י מתוך שאינו יכול להשבע משלם מוציאין ממון היכא דשניהם טוענים ברי וכמו בשניהם חשודים ונסכא דר"א. וכיון דע"י מעלת ברי וחזקה מוציאין ממון כש"כ וה"ה במעלת מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וחזקה מוציאין ממון מהמוחזק אף בטוען שמא: ונקדים דברי הש"ך בסי' רצ"א ס"ק מ"ד דהעלה דכל השומרים דאומרים א"י אם נגנבו או נאנסו דהוי כא"י אם החזרתי. והא דב"מ (דף צ"ז) דאי' התם על הא דשאל א' ושכר א' ומתה א' המשאיל אומר שאולה מתה והלה אומר א"י חייב ואמרו בגמ' ש"מ מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב לימא תיהוי תיובתא דר"נ כו'. כבר כתבו התוס' שם דשא"ה כיון שמחזיר לו אחת מהן ה"ל כאומר א"י א"נ. אבל אם היה אומר א"י ולא היה מחזיר לו אף א' ה"ל א"י אם החזרתי. עי"ש בש"ך ובאמת תמוה דברי הש"ך דהא התוס' מסיימי שם. וכן בפרה א' שא"י אם מתה בעודה שאולה ה"ל ג"כ כא"י אם נתחייבתי. ומצאתי בקצה"ח סי' ש"מ ס"ק ד' שתמה כן על הש"ך בזה. אבל עיקר הדברים מבואר היטב בחידושי הר"ן לב"מ (דף צ"ז) ובנימוקי יוסף שם בשם הרמב"ן ובשמ"ק שם דלפי מה דס"ל להלכה דנכסי שומר משתעבד משעת פשיעה וכלישנא בתרא דכתובות (דף ל"ד) ה"ל כאומר לו איני יודע אם נתחייבתי ושפיר מקשה הגמ' לימא תיהוי תיובתא דר"נ. אבל לשיטת הרמב"ם דפסק דנכסי שומר מעת משיכה נשתעבד. י"ל דדינו כמו אינו יודע אם החזרתי. ועכ"ז שפיר מקשה הש"ס משום דדוקא בשאלה לחצי היום ושכרה חצי היום הוי זה כא"י אם החזרתי אבל שאל א' ושכר א' דהספק הוא מעיקרא אם נתחייב בדין שאלה עלי' או לא. או בשכרה לחצי היום ושאלה לחצי היום זה הוי כאינו יודע אם נתחייבתי. משום דלא מסתיים מילתא דהמשנה נקט דוקא שאלה חצי יום ואח"ז שכרה חצי היום דהא סתמא קתני כו'. וה"ה בשאלה היום ושכרה למחר דבמשנה שם שייך ג"כ לומר כן כמו בשאלה חצי כו' עכ"ל הראשונים הנ"ל בקצרה:

ולפ"ז י"ל דבאמת לדידן דפסק המחבר בסי' שמ"א כשיטת הרא"ש דנכסי שומר נשתעבדו מעת פשיעה א"כ הוי כל שומר כמו א"י א"נ. ושפיר מקשה הש"ס שם אליבא

דדינא דלימא דלא כרב נחמן דהא זה הוי כא"י א"נ. ומסתמא סבירא ליה כן לר"נ לדינא דהא הלכתא כוותיה דר"נ בדינא. וכמש"כ התוס' שם דכל שומר הוי כא"י א"נ וכמש"כ הקצה"ח כנ"ל. אבל לחד לישנא דכתובות (דף ל"ד) ור"פ הגוזל בתרא דנכסי שומר נשתעבד מעת משיכה. ולפ"ז הוי כל שומר כא"י אם פרעתי בשאלה לחצי היום ושכרה לחצי היום וכמש"כ הר"ן והנ"י והשמ"ק כנ"ל. והוי כל שומר בחזקת חיוב בכל ספק שיקרה בשומרים. וכבר ביארתי דהיכא דיש חזקת חיוב אז אמרינן אף בתובע טוען שמא מתוך שאינו יכול להשבע משלם כנ"ל אף לסברת הט"ז. ע"כ שפיר הקשו התוס' והרא"ש והר"ן וש"פ על המשנה דזה אומר א"י וזה אומר א"י דיחלוקו. להך לישנא דס"ל אליבא דרבא בכתובות וב"ק שם על הא דאמר רבא הניח להם אביהם פרה שאולה דאם הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבין לשלם אף במתה. א"כ לפ"ז הוי ליה כל שומר בחזקת חיוב. והא מצינו דס"ל לרבא מתוך שאינו יכול להשבע משלם כמבואר בב"מ (דף צ"ח) ושבועות (ד' מ"ז). והא לרבא דס"ל מתוך כו' וגם לחד לישנא מצינו אליבא דרבא דס"ל נכסי שומר מעת משיכה נשתעבד. א"כ ה"ל חזקת חיוב בכל שומר א"כ שפיר אמרינן בזה מתוך כו' אף לסברת הט"ז. ואף שהתוס' סתמו בקושייתם עכ"ז מצינו בכמה דוכתי דדרך התוס' להקשות סתמא. וכוונתם הוא אליבא דחד מ"ד אף דלא פסקינן כוותי'. וכמש"כ הש"ך בסי' רס"ח ס"ק ב' בכוונת התוס' דב"מ כו' בקושייתם אף דהקשו סתמא עכ"ז כוונתם רק לרבא דס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש דאיך יהיה רבא נגד המשנה. וכה"ג כתב האו"ת בכ"מ בס"ק ק"ד וכהנה רבות בש"ס:

ועוד י"ל באופן אחר קצת בקצרה בשי' התוס' בקושייתם דס"ל כמש"כ הר"נ והנ"י שם דשאלה חצי היום ושכרה חצי יום הוי כמו א"י אם החזרתי. אבל שאל א' ושכר א' או שכרה חצי היום ושאלה חצי יום זהו כמו א"י א"נ דהא במשנה שם נכלל ג"כ שכרה חצי היום ושאלה חצי כו' כנ"ל בשמם. וע"כ שפיר הקשו בגמ' לימא תיהוי תיובתא דר"נ כו' היינו מן שכרה חצי היום ושאלה כו'. אבל הך בבא דשאלה חצי היום ושכרה כו' זה הוי כמו א"י אם החזרתי והוי בחזקת חיוב כמש"כ הר"ן והנ"י והשמ"ק שם לחד תי'. והא דתנן במתניתין ז"א א"י וז"א א"י יחלוקו בוודאי על כל הבבות דתנן שם לעיל מינה קאי וגם על שאלה חצי יום כו'. וע"כ שפיר הקשו הראשונים ע"ז דהא י"ל בזה מתוך שאינו יכול להשבע משלם כיון דהוי בחזקת חיוב. ובזה אף בתובע טוען שמא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם. אבל לעולם י"ל דהיכא דליכא חזקת חיוב והתובע טוען שמא דבזה כל הראשונים הנ"ל ס"ל כשיטת הט"ז דלא אמרינן בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם:

ענף ט:

ובמה שפסק הרמב"ם והמחבר היה החשוד שומר דלא אמרינן בזה מתוך כו' משום התובע טוען שמא כסברת הט"ז הנ"ל. י"ל דס"ל דכל שומרים בספיקם הוי כמו א"י א"נ. ודלא כהש"ך דס"ל דאף דנימא דמעת פשיעה נשתעבד עכ"ז הוי כא"י אם החזרתי. אלא ס"ל להמחבר והרמב"ם דהוי כא"י א"נ. ולא מבעיא לשיטת המחבר דפסק בסי' שמ"א סעי' ד' כשיטת הרא"ש דמעת פשיעה נשתעבד וודאי דהוי כא"י א"נ וכמש"כ הר"ן והנימוקי יוסף והרמב"ן ושמ"ק כנ"ל. ואף לשיטת הרמב"ם דפסק דמעת משיכה נשתעבד עכ"ז יש לומר דסבירא ליה כשיטת הריטב"א המובא בשמ"ק לב"מ (דף צ"ז) דכתב דלכו"ע הוי כל שומר כא"י אם נתחייבתי. ואף דמעת משיכה נשתעבד עכ"ז הא לא נשתעבד רק אם יהיה פשיעה וע"כ הוי כא"י א"נ ע"ש:

וכן מוכח מן הרמב"ם פ"ג מה' שאלה ה' ג' שכתב בשאלה חצי יום ושכרה חצי יום דאף באומר המשאיל ברי והשואל אמר שמא ג"כ פטור השואל כדין א"י א"נ. ובאמת הלח"מ שם הקשה דלפי מש"כ הנימוקי יוסף דלשיטת הרמב"ם דפסק דשומר נשתעבד מעת משיכה ה"ל כא"י אם החזרתי א"כ בשאלה חצי יום ושכרה חצי יום ה"ל לחייבו כמו כל א"י אם פרעתי ונשאר בצ"ע. ובאמת ז"א קשה די"ל דהרמב"ם ס"ל כשיטת הריטב"א שם דכתב דלכ"ע ה"ל כמו א"י אם נתחייבתי דפטור. וכן מוכח מן המחבר דפסק בסי' שמ"ד סעי' ד' דאף בשאלה חצי היום ושכרה חצי היום מיפטר באומר א"י אף דתובע טוען ברי משום דס"ל דדינו כמו א"י אם נתחייבתי וכשיטת הריטב"א הנ"ל. ע"כ שפיר י"ל במה דפסק המחבר והרמב"ם היה החשוד שומר דפטור משום דהוי כא"י אם נתחייבתי. ע"כ פטור בתובע טוען שמא דהא לא מקרי חזקת חיוב כלל כנ"ל. והא דשומר שמסר לשומר חייב י"ל דזהו משום סברת השב יעקב דהובא בנתיבות סי' ש"א דחיובו הוי מצד מזיק דלא מהימנינן ליה דדלמא החפץ ברשותו:

ועוד י"ל דבאמת כל שומר שמסר לשומר חייב משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם וכמש"כ הרא"ש בב"מ פ"א סי' ג' דחייב משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם עי"ש. רק די"ל בזה כמש"כ הנימוקי יוסף ר"פ הגוזל בשם הרא"ה דהשואל חמור לרכוב עליו ונתנה לשלוחו והדבר ספק הוא אם מתה מחמת מלאכה חייב משום פושע, כשמסרה לשלוחו שהרי אין השואל רשאי להשאיל והוא מתחייב משעת פשיעה כו'. והובא בש"ך סי' רצ"א ס"ק מ"ג. והקצה"ח ביאר זה היטב בסי' ש"מ ס"ק ד' משום דבמסרה לאחר במקום שלא היה לו למסור הוי זה כהתחלת פשיעה ונעשה משום זה על הספק דיקרה לאח"ז כמו א"י אם החזרתי והוי בחזקת חיוב והאריך

הקצה"ח שם לבאר זה היטב. ע"ש. ע"כ י"ל דלכן בכל שומר שמסר לשומר חייב משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם משום דכיון דאינו רשאי להפקידו ביד אחר א"כ מיד מתחיל הפשיעה וה"ל משום זה כמו א"י אם החזרתי. אף דמשום זה לא הוי פשיעה גמורה דהא בנאנס מיד הב' פטור. רק לגבי זה לבד דיהא כמו א"י אם פרעתי מקרי זה התחלת פשיעה וכמש"כ הקצה"ח שם בארוכה אך משום א"י אם פרעתי לבד אין לחייב שומר שמסר לשומר משום דהא בשניהם טוענים שמא פטור אף באומר א"י אם פרעתי כמבואר. רק משום חזקת חיוב דאיכא בזה מהני זה להצטרף לסברת מתוך שאינו יכול להשבע משלם לחייבו אף דתובע טוען שמא וכשיטת הט"ז ג"כ. משום דהיכא דאיכא חזקת חיוב גם הט"ז מודה דאמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם. אבל היה החשוד שומר שפיר י"ל דדינו כמו א"י אם נתחייבתי וליכא בזה חזקת חיוב. ולא מבעיא לשיטת המחבר דפסק בסי' שמ"א דנכסי שומר מעת פשיעה נשתעבד דוודאי הוי כמו א"י אם נתחייבתי לרוב פוסקים. ואף לשיטת הרמב"ם מ"מ הא הוכחתי מהרמב"ם הל' שאלה פ"ג דס"ל כהריטב"א דלעולם הוי כמו א"י אם נתחייבתי וליכא חזקת חיוב בזה. ע"כ שפיר כתב הט"ז בזה דטעמם משום דבתובע טוען שמא לא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם. ואין סתירה עליו מקושית התוס' והר"ן וש"פ בב"מ (דף צ"ז) כמו שהקשה הקצה"ח עליו. משום די"ל דגם אינהו מודו לדינא של הט"ז בזה היכא דליכא חזקת חיוב. ועפ"י מה שכתבתי יש לעיין בסי' צ"ד סעי' ב' ובש"ך ס"ק ו' ובסי' שמ"ד סעי' ד' ובש"ך שם וקצרתי:

וכעת ראיתי דבמש"כ לעיל בכוונת התוס' בב"מ (דף צ"ז) על ז"א א"י וז"א א"י דיחלוקו דנימא מתוך שאינו יכול להשבע משלם משום דהא בשאלה חצי היום ושכרה חצי יום ה"ל כמו חזקת חיוב כנ"ל. יש לעיין בזה מן מש"כ התוס' בב"ק (דף מ"ו ע"ב) ד"ה מידע ידעי וכו' בסה"ד בשם ר"י דכתב דשמא י"ל דהאי יחלוקו לאו אשאלה היום ושכרה למחר קאי אלא אשאל א' ושכר א' קאי עכ"ל. אך באמת הא חזינן דהתוס' כתבו שם בשם הר"י בלשון ושמא י"ל כו' הרי דהתוס' לא ברירא להו כ"כ משום דבאמת זהו דוחק: ועיין בשמ"ק שם בב"ק דתי' תי' אחר על קושיות התוס' דשם. ואף דהתוס' בב"מ (דף ק') ד"ה הא מני סומכוס בסה"ד כתבו ג"כ דיחלוקו לא קאי אשאלה היום ושכרה למחר. עכ"ז לפ"ד השמ"ק אין הכרח לזה כדחזינן בלשונם בתוס' בשם הר"י דכתב בלשון ושמא י"ל כנ"ל. אלמא דזה לא היה ברור כ"כ להר"י וע"כ שפיר הקשו בתוס' בב"מ (דף צ"ז) כנ"ל. וראיתי בפנים מאירות בחי' לב"ק (דף מ"ו) שכתב ג"כ דזה דוחק גדול לאוקמי

דיחלוקו לא קאי אכולי בבא דמתניתין והאריך שם הרבה בזה. ויש להאריך בכ"ז הרבה. וע"כ שפיר כתבתי לעיל. ולקמן יבואר עוד תירוץ אחר על קושיות הקצה"ח הנ"ל:

עוד הקשה הקצה"ח שם על הט"ז מהא דכתובות (דף פ"ה) בעובדא דאבימי דטוען סטראי והיה הפרעון בפני השליח דכתבו התוס' והרמב"ן וש"פ שם דקודם שנתקנה שבועת היסת היה דינו כמו נסכא דר"א ומחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אף דהתובע טוען שמא כו' עכ"ל. ודברי הקצה"ח בזה הוא תמוה דהא התם מיירי במכחיש הלוה להמלוה בעיקר חוב האחר אם מגיע ממנו. דהא הלוה טוען ברי דלא מגיע לו שום חוב זולת השטר א"כ הא התובע טוען ברי ואין מקום לקושייתו כלל. ואפשר דכוונת הקצה"ח הוא לפמש"כ הט"ז בסי' ע"ה סעיף י'. דהברי של התובע שאינו ידוע לו אך מהודאת הנתבע זה לא מקרי ברי וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ל'. והאו"ת האריך שם בזה. ע"כ בעובדא דאבימי דאינו יודע הלוה מן גוף הפרעון רק ע"י הודאת המלוה. אפשר דזה לא מקרי ברי לשיטת הט"ז גופא הנ"ל. ואפ"ה אמרו בזה מתוך כו'. ושפיר הקשה הקצה"ח. אבל באמת גם לפ"ז אינו קשה דהא זה ברור דחזקת ממונא עדיף מן ברי. דהא ברי ושמא חזקת ממונא עדיף. א"כ י"ל דהא דכתב הט"ז דבטוען שמא לא אמרינן כו' היינו ברוצה להוציא מן המוחזק אז בעי דיטעון ברי. אבל התם בעובדא דאבימי דאם נימא דהמלוה דטוען סטראי ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אז יהיה פטור הלוה. א"כ הא מוחזק ברשות עדיף מן ברי ושפיר אמרינן בכה"ג מתוך כו'. ועיין בתוס' ב"מ (דף ק') ד"ה וליחזי ברשותא כו' דכתבו ג"כ דמוחזק מעיקרא א"צ לטעון ברי ודוקא התופס בעי דיטעון ברי עי"ש. ואף דהש"ך בסי' נ"ח ס"ק כ"ג כתב די"ל דהא דאבימי מיירי בתר פרעון. מ"מ י"ל כנ"ל וכמש"כ הש"ך שם דפשט דברי התוס' וש"פ לא משמע כן וקצרתי. א"כ נתבאר דאין שום סתירה כלל לדברי הט"ז הנ"ל הן לקושית הקצה"ח והן מה שהקשיתי לעיל דכל זה אתי שפיר:

ענף י:

ועדיין יש להעיר על הט"ז הנ"ל מהא דכתובות (דף י"ב) תוס' ד"ה ר' הונא ור"י אמרי חייב באה"ד שהקשו לאביי דאית ליה ברי ושמא ברי עדיף א"כ איך דרש מן שבועת ה' תהיה כו' למחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ותירץ דאתי היכא דהבע"ד אינו יודע אלא ע"פ העד. אלמא דאף בטוענו בספק ע"פ העד הוי מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ודלא כט"ז. וי"ל משום דהא דכתב הט"ז דבטוען שמא לא הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם הטעם הוא כמש"כ הט"ז שם דכיון דעיקר מילתא ילפינן מן שבועת ה' תהיה כו' והקרא מיירי בתובע טוען ברי ע"כ מנלן לחדש כן היכא

דתובע טוען שמא וע"כ לא אמרינן בזה מתוך כו'. אבל למאן דס"ל ברי עדיף מן חזקת ממון בע"כ מוכח דס"ל לפרש להך שבועת ה' תהיה דאתי לטוענו בספק עפ"י העד ואף דתובע טוען שמא מ"מ אמרינן מתוך כו'. א"כ להך מ"ד בע"כ מוכח דאף בתובע טוען ספק ג"כ אמרינן מתוך כו'. אבל לדידן דאין לנו הוכחה ע"ז מה"ת. אמרינן שפיר דבטוען שמא לא אמרינן מתוך כו' מסברא בלא הוכחה. דהא עיקר מילתא דמתוך אין זה מסברא רק מצד גזה"כ דשבועת ה' תהיה. ע"כ במה דאין לנו הוכחה ע"ז לא אמרינן כן ולכן אין שום סתירה על הט"ז מן התוס' הנ"ל:

ועכשיו דאתינן להכי יש ליישב באופן אחר לקושיות הקצה"ח הנ"ל מן התוס' ב"מ (דף צ"ז) דהקשו עלה דזה אומר א"י וזה אומר א"י דיחלוקו דקשה דנימא מתוך כו'. והא התובע טוען שמא. והארכתי לעיל ליישב קושייתו. וכעת נראה לי לתרץ בפשיטות. והוא דהא נתבאר דלאביי דס"ל ברי ושמא ברי עדיף ואית ליה ג"כ מתוך כו' כמבואר בב"ב (דף ל"ד). וכמש"כ התוס' בכתובות (דף י"ב) כנ"ל דהאי קרא שבועת ה' תהיה אתי לטוענו בספק עפ"י העד. ומוכח לאביי דאף בטוענו שמא אמרינן מתוך כו'. ואליבא דהך מ"ד שפיר הקשו התוס' בב"מ שם דנימא מתוך שאינו יכול להשבע משלם. והוכיחו התוספות מזה שפיר במש"כ התוספות שם בתירוצם. וכבר כתבתי לעיל דכן מצינו דרך התוס' בכמה דוכתי כנ"ל. וא"ש הקושיא הנ"ל ואין כאן שום השגה על סברת הט"ז הנ"ל: (הגה"ה:

ומדברי התוס' דכתובות הנ"ל דכתבו לאביי אתי הך דשבועת ה' תהיה על טוענו בספק ע"פ העד. יש להוכיח מזה כמש"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק ל"ה דכתב שם דהא מבואר שם דאינו יודע אם פרעתי וע"א מעיד שלא פרע ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ולא נתחייב משום א"י אם פרעתי משום דמיירי בטוענו בספק ע"פ העד ע"ש. ולא אמרינן דיצטרף הברי של העד דיהיה כמו התובע טוען ברי דחייב הלוה משום א"י אם פרעתי. משום דברי של בע"ד שאני. אבל ברי של אחר לא נחשב לברי. ומוכח כן ממש"כ התוס' כתובות הנ' דדוקא משום מתוך נתחייב בטוענו ספק ע"פ העד. אבל משום ברי ושמא לא נתחייב משום דשאני ברי של אחר. אך בעיקר הך מילתא יש לעיין דהא בב"ב (דף קל"ה) ס"ל לרבא להוכיח ממשנה דזה אחי כו' דברי ושמא פטור. ואביי מחלק שם דשאני ברי של אחר מן ברי של בע"ד. אבל רבא לא מחלק ביניהם וע"כ הוכיח משם דמנה לי בידך והלה אומר א"י פטור. והא אביי ורבא הלכה כרבא. והא דלמר ר' אשי בכתובות (דף ע"ו) רישא מנה לאבא בידך סיפא מנה לי בידך. הא התוס' שם בד"ה רישא מנה לאבא כו' כתבו דהעיקר כפי' רש"י ע"ש. א"כ אין הכרח לומר דר"א ס"ל כאביי.

וע"כ י"ל דהלכה כרבא. ועיין בש"ך סי' ע"ב ס"ק קל"ג: ומש"כ לעיל להוכיח מהתוס' כתובות (דף י"ב) הנ"ל דס"ל לחלק בין ברי של הבע"ד לברי של אחר. אין זה ראיה כלל לדינא דהא התוס' בכתובות שם מיירי אליבא דאביי והא אביי גופא ס"ל לחלק בין ברי של הבע"ד לברי של אחר. ע"כ לדידיה שפיר כתבו התוס' דטוענו בספק ע"פ העד לא הוי ברי מעליא. אבל לדינא י"ל דהלכה כרבא דלא מחלק ביניהם. וכן הוא כוונת התוס' בשבועות (דף מ"ז ע"ב) ד"ה אי אמרת בשלמא כו'. בתי' הב' שם. ומה דיש לעיין על תי' א' דשבועות שם. דמה יענו לאביי כמש"כ בכתובות. כתבתי ליישב במק"א. אכן לפי הגירסא דגרס שם בב"ב (דף קל"ה) רבה וכפי דכתבו התוס' בגיטין (דף כ"ז) ד"ה התם כו' דהיכא דנקטו אביי בתריה דגרסינן רבה וכמש"כ התוספות בסנהדרין (דף ס"ב) ד"ה ורבא ובשא"ד. והא שיטת הרא"ש ב"מ פ"א סי' מ"ט וז"ל דע"כ רבה הוא דפליג עליו כיון שנקבע דבריו לפני אביי וקיי"ל מאביי ורבא הלכה כבתראי אף כנגד רבותם. ועיין בב"ש בא"ע סי' ל"ט ס"ק ו' מזה. ובב"מ ברא"ש פ"ד סי' י"ט כתב ג"כ דהיכא דנזכר רבא מקודם אביי בוודאי גרסי רבה והלכה כאביי דבתראה הוא. וזה פלוגתא דרבוותא ויש הרבה סתירות בזה ואכמ"ל. ולפ"ז שפיר פסק הש"ך דברי של אחר לא הוי כמו ברי של הבע"ד ואין אנו יכולים להוציא ממון עי"ז. דדלמא הלכה כהסוברים דהלכה כאביי נגד רבה דס"ל דברי של אחר לא מהני אף היכא דהיה מהני ברי של הבע"ד. וכ"כ הר"ן בשבועות פ"ו בשם הרמב"ן בסוגיא דאין נשבעין לקטן בפלוגתת ראב"י ורבנן דהוכיח מהא דב"ב הנ"ל דברי של אחר לא מהני וקצרתי בכ"ז. (ע"כ הגה"ה):

וע"פ הנ"ל יש ליישב קושיות האו"ת בסי' צ"ב ס"ק יו"ד שהקשה לשיטת הרמ"ה ור' ישעיה דס"ל בהיה החשוד שומר דנוטל המפקיד וכמו דהובא בטור שם. וה"ה בטוענו בספק ע"פ העד דדוחק לחלק ביניהם. א"כ מאי מקשה הגמ' בשבועות (דף ל"ב) אמר אביי הכל מודים בכנגדו חשוד על השבועה דחשוד מאן אילימא דחשוד לוה לימא מי יימר דמשתבע. הא ה"מ לאוקמי דמיירי בטוען בספק ע"פ העד להחשוד דנוטל בל"ש. ודוחק לומר דלא ס"ל כהדיעה דיכול לתבוע בספק ע"פ העד אלא ס"ל כהסוברים דאין לחייב שבועה בטוען בספק ע"פ העד. דהא הטור לא הכריע כאן כלל בפלוגתת ר"י והרמ"ה כלל. ובסוף סי' ע"ה פסק דבטוען ספק ע"פ העד מחייב שבועה וכן הקשה האו"ת סי' פ"ז ס"ק ז':

ולמש"כ מתחלה ניחא קושיות האו"ת הנ"ל משום די"ל דטעם הר"י והרמ"ה דס"ל בהיה החשוד שומר משלם בל"ש. משום דס"ל כשיטת הש"ך דסי' רצ"א דכל שומרים בטענתם הוי כמו איני יודע אם החזרתי אף למ"ד דס"ל נכסי שומר נשתעבד מעת פשיעה כו'.

וגם הר"י והרמ"ה י"ל דס"ל כסברת הט"ז דבתובע טוען שמא לא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם. והא דהיה החשוד שומר שאני דהוי שם חזקת חיוב וזה הוי לכל הפחות כמו מעלת ברי וכמו שהוכחתי לעיל דחזקה עדיף מברי. אבל לאביי דס"ל ברי ושמא ברי עדיף מחזקת ממונא כמש"כ התוס' כתובות (דף י"ב). ובב"ב (דף קל"ה) כתבו התוס' אליבא דאביי דאף במקום דלא ה"ל למידע ג"כ ברי עדיף. ולפ"ז מוכח אליבא דאביי דמעלת ברי עדיף ממעלת חזקה דהא במעלת ברי יכולים להוציא מחזקת ממונא אף במקום דלא ה"ל להנתבע לידע. ואלו ע"י מעלת חזקה לכו"ע אינו מוציא מחזקת ממונא כמו בריש פ"ב דכתובות דבברי וברי לא אמר ר"ג אף במקום חזקת הגוף:

והנה אף דהתוס' בכתובות (דף י"ב) כתבו דלאביי קאי הא דשבועת ד' תהיה בין שניהם על טוענו בספק עפ"י העד. אבל בשבועות (דף מ"ז ע"ב) ד"ה אי אמרת כו' כתבו בקצרה לחד תירוצם דלמאן דס"ל ברי עדיף דכוונת הפסוק דשבועת ה' היכא דשייכא ולא כן היורשים דפטורים עכ"ל. והיינו בנסכא דר"א וכה"ג. ולפ"ז גם אליבא דאביי אינו מוכח דהתורה מיירי בטוען שמא הא י"ל דהתורה מיירי בטוען ברי ומנלן עדיין בטוען שמא. [ומה דיש לפלפל בתירוצים של התוס' הנ"ל כתבתי מזה במק"א]. ואין לומר דאכתי משכחת היכא דהוי חזקת חיובא דמחולקים בפרעון ותובעו בספק פרעון ע"פ העד דבזה אמרינן מתוך כנ"ל. דהא ז"א אליבא דאביי די"ל דדוקא במעלת ברי אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם. אבל היכא דתובע טוען שמא אף דיש לו חזקת חיוב ג"כ לא אמרו מתוך כו' דהא לאביי ברי עדיפא טפי. וע"כ י"ל כסברת הט"ז דבתובע טוען שמא אף במקום חזקת חיוב לא מהני כנ"ל. והתם בשבועות הא אביי הוא דקאמר להא דהכל מודים בכנגדו חשוד על השבועה ע"כ לא מצי לאוקמי כקושיות התומים ומתורץ קושייתו. וע"פ מש"כ אליבא דאביי דברי עדיף מן חזקה. יש לדון עפ"ז בהא דקידושין (דף ס"ה) במה דא' אביי א"ל נטמאו טהרותיך והלה שותק דנאמן. ובהא דגיטין (דף נ"ד). ומה דיש לחלק בין ברי של בע"ד לברי של אחר ואכמ"ל בכ"ז:

ו (שם סעיף ג'):

והנימוקי יוסף ר"פ הגוזל בתרא כתב בשם הרא"ה בשאל חמור ומסר לשלוחו וא"י אם מתה בפשיעה דחייב דהוי זה כא"י אם החזרתי כו'. והקשה ע"ז רע"א וצ"ל בחילוקא דרבנן שנדפס בחידושי הר"ן לב"מ בסוגיא דשומר שמסר לשומר. ובאות י"ב. דאמאי לא כתב הנ"י לחייבו משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם דלא שייך בזה לומר דלא ה"ל למידע דהא עשה שלא כהוגן כמו בשומר דערבן עם פירותיו כמו בסי' רצ"ב. ובש"ך סי' ע"ב. וכן הקשה הקצה"ח סי' ש"מ ס"ק ד'. ועוד הקשה הישו"ש והובא בקצה"ח שם

דאיך חייב בזה משום א"י א"פ והא בשניהם טוענים שמא פטור אף בא"י א"פ. וכתבו שם בשי' הרא"ה הנ"ל דס"ל בשבועה שלא פשעתי אינו רק מצד גלגול שבועה ע"ש:
אבל לפמש"כ אתי שפיר משום די"ל בכוונת הנ"י בשם הרא"ה דס"ל כשיטת הט"ז דבתובע טוען שמא לא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם. וע"כ בשומר שמסר לשומר לא מתחייב משום מתוך כו' רק עיקר חיובו הוי כמו בא"י א"פ דחייב משום מעלת ברי וחזקת חיובא. א"כ ה"ה מעלת מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בצירוף חזקת חיוב. דהא מתוך כו' עדיף מן מעלת ברי דכיון דחזינן דחזקת ממון עדיף מן ברי. והיכא דהוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מוציאין ע"י מהמוחזק היכא דטוענים ברי. כמו בשניהם חשודים ונסכא דר' אבא. ע"כ כמו דע"י צירוף ברי לחזקת חיוב מוציאין ע"י מן המוחזק כש"כ דע"י מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בצירוף חזקת חיוב דמוציאין מן המוחזק אף דתובע טוען שמא. והא דלא כתב הנימוקי יוסף לסברא דמתוך שאינו יכול להשבע משלם. משום דזה פשוט לכל. רק עיקר כוונת הנ"י דהכא שאני אף דתובע טוען שמא מ"מ מסייע לי' חזקת חיוב למחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. כמו בא"י א"פ דע"י צירוף ברי לחזקת חיוב מחייבינן לי' ומתורץ קושיתם: והרא"ש בב"מ פ"ח סי' ד' כתב היכא דשאל חמור ומתה בדרך ולא הרגיש בעייפות וטורח הדרך לא יוכל לישבע שמתה מחמת מלאכה וחייב. והובא בטור סי' ש"מ. ובש"ע סי' הנ"ל סעי' ג' ברמ"א. והב"י שם תמה ע"ז איך מחוייב מספק. והש"ך שם ס"ק ז' כתב לתמוה על הב"י דהא חייב משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם. אכן לפי שיטת הט"ז הנ"ל דבתובע טוען שמא לא אמרינן מתוך כו' שפיר תמה הב"י כנ"ל. והביאור הגר"א זצ"ל בסי' ש"מ ס"ק י"ד כתב דלכן בלא יוכל לישבע שמתה מחמת מלאכה חייב משום דהוי כשומר שמסר לשומר דחייב משום דאין יכול לישבע עכ"ל.
אבל לפמש"כ לעיל יש לחלק דשאני בשומר שמסר לשומר דמקרי כמו א"י א"פ משום התחלת פשיעה במה דמסר לאחר כמש"כ לעיל בשם הנ"י בשם הרא"ה כנ"ל והקצה"ח בסי' ש"מ. וע"כ שפיר תמה הב"י דאזיל לשיטתו דפסק בסי' צ"ב בהיה החשוד שומר דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בתובע טוען שמא דהוי כמו א"י א"נ וליכא בזה חזקת חיוב בכל השומרים: ועכ"ז י"ל במה דפסק הרמ"א והרא"ש והטור דחייב בלא יוכל לישבע שמתה מחמת מלאכה. די"ל דבזה גם הט"ז מודה דחייב. דהא עיקר הספק לנו בזה אי מתה מחמת מלאכה או דאירע אונס. והש"ך בכללי מיגו ס"ק כ"ב כתב דלשיטת הפוסקים דנאנסו לא שכיח צ"ל במאי דאיכא ר"פ המפקיד דמתה מחמת מלאכה לא שכיח היינו דלא שכיח כלל. א"כ נאנסו שכיח יותר מן מתה מחמת מלאכה.

ולפ"ז י"ל בספק אי נאנסה או מתה מחמת מלאכה א"כ הרוב מסייע יותר דנאנסו. דהא נאנסו שכיח יותר ממתה מחמת מלאכה. וכללא הוא בכולי ש"ס דמאי דהוי שכיח יותר מחבירו דינו כרוב. ואף אם הרוב מרובה מחבירו רק במיעוט מקרי רוב לילך אחריו כמבואר כה"ג ביו"ד סי' ק"ט ובפרמ"ג בפתיחה לה' תערובות. ובחינוך בית יהודה סי' ה וש"פ דהוכיחו מן דיינים דא' יכול להכריע וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' י"א מזה. וה"ה רובא דליתא קמן וכמש"כ רש"י בחולין (דף י"ב) במסקנא דאין לחלק בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן דמ"ש האי מהאי ע"ש. ואכמ"ל. וכבר בארתי לעיל דהיכא דהרוב מסייע למחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דאז מהני אף בטוען שמא כנ"ל. א"כ שפיר כתב הרא"ש והטור והרמ"א שם דחייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ואין מזה סתירה להט"ז הנ"ל:

ובסימן ש"ג סעי' יו"ד רועה שהניח עדרו ובא לעיר ובא זאב וטרף אם היה יכול להציל ברועים ומקלות חייב ואם לאו פטור ואם אין הדבר ידוע חייב. והש"ך שם ס"ק י' תמה על הב"י והסמ"ע דכתבו דלכן חייב משום דמן הסתם היה יכול להציל ברועים ומקלות והקשה עליהם דמנ"ל זה וכתב דלכן חייב משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם. ולפמש"כ אתי שפיר דברי הב"י והסמ"ע דכתבו זה בדקדוק היטב. דהיה קשה להם איך מחייבין בזה משום מתוך שאינו יכול להשבע משלם. והא עיקר הדין הוא מהרמב"ם פ"ג הל' שכירות הל' ח'. שכתב דאם אין הדבר ידוע חייב לשלם וכ"כ הטור דין זה בשם הרמב"ם. וקשה הא לשיטת הרמב"ם והובא בסי' צ"ב בהיה חשוד שומר דלא אמרינן בזה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם משום סברת הט"ז דבטוען שמא לא אמרינן כן. וע"כ הוכיח הב"י לומר דלכן באינו ידוע אם היה יכול להציל ברועים ומקלות חייב משום דאמרינן דמן הסתם היה יכול להציל כו'. ואף דהך סברא דמן הסתם היה יכול להציל כו' לא עדיף מכל רובא והא אין הולכין בממון אחר הרוב. עכ"ז הא לעיל נתבאר דבחשש שמא נאנסו בזה חייב השומר משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דכיון דאיכא רובא המסייע לדברי התובע דנאנסו לא שכיח הוי זה לכה"פ כמו מעלת ברי דאמרינן בי' מתוך כו'. א"כ ה"ה אי נימא דלא היה יכול להציל ברועים כו' דמקרי זה אונס וכיון דאונס לא שכיח ע"כ הרוב מסייע לומר דהיה יכול להציל ברועים כו'. ובצירוף מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם שפיר מחייבינן אף לשיטת הרמב"ם בהיה חשוד שומר. ואתי שפיר דברי הב"י והסמ"ע ומתורץ קושיית הש"ך. ואף דמן דברי הב"י בסי' צ"ב משמע קצת דלא כדברי הט"ז הנ"ל. עכ"ז הוי ענין נכון בפ"ע לומר כן:

ולשיטת הט"ז הנ"ל יש לעיין בדברי התה"ד סי' של"ג דכתב לחייב בכל שומר חנם בספק אם פשע דחייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. והובא בסמ"ע וש"ך סי' רצ"א ס"ק ט"ו. ובאמת לשיטת הט"ז הנ"ל יש לדון שם דהא התובע טוען שמא לא מחוייב משום מתוך כו'. ואפשר דלשיטת הש"ך דפסק בסי' רצ"א ס"ק מ"ד דכל שומר מקרי א"י א"פ אף להסוברים דנכסי שומר מעת פשיעה נשתעבד. א"כ הוי בכל ש"ח בחזקת חיוב ואז מחייבין שפיר משום מתוך כו'. וכן מש"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק ל"ה דבטוענו בספק ע"פ העד הוי מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. י"ל דקאי התם על א"י א"פ דהוי חזקת חיוב דאז מחייבין שפיר משום מתוך כו'. ומה שמבואר שם בא"י א"נ דחייב משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אי איכא חד סהדא. י"ל דזה קאי על אמירת ברי של התובע מנה לי בידך דנזכר שם. אבל לפי מה דמבואר בתוס' ב"מ (דף צ"ז) ד"ה והלה אומר א"י כו' דגם בפרה א' כשאומר א"י אם מתה בעודה שאולה מקרי א"י א"נ. וכמש"כ הר"ן והנ"י והשמ"ק והריטב"א דמקרי א"י א"נ. עדיין יש לדון בכל ש"ח דספק אם פשע דאין לחייבו משום מתוך כו'. דהא התובע טוען שמא והיכא דליכא חזקת חיוב לא אמרינן מתוך כו' כשיטת הט"ז הנ"ל:

אכן בשומר שכר חשוד יש לדון דמשלם משום דהא איכא רובא דמסייע להתובע כיון דנאנסו לא שכיח. וכש"כ בשואל דמתה מחמת מלאכה לא שכיח כלל כמבואר בר"פ המפקיד ובש"ך בכללי מיגו הנ"ל. ובזה אף הט"ז מודה דאמרינן בו מתוך כו' וכן בטוענו בספק עפ"י העד בספק הלואה והלוה משיב איני יודע אם נתחייבתי וע"א מעיד על ההלואה. י"ל דלשיטת הט"ז לא אמרינן בזה מתוך כו' כיון דלא הוי שם חזקת חיוב רק בטוענו בספק פרעון והלוה משיב איני יודע אם פרעתי וע"א מעיד ע"ז. אז אף בתובע טוען שמא אמרינן מתוך כו'. משום דאיכא חזקת חיוב כנ"ל. ושיטת ר' ישעיה והרמ"ה דשם הא לא הובא בש"ע כלל. וגם הא כתבתי לעיל די"ל דגם אינהו מודו לזה כנ"ל לעיל בארוכה:

ועפ"ז יש ליישב מה שהקשיתי לעיל על הט"ז מהתוס' כתובות (דף י"ב) ד"ה רב הונא כו'. שכתבו שם דמשכחת הך שבועת ד' תהיה בין שניהם היכא דע"א מעיד דחייב לחבירו מנה כו' אף דשניהם לא ידעי אלמא דאף בתובע טוען שמא אמרינן מתוך כו' וקשה על הט"ז. אבל לפמש"כ אתי שפיר די"ל דכוונת התוס' שם היכא דהספק הוא אם פרע או לא וע"א מעיד דלא פרע ואיכא חזקת חיוב ובכה"ג אף בתובע טוען שמא אמרינן מתוך כנ"ל. אך לפמש"כ לעיל אליבא דאביי דאית ליה ברי עדיף מן חזקת ממונא עדיין יש

לעיין במש"כ כעת. אכן כבר כתבתי לעיל תי' אחר דלא תקשה על הט"ז מן תוס' כתובות הנ"ל. וא"ש כל דברי הט"ז הנ"ל:

אך מה דמשמע מן הט"ז דסי' ע"ה סעי' י"ב דדווקא בברי ושמא אמרינן מתוך כו'. דמשמע מזה דבברי וברי לא אמרינן מתוך כו'. זה בוודאי אינו דהא בשניהם חשודים ונסכא דר"א אמרינן מתוך כו' אף ששניהם טוענים ברי. ובוודאי העיקר בכוונת הט"ז דבתובע טוען שמא לא אמרינן מתוך כו'. וכן במש"כ הש"ך בסי' צ"ב ס"ק י"א דבתובע שמא ע"פ העד להחשוד לא אמרינן מתוך כו'. י"ל דלפי שיטת הט"ז הנ"ל זה אינו רק בתובעו בספק הלוואה. אבל בתובעו בספק פרעון במקום דאיכא חזקת חיוב בוודאי דבזה אמרינן מתוך כו' לפי הכלל דנתבאר דחזקת חיוב הוי כמו טענת ברי כנ"ל. ומה דלא מוקי הש"ס בשבועות (דף ל"ב) כן וכמו שהקשה האו"ת בסי' צ"ב כבר כתבתי לעיל לתרץ זה:

ובעיקר מילתא בחשוד שומר בש"ש דכתבתי לעיל דחייב. זהו לפי שיטת הט"ז בכוונת הרמב"ם והמחבר בסי' צ"ב. אבל לשי' הרב המ"מ ברמב"ם פ"ב הל' טוען הל' ד' שכתב בטעמו של הרמב"ם דלכן היה החשוד שומר פטור משום דאל"כ יהיה כל חשוד המקבל פקדון חייב באונסין דהא לא יהיה נאמן לומר נאנסו ולא מצינו שהחמירו חז"ל עליו עכ"ל. וזהו כעין סברת התוס' בב"מ (דף ה') דלא שבקת חיי לכל חשוד. ובאמת לשי' הרמ"ה והר"י מוכרח לומר כמש"כ הט"ז בסי' צ"ב שם דטעמם דס"ל דדווקא במודה במקצת שייך בזה לומר לא שבקת חיי כו'. משא"כ בשומר חשוד הרי ביד החשוד שלא לקבל שמירה. אבל הרמב"ם והמחבר שם לא ס"ל כן אלא דגם בזה שייך לומר לא שבקת חיי לחשוד שומר. ודווקא בשניהם חשודים הרי ביד החשוד שלא לישא וליתן עם חבירו החשוד. משא"כ בעסק עם כל אדם בענין שמירה. ועיקר סברת המ"מ כיון שאין חבירו יכול לישבע ע"כ אינו נוטל שכנגדו וכמש"כ הקצה"ח בסי' צ"ב ס"ק ז'. א"כ לפ"ז אף בחשוד ש"ש וטוען נאנסו ג"כ אינו משלם. ודלא כמש"כ מתחלה לשיטת הט"ז. משום דהא העיקר תלוי כיון דאין כנגדו יכול לישבע להמ"מ הנ"ל. ולפ"ז י"ל דגם המ"מ ס"ל כסברת הט"ז דבטוען שמא לא אמרינן מתוך כו'. והא שכתב המ"מ להטעם דלא שבקת חיי היינו דנפ"מ מזה דגם בש"ש ושואל אינם משלמין אם טוענים נאנסו ומתה מחמת מלאכה דאף דלא שכיחא עכ"ז לא אמרינן בהו מתוך כו' כיון דאין שכנגדו נשבע. וס"ל דלאו דווקא נקטו וטען נגנב או נאבד דה"ה בנאנסו. אבל לדינא י"ל דמודה להט"ז. א"כ נתבאר דאין שום סתירה לשיטת הט"ז הנ"ל:

ענף א:

ועפ"י דברי המ"מ והקצה"ח הנ"ל יש לתרץ למה שהקשה לי רב גדול א' כבר על מש"כ הש"ך בסי' פ"ז ס"ק י"ט בהא דמבואר שם דבנשבע ונוטל אם יש לו עד מסייע דפוטרו וכתב הש"ך מלבד בחשוד דאל"כ כל מי שיש לו ע"א יוציא ממון מהחשוד וכן מוכח בשבועות (דף ל"ב ע"ב) עכ"ל הש"ך. והקשה דהא מן הגמ' הנ"ל אינו מוכח רק בע"א דאם הנתבע הוא חשוד לא מקרי כפירת ממון משום דמי יימר דמשתבע שכנגדו משום דע"א אינו פוטרו משבועה דבאמת עיקר הטעם בזה בלא"ה כמש"כ הש"ך לקמן ס"ק ל"ה וסי' צ"ב ס"ק ח' דהעד המחייב שבועה אינו יכול אותו העד לפוטרו משבועה. וע"כ עיקר כוונת הש"ך דהוצרך לומר טעם דכ"א יוציא ממון מהחשוד. היכא דהיה החשוד ג"כ מודה מקצת ואז כשיהיה לו ע"א ג"כ יוציא ממנו בל"ש וכמש"כ הנתיבות בסי' פ"ז ס"ק ה'. א"כ קשה הא בזה אין לו הוכחה מהש"ס די"ל דלכן לא מוקי ליה הש"ס להכל מודים בכנגדו חשוד על השבועה היכא דהוי מ"מ ויש לו ע"א המסייע להתובע. די"ל דאף דפוטרו משבועה מ"מ אינו חייב הע"א ק"ש משום דיכול העד לומר לו אשתבע השתא ושקול ולא הפסדתיך ממון בוודאי דהא בידך עדיין להיות נשבע ונוטל. וקשה על הש"ך דאין זה הוכחה ברורה עכ"ל:

ונלפענ"ד לתרץ עפ"י שי' המ"מ והקצה"ח דס"ל בהיה החשוד שומר דלפי דאין כנגדו יכול לישבע ע"כ מפטר החשוד. א"כ לפ"ז נראה לדון היכא דלהתובע יש לו ע"א דפשע השומר חשוד. דאז הדין נותן דנוטל מהחשוד שומר משום דע"א פוטרו לכנגדו משבועה. וכיון דעיקר הטעם דאינו נוטל מהחשוד שומר משום דכיון דאין יכול לישבע ע"כ אינו נוטל וכמש"כ המ"מ וקצה"ח כנ"ל ע"כ בכה"ג דיש ע"א המסייע היה נוטל המפקיד. א"כ הא ה"מ הש"ס לאוקמי להא דהכל מודים בכנגדו חשוד על השבועה דמיירי בשומר חשוד דאם היה מעיד הע"א היה נוטל. ועכשיו שלא העיד הפסידו ואינו יכול לומר לו אשתבע. דהא התובע טוען שמא. ומדלא אוקי הש"ס כה"ג מוכח מזה דגם בזה אמרינן כיון דאינו נשבע ע"כ אינו נוטל מהחשוד. דאל"כ כל מי שיש לו ע"א יוציא ממון מהחשוד שומר. וכסברת המ"מ דלא שבקת חיי כו'. א"כ ממילא מוכח לפ"ז דה"ה במ"מ ויש להתובע ע"א המסייעו דג"כ אינו נוטל כ"ז דלא נשבע משום הך סברא. דאל"כ כל מי שיש לו ע"א יוציא ממון מהחשוד. ושפיר הוכיח הש"ך ועפ"ז יש לעיין בדברי הנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' כ"ז וסי' ט"ז וסי' י"ז וקצרתי. וראיתי בשו"ת גבעת שאול סי' כ"ו שהקשה כן על הש"ך כנ"ל. ולענ"ד נראה כמש"כ:

ועוד יש לתרץ קושיות הג"ש הנ"ל דהא איתא בשבועות (דף ל"א) כפר א' והודה א' חייב וקשה הא יכול לומר העד הכופר דהא לא הוי כפירתו כפירת ממון דגם בלא עדותו חייב

הנתבע שבועה נגד העד שהודה ומי יימר דמשתבע א"כ לא הפסדתיך ממון בבירור. ומצאתי בנתיבות סי' ר"צ ס"ק י"א שהקשה כן בשם הקצה"ח. ותירץ דכיון דגורם לממון לאו כממון דמי א"כ בלא עדותו לא היה זכות התובע רק בשם גורם לממון משום מי יימר דמשתבע הנתבע. ואלו העיד העד הב' הוי ממון גמור ומקרי כפירתו כפירת ממון גמור מש"ה חייב הכופר ק"ש עכ"ל הנתיבות. וכדבריו מוכח מהא שכתבו התוס' שם בשבועות ד"ה הכל מודים בעד טומאה כו' ואין העד יכול לומר בלא עדותו ע"י עדי קנוי וסתירה תשתה ותמות ויפטר בעלה מכתובתה משום דאיכא למימר שמא זכות יתלה לה ולא חשיבי אלא גורמים עכ"ל התוס'. אלמא כיון דבלא עדותו לא היה רק בשם גורם לממון ע"כ מיחייב ק"ש על כפירתו וה"ה בנידון הנ"ל. והא דיש לדון דלמ"ד גורם לממון כממון דמי אמאי חייב בעד טומאה ואמאי אמרו הכל מודים בעד טומאה. יש לחלק ואכמ"ל:

ולפי דברי הנתיבות הנ"ל יש לתרץ קושיות הגבעת שאול הנ"ל על הש"ך. והוא דלכאורה קשה במאי דאמרו בשבועות שם דחשוד מאן אילימא דחשוד לוה מי יימר דמשתבע. והא יכול התובע לומר להעד כיון דאתה יודע האמת דאני יכול לישבע א"כ הפסדת לי ממון ברור. בשלמא לעיל שם במשביע ע"א חייב למאן דס"ל גורם לממון כממון דמי ופי' רש"י דזה מקרי גורם לממון דרוב ב"א אינן נשבעין לשקר. אבל כאן לא שייך הכי. וע"כ מוכח מהגמ' הנ"ל דאף היכא דזכותו הוא ע"י שישבע ויטול עכ"ז לא הוי זה רק גורם לממון. משום דכמה אינשי פרשי משבועת אמת וכמש"כ הר"נ ר"פ כל הנשבעין גבי הא דליתב להשכיר בל"ש. ולפ"ז חייב הע"א בכפירתו אף דהחשוד מודה מקצת והיה ביד התובע לישבע וליטול אף בלא עדותו. משום דיכול התובע לומר לו דהא אלו הודית והיית מעיד היה לי ממון גמור דהייתי נוטל בל"ש ועכשיו דלא העדת לא מקרי זכותי רק בשם גורם לממון כיון דאינו יכול ליטול רק ע"י שבועה. וכבר נתבאר הכלל בשבועת עדות דהיכא דבלא עדותו לא הוי רק גורם לממון ואלו היה מעיד הוי ממון גמור דחייב ק"ש משום כפירת ממון. א"כ שפיר הוכיח הש"ך דמדלא אוקי הש"ס בהאי גוונא מוכח דכה"ג אינו פוטרו משבועה. ומצאתי בספר מיני תרגימא של הגאון ר' ישעיה פיק זצ"ל שהוכיח מזה הסוגיא דשבועות (דף ל"ב) דאמרו שם מי יימר דמשתבע כו' דמצוה למנוע מן שבועת אמת ג"כ. ע"ש פ' ואתחנן סי' ו' פסוק י"ג. אך באמת כבר מבואר זה בירושלמי שבועות פ' ו' הלכה ה' בסופו בזה"ל הדא מילתא אמרה בין זכאי בין חייב לשבועה לא תיעול וכן הוא במדרש רבה פ' ויקרא ע"ש. אלמא דמבואר בירושלמי דאף לשבועת אמת אין להכניס עצמו. א"כ שפיר מתורץ כנ"ל קושיות הג"ש הנ"ל. ומה דיש

לפלפל בסוגיא זו דהכל מודים בכנגדו חשוד על השבועה דה"מ לאוקמי בגוונ' אחריני. באמת זה מבואר אצלי באריכות במק"א דאינו קשה ואין כאן מקום להאריך:

ענף ב:

א"כ נתבאר דאין כאן שום סתירה כלל על סברת הט"ז דבטוען שמא לא אמרינן מתוך כו'. ובני הרב מהו' צבי הירש שיחי' הגאב"ד דק"ק מיטאווי אמר להעיר בזה מן התוס' ב"ב (ד' ע' ע"ב) ד"ה מאן דאמר נשבע וגובה כולו כו'. מוכח דס"ל דאף בטוען התובע טענת שמא ג"כ אמרינן מתוך כו'. דהא התוס' שם הקשו גבי שטר כיס היוצא על היתומים דאמאי פטורים היורשים נימא מתוך שאינו יכול להשבע משלם ותירצו דביורשים לא אמרינן מתוך כו'. וכ"כ שם הגהות אשרי והנ"י. אלמא דלולי דהיו יורשים הוי אמרינן מתוך כו' בשבועת נאנסו אף דהתובע אינו יודע אם פשע או נאנס מידו. א"כ מוכח מזה לכאורה דלא כהט"ז. ותירץ דאינו ראיה כלל די"ל דהתוס' קאי התם על מה דאמרו נשבע וגובה מחצה. א"כ הוי כמו העדאת עדים דר"ח דמחייב על מחצה המותר שד"א. ובזה שפיר קאמרי התוס' דיהיו חייבים היורשים משום מתוך כו'. דהא אינם יכולים לישבע שבועת מב"מ והעדאת עדים כו' והתובע הא טוען ברי שלא החזיר לו. וזהו מוכרח בכוונת התוס' דהא התוס' לעיל שם סוף ד"ה סוף סוף כי אמר לי' נאנסו כו' כתבו בשם ר"ת דהך שבועת נאנסו דהתם אינו רק שבועה מדרבנן משום דמה"ת אינו חייב שבועה בנאנסו בלא הודאה במקצת לשיטת ר"ת. והא בשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך. וא"כ איך כתבו התוס' שם אח"ז בפשיטות לחייב בזה משום מתוך כו'. וע"כ מוכח דכוונתם על שבועת העדאת עדים דר"ח כנ"ל. א"כ אינו קשה מזה על הט"ז כלל. ועוד דהא התוס' כתבו שם דנאנסו לא טענינן א"כ בע"כ לא קאי אנאנסו עכ"ל. ויפה העיר בזה בני שיחיה: אבל הרמב"ן בחידושיו לב"ב (דף ע') שם כתב בזה"ל ואיכא דקשיא לי' ונימא גבי יתמי דמחייבי שבועת הפקדון מתוך שאינו יכול להשבע משלם. ולאו מילתא היא דתני בשבועות (דף מ"ו) שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים כו' וקרא כתיב ולא בין היורשים ואף בשבועת שומרים כתיב עכ"ל הרמב"ן. הרי להדיא דהרמב"ן כתב דאף בשבועת הפקדון אמרינן מתוך כו'. א"כ מוכח מהרמב"ן הנ"ל דלא כהט"ז דהא הרמב"ן כתב שם כן על שבועת הפקדון. וכתב שם בסה"ד הנ"ל דלא כשי' התוס' אלא ס"ל דטוענין ליתמי נאנסו והא דגובה כולו משום דמיירי בגדולים הבאים בטענת עצמן. ועיין בנתיבות סי' ס"ט ס"ק י"א וקצרתי:

אכן לפמש"כ לעיל דהיכא דאיכא חזקת חיוב אז אמרינן מתוך כו' אף להט"ז. ושי' הרמב"ן הובא בר"נ ונ"י ושמ"ק לב"מ (דף צ"ז) דס"ל למאן דאית לי' נכסי שומר מעת

פשיעה נשתעבד וכדקיי"ל. דכל שומר הוי א"י א"נ. אבל למאן דאית לי' נכסי שומר מעת משיכה נשתעבד הוי כל שומר כמו א"י א"פ. ולפ"ז לחד לשון בכתובות (דף ל"ד) ור"פ הגוזל דרבא ס"ל נכסי שומר ממשיכה נשתעבד. א"כ אליבא דרבא הוי כל שומר בחזקת חיוב. ומצינו לרבא דאית לי' מתוך כו' כמבואר בב"מ (דף צ"ז) ובשבועות (דף מ"ז). ושם בב"ב (דף ע') א' רבא הלכה נשבע וגובה מחצה. א"כ לרבא גופא תקשה הא חייבין היורשים משום מתוך כו' כיון דאיכא חזקת חיוב ואז אמרינן מתוך אף בטוען שמא. [וכבר כתבתי במק"א לדון אם שייך גבי יורשים חזקת חיוב שהיה חל על אביהם וכמש"כ הבית מאיר בסי' קע"ח ואכמ"ל]. וע"ז תי' הרמב"ן דביורשים ליכא מתוך כו' והוכרח לתרץ כן דיהיה א"ש לכו"ע. אבל אליבא דדינא דס"ל דכל שומר הוי א"י א"נ כנ"ל. שפיר י"ל כהט"ז דלא אמרינן מתוך כו' בכה"ג ואין כאן שום סתירה כלל על הט"ז כנ"ל:

היוצא לנו מכ"ז דבהכלל שכתב הט"ז דאם תובע טוען שמא לא אמרינן מתוך כו' אין עליו שום סתירה כלל. וע"כ אם תובע טוען שמא בספק הלואה והנתבע משיב א"י א"נ ואיכא חד סהדא דמעיד על ההלואה דלא אמרינן בי' מתוך כיון דליכא חזקת חיוב. ואין להוציא מן המוחזק לפי דיכול לומר קים לי כהט"ז. ודלא כהקצה"ח דכתב לסתור שי' הט"ז לגמרי. משום דבאמת אין על הט"ז שום סתירה כלל:

ענף ג:

ענף ד:

שכתב דעיקר להלכה כהי"א כו' וכן משמע לי מפי' רש"י פ' הכותב (דף פ"ה) ההיא איתתא דאיתחייבה שבועה אפכה רבא כו' וכ"כ הר"נ כו' דלא תימא דמיירי בנתחייבה שבועה על כתובתה משום דבכה"ג לא הוי אפכה רבא אשכנגדה עכ"ל. ולקמן שם בהש"ך כתב דלכן העיקר לדינא שכיון דהשטר בידו גובה בל"ש דזהו משום דאמרו תקנתא לתקנתא לא עבדינן ומוקמינן על דין תורה. א"כ לפ"ז עדיין תקשה דאמאי לא פירשו רש"י והר"נ להך דההיא איתתא דאיתחייבה שבועה דמיירי בנתחייבה שבועה על כתובתה דליכא למימר דמוקמינן על דין תורה דהא מצינו לרבא דס"ל כתובה דרבנן כמבואר בכתובות (דף יו"ד) דאר"נ א"ש חכמים תקנו כו' והם האמינוהו כו' א' רבא חזקה א"א טורח כו'. הרי דס"ל לרבא כתובה דרבנן ולפ"ז הדין נותן דבחשודה דיהיה השבועה מעכב הפרעון דלא שייך בזה לומר דמוקמינן על ד"ת כיון דעיקר כתובה הוא מדרבנן לשיטת רבא. ע"כ עדיין י"ל כיון דהכא גבי האי איתתא דאתחייבה שבועה היה

זה לפני רבא דא"ש מה דאפכה לשבועה אשכנגדה לפי שיטתו. ותקשה עדיין על פי' רש"י והר"נ דאמאי לא פירשו כן:

ובאמת מוכח מזה דרש"י והר"נ ס"ל דאף למ"ד כתובה דרבנן הדין הוא בחשודה דאף דאינה נשבעת מ"מ השבועה אינו מעכב הפרעון דגם בזה שייך לומר דמוקמינן אדינא לאחר שתקנו חז"ל לחוב כתובה א"כ כל דתקון רבנן כדאורייתא תקנו. וכעין זה מצינו במה דאמרינן בכמה דוכתי דבקיום שטרות אקילו רבנן אף דשיטת הרמב"ם ידוע דס"ל דעיקר שטר אינו רק מדרבנן כמבואר בח"מ סי' כ"ח דמה"ת אמרינן מפיהם ולא מפי כתבם. וע"כ מוכח דאמרינן דכיון דכבר תקנו חז"ל להכשיר השטר א"כ דינו כדאורייתא וכמש"כ הקצה"ח בסי' מ"ו ס"ק ה' בשם המהרי"ק סי' מ ע"ש. וכעין זה מצינו ביבמות (דף קכ"א ע"ב) דההוא דהוה קאמר מאן איכא בי חסא טבע חסא ואינסבא דלא מפקינן מיני' וכמבואר באה"ע סי' י"ז סעיף ל"ד דאפילו בא"י מסל"ת האומר טבע פ' ונישאת ע"פ לא תצא דהכל הוא מה"ט דלאחר שתקנו חז"ל להאמין במסל"ת א"כ דינו כדאורייתא ומוקמינן בדיעבד אדאורייתא וה"ה בנ"ד. והש"ך בח"מ סי' פ"ב ס"ק י"ט כתב לתרץ סתירות המחבר מהתם לאה"ע סי' צ"ו סעיף י"ב דבכתובה כיון דאינו רק מדרבנן הלכך הם אמרו והם אמרו דלא תפרע אלא בשבועה וע"כ בחשודה אוקמה על דאורייתא ולית לה כתובה עכ"ל. וכ"כ הט"ז באה"ע סי' צ"ו ס"ק ט"ו לחלק כן. [ובט"ז לח"מ סי' פ"ב סעיף ח' כתב חילוק אחר]. ואף דהש"ך ס"ל לחלק בין חוב כתובה לחוב הלואה בחשודה מ"מ מן רש"י והר"נ הנ"ל מוכח לפי מה דפירש הש"ך בכוונתם דיסברו דלא לחלק בזה בין כתובה להלואה. רק הש"ך לנפשי' ס"ל לחלק ביניהם בכוונת הש"ע דלא יסתרו אהדדי: אך בעיקר ראיות הש"ך מן מה דלא פירשו רש"י והר"נ שם להההיא איתתא דאתחייבה שבועה דמיירי בתובעת כתובתה דהוכיח מזה דס"ל דבחשודה אין השבועה מעכבת הפרעון. דיש לומר דאין זה ראיה לפי מה דנתבאר דרבא ס"ל כתובה דרבנן א"כ מה"ט היו מוכרחים רש"י והר"נ לפרש שם דמיירי שהיה אדם תובעה ממון משום דאי נימא דמיירי בתובעת כתובה א"כ תקשה במה דאמרו שם בהך סוגיא דזימנין הוו יתבי קמי' דרבא ר"פ ורב אדא אייתי ההוא שטרא גבי' א"ל ר"פ ידענא בי' דשטרא פריעא הוא כו' א"ל רב אדא ולא יהא ר"פ כבת ר"ח כו'. ואי נימא דהך איתתא דאיחייבא שבועה היה זה בתובעת כתובה א"כ לפ"ז תקשה דאיך הקשה לי' רב אדא בפשיטות ולא יהא ר"פ כבת ר"ח. הא י"ל דמה דדן רבא להך קים לי זהו דוקא גבי כתובה לפי שיטתו דכתובה דרבנן ע"כ דייניו ע"פ קים לי להפקיע זכות כתובה ומנלן בחוב דאורייתא למידן הך קים לי. וכמו דמצינו דאמרו מה"ט בכתובות (דף יו"ד) חכמים תקנו כו' ולכן

נאמן לומר פ"פ מצאתי. וכמו דמחלק הט"ז והש"ך באמת בין חוב כתובה לחוב הלואה בענין חשוד כנ"ל. ואף די"ל דרבא דהשיב לרב אדא בת ר"ח קים לי בגווה כו' דהיה יודע הדין לפי דעתו דס"ל לדון להך קים לי אף בדאורייתא. מ"מ תקשה איך הקשה רב אדא כ"כ בפשיטות לרבא כן. וע"כ הוכרחו רש"י והר"נ לפרש דמיירי הך עובדא דההיא איתתא כו' שהיה אדם תובעה ממון כו' וע"כ שפיר הקשה רב אדא לרבא כן כן י"ל בכוונתם. וידעתי מה דיש לדון בכ"ז לפי מש"כ הפני יהושע לגיטין (דף ל"ה) בגמ' בד"ה אי משום הא מאי איריא כו' בסה"ד דהיכא דכתב לה כתובה י"ל דלכ"ע כתובה דאורייתא וכעין זה ראיתי בשו"ת טור האבן סי' י"ח בד"ה ומכאן יבואר דלא כמ"ש הש"ך כו' ע"ש אבל באמת אין הדין כן וכדמוכח באה"ע סי' ס"ח גבי האומר פ"פ דכתבו לחלק דדוקא בעיקר כתובה נאמן ולא על התוס' דמשמע דבעיקר כתובה אף בכתב לה ג"כ נאמן משום דדינו כדרבנן משום דלא כתב לה רק מצד מה דחייבוהו רבנן [ועיין בב"ב (דף קע"ה ע"א) בתוס' ד"ה ורב ושמואל כו' וקצרתי]. וכן מוכח בכמה דוכתי ואכמ"ל. וכן ידעתי מה די"ל הכא דה"מ לפרש דמיירי באשה התובעת תוספת כתובה אבל אין זה במשמע בדברי הש"ך. כ"ז כתבתי מכבר:

וכעת ראיתי די"ל בפשיטות במה שכתבו רש"י והר"נ הכא לפרש דמיירי שהיה אדם תובעה ממון והיא כופרת משום דאי נימא דמיירי בתובעת כתובה תקשה כפי שיבואר. והוא דלכאורה יש להקשות בהסוגיא דכתובות שם אח"ז דאר"פ השתא דאמרת קים לי בגווה מילתא היא כו' מרענא שטרא אפומיה ופי' רש"י דלא אזדקק לגבות באותו השטר ולא קרענא לי'. ויש להקשות דאמאי בעובדא קמייתא דההיא איתתא דאיחייבה שבועה דע"י קים לי אפכה רבא לשבועה אכנגדה. א"כ ה"ה בהך בתרייתא דשם ה"ל ג"כ למיפסק דישבע הנתבע. וראיתי בפני יהושע שכתב דאפשר דלא שייך לפסוק שבועה בכה"ג כיון דעד מסייע פוטר עכ"ל. אך זה אי אפשר לומר בשיטת רש"י דהא משמע בריש ב"מ במה דפי' רש"י שם בכוונת הגמ' ולחזי זוזי ממאן נקט דס"ל דאין עד מסייע פוטר משבועה ודלא כמש"כ התוס' והרא"ש שם. וע"כ העיקר כמש"כ הפני יהושע דעיקר הסברא דמרענא שטרא אפומיה דלא קרעינן ולא גבינן משום דכיון דהדיין רואה כי הוא דין מרומה לא יזדקק לו כמבואר בסי' ט"ו. א"כ במי שבא לתבוע בשטר שיש לומר שם קים לי כו' דשטרא פריעא הוא ע"כ לא יזדקק הדיין לו אלא יסתלק משא"כ בעובדא דההיא איתתא דאיחייבה כו' שהיה אדם תובעה כו'. לא שייך לומר התם דיסתלק הדיין דא"כ יהיה חוטא נשכר ע"כ נזדקק ואפכה לשבועה אכנגדה כן הוא קוטב דברי הפני יהושע שם:

ולפ"ז מוכרח רש"י והר"נ לפרש דמיירי שהיה אדם תובעה ממון משום דאי נימא דמיירי בתובעת כתובה א"כ תקשה דה"ל לרבא לדון גם בזה דלא גבינן ולא קרעינן וכמו בהך דמרענא שטרא אפומי' לפי' רש"י דהא מוכח שם דאף היכא שהיה יכול הדיין לדון שישבע הנתבע אפ"ה דנו דמרענא שטרא כו'. א"כ ה"ה אי נימא דמיירי בתובעת כתובה תקשה דה"ל לפסוק דיסתלק הדיין ולא גבינן ולא קרעינן וע"כ פירשו דמיירי שהיה אדם תובעה ממון דאז א"ש מה דלא אמרו מרענא הכתובה כו'. ולכאורה אפשר לחלק דדוקא היכא ששייך לדון הך קים לי בגווה ע"י עדותו דשטרא פריעא הוא בזה מצינו דדנו דמרענא שטרא ואף דזהו הפסד גדול להתובע מ"מ כיון דנראה ע"פ אומדן דעתו של הדיין דהשטר הוא פרוע ע"כ יש בכח הדיין לומר מרענא ולא יזדקק להגבות משא"כ בהך עובדא דהאי איתתא דאיחייבא שבועה דאמרה בת ר"ח ידענא בה דחשודה אשבועה. דכיון דבגוף הענין לא אמרה כלום רק הריעותא הוא ע"י מה דקשה להם ליתן לה שבועה ע"כ אפשר לומר דבכה"ג אין כח ביד הדיין להסתלק דהא עי"ז יהיה פסידא להאשה ולכן דנו להפוך השבועה על כנגדה דזהו יותר טוב להאשה כן היה מקום לחלק:

אבל באמת זה אינו דהא מצינו בגיטין (דף ל"ה) דרב לא מגבי כתובה לארמלתא בשביל שהיו חשודות בעיניו לעבור על השבועה וכמבואר שם בכולי סוגיא. הרי דמצינו דבשביל שהיה בחשד בעלמא על השבועה דלא היו נזקקין להגבותה כתובתה. א"כ כש"כ היכא דנחשדת בפרט כמו הא דאמרה בת ר"ח ידענא בה דחשודה אשבועה דוודאי היה הדין בזה דלא יזדקקו להגבות כתובתה כמו דמצינו בהך דגיטין דאף דלא נחשבת בהפרט רק היו בכלל נחשדות דלא מגבינן כתובה דהטעם הוא דכיון דהשבועה מעכב הפרעון ביתומים לכ"ע וכמבואר בסעי' י"ב הכא וכמש"כ הרא"ש בשבועות פ"ז סי' ט"ו בסופו ע"ש. ע"כ ה"ה אי נימא כשיטת הסוברים דבכל שבועה הדין הוא דחשוד שהוציא שטר דאינו גובה בו א"כ היה הדין נותן לדון בכה"ג ע"י הך קים לי דהיא חשודה דידונו לומר מרענא הכתובה ולא יזדקקו להגבות הכתובה. ואין לומר דשאני בהא דגיטין בארמלתא דלא שייך התם להפך השבועה על שכנגדו משא"כ בגרושה שיש להפך השבועה על בעלה. דז"א דהא מצינו דהיכא דיש לומר מרענא שטרא לא דיינינן להפך השבועה על כנגדו וכדאמרו בהך דמרענא שטרא ע"י הך קים לי כנ"ל. א"כ ממילא ה"ה היכא שנחשדת על השבועה דמצינו דלא היה מגבי כתובה בכה"ג ע"כ היה להם לדון גם בזה דמרענא הכתובה. ולכן מדחזינן דנזקקו ודנו להפך השבועה אשכנגדה מזה הוכיח רש"י לפרש דהך עובדא היה דהיה אדם תובעה ממון כו' ע"כ היה דן שפיר להפך השבועה ע"י הך קים לי כו'. ואין לומר לפי שיטת רש"י בפירושו להא דמרענא שטרא

כו' דלכן לא היה באפשרי לדון בזה דמרענא הכתובה ולא יזדקקו להגבותה דשמא תבא לב"ד אחר דלא ידעו מן עדות של בת ר"ח ויתנו לה שבועה על הכתובה ויהיה חשש איסור של שבועת שקר. דז"א דא"כ תקשה במה דאמרו דמרענא שטרא אפומיה דפי' ג"כ השמ"ק בכתובות שם לשיטת רש"י בפירושו למרענא שטרא דיהיה יכול לבוא לב"ד אחר דלא ידעו מזה ויגבוהו. דהא ג"כ יכול לבא לידי שבועת שקר דהא אם יטעון הלוה השבע לי על השטר הדין הוא דמשבעינן לי' א"כ ג"כ יהיה חשש לשבועת שקר כיון דיש עד המעיד דשטרא פריע הוא והיה קים להו בגוויה. וע"כ מוכח דלא חיישינן לזה א"כ ה"ה בזה ג"כ. ולכן שפיר כתבתי לבאר דהיה הכרח לרש"י והר"נ לפרש דלא מיירי בתובעת כתובה רק דהיה אדם תובעה ממון כו'. ולכן אין הכרח לדברי הש"ך בהוכחתו מן רש"י והר"נ. ועדיין י"ל דגם רש"י והר"נ יסברו כשיטת הסוברים דחשוד דאפיק שטרא דלא יגבה כן נלע"ד לדון בזה. ועיין לעיל בסי' פ"ב סעיף ח' בחידושי שם:

ז (שם):

החשוד על השבועה ומוציא שטר על היתומים כיון שאין נפרעין מיתומים אלא בשבועה והוא א"י לישבע יפסיד. מקורו הוא מן הרא"ש פ"ז דשבועות סי' ט"ו שהביא ראיה לזה מגיטין (דף ל"ה) דרב לא מגבי כתובה לארמלתא וכ"כ בחי' הרשב"א לשבועות (דף מ"ח) והר"נ ספ"ז דשבועות דחשוד הבא ליפרע מיתומים אין לו כלום והיינו דרב ושמואל וראייתם מהא דרב לא מגבי כתובה לארמלתא ע"ש:

ענף א (סעיף ח'):

והיכא דתפס החשוד מן היתומים מצינו זה בירושלמי גיטין פ"ד ה"ג עלה דאי' במשנה שם דנמנעו מלהשביעה רב אמר לכלתי' אילולא דאנא וותרן אפילו קליסותי' דעל רישיך דידי הוא שמואל אמר זכתה בכלים שעלי'. ופי' הקרבן העדה דהייתי נוטל ממך שהוא שלי דרב לא מגבי כתובה לארמלתא משום דנמנעו מלהשביעה כו'. הרי דאמרו גבי חשוד המוציא שטר על יתומים דאף היכא דהוי תפוס ג"כ מוציאין ממנו כיון דלא מגבינן כתובה לארמלתא ולא מהני בי' תפיסה. א"כ לפ"ז ה"ה בכל חשוד שהוציא שטר על יתומים אף אם הוי תפוס ג"כ לא מהני ומוציאין ממנו כיון דהמקור לזה הוא מן הא דרב לא מגבי כתובה כו' כן יש לדון לכאורה. אך לדינא אינו כן דהא עיקר הטעם בחשוד שהוציא שטר על היתומים דאינו גובה אף דקיי"ל בשארי שבועות בחשוד דאפיק שטרא דאין השבועה מעכב הפרעון כמבואר לעיל סעיף ט' ובש"ך ס"ק י"ד מ"מ שבועת יתומים שאני וכמש"כ הט"ז והסמ"ע והרא"ש והרשב"א והר"נ והטור כנ"ל. ומבואר בסי' ק"ח סעיף י"א דאם קדמו יורשי המלוה ותפסו אין מוציאין משום דאמרו בשבועות (דף

מ"ח) דיינא דעבד כר' אלעזר עבד. וכיון דאמרו כן גבי הך דא"א מוריש שבועה כו' א"כ ה"ה בחשוד דאפיק שטרא דהמקור הוא מהך דא"א מוריש כו' ע"כ הדין נותן דמהני תפיסה. והא דאמרו בירושלמי הנ"ל דצריכה להחזיר אף מה שתפסה אין זה ראיה לדינא משום דהא רב אמר שם כן וי"ל דרב לשיטתיה דס"ל דהלכה ברורה לדינא דא"א מוריש כו' ואינו גובה ואין בזה שום ספק כלל וכמבואר בשבועות שם ע"כ אמר רב דצריכה להחזיר אף מה שתפסה כיון דאינה יכולה לישבע שבועת היתומים. אבל לדינא דמסקינן בשבועות שם דבעיקר הך דינא דא"א מוריש פליגי רב ושמואל עם ר"א ואמרו דהאי דיינא דעבד כר"א עבד וע"כ מהני תפיסה מה"ט. א"כ ה"ה בחשוד דאפיק שטרא על יתומים דהמקור הוא משום דהוי ספיקא ומהני תפיסה. ועיין באה"ע סי' צ"ו סעיף א' ברמ"א שם ובאו"ת כאן. והיכא דבא החשוד להב"ד לתבוע מן היתומים ומסר השטר לב"ד ופסקו שלא לגבות בו דמבואר בח"מ סי' ק"ח סעיף י"א דקורעין ב"ד את השטר וכמו שהביא שם בשם הטור וכמבואר בהרא"ש לשבועות (דף מ"ח) דה"ה הכא כן:

שוב ראיתי דיש עדיין לדון בזה והוא דאמרו בגיטין (דף ל"ד ע"ב) במשנה אין אלמנה נפרעת כו' נמנעו מלהשביעה כו' ופי' רש"י והיתה מפסדת הכתובה. הרי דמבואר במשנה דחשוד הבא ליפרע מיתומים אינו גובה ותקשה על ר' אלעזר דס"ל דאף במת לוה בחיי מלוה נוטלין היתומים ופליג על רב ושמואל כמבואר בשבועות (דף מ"ח) וכיון דס"ל לר"א דאין השבועה מעכבת הפרעון אף בשבועת היתומים א"כ תקשה עליו מהך משנה דגיטין דאמרו דכיון דנמנעו מלהשביעה היתה מפסדת הכתובה. הרי דשבועת היתומים מעכב הפרעון ומוכח מזה דחשוד גרע ממת דמפסיד ע"י פשיעתו ואף ר"א מודה דשבועתו מעכב הפרעון. ולפ"ז הדין נותן דחשוד דמוציא שטר על היתומים דלא מהני תפיסתו בזה דלא שייך לדון בזה דדיינא דעבד כר"א עבד. דהא אף ר"א מודה בחשוד דאינו גובה כדמוכח מהך משנה דנמנעו להשביעה והיתה מפסדת הכתובה. אכן זה אינו לפי מש"כ הש"ך לעיל בס"ק י"ד דאין סברא לחלק בין חשוד למת והביא ראיות לזה ע"ש. ולפ"ז תקשה עדיין על ר"א מהמשנה דנמנעו להשביעה והיתה מפסדת הכתובה. ואפשר לומר דשאני כתובה וכמש"כ הש"ך בסימן פ"ב ס"ק י"ט לחלק דשאני כתובה דרבנן הם אמרו והם אמרו לא תפרע אלא בשבועה ובחשודה אוקמי אדאורייתא כו' וכ"כ הט"ז באה"ע סי' צ"ו סעיף י"ב לחלק מה"ט בין כתובה לבע"ח ע"ש. לכן אתי שפיר הא דנמנעו להשביעה והיתה מפסדת הכתובה אף לר"א דח"ל דבמת המלוה גובין היתומים מן היתומים דז"א רק בבע"ח אבל בכתובה דאינו רק מדרבנן ע"כ מפסדת הכתובה היכא דהיא חשודה ואינה יכולה לישבע ואינו קשה מהמשנה על ר"א:

אבל באמת דוחק לומר דהמשנה דגיטין דנמנעו להשביעה יהיה אתי רק כמ"ד דכתובה דרבנן. וגם יש להוכיח לכאורה דר' אלעזר דמיירינן אליביה דס"ל לר"א כתובה דאורייתא. דבכתובות (דף ט) אמר ר' אלעזר האומר פ"פ מצאתי נאמן לאוסרה ופי' רש"י דלהפסיד כתובה אינו מהימן. ועיין בתוס' שם ע"ב ד"ה נאמן להפסידה כו' וסיימו דבירושלמי משמע דלר"א א"נ להפסיד כתובתה זהו משום דס"ל כתובה דאורייתא משום דאם כתובה דרבנן בוודאי מהימן כמבואר שם לקמן (דף י') דאמר ר"נ כו' חכמים תקנו כו' והם האמינוהו כו'. ואין לנו להרבות במחלוקת לומר דאף דס"ל כתובה דרבנן עכ"ז ס"ל דלא מהימן להפסיד הכתובה משום דלית ליה להחזקה א"א טורח כו'. דז"א משום דאפושי פלוגתא לא מפשינן וע"כ פשטיות הענין מורה דר"א דס"ל דא"נ להפסיד כתובה דס"ל כתובה מה"ת. ע"כ אין סברא לומר אליבא דר"א דהך סתם משנה דגיטין יהיה ס"ל כתובה דרבנן דלא אליבא דהלכתא לר"א לשיטתו:

ועוד יש להוכיח דהך משנה דגיטין דנמנעו להשביעה התקין ר"ג שתהא נודרת ליתומים. ובפירוש המשניות להרמב"ם שם מבואר דהיה גורס התקין רשב"ג כו'. ומצינו בכתובות (דף יו"ד) דאמרו בשם רשב"ג דס"ל כתובה מה"ת ומקשו ומי אמר רשב"ג הכי כו' איפוך כו' דתנן רשב"ג אומר נותן לה ממעות קפוטקיא. וכ"כ הרמב"ם בפי' המשניות סוף כתובות דס"ל לרשב"ג כתובה דאורייתא. וכן אי' בירושלמי לגיטין פ"ד ה"ג דגרסי במשנה דהתקין רשב"ג שתהא נודרת ליתומים וזהו כגירסת הרמב"ם כנ"ל. וידעתי מה דמבואר בירושלמי סוף כתובות דרשב"ג ס"ל כתובה דרבנן וזהו דלא כשיטת הש"ס דילן בכתובות כנ"ל. אכן מן מה דגרס הרמב"ם דהתקין רשב"ג וכן כתב בסוף כתובות דרשב"ג ס"ל כתובה דאורייתא כנ"ל. ע"כ אין סברא לומר דהך משנה דגיטין ס"ל כתובה דרבנן דהא רשב"ג אמר שם כן ולרשב"ג דס"ל כתובה דאורייתא תקשה עדיין על ר"א דס"ל גם בשבועת יתומים דאין השבועה מעכב הפרעון א"כ ה"ה בחשוד לא תהא השבועה מעכבת פרעון הכתובה דהוי מה"ת. ואין לחלק בין חשוד למת וכמש"כ הש"ך לעיל דאין לחלק ביניהם כנ"ל. ועוד י"ל דמה שכתבתי לעיל לחלק דשאני חשוד דמפסיד ע"י פשיעתו דהוי חשוד. דז"א שייך אלא במי שהוא חשוד וודאי אבל בהנך נשים דעלמא דנמנעו להשביעה דלא נתברר שהיא חשודה רק דחשו שמא היא חשודה על השבועה ויהיה חילול ד' ע"כ לא שייך לומר בכה"ג דגריע זכותה דהיא פושעת דהא לא נתברר זה. אך בלא"ה הא נתבאר בשם הש"ך דאין לחלק בין חשוד למת. וכן אין סברא לומר דחשוד גרע ממת משום דבמת הא נשבעין היורשים עכ"פ לשבועה שלא פקדנו משא"כ בחשוד דאין שם שום שבועה כלל. דגם ז"א כדמוכח מן הש"ך הנ"ל דאינו מחלק בין

חשוד למת גם מה"ט. לכן תקשה מהמשנה דגיטין על ר"א כנ"ל. וזולת כל זה הנה בעיקר דברי הש"ך דמחלק בין בע"ח לכתובה כבר הקשה ע"ז הקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק ה' וסתר זה ע"ש:

לכן נלע"ד לומר דבאמת אין הכרח מן המשנה דגיטין לדון דחשוד דאפיק שטרא יפסיד משום דיש לפרש למה דאמרו ונמנעו להשביעה דהכוונה הוא ונמנעו להשביעה והיתה גובה כתובה בל"ש. ואח"ז התקין ר"ג שתהא נודרת ליתומים וגובה כתובה. הכוונה הוא דתיקן דדוקא בנודרת תגבה כתובה וכשלא תהיה נודרת לא תגבה הכתובה. ומה דפירש רש"י שם וכן כתב הר"נ לגיטין שם וכ"כ הרע"ב לפירוש המשניות לגיטין שם דנמנעו להשביעה והיתה מפסדת הכתובה. זהו משום דקיי"ל לדינא כרב ושמואל דשבועת היתומים מעכב הפרעון שלא להוציא מן היתומים ע"כ פירשו הכא דנמנעו להשביעה דהיתה מפסדת הכתובה. אבל ר"א דס"ל דשבועת היתומים אין מעכב הפרעון ע"כ יפרש להמשנה דנמנעו להשביעה והיתה גובה הכתובה וזהו מוכרח דאל"כ תקשה מן המשנה דגיטין על ר"א:

וכן מוכח מן הרא"ש לשבועות פ"ז ה' ט"ו שכתב להוכיח דחשוד שהוציא שטר על היתומים אינו גובה מהא דגיטין (דף ל"ה) דרב לא מגבי כתובה לארמלתא. וכ"כ הר"נ לשבועות בפ"ז ראיה זו ע"ש. וכ"כ הרשב"א בחי' לשבועות (דף מ"ח) ראיה זו. ואי נימא דאין שום סברא לפרש להמשנה דגיטין (דף ל"ד) דנמנעו להשביעה דהיתה גובה הכתובה אלא כמו דפירש רש"י דהיתה מפסדת הכתובה. א"כ ל"ל להרא"ש והרשב"א והר"נ להביא ראיה דשבועת יתומים מעכב הפרעון בחשוד מן הך דגיטין (דף ל"ה) דאמרו דרב לא מגבי כתובה לארמלתא. יותר ה"ל להוכיח כן מן משנה דהתם דמפורש שם דכיון דנמנעו להשביעה היתה מפסדת הכתובה הרי דשבועת היתומים מעכב גבי חשוד. ומדחזינן דלא הוכיחו כן מהמשנה דגיטין שם רק הוכיחו כן ממימרא דרב לא מגבי כתובה לארמלתא. מוכח מזה דבאמת אין הכרח לפרש להמשנה דגיטין דהיתה מפסדת הכתובה דיש מקום לפרש דהיתה גובה הכתובה אף דנמנעו להשביעה ע"כ הוכרחו להוכיח כן מהך מימרא דרב כו'. וזהו ראיה ברורה לכל מש"כ בעז"ה:

ענף ב:

שוב ראיתי דיש עדיין לדון בראיה זו דהנה הש"ך בסי' פ"ב ס"ק י"ט והט"ז באה"ע סי' צ"ו סעי' י"ב כתבו לחלק בין בע"ח לכתובה דהוי מדרבנן וכמש"כ לעיל בשמם. והקצה"ח בסי' פ"ב ס"ק ה' הקשה עליהם מן הרא"ש לשבועות פ"ז הנ"ל שהביא ראיה דחשוד דהוציא שטר על היתומים אינו גובה מהא דרב לא מגבי כתובה לארמלתא הרי דלא

מחלקינן בין כתובה לבע"ח ומכח זה סתר דבריהם בהחילוק הזה. ולענ"ד נראה דאינו קשה מזה על הש"ך והט"ז לפי דמוכח מן הרא"ש לכתובות פ"א סי' י"ט דס"ל להרא"ש שם דרב ס"ל כתובה דאורייתא דהנה כתב שם דרב דס"ל הלכה כר"א וכיון דס"ל לר"א כר"ע דדרש אשר לא אורסה לג"ש כו' א"כ מוכח דס"ל כתובה דאורייתא וכ"כ הרא"ש בע"ג פ"א סי' ז' דס"ל לרב כתובה דאורייתא ועיין בפלפלא חריפתא שם. [וכן יש להוכיח מן סנהדרין (דף כ"א) דאמר רב פלגשים בלא כתובה נשים בכתובה כו' והובא זה ברש"י על החומש חיי שרה פ' כ"ה ועיין ברמב"ן על התורה שם שכתב על גירסת רש"י שם דאי כתובה דרבנן אין לחלק בזה. ויש לדון בזה טובא]. א"כ לפי מה דס"ל להרא"ש בשיטת רב דס"ל כתובה דאורייתא ע"כ שפיר כתב הרא"ש להוכיח מהך דרב לא מגבי כתובה לארמלתא דאף דכתובה דאורייתא עכ"ז לא מגבי בחשודה א"כ ה"ה בחשוד שהוציא שטר ומתורץ קושיות הקצה"ח:

ולפ"ז י"ל דמה"ט לא הביא הרא"ש וסייעתו ההוכחה לזה מן המשנה דנמנעו להשביעה והיתה מפסדת. משום די"ל דהך משנה ס"ל כתובה דרבנן ולכן עדיין יש לחלק דשט"ח שאני וכעין חילוק של הש"ך והט"ז לכן הביא הראיה מן הא דרב לא מגבי כתובה והא רב ס"ל כתובה דאורייתא וכפי שיטת הרא"ש כנ"ל ואפ"ה ס"ל דשבועת היתומים מעכב הפרעון א"כ ה"ה בשט"ח דאין החשוד גובה. ולפ"ז נסתר ראייתי שהוכחתי מן הרא"ש וסייעתו דלא הביאו להוכיח כן מן המשנה דנמנעו להשביעה והוכחתי מזה דיש מקום לפרש להך דנמנעו להשביעה דעכ"ז היתה גובה כתובתה. דלפי מש"כ אין הכרח לזה משום די"ל דרצו להוכיח כן אף למ"ד דכתובה מה"ת:

אכן באמת זה אינו דכבר כתבתי לעיל דאין סברא לומר דהך משנה דנמנעו להשביעה יהיה אתי רק כמ"ד דכתובה דרבנן. ובלא"ה העיקר כמו שכתבתי אליבא דר' אלעזר דשבועות דיפרש להך דנמנעו להשביעה דעכ"ז היתה גובה כתובתה וכמש"כ לעיל:

נחזור לענינינו דלפי מה שהבאתי לעיל בשם הש"ך ס"ק י"ד דאין לחלק בין חשוד למת וכמש"כ הש"ך שם כן בשם הר"ן דלפ"ז מוכח לדון דלר' אלעזר דס"ל דבמת גובין היתומים מן היתומים ופליג על רב ושמואל במה דס"ל א"א מוריש שבועה כו'. וכיון דקיי"ל במת מלוה דאם תפס מועיל תפיסתו דהאי דיינא דעבד כר"א עבד א"כ ממילא מה"ט ה"ה בחשוד שהוציא שטר על יתומים דאף דאמרו הכא דמפסיד דעל כל זה אם תפס החשוד אין מוציאין ממנו וכמש"כ לעיל:

ואחר כותבי כ"ז מצאתי להפלאה על כתובות בק"א סי' צ"ו ס"ק ב' שכתב ג"כ להעיר בחשוד שהוציא שטר על היתומים אם מהני תפיסה כמו בהך דח"מ סי' ק"ח גבי מת

מלוה דאם תפסו היתומים מן היתומים מהני תפיסה או יש לחלק דחשוד גרע ממת משום דבחשוד אף ר"א מודה כדמוכח ממשנה דגיטין (דף ל"ד) דנמנעו להשביעה והביא כן בשם הפני יהושע לגיטין (דף ל"ד) דכתב דפשט המשנה דנמנעו כו' מוכח דהיתה מפסדת הכתובה ע"כ י"ל דלא מהני תפיסה כו'. מיהו י"ל דכיון דקיי"ל בשבועה דרבנן שאם תפס ואינו רוצה לישבע אין מוציאין מידו א"כ ה"נ י"ל כן בחשוד וצ"ע עכ"ל ההפלאה. וכן ראיתי להפני יהושע לגיטין (דף ל"ד) בד"ה אין אלמנה נפרעת כו' שהעלה דאף ר"א דשבועות מודה בחשוד כו' והביא דברי הש"ך בסי' פ"ב דמחלק בין כתובה דרבנן לבע"ח וסברתו דשאני חשוד דמפסיד ע"י פשיעתו וכן שם (דף ל"ה) אי משום הא מאי איריא כו' סתר דברי הש"ך הנ"ל מן הרא"ש לשבועות וכמו שהביא הקצה"ח בשם הפ"י. אכן כבר כתבתי דבמשנה דגיטין דנמנעו להשביעה לא שייך לומר דתפסיד ע"י פשיעתה דהא לא הוי חשודה בוודאי. וכן כתבתי לתרץ קושיות הקצה"ח והפ"י מעל הש"ך הנ"ל. ובעיקר דברי הפ"י וההפלאה דכתבו דמן המשנה דגיטין מוכח דבחשוד כ"ע מודו דשבועת יתומים מעכב הפרעון. כבר כתבתי להוכיח מן הרא"ש והרשב"א והר"נ מדלא הביאו הראיה מן המשנה דגיטין הנ"ל דמוכח דאין הכרח כ"כ לפרש להמשנה דהיתה מפסדת כו' כנ"ל:

ומה שכתב ההפלאה דכיון דבתפס ואינו רוצה לישבע אין מוציאין מידו דה"ה בחשוד מהני תפיסה מה"ט. הנה זה אינו ברור לדעתי דא"כ ל"ל לומר בשבועות (דף מ"ח) דהאי דיינא דעבד כר"א עבד ומה"ט מהני תפיסה כמבואר בסי' ק"ח ובסי' כ"ה בש"ך ס"ק ב'. הא אף לרב ושמואל הדין כן דאם תפס ואינו נשבע אין מוציאין ממנו וכמש"כ הרא"ש לב"ב פ"ג סי' י"ח משום דבדרבנן לא נחתינן לנכסיו ואף בשבועת יתומים כתב כן הרא"ש שם וכ"כ הטור בסי' ק"ח והובא כ"ז בש"ך סי' פ"ב ס"ק י"ז. וע"כ מוכח דאף דאם תפס מן היתומים מועיל תפיסה ואין מוציאין ממנו עכ"ז הא ענשינן לי' עד דמשתבע וכמש"כ הרא"ש והטור והש"ך שם ולכן אתו עלה משום דהאי דיינא דעבד כר"א עבד דלא ענשינן לי' כלל. ולכן עדיין יש לדון ולהסתפק אם מועיל תפיסה בחשוד שיש לו שטר על היתומים לענין אם ענשינן ליה או לא. ועיין בסעיף י"א ובסמ"ע ס"ק למ"ד. ועוד דהא כתב הסמ"ע בסי' פ"ז ס"ק כ"ב דהא דמועיל תפיסה באינו רוצה לישבע זהו דוקא בתפס מעות אבל בתפס מטלטלין לא וכ"כ הש"ך שם ס"ק כ"ד בשם הר"נ והמחבר באה"ע סי' צ"ו. א"כ לפ"ז יש עדיין לדון להספק הזה בחשוד שהוציא שטר אם תפס מטלטלין. ועיין בספרי נחל יצחק סי' א' סעיף א' ענף א' מזה. והעיקר דאף בחשוד שהוציא שטר על יתומים מועיל תפיסה אף בתפס מטלטלין וכמש"כ לעיל דאף בחשוד שייך לומר

האי דיינא דעבד כר"א עבד כו'. וגם ההפלאה הניח זה בצ"ע מטעם אחר ואף שכתבתי דטעמו אינו ברור אכן ע"פ הסברא שהעלתי נלע"ד ברור דמועיל תפיסה:

סימן צג

(סעיף א'):

אלו נשבעין בטענת שמא השותפים כו'. והנתיבות ס"ק א' כתב דדוקא בטענת שמא נשבעין אבל בטענת ברי כיון שיש להנתבע חזקה א"א מעיז אינו יכול להשביעו שבועה חמורה רק שבועת היסת אם לא שיש לו עליו שבועת שותפות מכח טענות שמא יכול לגלגל ג"כ אטענת ברי כמבואר בסעיף י"ב עכ"ל. וכן מבואר ברמב"ם פ' יו"ד ה' שותפין ה' א' דעל טענת ברי אין שותף נשבע שבועה בנק"ח אא"כ מגלגל על שבועת השותפות וכמבואר בסעיף י"ב הנ"ל. ומן לשון הטור שכתב אלו נשבעין בטענת שמא אע"פ שאינו טוענו ודאי כו'. משמע דס"ל דבטוענו ברי כש"כ דאיכא עליו שבועת השותפות. אכן כיון דהטור סעיף י"ט הביא ג"כ לשון הרמב"ם הנ"ל א"כ חזינן דס"ל ג"כ דעל טענת ברי אין להשביע שבועת שותפות אלא ש"ה וכמש"כ הנתיבות. בע"כ מוכח לומר בכוונת הטור דכתב אע"פ שאינו טוענו ודאי דקאי לשיטת הסוברים דבעי הודאה במקצת וכמש"כ הסמ"ע ס"ק זיין ולפ"ז אם טוענו ודאי חייב שד"א לכן כתב בלשון אע"פ כו':

אכן במרדכי פ' כל הנשבעין משמע דס"ל דאף בטענת ברי חייב שבועת השותפין וז"ל תשובת מור"ם ומה שטען ראובן שהלוה לשמעון ממעות השותפין מ' ליטרא ולא פרעו עדיין ושמעון משיבו שפרעו ישבע שפרעו ויפטר כו' דשותפין נשבעין אפי' שלא בטענת ברי כדתנן אלו נשבעין שלא בטענה השותפין כו' כש"כ הכא שכל אחד טוען טענת ברי עכ"ל. הרי להדיא דס"ל למילף מכש"כ דכיון דשותפין נשבעין בטענת שמא דכש"כ בטענת ברי דנשבעין ש"ח. דאלו לשבועת היסת הא אין זה במשנה דתנן אלו נשבעין כו'. ומדכתב המרדכי כדתנן אלו נשבעין כו' מוכח דס"ל דבטענת ברי כש"כ דחייב שבועה חמורה. וזהו דלא כמש"כ הנתיבות. ועיין בש"ך סי' פ"ז ס"ק ל"א וקצרתי. וכן משמע בט"ז סעי' א' במה שהשיג על הסמ"ע ס"ק ג' דס"ל דאף בטענת ברי חייב שבועת השותפין. וכן הדעת נוטה דיותר יש מקום לחייב שבועה ע"פ טענת ברי מן ע"פ טענת שמא. וגם הא איכא בטענת ברי לחזקה דא"א תובע כו' הסותר לחזקה דא"א מעיז כמבואר בשבועות (דף מ"ו ע"ב). אכן מצינו כה"ג בש"ך סי' ע"ב ס"ק קט"ו שכתב גבי שבועת שומרים דבטוען ברי ליכא ש"ש משום דחזקה א"א מעיז כו'. אך האו"ת והנתיבות שם הכריעו דלא כהש"ך בזה:

ובאמת יש להעיר במש"כ הטוש"ע והרמב"ם דבטוען ברי ליכא שבועת השותפות דמנלן להו זה ומסברא אין לנו לומר כן. והנ"ל בזה די"ל דהוכיחו כן מירושלמי בשבועות פ"ז ה"ח וז"ל על משנה דאלו נשבעין שלא בטענה השותפין כו' דא"ר יוסי הדא אמרה בנושא ונותן שלא בחשבון אבל בחשבון לא ואהן בן בית עוד הוא במשא ומתן שלא בחשבון ר' זעירא כהדא דר' יוסי חד בר נש אזל למידן קמי ר' זעירא וחייבו שבועה על תרין דינרין א"ל לאו תרין דינרין אני חייב לך הא טריפין לך. [וגירסת הרא"ש בשבועות פ"ז סי' י"ט קא פרעין לך]. א"ל ומלת פלן ופלן א"ר זעירא או הב לי' כל מה דתבע לך או אישתבע לי' כל דמגלגל עלך עכ"ל הירושלמי. ודברי הירושלמי צריך ביאור ואין הבנה למה שמחלק בין נושא ונותן שלא בחשבון ונושא ונותן בחשבון ומה שכתב הפני משה הוא דוחק גדול לכל המעיין שם. וכן במה שאמרו שם ר' זעירא כהדא דר' יוסי אין לזה ביאור כלל ואיזה שייכות הוא הך דר' זעירא להא דר' יוסי ועיין בפ"מ שם שנדחק בזה וכתב דלאו אהאי דר' יוסי קאי אלא אדר' יוסי דפ' המפקיד קאי וכן במראה הפנים ד"ה ר' זעירא כו' נדחק בזה:

והנלע"ד בכ"ז דזהו כוונת הירושלמי דנתכוונו למה שמבואר ברמב"ם וטוש"ע. דבטוען ברי לא תקנו לשבועת השותפות וזה שקאמר ר' יוסי הדא אמרה בנושא ונותן שלא בחשבון וכיון דעסק השותפות התנהג שלא בחשבון א"כ אין תובעו ע"פ טענת ברי כיון דלא היה ע"פ חשבון ע"כ בזה דוקא תקנו שבועה. אבל אם נשאו ונתנו בחשבון א"כ יכול שותף התובע לטעון טענת ברי שלא היה החשבון כמו שאומר הנתבע כעת. וכה"ג שיש לו טענת ברי על חבירו כיון דיש לו ידיעה מהתנהגות השותפות כיון שהיה בחשבון דבזה לא תקנו שבועת שותפות וכדברי הרמב"ם וטוש"ע הנ"ל וכן בן בית מיירי ג"כ שלא בחשבון ואין לו טענות ברי בזה דוקא תקנו שבועה. ואח"ז קאמר דר' זעירא ס"ל ג"כ כהך דר' יוסי דחד בר נש אזל למידן קמי ר' זעירא ונתחייב שבועה על חשד של עסק שותפות בתרין דינרין שלא היה לו טענת ברי וכדין שבועת השותפות דמיירי האי פיסקא מזה דקאי על אלו נשבעין שלא בטענה. ורצה לשלם לו הך תרין דינרין א"ל התובע ומלת פלן ופלן שהיה לו טענת ברי בהך מלת פלן ופלן דבזה אין לו עליו דין שבועת השותפות רק כדין שבועת היסת וא"ל ר' זעירא או הב ליה כל מה דתבע לך או אשתבע ליה על כל הגלגול. וזהו כמבואר בסי' צ"ד סעי' ג' גבי גלגול דאם רצה לשלם עיקר תביעתו לא מיפטר מן גלגול שבועה אם הוא טענת ברי אבל בטענת ספק מיפטר מן ג"ש אם רצה לשלם עיקר תביעתו. וע"כ בע"כ מיירי הירושלמי בהך מילת פלן ופלן דמגלגל עליו דאמרו דלא מיפטר אף דרצה לשלם בעד עיקר טענתו כיון דהוא בטענת ברי:

א"כ עיקר כוונת ר' זעירא הוא להך דינא דכתב הרמב"ם ה' שותפין פ' יו"ד ה"א והטוש"ע הנ"ל דבשותף שטען על חבירו טענות ברי אין לו עליו שבועת השותפות אלא אם יש לו עליו שבועת השותפות יכול לגלגל עליו הך טענות ברי ואשמועינן דאף דרוצה לשלם עיקר תביעתו לא מיפטר מן ג"ש. וכמש"כ הרמב"ם להך דינא בהלכות טוען פ"א ה' י"ג. ולכן שפיר קאמר הירושלמי דר' זעירא ס"ל כר' יוסי דעל ברי אין לו שבועת השותפות ולכן אתי עלה מצד גלגול שבועה. לכן שפיר כתב הרמב"ם והטוש"ע דעל טענות ברי ליכא שבועת השותפות רק ע"י ג"ש כי זהו ירושלמי מפורש כנ"ל. וכ"ז ברור בכוונת הירושלמי והרמב"ם. וכן הוא דרך הרמב"ם שלא לכתוב רק המבואר בגמ' וירושלמי. ולכן לדינא העיקר הוא דעל טענת ברי לא תקנו שבועת השותפות. והא דכתב הרא"ש בכתובות פ"ט סי' כ"ח אבל לא על פלכה ועיסתה בטענת שמא אם לא בטענות ברי. והובא באה"ע סי' צ"ז ובביאור הגר"א וצ"ל ס"ק ג'. כוונתו דעל טענת ברי איכא שבועת היסת. אבל שבועת השותפות ליכא בטענת ברי וכן הוא עיקר לדינא:

ענף ג:

והקצה"ח בסי' ע"ה ס"ק ט' הביא דברי הט"ז הנ"ל וסתר דבריו מהא שכתבו התוס' והרא"ש והר"נ וכל הראשונים שהקשו בב"מ (דף צ"ז) על מתניתין דב"מ (דף צ"ז) זה אומר איני יודע וזה אומר א"י יחלוקו. הא צריך לישב ראובן שהטיל לכיס כו' אין אומרים שישבע ראובן שבועת השותפות שפחתו כך וישלם שמעון מביתו כו' שאין השותף מנשבעין ונוטלין כו' עכ"ל. והקשה האו"ת ס"ק י' בשם השב יעקב דמ"ש מן כל המוציא הוצאות ברשות דנשבע ונוטל א"כ הא גם שותף הוציא ונשא ונתן ברשות ולמה לא ישבע ויטול ובפרט שהרמב"ם גופי' כתב בפ"י הל' גזלה שותף כיורד ברשות ומה שהוציא ידו על העליונה ונוטל בשבועה כו' עכ"ל. והנה מה שכתב האו"ת בשם הש"י להקשות מן מש"כ הרמב"ם דשותף כיורד ברשות. אין זה קשה דהא מבואר לקמן סי' קע"ח סעי' ג' דשותף כיורד ברשות דנוטל ההוצאה ואינו נוטל הוצאה רק כשיעור שבח ואם לא השביח אינו נוטל כלום וזהו בשם הנמוקי יוסף פ' חזקת. וכן מבואר לקמן סי' שע"ה סעי' ד' וסעי' ה' ובסמ"ע ס"ק ח' וס"ק ו"א שפירש לדברי הרמב"ם והש"ע שכתבו שם דשותף דינו כיורד ברשות וידו על העליונה דכ"ז הוא שיטול הוצאה שיעור שבח ולא יותר. א"כ לפ"ז אין מקום לקושיות השב יעקב מן מש"כ הרמב"ם דשותף ה"ל כיורד ברשות דהא אם בא ליטול הוצאה היכא דלא השביח אין דינו כיורד ברשות. והכא הא מיירינן שהיה הפסד ולא השביח ע"כ י"ל דשפיר כתבו דאין דינו כיורד ברשות להאמין לו בשבועה. ואפשר דהשב יעקב ס"ל כמו שכתב הב"ש באה"ע סי' פ"ח ס"ק כ' דחולק

על הסמ"ע וס"ל דשיטת הרמב"ם הוא דשותף נוטל הוצאה יותר מהשבח ע"ש. לכן שפיר כתב השב יעקב לדמות זה לדברי הרמב"ם הנ"ל. אך באמת אין דברי הב"ש מוכרחים וכמש"כ ההפלאה בק"א שם להשיג על הב"ש. ואין ת"י ספר שב יעקב לעיין שם:

שנאנסה וע"י גלגול משתבע דשכורה מתה ומחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"ש. הרי מבואר דאף בתובע טוען שמא שייך ג"כ מתוך שאינו יכול להשבע משלם ודלא כהט"ז עכ"ל הקצה"ח:

אך בעיקר קושיות האו"ת בשם השב יעקב הוא קושיא אלימתא דהא חזינן הכא דאילו היה ידוע שהיה הפסד בעסק השותף היה שותפו משלם מביתו כמו דס"ל להרמב"ם והש"ע. ומה שקשה ע"ז מן הא דסי' קע"ו סעי' ו' בשם הרמ"ה דשותף אינו משלם מביתו כבר הקשה זה הט"ז והש"ך והב"ח והמל"מ והאו"ת וכתבו לחלק. ועיין בנתיבות סי' קע"ו ס"ק י"א שכתב לתרץ דהריוח שנטל מכבר זהו משועבד להשלים ההפסד לכ"ע. וכבר הקדימו האו"ת ס"ק י"א. עכ"פ הא חזינן דאם היה הפסד הידוע לנו היה מחוייב השותף לשלם מביתו ההפסד. ואף דנתבאר דאין שותף נוטל הוצאה רק כשיעור השבח ולא יותר מ"מ הא שאני התם דמיירי דהשותף לא היה יורד ברשות ע"פ שותפו חבירו בפירוש ממנו שיוציא את ההוצאה רק מיירי שם בהרמב"ם פ"י ה"ג ובח"מ סי' קע"ו ובסי' שע"ה דהשותף ירד מעצמו להוציא הוצאה להשביח העסק בזה כתבו דאינו דינו כיורד ברשות ליטול הוצאה אם לא השביח. ואף אם היה ידוע בעדים הוצאות שהוציא ג"כ אינו נוטל משום דלא הוי כיורד ברשות ממש וכן הוא הדין בבעל בנכסי אשתו. אבל הכא הא מיירי שהיה ההסכם מדעת שניהן לישא וליתן בעסק השותפות וראובן נשא ונתן בעסק השותפות בהסכם דעת שמעון שותפו וע"כ אם ידוע בעדים או ע"פ הודאת חבירו היה שמעון חייב להשלים ההפסד. אך אם אינו ידוע כן. בזה כתב הרמב"ם והש"ע דאינו נאמן בשבועה ליטול. ולכן שפיר הקשה השב יעקב והאו"ת דמ"ש זה מן כל מוציא הוצאות שירד ברשות בפירוש מדעת חבירו דנאמן בשבועה. אך דמיונו של השב יעקב לדברי הרמב"ם הנ"ל אין זה דומה כלל כנ"ל:

והאו"ת כתב לתרץ זה לפי שמחלק דשאני מוציא הוצאות דנחית אדעתא שיוציא כו' אבל בשותפות וכי נחית מתחלה שיהיה ודאי פחת בשותפות אלו כן לא היו משתתפים רק כל דעתם ומחשבתם לריוח ולא נחית כלל אדעתא דהפסד כו' א"כ אין זה דומה כלל למוציא הוצאות כו' עכ"ל. וחילוק שלו אינו ברור כ"כ דהא הדין הוא ביורד ברשות ע"פ רשות הבעלים שנוטל הוצאה יתירה על השבח כמבואר בסי' שע"ה סעיף ד' והא התם ג"כ שייך לומר סברת האו"ת הנ"ל דלא היה מחשבתו ודעתו בעת שציוהו להוציא

הוצאות שיהיה הוצאה יתירה מן השבח. וגם הא לא נתנו שם שיעור לזה ומשמע דאף אם אומר שהוציא הרבה עד שעולה לסך גדול לפי דבריו שהוציא כן לצורך הענין דג"כ נאמן בשבועה ליטול. והא התם שייך ג"כ סברת האו"ת במש"כ דלא היה דעתו ומחשבתו לזה וא"כ יטול כל אשר לו כמש"כ האו"ת שם גבי הפסד השותפות. ואפ"ה חזינן דהדין הוא דכיון דציוהו להוציא הוצאות לטובת העסק להשביחו ואם ידוע כן מחוייב לשלם והימנוהו חכמים בשבועה. א"כ ה"ה הכא כיון דאם היה ידוע מן ההפסד של השותפות היה חבירו מחוייב לשלם הן מצד מה שהתנה בפירוש והן אף אם לא התנה מ"מ הדין הוא לשיטת הרמב"ם דשותף משלם מביתו וזהו משום אומדנא דמסתמא נתרצו לזה והוי כמו דהתנו בפי' בעת התחלת השותפות וכמש"כ הרא"ש בכתובות פ' יו"ד סי' יו"ד. וכ"כ הב"ח בסי' קע"ו דעיקר הטעם דמשלם השותף מביתו אם היה הפסד במשא ומתן דזהו משום אומדנא דמסתמא הסכימו לזה ע"ש. וכיון דחזינן דבאמת עלה אז בדעתו בעת התחלת השותפות אם יהיה הפסד. וע"כ לא שייך לומר בזה הסברא שכתב האו"ת דמשום דלא אסיק אדעתיה אז שיהיה הפסד לכן אינו דומה למוציא הוצאות להיות נאמן בשבועה. דהא חזינן דעלה על דעתו להתנות כן הן בפי' והן מצד אומדנא. וע"כ אין אני רואה בזה חילוק ברור דמ"ש מן מוציא הוצאות דנוטל הוצאה אף שלא השביח כלל משום איזה סיבה הנולד ואפ"ה סתמו ומשמע דנוטל לעולם הוצאה בשבועה כיון דירד ברשותו בפירוש א"כ ה"ה הכא דירד ברשותו שציוה לו לעסוק בהשותפות ולישא וליתן כפי דעתו. והאו"ת נדחק מאוד בזה וכתב דרק התנו שאם יהיה פחת שישלם אבל לא היה דעתם רק על הריוח כו' וסיים ואלו היה ספק שקול וסברא נכונה כו' אף מכש"כ בסברא קלושה כזה כו' עכ"ל. ובאמת אין זה סברא קלושה ואדרבה הסברא הוא דזה דומה ממש להוצאה יתירה הרבה מהשבח דנוטל בשבועה אף דהתם שייך ג"כ לומר דלא העלה אז בדעתו דאלו היה מעלה בדעתו אז שיהיה הוצאה מרובה יותר מהשבח לא היה מרשהו להוציא אלא בע"כ מוכח דאמרינן דנחית אז בשביל הספק שיהיה או שבח או הוצאה מרובה ביותר מהשבח ולכן נאמן בשבועה. א"כ ה"ה הכא נאמר דנחית אדעתא דהספק או ריוח או הפסד. וידעתי כי יש לדחוק בכ"ז אבל האמת הוא דהם דומין להדדי ולכן קושייתם במקומה עומדת:

ולכן נראה לענ"ד ליישב קושייתם ע"פ מה שכתבתי לעיל בסי' צ"א סעי' ג' בענין מוציא הוצאות ע"פ בפירוש דלשיטת הרמב"ם וסייעתו והובא שם סעיף ב' דס"ל דחנוני נוטל מדינא משום חזקה שליח כו' א"כ לפ"ז מוכח לומר דעיקר מקורו דהך דינא דמוציא הוצאות ברשות נוטל דזהו נלמד מן בעל שהוציא כו'. א"כ כמו דגבי בעל שהוציא ברשות

אינו נאמן בשבועה אלא כשידוע שהוציא אך א"י כמה כמש"כ הרמ"א בתשובה סי' פ"ו. ה"ה בכל מוציא הוצאות ע"פ הבעלים ג"כ אינו נאמן ליטול רק אם ידוע שהוציא קצת אך א"י כמה דזה ה"ל כעין דרדא דממונא והימנוהו חז"ל בכה"ג אבל אם אינו ידוע אם הוציא כלל בזה לא מצינו דתקנו להאמינו כמו שהארכתי שם בכ"ז. א"כ י"ל דהרמב"ם והמחבר דכתבו הכא דאין נאמן השותף לישבע וליטול משום דאזלי לטעמייהו דס"ל דכל מוציא הוצאות אינו נאמן ליטול אלא אם הספק הוא כמה הוציא כדמשמע לשון הרמ"א בסי' צ"א סעיף ג' שכתב בזה"ל מי שהוציא הוצאות כו' והנתבע אינו יודע כמה התובע נשבע ונוטל. דמשמע ג"כ כמש"כ דדוקא אם הספק הוא כמה הוציא נאמן כו'. א"כ הכא בטוען השותף שנפחת ת"ק דינרים וחבירו אינו יודע אם היה כלל איזה הפסד ע"כ בכה"ג אף מוציא הוצאות אינו נאמן לשיטתם לכן שפיר פסקו בפשיטות דאינו נאמן. ולפ"ז י"ל דבאמת לפי מש"כ לעיל בחידושי לסי' צ"א סעי' ג' דלשיטת הר"נ וסייעתו דס"ל דחנוני אינו נוטל מדינא א"כ יש לדון דמה"ט ה"ה כל מוציא הוצאות ברשות נאמן אף אם הספק הוא אם הוציא כלל כמש"כ שם בארוכה. דה"ה הכא בשותף הטוען דהיה הפסד אף דמסופקים אנחנו אם היה הפסד כלום דג"כ נאמן בשבועה כמו כל מוציא ברשות וה"ה הכא דנשא ונתן ברשות חבירו מדעתו בפירוש ואף דאין כאן שום דרדא דממונא כלל ג"כ נאמן מצד תקנתא דחנוני לשיטתם. והא דסתם הרמ"א הכא ואף דלעיל בסי' צ"א סעיף ב' בהג"ה הביא הרמ"א שיטת הר"נ וסייעתו דאין החנוני נאמן בל"ש. י"ל דזהו משום דה"ל ספיקא דדינא אי הלכה כהרמב"ם וסייעתו דשם או הלכה כהר"נ וסייעתו ע"כ הביא שם לשיטת הר"נ והרמ"ה בשם י"א ומשום ספיקא אין מוציאין מהבעה"ב בל"ש. לכן שפיר סתם הרמ"א הכא כדברי המחבר דכתב דאין השותף יכול להוציא מחבירו דהא בספיקא דדינא הדין עם המוחזק. ולפ"ז יש לומר דאם השותף דטוען דהיה הפסד סך כך בהשותפות דאם הוא תפס מחבירו מהני תפיסתו אף דהיה תפיסה בעדים וכמו כל ספיקא דרבוותא ויכול לומר קים לי דהלכה כהר"נ וסייעתו דלדידהו אף אם הספק בעיקר הדבר אם הוציא כלום דג"כ מהני שבועתו לתבוע הוצאתו וה"ה הכא בתביעת הפסד כיון דנשא ונתן ברשות. ואין זה מקרי ספק בתקנה דלא מהני תפיסה. דהא כבר נתבאר בקונטרס תפיסה בדרדא דממונא בספרי נחל יצחק דהיכא דהבעל דין טוען ברי מהני תפיסה אף בספק בתקנה וכש"כ בפלוגתא דרבוותא כמבואר שם בארוכה: ענף ד: ועוד נראה לענ"ד לתרץ קושייתם שהקשו דמ"ש מן מוציא הוצאות דנאמן א"כ ה"ה הכא דנשא ונתן ברשות יהא נאמן להוציא. והוא דלקמן סי' קל"א סעי' ז' בהג"ה ואין הערב נאמן אף בשבועה כמה הוציא כו' אלא צריך עדים שהוצרך להתפשר כו' מכח הערבות

ואז נוטל בשבועה אם לא שמעידים דבר ברור אז נוטל בל"ש כו'. וכתב הסמ"ע שם ס"ק י"ז ה"ט כיון דהכניסו לערב כו' ועליו לפצותו ה"ל כאילו הוציא על חבירו ברשות דנתבאר דנשבע ונוטל עכ"ל. ולכאורה יש להקשות על הסמ"ע דכתב דדינו של הערב כמו מוציא הוצאות ברשות א"כ אף אם ליכא עדים שהוצרך להתפשר עמו ג"כ יהיה נאמן הערב לומר כמה הוציא כמו כל יורד ברשות. אכן לפמש"כ לעיל לדון בכל מוציא הוצאות דאינו נאמן רק אם ידוע שהוציא הוצאות וא"י כמה אבל אם הספק הוא שמא לא הוציא כלל אז לא תקנו בכה"ג להיות נאמן בשבועה. ע"כ אתי שפיר דברי הסמ"ע דאף דדין הערב הוא כמו יורד ברשות מ"מ היכא שאנו מסופקים שמא לא הוציא כלל ע"כ אינו נאמן הערב אלא אם יש עדים שהוצרך להתפשר מכח הערבות א"כ ידוע לנו שהוציא הוצאות לפצותו אך הספק הוא כמה הוציא דבזה שפיר כתב הסמ"ע דנאמן ליטול כמו כל יורד ברשות דנאמן בכה"ג. [ועיין בסמ"ע סי' צ"א ס"ק ט"ז ובש"ך שם]. והתם גבי הערב הוי ליה כמו יורד ברשות ע"פ ציווי הבעלים דעיקר חיוב של הלוה להחזיר ההוצאות להערב הוא משום דה"ל כמו התנה עמו בעת שנעשה ערב עבורו כמש"כ האו"ת שם ס"ק ו' בשיטת המהרי"ק והרמ"א דכתבו לחלק דבאונס דלא שכיח פטור. דזהו משום דס"ל דעיקר החיוב דשם הוא משום אומדנא דה"ל כמו התנה ובמילי דל"ש לא קאי התנאי כמש"כ המהרי"ק שם:

והנה במרדכי פ' י' בב"ק כתב שם להך דינא שכתב הרמ"א שם בסי' קל"א הנ"ל דאינו נאמן הערב על ההוצאות אלא אם יברר כמה הוציא שכתב שם שצריך להביא עדים שנתפשר עמו בסך כך כו'. וזהו דלא כלשון הרמ"א שכתב התם סתמא שצריך להביא עדים שנתפשר עמו עבור הערבות. ומשמע דאף דהעדים אין מעידים בכמה נתפשר אפ"ה נוטל בשבועה. ולקמן סי' שפ"ח סעי' ז' כתב הרמ"א שם בזה הלשון אם ידעו שהוצרך להתפשר כו' בכך וכך כו' וזהו מן דברי המרדכי פ"י דב"ק הנ"ל. ואלו התם בסי' קל"א שהוא ג"כ מן המרדכי הנ"ל השמיט הרמ"א הלשון בכך וכך רק כתב סתמא שהוצרך להתפשר כו'. וזה צריך טעם בביאור דברי הרמ"א. אכן לפי מש"כ בכוונת הסמ"ע דהטעם דאם יש עדים שנתפשר עמו אף דאינן יודעים הסך מ"מ נשבע ונוטל דזהו משום דה"ל כמו מוציא הוצאות ברשות דנשבע ונוטל. והנה המרדכי בב"ק שם כתב הטעם דלכן חייב לשלם להערב כל ההיזק שלו משום דה"ל כמו זבין אמיצרא כי' וזהו בגדר מזיק ע"פ גרמי וכמש"כ האו"ת שם ס"ק ו'. ע"כ אין לחייב שם הלוה ע"י תקנתא דמוציא הוצאות דהא כתב הסמ"ע בסי' צ"א ס"ק ט"ז דהיכא דהיה ההוצאה בע"כ אין זהו בכלל מוציא הוצאות ע"כ כתב המרדכי שאינו נאמן הערב עד שיביא

עדים שבסך כך נתפשר עמו. אבל כשאינו מביא עדים רק על שנתפשר סתמא אינו נאמן בשבועה. אכן הרמ"א דס"ל דעיקר הטעם דחייב זהו משום דה"ל כמו התנה ולכן ס"ל לחלק דבמידי דלא שכיח אינו חייב וכמש"כ האו"ת שם. וכיון דהוי אומדנא דה"ל כמו התנה על כן שפיר יש לחייבו אף אם אין העדים מעידים על הסך שהוצרך להתפשר אלא מעידים שנתפשר סתמא ג"כ נאמן הערב על כמות הסך משום תקנה דמוציא הוצאות דנשבע ונוטל כיון דידוע דהוציא קצתו וה"ל דררא דממונא. ואתי שפיר כוונת הרמ"א בהשמטתו למש"כ המרדכי דנתפשר בסך כך. ודברי הסמ"ע נכונים:

שוב ראיתי בביאור הגר"א וצ"ל בסי' קל"א ס"ק ט"ו שכתב על מש"כ הרמ"א שם דצריך עדים שהוצרך להתפשר מכח הערבות ר"ל שהעדים יודעין כמה נתפשר ואינן יודעים אם בשביל הערבות וע"ל סי' שפ"ח כו' דלא כסמ"ע שכתב משום דחשיב כאלו מוציא ברשות דא"כ אפילו ברישא שלא ידעו כמה יטול בשבועה כו' עכ"ל. והנה לפמש"כ א"ש דברי הסמ"ע ולפי מה שנתבאר בכוונת הרמ"א דהשמיט לתיבת שנתפשר בכך כמש"כ המרדכי א"כ עיקר החיוב הוא משום מוציא ברשות והמרדכי אזיל לטעמיה כנ"ל. אך באמת פשט דברי הרמ"א משמע כמש"כ הביאור הגר"א וצ"ל דגם ברישא מיירי הרמ"א דידעו דהוציא רק לא ידעו כמה הוציא כמש"כ הרמ"א בלשונו דאין הערב נאמן כמה הוציא כו' דמשמע דהספק הוא כמה הוציא אבל קצתו ידוע דהוציא א"כ שפיר הקשה הגר"א על הסמ"ע. וידעתי שיש לדחוק בזה וליישב וכפי שכתבתי מתחלה לתרץ דברי הסמ"ע. אבל האמת יורה דרכו דפשט דברי הרמ"א הוא גם בהרישא דהוי הספק בכמה הוציא. ובסיפא קיצר הרמ"א בלשונו אלא דבעינן שיעידו בכמה נתפשר עבור הערבות כמש"כ הרמ"א בלשונו שהוצרך להתפשר מכח הערבות ואפ"ה כיון דיש לחוש שמא הוצרך לפשר גם משום ענין אחר או דשמא היה יכול להתפשר בפחות או שמא הערים וכמש"כ הש"ך בסי' שפ"ח ס"ק ל"ה ע"ש. ע"כ צריך שבועה ולפי שבאמת הוי זה חשש רחוק ע"כ מהני שבועתו משום דלפי הדין אין לחוש לכל זה כלל. ומה"ט גם בהא דסי' שפ"ח סעיף ז' מהני ג"כ אם עדים מעידין על הסך ונאמן בשבועה אף דהתם בוודאי לא שייך הטעם דמוציא הוצאות כלל דהא היה בע"כ וכנ"ל. אלא דהצריכו שבועה אף בחשש רחוק כיון דבא ליטול. ועיין בש"ך סי' קמ"ו ס"ק ה':

והנה לפמש"כ מתחלה בכוונת הסמ"ע דמשום תקנה דמוציא הוצאות דנוטל אתו עלה ולכן אף דמשמעות דברי הרמ"א הוא לפמש"כ דמיירי דאין העדים מעידין על כמה נתפשר אפ"ה נאמן בשבועה וכתב הרמ"א דגם ע"א מעיד על דבר ברור פוטר מן שבועה. וזהו כעין מש"כ הרמ"א בסי' פ"ז סעיף ו' דה"ה בנשבע ונוטל ע"א מסייע פוטרו משבועה.

ומשמע לפ"ז דאף אותן דמן הדין אינם נאמנים כלל אפ"ה ע"א מסייע פוטרו. אכן האו"ת בסי' פ"ז ס"ק ה' העלה דאותן דמן הדין אינם נשבעין ונוטלין אלא מצד התקנה. אין ע"א פוטרו משבועה וכ"כ בשם חוט השני ע"ש. וכ"כ תשובת הב"ח הישנות בסי' ס"ד. א"כ לפי דבריהם תקשה על מש"כ הרמ"א והמרדכי התם דע"א מסייעו פוטר משבועה. אכן לפמש"כ בשם הגר"א דפירש לדברי הרמ"א דמיירי דיש עדים שנתפשר על הסך וכמה היה. אך עדיין יש לחוש שמא היה ג"כ בשביל ענין אחר או הערמה כנ"ל דע"פ דין אין זה חשש לעכב הפרעון אלא לשבועה חשו אף בחשש רחוק ועיקר השבועה הוא מדרבנן ולכן מהני שפיר ע"א לפוטרו. ולכן אינו קשה מדברי הרמ"א והמרדכי על דברי הב"ח והחוט השני והאו"ת הנ"ל. ובאמת לפי מש"כ האו"ת בסי' קל"א ס"ק י"ח באורים כדברי הסמ"ע דמשום מוציא הוצאות מחייבין לו. ואפ"ה כתב הרמ"א שם דע"א מסייעו פוטרו א"כ יהיה מוכח מזה דלא כמש"כ האו"ת בסי' פ"ז הנ"ל. וי"ל דהאו"ת ג"כ ס"ל לפרש דברי הסמ"ע כמש"כ לחלק דהרישא מיירי דלא נתברר לנו אם הוציא כלל. ומש"כ הרמ"א בלשונו דאין הערב נאמן בשבועה כמה הוציא הוא לאו דוקא כדמצינו כה"ג בכ"ד. ועיין בדרכי משה בסי' קל"א. אכן כיון דהגר"א זצ"ל לא פירש כן ע"כ כדבריו הקדושים נקטינן בכוונת הרמ"א דברישא הספק הוא בכמה הוציא ואינו נאמן אלא במעידים על הסך כמה הוציא. וכן הוא פשט לשון הרמ"א בהרישא כמש"כ לעיל:

ולפ"ז צריך ביאור דמפני מה לא יהיה מהימן הערב לומר כמה הוציא כיון שידוע דהוציא קצתו א"כ ה"ל בכלל מוציא הוצאות דנשבע ונוטל. ולכאורה י"ל דכיון דעיקר החיוב להחזיר ההיזק להערב הוא משום ראיות המרדכי מהך דזבין אמיצרא כו'. א"כ הוי זה בע"כ ולא שייך בכה"ג דין מוציא ברשות וכמש"כ הסמ"ע בסי' צ"א ס"ק ט"ז. אך ז"א שייך רק להטעם שכתב המרדכי והרא"ש בתשובה מן הא דזבין ארעא אמיצרא כו'. אבל להטעם שכתב הרא"ש בתשובה דחייב לפצות להערב דה"ל כמו התנה והובא באו"ת שם סי' קל"א ס"ק ו' כנ"ל. והעיקר לדינא דחיוב דמוטל על הלוה לפצות להערב הוא משום אומדנא דה"ל כמו התנה משום דהא קיי"ל בסי' קע"ה סעיף מ' בהגהות רמ"א גבי מוכר אמיצרא כו' דכ"ז שלא קיבל עליו לשלם פטור מלשלם א"כ בע"כ הכא דכתבו בש"ע לחייבו הוא משום הטעם דה"ל כמו התנה וכמש"כ האו"ת שם בסי' קל"א. וגם י"ל בכוונת הרא"ש בתשובה שם כלל י"ח סי' ז' דמשום שני הטעמים הנ"ל כתב לחייבו דכיון דזה דומה להא דזבין אמיצרא כו' א"כ מוטל עליו חיוב בידי שמים לכ"ע בוודאי אף אם לא קיבל עליו בפי' לכן משום אומדנא זו אמרינן דמסתמא נתרצה להתחייב לפצותו וה"ל כמו התנה ע"ש. עכ"פ כיון דעיקר הטעם שכתב הרמ"א לחייבו הוא משום

אומדנא דה"ל כמו התנה. ומה"ט כתב הרמ"א בשם המהרי"ק דבאונס דלא שכיח פטור וכמש"כ האו"ת שם. א"כ תקשה דאמאי כתב הרמ"א דאין הערב נאמן כמה הוציא. הא יהיה דינו כמו כל מוציא ברשות דנאמן היכא דהיה מדעת חבירו:

ענף ה:

והנראה לי בכוונת הרמ"א דאף דס"ל דחיובו הוא משום דה"ל כמו התנה אפ"ה ס"ל דאין זה דומה למוציא הוצאות. ע"פ דברי המהרי"ק סי' י' בסופו שכתב בזה"ל גבי ענין מוציא הוצאות ואשר הביא ראיה ממש"כ ר' מאיר דאין הערב נשבע ונוטל אלא צריך להביא ראיה נראה דלא דמי דהתם לא היה ללוה להתנות שלא יתן אלא בעדים דלא אסיק אדעתיה שיבא לידי כך כו' אבל הכא שאמר לו בהדיא שיוציא ואם יוציא יפרע לו פשיטא שחייב לפרוע כל מה שהוציא דאי איתא שלא נתרצה לפרוע אלא מה שיברר בעדים ה"ל לאתנויי שלא יוציא אלא בעדים ומדלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה וחייב לשלם כל מה שישבע יעקב שהוציא כו' עכ"ל המהרי"ק. הרי דהמהרי"ק הקשה זה על מש"כ המרדכי בשם ר"מ דאין הערב נאמן כמה הוציא ומ"ש מן כל מוציא הוצאות. ותירץ דשאני כל מוציא הוצאות דפירש לו שיוציא ואם יוציא יפרע לו דה"ל לאתנויי שלא יוציא אלא בעדים ומדלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה ולכן חייב לשלם כשישבע. וכעין הא דב"מ (דף ג') גבי חנוני דאמרו את האמנתי' דלא אמרת לי בסהדי הב לי'. משא"כ התם גבי הערב דלא אסיק אדעתי' שיגיע הפסד להערב א"כ לא שייך התם לומר דה"ל לאתנויי שיעמיד עדים כיון דלא אסיק אדעתיה ולא דיבר מזה הענין כלל וע"כ לא שייך התם גבי חיוב לפצות להערב להאמין להערב כדין כל מוציא ברשות. ומוכח להדיא מן דברי המהרי"ק הנ"ל דלא כמש"כ הסמ"ע שם בסי' קל"א ס"ק י"ז דשייך התם הך דין דמוציא ברשות. אלא כמש"כ בביאור הגר"א זצ"ל שם לחלוק על הסמ"ע דלא שייך התם דין מוציא ברשות: והנה לפי הטעם שכתב המרדכי והרא"ש בתשובה דלכן חייב לפצות להערב משום דזהו דומה להא דזבין ארעא אמיצרא א"כ בוודאי א"ש דברי המהרי"ק מש"כ דשם גבי הערב לא אסיק אדעתיה שיבא לידי כך. אך לפי הטעם שכתב הרא"ש דה"ל כמו התנה ח"כ יש לדון דלא שייך בזה לומר דלא אסיק אדעתיה שיבא לידי כך. דהא אמרינן האומדנא בזה דה"ל כמו התנה. א"כ אם לא היה מסיק אדעתיה שיבא לידי כך אין לנו לומר האומדנא זו. אכן לפמש"כ האו"ת בסי' קל"א ס"ק ו' דעיקר סברת החילוק דכתב הרמ"א לחלק דבאונס דלא שכיח פטור לפצותו. דזהו ע"כ להטעם דחייב לפצותו דה"ל כהתנה משום דלטעם דה"ל כמו זבין ארעא אמיצרא כו' אין לחלק בין שכיח ללא שכיח כמש"כ האו"ת שם. וכיון דמה שכתב הרמ"א לחלק בין שכיח

כו' הוא מן המהרי"ק סי' ז'. א"כ מוכח מזה דהמהרי"ק ס"ל לעיקר הטעם דלכן חייב לפצותו דה"ל כמו התנה ע"פ האומדנא. ואפ"ה חזינן דהמהרי"ק כתב לחלק דלכן אינו דומה למוציא הוצאות משום דלא ה"ל ללוה להתנות שלא יתן אלא בעדים משום דלא אסיק אדעתיה. ומשמע דגם המהרי"ק ס"ל כן לדינא ג"כ דאין הערב נאמן בשבועה כמה הוציא אלא צריך עדים. ומוכח דאף להטעם דה"ל כמו התנה אפ"ה שפיר כתב המהרי"ק דהתם לא ה"ל ללוה לאתנויי שלא יתן אלא בעדים משום דלא מסיק אדעתיה. והכוונה דאף דחזינן דאסיק אדעתיה מזה מדאמרינן בזה האומדנא דה"ל כמו התנה. מ"מ שייך לומר דלזה לא אסיק אדעתיה לחוש לאתנויי שלא יתן אלא בעדים משום דיש לומר דלא חשש כ"כ הלוה. ולכן לא התנה בפירוש שלא יתן אלא בעדים. ועיקר הסברא הוא דלכן מוציא הוצאות נאמן בשבועה כיון דעיקר הענין והמעמד שעשה עם מי שמבקשו שיוציא הוצאות הוא רק על הענין להוציא הוצאות. ע"כ ה"ל לאתנויי שלא יתן אלא בעדים. [ועיקר סברת המהרי"ק הוא מסייע לסברת הש"ך בסי' צ"א ס"ק כ"ג דמוציא הוצאות דנאמן הוא משום דהימניה. ואף דעיקרו הוא משום תקחז"ל מ"מ י"ל דמשום טעם הלז תקנו חכמים כן]. משא"כ בנידון דערב עבורו דעיקרו אינו משום ענין חשש הפסד שיהיה בזה ושיצטרך להוציא הוצאות. אלא עיקרו הוא כדי שיסמוך המלוה על הערב וילוה לו. ואפשר שיפרע הערב גוף החוב לא אסיק אדעתיה כמש"כ המהרי"ק שם להדיא. וע"כ לא חשש הלוה כ"כ לאתנויי:

ועוד י"ל דאף דמחייבים את הלוה לפצות להערב משום אומדנא דה"ל כמו התנה. עכ"ז י"ל בזה כעין סברת הנתיבות בסי' קצ"ז ס"ק ד' במה דאמרו בב"מ (דף ל"ד) להאומדנא דנעשה כאומר לו כשתגנוב ותשלמני פרתי קנוי' לך. דאף דלא היה דעתם אז לשם קנין מ"מ הטעם הוא כמש"כ הש"ך בסי' שנ"ח דאי איכא אומדנא קנה אע"ג דלא הוי המתנה מדעתו ול"ד ליאוש שלא מדעת כו' עכ"ל הנתיבות. א"כ ה"ה הכא גבי התחייבות אמרינן אומדנא דאילו היה עולה על דעתם חשש ההפסד שיכול להיות להערב מכח ערבותו שבוודאי היה הלוה מתחייב א"ע לו. דכמו דאמרינן אומדנא כזו גבי קנין ה"ה דאמרינן כן גבי חיוב ע"ע. ולכן שפיר כתב המהרי"ק דהתם גבי הערב לא שייך לומר דה"ל לאתנויי. משום דלא אסיק אדעתי' שיבא לידי כך. ואפ"ה עיקר החיוב לפצותו חל עליו משום אומדנא דאם היה עולה על דעתו היה נתרצה להתחייב בכך. ונפ"מ מן הטעמים שכתבתי בביאור סברת המהרי"ק. דאלו לפמש"כ מתחלה י"ל דה"ה אף בהתנה בפירוש לפצותו מן ההפסד שיהיה להערב ג"כ אין להערב דין מוציא ברשות משום די"ל דלא חשש לאתנויי כ"כ על חשש רחוק כמותו וכנ"ל. אבל לפי הטעם שכתבתי דכיון דלא

עלה אז על דעתו כלל מן ענין הפסד אתו עלה. א"כ היכא דהתנה בפירוש לשלם להערב ההפסד שיהיה לו. ע"כ גם בזה שייך לומר דמדלא התנה שלא יתן רק בעדים א"כ הימני' ונאמן גם בזה בשבועה כמו כל מוציא הוצאות:

ובפשטיות י"ל עוד דדוקא אם דיבר בפירוש אם יהיה הפסד להערב שישלם לו אז שפיר שייך לומר דכיון דהתחיל מענין זה ה"ל לאתנויי שלא יתן רק בעדים כמו במוציא הוצאות דמה"ט אמרינן דהימני'. אבל אם לא דיבר בפירוש מזה אף דנימא דבאומדן דעתו היה כוונתו אז לשלם הפסד שיהיה לו עכ"ז כיון שלא דיבר בפי' מזה לא שייך לומר דה"ל לאתנויי בפירוש כו'. אך מן לשון המהרי"ק לא משמע כן אלא דאתי עלה משום דלא אסיק אדעתי' כו' [ועיין בסי' קי"ב סעיף א' בכתב לו מקצת אחריות כו']: וכן מן מש"כ המהרי"ק שם דאפשר שיפרע הערב גוף החוב לא אסיק אדעתי' כו'. משמע כמש"כ מתחלה דאף בדיבר בפיו שישלם לו את ההפסד שיהיה לו דג"כ אינו דומה כלל למוציא הוצאות כיון דאין זה עיקר העסק וזהו חשש רחוק ע"כ לא שייך לומר בזה דה"ל לאתנויי כו'. ואפשר לכוין דברי האו"ת דסי' צ"ג הנ"ל שנתכוין כעין דברי המהרי"ק הנ"ל. אך המהרי"ק ביאר זה ביתר ביאור דעל ענין הפסד שיכול להיות לא שייך לומר דה"ל לאתנויי כו'. [ובעיקר דברי המהרי"ק שכתב הטעם דמוציא הוצאות נאמן משום דאמרינן ה"ל לאתנויי שלא יתן רק בעדים ומדלא התנה אמרינן דהימני' וכעין סברת הש"ך בסי' צ"א ס"ק כ"ג. יש לדון דזה אינו רק לפמש"כ בחידושי לסי' צ"א סעיף ג' דלשיטת הר"ן וסייעתו נלמד הך דין דמוציא הוצאות מן דין חנוני ולכן כמו דבחנוני אמרו בב"מ (דף ג') הטעם דאת האמנתי' כו' ה"ה במוציא הוצאות. אבל לפמש"כ שם דלשיטת הרמב"ם נלמד הך דין דמוציא הוצאות ברשות מן בעל שהוציא על נכסי אשתו כמו שהארכתי שם. א"כ הא בבעל שהוציא על נכסי אשתו לא שייך ה"ט דה"ל לאתנויי כו' ובפרט בבעל בנכסי אשתו קטנה כו'. ומוכח דלאו משום דה"ל לאתנויי אתו עלה ויש להאריך בזה]. ועיקר דברי המהרי"ק הנ"ל נעלם מן האחרונים בקושייתם דאמאי אין השותף נשבע ונוטל על טענת הפסד דמ"ש מן מוציא הוצאות. ולפי מה שנתבאר חזינן דהמהרי"ק הקדימם להקשות כן על הפסד של הערב דאמאי לא יהיה נאמן כמו כל מוציא הוצאות:

ענף ו:

והנה לפמש"כ להסביר דברי המהרי"ק בחילוקו שכתב לחלק בין מוציא הוצאות להך דהערב הנה בכל האופנים שכתבתי לעיל אתי שפיר הא דכתב הרמב"ם והש"ע דאין השותף נאמן לישבע וליטול. דהא הרמב"ם ס"ל דע"פ דין השותף משלם מביתו ההפסד

משום אומדנא אף דלא פירש בפירוש. וכן לפמש"כ הב"ח והובא בש"ך סי' קע"ו ס"ק י"ג דאם ההפסד הוא מכח משא ומתן לכ"ע משלם מביתו. וכן לפמש"כ האו"ת לפרש דהריוח שנטל לכ"ע משתעבד להקרן וכ"כ הנתיבות בסי' קע"ו ס"ק י"א. דכ"ז הוא מצד אומדנא וכמש"כ הב"ח בסי' קע"ו. א"כ לפמש"כ לעיל לפרש דברי המהרי"ק דלכן לא שייך התם גבי הערב לומר דה"ל לאתנויי כו' משום שלא היה רק ע"י אומדנא לעיקר החיוב לשלם להערב ההפסד. א"כ ה"ה הכא גבי הפסד של השותף כיון דעיקר החיוב הוא משום אומדנא ע"כ לא שייך לומר דה"ל לאתנויי כו'. וכש"כ לפמש"כ מתחלה לפרש דברי המהרי"ק דכוונתו אף בפירש בפירוש לשלם ההפסד שיהיה להערב דג"כ אין הערב נאמן כדין מוציא הוצאות. וכן הוא העיקר בדברי המהרי"ק כמש"כ לעיל. א"כ ה"ה בשותף אף אם דיבר בפירוש לשלם ההפסד שיהיה ג"כ אין נאמן משום דלא שייך לומר בזה ה"ל לאתנויי שלא ישא ויתן אלא בעדים. משום דגם בזה שייך לומר דלא אסיק אדעתי' אז בעת התחלת השותפות שיהיה הפסד כלל וע"כ לא חשש כ"כ לאתנויי כו' כיון דעיקר מחשבתם הוא רק על הריוח וכמש"כ האו"ת רק שקיצר בזה. משא"כ במוציא הוצאות כיון דע"כ יהיה איזה הוצאה הן רב הן מעט עכ"פ בוודאי כי זהו עיקר עסקו עם המוציא הוצאות א"כ ה"ל לאתנויי שלא יוציא אלא בעדים כמה שיהיה ומדלא התנה א"כ חזינן דהימני' ואתי שפיר דברי הרמב"ם והש"ע ע"פ דברי המהרי"ק:

והנה לעיל כתבתי דיש לדון דאם ידוע דהיה פסידא רק אינו ידוע כמה היה ההפסד דכה"ג נאמן השותף לומר דהיה הפסד סך כך וכך. ובאמת לפי דברי הסמ"ע בסי' קל"א ס"ק י"א כפי שכתבתי לבאר דברי הסמ"ע. מוכח דגם בענין הפסד של הערב ג"כ נאמן הערב כמה הוציא היכא דיש דררא דממונא כנ"ל. ואף היכא דלא התנו בפירוש על ההפסד אלא דעיקר החיוב הוא משום אומדנא וה"ל מה"ט כהתנה. אפ"ה יש לו דין מוציא ברשות דנאמן בשבועה כיון דעיקר החיוב הוא מפאת אומדן דעתו דהסכים לשלם ההפסד. א"כ לפ"ז ה"ה בשותף אף אם לא התנו בפירוש לשלם ההפסד דמ"מ כיון דאמדינן לדעתו דנשתעבד לשלם ההפסד מביתו וציוהו לישא וליתן ה"ל ככל יורד ברשות דנאמן בשבועה. אכן לפמש"כ דבאמת אין דין הערב כדין מוציא הוצאות וכמש"כ ביאור הגר"א זצ"ל שם. וכמו שכתב המהרי"ק לבאר זה היטב א"כ כמו דהתם גבי הפסד של הערב אינו נאמן ע"פ דין מוציא הוצאות אף אם הספק הוא בכמה הוציא וה"ה הכא גבי הפסד השותפות אינו נאמן כלל אף אם יש לנו דררא דממונא. וכן במש"כ לעיל דלשיטת הר"נ דנלמד כל מוציא ברשות מן חנוני דלפ"ז י"ל דבכל גווני נאמן השותף לומר כמה היה ההפסד. אבל לפמש"כ בשם המהרי"ק א"כ גם לשיטת הר"נ אינו נאמן

משום דשאני מוציא הוצאות דה"ל לאתנויי כו' משא"כ בשותף גבי ענין חשש הפסד דלא ה"ל לאתנויי ולחוש כ"כ לזה ע"כ אינו דומה לכ"ע למוציא הוצאות ושפיר סתמו הפוסקים בזה דבכל גווני אינו נאמן ואף היכא דידוע דהיה הפסד אך אינו ידוע כמה היה ההפסד ג"כ אינו נאמן להוציא בשבועה:

ועוד יש לחלק דשאני מוציא ברשות דעוסק לטובת משלחו ע"כ אינו סברא דלא יהיה נאמן משא"כ שותף העוסק לצורך שותפות דעוסק ג"כ לטובת עצמו ומשום הכי לא מקרי עבד ואינו חוזר כמש"כ הסמ"ע בסי' קע"ו ס"ק נ"ח. ע"כ לא דיינינן בשותף להתקנה דמוציא ברשות. וכה"ג כתב האו"ת בסי' קל"א ס"ק ו' לחלק כעין סברא זו בין שותף לערב ע"ש:

ונראה לענ"ד דהרמב"ם וש"פ דכתבו דאין השותף נאמן כדין יורד ברשות ומחלקים ביניהם ככל החילוקים שנתבארו. דהוכיחו כן מהא דב"ב (דף מ"ב ע"ב) דאמר שמואל שותף כיורד ברשות דמי ושקלו וטרו בכוונתו ומוקי דכוונתו דנוטל בשדה שאינו עשוי ליטע כו' וזהו הוצאה שיעור שבח כמש"כ הנ"י שם. וקשה הא יש לפרש דכוונת שמואל הוא למאי דאמר שמואל בעצמו בכתובות (דף צ"ג) דשנים שהטילו לכיס זה מנה וזה ר' השכר לאמצע. ושיטת הרמב"ם וש"פ הוא דאף להפסד ג"כ הוא לאמצע אף לשלם מביתו ומאי דנקט שמואל השכר הוא לאו דוקא דה"ה להפסד א"כ לפ"ז יש לפרש דמה דאמר שמואל שותף כיורד ברשות היינו דאם השותף תובע בטענת הפסד דנאמן כמו היורד ברשות דנאמן לתבוע ההוצאה בשבועה. ומדלא מוקמינן כן מזה הוכיחו הראשונים דשותף אינו נאמן משום דמוכח מזה דיש לחלק בין שותף למוציא הוצאות:

ולכאורה יש להעיר במה דכתבו דשותף אינו נאמן לומר שהיה הפסד דהא מצינו בב"מ (דף נ"ח) דנשבעים ליטול שכרן לומר דנאנסו וכמבואר כן בסי' ש"ג ש"ך ס"ק ה'. ואף דנאנסו לא שכיח כמש"כ התוס' בב"ב (דף ע') ואפ"ה נאמן לומר נאנסו ולהוציא שכרו אף דהתם ה"ל כאיני יודע אם נתחייבתי כמש"כ בחידושי לסי' צ"א סעיף א'. א"כ אמאי אינו נאמן השותף לומר פסיד עיסקא והא התם בטענת נאנסו דלא שכיח ג"כ שייך לומר דלא אסיק אדעתיה שיארע אונס וכמש"כ המהרי"ק גבי הפסד דערב דמשום דלא אסיק אדעתיה כו'. וכמש"כ האו"ת הכא דלכן אינו נאמן השותף כמו במוציא הוצאות משום דלא אסיק אדעתיה שיהיה הפסד כו'. והא הפסד בעיסקא שכיח יותר מן נאנסו בשומרים. דהא ענין הפסד עיסקא יכול להיות מן יוקרא וזולא דשכיח כמבואר בח"מ סי' רכ"ז סעי' ט' דדרך השערים להשתנות תמיד. וכמו דאמרו בב"מ (דף ס"ד) כיון דמקבל עליו זולא קרוב לזה ולזה הוא וכ"כ הוא בב"מ (דף ע') דסתם עיסקא מקרי קרוב לזה

ולזה. וכמבואר בכתובות (דף נ"ו) דמה"ט מקרי אין דמיהן קצובין משום דמוקרי ומוזלי וכן יכול להיות הפסד בהעסק משום שמוכרין בהקפה ואשראי ספק אתי כו'. וכהנה רבות. וגם חשש נאנסו יכול להיות בעסק שותפות ג"כ לשיטת הסוברים דאף באונס שלא מכח מו"מ חייב השותף לשלם מביתו. א"כ זה ברור דנאנסו הוא לא שכיח ביותר מן טענת הפסד בעסק. ואפ"ה חזינן דנאמן לתבוע שכרו בש"ש שטוען נאנסו וזהו מצד תקנה וכמש"כ לעיל בחי' שם. א"כ הא התם ה"ל ספק אם מגיע לו כלל חוב שכירות וגם הא גם התם שייך לומר דלא אסיק אדעתי' ואפ"ה נאמן א"כ הכא בשותף ג"כ יהיה נאמן לתבוע חלק ההפסד שישלם מביתו:

ענף ז:

והנה בש"ש שטוען נאנסו י"ל דנאמן משום חזקה שליח עושה שליחותו וכמש"כ הבעה"ת והובא בסי' צ"א ש"ך ס"ק י"ב גבי חנוני. וע"כ י"ל דה"ה גבי ש"ש לכן נאמן משום דשייך ביה ג"כ חזקה שליח כו' דהא נשתעבד מן הדין להיות יושב ומשמר ושייך ביה ג"כ חזקת כשרות דמסתמא טרח כהוגן. ואף לשיטת הרמ"ה והר"נ דס"ל דלאו משום חזקה שליח כו' אתו עלה דחנוני. מ"מ י"ל דדוקא גבי חנוני דהבטיח ליתן עבורו מנה. בזה ס"ל דלא שייך התם החזקה שליח כו' די"ל דילמא חזר בו מלהלוות לו סך זה ובפרט בנתינה מרובה דאף מחוסר אמנה לא הוי וגם י"ל דאימור נודע לו דהבעה"ב אינו בטוח וכעין מש"כ הנתיבות בסי' קפ"ג ס"ק ה' כיוצא בזה. אבל בשומר דמחוייב הוא לטרוח ולשמור ואינו יכול לחזור בו מן הדין ואף היכא דפטרתו התורה מתשלומין מ"מ מחוייב הוא להיות שומר כדינו וע"כ שייך ביה החזקה שליח כו' ונאמן מה"ת לתבוע שכרו. והנה הך חזקה שליח כו' שייך ג"כ בשותף שהתחייב א"ע לטרוח בהעסק ואינו יכול לחזור כמבואר בסי' קע"ו ע"כ גם בדידי' שייך הך חזקה שליח כו' ובוודאי טרח ועשה הכל כהוגן. א"כ תקשה דמפני מה ישתנה הדין גבי שותף דכתבו דאינו נאמן לתבוע הפסידו דמ"ש זה מן ש"ש דנאמן לומר נאנסו ולתבוע שכרו אף דאין החפץ לפנינו א"כ ה"ה הכא יהיה נאמן לומר שהוציא ע"פ סך זה אף דאין החפץ לפנינו:

והנראה לי לחלק ביניהם והוא דשאני בשומר דבמה דנסתפקנו אם שמר כהוגן או לא דבזה שייך שפיר הך חזקה שליח כו' לברר את הענין הספק שנסתפקנו דבוודאי שמר כהוגן כמצווה בזה ע"פ דין וקיים כל מה שקיבל עליו לשמור כהוגן את החפץ שקיבל לידו ולכן נאמן. אבל הכא בשותף דטוען דפסיד עיסקא לפי דטוען דקנה איזה סחורה במקח כפי דבריו ולבסוף הוזל ומחמת זה נעשה ההפסד או שאומר שמכר באשראי ולבסוף לא שילם לו וכה"ג הרבה גווני דמשכחת ליה בהפסד ע"י משא ומתן. או שאומר

שקנה סחורה באיזה מקום ובדרך הילוכו נאנס ממנו ע"י שודדים או נשרפו. ועיין בב"ח סי' קע"ו. דבכל הנך גווני וכהנה לא מהני הך חזקה לברר את הענין שהוא כדבריו דהא אף דנימא ביה החזקה דעשה שליחותו לפי דשותפין הם כשלוחים זה לזה. מ"מ הא יש עדיין להסתפק דילמא באמת לא קנה כלל את החפץ שאומר שקנה לעסק השותפות דשמא באמת לא הוטב בעיניו לקנות אותו הסחורה מחמת איזה טעם. או אם היה טענת הפסד מחמת איזה הקפה י"ל דאף אם היה לו רשות ליתן בהקפה מ"מ שמא לא רצה להקיפו באמת לפי טובת העסק ע"פ ראות עיניו. וכן בטענת שקנה איזה מין סחורה באיזה עיר ובדרך הילוכו נאנס ממנו גם בזה י"ל דילמא באמת לא נתרצה מעולם לקנות אותו הסחורה. וכה"ג בשארי ענינים בכל הנך אין החזקה שליח כו' מבררת לנו את הספק שמסופקים אנחנו דיכול להיות להיפך מחמת החזקה שליח כו' לא קנה או שלא נתן באשראי את הסחורה ובכה"ג משכחת כן בכמה גווני כידוע. ע"כ פסקו דאין השותף נאמן לומר על איזה הפסד משום דאין החזקה מבררת לנו בכ"ז. וה"ל ברי בלא סיוע מן החזקה שליח כו' ודומה למש"כ הבעה"ת והובא בש"ך סי' צ"א ס"ק י"ב וס"ק כ"ב דבמוציא הוצאות לא שייך חזקה שליח כו'. וזהו הכל מן ה"ט שכתבתי לפי דגם במוציא הוצאות י"ל שמא לא הוציא סך כפי שאומר לפנינו משום דבאמת לא היה צריך לסך ההוצאות כפי שאומר. וע"כ לא שייך במוציא הוצאות החזקה שליח כו'. והא דנאמן מוציא הוצאות היינו בע"כ מהטעם שכתב המהרי"ק דה"ל לאתנויי כו' כנ"ל ומטעם זה הימנוהו חז"ל. א"כ הכא בשותף דלא שייך לומר דה"ל לאתנויי כו' והימני' כמו במוציא הוצאות. משום סברת המהרי"ק והאו"ת די"ל דלא אסיק אדעתי' שיהיה הפסד כנ"ל. ע"כ אינו נאמן כיון דלא שייך ביה החזקה שליח כו':

ולפ"ז יש לדון דאם ידוע בעדים שקנה את הסחורה בסך כך כפי שאומר לפנינו. וטוען דנפלו עליו אנסים ושדדוהו וכה"ג אונס אחר בזה י"ל דנאמן לתבוע הפסידו מחבירו שישלם מביתו חלקו בהפסד הממון שהוציא ע"פ ציווייו. כמו ש"ש שנאמן לתבוע שכר טרחתו אף שאין החפץ לפנינו משום חזקה שליח כו'. ונאמן לומר שלא עיכב את החפץ ת"י ושלא פשע אלא עשה הכל כהוגן כפי שקיבל עליו. ה"ה הכא נאמן לומר שלא עיכב הסחורה לעצמו ושלא פשע בשמירתו ונאנס ממנו כי גם בזה שייך החזקה שליח כו' לברר את הספק שנולד לנו אם שמר כהוגן ולא עיכבו ת"י ונאמן בשבועה להוציא את חלקו בהפסד כפי הסך שהוציא ע"פ לעסק השותפות. דאין לחלק בין ש"ש שתובע שכר טרחתו שקצבו באופן שישמור כראוי להא דשותף שהוציא ממון ע"פ והתחייב לשלם ההפסד באם שיקרה איזה פסידא. אך כ"ז אינו שייך אלא אם היה נצרך הסחורה

שקנה שיהיה ת"י מונח עד הזמן שיגיע למכור לטובת העסק ובתוך כך טוען שאירע איזה אונס. אבל היכא שהיה רשות בידו למכור הסחורה מיד כפי ראות עיניו. הנה בזה שפיר יש עדיין לומר ולהסתפק דילמא מכר בתוך כך את הסחורה ולא היה הסחורה מונח כלל בהחנות א"כ גם בכה"ג אין החזקה שליח כו' מבררת לנו שהוא כדבריו ולכן אין זה דומה לש"ש שנאמן על שכרו. [ועיין בקצה"ח סי' רכ"ד ס"ק ב' ובנתיבות שם וקצרתי מחמת שאין זה שייכות כ"כ לענינינו]. אכן היכא שהיה נצרך להחזיק הסחורה עד זמן פ' ובתוך כך טוען דנאנסו או נשרפו בכה"ג שייך שפיר החזקה שליח כו' לברר הספק שנולד לנו אם האמת כדבריו או שמא פשע ושמא הוא ברשותו משום דאמרינן גם בזה החזקה שליח כו' שעשה בשמירת החפץ והסחורה של שותפות כפי שקיבל עליו לשמור ואם ישבע שלא פשע ואינו ברשותו ועשה כהוגן בעסק השמירה אז נאמן לתבוע חלקו בהפסד כמו הש"ש דנאמן על שכרו. ואין לחלק ביניהם ע"פ איזה סברא. וכללו של דבר דהיכא דידוע דקנה הסחורה והיה מחוייב ע"פ תנאי השותפות שיהיה מונח ת"י עד זמן פרעון ולא יהיה יכול למוכרו בתוך הזמן. דאם טוען נאנסו. א"כ כשנשבע שאינו ברשותו ולא פשע דינו דומה לש"ש שטוען נאנסו דנאמן על שכרו בשבועה משום דהחזקה שליח כו' מבררת לנו את הספק בזה. וכן דומה זה למש"כ הנתיבות בסי' קפ"ז ס"ק ה' שהביא דברי הריטב"א בב"מ דכתב דאם אמר לא' שיקנה איזה סחורה עבורו וטוען שקנה ונאנס ממנו דנשבע ונאמן לתבוע דמיו ע"ש. וזהו הכל מה"ט וכש"כ היכא דידוע דקנה בוודאי את הסחורה שציווהו לקנות:

וידעתי כי יש לחלק בין שותף העוסק ג"כ לטובת עצמו ובין אחר שעוסק רק לטובת משלחו וכמש"כ לעיל. אכן באמת אין לחלק בזה וכמו שנראה מן דברי האחרונים בקושייתם דמ"ש שותף מן מוציא הוצאות דנאמן בשבועה ולא מחלקים בחילוק הנ"ל. וכן הדעת נוטה שלא לחלק כן. ולכן העיקר דאם הוא באופן שנתבאר כנ"ל דנאמן בשבועה ששמרו כהוגן וכמו התם בשלוחים דב"מ (דף נ"ח) הנ"ל דנשבעים ונוטלים. ואף דהתם בב"מ נתמעטו מן דין שומרים אפ"ה צריכים לישבע א"כ ה"ה שותף אף היכא דהוי שמירה בבעלים צריך לישבע משום דאם לא שמר כהוגן אינו בדין שיטול הפסידו. [ועיין בנתיבות סי' רצ"א ס"ק ל"ד. ואכ"מ להאריך בענין הנ"ל]. ועיין ברש"י ב"מ שם ד"ה הכא בנושא שכר כו' ובגמ' שם נהי דשלומי לא משלמי אגרייהו מיהא ליפסיד. אבל אם אינו באופן שנתבאר א"כ לא שייך בזה הך חזקה שליח כו' לומר דשמרו כהוגן ולברר את הספק שנסתפקנו כנ"ל. אז הדין ברור דאין שותף נאמן לתבוע את ההפסד אף

אם ידענו שהיה הפסד אך דמסופקים אנחנו כמה היה ההפסד ג"כ אינו נאמן להוציא משום דאינו דומה למוציא הוצאות כמו שנתבאר ב"ה:

סימן צד

א (סעיף א'):
ויש מי שכתב דאם בא לו שבועה ע"י הפוכו כו' אין מגלגלין עליו. והוא בתה"ד סי' שכ"ז והובא בש"ך ס"ק ב' בקצרה וכ"כ הש"ך בשם הריטב"א בפ"ק דקדושין שכתב ג"כ כדברי התה"ד דבשבועה ע"י היפוך אין מגלגלין עליו. והש"ך הניח בצ"ע לדינא. אכן ראיתי בהרדב"ז ח"א סי' תכ"ו שהביא לדברי התה"ד והכריע כן לדינא ע"ש. ועיקר טעמם הוא דאף לשיטת הר"י דהובא בשבועות (דף מ"ט) בתוס' שם ד"ה לכל מגלגלין כו' דדוקא נקט שכיר כו'. דה"ה בשבועת ע"י היפוך כיון דע"פ דין הא קיי"ל דשד"א לא מפכינן משום דאומרים לו השבע או תשלם א"כ הא דמפכינן בדרבנן אין זה מן הדין ע"כ אין לגלגל עליו כו' ע"ש בתה"ד. וכיון דהרדב"ז הכריע ג"כ לדינא כהתה"ד ע"כ נראה לפסוק כן להלכה וכדברי התה"ד והריטב"א דאין מגלגלין בשבועה הבאה ע"י היפוך:
אך יש לומר דדוקא היכא דהנתבע טוען ברי ואעפ"כ אינו רוצה לישבע בעצמו ורוצה להפך השבועה על התובע בזה שפיר י"ל דאין מגלגלין על שבועת התובע הבא ע"י היפוך משום דעיקר היפוך שבועה בכה"ג אינו מן הדין משום דע"פ דין מחוייב לישבע בעצמו ולא להפך דהא באמת בדאורייתא לא מפכינן כמש"כ התה"ד. אבל היכא דהנתבע טוען ואומר דלכן איני נשבע לפי שלבי נוקפי ע"ז ולא אוכל לישבע בבירור וכפי מה שכתב האו"ת לקמן ס"ק ח' דלכן מהפכין ג"ש בדאורייתא משום דיכול לומר לבי נוקפי והנני מסופק כו' בשלמא בשד"א עצמה אם הוא מסופק א"כ ישלם כדין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בשד"א אבל בג"ש דאורייתא דכיון דלא אמרינן בג"ש מתוך שאינו יכול להשבע משלם ע"כ אינו מחוייב לשלם באומר איני יודע על הגלגול ומה"ט יכול להפך שבועת הג"ש על חבירו ועפ"ז תירץ שם לקושיות הש"ך על המחבר שם ע"ש. ובחידושי לקמן סי' צ"ד סעי' ח' ש"ך ס"ק י"ב כתבתי להסביר דברי האו"ת הלז ביתר ביאור דלא אמרינן דישבע שאינו יודע ויפטר משום דיכול לומר דע"י שבועתי שאינני יודע לא יהיה עדיין בירור הענין על נכון דאכתי יהיה עליו חיוב לצאת ידי שמים כמבואר בסי' ע"ה סעי' ט' ע"כ יכול לומר דישבע התובע שיודע בברי שחייב אני לו ואשלם ומה"ט פסק המחבר לקמן סעי' ח' דיכול להפך ג"ש דאורייתא כמו שהארכתי בחידושי שם. וחזינן דבכה"ג הדין הוא דמהפך אף בג"ש דאורייתא כיון דלא דיינינן מתוך שאינו יכול

להשבע משלם בג"ש. א"כ ה"ה בשבועת היסת דאם אומר איני יודע דלא אמרינן בדרבנן מתוך שאינו יכול להשבע משלם ע"כ מן הדין יכול להפך על התובע שישבע לברר הענין על בוריו וכיון דמן הדין הוא דיכול להפך ע"כ ממילא יכול לגלגל עליו דלא שייך בזה סברת התה"ד דכתב דהיפוך שבועה הוא שלא ע"פ דין דהא בדאורייתא לא מפכינן. דבאמת בכה"ג אף בדאורייתא מפכינן כמו דנתבאר דגם בג"ש דאורייתא מהפכינן:

וזה אינו רק באם הכחשתם הוא בההלואה אבל אם הכחשתם הוא בהפרעון א"כ אף שיאמר לבי נוקפי ומסופק אני בהפרעון ג"כ שייך בזה סברת התה"ד דהיפוך שבועה הוא שלא מן הדין כיון דבדאורייתא לא מפכינן דהדין הוא שישבע או ישלם דאינו יכול לטעון דמסופק אני בהפרעון דא"כ הדין הוא שישלם כמו כל איני יודע אם פרעתי וכיון דעיקר הפטור שלו הוא רק ע"פ טענתו דאומר ברי לי על הפרעון ע"כ שייך שפיר לומר דהיפוך שבועה הוא שלא ע"פ דין דאו ישבע או ישלם ולכן בכה"ג שפיר יש לדון כמש"כ התה"ד והריטב"א והרדב"ז דאינו יכול לגלגל כיון דהיפוך הוא שלא ע"פ דין. ומה שהקשה הט"ז דא"כ בשבועת היסת ג"כ לא יגלגלו דהא חיוב ש"ה הוא מדרבנן. י"ל דס"ל להתה"ד והרדב"ז לחלק דשאני ש"ה דיש טעם לזה משום הא דשבועות (דף מ') דחזקה א"א תובע כו' מסייע להתובע א"כ ה"ל כעין רגלים לדבר שחייב לו ולכן מקרי ש"ה חיוב ע"פ דין כיון דיש סברא מעליא שתקנו כן. וכעין זה מוכרח לומר בדברי הר"י בתוס' שבועות (דף מ"ט) דלכן אין מגלגלין על שבועת שכיר משום דהשבועה הוא שלא ע"פ דין דהיה להשכיר ליטול בלא שבועה כו'. ואף דמה דאמרו דשכיר נוטל משום דבעה"ב טרוד בפועליו זה גופא הוא רק משום תקנתא דחז"ל ועיין בסי' פ"ז ש"ך ס"ק כ"ה ובשבועות (דף מ"ו). מ"מ כיון דראו חז"ל לומר הסברא דבעה"ב טרוד בפועליו מקרי זה ע"פ דין. וה"ה בנ"ד משא"כ בהיפוך שבועה דאומרים לו אם האמת כדבריך דתשבע וזהו קצת נגד הסברא מה שאינו רוצה לישבע על האמת ע"כ זה מקרי שלא ע"פ דין ואין מגלגלים עליו. והא עיקר ג"ש ילפינן מסוטה ושם ריע טענת האשה ע"י קנוי וסתירה וה"ה בכל חיוב שד"א ועיין בב"מ (דף ד' ע"א) תוס' ד"ה הצד השוה כו' דכשמודה מקצת או עד מכחישו נראה דמשקר כו'. וכן י"ל בשבועת שומרים דרגלים לדבר דהוא ברשותו כמש"כ הסמ"ע בסי' רצ"ד ס"ק ג'. וכיון דיש בכל הני רגלים לדבר דמשקר הנתבע בטענתו ע"כ גזרה התורה לגלגל עליו שארי מילי די"ל כמו דנראה למשקר בעיקר טענתו כ"כ בהגלגול. וה"ט שייך ג"כ בש"ה לאחר דתקנו שבועת היסת משום חזקה א"א תובע כו' א"כ גם בזה י"ל דנראה כמשקר כו'. אבל בהפוך שבועה אדרבה מצד הסברא נראה דהנתבע משקר דאל"כ למה לא ישבע על האמת לפי דבריו ע"כ אף דחז"ל תקנו שיכול להפך על התובע

מצד להפיס דעת הנתבע וכיוצא בזה מ"מ כיון דאין לומר בזה דהתובע משקר ע"כ לא מצינו כה"ג ג"ש וזה דומה לשבועת שכיר דאין מגלגלין עליו מה"ט. ויש להעמיס דברינו בדברי הפוסקים דכתבו דאין מגלגלין על ההיפוך שבועה:

היוצא לנו מזה דהיכא דהנתבע טוען ברי לי ממש רק דאינו רוצה לישבע אף על האמת או באם הכחשתם הוא בהפרעון אז אף בטוען לבי נוקפי ומסופק אני ואיני יכול לישבע בבירור בזה הדין נותן דאינו יכול לגלגל על השבועה שמהפך להתובע וכמש"כ התה"ד והריטב"א והרדב"ז כיון דעיקר היפוך שבועה הוא שלא ע"פ דין כנ"ל. אבל היכא דהכחשתם הוא בההלואה וטוען כי לבי נוקפי ומסופק אני כו'. בזה הדין נותן דיכול לגלגל על שבועת היפוך כדמצינו בג"ש דאורייתא כנ"ל. א"כ ההיפוך בכה"ג הוא מן הדין וגם הא בכה"ג לא נראה טענת הנתבע כמשקר דהא נותן אמתלא נכונה לדבריו דמה דאינו נשבע הוא לפי שאינו יודע על בוריו לברר הענין ע"י שבועתו כנ"ל וחבירו דאומר ברי יכול לברר ע"י שבועתו א"כ ישבע על טענתו להוציא ממון וכיון דבזה לא שייך סברת התה"ד שכתב דהיפוך הוא שלא ע"פ דין דבדאורייתא לא מפכינן. דהא בכה"ג מצינו דמהפכינן בג"ש דאורייתא כיון דלא דיינינן בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"כ ה"ה בשבועת היסת ע"י היפוך דיכול לגלגל על התובע:

ב:

בסי' צ"ד נסתפק הקצה"ח בס"ק א' אם מגלגלין שבועת התורה במלוה בשטר וטען הלוה פרעתי ועוד תבע הלוה להמלוה בע"פ ובע"א אם מחוייב המלוה לישבע שד"א על שטרו בתורת גלגול או כיון דכתיב בפי' ולקח בעליו ולא ישלם וילפינן מינה דליכא שבועה דאורייתא בנוטל א"כ ה"ה גם גלגול ליכא מה"ת בזה וכעת צ"ע עכ"ל הקצות החושן:

ענף ח:

ולענ"ד מוכח מן התוס' ב"מ (דף י"ד) ד"ה דינא הוא כו' דהקשה מאי נפ"מ דראובן המוכר יהיה בע"ד דידיה ותירצו דנפ"מ אם יש לראובן עליו שבועת התורה יגלגל עליו שלא פרע כו' עכ"ל. אלמא דס"ל להתוס' דאף בנוטלין מגלגלין בשד"א. משום דעיקר קושיות התוס' בכתובות (דף צ"ב ע"ב) דמאי נפ"מ הוא אי משום דיטעון טענת אשתבע לי הא בל"ז צריך שבועה כדין טורף ממשעבדי. וע"כ מוכח דס"ל להתוס' בב"מ דמגלגלין אף בנוטלין שד"א. וזהו שסיימו התוס' בב"מ שם אבל לשמעון לא ישבע אלא שבועה דרבנן כו' ויש חומר בשד"א יותר משבועה דרבנן עכ"ל. וכ"כ הרשב"א בחידושיו לכתובות (דף צ"ב) שם וז"ל ורש"י ז"ל כתב דנפ"מ דא"ל אישתבע לי. וא"י מהו הא אין נפרעין ממשעבדי אלא בשבועה וסיים לתרץ בשם אחרים דפירשו דנ"מ לענין גלגול כו'. עכ"ל

הרשב"א. ואפשר לומר דכוונת הרשב"א הוא לענין מה דמבואר בח"מ סי' ע"א סעיף ה' ש"ך ס"ק י"ד דיש פוסקים דס"ל דפטור סתם לא מהני לפטור ע"י גלגול ע"ש. ומיירי התם בפטרו ונתן לו נאמנות אף נגד ב"כ. ועיין בסי' ע"א ש"ך ס"ק מ"ב. אך קשה לומר כן בכוונת הרשב"א הנ"ל. והעיקר כנ"ל דס"ל דמגלגלין שד"א בנוטלין ג"כ. וכן כתב השמ"ק לכתובות (דף צ"ב) בשם הרמב"ן שכתב ג"כ נפ"מ לענין גלגול כנ"ל. אלמא דס"ל לכולהו פוסקים ראשונים הנ"ל דאף בנשבע ונוטל ג"כ מגלגלין על שד"א ודינו כמו דאורייתא. ומצאתי בקצה"ח סי' רכ"ו שהעיר ג"כ מדברי התוס' דב"מ הנ"ל ודחה דמיירי בתר פרעון ע"ש. אך זה דוחק להעמיס כן בכוונת הגמ' שם דהא מיירי שם בטורף מן לקוחות. ומסתמא מיירי באין להמוכר אף מטלטלי דאל"כ הא קיי"ל לדינא דאמרינן אף במטלטלי הנחתי לך מקום לגבות ממנו. וכמו דהעלה האו"ת בסי' קי"א ס"ק ג' ודלא כהמהרש"א לב"ק (דף ק"ט). ואי דנימא דמיירי בטרף כבר מן הלוקח. ג"כ אין לומר כן דהא אמרו בלשון הגמ' שם דמפקת מיניה עלי דידי הדר דמשמע דמיירי דלא טרף עדיין מהלוקח וזה לשון להבא. וגם הא בב"ק (דף ח') אמרו אי מפקת מיניה דלשון זה משמע וודאי להבא. ועיין ברכות (דף ל"ח) דהמוציא דמפיק משמע ולהבא ע"ש. ועיין פסחים (דף קט"ז) וקצרתי כי אכמ"ל בכ"ז. וע"כ שפיר מוכח מתוס' וראשונים הנ"ל ספיקו של הקצה"ח. ויפה כתב הנתיבות כאן ג"כ לפשוט ספיקו של הקצה"ח הנ"ל מהתוס' דב"מ הנ"ל:

אך עדיין יש לדחות הוכחה זו ע"פ משכ"כ המ"מ בפ' כ"ג ה' מלוה והובא בח"מ סי' נ"ד ש"כ ס"ק ד' דאם טען שהשטר אצל המלוה ועתה הניחו בכיסו ישבע המלוה היסת. ואע"פ שאין ניירו של שטר שוה פרוטה מ"מ מחמת הראיה שבו יתן לו הלוה יותר מפרוטה כו' עכ"ל המ"מ. אלמא דתביעת גוף השטר ראיה מהמלוה מקרי ש"פ ונשבעין ע"ז. ע"כ י"ל דכוונת התוס' וראשונים הנ"ל דאף די"ל דס"ל ג"כ דעל נשבעין ונוטלין אין לגלגל שד"א. מ"מ היכא דהמוכר בא לתבוע את המלוה ה הטורף שיחזיר לו מיד גוף השטר משום דהראיה שיש עליו הוא ש"פ כנ"ל. ואף דיטרוף מן הלוקח מ"מ כיון דמפקת מיניה עלי' דידי הדר. או משום דלא ניחא ליה דליהוי תרעומות עליו כדאמרו בגמ' שם בזה. ע"כ מקרי זה השטר ראיה ש"פ לגביה משום סברת המ"מ הנ"ל. דיתן לו הלוה המוכר יותר מפרוטה. וזה מקרי נשבעין ולא משלמין דהא המלוה תופס ת"י גוף הנייר. [ועיין בח"מ סי' ע"ב ש"כ ס"ק נ"ט ובאו"ת ונתיבות שם ואכמ"ל]. ולכן שפיר מגלגל זה הטענה על שד"א להיות דינו כמו שד"א ממש. אבל בנשבע ונוטל שפיר י"ל דס"ל דאינו מגלגל על שד"א מן התורה. ונדחה ראיה זו:

אבל יש לעיין בזה מהא דכתובות (דף פ"ז) דסבר רמב"ח למימר בשבועת פוגמת וע"א דהמה שד"א והקשה ליה רבא והא כל נשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין. ועוד הא אין נשבעין על שעבוד קרקעות. ולפמש"כ דשבועת בעהש"ט על שטרו מקרי נשבע ואינו משלם כנ"ל. א"כ קשה מאי מקשה ליה רבא הא י"ל דכוונת רמב"ח הוא משום דצריך לישבע על גוף השטר שמחזיק ת"י כנ"ל. בשלמא בפוגמת י"ל דלא שייך מודה במקצת בזה דהא כ"ז דחייב לו מקצת יכול להחזיק כל השטר ת"י. אבל בשבועת ע"א שפיר י"ל דנשבע שד"א להכחישו כדי דיהיה יכול להחזיק גוף השטר ת"י. ואפשר דכיון דתנן סתמא א"כ מיירי ג"כ במקום שאין כותבין כתובה. ועיין לעיל (דף ט"ז ודף פ"ט):

ובאמת בלא"ה אינו קשה כלל זה משום דהא כתב הש"ך בסי' נ"ד ס"ק ד' הנ"ל. דהא דכתב המ"מ דמחמת הראיה שבו הוא ש"פ דלא שייך זה רק גבי שבועה דרבנן. משום דבאמת אינו ש"פ ממש דאל"כ הא דקיי"ל אין נשבעין על שטרות משום דאין גופן ממון ה"ל לישבע עליהן משום דש"פ מחמת ראיה שבו כו' עכ"ל. ולפ"ז שפיר כתבתי לדון דמה דמחזיק גוף השטר ת"י זה הוי טענה ש"פ והוי בכלל נשבע ואינו משלם כיון דגוף הנייר הוא ת"י. ואף דאין גופו ממון ואימעט משבועה מ"מ יכול לגלגל על שד"א כמו כל קרקע ושטר דמגלגלין על שד"א כמבואר בסי' צ"ה סעיף ה'. אבל לומר דיהיה חייב שד"א בלא גלגול משום גוף השטר דת"י כדי להכחיש הע"א כמו דסבר רמב"ח למימר. וודאי אין זה סברא משום דהא אין נשבעין על שטרות. וע"כ וודאי ליכא למימר כן בכוונת רמב"ח:

והא דהוי ס"ל לרמב"ח דנשבעין מה"ת אף דהוי שעבוד קרקע כדמקשה ליה רבא י"ל בזה כמש"כ רע"א זצ"ל בתשובה בכתבים סי' קנ"ג דטעמו דס"ל שעבוד קרקע אינו כקרקע לענין שבועה וגם ר"פ ס"ל כן בשבועות (דף ל"ז) יע"ש. ובהא דהוי ס"ל לרמב"ח דחייב שד"א אף דהוי נשבע ונוטל כבר פי' בזה הפני יהושע והפלאה שם היטב ע"ש. ואנכי לעצמי אמרתי בפי' דבר זה משום דמש"כ ההפלאה שם דסבר רמב"ח דשטר העומד לגבות הוי כגבוי. זה דוחק דהא זהו פלוגתת ב"ש וב"ה גבי מתו בעליהן עד שלא שתו בסוטה (דף כ"ה). וב"ש במקום ב"ה אינה משנה. ועיין בש"ך סי' י"ב ס"ק י"ז. וע"כ נלע"ד לומר בכוונת רמב"ח ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ריש ענף ד' בשם התוס' סוטה (דף כ"ה) ד"ה ב"ה סברי כו'. דבשט"ח ברור אף ב"ה מודו דהוי כגבוי ע"ש. ולפ"ז י"ל ה"ה היכא דבשבועה יהיה מהימן לגבות בשטרו אז לאחר שישבע הוי השטר כגבוי אף לב"ה. כיון דאזי יהיה שט"ח ברור להוציא מהנתבע. וע"כ ס"ל לרב"ח דמקרי נשבע ואינו משלם כיון דהא כתיב ולקח בעליו ולא ישלם והאי לא ישלם קאי לאחר שישבע. ואז איגלאי למפרע דהוי כגבוי כיון דמברר בשבועתו דמהימן להוציא. וע"כ

ס"ל לרב"ח דמקרי נשבע ואינו משלם כן י"ל בכוונת רב"ח. [ועיין בנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' ל"ב שכתב מסברא דנפשיה לדון דבשט"ח ברור הוי כגבוי. ולא הביא דברי התוס' סוטה (דף כ"ה) הנ"ל. ותמהני עליו בזה. ובמק"א הארכתי בזה]. אך לפמש"כ התוס' גיטין (דף ל"ז) ד"ה שטר שיש בו כו'. דדוקא בשטר דכתוב בו שעבוד נכסים בזה ס"ל דהוי כגבוי ע"ש. ולפ"ז מוכרח לומר דסברת רב"ח הנ"ל קאי במקום שכותבין כתובה דאל"כ לא שייך ביה לומר דהוי כגבוי. אכן לפמש"כ תוס' בשבועות (דף ל"ז) ד"ה ואין מביאין כו' שפיר י"ל כן בכל גווני וזהו סברת רב"ח. וי"ל בזה ע"פ מש"כ השמ"ק בב"ב (דף ו') ד"ה מי אמרינן דרב"ח סבר דשט"ח כגבוי דמי ובמק"א הארכתי בזה:

ועפמש"כ דגוף השטר שמחזיק ת"י הוא ש"פ כסברת המ"מ הנ"ל. יש ליישב עפ"ז תמיהת הנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' י' שהקשה על מש"כ המחבר בסי' ל"ז סעיף י"א ראובן שיש לו שט"ח על שמעון ונתנו ללוי בכו"מ והיה שמעון א' מעדי השטר ה"ז פסול משום דהוי נוגע דהשני נוח לו כו'. וכ"כ בסי' ס"ו סעיף כ"ב. ותמה הנו"ב הא כתב הש"ך בסי' קכ"ג ס"ק כ"ד דדוקא היכא דבא להוציא אמרו הסברא דזה נוח לו כו'. ולא בבא להחזיק. א"כ הא התם הוי להחזיק ע"ש. אכן לפמש"כ י"ל בקושיות הנו"ב הנ"ל דהוי ג"כ להוציא גוף השטר מן התופסו דגוף הנייר הוא ש"פ מחמת הראיה שבו. ואף שכתב בלשון דרוצה שיפטר מבע"ד. ג"כ י"ל הכוונה דרוצה להפטר ולהוציא שטר ראיה שיש לו עליו כדי שיפטר ממנו לעולם ולא יהיה לו עליו כלל שטר ראיה. ובמק"א הארכתי בזה:

ועוד נלע"ד אדון בראיות התוס' והרמב"ן הנ"ל שכתבו דנפ"מ דיגלגל עליו שד"א משום דהרמב"ן בחי' לב"ב (דף קכ"ד) כתב מילתא חדתא דאביי דס"ל למפרע גובה. י"ל דס"ל דכל מלוה מקרי מוחזק וכמאן דגביא דמיא לגבי ירושת בכור וכה"ג יעו"ש. ולפ"ז אפשר לומר דלאביי הוי כל בע"ח הטורף מקרקעות בשם נשבע ואינו משלם כיון דהוי כגבוי מחמת דלמפרע גובה. [ועיין בב"ק (דף ל"ג) תוס' ד"ה הקדישו ניזק כו'. בשני תירוצים של התוס' שם ולתי' הב' שם דאף מקודם דיגבה אמרינן כן]. ודווקא בגובה ממטלטלי דבזה אף אביי מודה דלא אמרינן למפרע גובה כמש"כ הרמב"ן בפסחים (דף ל"א) במלחמות שם ע"כ מקרי נשבע ונוטל. משא"כ בגובה מקרקעי כיון דהוחזק כבר הקרקע בידו דהוי ספק בפרעון שייך בזה לומר קרקע בחזקת בעלי' והוי מוחזק מה"ט. וגם י"ל דזהו סברת רב"ח בכתובות דהיה ס"ל דשד"א היא משום די"ל דס"ל כסברת אביי דלמפרע גובה. ועיין בקצה"ח סי' רע"ח ס"ק י"ד ובקצה"ח סי' ק"ז ס"ק ב' שהביא שם דברי הרמב"ן הנ"ל:

ולפ"ז יש לדון דהא דכתבו התוס' והרמב"ן בהא דאמר אביי בב"ק (דף ח') וב"מ (דף י"ד) הנ"ל בראובן שמכר שדה ואתי בע"ח וטריף דינא הוא דאזיל ראובן ומשתעי דינא בהדי'

כו' דנפ"מ לענין גלגול שבועה דאורייתא. משום דהא אביי קאמר זה שם. ולאביי י"ל דמקרי נשבע ואינו משלם משום דכמאן דגביא דמיא לדידי' והוי ספק אם יצתה מרשותו ע"י פרעון. וע"כ נדחה ראיה זו די"ל דשא"ה דקאי אליבא דאביי כנ"ל. אך יש לחלק דשאני גבי ירושת בכור וכה"ג. דבזה אף היכא דמונח אצל אחר. מ"מ כיון דגוף החפץ שייך לו מקרי מוחזק וכמש"כ הרמ"א בח"מ סוף סי' רע"ח דבנגנבו לו ספרים מקרי מוחזק. ע"כ י"ל דבזה כתב הרמב"ן אליביה דאביי דכיון דלמפרע גובה מקרי מוחזק גבי בכור. משא"כ גבי נשבע ואינו משלם עדיין י"ל אף לאביי דלמפרע גובה מ"מ לא מקרי נשבע ואינו משלם. ויש להאריך בזה הרבה אך כבר כתבתי סברא אחרת מה שיש לדחות ראיה זו: ז:

(שם סעיף ט') נתחייב החשוד שבועה כו' וטען הלוה ואמר ישבע לי כו'. וכתב הסמ"ע בס"ק כ"ח דקאי על שבועת השבע לי. אכן המל"מ פ"ב ה' טוען ה' ה' כתב לפרש דהך טען הלוה השבע לי קאי על פוגם דבחשוד כיון דלא מצי ובעיקר סברת הקצה"ח שכתב לחלק דשאני נשבע ונוטל דכתיב בפי' ולקח בעליו ולא ישלם. אין זה ברור כ"כ דהא עיקר גלגול שבועה ילפינן מסוטה אף דכתיב התם גבי שבועת הכהן דמשביע להסוטה מבלעדי אישך שקדמה שכיבת בעל. או דכתיב איש למעוטי קטן ואפ"ה מגלגלין שבועה ע"ז. וכמש"כ התוס' בקידושין (דף כ"ז) בד"ה ה"ג אלא לאו ע"י גלגול כו'. אלמא אף דכתיב בפי' גבי שבועת סוטה כל הנ"ל אפ"ה מחייבינן לה לישבע בתורת גלגול אף ע"ז. וה"ה בממונא דילפינן בקו"ח מסוטה כמבואר בקידושין (ד' כ"ח) ובירושלמי סוטה פ"ב ה' ו' אף במה דמיעטה התורה בפי' מ"מ בתורת גלגול מגלגלינן. ע"כ עיקר סברתו אינו ברור כ"כ:

אך לכאורה יש לחלק חילוק אחר דלכן אין לגלגל שבועת נוטלין משום דזה הוי חשש בלהבא דהא עדיין לא נטל ממון חבירו ת"י. רק בשבועת נשבע ולא משלם דכבר נטל ממון חבירו ת"י והוי חשש דלעבר בזה מצינו דהתורה חייבו שבועה אם אמת כדבריו. אבל אפשר בחשש דלהבא דאפשר דיטול להבא ממון חבירו שלא כדין מנלן בזה לגלגל שבועה על שבועה דלעבר. וכש"כ היכא דאין התובע רוצה לתבוע עכשיו בהשטר דמנלן בזה לחייבו שבועה על להבא שיהיה עליו שבועה דאורייתא על להבא דאם ירצה לתבוע ממנו לא יתבע ממנו בשקר. אכן באמת מצינו בסוטה פ"ב (דף י"ח) דר' מאיר ס"ל גבי שבועת סוטה דחייבת לישבע בתורת גלגול אמן שלא אטמא ורבנן פליגי עליו וס"ל דאינה נשבעת על להבא. א"כ לר"מ דאף על להבא מגלגלין והרמב"ם פסק בפ"ד ה' סוטה ה' י"ז כר"מ וכמש"כ שם הכ"מ וכמש"כ המראה הפנים בירושלמי סוטה סוף פ"ב

הלכה ו' שכתב דאף דהרמב"ם בפירושו פסק דאין הלכה כר' מאיר. וכן כתב הרע"ב אלא שבחיבורו חזר בו הרמב"ם ופסק אמן משעבר אמן להבא כדנתנו שם הראב"ד והכ"מ ז"ל טעם דרב אשי בעי אליבי' בגמ' ש"מ דסוגיא כוותי' אתיא עכ"ל. ולכן לפי מאי דקיי"ל כר"מ דאף על להבא מגלגלין. לכן אף בשבועת נוטלין ואף דאינו תובע עכשיו בהשטר מ"מ הדין נותן דמגלגלין על טענת לשעבר. ועפ"ז תרצתי קושיות המל"מ פ"ו ה' אישות ה"ב בהא דקידושין (דף ס"ב) דלר"מ חנקי מבעי ליה. והקשה הא בלעבר לא בעינן משפטי התנאים. אבל לפמש"כ א"ש דהא לר"מ דס"ל דשבועת סוטה הוי בלהבא ג"כ. וגם הא קיי"ל לדינא כן כנ"ל. ע"כ שפיר הקשה הש"ס לר"מ דחנקי מבעי ליה דהא הוי תנאי להבא ובעינן משפטי התנאים ובמק"א הארכתי בזה:

ולפי זה הדין נותן בשבועת השותפות אף בתוך זמן השותפות. אם נתחייב השותף לו שבועה דאורייתא. ומשביעו שד"א בתוך זמן השותפות דיכול לגלגל עליו בשד"א על חשש דלהבא שלא יטול ממונו שלו שלא כדין. ואף דהוי חשש בלהבא מ"מ יכול לגלגל מה"ת כמו דס"ל לר"מ דמגלגל שבועה שלא אטמא על שעבר:

והנה בקידושין (דף כ"ז ע"ב) אמרו אשכחן סוטה דאיסורא ממונא מנלן כו'. והקשה הפנ"י שם הא ממה דמגלגלין שלא נטמאת שומרת יבם וודאי מצינו למילף גלגול שבועה לענין ממון דלמאן דלית לי' דרב המנונא דשומרת יבם שזינתה אסורה ליבמה א"כ עיקר שבועה דשומרת יבם היינו להפסיד כתובתה לחוד כמו שפירש רש"י בסוטה ריש פרק ארוסה. א"כ מדדרשינן אמן אמן לשומרת יבם וכנוסה שפיר שמעינן גלגול שבועה בממון. ותירץ דאכתי מעיקר קרא לא מצינו למילף גלגול שבועה דממון כיון דאיכא לאוקמי לענין ארוסה לחוד עכ"ל הפני יהושע. ולפ"ז מוכח דאף בנשבעין ונוטלין מגלגלין מה"ת דהא באמן שלא נטמאתי כשהיא שומרת יבם עיקר השבועה הוא לענין ממון שתיטול הכתובה. וכמש"כ הפני יהושע לדידן דלא קיי"ל כרב המנונא דאמר דשומרת יבם שזינתה אסורה. א"כ מוכח דמשביעין אף בשבועת נוטל בתורת גלגול מה"ת:

אכן באמת דברי הפנ"י המה תמוהים דהא הגמ' בסוטה (דף י"ח) מקשה על הא דקתני שלא שטיתי שומרת יבם וכנוסה דמוכיח מזה רב המנונא דשומרת יבם שזינתה אסורה דאם לא אסורה היכי מתני בהדא והא תנן זה הכלל כל שאלו תבעל ולא תהיה אסורה לו לא היה מתנה עמה ודחי לי' הגמ' דהא מני ר' עקיבא היא. אלמא דמבואר בפירוש דשבועת שומרת יבם אינה משום ממון רק משום איסור. וכן פסק הרמב"ם ה' סוטה פ' ד' ה' י"ז דאם כנס יבמתו אינו מגלגל עלי' שלא זינתה כשהיתה שומרת יבם אבל מגלגל

עלי' שלא זינתה תחת אחיה ואף שפסק בפ"ב ה' סוטה ה' ב' דשומרת יבם אינה שותה ולא נוטלת כתובה. אפ"ה משום ממון דכתובה אינה נשבעת. משום דבפירוש אמרו במשנה סוטה (דף י"ח) הנ"ל דזה הכלל כל שתבעל ולא היתה אסורה לא היה מתנה עמה. ונעלם כל זה מהפני יהושע. ולפ"ז מוכח מדחזינן דהיכא דאינה אסורה עליו אינה משביעה אף דהוי נפ"מ לענין כתובה דאם זינתה בעודה שומרת יבם אין לה כתובה ואפ"ה אינה נשבעת. דמוכח מזה דעל נשבעין ונוטלין אין מגלגלין אף בתורת גלגול. ובוודאי אין לחלק דשאני התם דהוי גלגול ממון על איסור. דז"א דהא ילפינן בקו"ח בקידושין (דף כ"ז) ממון מאיסור. א"כ כיון דמגלגלין איסור על איסור ה"ה דמגלגלין ממון על איסור. ומדחזינן דאינה נשבעת משום הכתובה בתורת גלגול מוכח דעל נשבעין ונוטלין אין מגלגלין:

ולפ"ז י"ל דבמקום שכותבין כתובה ותובע ממנה גוף הנייר משום דש"פ אצלו מחמת הראי' שבו כמש"כ המ"מ דהובא לעיל דלפ"ז י"ל דזה מקרי נשבע ולא משלם. דלפ"ז יהיה יכול לגלגל על שומרת יבם שלא זינתה בעודה שומרת יבם. כדי שלא תצטרך להחזיר גוף הכתובה. אכן באמת מדלא מצינו כן ומשמע דאף בזה אינו מגלגל עליה וסתמו בזה. ע"כ מוכח מזה דבזה לא שייך גלגול משום דממון על איסור אין מגלגלין. רק באיסור על איסור או ממון על ממון מגלגלין דהוי בדדמי לי'. משא"כ ממון על איסור דלא הוי בדדמי לי' אין מגלגלין ונדחה ראי' זו. גם י"ל בזה לפמש"כ המקנה בקידושין שם (ד' כ"ז) בקושיות הפני יהושע דמאי דקאמר שם אשכחן סוטה דאיסורא כו'. הא סוטה הוי איסורא דאית בי' ממונא. ותירץ המקנה משום דכתובה הוי נשבעת ונוטלת עי"ש. אך י"ל דשא"ה דעיקר השבועה הוי נשבע ונוטל וקצרתי:

לישבע ע"כ אין השבועה מעכב הפרעון אא"כ טען השבע לי ע"ש. ובעיקר דין זה כבר בארתי זה לעיל בחידושיי לסי' פ"ב סעיף ח:

וב"ה מצאתי בירושלמי שבועות פ"ז סוף הלכה א' וז"ל מהו לגלגל שבועת תורה על שבועת תורה נישמעינה מן הדא מגלגלין שבועת תורה על שבועת תורה שבועת תקנה על שבועת תקנה שבועת תורה על שבועת תקנה שבועת תקנה על שבועת תורה תמן זה נשבע ואינו משלם ברם הכא זה נשבע ונוטל וזה נשבע ואינו משלם עכ"ל הירושלמי. וכתב הפ"מ שם הגירסא הוא מהו לגלגל שבועת תורה על שבועת תקנה. וכוונתו הוא דשבועת התורה מקרי מה שנשבע ואינו משלם. ושבועת התקנה מקרי מה שנשבע ונוטל משום דכל נשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין. ואם מגלגל שבועת נשבע ונפטר על שבועת נוטל זה מקרי שבועת התורה על שבועת התקנה וכן להיפך. וזה מוכרח דאל"כ

למה לנו לגלגל על שבועת שד"א. אכן לפמש"כ הש"ך בסי' צ"ד ס"ק ח' דהיכא דטוען בהיתר לקחתי הרבית וכה"ג אף דאיכא חזקה מעלייתא לפוטרו משבועה עכ"ז מגלגול שבועה אינו פטור. וכה"ג כתב השער המשפט דאם יש לו עד מסייע על טענת ג"ש אבל על העיקר אין לו עד מסייע דבזה אין ע"א פוטרו דכיון דצריך שבועה על העיקר ממילא נשבע גם על טענת גלגול ע"ש. ולפ"ז משכחת נפ"מ דאף דמחוייב לישבע שד"א מ"מ מן מה שיגלגל שבועה זו אף בשבועה דרבנן יהיה נפ"מ דלא יפטור ע"פ עד מסייע או משום חזקה כנ"ל דכיון דחייב לישבע ממילא מגלגלין טענת גלגול. אך להעמיס זה בכוונת הירושלמי הנ"ל הוא דוחק כמבואר למעיין. ולכן העיקר כמש"כ לעיל:

וכך הוא הצעת הירושלמי לפי דברי הפ"מ הנ"ל דנסתפקו אם יכול לגלגל שבועת נפטר על שבועת נוטל. וע"ז קא פשט מברייתא דתני מגלגלין שבועת תורה על שבועת תורה שבועת תקנה על שבועת תקנה. וכיון דתנינן כן בברייתא דשייך גלגול אף על שבועה דרבנן כמו בשבועת התורה. א"כ ה"ה דמגלגלין שבועת תורה על שבועת תקנה וכן שבועת תקנה על שבועת תורה. ודחי לי' הירושלמי אח"ז משום דשאני נשבע ואינו משלם דמגלגלין על נשבע ואינו משלם וכן נשבע ונוטל על נשבע ונוטל. דכיון דדמיא להדדי מגלגלין משא"כ הכא זה נשבע ונוטל וזה נשבע ואינו משלם ולא דמיין להדדי. ע"כ י"ל דאין מגלגלין בכה"ג זהו קוטב דברי הירושלמי לפירוש הפ"מ. ולפ"ז מוכח דאין מגלגלין שבועת נפטר על נשבע ונוטל אף מדרבנן לפי מסקנת הירושלמי הנ"ל:

אמנם באמת מבואר ברש"י בשבועות (דף מ"ח) דאיבעיא להו התם מהו לגלגל מדרבנן ומסיק דמגלגלין בדרבנן. ופי' רש"י שם ד"ה מהו לגלגל כו' שבועת האריסין שחלקו על שבועה דרבנן כגון היסת או של נשבעין ונוטלים כו'. אלמא דאף על שבועת נוטלין ג"כ מגלגלין שבועה בנשבע ונפטר. וכן מצינו באה"ע סי' צ"ז דחד דעה ס"ל דהא דצריכה לישבע שבועת חנוונית זהו מצד גלגול שבועה על מה דנשבעת ליטול כתובתה. אלמא דמצינו דכתבו הפוסקים לדינא דגם שבועת נפטר מגלגלין על שבועת נוטל וקשה איך סתמו בפשיטות לפסוק להיפך מן המבואר בפי' בירושלמי דאין מגלגלין:

ובהא דמבואר בירושלמי הלז דשבועת נוטלין על שבועת נוטלין מגלגל. אינו קשה מזה על שיטת ריצב"א בשבועות (דף מ"ט) והובא בתוס' ד"ה לכל מגלגלין כו'. דכתב דעל כל נוטלין אין לגלגל. משום די"ל דס"ל דכיון דאמרו בש"ס דילן לכל מגלגל חוץ משכיר א"כ ה"ה כל נוטלין בכלל דלא ס"ל לחלק בין שכיר לשארי מילי. אבל במה שפסקו לדינא דגם נפטר מגלגל על נוטל הא בזה אינו מוכח בש"ס דילן להיפך. אך י"ל דאף דכתבו התוס' בשבועות (דף מ"ט) הנ"ל בשם ר"י דדוקא על שכיר אין מגלגל אבל בשארי

נוטלין מוכח בש"ס דילן דמגלגלין מדלא נקטו רק שכיר. וכמש"כ הש"ך בסי' צ"ד ס"ק ב' דקיי"ל כפי' הר"י הנ"ל דעל כל נוטלין מגלגלין. אבל מנלן דגם נפטרין מגלגלין על נוטלין דלמא כוונת הש"ס דילן דנוטלין על נוטלין מגלגלין. אבל לא נפטרין על נוטלין וכדקאמר בירושלמי בפי' לחלק כנ"ל. במה דהביא שם ברייתא דשבועת תקנה על שבועת תקנה מגלגלין דזהו נוטלין על נוטלין כו'. [ובאמת יש לדון לפי מה דמבואר בירושלמי הנ"ל דתקנה על תקנה מגלגל. דיש להעיר מזה על הא דכתב הרא"ש בפ"ז דשבועות סי' י"ט דס"ל לירושלמי דאין מגלגל בדרבנן. ע"ש שכתב כן לשי' הרי"ף ובאמת הא מבואר בירושלמי דהובא לעיל להיפך. ומצאתי במראה הפנים סוף פ"ז דשבועות ד"ה ר' זירא כהדא דר"י כו' דהעיר מזה ע"ש]. וקשה אמאי כתבו להיפך מהמבואר בירושלמי בפי' דנפטר על נוטל אין מגלגלין:

ח:

(שם סעיף ט' ש"ך ס"ק י"ד):

וע"כ נראה לפרש כוונת הירושלמי דלא כהפ"מ. אלא כן הוא דמתחלה נסתפק הירושלמי אם מגלגל שבועת נפטר על נוטל. וקפשט לי' מברייתא דתנינן מגלגל תורה על תורה ותקנה על תקנה א"כ ה"ה תורה על תקנה כן קפשט לי'. או אפשר דתנינן מפורש בברייתא דתורה על תקנה מגלגלין. ואח"ז איבעי' לי' אם מגלגלין שבועת תקנה על שבועת תורה. דכיון דחזינן דאף שבועות שאינן דומות זו לזו מגלגל ג"כ כמו שבועת תורה על תקנה אף שאינן דומות זו לזו. א"כ אפשר דהוא הדין שבועת תקנה על תורה ג"כ מגלגל. וקפשט לי' מסברא דאין לדמותם אהדדי דתמן זה נשבע ואינו משלם ברם הכא זה נשבע ונוטל וזה נשבע ואינו משלם והכוונה דתמן בשבועת תורה על תקנה אף שאינן דומות להדדי עכ"ז הא נשבע ואינו משלם דזהו עיקר השבועה מה"ת מה שנשבע ואינו משלם כדכתיב ולקח בעליו ולא ישלם. וע"כ כיון דנשבע שבועת נוטלין מדרבנן דאף דליתי' כוותי' בדאורייתא. כש"כ דמגלגל עלי' שבועת נשבע ונפטר דאי' כוותי' בדאורייתא. אבל הכא בשבועת תקנה דליתא כוותי' בדאורייתא דהא כל נשבעין בתורה לא משלמין. וודאי אין מגלגלין על שבועת נשבע ואינו משלם. משום דהא כתוב מפורש בתורה ולקח בעליו ולא ישלם וכעין סברת הקצה"ח הנ"ל. רק שבועת נוטלין על שבועת נוטלין מגלגלין משום דכיון דעיקר שבועה הוא שבועת נוטלין דתקנו רבנן היכא דראו לתקן כן. ע"כ ממילא גוררת עוד שבועה דכוותי' לגלגל כמותה על טענת גלגול דשניהם הוי נוטלים. משא"כ נוטל על נפטר אין לגלגל משום סברת הקצה"ח. ומזה נראה דאף מדרבנן אין לגלגל נוטל על נפטר משום דהא אמרו בב"מ (דף ד') דלא

מתקני רבנן שבועה דליתא כוותה בדאורייתא יע"ש. וע"כ אמרו בירושלמי סתמא דאף מדרבנן אין לגלגל נוטל על נפטר. או אפשר לומר דירושלמי איבעי' לי' בזה הסברא דקאמר תמן זה נשבע ואינו משלם ברם הכא כו' ודחי למאי דקאמר מעיקרא לדמותם להדדי בפשיטות. ויותר נראה לומר בכוונת הירושלמי דקאמר בסוף כן בפשיטות. יהיה איך שיהי' עכ"פ מוכח ומבואר דהירושלמי נסתפק בהך דין של הקצה"ח אם יכול לגלגל שבועת נוטלין על שבועת נפטרין וע"כ הך דין צ"ע. ואם הנוטל תפס קשה להוציא ממנו ולחייבו שד"א. וגם מוכח מן הירושלמי דגם שבועה מדרבנן אין לגלגל להנוטל. בתורת גלגול על שבועת נפטרין:

ועוד יש לדון בכוונת הירושלמי דקא מחלק תמן זה נשבע ואינו משלם ברם הכא זה נשבע ונוטל זה נשבע ואינו משלם. משום די"ל בזה כמש"כ הפ"מ דלכן אין לגלגל שבועת נוטל על נפטר משום דלא דמי להדדי. רק שאני שבועת נפטר דזה מגלגל על נוטל וכמו שהוכחתי לעיל. ודלא כהפ"מ בזה. משום די"ל דבעת דמחוייב התובע לישבע וליטול. אזי גם שבועת נפטר דנשבע התובע על טענה אחרת דתובע ממנו הנתבע. זה מקרי ג"כ נשבע ונוטל. משום דאם לא ישבע על הפטור אזי הוא בחשד שיש ת"י ממון של החייב א"כ יכול החייב לומר דזה התביעה דיש לו עליו יהיה זה לפרעון. וכמש"כ הקצה"ח בסי' כ"ד והנתיבות סי' ע"ה ס"ק ה' דטענת הלוה יש לי בידך עושה זאת לפרעון ואינו בכלל זה גובה וזה גובה. וכמש"כ באה"ע הח"מ סי' צ"ו ס"ק י"ב בשם הר"נ כה"ג יע"ש. וכיון דאינו יכול ע"פ דין ליטול ולהוציא מהחייב אם יש ת"י ממון של החייב. ע"כ גם שבועת נפטר הוי בכלל נשבע ונוטל והכל שבועה חדא היא. ולכן שפיר אמרו באה"ע סי' צ"ז דצריכה לישבע שלא תפסה בעצמה בתורת גלגול על שבועת כתובה וכ"כ שבועת חנוונית. וכן מה שפי' רש"י בשבועות (דף מ"ח) דחייב לישבע שבועת אריסין בגלגול על שבועת נוטלין כנ"ל. משום דאם לא ישבע להפטר אזי לא יהיה נוטל משום דיכול לנכותו ע"פ דין וע"כ הוי הכל שבועה אחת ומקרי הכל בשם שבועת נוטל. אבל שבועת נוטל על נשבע ונפטר אינו יכול לגלגל משום דלא דמיין להדדי. דהא בזה לא שייך סברא הנ"ל. משום דאף דלא ישבע ליטול מ"מ כשנשבע פטור הוא כעת מקודם שנוטל מחבירו. ע"כ אינו מגלגל שבועת נוטל על נשבע ונפטר כן י"ל בכוונת הירושלמי. עכ"פ יהיה איך שיהיה מבואר הוא בפירוש בירושלמי ספיקו של הקצה"ח הנ"ל. ותמהני על הקצה"ח והנתיבות שלא העירו מזה כלל: ולפמש"כ לעיל לחלק בסברא אחריתי דלכן אין לגלגל נשבע ונוטל על נשבע ונפטר משום דזה תלוי בפלוגתת ר"מ ורבנן דספ"ב דסוטה דרבנן ס"ל דסוטה אינה נשבעת שלא תזנה רק על עבר משביעין. ולפ"ז ה"ה שבועת נוטלין

אין להשביע ע"י גלגול משום דהא עדיין לא נטל מחבירו וכעת כ"ז שלא נטל אין זה רק חשש בלהבא. ואף דהשבועה הוא על עבר מ"מ עיקר החשש הוא לנו דלא יעשה איסור גזל להבא כמו התם בסוטה דהחשש הוא על להבא שלא תזנה. ועפ"י סברא פשטיות יש לדמותם להדדי לכאורה. ולכן י"ל דירושלמי דס"ל דאין לגלגל שבועת נוטל על נשבע ונפטר. משום דאזיל בשי' רבנן דפליגי על ר"מ וס"ל דאין מגלגל בסוטה על להבא. ולכן אין מגלגלין שבועת נוטל דזה מקרי שבועה בלהבא כ"ז שלא נטלו. רק שבועת נוטל על שבועת נוטל מגלגלין דכיון דראו חז"ל להשביע בנוטל היכא דראו חז"ל לתקן כן לכן מושכת ממילא לגלגל עליו שבועה דכוותה וכמו כל גלגול דהעיקר מושך דכוותי'. וכ"ז הוא לרבנן. אבל לפי מה דפסק הרמב"ם כר"מ משום דסתמא דש"ס דילן אזיל בתר ר"מ כנ"ל. ע"כ י"ל דמגלגל שבועת נוטל על שבועת נפטר דהא גם להבא משביעין בתורת גלגול בסוטה על עבר. וה"ה בממון דילפינן בקו"ח מסוטה. כן י"ל בזה לכאורה. אכן באמת כיון דמבואר בירושלמי דאין לגלגל בזה. ע"כ הוי זה ספיקא דדינא. והיכא דהתובע הטוען תפס לאחר דנשבע כבר ליפטר ולא רצה לישבע וליטול אז אין מוציאין ממנו וקשה להוציא מהמוחזק בזה. דהא מן הירושלמי הוי סייעתא דאין מגלגלין בזה. ומצאתי בתשובת מהרי"ט ח' ח"מ סי' ק"ה שהעיר ג"כ בשבועת השותפים דלהבא בהא דס"ל לר"מ דסוטה נשבעת שלא אטמא ע"י גלגול ע"ש:

ט:

(שם סעיף י"ב):

אין מגלגלין כו' אבל על טענת ספק של התובע מגלגלין ובלבד שיהיה רגלים לדבר כו'. ועיין בש"ך ס"ק ז'. ויש להקשות מהא דלקמן סי' רצ"ד סעיף ב' בשבועת השומרים דישבע שאינו ברשותו ומגלגלין שלא פשע ושלא שלח בו יד קודם לכן. הרי דמגלגלין אף על טענת ספק של התובע אף היכא דליכא רגלים לדבר. ובאמת התוס' בב"מ (דף ו') ד"ה שבועה שלא שלחתי כו' כתבו מתחלה דשבועה שלא שלחתי הוא מצד ג"ש ולבסוף כתבו בשם הר"ת דאפילו ע"י גלגול לא ישבע על שלא שלח יד משום דאין מגלגלין אלא בדבר הדומה דלמה י"ל ששלח בו יד כו'. א"כ לדינא לפי מאי דפסק המחבר הכא דאין מגלגלין היכא דליכא רגלים לדבר על טענת ספק דתקשה במה דפסק לקמן דישבע מצד ג"ש על שלא שלח בו יד:

ענף א:

והנלע"ד בזה דהתוס' בב"מ (דף צ"ז ע"א) ד"ה ביום שהיתה שאולה כו' כתבו דלכן אין מגלגלין ששכורה מתה על שבועת השומרים לפי דאין מגלגלין כשטוען התובע שמא

אלא בדבר דדומה קצת שהוא אמת כו' וכגון סוטה שרגלים לדבר שקינא ונסתרה ויש לחוש שמא זינתה גם באירוסין כו'. וכוונתם דאע"ג דקיי"ל דחזקה דמעיקרא עדיף מן חזקה דהשתא כמבואר ביו"ד סי' א' ש"ך ס"ק ח' דאף דנמצא עכשיו חשוד לא מחזקינא לי' בחשוד למפרע וכ"כ הבית יוסף בשם התוספתא ע"ש. וכן הוא בח"מ סי' ל"ד סעי' כ"ג דכל מה שהעיד כשר עד דידעינן דעבר קודם לכן והטעם הוא דחזקה דמעיקרא עדיפא מחזקה דהשתא. מ"מ י"ל דזהו מצד גזה"כ דילפינן דאזלינן בתר חזקה דמעיקרא אף היכא דאיתרעי עכשיו וכמו דאי' בחולין (דף יו"ד ע"ב) והתוס' שם ד"ה ודילמא אדנפיק כו' דכתבו דה"נ יש ריעותא גדולה דאע"ג דאישתכח שחסר לאחר שבעה כו'. אבל מצד הסברא י"ל דאזלינן בתר חזקה דהשתא. וכיוצא בזה כתב החמדת שלמה ח' אה"ע סי' כ"ג בד"ה ונראה להסביר דבריו דבעיקר מילתא דאזלינן בתר חזקה אין טעם לדבר רק התורה גזרה להעמיד כל דבר על חזקתו הראשונה ועיין בנזיר פ"ט במש"כ התוס' יו"ט בשם הרמב"ם והדברים ארוכין ואכמ"ל:

ועכ"פ י"ל דעיקר סברת התוס' שכתבו דכיון דקינא ונסתרה ע"כ מקרי זה בשם רגלים לדבר לחוש שמא זינתה מעיקרא בעת אירוסין דכיון דיש חזקה דהשתא עכשיו דזינתה כעת ע"י הקינוי והסתירה שלפנינו ע"כ ממילא חיישינן ג"כ שמא זינתה מקודם בעת האירוסין וכמו שכתב הרא"ש בב"מ פ"ח סי' יו"ד ועוד י"ל שאין מגלגלין שבועה בטענת שמא של התובע אלא בדבר הדומה קצת אמת כגון אריסין ושותפין דמורו מקצת היתירא ליהנות מממון חביריהם וכגון ג"ש דסוטה שרגלים לדבר שהיא זונה שהרי קינא ונסתרה ולכך יש לחוש שמא זינתה אף באירוסין אע"פ שאז לא היה רגלים לדבר כי הוכיח סופה על תחלתה אבל הכא כו' עכ"ל הרא"ש. וזה לשון הבית יוסף ס"ק ח' כשבועת השותפין שיש קצת רגלים לדבר דומיא דסוטה כו'. הרי דהרא"ש הרגיש להעיר דהא אז בעת האירוסין לא היה רגלים לדבר דזינתה אז. ואפ"ה כיון די"ל הוכיח סופה על תחלתה וזהו כעין חזקה דהשתא דעי"ז אמרינן דמקרי בשם רגלים לדבר והוי דבר הדומה קצת אמת להשביעו מצד ג"ש כמש"כ הרא"ש בלשונו דכיון דדומה קצת אמת כמו אריסין ושותפין דמורו מקצת היתירא וכגון סוטה כו'. דילפינן מן סוטה דכיון דיש סברא לומר הוכיח סופה על תחלתה ע"כ גזרה התורה להשביעה מצד ג"ש וזה מקרי דומה קצת אמת ומקרי כזה בשם רגלים לדבר. וכן בשותפין דמורו מקצת היתירא אף דאכתי י"ל דשמא לא אורי היתירא מ"מ כיון דהיה ממון חבירו בידו והיה בידו ליטול ולהעלים מן חבירו והיה קצת הוראת היתר דלא יהיה בשם גזלן ע"כ מקרי זה בשם רגלים לדבר להשביעו משום ג"ש:

והנה בסוטה דאף שנשבעה עכשיו אמן שלא סטיתי מן איש זה א"כ הוי כמו שנתברר שליכא כלל רגלים לדבר עכשיו ע"י הקינוי והסתירה דהא עכשיו שנשבעה כדין מותרת לבעלה אף דהיה קינוי וסתירה א"כ הוי כמו דנסתלק לגמרי הריעותא דהיה בה מן הקינוי והסתירה ולפ"ז היה סברא לומר דאף דלא נשבעה שבועת גלגול שלא סטיתי מן איש אחר ג"כ תהא מותרת לבעלה דהא עיקר הטעם שצריכה לישבע מצד ג"ש שלא זינתה באירוסין הוא משום דאמרינן הוכיח סופה על תחלתה כמש"כ הרא"ש והתוס' א"כ היכא דנשבעה לברר את עיקר הספק א"כ לא שייך לומר הוכיח כו'. וע"כ מוכח דעיקר הטעם דג"ש הוא כיון דמקודם דנשבעת לברר עיקר הספק היא נחשדת לנו ע"י הקינוי והסתירה בחשד זנות וממילא יש לומר הוכיח סופה כו' לכן ה"ה אף לאחר שתשבע לברר הספק בהעיקר ג"כ אמרינן דכיון דנתחייבה לישבע ולברר גם הספק בהגלגול דכ"ז דלא תשבע לברר הספק בהגלגול דבאיסורא קיימא ועדיין לא פקע שם רגלים לדבר דהצריכה התורה לישבע על הגלגול כדי לברר הספק וזהו עיקר תורת דין שבועת גלגול:

וכיון דמצינו בסוטה דהצריכה התורה לישבע שלא זינתה באירוסין וזה מקרי רגלים לדבר משום הרגלים לדבר שנמצא בה ע"י החשד מן הקינוי והסתירה דהוי רגלים לדבר שזינתה עכשיו וממילא מחזקינן לחוש אף למפרע בעת האירוסין ע"י החזקה דהשתא דהוא רק מחמת רגלים לדבר אף דלא נתברר בבירור גמור שזינתה כעת. א"כ י"ל דה"ט שייך אף בשבועת שומרים שהצריכה התורה לישבע שבועת אינו ברשותו משום דיש רגלים לדבר לחשוד אותו שהחפץ הוא ברשותו וכמש"כ הסמ"ע בסי' רצ"ד ס"ק ג' ועיין בש"ך ח"מ סי' ס"ו ס"ק קכ"ד. וכיון דנחשד על גזלה מצד רגלים לדבר וע"כ הטילה התורה עליו שישבע לברר הספק. ממילא יש לחשוד אותו ששלח יד בו מקודם כיון דאיתרעי החזקת כשרות שלו כעת ושייך לומר בזה ג"כ הוכיח סופו על תחלתו כמו דאמרו בסוטה כנ"ל. ואף שנשבע שבועה שאינו ברשותו ונסתלק החשד מעיקרו מ"מ מן מקום חשד אין להוציאו כ"ז שלא נשבע שלא שלח בו יד וכמש"כ לעיל גבי סוטה דהחשד במקומו עומד כ"ז שלא נשבע הג"ש שהטילה התורה עליו לברר הספק שנחשד ע"פ רגלים לדבר מקודם שנשבע. כללו של דבר דכמו בסוטה דמחמת החזקה דהשתא דנחשדה עכשיו משום הקינוי והסתירה דמחזקינן לחוש למפרע ג"כ וצריכה לישבע משום ג"ש. דה"ה בשומר כיון שנחשד על גזלה שמא הוא ברשותו עכשיו דמחזקינן לחוש למפרע ג"כ שמא שלח בו יד מקודם ג"כ כיון דהחפץ היה ברשותו מקודם והיה יכול לעשות בו כחפצו דהיה אז בידו לעשות כל מה שירצה וכיון דעכשיו יצא מן חזקת

כשרותו ע"י הרגלים לדבר ממילא יש לנו לחוש אף על למפרע דשמא שלח יד מקודם בשביל הנאתו. [והא דאין מגלגלין טענת ספק של התובע היינו היכא דליכא שום רגלים לדבר כלל]. ואף דנשבע שאינו ברשותו א"כ נסתלק ממילא מקום החשד שלו מ"מ הא כיון דמקודם שנשבע היה נחשד לנו ע"י הרגלים לדבר ע"כ אף לאחר שנשבע לא יצא מידי חשד אף על שליחות יד ולכן מחוייב לישבע על שלא שלח יד בתורת ג"ש וכמש"כ לעיל גבי סוטה. ואתי שפיר מה שהצריכו לישבע שלא שלח יד בתורת ג"ש אף שטוען התובע טענת ספק:

ענף ב:

ואכתי תקשה לשיטת הסוברים דשבועה שלא פשע הוא עיקר השבועה ומגלגלין שלא שלח יד דבזה לא שייך לומר הסברא שכתבתי לעיל דאיתרע עכשיו חזקת כשרותו כו' דהא בפשיעה לא איתרע כשרותו וע"כ תקשה דאיך מגלגלין טענת ספק שמא שלח יד. והא דס"ל לדיעה הראשונה בסי' רצ"ד סעי' ב' דעיקר השבועה הוא שאינו ברשותו ומגלגלין שלא פשע. י"ל דס"ל דזה מקרי רגלים לדבר ג"כ דהא חזינן דשיטת הרבה פוסקים דס"ל דשבועה שלא פשעתי הוא עיקר השבועה לפי דאונסין וגניבה לא שכיחי וכמש"כ הסמ"ע בסי' רצ"ד ס"ק ג' ע"כ אף דדיעה קמייתא דשם לא ס"ל כן מ"מ מקרי קצת רגלים לדבר מה"ט להשביעו על חשש פשיעה בתורת ג"ש. אבל על דיעה בתרייתא דסי' רצ"ד סעיף ב' ברמ"א דס"ל דעיקר השבועה הוא שלא פשע ומגלגלין שלא שלח בו יד תקשה הא הוי טענת ספק בלא שום רגלים לדבר. ואפשר לומר דבאמת שיטת הסוברים דעיקר ש"ש הוא שלא פשע ונשבע ע"י ג"ש שלא שלח יד דס"ל דאף היכא דליכא רגלים לדבר משביעין בתורת ג"ש על טענת ספק ג"כ ובפרט בשבועת שומרין לפי מש"כ הרשב"א בחי' לקידושין (דף כ"ח) דעיקר חיוב ש"ש הוא רק על טענת ספק לפי דידוע דהיה בידו חפץ המופקד אצלו וספק אם נאבד באונס כו'. וע"כ ממילא מגלגלין אף טענת ספק דדינו כמו העיקר ש"ש דבא על הספק וכ"כ הר"נ בקידושין בסוגיא שם (דף כ"ז) להדיא כן ע"ש. וכמש"כ התוס' סברא זו בב"מ (דף צ"ז ע"א) ד"ה ביום שהיתה שאולה מתה כו' דהיכא דהוי הג"ש כעין שבועת העיקר דוודאי מגלגלין כעין העיקר ועיין במהרש"א שם ובנתיבות סי' ע"ה ס"ק י"א מה שהאריך בזה. ע"כ כיון שנשבע שלא פשע מצד דגזרה תורה לישבע בשומרים על טענת ספק ה"ה דנשבע בג"ש אף על טענת ספק שמא שלח יד. ובאמת לכאורה יש להוכיח דשבועת שומרים אינה מצד רגלים לדבר אלא מצד ספק בעלמא דגזרה תורה כן בשומרים דהנה בב"ק (דף ק"ז) אמרו ומ"ש מלוה כו' אבל גבי פקדון מעיז ומעיז כמו שפירשו שם רש"י והתוס'. ואי נימא כמש"כ

הסמ"ע בסי' רצ"ד דעיקר חיוב ש"ש הוא בשביל רגלים לדבר הוי מצי הגמ' לחלק דשאני מלוה דליכא רגלים לדבר משא"כ בפקדון דיש רגלים לדבר דהחפץ הוא ברשותו וגניבה ואונסין לא שכיחי. אך זה אינו הוכחה כלל לפי דהא במלוה היכא דכופר הכל אף במקום דאיכא רגלים לדבר אין משביעין שבועת התורה. רק שבועת היסת מצינו ליש אומרים דס"ל דמחייבין ש"ה כמבואר בסי' ע"ה סעיף י"ז ברמ"א ובש"ך שם ס"ק ס"ג. ולכן פריך הש"ס שפיר מ"ש מלוה ומחלקי דשאני פקדון דמעיז ומעיז לכן חייבה תורה לישבע ש"ש במקום דיש רגלים לדבר:

ויש לומר דשיטת המחבר כאן דפסק דאין מגלגלין על טענת ספק של התובע אם ליכא רגלים לדבר דעיקר הוכחת שיטה זו הוא כמש"כ התוס' והרא"ש בב"מ (דף צ"ז) דהקשו דאמאי לא ישבע ששכורה מתה בג"ש דכדרכה מתה והוכיחו מזה כן. דס"ל בעיקר ש"ש דעיקר הש"ש הוא שאינו ברשותו ושבועה שלא שלחתי הוא בג"ש מהטעם שכתבתי לעיל דכיון דאתרעי חזקת כשרותו כו' וכמו בסוטה כנ"ל. אבל שיטת הסוברין דעיקר שבועה הוא שלא פשע ג"כ ונשבע שלא שלח יד בתורת ג"ש וכמו דאמרו בכמה דוכתי דשלשה שבועות משביעין אותו כו'. ושלא פשעתי הוא עיקר השבועה ושלא שלחתי הוא בג"ש ומשמע דאף היכא דא"צ לישבע שאינו ברשותו כגון דנמצא מתה לפנינו ואינו נשבע רק שלא פשעתי דמ"מ נשבע שלא שלחתי מצד ג"ש והטעם הוא דכמו דחייבה התורה לישבע ש"ש ע"פ טענת ספק דה"ה דנשבע על ג"ש שלא שלחתי יד. ומה"ט ס"ל לשיטת הרבה פוסקים דבהא דב"מ (דף צ"ז) דע"פ דין צריך לישבע ששכורה מתה מצד ג"ש על שבועת העיקר שכדרכה מתה וכמש"כ הרשב"א לקידושין (דף כ"ז) והתוס' והרא"ש לב"מ (דף צ"ז) בתירוץ קמא דמיירי המשנה שם היכא דא"צ לישבע ש"ש. וכ"כ הר"נ לקידושין שם דכמו דנשבע ש"ש על הספק כן נשבע בתורת ג"ש על טענת ספק וכ"כ הרבה ראשונים בב"מ שם וכן הוא שיטת המחבר לקמן סי' שד"מ סעי' ד' דנשבע ש"ש וע"י גלגול ישבע ששכורה מתה. ובסתירת דברי הש"ע הקשה הש"ך כאן בס"ק ז'. והמחבר כאן דפסק דאין מגלגלין על טענת ספק של התובע דעיקר ההוכחה הוא כמו שכתבו התוס' והרא"ש בב"מ (דף צ"ז) דלכן אין מגלגלין ששכורה מתה על ש"ש וס"ל דגם בש"ש אין מגלגלין על טענת ספק. בע"כ מוכח דאזלי בשיטת הש"ע בסי' רצ"ד דפסק המחבר שם דעיקר ש"ש הוא שאינו ברשותו ומגלגלין שלא שלח יד והטעם הוא כמש"כ לעיל דכיון דאתרעי עכשיו חזקת כשרותו כו':

ואכתי תקשה על הרא"ש דס"ל דאין מגלגלין על טענת ספק של התובע גם בש"ש כמש"כ הרא"ש לב"מ (דף צ"ז). ואלו בב"מ פ"ג סי' כ' כתב הרא"ש דעיקר ש"ש הוא שלא פשע

ונשבע שלא שלחתי בתורת ג"ש וקשה כיון דס"ל להרא"ש דאין מגלגלין על טענת ספק אף בש"ש ולא ס"ל סברת הר"נ בקידושין בסוגיא שם (דף כ"ז) הנ"ל. א"כ אמאי מגלגלין שלא שלחתי בתורת ג"ש על שבועה שלא פשעתי. ואפשר לומר דהא דכתבו דמגלגלין שלא שלחתי משום די"ל דגם זה מקרי רגלים לדבר קצת ע"פ סברת הסמ"ע בסי' נ"ו ס"ק ט' דיכולים להשביע את השליש אפילו בטענת שמא משום דהא השלוחים והשותפים צריכים לישבע אף בטענת שמא דמורו היתירא כו'. והש"ך בסי' נ"ו שם ס"ק ט' השיג על הסמ"ע דהיכא דלא התעסק בממון חבירו רק שיהיה מופקד אצלו בתורת פקדון לא שייך לומר דמורי היתירא כו'. וכה"ג כתב האו"ת בסי' צ"ג ס"ק ו' דבכה"ג לא שייך דמורי היתירא דמה אהני ליה זוזי יהיב זוזי שקיל מתחלה כו' ע"ש. ועכ"ז י"ל כיון דעיקר מילתא דשליחות יד דחייב רחמנא בשומרים הוא שהגבי' את החפץ ע"מ לשלם וכמש"כ השיטה מקובצת בב"מ ס"פ המפקיד בסוגיא דשליחות יד והובא בקצה"ח סי' רצ"א ס"ק ב'. ע"כ י"ל דדוקא לחשוד את השומר שמא נטל ע"מ שלא לשלם בזה לא שייך לומר דמורי היתירא כמש"כ הש"ך והאו"ת. אבל היכא דדייניגן לענין חיוב אונסין דמתחייב אם שלח יד בשומרים היינו הגבי' ע"מ לשלם בזה שפיר י"ל דמורי היתירא ליטול ע"מ לשלם בשביל טרחתו בהפקדון ובפרט היכא דמשתדל בהחפץ המופקד לשוטחה ולנערה וכיוצא בו. וכיוצא בזה ראיתי בנתיבות סי' רצ"ב ס"ק ד' שכתב דמאן דס"ל שליחות יד א"צ חסרון וכדקיי"ל דזהו בשביל דהוי גילוי דעת ממנו שמחזיקו להיתר תשמיש ומה"ט אם נטל מקצת ע"ד לשלם מקרי שליחות יד להיות חייב בכולו משום דחזינן דמורי היתירא להשתמש ע"ש. ועיקר הסברא דמורי היתירא שמחזיקו להיתר תשמיש שכתבו הוא הכל משום דמורי היתירא בשביל טרחתו כמש"כ. ולכן שפיר מקרי חשד שליחות יד בשם רגלים לדבר קצת להשביעו משום ג"ש כמש"כ התוס' והרא"ש בב"מ (דף צ"ז) בלשונם דהיכא דאיכא רגלים לדבר קצת יש להשביעו משום ג"ש ואף דאין להשביעו מצד עצם חיוב שבועה על שלא שלח יד מ"מ בתורת ג"ש יש להשביעו דלזה סגי מה דמקרי בשם רגלים לדבר קצת כן י"ל בזה:

ב:

(שם סעיף י"ג):

ועוד נראה לענ"ד לומר דלכן משביעין בתורת ג"ש שלא שלח בו יד אף היכא דא"צ לישבע שאינו ברשותו רק שבועה שלא פשעתי. דכמו שכתבתי לעיל לבאר דלכן מגלגלין שלא שלח יד על שבועה שאינו ברשותו כיון דאיתרעי עכשיו חזקת כשרותו כו' ממילא יש לנו מקום לחשוד לו על למפרע וכמו שכתבו התוס' והרא"ש גבי סוטה. דהסברא

הנ"ל יש לדון כמו כן להסוברים דמגלגלין שלא שלח יד על חשש שלא פשעתי. דהנה לעיל בחידושי לסי' צ"ב סעי' א' כתבתי לדון בשיטת רש"י ב"מ (דף ו') די"ל דס"ל דבשליחות יד לא נעשה דינו כגזלן גמור להיות פסול לעדות ולשבועה מדאורייתא משום דהא שליחות יד הוא בנוטלו ע"מ לשלם א"כ דומה למה דאמרו דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע כו' ואין זה באיסור לאו רק כמו איסור עשה דלא מיפסל לעדות. [וגם הא לא הוי זה דבר המפורש בתורה להדיא]. וכמש"כ בחידושי שם בארוכה. ולפ"ז י"ל דכמו דנחשד עכשיו על פשיעה דהא ע"פ דין מחוייב השומר להשגיח שלא יהיה שום פשיעה ממנו וכ"כ ש"ש מחוייב להיות יושב ומשמר אף מן גניבה. א"כ שומר שפשע ולא שימר כהוגן ביטל דין שומרים דמצווה ע"פ דיני שומרים להשגיח שלא יהיה פשיעה. ובפרט לפי מש"כ הרמב"ם פ"ב ה' שכירות הלכה ג' דכל הפושע מזיק הוא. ולכן כיון דנחשד עכשיו לנו בחשד שפשע מצד רגלים לדבר דאונסין לא שכיחי. דהוא פרט א' מן דיני שומרין דנצטוה השומר בזה כמו כן יש לחושדו שמא שלח יד דעיקר חיובו הוא רק בשומרים דחדית רחמנא לחייב על שליחות יד בשומרים דנחשד לנו על דיני השומרים דאינו מקיים הפרטי דינים שמצווה השומר:

ואין לומר דהוא נחשד שפשע דהא לא מיפסל על ידי זה לעדות ואין אנו מוציאין אותו מחזקת כשרותו משא"כ בחשש שליחות יד דמיפסל לעדות ומוציאין אותו מחזקת כשרותו ע"כ י"ל דלא שלח יד ולהעמידו על חזקת כשרותו. דזה אינו לפי מש"כ בשיטת רש"י דגם אם שלח יד לא נפסל לעדות מה"ת וע"כ גם עכשיו דחשדינן ליה ששלח יד אין אנו מוציאין אותו מחזקת כשרותו לכן שפיר מקרי זה רגלים לדבר דכמו דנחשד לנו בחשש פשיעה דהוא פרט א' מן דיני שומרין כמו כן נחשד שמא שלח יד מקודם כיון דחזקה דהשתא הוא שנחשד בכזה. וכמו שכתבתי לעיל לדון כן בסוטה דכיון דנחשדת בחשש זנות ע"י רגלים לדבר דקינוי וסתירה כמו כן יש לחוש למפרע דזינתה באירוסין ונאסרה מכבר לבעלה אז למפרע. וכבר כתבתי לעיל דאין לומר דשא"ה דיש ריעותא דסתירה דנשארת הריעותא אף לאחר השבועה של הסוטה דזה אינו דהא כיון דנאמנת בשבועה שלה אף שהיה סתירה ומותרת לבעלה אף שהיתה בחשש זנות ע"י קינוי וסתירה משום דנסתלק לגמרי החשש הלז. א"כ ה"ה היכא דיש לחשוד לו ע"י רגלים לדבר בחשש פשיעה דאף שנשבע שלא פשע ונסתלק עיקר החשד הלז מ"מ כיון דקודם שנשבע הוא בחשד הזה ע"כ לא פקע גם חשד שמא שלח ידו מכבר ונתחייב אז בעת שליחות ידו דהא דינו של שולח יד הוא כגזלן להיות חייב באונסין ולשלם כעת הגזלה וה"ה כעת השליחות יד. ושומר אינו חייב רק מעת הפשיעה כמש"כ המ"מ והש"ך והובא

בקצה"ח סי' רצ"א ס"ק א' ובנתיבות שם ס"ק א'. והוי נפ"מ רבתא מן מה דנחשד לנו על חשש שפשע ומן מה שנחשד לנו ג"כ שמא שלח יד מקודם דעי"ז מתחיל החיוב תשלומין אז מן עת השליחות ידו וזהו נפ"מ לכמה ענינים וקצרתי:

וזה לשון הסמ"ע בסי' רצ"ד ס"ק ה' צריך לישבע שלא פשע כו' טעמם כיון דלא מוחזק בזה ברשע כולי האי מ"ה חיישינן ליה משא"כ בשלח בה יד לשמש בו דעבר ע"ד המפקיד בידים וכ"ש אם היה דעתו לחסרה ע"י ששלח יד דגזל בידים עכ"ל הסמ"ע. הרי דכתב דבפשע אינו מוחזק ברשע כולי האי א"כ משמע דס"ל ג"כ להסברא שכתבתי דאם פשע הרי זה נחשב לחטא מה שלא שמר כהוגן רק דאינו מוחזק ברשע כולי האי אבל שם רשע קצת יש עליו ואם שלח יד לשמש עיקר חומרא שלו הוא מה דחטא בקום ועשה. [ובמק"א כתבתי לדון הרבה אם חטא בחטא עשה שאין בו לאו אם מקרי רשע או לא כמו דכתבו גבי פסולי עדות בסי' ל"ד וכתבתי להעיר מן הא דזבחים (דף ז' ע"ב) עולה דורון כו' אי דלא עבד תשובה זבח רשעים תועבה כו' ובשבועות (דף י"ב ע"ב) מזה. ובנדה (דף י"ב ע"א) ובנזיר (דף כ"ג) ובתוס' פסחים (דף ק"ז ע"ב) ד"ה דילמא אתי למיכל אכילה גסה בתי' השני בתוס' שם. ובשא"ד מזה ואכמ"ל]. ומש"כ הרא"ש בב"מ פ"ג סי' כ' דאין להשביעו על שלא שלח יד דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן וכן הוא לשון הטור והסמ"ע בסי' רצ"ד ס"ק ג' אף דכבר כתבתי בחידושי לסי' צ"ב סעי' א' דשליחות יד דחייבה התורה בשומרים אינו כמו גזלן ממש ולאו דלא תגזול לא נאמר על שליחות יד מ"מ כיון דהוי חטא דקום ועשה שייך לקרותו בשם רשע והא דאמרו בפסולי עדות דדוקא בחטא שיש בו מלקות מקרי רשע מן והיה אם בין הכות הרשע כו' כתבתי במק"א דהטעם הוא דכיון דלא מצינו בפירוש בתורה דיהא נקרא בשם רשע לחטא שאינו במלקות ע"כ לא משמע לאינשי חטא שאינו במלקות דהוא חטא חמור כ"כ שיהיה נקרא בשם רשע. ע"כ בעינן דוקא חטא מלקות או חטא של חימוד ממון כמו רשע דחמם דעכ"פ הוא בלאו אבל היכא שאינו בלאו מפורש שפיר י"ל דלא נפסל מה"ת עי"ז אף דבאמת שמו רשע כנ"ל. ועיין בספרי נחל יצחק סי' ל"א ענף ו' שהוכחתי דבעבר על עשה בקום ועשה דמיפסל מה"ת היכא דהוי חימוד ממון: וידעתי מה דיש לומר בכל מה שכתבתי לעיל דכיון דהוא בחשד לנו שפשע דהוא בחטא אך דאינו חמור כ"כ דמ"מ נקרא זה בשם רגלים לדבר לחשוד אותו על שליחות יד. דהא קיי"ל דחשוד על הקל אינו חשוד על החמור כמבואר בבכורות (דף למ"ד) ובסנהדרין (דף כ"ז) א"כ אף לפי מש"כ די"ל דע"י חטא שליחות יד לא מיפסל מה"ת לעדות וכמש"כ בשיטת רש"י בחידושי לסי' צ"ב סעיף א'. דמ"מ מקרי חטא של שליחות יד חטא חמור מן חטא פשיעה דהא

חטא שליחות יד הוא עבירה בקום ועשה משא"כ חטא פשיעה דהוי בשב ואל תעשה וכמש"כ הסמ"ע כנ"ל דמה"ט לא משבעינן על שליחות יד בלא גלגול. ע"כ י"ל דמה"ט לא מקרי כזה אף בשם רגלים לדבר דהא דמצינו בסוטה דכתבו דמקרי רגלים לדבר כיון דנחשדת לנו בזנות עכשיו כמו כן יש לחושדה על זנות מקודם דהא הוא הכל בחטא א' משא"כ בחטא קל י"ל דאין זה מקרי רגלים לדבר לחשדו על החמור. אך באמת זה אינו דהא בסוטה מגלגלין עלי' שלא זינתה באירוסין והא מצינו בסנהדרין (דף נ') דארוסה שזינתה חטאה חמורה מן זנות דנשואין ומה"ט דינה בסקילה שכן מחללת את אבי'. הרי דאף מן חטא לחטא החמור ביותר ממנו חשדינן לי' למפרע דמקרי בשם רגלים לדבר עכ"פ וה"ה בנ"ד וגם הא אף דבר הדומה קצת מקרי בשם רגלים לדבר לענין ג"ש וכמש"כ הרא"ש והתוס' בב"מ (דף צ"ז) כנ"ל. ולכן אף דעל שליחות יד בלא ג"ש לא משבעינן לי' משום דאין זה מקרי רגלים לדבר כ"כ מ"מ לענין ג"ש מגלגלין ע"ז דעכ"פ מקרי בשם רגלים לדבר קצת ולכן אתי שפיר מש"כ הפוסקים דמגלגלין שלא שלחתי על שבועה שלא פשעתי אף לשיטת הסוברים דאין מגלגלין טענת שמא אף על שבועת השומרים כמש"כ התוס' והרא"ש בב"מ (דף צ"ז) וכן הוא שיטת המחבר כאן. משום דשאני התם בשליחות יד על ש"ש דהוי רגלים לדבר קצת וכמש"כ הבית יוסף כאן בס"ק ח' בלשונו דשבועת השותפין דמשבעינן משום דיש קצת רגלים לדבר דומיא דסוטה כו':

והא דס"ל להר"ת דהובא בב"מ (דף ו') בתוס' ד"ה שבועה שלא שלחתי כו' דאין מגלגלין על שליחות יד לפי דאין מגלגלין אלא בדבר הדומה כו'. י"ל דס"ל בטעמו כיון דמיירי התם היכא שהיא מתה לפנינו כמבואר שם בתוס' להדיא ואז עיקר השבועה הוא שלא פשעתי וכמו שכתבו התוס' בכתובות (דף י"ח ע"ב) ד"ה ובכולי בעי דלודי כו' ע"ש. ולכן ס"ל להר"ת דשליחות יד מקרי בשם דבר שאינו דומה כ"כ משום דאף דנחשד על פשיעה דהוי חטא שאינו נפסל לעדות מ"מ אין לנו לחושדו על שליחות יד דהא מיפסל עי"ז לעדות א"כ הא חזקת כשרות מנגדתו וס"ל כמש"כ התוס' בב"מ (דף ג' ע"ב) ד"ה בכולי בעי דלודי כו' דבשליחות יד מיפסל מה"ת וכ"כ התוס' בכתובות (דף י"ח ע"ב) ד"ה ובכולי בעי דלודי כו' ולא ס"ל כמש"כ לשיטת רש"י דב"מ (דף ו'). גם י"ל דסברת הר"ת דלכן לא מקרי שליחות יד בשם רגלים לדבר דכיון דעיקר שליחות יד הוא בהגבי' ע"מ לשלם א"כ אפשר לומר דלא היה נצרך לגוף החפץ כיון שנוטלו ע"מ לשלם ויש לדון בזה טובא. אבל לשיטת הפוסקים וכדקיי"ל דמגלגלין על שליחות יד שפיר י"ל כמש"כ לעיל:

ענף א:

ולפי מה שהעלה הנתיבות בסי' ע"ה ס"ק י"א דבשבועת השומרים לדידן דעיקר שבועת השומרים הוא שלא פשעתי וכיון דעיקר השבועה הוא בטענת ספק ע"כ מגלגלין ג"כ על טענת ספק. א"כ לפ"ז א"ש בפשיטות מה דמגלגלין לשליחות יד על שלא פשעתי וכ"כ האו"ת בסי' צ"ד ס"ק ג'. ועיקר הסברא זו מבואר כן בהר"נ והרשב"א לקידושין (דף כ"ז) עלה דאמרו התם אשכחן וודאי ספק מנ"ל דש"ש אינו בכלל הלז דכיון דעיקר הש"ש הוא על הספק גלגולו נמי על הספק כסוטה ע"ש. אך לשיטת התוס' והרא"ש בב"מ (דף צ"ז) שכתבו דאין מגלגלין ששכורה מתה על ש"ש ומזה הוכיחו הך דינא שכתב המחבר כאן דאין מגלגלין על טענת ספק. מוכח דס"ל דאף על ש"ש אין מגלגלין. וי"ל דאף דס"ל להרא"ש דעיקר ש"ש הוא שלא פשעתי ג"כ וכמש"כ הרא"ש בב"מ פ"ג סי' כ' וכן הוא שיטת התוס' כתובות (דף י"ח ע"ב) ד"ה ובכולי בעי כו' ובתוס' ב"מ (דף ו' ע"א) ד"ה שבועה שלא שלחתי כו'. מ"מ אין מגלגלין טענת ספק עליו משום דגם שבועה שלא פשעתי הוא מצד רגלים לדבר וכמש"כ הסמ"ע סי' רצ"ד דגניבה ואונס אינם שכיחין. [ועיין בח"מ סי' קכ"א ש"ך ס"ק ס"א ובאו"ת סי' ק"ח ס"ק ה' וקצרתי]. ע"כ אינו דומה הג"ש להעיקר. ומה שכתב הנתיבות שם בכוונת התוס' דב"מ שם ליישב קושיות המהרש"א משום דס"ל דעיקר ש"ש הוא שאינו ברשותו. הנה אף שידוע דאין להקשות מן סתירת דברי התוס' אהדדי עכ"ז יש להוכיח דלא כדבריו דהא גם הרא"ש כתב כן בב"מ שם ומצינו להרא"ש בב"מ פ"ג כנ"ל שכתב דגם שלא פשעתי הוא מצד רגלים לדבר וע"כ אינו דומה הג"ש להעיקר שבועה ומיושב קושיות המהרש"א על התוס' לכל השיטות וקצרתי:

ולפ"ז י"ל דגם בשבועת שומרים אין מגלגלין טענת ספק של התובע. והא דמצינו דמגלגלין על שליחות יד י"ל דזהו משום דמקרי רגלים לדבר קצת דכמו דנחשד לנו על פשיעה דהוא מן פרטי דיני שומרים כמו כן נחשד לנו למפרע על שליחות יד דגם הוא מן פרטי דיני שומרים. אבל אין זה מקרי בשם רגלים לדבר לחשוד אותו באיזה עסק הלואה וכיוצא בו שכופר במה שת"י. משום דהם שני ענינים מחולקים דזהו עסק שומרים וזהו עסק הלואה רק אם טוען טענת ברי יכול לגלגל. אבל בטוען שמא אין זה מקרי בשם רגלים לדבר דאין זה דומה לסוטה כו'. וגם י"ל דשמא לא היה מעות של התובע כלל ת"י הנתבע כפי דבריו ושאני חשש שליחות יד דכיון דהיה החפץ בפקדון ת"י הנפקד והיה בידו לעשות בהחפץ כרצונו ע"כ מקרי זה בשם רגלים לדבר לחשוד אותו וכמש"כ לעיל. ולכן שפיר פסק המחבר כאן דאין מגלגלין על טענת ספק של התובע אלא אם יש רגלים לדבר. והא דלקמן סי' קי"ד סעיף ד' בטורף מלקוחות צ"ש שלא נפרע ולא מחלו

ולא מכרו וכולל שאין זה שטר אמנה כו'. וכעין זה כתב החלקת מחוקק באה"ע סי' צ"ו ס"ק י"א דשבועות אלו מן דין גלגול נגעו בה. אף דהלקוחות והיורשים טוענים שמא מ"מ כיון דטוענים ליורשים ולקוחות ה"ל כמו טענת ברי כמבואר ברפ"ב דכתובות וברא"ש שם. ואף דהבע"ד עצמו לא הוי מצי להשביע על טענת פרוע ומחילה ומכירה ואמנה ביחד דהא אם השטר הוא פרוע לא שייך טענת מחילה ומכירה ואמנה. מ"מ כיון דמה דנשבעין ללקוחות ויתומים הוא אף היכא דלא מצי הלוה עצמו להשביעו כמש"כ התוס' בשבועות (דף מ"א) ד"ה וכי מה בין זה כו'. ולכן כיון דיש על הטורף חיוב שבועה עכ"פ ממילא מגלגלין על כל הנך דמשום דטענינן להו גם מה דה"מ הבע"ד עצמו למטען א"כ נחשב זה לטענת ברי לענין ג"ש ועיין לעיל ש"ך סי' נ"ה ס"ק ה' וקצרתי. וכן יש להעיר לקמן סי' רצ"א ש"ך ס"ק ל"ד שכתב דהא דפטורה משבועה כשיש עדים כו' דאל"כ פשיטא דיכול להשביע עזי ג"ש. וקשה הא אין מגלגלין על טענת ספק. ואפשר דהתם הוי כמו רגלים לדבר כיון דש"ש חייב התם דה"ל לפרש כמש"כ הש"ך שם ס"ק ל"ג רק ש"ח פטור משום דהוי כעין אונס גניבה כמש"כ שם הנתיבות. א"כ הדעת נוטה דמסתמא אמר לאמו שהם מעות פקדון כיון דזהו באמת טובה להמפקיד ובסתם השתדל לפקח ביותר לטובת בעל החפץ ועיקר קושיא זו העיר כן הנתיבות שם: ובאה"ע סי' קט"ו סעי' ז' מי שראה אשתו שזינתה כו' משביעה בנק"ח שלא זינתה תחתיו אבל בדבר אחר א"י להשביעה כו' ופירש הח"מ שם כו'. וההפלאה שם ס"ק כ"ב כתב לפרש שא"י להשביעה על זנות אחר שלא ראה דאף שזינתה עם זה מ"מ על איש אחר ה"ל טענת שמא אא"כ יש רגלים לדבר יכול לגלגל עכ"ל. א"כ מוכח מזה דס"ל להרמב"ם והמחבר שם דאין מגלגלין על טענת ספק של התובע אם ליכא רגלים לדבר. ועיין בסי' צ"ג בבית יוסף ס"ק כ' ובב"ח שם ס"ק כ' ובסי' צ"ד בבית יוסף ס"ק ח' ובב"ח ס"ק ז' ששקלו וטרו בשיטת הרמב"ם אם ס"ל בג"ש לגלגל על טענת שמא בדליכא רגלים לדבר או לא. ומה שכתב ההפלאה דאף שזינתה עם זה מ"מ על איש אחר ה"ל טענת שמא אא"כ יש רגלים לדבר. אף שכתבו התוס' והרא"ש דכיון דנחשדת בזנות מן איש זה שנסתרה עמו ע"כ מקרי רגלים לדבר לחשוד אותה על זנות מן איש אחר אף באירוסין. מ"מ יש לחלק דדוקא היכא דיש לנו רגלים לדבר ע"י קינוי וסתירה דזה מקרי רגלים לדבר הנראה לב"ד בזה יכולים לגלגל אף על טענת שמא. משא"כ הכא דעיקר החשש הוא רק ע"י טענת הבעל שטוען שראה שזינתה מן איש זה אף שלדבריו ה"ל מקום לחשדו גם מן איש אחר דה"ל רגלים לדבר ע"י טענתו דמ"מ כה"ג אין מגלגלין וכמו שכתב האו"ת כאן ס"ק ג' בסופו ובאורים ס"ק ח' בזה"ל שהב"ד יכירו שיש רגלים לדבר לספיקו של המשביע ולא סגי

במה שהוא אומר שיש רגלים לדבר ע"ש. ואף שבראיות האו"ת שם מן התוס' יש לפקפק מ"מ דבריו נכונים בפשיטות דהא עיקר דברי התוס' בב"מ (דף צ"ז) הוא כן דהיכא דה"ל טענת הגלגול כעין טענת העיקר דה"ל טענת ברי בוודאי יכול לגלגל אף אם ליכא רגלים לדבר והיכא דאינו דומה טענת הג"ש לטענת העיקר מחמת שאינו טוען ברי בזה בעינן שיהיה רגלים לדבר כמו בסוטה. וכיון דעיקר ילפותא הוא מן סוטה ע"כ בעינן שיהיה רגלים לדבר הנראה להב"ד כמו בסוטה דנראה להם לחשדו ע"י הקינוי והסתירה אבל היכא דאינו נראה לב"ד לקרותו בשם רגלים לדבר אף שלדברי התובע ה"ל בשם רגלים לדבר אין לנו ילפותא להשביעו ע"ז כיון דאינו דומה לעיקר שבועה דהא בעיקר שבועה אין להשביע כלל ע"י רגלים לדבר רק ע"י טענת ברי דוקא וגם הא אינו דומה לסוטה כנ"ל ואפשר דזהו כוונת האו"ת שם רק שקיצר בזה. ועיין לעיל סי' ע"ה סעי' י"ז במחבר והרמ"א בדין רגלים לדבר גבי שבועת היסת ובש"ך ס"ק ס"ג דמחלק דאם ב"ד רואין שיש רגלים לדבר שאני וקצרתי:

ולפ"ז יש לדון היכא דיש לו על הנתבע עיקר שבועה ש"ה ועל טענת הגלגול אין תובע בטענת ברי רק ע"י טענת שמא ויש לו רגלים לדבר לפי טענת התובע רק דאינו רגלים לדבר הנראה לב"ד. דלפי המבואר בסי' ע"ה סעיף י"ז ברמ"א שם די"א דמשביעין היסת על טענת שמא אם יש רגלים לדבר ומשמע דלהך דיעה אף דאינו רגלים לדבר לפני הב"ד רק לפי דברי התובע. א"כ בזה יכול לגלגל אף דאינו רגלים לדבר הנראה לב"ד דכיון דגם בעיקר שבועת היסת משבעינן אף היכא דהוי רגלים לדבר רק לפי דברי התובע להך דיעה. ע"כ משבעינן בש"ה גם על הגלגול בכה"ג ונפ"מ להיכא דפטרו משבועה וכמש"כ הש"ך בס"ק ח' נפ"מ מזה ע"ש. אך לדינא לפי מה שהעלה הש"ך בסי' ע"ה ס"ק ס"ד דדוקא אם יש רגלים לדבר הנראה להב"ד בזה יכול להשביע היסת כו' ע"ש. ע"כ גם אם עיקר השבועה הוא ש"ה אין לגלגל אם אינו תובע ברי אף דאומר דיש לו רגלים לדבר כיון דאינו רגלים לדבר הנראה להב"ד וכמש"כ האו"ת ואין לחלק בין שד"א לש"ה:

וראיתי בשער משפט סי' צ"ד ס"ק ד' שהקשה מן מה שמשביעין על שליחות יד בתורת ג"ש ומכל הנ"ל דמוכח מזה דגם על טענת ספק מגלגלין ע"ש. אכן לפמש"כ לתרץ אינו מוכח משם כלל לסתור להך דין שכתב המחבר כאן ולכן לדינא ה"ל זה ספיקא דדינא גם בש"ש אם מגלגלין טענת ספק ודינו ככל ספיקא דדינא בחיוב שבועה דלא משבעינן אכן אם תפס התובע מהני תפיסתו עד שישבע הנתבע על הג"ש וכמש"כ הש"ך כיוצא בזה בסי' פ"ז סוף ס"ק ל"ח בספיקא ע"י פלוגתא דרבוותא אם חייב שבועה או לא. ועיין בקונטרס ביאור ספק תקנה בספרי נחל יצחק וקצרתי:

ענף ב:

מי שנתחייב שבועה והתחיל התובע לגלגל כו'. ש"ך ס"ק ח' כ' ואין להקשות הא בטענות ודאי בלא"ה יכול להשביעו היסת כו' י"ל כו' או כגון פרוזבול היה לי ואבד כו' או כגון רבית שטוען בהיתר לקחתי כו'. והקשה האו"ת דאם סמכינן אהך חזקה למדחי היסת למה לא יועיל לדחות אף ג"ש. והקצה"ח תירץ זה דה"נ אשכחן בהחזיק ג"ש דעת הרשב"א דאין מחייבין לו לישבע היסת ואלו ע"י גלגול חייב לישבע כו' עכ"ל. אך לא ביאר היטב סברת החילוק מאיזה טעם ישתנה חיוב שבועת היסת מן ג"ש: ענף ג:

ולענ"ד נראה להסביר דברי הש"ך ע"פ דברי הט"ז סעי' ו' שכתב דהיכא דאיכא רובא המסייע לטענת הנתבע אין מחייבין לו שבועת היסת דהא מבואר בשבועות (דף מ') דעיקר חיוב ש"ה הוא משום חזקה א"א תובע אא"כ יש לו עליו ע"כ היכא דאיכא רובא דמסייעו כיון דרובא עדיפא מחזקה אין מקום לחייב ש"ה משא"כ בג"ש דהא אמרינן בקידושין (דף כ"ח) עד היכן ג"ש דא"ל השבע לי שלא נמכרת לי בע"ע דאף דאיכא למימר דאם אי' דזבין ליה בע"ע ה"ל קלא מ"מ נשבעין ע"י ג"ש כו' זהו קוטב דברי הט"ז. וזהו כוונת הש"ך שכתב דבטענת פרוזבול היה לי ואבד או ברבית שטוען בהיתר לקחתי דאינו נשבע היסת משום דכיון דעיקר חיוב שבועת היסת הוא משום חזקה א"א תובע כו' ע"כ היכא דאיכא חזקה דלא שביק היתירא כו' דדוחה לחזקה דא"א תובע כו' אינו חייב ש"ה כמו דמקשה הגמ' בשבועות (דף מ') אדרבה חזקה א"א מעיז כו' ומשני אשתמוטי כו'. הרי דס"ל להש"ס דהיכא דאיכא חזקה אחרת הסותר להחזקה דא"א תובע כו' אינו חייב ש"ה א"כ ה"ה בהך חזקה דלא שביק היתירא כו'. ואפ"ה מן ג"ש אינו פוטר וכמו בהשבע לי שלא נמכרת לי בע"ע:

אך בעיקר דברי הש"ך שכתב דהיכא דאיכא חזקה מעליא פוטרת מן ש"ה יש לדון הרבה דלעיל סי' ע"ח ש"ך ס"ק ט"ו העלה דחזקה דתוך זמנו אינו פוטר משבועת היסת וסיים בזה"ל דלא אלימא חזקה לאפוקי מש"ה. א"כ קשה על מש"כ הש"ך הכא דחזקה פוטרת מן ש"ה ובפרט לפי מה שהסברתי דברי הש"ך דטעמו דכיון דיש חזקה הסותרת לחזקה דא"א תובע כו' ע"כ אין מקום לחייבו ש"ה א"כ ה"ט שייך ג"כ בחזקה דתו"ז. ודוחק לחלק ולומר בזה דאין כל החזקות שוות כמש"כ הך כללא בכללי מיגו ש"ך אות יו"ד. ועוד קשה דהא חזינן דחזקה דתוך זמנו עדיפא מן חזקה דלא שביק היתירא כו' דאלו בטענת בהיתר לקחתי דגבי רבית שכתב הש"ך הכא דפוטרת מן ש"ה. חזינן דהך חזקה גרוע מן חזקה דתו"ז דבסי' פ"ב סעי' יו"ד ש"ך ס"ק כ"א דאם המלוה מודה שיש בו רבית אבל בהיתר נעשה דצריך לישבע בנק"ח קודם שיטול כמש"כ הרמ"א ביו"ד סוף סי'

קס"ט. וכ"כ הסמ"ע שם ס"ק ל"ה. ובחזקה דתו"ז מבואר בסי' ע"ח ובתוס' ב"ב (דף ה') ד"ה אע"ג דאמור רבנן כו' דאם הוציא שט"ח על חבירו וא"ל אשתבע לי דלא פרעתיך בתו"ז דא"ל לישבע וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ח ס"ק ט"ו דא"צ שבועה קודם הפרעון בחוב תו"ז רק לאחר הפרעון צריך ש"ה. הרי דחזקה תו"ז עדיפא מן חזקה דלא שביק היתירא דגבי רבית. ואפ"ה אמרו דחזקה דלא שביק היתירא דגבי רבית פוטרת מן שבועת היסת א"כ כש"כ דחזקה דתו"ז תפטור מן שבועת היסת ותקשה סתירת דברי הש"ך דסי' ע"ח שכתב דאין חזקה פוטר מן ש"ה ואלו הכא כתב הש"ך דחזקה דלא שביק היתירא פוטרת מן ש"ה:

ואפשר לומר בזה לפי מש"כ הש"ך בסי' ע"ח ס"ק ט"ו דלכן אין חזקה דתו"ז פוטרת מן ש"ה דזה דומה לחזקה דשלש שנים דמקרי חזקה כיון דלא מיחה ג"ש חזקה שמכר לו ואפ"ה צריך לישבע היסת כדלקמן ר"ס ק"מ עכ"ל הש"ך. א"כ ממילא מוכח לדעת הרשב"א והרמב"ן וש"פ דס"ל גבי חזקה דג"ש דא"צ ש"ה כמבואר שיטתם לקמן סי ק"מ סעי' ב' ובש"ך ס"ק ד' שם. דכיון דס"ל דחזקה דג"ש פוטר מן ש"ה דה"ה לכל חזקה דפוטרת מן ש"ה. וכמש"כ הקצה"ח הכא על דברי הש"ך דחזקה פוטרת מן ש"ה דה"נ אשכחן בהחזיק ג"ש להרשב"א כו'. ולפ"ז י"ל דהש"ך דכתב הכא ליישב דברי המחבר שכתב דמי שנתחייב שבועה והתחיל התובע לגלגל עליו כו' דהקשה דהא בלא"ה יכול להשביעו היסת וע"ז תירץ דנפ"מ להיכא דיש חזקה דלא שביק היתירא כו' דפטור מן ש"ה. וכוונתו דזהו לשיטת המחבר לקמן סי' ק"מ סעי' ב' שכתב בהחזיק ג"ש אין מוסרין אותו לשבועה. דהמחבר כאן אזיל לשיטתו שם סעי' ב' ואף שהרמ"א שם כתב דזהו סברא אחרת וחולקת על מה שכתב ראשונה היינו שם בסעי' א'. אפ"ה כיון שהמחבר מביא שני דיעות דפליגי בזה א"כ ממילא לפי דעת המחבר אין לחייב ש"ה בהחזיק ג"ש דמספיקא אין מחייבין שבועה כמבואר בסי' פ"ז ש"ך ס"ק יו"ד. אבל לדינא לפי מה שהכריע הש"ך בסי' ק"מ ס"ק ה' דהעיקר דחזקה ג"ש אין פוטר משבועה וכשיטת הרמב"ם והמחבר שם סעי' א'. לכן שפיר הכריע הש"ך בסי' ע"ח דחזקה דתו"ז אינו פוטר מן ש"ה כן י"ל לכאורה:

ענף ד:

אבל באמת זה אינו דעדיין תקשה על שיטת הטור דבסי' ק"מ פסק הטור לדינא דחזקת ג"ש אין פוטר מן ש"ה וכמבואר שם סעי' א'. ואלו הכא בסי' צ"ד הביא הטור ג"כ הך דינא בסעי' ט' דמי שנתחייב שבועה ובא התובע לגלגל כו' דתקשה עדיין קושיות הש"ך דבלא"ה יכול להשביעו היסת כו'. וביותר תקשה עדיין לפי מש"כ הש"ך הכא בזה"ל מי

שנתחייב שבועת היסת וכן הוא שיטת הרמב"ם ואין להקשות דבלא"ה יכול להשביעו היסת ותירץ דמשכחת ליה בטוען כו'. א"כ כיון דעיקר קושיא זו רק על הרמב"ם דכתב להדיא בפ"א ה' טוען דין י"ג מי שנתחייב אפילו שבועת היסת כו'. א"כ הא שיטת הרמב"ם דחזקת ג"ש אינו פוטר מן ש"ה כמבואר שיטתו לקמן ריש סי' ק"מ א"כ תקשה עדיין על שיטת הרמב"ם דס"ל דחזקת ג"ש אינו פוטר מן ש"ה וכן שיטת הרמב"ם בחזקה דתו"ז דחייב שבועת היסת לאחר הפרעון כמש"כ הש"ך בשמו בסי' ע"ח ס"ק ט"ו. דאיך קאמר דמי שנתחייב ש"ה והתחיל התובע לגלגל כו' וכמו שהקשה הש"ך הכא:

ודברי הקצה"ח הכא שכתב להסביר דברי הש"ך דזה דומה לחזקה ג"ש דדעת הרשב"א דפטור מן ש"ה. אינם מכוונים דהא עיקר דברי הש"ך הוא לשיטת הרמב"ם והא הרמב"ם ס"ל בהחזיק ג"ש דחייב ש"ה. ואפשר לומר בזה דעיקר מלתא דנא אם חזקה ג"ש פוטר מן ש"ה כמו חזקה דלא שביק היתירא כו' דכתב הש"ך הכא דפוטרת מן ש"ה. דזה תלוי במש"כ הקצה"ח בסי' ק"מ ס"ק ב' לחקור בטעמא דמילתא דמהני חזקה ג"ש והביא בשם הרמב"ן דכתב דזהו מצד סברא דכיון דשתק ג"ש מוכח מילתא דמכר לו והקצה"ח האריך לבאר בשם הרמב"ם דטעמא דחזקה ג"ש הוא משום תקנת חכמים דחשו לתיקון העולם כו'. ע"כ אי נימא דחזקה ג"ש הוא משום דהוא בירור הענין והוכחה דמכר לו מדשתק ג"ש וכדברי הרמב"ן ע"כ שפיר כתב הש"ך בסי' ע"ח לדמות דכמו דחזקה ג"ש פוטר מן ש"ה כדקיי"ל לדינא וה"ה חזקה דתו"ז. אבל לשיטת הרמב"ם דטעמא דחזקה ג"ש הוא משום תקנת חכמים דחשו לתיקון העולם כמש"כ הקצה"ח שם בארוכה. ע"כ אין סברא דחזקה ג"ש תפטור מן ש"ה דאף דמהני חזקה ג"ש ע"פ תקנת חכמים מ"מ לא תהא עדיפא מן מוחזקות גמורה דאין כח במוחזקות גמורה לפטור מן ש"ה. ולפ"ז י"ל דאף דכתב הש"ך הכא לשיטת הרמב"ם דחזקה דלא שביק היתירא פוטרת מן ש"ה דזה אינו רק בחזקה דמהני מצד דהוי חזקה המבררת ע"פ הוכחה. אבל חזקה דג"ש דאינו מועיל משום חזקה המבררת רק משום תיקון העולם כיון דלא מהני מצד בירור רק מצד דעשו את המחזיק ג"ש הקרקע דדינו כמוחזק גמור ע"כ חייב ש"ה. ועיין בקונטרס הספיקות שבקצה"ח ובנתיבות סי' ל"ד ס"ק ט"ו שכתבו דחזקת ממונא לא הוי חזקה המבררת. ולכן אין כח במוחזקות לפטור מן ש"ה וה"ה בחזקה ג"ש לפי דברי הקצה"ח בסי' ק"מ. ולכן שפיר כתב הש"ך הכא לתרץ דברי הרמב"ם שכתב מי שנתחייב ש"ה והתחיל כו' דמשכחת ליה היכא דאיכא חזקה דלא שביק היתירא כו' דפוטרת מן ש"ה משום דזהו מצד בירור הענין. אבל חזקה ג"ש דס"ל להרמב"ם דחייב ש"ה שא"ה דלא הוי מצד בירור:

ואפשר לומר דהא דס"ל להרמב"ן דחזקה ג"ש פוטרת מן ש"ה כמש"כ הש"ך בשמו בסי' ק"מ ס"ק ד' הוא משום דאזיל לטעמי' דס"ל להרמב"ן דחזקה ג"ש הוא משום הוכחה כמש"כ הקצה"ח בשמו בסי' ק"מ ע"כ דינה כמו חזקה דלא שביק היתירא כו' כנ"ל. ומן דברי התוס' ב"מ (דף ק"י ע"א) ד"ה א"ל רבינא כו' שהקשו וא"ת א"כ לעולם יהיה בעל הקרקע כו' ותירצו דהוי מיגו במקום עדים דאנן סהדי אם היה בא בגזל לא הוי שתיק אלא היה מוחה עכ"ל התוס'. מוכח דס"ל להתוס' כשיטת הרמב"ן בטעמא דחזקה ג"ש דזהו משום בירור והוכחה ולא כמו שהעלה הקצה"ח ואדרבה הא כתבו דזהו כמו אנן סהדי דלא מהני מיגו נגדו. א"כ לפ"ז הדין נותן דחזקה ג"ש פוטרת מן ש"ה כיון דאילימא כמו עדים ולא מהני מיגו נגדו. ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ז' בד"ה ובהא דאמר הירושלמי מיליהן דרבנן כו' שהבאתי שם שיטת הנמוקי יוסף ריש פרק חז"ה דחזקה ג"ש הוא תק"ח ובארתי שם עפ"ז לדברי הירושלמי ע"ש. והש"ך דסי' ע"ח דכתב לדמות חזקה דתו"ז לחזקה דג"ש דכמו דחזקה ג"ש אינו פוטרת מן ש"ה דה"ה חזקה דתו"ז. מוכח דס"ל להש"ך דחזקה ג"ש הוא משום הוכחה מדשתק ג"ש וכשיטת הרמב"ן דאל"כ איך מדמה אותן להדדי. ויש להאריך בכ"ז הרבה. נחזור לענינינו דתקשה על מש"כ הש"ך הכא דחזקה דלא שביק היתירא כו' פוטר מן ש"ה ואף דמיירי בשיטת הרמב"ם כו' כנ"ל. ואלו בסי' ע"ח גבי חזקה דתו"ז העלה הש"ך בשם הרמב"ם דחייב לישבע היסת לאחר הפרעון וכן פסק לדינא דלא אילימא חזקה לאפוקי מן ש"ה. ואפשר לומר דלפי מה שהכריע הרמ"א בסי' ע"ח סעי' ב' דא"צ שבועה בחזקה דתו"ז וזהו ע"פ דברי הבית יוסף שכתב דהרמב"ם ס"ל דא"צ שבועה והובא בש"ך שם. ע"כ שפיר יש לומר דס"ל להמחבר דה"ה בחזקה דלא שביק היתירא כו' דפוטר מן ש"ה ולכן א"ש מש"כ הש"ך הכא לתרץ לדברי המחבר. אבל באמת ז"א דהא מסיק הש"ך בסי' ע"ח להשיג על הבית יוסף והוכיח דהרמב"ם ס"ל דצ"ש בחזקה תו"ז והכא הא מיירי לתרץ דברי הרמב"ם כנ"ל:

ענף ה:

והעיקר נלע"ד בכ"ז דדוקא היכא דאין אנו צריכים להחזקה רק לענין חיוב שבועה להנתבע כמו בטענת הלוה להמלוה לקחת ממני רבית והמלוה משיב בהיתר לקחתי דכיון דהמלוה הוא מוחזק ואין אנו צריכים להחזקה דלא שביק היתירא כו' לענין להחזיק גוף הממון ביד המלוה. ע"כ כח החזקה בתוקפה וסותרת להחזקה דא"א תובע כו' ולכן פוטרת מן ש"ה שאנו דנין כעת. אבל בהא דסי' ע"ח בחזקה דתו"ז דע"י כח החזקה דתו"ז אנו מוציאין הממון מן הלוה וכיון דעשינו פעולה ע"י הך חזקה להוציא

הממון ע"כ אין כח שוב בהך חזקה דתו"ז להיות פוטר משבועת היסת לאחר הפרעון דאין כח בהחזקה לפעול כ"כ היינו להוציא ממון וגם לפטור מן ש"ה. [ועיין בש"ך סי' פ"ט ס"ק יו"ד מש"כ כלל חדש בענין שבועת המשכון בנק"ח ובמש"כ הש"ך בסי' צ"ב ס"ק ח' ובסי' פ"ז ס"ק ל"ה וקצרתי. וזה כוונת הש"ך בסי' ע"ח ס"ק ט"ו שכתב דצ"ש לאחר הפרעון דהך חזקה דתו"ז משוי ליה כאלו המלוה מוחזק בממון ודומה לחזקה דג"ש כו'. דזהו כיון דעשה החזקה דיהיה נחשב המלוה מוחזק בהממון ע"כ אין כח לפעול יותר דה"ל כמו שנתבטלה החזקה דתו"ז מכבר כיון שנעשה מעשה ע"י כח החזקה דתו"ז. וה"ה בחזקה דג"ש דע"י כח החזקה די' שתהא מפקעת זכות הבעלים הראשונים דקרקע בחזקת עליה עומדת ומשום כח החזקה ג"ש אנו מעמידין הקרקע בחזקת המחזיק אבל אין בה כח לפעול כל כך ולפטור אותו מן ש"ה ג"כ:

והא שכתב הש"ך הכא דמשכחת ליה בטוען פרוזבל היה לי ואבד דפטור מן ש"ה אף דהחזקה דלא שביק היתירא ועשה פרוזבול היה תועלת עי"ז להוציא הממון מן הלוה. עכ"ז י"ל דבאמת היכא דהמלוה טוען שהלוה ישלם לו החוב ע"י טענתו דפרוזבל היה לי ואבד בזה י"ל ג"כ כיון דע"י החזקה הלז עשינו מעשה להוציא הממון מן הלוה ע"כ אין כח שוב בהחזקה הנ"ל להיות פוטר את הלוה מן ש"ה לאחר הפרעון. וי"ל דהא שכתבו התוס' בגיטין (דף ל"ז ע"ב) בד"ה לא שביק כו' בשם ר"ת דנאמן המלוה בלא שבועה וכ"כ הרא"ש שם. היינו לענין שבועה קודם הפרעון אבל לעולם י"ל דשבועה לאחר הפרעון צריך כמו דאמרו בחזקה דתו"ז. והא שכתב הש"ך הכא דמשכחת ליה בטוען פרוזבל היה לי כו' דפטור מן ש"ה. י"ל דמשכחת ליה היכא דהמלוה אין רוצה לגבות בשטרו ולהוציא החוב מן הלוה כגון דהלוה הוא עני וכה"ג וע"כ אינו רוצה להזדקק ולטעון מן הלוה. אלא מיירי היכא דהלוה רוצה וטוען שהמלוה יחזיר גוף השטר להלוה ומיירי דגוף הנייר הוא ש"פ לצור ע"פ צלוחיתו כעין הא דקידושין (דף מ"ח) דאמרו שמין את הנייר אם יש בו ש"פ כו'. או כעין מש"כ הש"ך בסי' נ"ד ס"ק ד' בשם הה"מ דהשטר הוא ש"פ מחמת הראיה שבו ונשבעין היסת ע"ז ע"ש. וכיון דמיירי היכא דהמלוה אינו מזדקק לתבוע מן הלוה את החוב שלו מחמת איזה טעם וסיבה א"כ עדיין לא עשה שום פעולה כח החזקה דלא שביק היתירא. אך דאנו דנין בתביעת הלוה להמלוה גוף הנייר משום דלדברי הלוה שטוען ברי דלא עשה המלוה פרוזבול א"כ שייך גוף הנייר להלוה כמבואר בסי' ס"ז סעי' ל"ז ועיין בסמ"ע וט"ז שם. וכיון דעדיין לא עשה שום פעולה כח החזקה דלא שבק. ע"כ החזקה בתוקפה להיות פוטר את המלוה מן ש"ה כדין כל חזקה הסותר להחזקה דא"א תובע כו' ופוטרת מן ש"ה כנ"ל. והש"ך קיצר בזה וכיון דמשכחת

ליה עכ"פ איזה אופן דיהיה תועלת מן החזקה לפטור מן ש"ה ע"כ א"ש מה דכתבו דרוצה לגלגל עליו. דנפ"מ אם הוא באופן הזה: ועוד י"ל דשאני הך טענה דפרוזבל היה לי ואבד דנאמן אף בלא שבועה. משום דמיירי במקום שרגילין כולן לכתוב פרוזבול וכמש"כ הב"ח לח"מ סי' ס"ז ס"ק ל"ד לחלק דבמקום שרגילין נאמן בלא שבועה ובמקום שאין רגילין אינו נאמן בלא שבועה אבל בשבועה נאמן בכל גווני ע"ש בב"ח. ע"כ י"ל דאף דמשמע מהפוסקים דנאמן לומר פרוזבל היה לי ואבד אף בלא שבועה לאחר הפרעון ג"כ. די"ל דזהו במקום שרגילין כו' אבל במקום שאין רגילין צריך שבועה. ואפשר לומר דבכה"ג צריך שבועה בנק"ח אף קודם הפרעון וכמו בטענת בהיתר לקחתי הרבית דצריך שבועה בנק"ח מקודם הפרעון כמבואר ביו"ד סוף סי' קס"ט ובח"מ סי' פ"ב ש"ך ס"ק כ"א. ולכן א"ש מה דאמרו בטענת פרוזבל היה לי ואבד דנאמן לגבות בל"ש משום חזקה דלא שביק כו' ואלו גבי רבית צ"ש בנק"ח כשטוען בהיתר לקחתי אף דאיכא חזקה דלא שביק כו'. משום דשאני בפרוזבל דמיירי שרגילין כולן לכתוב פרוזבל. וע"כ א"ש מה דכתבו גבי טענת פרוזבל היה לי דא"צ שבועה כלל ומשמע דאף לאחר הפרעון ג"כ א"צ שבועה. משום דיש לו מעלת דרגילין כולן כו'. ע"כ בצירוף החזקה דלא שביק כו' סמכינן דא"צ שבועה כלל אף לאחר הפרעון. וא"ש דברי הש"ך ולא סתרי אהדדי:

ולפמש"כ א"ש מה דיש להעיר בהא דסי' פ"ב סעי' יו"ד בהוציא שט"ח וטען טענות דאין השטר עומד לכך דישבע היסת לאחר הפרעון. ולא אמרינן דהא נגד החזקה דא"א תובע כו' יש כנגדו החזקה של השטר. משום דכיון דכבר עשה השטר כח להוציא הממון מן הלוה ע"כ נתבטל תוקף השטר ונשאר רק החזקה דא"א תובע כו' ומחייבינן ש"ה עי"ז. ומטעם זה אתי שפיר הא דמבואר בסי' פ"ט סעי' ג' דאם תבע השכיר להבעה"ב אחר זמנו ישבע בעה"ב היסת דלכאורה קשה לפי מה שנתבאר דהיכא דאיכא חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' אין לחייב ש"ה. א"כ התם הא איכא חזקה דאין שכיר משהא שכרו וחזקה דאין בעה"ב עובר בכל תלין כמבואר ברפ"ז דשבועות. וזהו סותר להחזקה דא"א תובע כו' ואמאי חייב היסת. אכן לפמש"כ ניחא דשא"ה דכבר עשה פעולה הך חזקה דאין בעה"ב עובר בכל תלין וחזקה דאין שכיר משהא שכרו להיות מגרע עי"ז הזכות שנתנו חז"ל להשכיר להיות נשבע ונוטל ע"י מה דאמרו ברפ"ז דכל הנשבעין דרק מחמת הנך חזקה דאין שכיר כו' ואין בעה"ב עובר כו' נגרע זכות השכיר. וכיון דכבר נעשה פעולה ע"י כח החזקות הנ"ל ע"כ אין כח בהנך חזקות להיות פוטר מן ש"ה וא"ש הכל על נכון:

ואחר כותבי כל זה ראיתי בהפלאה בק"א לכתובות סי' צ"ו ס"ק ו' שכתב ג"כ להעיר בדברי הש"ך דסי' ע"ח דפסק דאף בחזקה תו"ז צריך שבועת היסת לאחר הפרעון והקשה הא כיון דנסתר החזקה דא"א תובע כו' א"כ אין מקום לחייבו ש"ה ותירץ דכיון דכבר הועיל החזקה דתו"ז להוציא ממון אינו מועיל לפטור משבועה נגד חזקה דא"א תובע עכ"ל ההפלאה וקיצר בזה ות"ל שכיוונתי לדעתו הגדולה. ולפ"ז יוצא לנו דין מחודש מכל מה שנתבאר בע"ה דהיכא דאיכא חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' פטור מן שבועת היסת אבל היכא דכבר היה לנו תועלת מן החזקה אז אין כח בהחזקה הסותרת כו' לפטור מן ש"ה וחייב שבועת היסת. ובעיקר הדבר שנתבאר דהיכא דאיכא חזקה הסותרת לחזקה דא"א תובע כו' דאין לחייבו ש"ה כעין זה ראיתי בהפלאה בק"א לכתובות באה"ע סי' פ' סעי' ט"ז טען הוא שאינה עושה והיא אומרת שאינה נמנעת מלעשותן מושיבין אשה ביניהם. והקשה הח"מ והב"ש דאמאי לא תקנו שבועה כו' וכתב ההפלאה בזה"ל נראה ליתן טעם כיון דאמרינן בגמ' דשבועות דטעם תקנת שבועת היסת הוא משום חזקה א"א תובע כו' והכא איכא חזקה כנגדו דחזקה אין אשה מעיזה כו' ותו דחזקה דאין אשה מעיזה אילימא טובא כו' עכ"ל ההפלאה. וזהו כעין הסברא שכתבתי לעיל בשם הט"ז סעי' ו' כאן שכתב ג"כ כעין הכלל הנ"ל: ענף א:

שוב ראיתי דיש להעיר בכ"ז בדברי התוס' בב"מ (דף ו' ע"א) בד"ה אלא הא דא' ר"נ כו' וכן פי' רב האי גאון שמשביעין שבועת היסת אקרקעות אע"ג דלא שייך אשתמוטי וקשה דבפרק שבועת הדיינים משמע דלא מחייב ש"ה אלא משום אשתמוטי דפריך אדרבה א"א מעיז ומשני דמשתמיט וי"ל כיון דבשאינו בעין משתמיט אף כשהוא בעין לא פלוג רבנן א"נ אקושיא דר"ח סמך עכ"ל התוס'. ובשבועות (דף מ' ע"ב) בתוס' ד"ה אישתמוטי כו' הקשו ג"כ כמו שהקשו בב"מ ותירצו כמש"כ התוס' בב"מ בתירוץ ב'. ובמרדכי פ"ו דשבועות הביא בשם רב האי דש"ה נשבעין על קרקעות אע"ג שמוכח שם דעיקר ש"ה ניתקן בדבר דשייך אשתמוטי מ"מ הואיל והתחילו התקנה תקינו בכל דבר ואפילו בחפץ שהוא בעין כו'. והנה לפי תירוצם בשבועות ובב"מ בתוס' בתירוץ השני מוכח דס"ל דוקא היכא דשייך אשתמוטי תקנו שבועת היסת אבל בתבעו קרקע או חפץ זה כיון דאינו שייך אשתמוטי אין לחייבו ש"ה כיון דאיכא חזקה א"א מעיז. [וס"ל להתוס' דלאו דוקא בפני בע"ח אמרו כן]. הרי דמוכח לפ"ז דהיכא דאיכא חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' אין לחייבו ש"ה. ולפ"ז שפיר כתבתי לעיל לשיטת הט"ז לדון דהיכא דאיכא איזה חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דאין לחייב ש"ה וכמש"כ ההפלאה כלל זה אבל לפי תירוץ הראשון של התוס' בב"מ והמרדכי בשבועות

דאף בחפץ בעין אף דאינו שייך אשתמוטי מ"מ נשבעין ואע"ג דאיכא חזקה א"א מעיז כו' הסותרת כו' מ"מ תקנו ש"ה משום לא פלוג בתקנתם. הרי דמוכח דס"ל דאף היכא דאיכא איזה חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' מ"מ תקנו ש"ה ולא חלקו בתקנתם. וידעתי מה דיש לדחוק ולחלק ביניהם אבל מ"מ האמת יורה דרכו דכמו דמצינו דתקנו ש"ה אף היכא דאיכא חזקה הסותרת לחזקה דא"א תובע כו' דה"ה אף היכא דאיכא חזקה אחרת הסותרת כו'. א"כ הכלל שכתב ההפלאה לדון בטען שאינה עושה כו' דלכן פטורה משבועה לפי דיש חזקה דאין אשה מעיזה כו' הסותרת לחזקה דא"א תובע כו'. זה תלוי בהנך תירוצים של התוס' והמרדכי ולפי מה דקיי"ל לדינא דמשבעינן ש"ה אף על קרקעות וחפץ בעין א"כ מוכח דאף היכא דאיכא חזקה הסותרת כו' ג"כ תקנו ש"ה. אך מש"כ הט"ז כאן סעיף ו' דהיכא דאיכא רוב הסותר להחזקה דא"א תובע כו' אינו נשבע היסת. א"ש אף לדינא לפי דהא רוב עדיף מחזקה לכן אף להך תירוצא של התוס' והמרדכי דאמרינן לא פלוג בתקנתם מ"מ אינו מוכח כן רק היכא דאיכא חזקה השקולה כמו חזקה א"א תובע כו' דבזה תקנו ש"ה אבל היכא דאיכא רובא דעדיף מחזקה או איזה חזקה אלימתא וכעין דברי ההפלאה בסי' פ' שם שכתב ותו דחזקה דאין אשה מעיזה אלימא וטבא כו' דכה"ג פטור מן ש"ה לכל הנך תירוצים:

אך י"ל דאין ראי' מן תירוץ א' של התוס' ב"מ והמרדכי הנ"ל לסתור להכלל שכתב ההפלאה. והוא דהא כתבו התוס' ב"מ (דף ה') בד"ה למ"ד הילך פטור כו' בזה"ל ושמא גם בקרקע שייך קצת אשתמוטי כי שמא משכנה וסבר עד דה"ל זוזי ופרענא לי'. ולפ"ז י"ל דמה שכתבו התוס' בב"מ (דף ו') הנ"ל דבקרקע לא שייך אשתמוטי כו' ע"כ כוונתם דלא שייך בקרקע אשתמוטי כל כך כמו במטלטלין וכמש"כ המהר"ם שיף בב"מ (דף ו') בתוס' שם. ולכן י"ל דאף לפי מש"כ התוס' שם דלא פלוג בתקנתם דזהו דוקא התם דאע"ג דלא שייך אשתמוטי בקרקע כמו במטלטלין מ"מ קצת אשתמוטי שייך בי'. וע"כ איתרע לי' כח החזקה דא"א מעיז כו' דאין בה כח לסתור למעלת החזקה דא"א תובע כו' משום דגם בכה"ג י"ל קצת אשתמוטי כו'. ואף דאם לא הי' סברת לא פלוג לא היו מתקנים ש"ה בכה"ג מ"מ עכשיו שתקנו ש"ה היכא דשייך שפיר לדון אשתמוטי כו' ע"כ אף היכא דלא שייך לדון כ"כ אשתמוטי ג"כ תקנו. וכעין זה מצינו בגיטין (דף י"ח ע"א) בתוס' ד"ה הנהו קלא אית להו כו' וי"ל גזירה שמא יחפה על בני' ממזרים כו'. וכתב הפני יהושע שם דאף דמשום זה לחוד לא הי' מתקנים לכתוב זמן בגט מ"מ עכשיו דתקנו כו' ממילא שייך התקנה הלז אף היכא דלא שייך רק החשש שיחפה על בני' ממזרים משום לא פלוג כו' ע"ש. אבל היכא דיש לפנינו חזקה מעליא ולכה"פ כעין החזקה דא"א תובע

כו'. בזה שפיר יש לדון כדברי ההפלאה דפטור מן ש"ה וכפי פשט הסוגיא דשבועות (דף מ') דהקשו אדרבה חזקה א"א מעיז כו' דמוכח דס"ל דכיון דאיכא חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דלא תקנו ש"ה בכה"ג ומן דברי התוס' בב"מ (דף ו') אינו מוכח לסתור זה. וכיון דמן התוס' בשבועות בתירוצם וכן מן תירוץ ב' של התוס' בב"מ מוכח כדברי ההפלאה. ע"כ אין לנו להרבות במחלוקת לפי מה שנתבאר די"ל דכ"ע מודו לזה ולכן שפיר יש לדון להכלל של ההפלאה וכן מיסתבר. ואחר כותבי כ"ז מצאתי בשער משפט סי' ע"ח ס"ק ז' שהעיר ג"כ קצת כדברי ההפלאה וכתב לחלק בזה במש"כ התוס' בפ"ק דב"מ (דף ו') ע"ש. אבל העיקר כמו שכתבתי בע"ה:

ענף ב:

ועדיין יש להעיר על זה מן המבואר בח"מ סי' פ"ח סעיף כ"ב דמי שנתחייב שד"א מחמת שהיה מודה במקצת ולא רצה לישבע ושילם דאחר הפרעון יכול להשביעו היסת וכמבואר בטור שם סעיף כ"ה שיטעון עליו שנטל ממנו ממון שלא כדין וישביעו היסת. וקשה דהא מתחלה דהי' הנתבע הלז בשם תובע בעת דתבע ממנו מעיקרא ונתחייב אז שד"א א"כ הי' אז להתובע הראשון חזקה דא"א תובע כו' שהיה מסייעתו. ע"כ לכאורה הדין נותן דעכשיו שנהפך הנתבע הראשון להיות בשם תובע דלא יהי' מחוייב הנתבע דהיה תובע הראשון להיות נשבע היסת כיון דעיקר חיוב ש"ה הוא משום חזקה א"א תובע כו'. וכבר נתבאר דהיכא דאיכא חזקה הסותרת כו' דבכה"ג לא תקנו ש"ה. א"כ נגד החזקה דאין אדם תובע כו' דיש להתובע השני עכשיו. הא איכא חזקה דא"א תובע כו' דהיה מכבר להתובע הראשון דזהו מברר כדברי התובע הראשון וסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דיש להשני ויהי' פטור מן ש"ה ומדחזינן דגם בכה"ג תקנו דין ש"ה א"כ מוכח לדינא לומר דאף היכא דאיכא איזה חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דגם בכה"ג תקנו לחיוב ש"ה משום לא פלוג וכעין פשטות דברי התוס' בב"מ (דף ו') בתירוץ קמא שם וכמש"כ המרדכי בפ"ו דשבועות ודלא כדברי ההפלאה: ויש לומר דגם מזה אין סתירה לדברינו והוא דהא לעיל כתבתי לבאר דהיכא דהיה תועלת מן החזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דבכה"ג הדין הוא דחייב ש"ה ע"פ החזקה דא"א תובע כו' משום דהחזקה הסותרתו עשה פעולתו מכבר וה"ל כמו דנתבטלה כבר ופקע לי' כח החזקה הלז וכמאן דליתא דמי. ומה"ט בחזקה דתו"ז כיון דהועיל להוציא ממון מהמוחזק ע"כ אינו מועיל להיות פוטר גם משבועה לאחר הפרעון דאין בכחה להיות פועל של ענינים וכמש"כ ההפלאה סברא זו בקצרה בסי' צ"ו ס"ק ו' כנ"ל וה"ה יש לדון כן בהך שכתבו להשביע ש"ה לאחר הפרעון במי שנתחייב שד"א מתחלה משום הודאה

במקצת. די"ל דגם עיקר חיוב שד"א במודה במקצת דזהו ג"כ משום החזקה דא"א תובע כו' דיש להתובע שטוען ברי דהא דחייבה התורה להיות נשבע שד"א במודה במקצת על טענת ברי של התובע י"ל דזהו ג"כ משום חזקה א"א תובע כו' דיש להתובע. א"כ כיון דהחזקה א"א תובע כו' היה פועל לחייב שד"א להנתבע ע"כ אינו יכול לפעול יותר וכעין סברת הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ל"ה גבי עד מסייע דאין העד יכול לפעול שתי פעולות היינו לחייב שבועה ואח"כ לפטור וכ"כ בסי' צ"ב ס"ק ח'. וה"ה הכא דאין יכולת שוב בכח החזקה דא"א תובע כו' דהיה להתובע הראשון לחייב שד"א דכיון דלא רצה לישבע והוכרח לשלם מחמת החיוב שד"א ע"כ אינו יכול שוב לפטור את הנתבע השני מן ש"ה ע"י החזקה דא"א תובע דהיה לו מכבר כיון דכבר עשה פעולה דמחמתו הוכרח לשלם כבר. ולכן אין מזה סתירה לדברינו:

ועדיין יש להעיר במה שמבואר בסי' פ"ב סעי' י' דאם טען על השטר טענות שאין השטר עומד לכך דישלם ואח"כ יטעון עליו להשביעו היסת. דקשה ג"כ דהא בעת דבא המלוה בשטרו לתבוע מן הלוה היה לו אז חזקה דא"א תובע כו' דמסייע לדבריו. א"כ כח החזקה דא"א תובע כו' דהיה להמלוה בעת שבא לתבוע בשטרו מתחלה וזהו סותר להחזקה דא"א תובע כו' דיש להתובע השני כעת ע"כ הדין נותן דלא יצטרך לישבע ש"ה לאחר הפרעון. ובזה אין לומר כמש"כ לעיל גבי חיוב שד"א דאם לא רצה לישבע ושילם דמשביעו ש"ה לאחר הפרעון. דשא"ה די"ל דעיקר חיוב שד"א הוא ג"כ משום החזקה דא"א תובע כו' כנ"ל. אבל בתביעתו עם השט"ח דהא בזה לא אתינן להצטרך להחזקה דא"א תובע כו' אלא משום כח השטר שהיה ת"י יכול לגבות מן הלוה. ואף דאם בעל השטר טוען שמא אינו גובה כמבואר בסי' נ"ט היינו משום דכיון דה"ל למידע וטוען שמא איתרע כח השטר וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ב ס"ק י"ז וכמש"כ בספרי נחל יצחק לסי' נ"ט. ועוד דהא בטענות הלוה על השטר בהטענות שאין השטר עומד לכך בזה הדין הוא דאף אם בעל השטר טוען שמא ג"כ גובה וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ב ס"ק י"ז דדוקא בטענות פרוע כיון שהשטר עומד לפרעון אינו גובה אם המלוה טוען שמא וכמש"כ מזה בספרי נחל יצחק סי' נ"ט ע"ש. ע"כ בוודאי לא בעינן להחזקה דא"א תובע כו' בעת שתבע בשטרו מן הלוה לכן שפיר יש בזה כח החזקה דא"א תובע כו' דהיה להמלוה בעת שבא לתבוע בשטרו מהלוה דזהו סותר להחזקה דא"א תובע כו' דיש להלוה בעת שבא לטעון על המלוה לאחר הפרעון. וכיון דישנו להחזקה כו' הסותרתו א"כ הדין נותן דלא יוכל להטיל שבועה על המלוה לאחר הפרעון והוי מזה סתירה לדברינו ולדברי ההפלאה:

ויש ליישב ע"פ דברי ההפלאה בסי' צ"ו סעי' ט"ז שכתב דהיכא דאיכא שטרא דמסייע להחזקה דא"א תובע כו' דנסתר מעלת החזקה דא"א תובע כדמצינו בכמה דוכתי בכה"ג ע"ש. וכן מצינו בב"מ (דף י"ח ע"ב) בתוס' ד"ה אין הבעל מודה כו' דכיון דהגט מסייעה מעיזה פניה. וכ"כ התוס' בגיטין (דף כ"ז) ואף דבאמת מצינו דכתבו לדינא דאם יאמר א"א בתק"ח כו' יכול להשביעו היסת. היינו דאף דאין כח מעליא כ"כ בהחזקה דא"א תובע כו' בכה"ג מ"מ יכול להשביעו היסת כיון דיש קצת כח החזקה דא"א תובע אף בכה"ג. אבל מ"מ אין כח בהחזקה דא"א תובע דהיה להמלוה בעת שבא לתבוע בשטרו מהלוה להיות סותר עכשיו להחזקה דא"א תובע כו' דיש להלוה הבא לתבוע שנית מן המלוה לאחר הפרעון דהא גרוע כח החזקה כו' דהיה להמלוה בראשונה לפי די"ל דכיון דהשטר מסייעתו ע"כ תבע מהלוה וכסברת ההפלאה. וכיון דאילימא כח החזקה דא"א תובע כו' דיש להלוה בעת שבא לתבוע מהמלוה לאחר הפרעון ע"כ שפיר פסקו דיכול להשביעו היסת ואין מזה סתירה לדברינו. וכן יש להעיר לכאורה עפ"ז מן הא דחזינן דאם שני בע"ד כ"א תובע מחבירו מנה דהדין הוא דכ"א נשבע היסת להפטר מחבירו ועיין בסי' ע"ב סעי' כ"ח. דלפי מש"כ דהיכא דיש חזקה הסותרת להחזקה דא"א תובע כו' דאינו נשבע היסת א"כ היכא דכ"א תובע מחבירו דיש לכ"א חזקה דא"א תובע כו' המסייעתו הדין נותן דלא יצטרכו כ"א לישבע לפי דה"ל כמו דנתברר ע"י החזקה דא"א תובע כו' דכ"א חייב לחבירו מנה דהדין נותן דכ"א יעמוד בשלו ואפוכי מטרתא ל"ל היכא דאין נפ"מ בהפרעון כמבואר בסי' פ"ה ועיין בסי' ס"ו ש"ך ס"ק ע"ד. אך י"ל דגם מזה אין סתירה לדברינו דשאני היכא דהוי ריעותא בעיקר החוב דתובע ע"י חזקה הסותרתו. משא"כ התם דאין ריעותא בעיקר החוב רק דהיכא דהוי חוב ידוע אמרינן דאפוכי מטרתא ל"ל והיכא דיש נפ"מ באיזה ענין אמרו דזה גובה וזה גובה. וה"ה הכא די"ל דילמא א' לא ירצה לישבע ע"כ שפיר אמרו דכ"א ישבע היסת. וכן מה דקיי"ל בסי' ע"ח ש"ך ס"ק ט"ו בחזקה דתוו"ז דנשבע היסת לאחר הפרעון. י"ל בזה ג"כ כמו שכתבתי לעיל לחלק דשאני בשטר לאחר הפרעון דנשבע היסת דזהו ע"פ סברת ההפלאה דהיה השטר מסייעתו. וה"ה היכא דהחזקה דתוו"ז היה מסייעתו ולכן אזלא בזה מעלת החזקה דא"א תובע כו' וכנ"ל:

ועיין לעיל בחידושי לסי' פ"ז סעי' י"ב מה שכתבתי שם לחלק ע"פ הנ"ל דשאני שבועה דבא ע"י ע"א מן שבועת מודה במקצת דמשביעו היסת לאחר הפרעון. וראיתי בספר ברית אברהם ח' ח"מ סי' י"ד אות וא"ו שכתב לחקור דרוב הא מועיל לפטור משבועה ע"ש. ולפי מש"כ לעיל די"ל דעיקר שד"א במודה במקצת הוא ג"כ משום חזקה דא"א

תובע כו' א"כ גם בזה יש לדון למה שכתב הט"ז כאן סעי' וא"ו דהיכא דאיכא רובא המסייע להנתבע פטור מן ש"ה כיון דרוב עדיף מחזקה ע"כ איתרע לי' כח החזקה דא"א תובע כו'. וה"ה י"ל כן בשד"א לפי מש"כ כנ"ל. ויש לדון בכל הנ"ל הרבה. והא דאמרינן בכל תובע מחבירו מנה הלויתיך או גזלתני דמשביעין היסת ולא אמרינן אוקי אחזקה דלא נעשה דבר מחודש של ההלוואה וכש"כ בטענת גזלתני דאיכא חזקת כשרות המסייע להנתבע וזהו סותר להחזקה דא"א תובע כו'. משום דשאני אוקי אחזקה דאין זה חזקה מצד בירור הענין אלא מצד גזירת התורה וכמש"כ החמדת שלמה ח' אה"ע סי' כ"ג ע"ש. אבל לעולם י"ל דהיכא דיש חזקה מצד בירור הענין הסותר להחזקה דא"א תובע כו' דבכה"ג פטור משבועת היסת וכמש"כ ההפלאה:

ענף ג:

והלח"מ תירץ דמיירי שקיבל עליו בב"ד לישבע עיקר שבועה ולא להפך. כוונתו אף דמבואר לקמן סעיף ו' ובסמ"ע ס"ק י"ב דיכול לומר על העיקר אשבע והגלגול יכול להפך. מ"מ ז"א רק היכא דבידו להפך אף עיקר השבועה אם היה רוצה הנתבע להפך ע"כ אף היכא דרוצה בעצמו לישבע עיקר השבועה מ"מ יכול להפך הגלגול משום דיש להגלגול דין עיקר השבועה דהיה יכול להפכה. אבל היכא דקיבל עליו לישבע דוקא עיקר השבועה ולא להפך א"כ כיון דאינו יכול כלל להפך להעיקר ה"ה דאינו יכול להפך להגלגול ג"כ. וכעין דברי הש"ך לקמן ס"ק י"ב דבגלגול שבועה דאורייתא כיון דאינו יכול להפך להעיקר ע"כ אינו יכול להפך גם להג"ש דכחד שבועה דמי וה"ה הכא שייך לומר הסברא דיש להג"ש כל תוקף שבועת העיקר ואתי שפיר דברי הלח"מ. וראיתי בחדושי הגהות ר"ע איגר זצ"ל שנשאר בצע"ג על דברי הש"ך בשם הלח"מ ע"ש אבל באמת אין זה קשה כלל כנ"ל:

ענף ד:

כשמגלגל עליו תביעות ודאיות ואמר הנתבע איני רוצה להשבע אלא הריני משלם כו' אין שומעין לו כו'. ומקורו הוא מירושלמי ב"מ פ"ג ה"א ושבועות פ"ז פ"ח והובא באלפסי לשבועות ספ"ז וברא"ש שם. וברמב"ם פ"א ה' טוען ה' י"ג במ"מ שם:

ויש לדון במה דקיי"ל דמגלגלין על כל נשבעין ונוטלין חוץ משכיר כמבואר בשבועות (דף מ"ט). דבזה הדעת נוטה דלא דיינינן כן אלא היכא דהוא נשבע ונוטל אבל היכא דאומר עכשיו דאיני רוצה לישבע וליטול דבזה הדין נותן דאין לגלגל עליו כלל משום דיכול לומר א"א בתקנת חכמים וכעין המבואר בסי' פ"ז סעיף י"ב. וגם היכא דהוא נשבע ונוטל מה"ת כמו בטוען על שטרו ג"כ יכול לומר דאיני רוצה בזכות זה כלל וכעין הא

דסי' פ"ב סעיף ט' דגם בנשבע על שטרו יכול לומר א"א בזכות זה והחילוק הוא פשוט דדוקא במי שנתחייב שבועה להפטר בזה שפיר שייך לומר דכיון דהוטל עליו חיוב שבועה כבר ע"כ אמרו דשבועה גוררת שבועה אף דיכול למיפטר מן עיקר שבועה אם ישלם ממון עכ"ז כיון דאין יכולים לחייבו ממון כ"ז דלא הודה רק שבועה ע"כ קרינן בי' דהוא חייב שבועה וממילא יכולין לגלגל עליו עוד לחיוב שבועה. משא"כ בנשבעין ונוטלין דכ"ז דאינו נוטל הממון אין עליו חיוב שבועה כלל רק אם ירצה להוציא הממון אז הדין דאין יכול להוציא בלא שבועה ע"כ לא שייך בכה"ג דין ג"ש כ"ז דאינו נשבע להיות נוטל. והא חזינן דגם בעיקר הדין דאם משלם לעיקר שבועה אם מיפטר מן ג"ש הוא פלוגתא בב"מ בירושלמי רפ"ג דב"מ דר' יוסי ס"ל דלא חייבה תורה שבועה להחמיר אלא להקל עליו שיהיה יכול למיפטר ע"י שבועה וע"כ במשלם לעיקר שבועה ס"ל לר"י דאין יכול לגלגל עליו. ואנן קיי"ל כת"ק דהתם דפליג על ר"י וכמש"כ האלפסי בספ"ז דשבועות וכמו דס"ל לר' זעירא בסוף פ"ז דשבועות בירושלמי ע"כ הסברא נותנת דכיון דאין לנו הכרע דגם בנשבעין ונוטלין ס"ל להת"ק דר' יוסי דמגלגל עליו לעולם אף באומר עכשיו איני רוצה לישבע וליטול לכן אין לנו לחדש מדעתינו ולדון דיהיה תורת ג"ש גם בכה"ג כיון דר' יוסי ס"ל דבכל גווני ליכא תורת ג"ש בכה"ג ואין לנו להרבות בפלוגתא כידוע כלל זה בכ"ד. ואף דלפי פי' הרא"ש בספ"ז דשבועות אין לדון כן עכ"ז יש לדון כן לפי' האלפסי שם דפירש דפליגי בזה הדין ר' יוסי עם הת"ק שלו כנ"ל:

וכן יש להוכיח מן ב"מ (דף ז') דתני רב תחליפא כו' שנים אדוקין בטלית זה נוטל כו' והשאר חולקין בשוה מחוי ר"א והשאר בשבועה וכגירסת הרמב"ם פ"ט ה' טוען ה"ט ובח"מ סי' קל"ח סעיף ג'. ומבואר שם דבדין ג"ש לעולם נשבע אף על מה שתפוס בידו וכמש"כ שם המ"מ ע"ש. וקשה דא"כ אמאי אמרו והשאר בשבועה הא כיון דנשבע על השאר ממילא חייב לישבע אף על מה שתופס בידו משום ג"ש וכעין קושיות הש"ס בב"מ (דף ל"ה) דקאמרי כיון דמשתבע מלוה שאינו ברשותו לישתבע נמי אג"ש כמה היה שוה. ומה דמתרץ הש"ס התם תהא במאמינו לא שייך הכא כיון דקאמרי והשאר בשבועה אם כן לישתבע משום גילגול שבועה עדיין. וכעין זה הקשה השיטה מקובצת לב"מ (דף ה') עלה דתני רב"ח ארבעה שומרים צריכין כפירה והודאה במקצת דהא כיון דנשבע על פרה דכפירה ממילא ישבע על פרה דנאנסה משום ג"ש ותי' שם בשם הראשונים דאתא קרא למימר דאפילו היכא דאינו רוצה להשביעו על פרה דכפירה דנשבע על פרה דאונסין כו'. והובא באו"ת לסי' צ"ד ס"ק וא"ו וכתב דמזה מוכח דהיכא דעיקר טענה הוא טענת ספק דאז אם אינו משביעו על העיקר אז אין יכול להשביעו משום גילגול שבועה

כלל וכמו שכתב הרמב"ם הלכות טוען פרק א' הלכה י"ג ובשו"ע שם. אכן הכא דתני שנים אדוקין בטלית כו' ומסיים והשאר בשבועה הרי דמיירי בטוענים ברי ומכחישין זא"ז וכמו דאמרו במשנה ז"א כולה שלי וז"א כו' א"כ אף היכא דאינו רוצה לישבע על השאר וליטול ג"כ יהיה חייב לישבע על מה שתופס בידו בתורת ג"ש עדיין דהא גם במשלם עיקר הטענה אינו נפטר מג"ש. וידעתי מה דיש לדחוק ולומר דנפ"מ ממה דאמרו דעל מה שתופס בידו אינו חייב שבועה דזהו אם יבואו עדים למיפטרי' מן עיקר השבועה על השאר דאז אינו חייב לישבע על מה שתופס בידו. וכן י"ל דנפ"מ היכא דליכא שאר כלל בנתיים רק כ"א תופס בידו כל המחצה דאז אינו שייך ג"ש כלל. דכ"ז דוחק דהא עכ"פ במה דאמרו שם דמיירי דליכא עדים ויש לנו השאר שאינן תפוסים בו וע"כ אמרו דהשאר בשבועה משום דמיירי בדליכא עדים ע"ז. ע"כ תקשה כיון דטענו להכחיש זא"ז על השאר ג"כ. דבזה אף היכא דאינו רוצה ליטול השאר ולישבע דג"כ הא חייב עדיין לישבע על מה שתופס בידו משום ג"ש. אכן לפי מש"כ דבנשבעין ונוטלים הדין הוא דהיכא דאינו רוצה ליטול ולישבע דאז אין בזה תורת ג"ש כלל אתי שפיר מה דאמרו והשאר בשבועה משום דהא מה דאמרו בשנים אוחזין בטלית דז"א כולה שלי כו' דישבע כו' הא זה מקרי נשבע ונוטל וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' קל"ח ס"ק ג' דליכא בזה תורת היפוך שבועה משום דהא מבואר בסי' פ"ז סעיף י"א וי"ב דבנשבעין ונוטלין ליכא תורת היפוך שבועה. הרי דזהו בשם נשבעין ונוטלין משום סברת התוס' בב"מ (דף ב') ד"ה וזה נוטל רביע כו' דבחצי' השני מוחזק זה כמו זה. ולכן הדין נותן דאף דטענו כ"א כולה שלי ויש שם השאר מה שאינן אדוקין בו עכ"ז אם אינו רוצה ליטול השאר ולישבע רק למה שתופס בידו בלבד בזה שפיר אמרו דהשאר בשבועה הכוונה הוא דרק אם ירצה ליטול השאר אז בשבועה וגם על מה שתופס בידו חייב לישבע משום ג"ש אבל אם אינו רוצה ליטול השאר רק למה שבידו בלבד פטור מן שבועה דליכא בכה"ג דין ג"ש וכמש"כ לבאר דהסברא נוטה כן דכיון דאינו רוצה ליטול ולישבע א"כ לא הי' עליו מעולם דין חיוב לישבע וליטול כ"ז דאינו נוטל וכמש"כ לעיל דגם במה שנוטל מן הדין יכול לומר אי אפשי וכמבואר בסי' פ"ב סעיף ט' ובש"ך סי' פ"ז ס"ק ל"ה גבי שטר ע"ש. ואין סברא לומר דר' אבהו סובר כשיטת ר' יוסי דבירושלמי דזה אינו דא"כ ה"ל למיפסק כר' יוסי כיון דס"ל כן ר"א בש"ס דילן ע"כ ז"א:

וגם הא מצינו בשבועות (דף מ"ט) בתוס' ד"ה לכל מגלגלין חוץ משכיר דפי' ריצב"א דקמא נקט וה"ה לכל הני דתני בהדי' כיון שהשבועה לטובתם אין לגלגל עליהם ואין נראה דשבועות שכיר אינה לטובתו דמן הדין היה נוטל בל"ש כו' עכ"ל. וכן הוא במרדכי

וכמש"כ המהרש"א שם. ואף דמה דהשכיר נוטל אין זה רק מדרבנן מצד התקנה מ"מ לאחר שראו חז"ל לחייב להבעה"ב משום דטרוד בפועליו הוי זה כמו דהיה נוטל מן הדין וזהו נפ"מ לכמה מילי. ואף דאנן קיי"ל כשיטת הר"י דחולק על הריצב"א. עכ"ז י"ל דזהו דוקא היכא דהוא נשבע ונוטל בזה ס"ל דמגלגלין אבל היכא דאינו נשבע י"ל דבזה מודה הר"י להריצב"א דאין לגלגל עליו כיון דהא עיקר התביעה דאם ירצה לישבע וליטול אין זה רק לטובתו אבל לא לחובתו וע"כ יכול לומר א"א כו' ולא הי' בר חיובא כלל מעולם על השבועה וע"כ אין לגלגל. וי"ל דאין לנו להרבות במחלוקת בזה בין הר"י להריצב"א. ולכאורה היה מקום לפרש למה דאמרו בשבועות שם לכל מגלגלין חוץ משכיר כעין פי' הריצב"א דה"ה לכל נשבעין ונוטלין רק דקמא נקט וקאי על היכא דרוצה לשלם לעיקר התביעה דקיי"ל דאינו יכול למיפטר מן ג"ש רק בנשבעין ונוטלין דיכול לומר אי אפשי כו' כנ"ל ולא היה בר חיוב שבועה כלל מעולם ובזה אין מגלגלין וכפי הטעם שכתבתי. ועכ"ז אין לנו להוכיח מדלא פי' הר"י כן משום דדוחק לפרש כן בכוונת הגמ' דהא לא הוזכר כלל בגמ' שם מזה דמיירי ברוצה לשלם לעיקר התביעה ע"כ אינו ראי' מזה לסתור למה שכתבתי לדון כן:

וע"כ לדינא נראה לענ"ד דאם אינו רוצה לישבע וליטול דאין לגלגל עליו שום ג"ש כלל. ואחר כותבי כ"ז ראיתי בשער משפט ס"ק ה' שכתב בפשיטות דאף בנו"נ אף אם אינו רוצה לישבע וליטול ג"כ אינו נפטר מג"ש משום דחיישינן דאומר כן בשביל שלא יגלגלו עליו עכ"ל. אכן לדעתי נראה להיפך כי לא כתב שום ראי' לדבריו ומש"כ דחיישינן דאומר כן בשביל שלא יגלגלו עליו. הנה לדעתי נראה דאף באומר כן בפירוש דעושה כן בשביל שלא יגלגלו עליו ג"כ אין עליו חיוב ג"ש כלל כ"ז דאינו נו"נ דלא הוי בר חיוב שבועה כלל מעולם כ"ז דאינו רוצה ליטול וע"כ אין לנו על מה לגלגל עליו כלל וכן הוא פשוט בסברא:

ובכתובות (דף נ"ד ע"ב) תנאי כתובה ככתובה נפ"מ כו' ולפוגמת כו' ופי' רש"י כו' והתוס' והרא"ש פירשו דאם פגמה כתובתה לא תגבה גם התוס' אלא בשבועה כו'. ויש להקשות על פי' התוס' והרא"ש דהא אף אי נימא דמה שפוגמת הכתובה לא נחשב כפגמה התוס' כיון דכותבין בשני שטרות. עכ"ז הא כיון דהיא חייבת לישבע על כתובתה משום פוגמת כתובתה ממילא חייבת לישבע משום ג"ש על התוס'. והא קיי"ל אפי' לא תבע התובע לגלגל דב"ד מעצמם מגלגלין על כל נשבעין ונוטלין וכמבואר בשבועות (דף מ"ט). ואין לומר דהך סוגיא דשבועות יסבור כשיטת רב חסדא דס"ל שם דאין פותחין בגלגול כ"ז דלא טען הבע"ד ע"ז דזהו אינו דא"כ ה"ל לכל הראשונים למיפסק כר"ח

לדינא כיון דחזינן דסתמא דגמ' הכא בכתובות ס"ל כר"ח לדינא ולא כרב הונא. ועוד דהא הר"נ בשבועות שם כתב דלשיטת הרי"ף שם מוכח דר"ח לא פליג שם על רב הונא וכ"ע ס"ל דגם בשבועה דרבנן אף שלא טען התובע לגלגל דהב"ד עצמם מגלגלין והובא זה גם בתשובת הרדב"ז ח"א סי' ת"ך ע"ש. ולכן שפיר הוכחתי לעיל מהא דב"מ (דף ז') דאמרו והשאר בשבועה כו' כנ"ל. א"כ תקשה עדיין דאף דאי נימא דפגימת הכתובה לא הוי כפוגמת התוס' דעכ"ז הא חייבת לישבע מצד ג"ש על השבועה דנשבעת על הכתובה:

אכן לפי מש"כ לדון דבנשבעין ונוטלין היכא דאינו רוצה לישבע וליטול דאין עליו שבועת גלגול ע"כ אתי שפיר מה דאמרו לפוגמת דהוי כמו דפגמה התוס' משום דלולי זה היתה גובה התוס' בל"ש אם לא רצתה לישבע על הכתובה וליטול. ולפ"ז יהיה מוכח מסוגיא זו כמו שכתבתי לחלוק על השער משפט. אך אפשר ליישב גם לפי דברי השער משפט דהא גם לדבריו לא דיינינן כן רק היכא דאין העיכוב מצד הנתבע רק מצד התובע דאינו רוצה לישבע וליטול בזה שייך לדון לסברת השער משפט דאינו יכול למיפטר מן הג"ש עדיין אבל היכא דהוי המניעה מצד הנתבע כגון אם אין לו במה לשלם למה שנתחייב לשלם להתובע אם ישבע אז הדין נותן אף לסברת השער משפט דלא שייך בכה"ג דין ג"ש כלל דהא לא היה מעולם חיוב שבועה להתובע אם אינו משלם הנתבע להתובע מאיזה סיבה שיהיה וזה פשוט. ע"כ י"ל דשפיר אמרו שם נפ"מ לפוגמת וכגון אם אין הבעל משיג לשלם בעד הכתובה והתוס' רק בעד התוס' לבד דאז היה היכולת ביד האשה לגבות התוס' בלא שבועה דהא ליכא בכה"ג דין ג"ש אף לסברת השער משפט. ועיין בסי' פ"ג. ע"כ אשמועינן דפגימת הכתובה הוי כפוגמת התוס' וחייבת לישבע לעולם על התוס' ג"כ מצד חיוב שבועה על התוס' אף דליכא בכה"ג דין ג"ש ואתי שפיר אף לסברת השער משפט. וע"כ אינו ראיה מזה להוכיח למה שכתבתי. אמנם לדינא כבר כתבתי לעיל לבאר ולהוכיח ממק"א דלא כהשער משפט בזה:

וידעתי מה דיש מקום לומר וליישב אף לפי דברי שער משפט דא"ש מה דאמרו בב"מ (דף ז') והשאר בשבועה. דהכוונה הוא דאם יש שם הוויכוח על השאר דאז השאר בשבועה וכן גם על מה שתופס בידו מצד ג"ש. אבל זה דוחק להעמיס כן בכוונת הש"ס ע"כ העיקר כמש"כ להוכיח מזה דלא כדברי שער משפט דלפ"ז א"ש בפשטות למה דאמרו והשאר בשבועה. דהכוונה הוא דאם ירצה ליטול השאר אז דינו בשבועה גם על מה שתופס בידו משום ג"ש כנ"ל אבל אם אינו רוצה ליטול השאר אז פטור משבועה על מה שתופס בידו אף שטען מתחלה כולה שלי וכמבואר בהמשנה דע"ז קאי מה דתני רב

תחליפא שם משום דיכול לומר איני רוצה עכשיו ליטול ולישבע וגם הא הסברא נוטה כן וכמש"כ לעיל וע"כ קצרתי בזה:

ג (שם סעיף ב'):

נתחייב לו שבועה מה"ת ובא לגלגל עליו ש"ה יכול לומר שד"א אשבע ועל הגלגולים תשבע ותטול. והש"ך ס"ק י"ב הקשה דהא ג"ש דאורייתא ובדאורייתא לא מפכינן והוכיח כן מן הרשב"א והריטב"א דקידושין והאו"ת ס"ק ח' הקשה על הש"ך בשלמא בגוף השבועה אמרינן זיל השבע ואם אין רצונך או שאינך יודע שלם אבל בג"ש אומר אין רצוני לישבע כי לבי נוקפי ואני מסופק בו ואי נימא לו אם אינו ברי לך שלם הא באומר א"י לא דנין בג"ש מחושואויל"מ כו' עכ"ל האו"ת. וכן הכריע האו"ת לדינא באורים ס"ק י"ט דלדידן דקיי"ל דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בג"ש הדין הוא כמש"כ הטושו"ע דיכול להפך. ודבריו מסתברין לשיטת הש"ך דס"ל דאי נימא דלא דייניגן בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אינו נשבע שד"א על טענת איני יודע משום דליכא שד"א באיני יודע כמבואר בסי' ע"ה ש"ך ס"ק נו"ן וס"ק נ"ז ונשבע ש"ה שא"י ע"כ יכול להפך שבועתו על התובע בג"ש שטוען לבי נוקפי ואני מסופק בו וכמש"כ האו"ת. אבל לפי מש"כ הט"ז בסי' ע"ה סעי' ט"ו ובסי' צ"ד סעי' ב' דנשבע שד"א שאינו יודע והובא בקצה"ח ס"ק ב'. א"כ הדעת נוטה דאף דאמר דהנני מסופק כעת ואיני יכול לישבע בברי דמ"מ יהיה יכול לומר לו התובע דתשבע שד"א שאין אתה יודע ותפטר ובשד"א לא מהפכינן ע"כ אינו יכול להפך על התובע טענת הג"ש. ובר"נ לב"מ (דף צ"ח ע"א) ובנ"י שם מבואר כשיטת הט"ז הנ"ל:

ענף א:

והקצה"ח ס"ק ה' הקשה על סברת האו"ת דיכול לומר לבי נוקפי כו' דלשיטת הש"ך דבטוען על הגלגול א"י אינו נשבע שד"א שא"י א"כ לא יוכל לחזור כלל מטענת ברי לטענת שמא דהוי מן חיוב לפטור דלא מצי לחזור כמש"כ הש"ך בסי' פ' ס"ק ה' בשם הגהות מיימוני דאף מן חיוב שבועה לא מצי לחזור להיות פטור מהשבועה עכ"ל. ולדעתי נראה לדון בזה לדינא דדוקא היכא דלטענת חזרה שלו לא יהיה מחוייב שבועה ולא ירצה לישבע אז אמרו דאינו חוזר דה"ל כמו כל חוזר מן חיוב לפטור דאינו חוזר אבל היכא דרוצה לישבע עכשיו על טענת איני יודע י"ל דנאמן לומר איני יודע בשבועה במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה כמבואר בסי' ע"ה סעי' ט' ובסי' ע"ט סעי' ט' גבי ש"ה. וה"ה גבי ג"ש דאורייתא דאף דטען מעיקרא טענת ברי על הגלגול והיה חייב לישבע שד"א בתורת ג"ש מ"מ יכול לומר אח"כ איני יודע לשיטת הסוברים דלא

דייניין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם גבי ג"ש. ונאמן בשבועה לומר איני יודע במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה דהיה נאמן בשבועה חמורה וה"ה עכשיו דנשבע שבועה חמורה שאינו יודע. ואף דאין נשבעין שד"א על איני יודע מ"מ זה דומה למה דקיי"ל דנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו גבי פקדון כמבואר בב"ב (דף ע'). ואף דמה"ת לא שייך חיוב שבועה גבי טענת החזרתי אם אינו מודה במקצת דהא זהו אינו בגדר שבועת השומרים כידוע. מ"מ כיון דנשבע שבועה חמורה על טענת החזרתי נאמן במיגו דנאנסו. וה"ה הכא אם ישבע שבועה בנק"ח על טענת איני יודע נאמן במיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה והיה נשבע שד"א ונפטר. אך אם אינו רוצה לישבע שבועה בנק"ח על טענת איני יודע דחוזר כעת שפיר כתב הקצה"ח דאינו חוזר משום דה"ל חזרה מן חיוב לפטור:

ולפ"ז י"ל דמצי להפך השבועה על התובע אף דנימא דעכשיו שטוען לבי נוקפי ומסופק אני דאין אנו יכולין לחייבו לישבע בתורת ג"ש דאורייתא כמש"כ האו"ת. דמ"מ חייב לישבע שבועה חמורה על טענת איני יודע כיון דעיקר נאמנותו הוא משום מיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה כנ"ל. ועכ"ז מצי להפך השבועה כמו דמצינו בש"ך סי' פ"ז ס"ק ל"א ובסי' רצ"ו ס"ק ג' גבי החזרתי במיגו דנאנסו דאף דנשבע שבועה חמורה מ"מ מצי להפך השבועה כיון דעיקר חיוב שבועה בטענת החזרתי אינו מה"ת רק מצד שהוא משום מיגו דנאנסו. וה"ה הכא גבי שבועת איני יודע כיון דמה"ת אינו נשבע על איני יודע בג"ש לשיטת הש"ך רק שמחוייב לישבע שבועה חמורה מצד דעיקר נאמנות שלו הוא במיגו דהיה עומד בטענתו הראשונה והיה מחוייב לישבע שד"א ולכן יכול להפך השבועה על התובע כן היה מקום לומר לכאורה. אבל באמת ז"א דהא כבר הקשה האו"ת בכללי מיגו ס"ק קי"ב על הש"ך במש"כ גבי החזרתי במיגו דנאנסו דיכול להפך השבועה כיון דעיקר נאמנות שלו הוא משום מיגו דנאנסו וכיון דבנאנסו לא היה יכול להפך ע"כ ה"ה בטענת החזרתי יש לו כל תוקף דין שבועת נאנסו. וכן הקשה הנתיבות על הש"ך בסי' פ"ז ס"ק יו"ד. ובאמת העיקר בכוונת הש"ך דשם כמש"כ הנתיבות בסי' רצ"ו ס"ק א' דהך מיגו דנאנסו אינו כשארי מיגו רק הטעם הוא כיון דבידו להיות טוען נאנסו שוב לא נזהר ליקח שטרו דסמך על טענת נאנסו דבידו עכ"ל. וכבר הקדימו הרשב"ם והנ"י בב"ב (דף ע') שכתבו כן ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' נ"א ענף ה'. ובנ"ד דאינו נאמן לומר איני יודע רק משום מיגו דאי בעי היה עומד בטענתו הראשונה לכן כיון שבטענתו הראשונה היה מחוייב לישבע שד"א בתורת ג"ש ולא היה יכול להפך משום דג"ש יש לו כל דין שד"א דלא מפכינן. ע"כ ה"ה אף עכשיו שטוען לבי נוקפי ומסופק

אני וה"ל כטוען איני יודע כסברת האו"ת מ"מ אם התובע רוצה שישבע שבועה חמורה שאינו יודע הדין נותן שמחוייב הנתבע לישבע ואינו יוכל להפטר מזה ע"י מה שמהפך על שכנגדו. ולא מבעיא לפי שיטת הט"ז דס"ל דאף לדעת הפוסקים דלא אמרינן בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מ"מ מחוייב לישבע שד"א שאינו יודע א"כ ודאי דינו ככל שד"א דלא מפכינן דמ"ש וכקושיות הש"ך. ואף לשיטת הש"ך דמה"ת אינו נשבע שבועת איני יודע על הגלגול מ"מ כיון דטען מתחלה טענת ברי ונתחייב אז שד"א בתורת ג"ש דלא היה יכול להפך בע"כ של התובע. ע"כ אף עכשיו שטוען לבי נוקפי ומסופק אני כמש"כ האו"ת מ"מ אינו יכול להפך בעל כרחו של התובע ויכול התובע להכריחו שישבע שבועת איני יודע בנק"ח כיון דעיקר נאמנות שלו הוא במיגו דאי בעי עומד בטענתו הראשונה והיה צריך לישבע שד"א ולא היה יכול להפך ע"כ גם עכשיו בטענת א"י אינו יכול להפך בע"כ של התובע ולהיות פטור משבועתו ושפיר כתב הקצה"ח דזה ה"ל חזרה מן חיוב לפטור ואינו נאמן בלא מיגו וכמו שכתבתי ולכן הדעת נוטה דלא כמו שכתב האו"ת ואינו יכול להפך בע"כ אלא דיכול להיות נפטר ע"י שבועת איני יודע בשבועה בנק"ח. והנכון עם הקצה"ח ודלא כמש"כ הנתיבות ס"ק ג' דדברי הקצה"ח הם תמוהים מאוד רק שהקצה"ח קיצר בזה וכ"כ במשובב נתיבות דדבריו בקצה"ח הם ברורים וג"כ קיצר בזה:

ענף ב:

ועל כל זה יש לדון בעיקר קושיות הש"ך דמ"ש ג"ש לענין היפוך. יש לומר דסברת הטושו"ע הוא כיון דלא אמרינן בג"ש מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכמש"כ האו"ת לדינא:

ואף דבסי' ע"ה סעי' ט"ו הביא המחבר פלוגתת ראשונים בזה מ"מ כיון דהוי ספיקא דפלוגתא אין מוציאין מיד המוחזק ועיין בש"ך שם ס"ק נ"א. ולפ"ז יש לחלק בסברא דשאני גוף שבועה דאורייתא דקיי"ל דלא מפכינן משום דאלים כח חיוב השבועה דהיכא דאינו יכול לישבע משלם ע"כ אלים כח השבועה דאינו יכול להפכה דמיד דאינו רוצה לישבע בעצמו דינו שישלם כמו היכא דאינו יכול לישבע דמשלם. משא"כ בג"ש לדידן דאין מוציאין מהמוחזק ולא דיינינן ביה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם ע"כ יכול להפך על התובע דהא חזינן דלא אלים כח זכות ג"ש כ"כ כמו עיקר השבועה ואין למדין זה מן עיקר שבועה דלא מפכינן דהא חזינן דיש חילוק ביניהם לענין דין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. והא מצינו בשבועות (דף מ"א) דמר בר רב אשי ס"ל דאף בדאורייתא מפכינן א"כ אפושי פלוגתא לא מפשינן כידוע דאין לנו להרבות

במחלוקת וי"ל דבכה"ג בג"ש כמו דלא אמרינן ביה מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כמו כן כ"ע מודו דמפכינן. וי"ל באמת בטעמו דמר בר רב אשי דאף בדאורייתא מפכינן משום דס"ל כרב ושמואל דשבועות (דף מ"ז) דלא דנין מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. וכמו שראיתי בחדושי הרשב"א לשבועות (דף מ"א) שכתב להקשות על הסוברים כמר בר רב אשי דמפכינן בדאורייתא דא"כ אמאי אמרינן בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכן בנסכא דר' אבא דליפוך עליו שבועה כו' וא"ת א"כ אפילו למר בר רב אשי תקשה כן לא היא דדלמא בנסכא דר' אבא ובחמשין ידענא כדייני גולה דהיינו רב ושמואל ס"ל דפקע ממונא וחזרה שבועה לסיני כך נ"ל עכ"ל הרשב"א:

ובעיקר קושיות הרשב"א על הסוברים דאף בדאורייתא מפכינן דא"כ אמאי אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דהא יכולים להפך השבועה על התובע. יש לומר דשאני היכא דהדין הוא לומר מתוך שאינו יכול להשבע משלם דאין כאן שבועה בעולם כלל ודינו כמו חיוב ממון על הנתבע. רק היכא דיש חיוב שבועה על הנתבע יכול להפך אותה השבועה על התובע. וכעין זה מצינו בראש"ש לב"מ פ"א סי' ג' שכתב דהיכא דנתחייב ממון ע"י מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אין עד מסייעו פוטרו דזה לא נקרא חיוב שבועה רק חיוב ממון. וכ"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ס"א בשם תשובת הרשב"א שהובא בב"י שם. וכעין זה כתב הש"ך בסי' ע"ה ס"ק נ"ב דהיכא דנתחייב לשלם משום מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם אין בזה ג"ש משום דאין כאן שבועה כלל והדברים ארוכין וקצרתי. עוד יש לדון בקושיות הרשב"א שהקשה בחמשין לא ידענא דיהפך השבועה. דלעיל בסי' פ"ז סעי' י"א כתב המחבר גבי שבועת השותפין וכיוצא בו שבאות על הספק אין מהפכין שהרי זה טוענו ספק ומיהו יש מי שאומר דאי טעין לישתבע לי דחשיד לי בכך הדין עמו. וכתב הש"ך בס"ק ל"ב בשם בדק הבית דהקשה הא אין נשבעין ע"י טענת שמא ותירץ הש"ך דשא"ה דעיקר חיוב שבועת שותפין הוא ע"י טענת ספק כו'. ולפ"ז יש לדון במה דקיי"ל במנה לי בידך והשיב איני יודע דנשבע ש"ה שאינו יודע ופטור כמבואר בסי' ע"ה סעי' ט' ובב"ק (דף קי"ח) ברש"י ובתוס'. דאינו יכול להפך השבועה על התובע שישבע על טענת ברי שלו ויטול. משום דהא גם לענין היפוך נקטינן להכלל דאין משביעין ע"י טענת ספק כמש"כ הבד"ה והש"ך רק בשבועת השותפין שאני שעיקר חיוב שבועה שלו הוא על טענת ספק. א"כ בטענת מנה לי בידך והלה משיב א"י דעיקר חיוב שבועה הוי ע"י טענת ברי ע"כ לא שייך בזה

סברת הש"ך הנ"ל לכן הדין נותן בזה דאינו יכול להפך ומחוייב לישבע שא"י או ישלם ע"י ח"ס על התובע. ועיין בש"ך סי' פ"ז ס"ק מ"ד וקצרתי:

אכן לפי מה שכתב הרשב"א להקשות על הסוברים בשד"א מפכינן דלפ"ז אמאי אמרו בחמשין לא ידענא דמשלם הא יכול להשביע את התובע ע"י היפוך. ולכאורה קשה דהא ה"ל טענת ספק ואין משביעין בזה אף ע"י היפוך וכמש"כ הבד"ה והש"ך. וע"כ מוכח דהרשב"א ס"ל דשאני היכא דהשבועה הוא ע"י היפוך דכיון דיש כאן חיוב שבועה בעולם על הנתבע ע"כ ממילא יכול להפכה על התובע שטוען ברי אף ע"י טענת ספק של הנתבע כיון שהתובע יכול לישבע. משא"כ שבועת השותפות אם אינו טוען לישתבע לי דחשיד בכך אז אינו יכול להפכה כיון דלא מצי התובע לישבע משום דהא טוען שמא. אבל בטוען לישתבע דחשוד לי מהפכינן שפיר בפשיטות לדברי הרשב"א. וכן ראיתי בהפלאה לכתובות (דף פ"ז ע"ב) ברש"י ד"ה שבועה דאורייתא כו' שכתב שם בד"ה עוד י"ל הא דפירש"י כו' דבחדושיו על ח"מ סי' פ"ז השיג על דברי הבדק הבית שכתב דאינו יכול להפך שישבע דחשיד לו בכך משום דה"ל טענת ספק די"ל כיון דאומר לישתבע דחשוד לו ותטול א"צ טענת ברי דנשבע ונוטל נשבע אף על טענת שמא כדאיתא בח"מ סי' קמ"ו כו' עכ"ל. הרי דנחית מטעם אחר לדון שלא כדברי הבד"ה והש"ך. אך לא הביא ראיה לדבריו. אכן לפי דברי הרשב"א שכתב כן מוכח דס"ל דשבועה ע"י היפוך יכולין להפך אף ע"י טענת שמא ולכן כתב בחמשין לא ידענא כו' יכול להפך השבועה אי נימא דמפכינן בדאורייתא. ולפ"ז יוצא לנו דין חדש היכא דתובעו ברי מנה לי בידך והלה משיב איני יודע דיכול הנתבע להפך השבועה על התובע. ואף דטוען ספק מ"מ יכול להפך הן מטעמא דידי דכיון דיש חיוב שבועה בעולם עכ"פ שאני. או משום טעם של ההפלאה דכיון דנוטל שאני דנשבעין אף בטענת שמא. והארכתי בדברי הרשב"א הנ"ל כדי להוכיח דין מחודש הלז. וע"פ דברי הרשב"א הלז יש לדון הרבה בדברי תשובת מיימוני לספר משפטים סי' ס"א והובא באו"ת ס"ק א' ובקצה"ח סי' פ"ז ס"ק ט"ז וקצרתי:

נחזור לענינינו דנתבאר בשם הרשב"א דמר בר רב אשי דס"ל מפכינן שד"א ס"ל דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. א"כ לפ"ז י"ל דהא דקיי"ל לדינא דשד"א לא מפכינן הוא משום דקיי"ל לדינא דאמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם וכיון דגדול כח שד"א כ"כ דהיכא דאינו יכול לישבע משלם ע"כ חמור כח שד"א גם לענין דלא מפכינן דמיד דאינו נשבע בעצמו מחוייב לשלם. ומר בר רב אשי דס"ל דמפכינן הוא משום דס"ל דלא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם. ולכן בג"ש דלא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם קילא כח הג"ש גם לענין דמפכינן ואין לנו להרבות

במחלוקת דמנלן לחדש דהנך דפליגי על מר בר רב אשי וס"ל דבדאורייתא לא מפכינן דס"ל דאף היכא דלא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם כמו בג"ש דאף שם לא מפכינן. דהא יותר נוטה הסברא לומר דבכה"ג כ"ע מודו לשיטת מר בר רב אשי לכן שפיר י"ל לדינא דבג"ש מפכינן ואין לנו כח להוציא ממוחזק. ומש"כ הש"ך להוכיח מן הרשב"א והריטב"א דאף בג"ש לא מפכינן אין זה הוכחה לדינא. די"ל דהרשב"א והריטב"א לטעמייהו אזלי דס"ל דאף בג"ש אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם כמו שכתב האו"ת ס"ק ח' בשם הרשב"א והריטב"א דס"ל דאף בג"ש אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם. א"כ שפיר יש לדון דלדידן דלא אמרינן בג"ש מתוך שאינו יכול להשבע משלם כ"ע מודו לשיטת מר בר רב אשי דמפכינן משום דטעמו ג"כ כיון דס"ל דלא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם וכמש"כ הרשב"א בחי' לשבועות. ויהיה מן דברי הרשב"א לשבועות סייעתא לדברי הטושו"ע דבג"ש מהפכינן. ועיקר הטעם דקילא ג"ש הוא משום דהא בג"ש לא שייך סברת התוס' דב"מ (דף ד') ד"ה הצד השוה כו' וקצרתי:

ענף ג:

ועוד נע"ד להסביר על נכון דברי הטוש"ע דבג"ש מהפכינן ע"פ דברי האו"ת שכתב הטעם דכיון דקיי"ל דלא דייניגן בג"ש מתוך שאינו יכול להשבע משלם ע"כ יכול לומר לבי נוקפי ומסופק אני כו'. ולעיל הקשיתי על סברת האו"ת דכיון דמחוייב לישבע שבועת איני יודע מה"ת הן לדברי הט"ז והן לדברי הש"ך כמש"כ לעיל בארוכה א"כ יהיה דינו כמו כל שד"א דלא מפכינן. ע"כ יהיה יכול התובע לומר שתשבע שבועת איני יודע ובנק"ח ולא מצי להפך בע"כ על התובע כן הקשיתי לעיל. וכעת ראיתי דיש לחזק סברתו והוא דעיקר חיוב שבועה שחייבה התורה הוא משום לברר הספק וכמש"כ במק"א דזהו משום דאיכא לברורי דקיי"ל דמבררינן אם נולד איזה ספק וע"כ היכא דגזרה התורה כמו במו"מ וש"ש ושבועת ע"א דנולד הספק צוותה התורה שישבע כדי לברר הספק וכיוצא בו כתב הט"ז לח"מ סי' רצ"ו סעי' א' ע"ש. ובשד"א דקיי"ל דלא מפכינן הטעם הוא כיון שהטילה התורה חיוב שבועה על הנתבע לברר הספק אינו יכול להפך על התובע שישבע כדי לברר הספק די"ל דכיון דגזרה תורה על הנתבע שישבע כדי לברר ע"כ עליו דוקא החיוב לישבע ולברר ואם אינו רוצה לברר בשבועתו מחוייב לשלם. ועפ"ז יש לדון בראיות הריב"ן שבתוס' שבועות (דף מ"א) ד"ה ולמר בר רב אשי כו' שהוכיח דהלכתא כמבר"א מהא דמאן דמפיק שטרא כו' דאם א"ל אשתבע לי כו' והאריכו בראי' זו. ולפי מש"כ יש לחלק ביניהם וקצרתי. והיכא דטוען חמשין ידענא כו' וכה"ג דהדין

הוא דאמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם ואינו יכול הנתבע לומר שישבע חבירו לברר הספק זהו משום דגזרה התורה דהיככא דאינו יכול להשבע משלם א"כ יש עליו חיוב ממון ואינו מחוייב התובע לישבע ולברר הספק. וכמש"כ לעיל לדון בקושיות הרשב"א לשבועות שהקשה על כל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם דישבע התובע. משום דפקע חיוב שבועה לגמרי וה"ל כמו כל חיוב ממון דאינו יכול הנתבע להכריח להתובע שישבע לברר הספק וכמו באיני יודע אם פרעתי דקיי"ל דצריך לשלם בלא שבועת התובע. ובאמת י"ל דשיטת מהר"ם בתשובת מיימוני לספר משפטים סי' ס"א דבכל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מחוייב התובע לישבע טעמו משום דיכול הנתבע לומר ברר בשבועתך כיון דתוכל אתה לברר כן לדבריך. אכן לא קיי"ל כן לדינא: ולפ"ז יש לומר בג"ש אם טוען איני יודע דהדין הוא דלא דייניגן בג"ש מתוך שאינו יכול להשבע משלם. א"כ שפיר יכול הנתבע לומר להתובע כיון דע"י מה שאשבע שבועת איני יודע לא יתברר הענין על נכון ולא אהיה יוצא ידי שמים ע"י שבועת איני יודע. דהא באומר מנה לי בידך והלה משיב איני יודע הדין הוא דחייב לצאת ידי שמים כמבואר בב"ק (דף קי"ח) ובסי' ע"ה סעי' ט' א"כ יכול הנתבע לומר כיון דאף לאחר שאשבע שבועת איני יודע לא יבורר הענין להוציא הדבר לאמיתו דהא עדיין מחוייב אני לצי"ש ע"כ אתה הטוען ברי תוכל לברר ע"י השבועה על טענת ברי שלך. וכיון דביד התובע לברר ע"י השבועה שלו א"כ הא קיי"ל דמה דאיכא לברורי מבררינן. בשלמא בטוען הנתבע טענת ברי שפיר יש לומר דכיון דביד הנתבע לברר ע"י שבועתו ע"כ לא יוכל להפך על התובע דהא התורה גזרה שמוטל בירור ע"י השבועה על הנתבע דוקא לברר. אבל היכא דטוען א"י כיון דלא יוכל לברר ע"י שבועתו ע"כ מצי להפך על התובע שיש בידו לישבע ולברר הענין להוציא לאמיתו. ודוקא היכא שהדין הוא דאמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם אז שפיר י"ל דכיון דגזרה התורה שישלם ע"כ א"צ לברר יותר דה"ל כמו שנתברר אבל בג"ש כיון דלא דנין בי' מתוך שאינו יכול להשבע משלם ע"כ שפיר יכול להפך השבועה בע"כ של התובע שיבורר ע"י השבועה הענין על נכון. ולכן שפיר כתב האו"ת דיכול לומר בג"ש לבי נוקפי ומסופק אני כו' וה"ל כאומר איני יודע דכיון דלא דייניגן בג"ש מתוך שאינו יכול להשבע משלם ע"כ יכול להפך השבועה אף דהוי שד"א. וי"ל באמת בטעמו של מר בר רב אשי דס"ל דמפכינן בשד"א דזהו ג"כ ע"פ סברת האו"ת שיכול לומר לבי נוקפי ומסופק אני ע"כ איני נשבע שבועת איני יודע וג"כ הוא ע"פ הסברא שכתבתי דכיון דאף לאחר שישבע שאינו יודע יהיה עדיין מחוייב לצי"ש ולא יבורר לנכון עדיין ע"כ יכול לומר להתובע שטוען ברי שישבע ויברר ע"י

שבועתו לנכון. ולא שייך לומר דכיון דטען א"י ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם וכמש"כ לעיל לדידן דאמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם. דהא כבר נתבאר בשם הרשב"א לשבועות (דף מ"א) דכתב דמר בר רב אשי ס"ל כרב ושמואל דלא דיינינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם ע"כ שפיר אמר דמפכינן בשד"א ואזיל לטעמיה. א"כ י"ל כמש"כ לעיל דאין להרבות במחלוקת דהא י"ל דהיכא דלא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם כמו בג"ש דכ"ע מודו לשיטת מר בר ר"א דמפכינן אף בשד"א:

ואף דה"ל טוען טענת ספק מ"מ מהפכינן לפי סברת האו"ת. ומוכח מזה כמש"כ לעיל דבשבועה ע"י היפוך הדין הוא דמפכינן אף ע"י טענת ספק וכמש"כ לעיל בשם ההפלאה. וגם י"ל דאף לפי שיטת הבדק הבית בסי' פ"ז שהובא לעיל דס"ל דאין יכול להפך שישבע דחשיד לו בכך משום דה"ל טענת ספק. דמודה בנ"ד דמפכינן ע"פ הסברא שכתבתי לעיל דיכול לומר כיון דאחר שאשבע שבועת איני יודע לא יבורר לנכון ויהא החיוב עלי לצי"ש ע"כ תברר אתה ע"י שבועתך שטוען בברי. ואז יבורר על נכון. משא"כ בשבועת אישתבע לי דאף לאחר שישבע שחשיד לו בכך לא יבורר עדיין לנכון דהא מ"מ ה"ל טענת ספק. וגם אם ישבע השותף הנתבע שאינו יודע אם נטל מחבירו השותף ג"כ יהא פטור אף לצי"ש דהא חבירו תובעו בטענת שמא ע"כ לא שייך התם לדון להסברא שכתבתי ובנ"ד אף הבדה"ב מודה דיכול להפכה אף ע"י טענת שמא. ולכן י"ל בהנידון שכתבתי לעיל בטוענו מנה לי בידך והלה משיב איני יודע דוודאי מצי להפך אף דהוי בטענת ספק משום די"ל תשבע ותברר כיון דע"י שבועת איני יודע לא יתברר על נכון וגם הבד"ה מודה בזה ע"פ החילוק הלז. וכש"כ דיוצא ידי שמים אם יטעון השבע אתה על טענת ברי שלך ותטול. וגם י"ל דבג"ש שייך סברת הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ל"ב דשאני שבועת השותפות דתקנו לישבע בשמא כו'. א"כ ה"ה בג"ש דיכול לגלגל אף ע"י טענת שמא אם יש רגלים לדבר כמבואר לעיל סעי' ב' ובסמ"ע ס"ק ט'. [ועיין באו"ת באורים ס"ק ח' וקצרתי]. ולכן יכול הנתבע לומר לבי נוקפי כו' ויותר נראה לדעתי שאין אני חייב לו ומ"מ איני יכול לישבע כיון שאינו ברי ממש אלי ועכ"פ טוען ע"פ רגלים לדבר כפי ראות דעתו שאינו חייב לו. א"כ גם בזה שייך סברת הש"ך הנ"ל דכמו דתקנו השבועה להשביע ע"פ רגלים לדבר בתורת ג"ש ה"ה דיכול להפכה ע"י רגלים לדבר. ועיין בסי' ע"ה סעי' י"ז ובש"ך ס"ק ס"ג. אך אין אנו צריכים לכ"ז דכבר נתבאר בשם הרשב"א דשבועות דס"ל בפשיטות דיכול להפך השבועה אף ע"י טענת ספק ולכן אין לנו להאריך בזה הפרט יותר:

ונתבאר על נכון סברת האו"ת במה שמתרץ שיטת הטושו"ע על נכון בטעמם דיכול להפך ג"ש לדידן דלא דייניגן מתוך שאינו יכול להשבע משלם בג"ש. אך זה אינו שייך רק היכא דטוען הנתבע שלא היה ההלואה מעולם. אבל היכא שטוען פרעתי בזה לא שייך סברת האו"ת שיהי' יכול להפך הג"ש ע"פ טענת לבי נוקפי ומסופק אני כו' דהא אם הספק הוא בהפרעון ממילא חייב לשלם כדין כל א"י אם פרעתי דקיי"ל דמשלם בלא שבועת התובע. ולפ"ז במש"כ לעיל די"ל בטעמו דמר בר ר"א דמפכינן בדאורייתא הוא ג"כ משום סברת האו"ת הלז. מוכרחים לומר דעיקר מימרא דמר בר ר"א לא קאי רק אם מכחישים הבע"ד זנ"ז בהלואה אבל אם הכחשתם הוא בהפרעון דלא שייך בזה סברת האו"ת כנ"ל א"כ הדין נותן דגם לשיטת מר בר ר"א לא יהא מצי להפך בשד"ח בכה"ג. אבל זה נסתר מן דברי התוס' והרא"ש לשבועות (דף מ"א) שהביאו בשם רב האי גאון שהוכיח דהלכה כמר בר ר"א מהא דמאן דמפיק שטרא וא"ל אשתבע דמשבעינן לי' כו'. והא התם הכחשתם הוא בפרעון ואפ"ה ס"ל דלשיטת מר בר רב אשי מהפכינן גם בכה"ג א"כ בשיטת מר בר ר"א דוחק לומר כמש"כ. אכן בשיטת הטושו"ע שפיר י"ל דכוונתם הוא ע"פ קוטב סברת האו"ת וכמו שכתבתי להסביר זה על נכון: ולפי מה שנתבאר דבג"ש דאורייתא יכול להפך השבועה אם הכחשתם הוא בהלוואה. א"כ לפי מה שכתב בהגהות ר' עקיבא איגר על ח"מ סי' ע"ה סעיף ד' דבהעדאת עדים דר"ח אף דמחוייב שד"א מ"מ לא אמרינן בטענת איני יודע דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם כיון דאתיא מג"ש דס"ל להרבה פוסקים דלא אמרינן בי' מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בשמים ראש סי' י"ז עכ"ל. א"כ דינו בהעדאת עדים דר"ח ג"כ כמו בג"ש דיכול להפך השבועה על התובע ושייך בי' ג"כ הטעמים שנתבארו בג"ש דמהפכינן משום דלא דייניגן בי' מתוך שאינו יכול להשבע משלם וה"ה בהעדאת עדים אם הכחשתם הוא בהלוואה. כיון דאתי' מג"ש א"כ דינו כמו ג"ש דמהפכינן. אכן לפי מש"כ לעיל בחידושי לסי' ע"ה סעי' ד' להוכיח דלא כהבשמים ראש ע"כ ליתא לזה וגם בהעדאת עדים דר"ח דינו ככל שד"א דלא מפכינן כמשמעות הסוגיא בשבועות (דף מ"א):

ענף ד:

ד (שם סעיף ג'):

נתחייב לו שבועה מה"ת ובא לגלגל עליו יכול לומר כו' על הגלגולים תשבע ותטול. והש"ך ס"ק י"ב כתב יגעתי לדעת מקור דין זה ולא מצאתיו כו'. וכבר כתבתי לעיל להסביר על נכון הך דינא. וכעת נלע"ד להוכיח כן מן הא דכתובות (דף פ"ח ע"א) דאר"פ

אי פיקח הוא מייתי לה לידי שד"א יהיב לה כתובתה באפי חד סהדא כו' ומוקים להו להנך קמאי במלוה כו' אלא א' רב שימא כו' יהיב לה כתובתה כו' אלא א' רב אשי והוא דמודע להו. והנה פשטות הלשון יהיב לה כתובתה משמע דצריך ליתן לה כל כתובתה אבל כשמסלק מקצת הכתובה אינו מועיל פעולתו בשום אופן לחייבה שד"א על כל הכתובה. דאי נימא דאף כשנותן לה קצת כתובתה יהיה יכול לחייבה שד"א על כל הכתובה ה"ל לומר ולאשמועינן כן בפירוש להעצה זו. וגם הא מצינו לקמן בכתובות (דף צ"ז ע"ב) דתניא מכרה כתובתה משכנה כתובתה עשתה כתובתה אפותיקי אין לה מזונות דברי ר"מ ר"ש אומר אע"פ שלא מכרה ולא משכנה כתובתה אלא מחציתה אבדה מזונותי' הרי דמצינו בלשון כתובתה דקאי על כל הכתובה דוקא. וכן מצינו בתוס' והרא"ש ריש פ' אע"פ בהא דאמרו התובעת כתובתה אין לה מזונות דדוקא כשתבעה כל הכתובה והובא באה"ע סי' צ"ג בב"ש ס"ק י"א וכתב כן בשם הרמב"ם והמרדכי ע"ש. וכן משמע מן הא דאמרו בלשון תובעת כתובתה דמשמע על כל הכתובה דוקא דאל"כ ה"ל לאשמועינן כן בפירוש כיון דאיכא מקום למטעי וכנ"ל:

ובאמת לכאורה יש מקום לדון הכא דאף כשנותן לה מקצת כתובתה ג"כ יהי' יכול לחייבה שד"א על כל הכתובה דהא על המקצת שפרע לה בוודאי יכול לחייבה שד"א על אותו הסך שנשבעת להכחיש את העד דה"ל נשבעת ולא משלמת ולא מקרי שעבוד קרקע. וממילא יכול לגלגל עליה שתשבע ג"כ בתורת ג"ש על המותר סך כתובתה ואף דהוי מן הנשבעין ונוטלין ג"כ יכול לגלגל על שד"א ודינו ככל שד"א וכמש"כ התוס' ב"מ (דף י"ד ע"א) ד"ה דינא הוא כו' והובא בקצה"ח סי' רכ"ו ס"ק א' ובקצה"ח כאן ס"ק א' ובנתיבות כאן ס"ק ג'. ובאמת י"ל דלכן אמרו יהיב כתובתה דמשמע דבסילוק מקצת הכתובה אינו יכול להטיל שד"א על המותר משום דמוכח מזה דעל נשבעין ונוטלין אינו יכול לגלגל ג"ש דאורייתא וכמש"כ בחידושי ריש סי' צ"ד להוכיח כן מן ירושלמי וע"כ הצריכו דוקא לסלק כל כתובתה דאז יהיה יכול לחייבה שד"א על כל הכתובה. אכן לפי מש"כ התוס' בב"מ דאף על נו"נ יכול לגלגל שד"א תקשה כן. ולכן נלע"ד לומר לפי מש"כ התוס' בכתובות (דף פ"ח ע"א) בד"ה מייתי לה לידי שד"א בסה"ד דהנפ"מ הוא לענין היפוך כו' וכמש"כ רש"י שם (דף פ"ז ע"ב) ד"ה שד"א כו'. א"כ אי נימא דאף דג"ש על שד"א דינו ככל שד"א לכל מילי מ"מ לענין היפוך אין דין ג"ש כמו שד"א אלא יכול להפכה וכמש"כ הטוש"ע כאן א"כ א"ש מה דהצריכו לסלק כל הכתובה משום דבסילוק מקצת הכתובה אף דיהיה יכול לגלגל כדין שד"א מ"מ עדיין תהי' יכולה להפך עליו כדין כל נ"ש ע"כ נתנו עצה שיסלק כל הכתובה ואז יהיה לו חיוב שד"א עליה

כמו כל תוקף שד"א גם לענין היפוך דאינו בהיפוך. וזהו סעד נכון לדינא דג"ש ישנו בהיפוך ואף דלשיטת הטוש"ע לעיל סי' פ"ז סעיף י"א דכל הנו"נ אינו בהיפוך לא שייך לדון כן במה דאמרו אי פיקח מייתי לידי שד"א כו' וכמש"כ הרא"ש שם ועיין בש"ך שם ס"ק למ"ד. מ"מ לדינא י"ל כן בענין בפ"ע ולהוכיח מזה דגלגול שד"א ישנו בהיפוך. וידעתי מה די"ל בזה ע"פ המבואר לעיל בסי' ע"ד סעיף ד' דבהגיע זמ"פ א"צ לקבל הפרעון בפרוטרוט. אבל הא מבואר במרדכי פ' האומנים דדוקא בבע"ח אמרו כן אבל באשה לכתובה מקבלת הפרעון אף בפרוטרוט כמו דאמרו בערכין (דף כ"א ע"ב) דאיכא דניחא לי' באשה דשקלא על יד ומשמע בהמרדכי דאף בע"כ של האשה פורעה המחצית ומחוייבת לקבל כמה שנותן לה. והא דיש לדון דאינה מחוייבת לקבל ולהיות פוגמת כתובתה. דגם ז"א דהא יכולה לכתוב על הכתובה עצמה וכמבואר בסי' פ"ד סעי' ג' וכמש"כ האו"ת שם לתרץ קושיות הש"ך שם ס"ק ד' ובמקום שכותבין כתובה וקצרתי:

סימן צה

א (סעיף א' בהגה"ה):

יש אומרים דתלוש ולבסוף חברו בקרקע לאו כקרקע דמי ויש חולקין. ובש"ך שם ס"ק ח' מחלק דדוקא בכותל בנין לאו כקרקע דמי. אבל בית ה"ל כקרקע כו' תדע דהא משמע בכל דוכתא דבית נקנה בכסף ושטר וחזקה וגם מקרי נכסים שיש לו אחריות לענין שעבוד וקדימה כו' עכ"ל. והקצה"ח שם ס"ק ג' כתב דיש לחלק דין שעבוד משארי מילי לפי מה דאמרו בש"ס (דף ס"ו) בב"ב גבי צנור שחקקו ולבסוף קבעו דשאני שאיבה דרבנן ע"ש בסוגיא וכיון דלמ"ד שעבודא דאורייתא מטלטלין נמי משעבדא מן התורה וכמש"כ הרשב"א סוף קידושין אלא דמדרבנן מטלטלין לא משעבדא הובא אצלינו בסי' ל"ט ס"ק א' וא"כ במידי דרבנן מודים חכמים דהוי כמקרקעי. אבל בשומרים ושבועה דהוי מה"ת לא אמרינן דהוי כקרקעי אפילו בית כו' עכ"ל הקצה"ח:

ענף א:

ונראה לי להביא ראיה להקצה"ח לחלק בין שעבוד לשארי מילי מהא דשביעית פ' יו"ד משנה ג' כוורת דבורים ראי"א הרי היא כקרקע וכותבין עליה פרוזבול כו' וחכמים אומרים אינו כקרקע ואין כותבין עליה פרוזבול כו'. וכתב הרע"ב שם כשהיא מחוברת בטיט הכל מודים שהיא כקרקע ואם היתה מונחת על גבי יתידות הכל מודים שאינה כקרקע לא נחלקו אלא שמונחת על גבי קרקע ואינה מחוברת בטיט וטעמא דר"א דהוי כקרקע משום דכתיב ביערת הדבש מה יער התולש ממנו חייב אף דבש הרודה ממנו

חייב כו' עכ"ל. ובתוס' רעק"א שם כתב בזה"ל תמוה לי דזה לא כס"ד דהש"ס ב"ב (דף ס"ו) דפליגי בתלוש ולבסוף חברו א"כ מיירי דוקא במחובר בטיט ולמסקנא גם ר"א ס"ל דכתלוש דמי וטעמא דר"א מן יערת הדבש ומיירי לר"א אף בתלוש לגמרי ולרבנן דלא דרשי כן אף במחובר בטיט הוי כתלוש כמבואר בסוגיא דב"ב שם. וצ"ע עכ"ל רע"א זצ"ל: ולפענ"ד נראה ליישב הקושיא הנ"ל דהא מבואר כן בירושלמי שביעית שם. דזה לשון הירושלמי ר"י ב"ר בון בשם ריש לקיש אמר שמעה יתה כן ויטבול אותה ביערת הדבש מה אנן קיימין אם במחובר לקרקע כל עמא מודים שהוא כקרקע אם בנתונה על גבי שתי יתידות כל עמא מודים שאינה כקרקע אלא כי אנן קיימין במונחת על גבי קרקע עכ"ל הירושלמי. אלמא דדברי הרע"ב הנ"ל הם דברי הירושלמי להדיא. אכן באמת יש לתמוה על הירושלמי הנ"ל ג"כ כעין קושיות רע"א הנ"ל דהא בש"ס דילן בב"ב (דף ס"ו) מסקינן דרבנן דר"א ס"ל דאף במחובר לקרקע אין דינו כקרקע כמבואר כן במשנה דכלים פ' ט"ו משנה ב'. דף של נחתומין שקבעו בכותל ר"א מטהר וחכמים מטמאין ובדף של מתכת מחלוקת כמבואר כ"ז בב"ב שם. אלמא דאף במחובר לקרקע ס"ל לרבנן דאין דינו כקרקע. א"כ קשה אמאי אמרו בירושלמי דמחובר לקרקע גם רבנן דר"א מודו דדינו כקרקע:

אכן לפמש"כ הקצה"ח דלגבי שעבוד כיון דמה"ת אף מטלטלין משעבדי לכן אף תלוש ולבסוף חברו הוי כקרקע. אתי שפיר דברי הירושלמי משום דהא הירושלמי מיירי שם כל הסוגיא לענין פרוזבול. וכן עיקר כל הפרק שם הכל לענין שביעית. ובב"ק (דף י"ב) גבי הא דאין גובין מעבדים א"ל אנא מתניתא ידענא דתניא פרוזבול חל על העבדים כו'. אלמא דזהו הכל חדא מילתא דכיון דאין גובין בתורת שעבוד מעבדים ע"כ ממילא אין כותבין פרוזבול ע"ז. דעיקר הטעם מן כתיבת פרוזבול רק על הקרקע דכיון דיש לו קרקע הוי כגבוי כמו בקטינא דארעא. ולדברי הקצה"ח דתלוש וסוף חברו הוי כקרקע לגבי שעבוד ע"כ ה"ה לגבי פרוזבול כותבין על תלוש וסוף חברו. לא מבעיא למאן דס"ל שביעית בזה"ז דרבנן. ואף למאן דס"ל שביעית בזה"ז דאורייתא כמבואר בגיטין (דף ל"ו) ברש"י ותוס' שם. עכ"ז כיון דתלוש וסוף חברו משועבד עכ"פ א"כ ממילא כותבין פרוזבול ע"ז. כיון דהוי כגבוי כנ"ל. ועיין בתוס' גיטין (דף ל"ז) ובב"ב (דף כ"ז) וקידושין (דף כ"ו). ולפ"ז י"ל דהא דאמרו בירושלמי דבמחובר לקרקע הכל מודים שהוא כקרקע י"ל דכוונתם לענין פרוזבול דמבואר בפלוגתת ר"א ורבנן דהתם משום דלענין פרוזבול דתלוי בשעבוד ע"כ כיון דסוף חברו הוי ביה תורת שעבוד לכן ה"ה דכותבין פרוזבול ע"ז:

ולפ"ז מיושב קושיות רע"א זצ"ל על הרע"ב במה דכתב דבמחובר לקרקע הכל מודים שהוא כקרקע. דכוונתו לענין פרוזבול דמבואר שם להדיא דפליגי בזה וכל הפרק יו"ד עיקרו הכל לענין דיני שביעית. אך לענין קושית רע"א על הרע"ב אינו מיושב רק על לשון הרע"ב בסוף עוקצין דכתב שם בזה"ל דבמחובר לקרקע הכל מודים שהוא כקרקע. וי"ל דז"א אלא לענין פרוזבול. אבל הכא בשביעית דכתב הרע"ב בזה"ל דבמחובר לקרקע הכל מודים שהוא כקרקע לכל דבר. בזה שפיר הקשה רע"א זצ"ל דהא לכל דבר לא שייך בזה. דהא חזינן בב"ב (דף ס"ו) וכפי המבואר בפ' ט"ו בכלים גבי דף של נחתומין דפליגי ר"א ורבנן אם הוי כקרקע או לא. אלמא דפליגי אף בתלוש וסוף חברו. א"כ שפיר הקשה רע"א על לשון הרע"ב דשביעית. אבל על הירושלמי אינו קשה די"ל דכוונתו רק לענין פרוזבול: ענף ב:

ובר"ש סוף עוקצין הביא בשם התוספתא דטבול יום דאמר ר' יהודה הכל מודים במחובר לקרקע שהוא כקרקע לכל דבר על הך פלוגתא דכוורת דפליגי ר"א ורבנן ע"ש. ולפ"ז תקשה על התוספתא דקאמר דהכל מודים במחובר לקרקע שהוא כקרקע לכל דבר דהא באמת מסקינן בב"ב (דף ס"ו) עפ"י משנה דכלים הנ"ל דגם במחובר לקרקע ס"ל לרבנן דלאו כקרקע. ודוחק לומר דהתוס' פליג ע"ז. ואפשר לומר דהא בתוספתא הנ"ל מבואר שם דר' יהודה אמר כן דבמחובר לקרקע הוי כקרקע לכל דבר. א"כ י"ל דר' יהודה דווקא ס"ל כן. אבל באמת רבנן פליגי עליה דר"י וס"ל דלא הוי כקרקע לכל דבר לרבנן דר"א. וכיון דרבנן פליגי עליה דר"י ע"כ הלכתא כת"ק דר"י דאף במחובר לקרקע פליגי וכמש"כ רע"א זצ"ל:

וזולת זה י"ל דהתוספתא אזיל לטעמיה דהנה בפ"ק דמעילה איתא בתוספתא שם הדר בצלו של שובך או בצלו של מערה לא נהנין ולא מועלין. והובא תוספתא זו בכ"מ הל' מעילה פ"ה הל' ה'. והשעה"מ פ"ג ה' אישות ה"ג פירש לתוספתא זו דס"ל בתלוש וסוף חברו חשוב כמחובר דליכא למימר דשובך דקתני מיירי בשובך העומד מאליה דהוי מחובר מעיקרו דא"כ היינו צל מערה. וע"כ מיירי בצל שובך דתלוש וסוף חיברו ע"ש בשעה"מ. ע"כ י"ל דהתוספתא אזיל לשיטתו ולכך נקטו לכלל גמור בתוספתא סוף טבול יום דתלוש וסוף חיברו הוי כקרקע לכל דבר. אבל לדידן דקיי"ל גבי הקדישו משכיר להבית דהדר ביה במעילה קאי כמבואר בערכין (דף כ"א). אלמא דבית דהוי תלוש וסוף חיברו הוי כתלוש גבי מעילה וכן אמרו בחולין (דף ט"ז) דהוי כתלוש. ע"כ שפיר אמרו בב"ב (דף ס"ו) דלרבנן מחובר לקרקע לא הוי כקרקע. וה"ה גבי הא דח"מ סי' צ"ה ואינו קשה מהתוספתא עליהם. כן י"ל בכוונת התוספתא הנ"ל:

אבל מהא דקאמרי בירושלמי שביעית בשם מימרא ולא בשם התוספתא דבמחובר לקרקע הכל מודים שהוא כקרקע. ולא סיימו לכל דבר כמו הלשון דהתוספתא הנ"ל. ע"כ מוכח דלא נתכוונו להך תוספתא הנ"ל. משום די"ל ג"כ דדווקא ר' יהודה קאמר כן להא דתוספתא הנ"ל. דאם היה כוונת הירושלמי להך תוספתא הנ"ל לא הוי קאמר ליה בלשון מימרא בפ"ע. וגם ה"ל למימר כלשון התוספתא דתני בלשון לכל דבר שני פעמים שם עי"ש. א"כ מזה הירושלמי ראייה לסברת הקצה"ח הנ"ל דדין שעבוד שאני דבזה אף תלוש וסוף חיברו הוי כקרקע:

ולכאורה י"ל דכוונת הירושלמי הנ"ל עוד למאי דכתב הרע"ב והרשב"ם בב"ב (דף ס"ה) במאי דאמר ר"א שם גבי כוורת דבורים דהרי הוא כקרקע. דכוונתו לענין לקנות בכסף ושטר וחזקה. וכיון דקיי"ל כר' יוחנן דדבר תורה מעות קונה. א"כ הא דמטלטלין אינן נקנין בכסף הוי זה מדרבנן וכיון דבמילי דרבנן הוי תלוש וסוף חיברו כקרקע וכמו דמבואר בב"ב (דף ס"ו) דשאני שאיבה דרבנן וכמש"כ הקצה"ח כנ"ל. ע"כ י"ל דלענין לקנותו בכסף גם רבנן מודו דהוי כקרקע מה"ט. אך מ"מ זה אינו דהא משמע בירושלמי שם דר"ל קאמר להדא מילתא. והא ר"ל ס"ל משיכה מה"ת כמבואר ג"כ בירושלמי בב"מ פ' ד' סוף ה' ב' ע"ש. ואף דנדחק לומר דמה דסיימו בירושלמי שביעית שם להך דמה אנן קיימין אם במחובר לקרקע הכל מודים שהוא כקרקע כו' דאין זה מן דברי ר"ל דמקודם שם. עכ"ז אין סברא לומר דכוונת הירושלמי הוי על לקנותו בכסף. דהא על שטר וחזקה לא שייך לומר כן. וגם כיון דזה לא מוזכר בפירוש בהמשנה שם אלא בכללא דה"ה כקרקע ע"כ אין סברא לפרש כן. ויותר נראה כמש"כ לעיל דמוכח דקאי על פרוזבול דנזכר שם בפירוש בהמשנה. וגם עיקר כל הפרק דשם מיירי הכל לענין דיני שביעית. וע"כ מוכח מהירושלמי כהקצה"ח:

ענף ג:

אך בעיקר סברת הקצה"ח שכתב דכיון דמטלטלין מה"ת משתעבדי אך מדרבנן לא משתעבדי וכמש"כ הרשב"א בסוף קדושין ע"כ הוי זה מילי דרבנן. יש לדון בזה הרבה דהסברא נותנת כיון דמה דמטלטלי לא משתעבדי מדרבנן זהו משום דלא סמכה דעתו על מטלטלין משום דיכול להבריחם ולהצניעם כמש"כ רש"י בב"מ (דף ס"ז). א"כ ממילא מה"ט גם מה"ת לא משתעבדי כיון דלא סמכה דעתו עליהם והוי כמו דמסלק א"ע מהם. א"כ אינו דומה להא דב"ב דאמרו דגבי שאיבה דרבנן הוי תלוש ולבסוף חיברו כקרקע. דשאני שאיבה דרבנן דגם עכשיו לאחר שתקנו חז"ל דמים שאובין פוסלין אין זה אלא רק מדרבן. משא"כ בהא דמטלטלי לא משתעבדי דניזול בתר טעמא דלא סמכה דעתו עליהן

א"כ ממילא מטעם זה אף מה"ת לא משתעבדי ובאמת כן משמע בירושלמי כתובות פ"ט במשנה ב' דמי שמת והניח אשה ובע"ח והיה לו פקדון או מלוה ביד אחרים ר' טרפון אומר כו' ורע"א ינתן ליורשים כו'. ואמרו בירושלמי הגע עצמך שפטרו משבועה זו תורה וזו אינו תורה. ופי' הפ"מ שם לפי מאי דהא דאין גובין ממטלטלין הוי זה מה"ת ע"כ אינו מה"ד לגבות מהמטלטלין. אלמא דמה דמטלטלי לא משתעבדי הוי זה מה"ת ודלא כהקצה"ח והרשב"א הנ"ל:

שוב ראיתי בחידושי הרשב"א לסוף קדושין שכתב שם בזה"ל דמה"ת גובה בע"ח ממטלטלי דיתמי אלא מדרבנן לא משתעבדי משום דלא סמכה דעתו דכיון דעיקר אסמכתא דלוה ליתא אמטלטלי לא גבה מינייהו וכן משמע בירושלמי פ' הכותב גבי הא דר"ע דאמר שכולן צריכין שבועה ואין היורשים צריכים שבועה וגרסינן עלה בירושלמי הגע עצמך שפטרו מן השבועה ומשני זו תורה וזו אינה תורה מ"מ מהאי טעמא הוא משום דירדה תורה לסוף דעתן של בריות דמסתמא לאו עיקר אסמכתינהו אמטלטלי. ומיהו היכא דשיעבד ליה בפירוש מטלטלין גבי אפילו מיתמי כו' עכ"ל הרשב"א. הרי להדיא דגם הרשב"א כתב דהאידנא לאחר תקנת חז"ל דראו דדעתן של בריות לא סמכו דעתייהו אמטלטלין ע"כ אף מה"ת אינו משועבד והביא ג"כ להירושלמי דפרק הכותב הנ"ל דכתב דזו אינה תורה כנ"ל. וכיון דאמרינן דלא סמכו דעתייהו אמטלטלין א"כ אף מה"ת אינו משועבד עכשיו. ולפ"ז מבעי להיות דאף תלוש ולבסוף חברו לא הוי כקרקע גם לגבי שעבוד. משום דהא באמת לא הוי כקרקע במילי דאורייתא דגם זה הוא מילי דאורייתא דניזול בתר טעמא א"כ סברת הקצה"ח אינו ברור:

אמנם עיקר סברת הקצה"ח שכתב דשעבוד מטלטלין מה דאינו משועבד מקרי זה מילי דרבנן. יש להביא ראיה לזה מב"ק (דף י"ב) דאין גובין מן העבדים וכתבו התוס' והרא"ש שם משום דבמילי דרבנן הוי כמטלטלין. והש"ך ריש סי' ל"ט הוכיח מזה דס"ל להרא"ש שעבודא לאו דאורייתא. אבל הישׁ"ש בב"ק שם כתב דס"ל להרא"ש דש"ד. ותמה הש"ך עליו שם. אבל הקצה"ח ריש סי' ל"ט כתב שם לבאר דברי הישׁ"ש הנ"ל עפ"י סברת הרשב"א דסוף קידושין הנ"ל דמה"ת אף מטלטלין משתעבדי רק מדרבנן אינו משועבד. וכיון דזהו רק מדרבנן ע"כ דינו כמו מטלטלין לענין מילי דרבנן. וה"ה גבי קנין אגב דעבדים נקנין אג"ק כמש"כ הישׁ"ש שם. והשער המשפט כתב כן בריש סי' ר"ב וכמו דמבואר בסי' ר"ב סעי' ח' דאם עומדין העבדים בתוך הקרקע קנה. ואף דזהו נגד הדין התורה דהא אג"ק הוי רק מדרבנן. עכ"ז כיון דתקנו דבמילי דרבנן הוי ממילא כמטלטלין כו'. ה"ה בזה דלגבי שעבוד דאף דמה"ת מטלטלין ג"כ משתעבדי. עכ"ז כיון דזהו מילי

דרבנן דתקנו דמטלטלין אינן משועבדים ע"כ גם עבדים נכללו בלשון מטלטלין דלא משתעבדי מדרבנן עי"ש בקצה"ח סי' ל"ט. וגם הקצה"ח בסי' צ"ה רמז לשם. וכ"כ הפנ"י בב"ק (דף י"ב) ובסוף ח"ג לטור סי' ל"ט:

ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ז' הבאתי ראי' לדבריהם מירושלמי קדושין פ"א ה"ג דאמרו שם אית מתניתין אמרה עבדים כמטלטלין כו'. אית מתניתין אמרה עבדים כקרקעות כו'. מיליהון דרבנן אמרי עבדי כמטלטלי דא"ר יוסי בשם רבנן אין גובין מעבדים כקרקעות כו'. ופירשתי שם דכוונתם ליישב סתירות דמצינו בעבדי דאית דוכתא דדינן כקרקעי ואית דוכתא דדינן כמטלטלי וכמו דהקשה הפ"י בקידושין (דף כ"ב) דעבד נקנה במשיכה. ותירצתי דשא"ה דד"ת מעות קונה וקנין משיכה הוי דרבנן ובדרבנן הוי עבדי כמטלטלי. וזה דסיימו בירושלמי דמיליהון דרבנן אמרי עבדי בכלל מטלטלי. דבמילי דרבנן הוי עבדי בכלל מטלטלי והביאו ראי' מהא דא"ר יוסי אין גובין מעבדים וכעין דברי התוס' דב"ק (דף י"ב). ע"ש בספרי שהארכתי שמה. א"כ לפ"ז מוכח מירושלמי ומהא דב"ק דאין גובין מעבדים דשעבוד מטלטלי דלא חל עליהם הוי זה רק מדרבנן ע"כ ה"ה גבי תלוש וסוף חיברו כיון דמה"ת משתעבדי י"ל דדינן כקרקעי וכמש"כ הקצה"ח:

אכן באמת גם זה טעמא בעי במה דאמרו גבי עבדים דלא משתעבדי אף דש"ד משום דהוי זה מילי דרבנן. וכמש"כ הרשב"א והקצה"ח. הא כיון דלא משעבדי למטלטלי משום דלא סמכה דעתו עלייהו וכמש"כ הרשב"א לקדושין בשם הירושלמי דפ' הכותב דזו אינה תורה. א"כ ממילא מה"ת לא משתעבדי מה"ט. א"כ הוי זה מילי דאורייתא דהוקשו עבדי לקרקעות. וע"כ דבר זה צריך ביאור עדיין לפי שיטת הישׁ"ש דאף אי ש"ד ג"כ אין גובין מעבדים וכמש"כ הקצה"ח בריש סי' ל"ט כנ"ל. דהא זה הוי מילי דאורייתא ובמילי דאורייתא הא אתקשו עבדי לקרקעות. ובאמת שי' הש"ך בסי' שס"ג ס"ק ב' דכתב בשם כמה ראשונים דכתבו דלכן אין גובין מעבדים משום דגם בהו שייך לומר הטעם דלא סמכה דעת המלוה עליהם כמו במטלטלין. משום דיכולין לברוח עי"ש. אבל הפוסקים שכתבו הטעם משום דבמילי דרבנן הוי בכלל מטלטלין אלמא דלא ס"ל לסברת הש"ך בשם הראשונים הנ"ל. א"כ הא זה הוי מילי דאורייתא. וקשה דאמאי כתבו דהוי מילי דרבנן. הא ניזיל בתר טעמא דהא דמטלטלין לא משתעבדי משום דלא סמכה דעתו עליהם. אם כן הא בעבדים לא שייך ה"ט דהא לא סבירא להו לסברת הש"ך בסי' שס"ג הנ"ל. מדכתבו הטעם דלכן אין גובין משום דהוי מילי דרבנן א"כ תקשה כנ"ל. וכעין זה מצינו בתוס' בכורות (דף נ"ב) שכתבו בשם הר"ת דעכשיו דתקנו הגאונים שגובין

ממטלטלין דיתמי הוי זה מה"ת. והובא זה בפני יהושע לב"ק (דף י"ב) על תוס' ד"ה אנא מתניתא ידענא כו'. ובפנ"י בסוף ח"ג על טור ח"מ סי' ל"ט. ובתומים סי' ק"ז ס"ק ד'. וזהו מה"ט דכיון דתקנו הגאונים דגובין ממטלטלין דיתמי א"כ ממילא סמכה דעתו עלייהו ע"כ ממילא משתעבדי מה"ת וקצרתי:

(הגה"ה:

ובעיקר הדבר אי מטלטלין משתעבדי מה"ת. יש לדון בזה לפמש"כ הרשב"ם בב"ב (דף קע"ה) בד"ה שעבודא דאורייתא יוציא אליך העבוט וה"ה למקרקעי עכ"ל. ועיין בתוס' שם ד"ה דבר תורה כו'. ובחידושי פני יהושע לטור ח"מ סי' ל"ט שביאר היטיב דברי הרשב"ם הנ"ל. א"כ משמע דס"ל להרשב"ם דמה"ת אף מטלטלין משתעבדי. ומצאתי כעת באו"ת סי' ל"ט ס"ק ב' שהעיר בדברי הרשב"ם הנ"ל. ועפמש"כ יש לעיין בדבריו וגם יש לדון על פי זה בסוגיא דב"מ (דף קט"ו) במה שאמרו מאחר שמחזירין למה ממשכנין כו' ולא יעשה מטלטלין כו'. ובמק"א הארכתי בזה (ע"כ הגה"ה): ענף ד:

והנראה לענ"ד בזה עפ"י מש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ט בזה"ל ובלא"ה ג"כ צריך ביאור במש"כ הרשב"א דמטלטלין לא משתעבדי מדרבנן. דהא כיון מה דלא משתעבדי הוי זה משום דלא סמך המלוה דעתו עליהם והוי כמו דמחל השעבוד א"כ ממילא אין עליהם שעבוד כלל אף מה"ת. ובחידושי לח"מ כתבתי לפרש כוונת הרשב"א הנ"ל די"ל דהא דאמרו דאינו סומך המלוה דעתו עליהם אינו אלא בגדר סילוק. משום דהא מחילה בפירוש לא הוי לפנינו. ולכן לא הוי זה אלא כמו כותב לו דו"ד אין לי בנכסייך וכמו הא דכתובות (דף צ"ה). והוי כמו דסילק א"ע ממטלטלין ומבואר בתוס' כתובות שם בד"ה וכי כתבה כו' דמה דטורף מן לקוחות לא מהני סילוק דזה הוי כמו כותב בעודה נשואה דין ודברים אין לי בנכסייך דאין בדבריו כלום אך במה דאינו טורף מלקוחות מהני הסילוק עי"ש. ולכן מה"ת דטורף אף מן המטלטלין הנמכרים. ע"כ אף דלא סמך דעתו עליהן עכ"ז משתעבדי מה"ת דלא יהא עדיף מן סילוק בפירוש דלא מהני מה"ת. ואף במטלטלין היכא דגוף החפץ הוי שלו הא לא מהני סילוק. אף דיכול להבריחו ולהצניעו מכ"מ הא לא מהני סילוק דכתב לו דין ודברים אין לי. והוא הדין גבי שעבוד כיון דיכול לטרוף מלקוחות א"כ הוי זה כמו דגוף החפץ הוי שלו וכמש"כ התוס' כנ"ל. אכן עכשיו שתקנו חז"ל דאינו טורף מטלטלין מלקוחות משום דלאו בני קול נינהו כמבואר בב"ק (דף י"א) וב"ב (דף מ"ד). ומה"ט אף היכא דכתב בשטר מטלטלין וקרקע ולא כתב אגב ג"כ אינו גובה ממשעבדי משום דלית לי' קלא וזהו מצד תק"ח ז"ל. וכמש"כ התומים בסי' ק"ד ס"ק א' בשם הרמב"ן והרשב"א עי"ש. לכן היכא דלא כתב בפירוש מטלטלין וקרקע

מהני סילוק גבייהו דאינו גובה אף מיתמי. וכיון דאינו סומך דעתו עליהם הוי זה כמו סילוק גמור דזה מהני במטלטלין האידנא לאחר שתקנו חז"ל דאינו טורפן מלקוחות. ולפ"ז פקע שעבודם אף מה"ת לאחר תקחז"ל דאינו טורפם מלקוחות עכ"ל בספרי שם: ולפ"ז י"ל דגם הישׁ"ש וסייעתו ס"ל דגם גבי עבדים שייך לומר דלא משתעבדי כמו במטלטלין. משום דגם בהו שייך הטעם לומר דלא סמכה דעתו עליהם משום דיכולין לברוח. וכמש"כ השׁ"ך בסי' שס"ג הנ"ל בשם כמה ראשונים. וכן כתבו התוס' ביבמות (דף צ"ט) ד"ה מני ר"מ היא. וכן כתב הרשב"ם בב"ב (דף קכ"ח ע"א) ד"ה ור"נ אמר אין גובין. רק דהיה קשה להו ע"ז הטעם דזה אינו מספיק לחודא. משום דעדיין תקשה הא תינח היכא דהוי מלוה ע"פ דאז אינו טורף מלקוחות. א"כ הוי זה כמו כותב לה בעודה ארוסה דכיון דאין החפץ ברשותו דהא אינו יכול לטרוף מהלקוחות ע"כ מהני סילוק וכמש"כ התוס' בכתובות כנ"ל. וה"ה היכא דלא סמכה דעתו דזה הוי כמו סילוק בפירוש. אבל במלוה בשטר דטורף לעבדים הנמכרים מלקוחות דהא הוקשו לקרקעות. א"כ ממילא אף די"ל דלא סמך המלוה דעתו על שעבוד העבדים. מ"מ לא יהי' עדיף מן סילוק בפירוש דלא מהני כיון דטורפן מלקוחות. א"כ הוי זה כמו כותב לה בעודה נשואה דלא מהני. א"כ קשה האיך אמרו דאין גובין מן העבדים ומשמע אף במלוה בשטר. ולכן כתבו לומר הטעם בזה משום דבמילי דרבנן הוי עבדי בכלל מטלטלין. וכיון דתקנו חז"ל גבי מטלטלין דאף היכא דשעבדן בפירוש כל זמן דלא כתב אגב דלא יהיה גובה מן המטלטלין משום דלית לי' קלא. א"כ ה"ה בהך תקחז"ל דתקנו כן על מטלטלין נכלל בזה גם עבדים דהא במילי דרבנן הוי עבדי בכלל מטלטלין. רק בעשה עבדי אפותיקי שאני דבזה אית לי' קלא. וכיון דעבדי הוי בכלל מטלטלי לענין מילי דרבנן. וכן לענין לגבותן ממשעבדי דתקנו דאינו גובה מלקוחות למטלטלין הנמכרים דגם עבדי הוי בכלל זה. ע"כ מהני מה דלא סמכה דעתו על שעבוד העבדים והוי כמו סילוק בפירוש דמהני. וע"כ אין דין שעבוד כלל על העבדים אף במלוה בשטר. ולכן אין גובין עבדים הן מיתומים והן מלקוחות. וא"ש דברי הישׁ"ש וסייעתו דכתבו הטעם דאין גובין מן העבדים משום דבמילי דרבנן הוי בכלל מטלטלין אף דס"ל שעבודא דאורייתא:

ולפ"ז אינו שום סתירה מירושלמי דכתובות פ' הכותב דאמרו גבי מטלטלין דזו אינו תורה. משום דעכשיו דתקנו חז"ל דאינו טורף ממטלטלין הנמכרים ע"כ ממילא מהני סילוק בהו. וה"ה משום מה דראו חז"ל דלא סמכו דעת הבריות על מטלטלין דהוי כמו סילוק בפירוש דמהני מה"ת. והוי כמו כל אומדנות דאמדו חז"ל כדמצינו בש"ס בכמה דוכתי דזה מקרי דאורייתא. והא דאמרו בירושלמי לקדושין דמה דאין גובין מן העבדים

הוי זה בכלל מילי דרבנן. הטעם הוא משום דאם היה מילי דאורייתא א"כ הי' גובה מן הלקוחות במלוה בשטר ולא הי' מהני אף סילוק בפירוש. אך משום דהוי מילי דרבנן מה דלא גבי ממטלטלין הנמכרים. א"כ עבדי בכלל מטלטלין במילי דרבנן וע"כ מהני סילוק בהו מה דלא סמכה דעתו עלייהו דזה הוי כמו סילוק. וגם י"ל דמה דלא סמכה דעתו הוי כמו יאוש. ויאוש הא לא מהני רק בדבר שאינו ברשותו וכמש"כ הקצה"ח והנתיבות בסי' רנ"ט. וע"כ היכא דטורף ממשעבדי הוי זה כמו דבר דברשותו דלא מהני היאוש. ויש להאריך בזה הפרט הרבה. וע"כ העיקר כמש"כ לעיל דבתורת סילוק נגעו בי'. ואתי שפיר לפ"ז דלא סתרי דברי הירושלמי להדדי וכפי שכתבתי בספרי באר יצחק בכוונת הירושלמי דקדושין כנ"ל:

ענף ה:

ועכשיו נחזור לדברי הקצה"ח בהא דתלוש וסוף חיברו שכתב דכיון דמה דמטלטלין לא משתעבדי הוי מדרבנן ע"כ בזה הוי תלוש וסוף חיברו כקרקע. דבאמת לפי מה שהבאתי לעיל לשון הרשב"א דסוף קדושין דכתב דירדה תורה לדעתן של בריות דלא סמכה דעתייהו אמטלטלין וע"כ אמרו בירושלמי כתובות דזו אינה תורה. א"כ לפ"ז מוכח דגם לשי' הרשב"א הוי הא דמטלטלי לא משתעבדי כמו כל מילי דאורייתא מצד אומדנא דאמרו חז"ל. וכמו כל אומדנות דמצינו בש"ס בכ"ד דדינם כמו דאורייתא ממש. וע"כ הא דמטלטלי לא משתעבדי הוי זה האידנא מצד אומדנות חז"ל על דעתן של בריות דלא סמכה דעתייהו כמו כל מילי דאורייתא. וע"כ כמו בכל מילי דמצינו דמחלקים בין מטלטלי למקרקעי דה"ה בהך מילתא. ולכן תלוש וסוף חיברו דאין דינו כקרקע לרבנן דר"א במילי דאורייתא. ה"ה בזה דלא משתעבדי מטלטלי. וע"כ אף תלוש וסוף חיברו הוי בכלל מטלטלי וזה נכלל במה דאמרו חכמים דר"א גבי כוורת דבורים דאין דינן כקרקע כמו דאמרו בפירוש. והרשב"ם והרע"ב פירשו שם דקאי על לקנותו בכסף ושטר וחזקה. ובאמת י"ל דה"ה לענין שעבוד ג"כ אין דינן כקרקע מדסתמו בזה. ואף במחובר לקרקע פליגי רבנן וכמש"כ רע"א וצ"ל להקשות על הרע"ב הנ"ל. כדמוכח ממשנה דכלים בדף של נחתומין כנ"ל. ומה דכתב הקצה"ח לחלק דשאני שעבוד דהוי מילי דרבנן. נדחה זה לפמש"כ דגם זה הוי בכלל מילי דאורייתא:

אכן יש לדון בתלוש וסוף חיברו לענין שעבוד דיהיה דינו כמו קרקעי היכא דיש לו מלוה בשטר. לא מיבעיא אם כתב בשטר מטלטלי ומקרקעי אף דלא כתב אגב קרקע. כיון דאז משתעבדי אף מטלטלין מה"ת אלא מצד תקחז"ל דתקנו דאינו גובה ממטלטלי משום דלית להו קלא וכמש"כ התומים בסי' ק"ד ס"ק א'. א"כ הא כיון דמה"ת משתעבדי

וגובה מן לקוחות אלא מדרבנן לא גבי. ע"כ בכה"ג דומה זה שפיר להא דשאיבה דרבנן דבזה אף תלוש ולבסוף חיברו הוי כקרקע. ולפ"ז ה"ה אף היכא דלא כתב מטלטלין בפירוש מ"מ כיון דיש לו מלוה בשטר דמה"ת טורף מלקוחות אף מטלטלין. ואף דלא סמכה דעתו על מטלטלין מ"מ הא לא עדיף מן סילוק בפירוש דלא מהני היכא דיכול לטרוף מלקוחות כמש"כ התוס' בכתובות (דף צ"ה). והא דמהני סילוק במטלטלין זהו משום דהאידנא דתקנו חז"ל דאינו טורף מטלטלין מן הלקוחות הוי זה כמו דבר שאינו ברשותו דמהני סילוק. אכן בתלוש ולבסוף חיברו הדין נותן דטורף מלקוחות במלוה בשטר כמו כל קרקע כיון דמה"ת אף מטלטלין טורף מלקוחות. א"כ דומה זה לשאיבה דרבנן דבכה"ג הוי תלוש ולבסוף חיברו כקרקע כיון דמה דאינו טורף מן הלקוחות אינו אלא מדרבנן. ובתלוש ולבסוף חיברו במילי דרבנן אוקמי אדאורייתא. ודווקא גבי עבדים כתבו הראשונים דבמילי דרבנן דינו כמטלטלין. אבל לא בתלוש ולבסוף חיברו כמבואר בב"ב (דף ס"ו). לכן הדין נותן במלוה בשטר דאף תלוש ולבסוף חיברו דינו כקרקע להיות גובה ממשעבדי. וכיון דגובה ממשעבדי ע"כ אף דנימא דגם בתלוש ולבסוף חיברו לא סמכה דעתו עליו כמו כל מטלטלין. וכמו שנראה מדברי הש"ך דגם בתלוש ולבסוף חיברו שייך לומר ג"כ דלא סמכה דעתו. דאל"כ ה"ל להש"ך לומר בקיצור דלכן בית משועבד משום דלא שייך בזה לומר דיכול להצניען. עכ"ז כיון דטורפן מלקוחות היכא דכתב מטלטלין וקרקע אף בלא אגב הדין נותן דלא מהני סילוק. וה"ה מה"ט אף בלא כתב מטלטלין בפירוש ג"כ הדין נותן דלא מהני אף סילוק בפירוש דהוי כמו כותב לה בעודה נשואה דין ודברים אין לי עליך דלא מהני. כיון דאם לא היה מסלק א"ע היה טורפן מלקוחות ע"כ אינו מועיל סילוק כנ"ל:

היוצא לנו מזה גבי תלוש ולבסוף חיברו דבמלוה ע"פ דינו כמטלטלין. ובמלוה בשטר כיון דטורף הקרקע מלקוחות וגם מטלטלין הא טורף מה"ת. ע"כ תלוש ולבסוף חיברו דינו כקרקע אף דלא כתב מטלטלין בפירוש. אך במלוה ע"פ אף דמה"ת טורף לקרקע מן הלקוחות למאן דס"ל ש"ד. עכ"ז כיון דעכשיו דתקנו חז"ל דמלוה בע"פ אינו טורף מן לקוחות לכן מהני סילוק. דעיקר הטעם תלוי היכא דיכול לטרוף בכל שעה אז הוי זכות השעבוד כדבר שבידו דלא מהני סילוק וכמש"ש הנתיבות בסי' ר"ט ס"ק ו' עי"ש. א"כ ה"ה מה"ט הוי תלוש וסוף חיברו כמטלטלין כיון דאף בלא הסילוק לא היה יכול לטרוף ממשעבדי עכ"פ יהיה מאיזה טעם שיהיה. ע"כ ממילא משום מה דלא סמכה דעתו על המטלטלין הוי זה כמו סילוק דמהני היכא דאינו יכול לטרוף מלקוחות אף אם לא היה מסלק מהם בפירוש במלוה בע"פ. אבל במלוה בשטר דאם לא היה מסלק

מהם היה טורפן ממשעבדי אף בתלוש וסוף חיברו. משום דבמילי דרבנן דתקנו דלא יטרף למטלטלין מלקוחות הוי תלוש ולבסוף חיברו כקרקע כמש"כ הקצה"ח וטורפן מלקוחות אם לא היה מסלק מהם. וע"כ ממילא לא מהני סילוקו וע"כ במלוה בשטר הוי תלוש וסוף חיברו כקרקע:

ולפ"ז יש לפרש למאי דקאמרי בירושלמי דהכל מודים במחובר לקרקע שהוא כקרקע וכתבתי לעיל לפרש דכוונתו לענין פרוזבול דכל הפרק דשם מיירי לענין שביעית. די"ל דקאי על מלוה בשטר כמבואר שם בשביעית ריש פרק יו"ד דשביעית משמטת אף מלוה בשטר כו'. ור' יוחנן דרצה לומר שם דזהו בשטר שאין בו אחריות נכסים חזר בו בסוף כמבואר בגיטין (דף ל"ז) ובירושלמי ריש פרק יו"ד דשביעית דאמר מפני שאנו מדמין נעשה מעשה. ע"כ אינו סתירה מהירושלמי לדברינו:

ועוד יש לומר בכוונת הירושלמי במאי דאמר הכל מודים במחובר לקרקע שהוא כקרקע דקאי אף במלוה בע"פ. ואף לפי מה שנתבאר דבמלוה ע"פ הוי תלוש ולבסוף חיברו לאו כקרקע לענין שעבוד. מ"מ י"ל דכותבין פרוזבול ע"ז כיון דעיקר מה דצריך פרוזבול אין זה רק מדרבנן כמבואר בגיטין (דף ל"ו) דמקשו מי איכא מידי דמדאורייתא משמטי שביעית ואתקין הילל דלא משמטי ותי' אביי בשביעית בזה"ז ור' היא. ועיין בתוס' שם ד"ה מי איכא מידי כו' דרבא לא בעי לשנוי הך קושיא. וכ"כ הכ"מ שם מטעם אחר. וכיון דעיקר מלתא דבעי פרוזבול אין זה רק מדרבנן. ע"כ הא בדרבנן הוי תלוש ולבסוף חיברו כקרקע דמוקמינן אדאורייתא בזה כמו הא דב"ב גבי פשוטי כלי עץ ושאיבה דרבנן כנ"ל. ואף דאין עליהן תורת שעבוד מ"מ כותבין פרוזבול ע"ז משום לא פלוג רבנן כיון דשם קרקע ע"ז. וכמש"כ התוס' כה"ג בב"ק (דף י"ב) ד"ה פרוזבול חל על הקרקע כו' וז"ל אין כותבין פרוזבול אלא על דבר שאי אפשר לכלותו ואע"ג שכותבין על עציץ נקוב כיון דחשוב קרקע לא פלוג רבנן עכ"ל. ומשמע מהתוס' דדין שעבוד אינו חל על עציץ נקוב דכיון דאפשר לכלותו ע"כ לא סמכה דעתו עליו כמו בכל מטלטלין דלא סמכה דעתו עליהן מפני שיכול להוציאן דזיל בתר טעמא. ואפ"ה כותבין פרוזבול על עציץ נקוב כמבואר בגיטין (דף ל"ז) משום כיון דשם קרקע עליו ע"כ כותבין פרוזבול ע"ז. ואף דעיקר הטעם דבעי קרקע לפרוזבול הוי משום דחשוב כגבוי. עכ"ז כיון דנתקיים תקנת חז"ל דתקנו דיכתובו פרוזבול על קרקע סגי בזה אף דלא שייך כ"כ הטעם הנ"ל. מ"מ מהני לענין פרוזבול. א"כ ה"ה בתלוש ולבסוף חיברו כיון דבדרבנן הוי כקרקע ע"כ יש לכתוב פרוזבול עליו. ולכן קאמרי בירושלמי דבמחובר לקרקע הכל מודים שהוא

כקרקע לענין פרוזבול. ואף דנתבאר דשעבוד ליכא עליו במלוה ע"פ. עכ"ז כיון דשם קרקע עליו ע"כ יוצא ידי חובתו בכתיבת פרוזבול דהצריכו שיהיה לו קרקע:

ולכן שפיר כתבתי לחלק בין שטר לבין מלוה ע"פ בתלוש ולבסוף חיברו לענין שעבוד. רק בית שאני כמש"כ הש"ך לחלק בין בית לשארי תלוש ולבסוף חיברו כמבואר שם לחלק בין כותל בנין לבית דבית ה"ל כקרקע לכל דבר. אבל בשארי תלוש וסוף חיברו יש לחלק בין מלוה בשטר לבין מלוה בע"פ ע"פ סברת הקצה"ח. רק דלא כהקצה"ח דלא מחלק בין שטר לבע"פ. ויש עוד להאריך בכל זה רק עת לקצר. ועיין במג"א סי' תרל"ז ס"ק ז' ובספרי ח' או"ח סי' ד' ענף ה'. בד"ה ובמג"א סי' תרל"ז כו':

ה (שם סעיף ג' ש"ך ס"ק ח'):

בד"ה אכן לענין דינא כו' כתב דאף למ"ד דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה היינו מש"ח. אבל בש"ה לא פלוג רבנן בתקנתא כמבואר בריטב"א דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועת היסת. וכ"כ הש"ך בסי' ס"ו ס"ק קכ"ה. ועיין בש"ך סי' ס"ד ס"ק ו'. והתומים בסי' צ"ה ס"ק ו' כתב להוכיח כן משבועות (דף מ') בלישנא בתרא דלא חייב ר"נ ש"ה אלא באומר לויתי ופרעתי אבל לא באומר להד"ם וקשה הא יש לו מיגו דלהד"ם וצ"ל דאף דיש לו מיגו מ"מ תיקן ר"נ היסת עכ"ל:

ואין זה ראיה דהא שם בשבועות מיירי בהודה בפני עדים. וע"כ באמר אין לך בידי חייב רק באומר נתתיו לך פטור א"כ אין לו מיגו כלל. אכן כן מבואר להדיא בתוס' בב"ק (דף קי"ח ע"א) ד"ה ר"נ וריו"ח כו' בשם ר"ת דס"ל כל"ב דר"נ דשבועות הנ"ל דאינו חייב ש"ה רק במודה שהוא חייב רק שטוען פרעתי אע"ג דליכא עדים בהך הודאה והיה יכול לכפור בשעה שטען פרעתי אפ"ה חייב ש"ה. א"כ מוכח כהש"ך דמיגו לאפטורי מש"ה לא אמרינן. וכ"כ בהגהות מרדכי לב"מ פ' שנים אוחזין. ועיין בכללי מיגו של הכנה"ג דהובא בתומים ס"ק קי"ג בשם התוס' דס"ל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה. והתוס' בב"ק שם כתבו בלשון אע"ג דהתם בשבועות יש עדים בהודאה ולפי פשט הלכה משמע דלמאן דמתני אסיפא חשיב לה דררא דממונא משום דאיכא עדים בהודאה שא"ל אתמול הן ואין יכול עתה לכפור כו'. אפ"ה ס"ל לר"ת דאף היכא דליכא עדים והיה יכול לכפור ולומר להד"ם אפ"ה חייב שבועת היסת ולא מהני מיגו. ונעלם התוס' הנ"ל מהאו"ת. וכ"כ הנימוקי יוסף בב"ק שם ע"ש. וע"כ לדינא העיקר כהש"ך דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועת היסת:

וכן מוכח מהא דיו"ד סי' ס"ט סעי' כ"ה במה שהביא הט"ז שם למש"כ הרא"ש דאם טוען הנתבע טענת בהיתר לקחתי הרבית א"צ שבועה. ואם טוען להד"ם חייב שבועה.

והקשה הבית יוסף דיהיה מהימן במיגו דהיה בהיתר ותי' הב"י דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. והובא בבאר הגולה שם. וע"ז תמה הט"ז הא אי' בח"מ סי' צ"ג בשם הרא"ש דס"ל דאמרינן מיגו בזה. אמנם לפמש"כ הש"ך דבשבועת היסת כ"ע מודו דלא אמרינן מיגו לאפטורי אתי שפיר כוונת הבית יוסף. ובאמת הט"ז אזיל לשיטתו כפי שכתב הט"ז בסי' צ"ה סעי' ד' דאין לחלק בין שבועת היסת בזה למאן דס"ל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה ע"ש. ע"כ שפיר הקשה כן על הבית יוסף. ומה דתירץ הט"ז ביו"ד שם דלכן לא מהימן במיגו דהיה בהיתר דאפשר דאינו יודע ההיתר. אין זה נכון לדינא לפמש"כ הש"ך בח"מ סי' ס"ו ס"ק נ"ו דאמרינן מיגו אף בהנך מיגו שצריכין לימוד ועומק גדול בים התלמוד דאל"כ בטלו כמה דיני מיגו עי"ש. ואפשר לומר בזה דהא הט"ז כתב שם כן ביו"ד לתרץ דברי הרא"ש. והא הרא"ש ס"ל שם כפי דהובא בש"ך שם דס"ל דבמיגו ג"כ אמרינן לאו כו"ע דינא גמירי. א"כ שפיר י"ל כסברת הט"ז לתרץ דברי הרא"ש לשיטתו. אבל לדינא לפמש"כ הש"ך שם דלא כהרא"ש בזה. ואפ"ה אמרו ביו"ד שם גבי טוען להד"ם דצריך שבועה ולא מהימן במיגו דבהיתר לקחתי הרבית. דשפיר מוכח מזה דלא אמרינן מיגו לאפטורי מש"ה. וגם הא כתב הש"ך שם בסי' ס"ו ס"ק נ"ו הנ"ל דהרא"ש סותר ד"ע בזה. ועל פי זה יש לתרץ מה שהקשה הקצה"ח בסי' פ"ז ס"ק כ"ז על המהרי"ט מן התוס' ב"ק (ד' ק"ז ע"ב) ד"ה הואיל ויצא ידי בעלים כו'. ובמק"א הארכתי בזה:

ו (שם סעיף ה'):

שטר מסרתי לך כו' או שטען שאבד פטור אף משבועת היסת כו'.

והסמ"ע והש"ך תמהו על דברי המחבר בזה. ועיין לעיל סי' ס"ו סעי' ל"ט ענף ב' שכתבתי לתרץ קושייתם בעז"ה. והנה הסמ"ע והש"ך כתבו כולם לחלק דבטוען להד"ם חייב לישבע היסת משום דהתובע תבעו בברי אבל בטענת אבד פטור משבועת היסת משום דטענת התובע אינו אלא טענת שמא וכמש"כ המ"מ בפ"ה ה' טוען ה' ו'. וכ"כ המחבר לעיל סי' ס"ו סעי' ל"ט דנשבעין על שטרות היסת אם היה שם טענת ודאי. אבל בטוען נאנסו וכיוצא בו דאין התובע טוענו בברי אינו נשבע היסת וכמש"כ שם הש"ך בס"ק קכ"ה אך הש"ך העלה שם דשבועה שאינו ברשותו נשבע אף על שטרות וזהו שבועת המשנה ע"ש:

ומן דברי התוס' בב"ב (דף ע' ע"ב) ד"ה סוף סוף כי א"ל נאנסו לאו שבועה בעי כו' מוכח דס"ל דגם בטענת נאנסו מחייבינן שבועת היסת וז"ל התוס' תימא למאי דמפרש ר"ת כו' ואין לומר לאו שבועה בעי שבועת היסת קאמר דהיכי תיסוק אדעתיה דרב עמרם דנאמן דקאמר רב חסדא ליפטר אף משבועת היסת כו' עכ"ל התוס'. הרי להדיא דס"ל להתוס'

דאף בטוען נאנסו מחייבינן ש"ה ודלא כמש"כ כל הפוסקים הללו. ובאמת יש להקשות על התוס' דהא קיי"ל דלא משבעינן על טענת ספק. ואפשר דהתוס' הכא ס"ל לסברת הרשב"א בחי' לקידושין (דף כ"ז ע"ב) בד"ה אשכחן ברי שמא מנלן כו' שכתב ויש לדקדק והא איכא שבועת השומרים דעיקרו ספק וי"מ דאף היא אינה אלא ברי דהואיל וברי שהפקיד ואינו יודע שנפטר ממנו כברי חשבינן ליה והרמב"ן כתב שאינו מחוור משום שאין חיוב של שומרים עד שיארע בהן אונס כדאמרינן בהגוזל ובאלו נערות אר"פ היתה פרה שאולה וטבחה כו' עכ"ל הרשב"א. א"כ י"ל דגם התוס' בב"ב ס"ל דבכל שומרים יש עליו חזקת חיוב וכמש"כ הש"ך בסי' רצ"א ס"ק מ"ד בכוונת התוס' בב"מ (דף צ"ז ע"ב) ד"ה והלה אומר איני יודע כו' דס"ל בכל חיוב שומרים דה"ל כמו איני יודע אם החזרתי כו'. ואף לפי דברי הקצה"ח בסי' ש"מ ס"ק ד' בכוונת התוס' דב"מ הנ"ל דלא כהש"ך משום דהא סיימו התוס' שם וכן בפרה אחת כו' ע"ש. עכ"ז י"ל דהתוס' בב"ב ס"ל דלא כמו שכתבו בב"מ משום דידוע דאין להקשות בסתירת התוס' אהדדי. והתוס' בב"ב ס"ל כמו שכתב הישו"ש דהובא בש"ך סי' רצ"א ס"ק מ"ד ובקצה"ח סי' ש"מ ס"ק ד' דס"ל להישו"ש דאף למ"ד נכסי שומר משעת פשיעה משתעבד דמ"מ דין השומרים בטענתם כמו א"י אם החזרתי כו' ע"ש. ולכן כתבו התוס' בב"ב דהיכי תיסוק אדעתיה דרב עמרם דנאמן דקאמר ר"ח ליפטר אפי' משבועת היסת כו'. ולא רצו לומר דזה תלוי בהפלוגתא דאמוראי אי נכסי שומר מעת פשיעה משתעבד או מעת משיכה. משום דס"ל דלכ"ע דין השומרים ה"ל כמו א"י אם החזרתי דיש עליהן חזקת חיוב. וע"כ מה"ט ה"ה כאן בחיוב שבועת היסת דייניגן לחייב ש"ה אף דטוענים הבעלים שמא וכעין סברת הרשב"א בחי' לקידושין הנ"ל דמחמת חזקת חיובא של השומרים דינו כמו כל טענת ברי ולכן כתבו התוס' בפשיטות דאף על טענת נאנסו מחייבינן שבועת היסת לכ"ע:

ולדינא יש להוכיח דע"י אוקי אחזקת חיוב לא מחייבינן לישבע שבועת היסת ודלא כמש"כ בכוונת התוס' והוא דבסי' ע"ה סעי' ט' מבואר בטוען איני יודע אם פרעתי דצריך לשלם ואין התובע צריך לישבע היסת וכמש"כ הש"ך שם ס"ק כ"ח דכיון דהנתבע טוען שמא כו'. ואף דיש שם חזקת חיוב מ"מ דינו כמו כל טענת שמא דלא משבעינן ש"ה. ואף לשיטת שערי רב אלפס דפסק בכל א"י אם פרעתי דצריך התובע לישבע וכמש"כ שם בש"ך ס"ק כ"ט בשם המהרש"ל ושערי רב אלפס היינו דוקא בנוטל, דכיון דמוציא מעות מן המוחזק ע"כ פסק דישבע התובע שם אף דהנתבע טוען שמא. וכן ראיתי בשערי רב אלפס סוף שער י"ב שכתב בטוען א"י אם פרעתי דמשביע להתובע שבועה דרבנן כעין שבועה דאורייתא. הרי דלא אתי בזה משום חיוב ש"ה מפני החזקות חיוב אלא מחייב

לשבועת המשנה דזהו כעין דאורייתא בזה. ועיין באו"ת סי' ע"ה ס"ק ז' וטעמו משום דה"ל נוטל ע"כ חייב לישבע שם שבועה בנק"ח כעין דאורייתא אף דה"ל טענת שמא. ועיין בש"ך ח"מ סי' קמ"ו ס"ק ה' וקצרתי. ובפרט דהא אין הלכה כהשערי רב אלפס וכמבואר בסי' ע"ה סעי' ט'. ע"כ שפיר פסקו כאן כל הפוסקים דלא משבעינן שבועת היסת על טענת נאנסו בשטרות:

ועוד נלע"ד להסביר לדברי התוס' בב"ב (דף ע') הנ"ל שכתבו דעל טענת נאנסו מחייבינן ליה לישבע היסת אף היכא דאינו חייב לישבע שבועת השומרים. דאף דהתובע טוען טענת ספק מ"מ ס"ל להתוס' דחייב ש"ה על טענת נאנסו משום די"ל דהתוס' לטעמייהו דכתבו שם בד"ה מאן דאמר נשבע וגובה כולו כו' דנאנסו לא שכיח. והנה הש"ך בכללי מיגו אות כ"ב כתב דנ"ל דלא כהתוס' ונאנסו שכיח והוכיח כן מהש"ס ר"פ המפקיד וכ"כ הש"ך בסי' ק"ח ס"ק ח'. אכן לשיטת התוס' דס"ל דנאנסו לא שכיח שפיר י"ל דמה"ט כתבו התוס' דחייב שבועת היסת על טענתו דנאנסו משום דהא מעלת רובא עדיפא ממעלת ברי וכמש"כ הפני יהושע לכתובות (דף ט"ז ע"א) בתוס' ד"ה כיון דרוב נשים כו' ע"ש. ויש להאריך עוד בעיקר הכלל הזה. ולכן כמו דע"י טענת ברי מחייבינן לישבע שבועת היסת כמו כן היכא דהרוב מנגד להמוחזק ומסייע להתובע. הדעת נותנת דע"י הרוב מחייבינן לישבע היסת ולכן בטוען נאנסו דלא שכיחא ע"כ ס"ל להתוס' דחייב היסת. [ועיין בשו"ת ברית אברהם ח' ח"מ סי' י"ג שכתב לדון דרוב יהיה מחייב שבועה בקו"ח מעד א' ויש להאריך בדבריו ואכ"מ]. ולפ"ז י"ל דאף לדברי התוס' דכתבו בפשיטות דחייב היסת על טענת נאנסו דז"א רק על טענת נאנסו דס"ל להתוס' וסיעתייהו דה"ל לא שכיחא. אבל בטוען נגנבו ונאבדו בשטרות י"ל דגם התוס' מודו דאינו חייב היסת משום דדוקא בטענת נאנסו דלא שכיח כתבו כן אבל מנלן לדון כן על טענת נגנבו ונאבדו וזהו שכיחא וכמש"כ האו"ת בסי' ק"ח ס"ק ה' בשם הכנה"ג בשם הרבה מחברים דס"ל דגניבה ואבידה שכיחא ע"ש. [ועיין מזה בש"ך סי' קכ"א ס"ק סמ"ך שכתב להסתפק ולומר דדוקא נאנסו לא שכיח אבל גניבה ואבידה י"ל דשכיח ע"ש]. ולפ"ז י"ל דהא דכתב המחבר בסי' ס"ו סעי' ל"ט דאין נשבעין היסת בשטרות אם אין שם טענת ודאי. די"ל דזהו רק בטענת גניבה ואבידה דהוי שכיח משא"כ בטענת נאנסו דלא שכיח א"כ יש רוב הסותר לטענתו ושפיר מצינן לחייב להנתבע ש"ה:

אכן מן דברי הש"ך בסי' ס"ו ובסי' צ"ה הכא ומן דברי שארי פוסקים משמע דלא מחלקינן וגם בטענת נאנסו אינו חייב ש"ה. וי"ל דזהו משום דס"ל להש"ך דנאנסו שכיח או דגם בטענת דלא שכיחא לא מחייבינן ש"ה ודוקא בטענת ברי דיש חזקה דאין תובע אא"כ כו'

וכמבואר בשבועות (דף מ') בזה תקנו ש"ה. א"כ בטענת שמא אף היכא דהרוב מסייע להתובע כיון דליכא חזקה דא"א תובע כו' אין לנו כח לחייבו ש"ה. ואף דיש לדון בזה דרובא וחזקה רובא עדיף מ"מ יש לחלק דשאני חזקה מן אוקי אחזקה דדוקא כנגד אוקי אחזקה אמרו דרובא עדיפא אבל במקום חזקה דהוי מצד הסברא להיכא דאמרו כן י"ל דיש בי' מעלה יתירה מן רובא וכמו בחזקה דא"א פורע בתו"ז וכמש"כ מזה הראשונים. ועיין מזה בתרומת הדשן סי' ר"ז. ואף דהך חזקה דא"א תובע כו' לא הוי חזקה מעליא כמו כל החזקות ורק לענין חיוב ש"ה אמרו חז"ל להך חזקה דא"א תובע כו' מ"מ כיון דדנו חז"ל ע"פ הך חזקה לחייבו ש"ה ממילא דינו גבי זה כמו כל החזקות דעדיפי מן רובא. וע"כ אין לנו כח לחייב שבועת היסת בשטרות היכא דאין התובע טוען ברי אף על טענת נאנסו וכיוצא בו. ובפרט די"ל כפי שיטת הש"ך והפוסקים דנאנסו שכיחא. ושפיר כתבו כל הפוסקים כן לדינא ולא הביאו כלל לשיטת התוס' בב"ב הנ"ל:

וברמב"ם ה' שאלה ופקדון פ"ג ה' ג' כתב השואל פרה כו' שאל א' ושכר א' כו' ביום שהיתה שכורה מתה והמשאיל אומר איני יודע כו' ישבע השוכר על השכורה שמתה כו' עכ"ל. והובא דברי הרמב"ם הללו בבית יוסף לח"מ סי' שמ"ד והבדק הבית שם הקשה דהיכן מצינו שבועה על טענת שמא כו' ואפשר לומר בטעם הרמב"ם דלכן מחייב שם ש"ה על טענת שמא משום דס"ל בכל חיובי שומרים ה"ל חזקת חיוב וכמש"כ הש"ך בסי' רצ"א ס"ק מ"ד. ובפרט לשיטת הרמב"ם דס"ל נכסי שומר מעת משיכה משתעבד וכמבואר בסי' שמ"א סעיף ד' בסמ"ע ס"ק י"ג ובש"ך שם ס"ק ו'. וכיון דיש שם חזקת חיוב ע"כ ה"ל כמו טענת ברי וכמש"כ לעיל בשם הרשב"א לקידושין (דף כ"ח) בשם י"מ ואתי שפיר דברי הרמב"ם. וכן הקשה הלח"מ שם על דברי הרמב"ם דהא אין נשבעין על טענת ספק וכן הקשה התוס' יו"ט בב"מ פ"ח משנה ב'. ומה שכתבתי לתרץ דבריו דטעמו משום חזקת חיוב. יש לסתור זה מן מש"כ הרמב"ם בפ"א ה' טוען ה"ט בא"י אם פרעתי דישלם ולא ישבע התובע ש"ה כו'. ומוכח מזה דהרמב"ם ס"ל דגם היכא דיש שם חזקת חיוב ג"כ אין משביעין ש"ה בטוענו מן ספק וכמש"כ לעיל. ומה שמחלק הלח"מ שם בפ"ג ה' שאלה ה"ג אין זה ברור וכמו שנשאר בצ"ע. ודברי הרמב"ם הללו הובא בשו"ע ח"מ סי' שד"מ סעיף ד' והסמ"ע והע"ש האריכו שם. והש"ך שם ס"ק ג' העלה דאין משביעין היסת משום דטוענו שמא ואפילו בטוען א"י אם פרעתי ג"כ לא משבעינן היסת כו' עכ"ל. וזהו כעין מה שכתבתי רק שקיצר בזה ועוד דהא מוכח בב"מ (דף צ"ז) דחיוב שומרים ה"ל כא"י א"נ וכמש"כ הש"ך בסי' רצ"א לחלק ע"פ דברי התוס' דשם דשא"ה דהחזיר לו פרה אחת ע"ש. א"כ הא הרמב"ם שם ה' שאלה דמיירי בשני פרות

כו' ע"כ אין זה דומה לא"י א"פ וע"כ העיקר כמו שהעלה הש"ך בסי' שד"מ וקצרתי: ז (שם סעיף ח'):

החופר בשדה חבירו כו' שטענו שחפר שתי מערות והוא אומר לא חפרתי אלא א' כו' פטור משד"א וי"א דוקא שתבעו למלאות החפירות כו'. והוא פלוגתת הרמב"ם והראב"ד פ"ה ה' טוען ה"ב והובא בארוכה בש"ך ס"ק י"ח. והראב"ד הביא ראי' מהא דשבועות (דף מ"ד) בנחבל דר' יהודה אומר עד שתהא שם מקצת הודאה כיצד א"ל חבלת בי שתים והלה אומר לא חבלתי אלא אחת. אלמא דדמי קרקע דינו כמטלטלין ונשבעין ע"ז. והה"מ שם כתב דדוקא עבדים הוקשו לקרקע אבל ב"ח לא איתקש. והש"ך העלה דהעיקר דאף ב"ח הוקשו לקרקע וע"כ יפה הוכיח הראב"ד. ובחדושי רשב"א לשבועות (דף מ"ב) כתב ג"כ דלאו ראי' היא משום דב"ח לא הוקש לקרקע ע"ש:

ולכאורה י"ל בראיות הראב"ד הנ"ל דדלמא ס"ל לר' יהודה דאמר עד שתהא שם מקצת הודאה גבי נחבל כר"מ דס"ל בב"ק (דף צ"ו) דנשבעין על עבדים. אך ז"א קשה דהא חכמים דפליגי שם על ס"ל דאין נשבעין על עבדים והא סתם רבנן דפליגי על ר"מ הוא ר' יהודה כמש"כ התוס' בכתובות (דף ל"ו ד"ה) ואם אי' כו'. אכן בעיקר מילתא אם נשבעין על טענת ע"ע וב"ח יש לדון בזה לפי שיטת הירושלמי דאף דנימא דב"ח לא הוקש לקרקע מ"מ י"ל דאין נשבעין ע"ז דז"ל הירושלמי בב"ק פ"ז ה"א יצאו קרקעות שאינן מטלטלין יצאו עבדים שאין לך בהן אלא תשמיש כו'. והכוונה הוא דאין לך בהן אלא תשמיש משום דגוף האדם במיתתו אסור בהנאה וכמו דאמרו בירושלמי ב"ק פ"א ה"א יצאו קרקעות שאינן מטלטלין יצא אדם שאין לו הנייי' במותו ע"ש בפ"מ. וע"כ אין לך באדם אלא זכות תשמיש בחיי'. ומדלא קאמרי בירושלמי יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות כמבואר בכ"ד. ע"כ מוכח דכוונת הירושלמי הוא להורות דאף על טענת ע"ע וב"ח ג"כ דינן כעבדים במה דמיעטן התורה ע"י כלל ופרט. לפי דאינן אלא לתשמיש ושייך ה"ט אף בע"ע וב"ח:

וכעין זה אמרו בירושלמי שבועות פ"ו ה"ו על משנה דאין נשבעין על עבדים דיצאו קרקעות כו' כ' יצאו עבדים שאין להם קנס כו'. ולעיל בחידושי לסי' כ"ה סעי' ג' בארתי לכוונת הירושלמי הלז דאין להם קנס דאם יזיק שור הבעלים להעבד פטור אם היה תם כמו דמבואר בב"ק (דף מ"ב) דר"ע דריש נקי מדמי עבד. ובירושלמי ב"ק פ"ד ה"ה ע"ש. ומבואר בירושלמי שם דלמאן דדריש נקי מדמי עבד ס"ל ג"כ דשור תם שנגח ב"ח דפטור מכופר ג"כ ועין בתוס' ופני יהושע לב"ק (דף מ"ב) וקצרתי. א"כ חזינן להטעם דאמרו בירושלמי שבועות דאימעטו עבדים מן הכלל ופרט בהא דאין נשבעין על העבדים דזהו

לפי דיצאו עבדים שאין להם קנס דה"ט שייך אף בב"ח. וכן אמרו בירושלמי שבועות שם אח"ז סברא אחרת דלכן יצאו עבדים לפי דאין דמיו קצובין. והכוונה הוא דיש שקונה אותם בדמים הרבה וכעין סברת התוס' בב"ב (דף ס"א ע"ב) ד"ה ש"מ שיורי שייר כו' גבי קרקע דלא שייך הדמים מודיעין דפעמים קונה קרקע הרבה יותר משווייי ע"ש. ואפשר דמה"ט לא אמרינן בשכירות פועלים הדמים מודיעין כמבואר בב"מ (דף פ"ג) דאמרו לא צריכא דטפא להו אאגרייהו כו'. ועיין בקצה"ח סי' של"א ס"ק א' ובסי' שי"ב ס"ק ב' ואכמ"ל:

וחזינן דהירושלמי מהדר אחר טעמים אחרים ולא אמר בקצרה דיצאו עבדים שהוקשו לקרקעות. משום דס"ל דאף ע"ע וב"ח דינן כעבדים דאין נשבעין ע"כ נקט שארי טעמים משום דלכל הנך טעמים הדין גם דב"ח דינן כעבדים הן לפי הטעם דיצאו עבדים שאין בהן קנס וכן לפי הטעם דאין דמיו קצובין דכל הנך טעמים שייך גם בב"ח וכן לפי הטעם דירושלמי בב"ק דיצאו עבדים שאין לך מהם אלא תשמיש כנ"ל. א"כ לשיטת הירושלמי דס"ל דגם ב"ח דינן כעבד דאין נשבעין על תביעתו. ולא הוזכר שום מ"ד ותנא דחולק בירושלמי שם ע"ז. א"כ לפ"ז שפיר הוכיח הראב"ד מן הא דא"ר יהודה דאם יש מקצת הודאה גבי נחבל כו'. א"כ מוכח מזה דאם אין תובעו למלאות החפירות דבזה דינו כמטלטלין ונשבעין בזה. דאל"כ תקשה לשיטת הירושלמי מן הא דא"ר יהודה במשנה שבועות כן. לכן אף דנימא דדוקא עבדים הוקשו לקרקעות ולא ע"ע וב"ח א"כ אף לפי מה דאמרו בש"ס דילן הטעם דיצאו עבדים דהוקשו לקרקעות. דלפ"ז דוקא עבדים אימעטו מכלל ופרט ולא ב"ח עכ"ז לפי שיטת הירושלמי בטעמם הדין הוא דאף ב"ח הוקשו לעבדים בזה דאין נשבעין עליהן. א"כ יהי' מוכח מהמשנה דא"ר יהודה עד שתהא מקצת הודאה דזה אין דינו כקרקע כיון דאין תובעו למלאות החפירות. ואף דהראב"ד כתב לי' סתמא לראי' זו עכ"ז מצינו כן בכמה דוכתי דכן הוא דרך התוס' להוכיח כן אף ממ"ד שאינו אליבא דהלכתא ונקטו סתמא לראייתם. כדמצינו להש"ך סי' רס"ח ס"ק ב' שכתב כעין זה בכוונת התוס' ע"ש בח"מ. ובאו"ת בכללי מיגו ס"ק ק"ד בכוונת התוס' במכות ע"ש. וכן מצינו בכ"ד בש"ס ובתוס' ועיין בש"ך ח"מ סי' מ"ב ס"ק א' ע"כ אף דנימא דהראב"ד יהי' ס"ל דב"ח לא איתקש עכ"ז שפיר הוכיח כן:

ומה דהוכיח הש"ך מקידושין (דף כ"ח) דע"ע הוקש לקרקע. כבר הקדימו בראי' זו התה"ד בסי' שי"ח והביא שם לדברי הרמב"ם דס"ל דפועל דינו כעבד לענין דאין לו אונאה וקבלן דינו כמטלטלין ע"ש. וכמבואר לקמן סי' רכ"ז. ובמק"א כתבתי לפרש דמה"ט פועלים נקנו בהתחלת מלאכה דזהו מעין קנין חזקה דשי' הרמב"ם דשדה נקנה

באכילת פירות. ובשכירות לכ"ע נקנה באכילת פירות. וכן בעבד דרך תשמישו ומה"ט פועלים דדינן כקרקע נקנין בהתחלת מלאכה דזהו דרך תשמישן והוי כקנין חזקה דמהני בקרקעות ולא במטלטלין וכן קבלן אינו נקנה בהתחלת המלאכה מה"ט. והארכתי בזה במק"א ואכמ"ל. ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ל"ט סעיף י"ז. ושם הבאתי לדברי רש"י בקידושין (דף מ"ז) שכתב על הא דהשואל קורדם בקע בו קנאו דקנאו ע"י חזקה. ואף דמטלטלי לא נקנה בחזקה מ"מ י"ל כמו שכתב השמ"ק בב"מ (דף מ"ז) דהך דבקע בו קנאו זה הוי מתקנתא דרבנן ע"ש בספרי. וכן כתב הריטב"א לקידושין (דף מ"ז) בד"ה הא דרב הונא כו' ע"ש:

סימן צו

א (סעיף א'):

אבל אם שמר לקטן כו' וי"א דאין נשבעין לו שבועת שומרים כו' וכן נ"ל עיקר. וה"ה דאין דין שומרים לקטן בדין תשלומין דחיוב שומרין וכמש"כ הש"ך בס"ק ב'. וראיתי במחנה אפרים ה' שומרים סי' יו"ד שכתב וקטן שהשאיל מידי לגדול נראה דהוי שואל גמור דלענין שאלה לא כתיב איש כו' עד כאן לשון המחנה אפרים:

אך לקמן סי' ש"ב סעיף ב' לא משמע כן דזה לשון המחבר שם קטן שהפקיד או השאיל לגדול נשבע שבועת שומרים וע"ז כתב הרמ"א שם דיש חולקין א"כ משמע דגם בקטן שהשאיל ג"כ חולקין משום דס"ל דאין דין שאלה ג"כ בקטן וכן משמע בטור שם שכתב בזה"ל וכתב הרמב"ם קטן שהפקיד או השאיל לגדול נשבעין על טענתו ואני כתבתי למעלה בסי' צ"ו סברת א"א ז"ל שאין נשבעין על טענתו עכ"ל הטור. הרי מבואר דלשיטת החולקין ה"ה דגם בשאלה אינו נשבע לקטן וה"ה דאין עליו חיוב תשלומין דהכל הוא מה"ט שכתב הסמ"ע דס"ל דאיש כי יתן קאי על כל טענה דהשומר ואלו כדברי המח"א דיש עליו חיוב תשלומין בשאלה מקטן לפי דבשאלה לא כתיב איש ממילא הדין נותן דיהיה עליו חיוב שבועה שמתה מחמת מלאכה שזהו עיקר שבועה בשאלה וכדין כל ש"ש שנשבעין על טענת ספק כמבואר בב"ק (דף ק"ז) הטעם דחייב ש"ש על הספק וכמש"כ התוס' שם. וע"כ מוכח דלשיטת החולקין הנ"ל ה"ה דס"ל דגם בשאלה מקטן נתמעט מן דין שומרים דילי'. ועיין ברמב"ם פ"ב ה' שכירות ה"ז בהשגת הראב"ד שם. וידעתי מה דיש לדחוק ולחלק דדוקא לענין שבועה ס"ל להנך פוסקים דשואל מקטן פטור משבועה אף דלא כתיב איש בשאלה משום דהא עיקר חיוב שבועה לא כתיב בפרשה שאלה רק בפרשה ש"ח וש"ש כתיב ולכן כיון דכתיב איש בש"ח וש"ש ע"כ

אין חיוב שבועה כלל אף בשאלה דלא כתיב בי' איש. משא"כ בחיוב תשלומין דשאלה דכתיב בגוף פרשה של שואל ע"כ שפיר כתב המח"א דחייב אף בשאל מקטן. אבל באמת זה אינו דלפ"ז יש לדון כן בחיוב גניבה ואבידה דשואל כיון דלא כתיב בפרשה דשואל רק ילפינן לחייבו בגניבה ואבידה מן פ' ש"ש כמבואר בב"מ (דף צ"ה). דנימא ג"כ דיופטר בשאל מקטן על גניבה ואבידה כיון דעיקר חיובא כתיב בש"ש ושם כתיב איש. וממילא הדין נותן דיופטר בשאל מקטן על נשבר או מת מצד כש"כ כיון דנימא דבגניבה ואבידה מיפטר בשאל מקטן כש"כ דמיפטר מאונסין. וע"כ מוכח מכל זה דלא כהמח"א: ועיקר דברי המח"א שכתב לחלק דשאני שאלה דלא כתיב בי' א"ש.

אינם מוכרחים דהא מבואר בב"מ (דף צ"ה) בזה"ל אלא אמר קרא וכי ישאל ו' מוסיף על ענין ראשון וילמד עליון מתחתון ותחתון מעליון דמה ש"ש חייב בגניבה ואבידה אף שואל כן כפי' רש"י ועיין ירושלמי שבועות פ"ח ה"א. וכה"ג אי' בב"ק (דף ק"ז ע"ב) תני רמי ב"ח ד' שומרים צריכין כפירה והודאה במקצת א' רבא מ"ט דרב"ח ש"ח כו' ש"ש כו' שואל וכי ישאל ו' מוסיף על ענין ראשון. ולמדין דין שואל מן ש"ש וש"ח כמו דבעינן התם מודה במקצת ה"ה בשואל וכ"כ הרא"ש בשבועות פ"ו סי' כ"ד גבי אלו דברים שאין נשבעין עליהן כו' בזה"ל וה"מ למימר שואל אינו משלם אונסין ובגניבה ואבידה דאיתקש לש"ש דכתיב וכי ישאל ו' מוסיף על ענין ראשון כדדרשינן פ' השואל (דף צ"ה) כו' עכ"ל הרא"ש. וכ"כ הנימוקי יוסף ב"מ פ"ד בסוגיא דש"ח אינו נשבע וש"ש אינו משלם בשטרות וקרקעות וכ"כ התיו"ט פ"ו דשבועות משנה ה' וכ"כ הריטב"א לב"מ (דף נ"ו). הרי דמקשינן שואל לש"ש בכל דיניו ומה דפטור בש"ש ה"ה דפטור בשואל ג"כ. א"כ ה"ה בהך דכי יתן איש דכתיב בש"ש דמיפטר בחיוב שומרים בקיבל מן הקטן דה"ה דמיפטר אם שאל מן הקטן דמקשינן שואל לש"ש בזה ג"כ דמאי שנא ואין לנו לחלק בסברות קלושות ביניהם. וע"כ העיקר דלא כהמח"א בזה. והא דב"ב (דף פ"ז ע"ב) בסוגיא דהשולח בנו אצל חנוני כו' דאמרו במסקנא שם הב"ע שנטלה למוד בה לאחרים ובשואל שלא מדעת. מר סבר שואל הוי כו' וכעין זה כתבו התוס' שם בד"ה הלוקח כלי מבית האומן כו' לכאורה נראה דחיובו הוא משום דחשוב כשואל כו' עכ"ל התוס'. ומשמע דיש לו דין שואל גמור. הרי דמצינו דיש עליו דין שואל אף בקיבל מן הקטן. אין זה סתירה לדברינו משום דשאני התם דגוף הצלוחית הוא של הבעה"ב ולא של הקטן ובקיבל הצלוחית מן יד הקטן מתחייב בדין שאלה להבעלים של החפץ וכעין הא דסי' קפ"ג דאמרינן דנתחייב לבעל המעות ונ"ד הוא כש"כ מהתם אבל היכא שהחפץ הוא של הקטן שפיר כתבתי לדון דאינו מתחייב בדין שואל כיון שבעל החפץ אינו איש

וכנ"ל. וכן אי להדיא בב"מ (דף צ"ו) ובסי' שמ"ו סעי' י"ז וב"מ (דף מ"ב) בתוס' ד"ה הכא בספסירא כו' דאף היכא דקיבל החפץ מן אחר עכ"ז נעשה שומר של הבעלים של החפץ וכמו בשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר דהתשלומין של הראשון דנעשה שואל של הראשון וכמבואר בב"מ (דף ל"ה) וכמש"כ הנתיבות בסי' רצ"א ס"ק כ"ו ע"ש. וע"כ התם בב"ב (דף פ"ז) גבי צלוחית הנ"ל אף דקיבל הצלוחית מן הקטן נעשה שומר של הבעלים כיון דהוי חפץ שלהם. וע"כ אין שום ראי' כלל מן הך דצלוחית לסתור למה שכתבתי דלא כהמח"א: ענף א:

אבל אם שמר לקטן כו'. (הג"ה) ויש אומרים דאין נשבעין לו שבועת שומרין כו' שהנתינה היה כשהיה קטן כו'. והש"ך ס"ק ב' בשם הר"נ שאינו מתחייב אפילו פשע כו'. ובחרש ושוטה מבואר לקמן סעי' ה' דאין נזקקין להם לכל טענה לא לטענתם על אחרים כו' ויש מי שכתב שדין החרש כדין הקטן אבל השוטה כו' ופירש הסמ"ע שם ס"ק ט"ז דזהו לענין שנתבאר בס"ג אם טענו בדבר שהיה לקטן הנאה ממנו וה"ה בחרש. ומשמע מסתימות הרמ"א שם דה"ה במה שכתב הרמ"א מקודם להכריע דאין דין שומרים לקטן דה"ה דאין דין שומרים לחרש ושוטה ואם קיבל חפץ של חרש ושוטה דאין להפקח הנפקד דין שומרים להיות חייב בדיני שומרים להתשלומין והשבועה: ענף ב:

אכן לדינא יש לעיין בזה דהנה הר"ש פ"א דתרומות משנה א' הביא לירושלמי שם עלה דחמשה לא יתרומו מאת כל איש פרט לקטן אשר ידבנו פרט לחרש ולשוטה דמשמע דאין בו דעת לנדב כו'. הרי דמן איש לא ממעטינן חרש ושוטה רק קטן בלבד משום דחרש ושוטה מקרי ג"כ בשם איש ולא נתמעט חרש ושוטה בתרומה רק מן אשר ידבנו לבו דאין בו דעת לנדב כו'. א"כ הכא גבי דין שומרים דאין דין שומרים לקטן דדרשינן זה מן ואיש כי יתן א"כ הא גם חרש ושוטה הוי בכלל איש וליכא ילפותא למעט אם קיבל הפקח הנפקד חפץ של חרש ושוטה ואף דאין בהם דעת מה בכך כיון דנקראים בשם איש עכ"פ. וכן מצינו ביבמות (דף ק"ד) גבי חליצת קטן דאינו כלום כמבואר שם (דף ק"ה) וכמש"כ התוס' שם (דף ק"ד) ד"ה והא אמרי כו' דממעטינן קטן משום דאיש כתיב בפרשה כו'. ואלו בחליצת חרש אמרו שחליצתן פסולה כמבואר בנמוקי יוסף ובחי' הרשב"א ביבמות שם והובא באה"ע סי' קס"ט סעי' מ"ג דהא דפסלו חליצת חרש הטעם הוא לפי שאינו באמר ואמרה כמבואר שם (דף ק"ד) ע"כ חליצתן פסולה ואלו בקטן דנתמעט מן איש חליצתו אינו כלום. ובאמת שיטת הרמב"ם ה' יבום פ"ד ה' ט"ז כתב דחליצת חרש דינו כחליצת קטן דאינו כלום וכתב המ"מ שם דטעמו דהשוו אותם חז"ל לכל דבר וכ"כ הב"ש שם ס"ק מ"ד בדעת הרמב"ם דחרש דינו כקטן בכל מקום. אך

כל הראשונים שם תמהו על שיטת הרמב"ם ועיין בביאור הגר"א שם ס"ק קכ"ט. ועיין בכתובות (דף ע"ג ע"ב) ברש"י ד"ה קטן אין קידושיו כלל כי יקח איש כתיב. ובאמת ה"ה חרש ושוטה דעיקר הטעם הוא משום דלאו בני דיעה כמבואר ביבמות (דף קי"ב) ברש"י: א"כ לפ"ז הדעת נותן דבחפץ של חרש ושוטה כיון דהוי בכלל שם איש ע"כ חייב הנפקד בדין שומרים לשלם להם דין תשלומי השומרים ושבועת השומרים רק קטן דלא הוי בשם איש נתמעט מן דין השומרים מדכתיב כי יתן איש. [ועיין ביומא (דף מ"ג ע"א) וביבמות (דף ע"ב ע"ב) ובתוס' שם ד"ה חוץ מן חש"ו כו' ואין זה שייכות לענינינו וקצרתי]. ולכאורה יש לדון דמטעם אחר יש לפטור בזה לפי המבואר בח"מ סי' רמ"ג סעי' י"ט דמי שמתחייב לקטן בין בשטר ובקנין כיון שאין אותו דבר תחת ידו אינו זוכה וה"ה במי שמתחייב לחרש ושוטה דמ"ש ועיין שם. א"כ י"ל דה"ה בדיני שומרים דחייבה תורה אותם דזהו לפי דירדה תורה לדעתם דמתחייבים בדיני שומרים כמש"כ התוס' בכתובות (דף נ"ו) ד"ה ה"ז מקודשת כו' באה"ד שם על הא דמתנה ש"ח להיות פטור מהשבועה כו' ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ג'. ע"כ אינו מועיל מה שרוצה להתחייב בדיני השומרים להחרש ושוטה כיון שאין אותו דבר ת"י דהזוכה. ועדיין מחוסר גוביינא מה שמתחייב בדיני השומרים להם לכן ממילא אין דין שומרים נוהג בהם. אך זה אינו דא"כ תקשה דל"ל למילף בשבועות (דף מ"ב) בקטן מן הא דכי יתן איש כו' לשמור דאין נתינת קטן כלום וכמו שכתבו כל הפוסקים דלכן בקטן אין דין שמירה לפי דנתמעט מן כי יתן איש ולא קטן הא בלא"ה ידעינן זה ע"פ הך סברא דאינו מועיל התחייבות בדין השומרים להקטן דלא עדיף מן אלו היה מתחייב בפירוש. וע"כ מוכח דשאני הך חיוב דיני שומרים דכיון דהתורה הטילה על השומרים החיוב בדיניהם ממילא מהני הך חיובא היכא דנעשה שומר גם להקטן. והוי כמו חיוב נזקין שאם הזיק חפץ של הקטן דג"כ חייב. וה"ה בדיני שומרים דהתורה שיעבד אותו בע"כ לאחר שקיבל דין שמירה עליו וכמו דאי' בב"ק (דף ד' ע"ב) שלשה עשר אבות נזיקין וחשב ארבעה שומרים בכלל המנין ודינן כמו נזקין. וכעין זה אי' בב"ק (דף נ"ו ע"ב) דאיכא דמפרשי כש"ש דמי כיון דרחמנא שעבדיה בע"כ הילכך כש"ש דמי. ואף דעיקר החיוב בדיני שומרים הוא לפי שירדה תורה לדעתן שרוצים להתחייב בדיניהם כנ"ל. עכ"ז לאחר שחייבו התורה מטעם זה ממילא חייב מחמת חיוב התורה ומקרי מלוה הכתובה בתורה כיון דנקראים בשם אבות נזיקין. ועיין בערכין (דף ו' ע"ב) ובקדושין (דף י"ג ע"ב) בתוס' ד"ה מלוה כתובה בתורה כו'. ודוקא היכא שעיקר החיוב הוא מחמת שמתחייב א"ע בחיוב מחדש ע"ע בזה אמרו דבמתחייב לקטן לא מהני חיובו מה שאין כן בנ"ד דעיקר חיוב שומרים נגמר ע"פ

חוקי התורה לכן היה מהני החיוב שלו אף לקטן ע"כ בעינן למילף זה מדרשא דכי יתן איש ולא קטן. ולכן שפיר י"ל דבחרש ושוטה כיון דהוי בשם איש ע"כ נוהג דין שומרים על החפץ שלהם ועיין בגיטין (דף כ"ג ע"א) בשלמא חש"ו דלאו בני דיעה ופי' רש"י וגבי שליחות איש בעינן ולא קטן. ובאמת שא"ה דהטעם הוא משום דלאו בני דיעה. ועיין בירושלמי בש"ק שם ובקצה"ח סי' קפ"ח ס"ק ג':

אכן מן סוגיא דשבועות (דף מ"ב) מוכח דאין לחלק בין חרש ושוטה לקטן בזה דהא אמרו שם אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן מ"ט דאמר קרא וכי יתן איש כו' ואין נתינת קטן כלום. ופירש רש"י דהא איש כתיב והחרש והשוטה כקטנים הם בלא דעת עכ"ל. וכ"כ הר"ן והתיו"ט שם. ושיטת הראב"ד פ"ב ה' שכירות והרמב"ן המובא ברא"ש הכא סי' כ"ג דס"ל דעיקר הך מילתא דאמרו אין נשבעין על טענת חש"ו וילפי זה מן כי יתן איש כו' דקאי על שבועת שומרים וכ"כ הר"ן ובחידושי הרשב"א כאן. והרא"ש הביא בשם הרמב"ן שהוכיח כן מן מה דהקשו רישא לסיפא ולא מתרץ דסיפא קאי על ש"ש כו' וכ"כ בחידושי הרשב"א הוכחה זו. וכיון דכתבו לפרש דהך דאין נשבעין על טענת חרש ושוטה וקטן קאי על שבועת שומרין וילפי זה מן כי יתן איש כו' דכתיב בשומרים א"כ ממילא מוכח להדיא דאף לחרש ושוטה אין דין שומרים נוהג בהו משום דס"ל דה"ה חרש ושוטה דינם כקטנים הם גבי זה וכמש"כ רש"י דכיון דהם בלא דעת ע"כ הושוו לקטן. ועיין בלחם משנה פ"ב ה' שכירות ה"ז. וכן מוכח מן מה דכתב הראב"ד שם להוכיח כן מן ב"ק (דף ק"ו ע"ב) דאמרו דלא דמי לאבידה דאבידה אתי מכח בן דעת אבל פקדון של קטן לא אתי מכח בן דעת. וכ"כ הר"ן והרשב"א הוכחה זו ע"ש. א"כ חזינן דלא נקטו שם הטעם בלשון דאבידה קאתי מכח גדול אבל התם בפקדון של קטן לא אתי מכח גדול אלא נקטו הלשון דתלוי באתי מכח בן דעת. א"כ מבואר דס"ל להגמ' דעיקר מילתא דאיש ולא קטן דכתיב בשומרים הוא משום דקטן לא הוי בן דעת. ע"כ ממילא ה"ה חרש ושוטה כיון דלא הוי בן דעת לכן גם בהו נתמעט דין שומרים וכמש"כ רש"י כנ"ל:

ענף ג:

ועכ"פ לדינא זה ברור דאין דין שומרים לחרש ושוטה כמו דאין דין שומרים לקטן. וכמו כן אין דין שומרים לקטנה אף לפי מה שכתבתי דעיקר הטע' הוא לפי דלא מהני חיובו לקטן א"כ לפ"ז יש לדון דלקטנה כיון דהובא לעיל בשם הקצה"ח והנתיבות דלקטנה מהני חיובו של הגדול עכ"ז י"ל כיון דעיקר מילתא דלקטנה מהני חיובו הוא דבהך מילתא שוינהו חז"ל כגדולה וכמש"כ הנתיבות בסי' רל"ה ס"ק י"ב א"כ י"ל דדוקא היכא

שמתחייב א"ע בפירוש אז שוינהו לקטנה כגדולה אבל בדין השומרים דלא הוי חיובו בדין שומרים בפירוש אלא מפאת דירדה תורה לדעתו של אדם כו' כנ"ל וגם הא מצינו בכמה אנפי דלא הוי בהו דין שומרים כמו בקרקעות ושטרות ועבדים ובבעלים וכיוצא בהו כיון דלא היה חיובו בפירוש ע"כ ה"ה בהך מילתא דאמרה תורה דבעינן איש ולא קטן ומה"ת גם קטנה כמו דין קטן גם גבי זה וכמש"כ לעיל ע"כ לא שוינהו חז"ל בקטנה דיהיה דינה כמו גדולה והעמידו בזה על דין תורה וגם הא אין כתוב בפירוש הטעם בהתורה דלכן לא הוי דין שומרים לקטן משום דלא מהני חיוב לקטן רק חז"ל אמרו כן מסברא כמו שהוכחתי לעיל ע"כ לא חילקו חז"ל בזה בין קטן לקטנה כן מוכח מסתימות הפוסקים בזה:

ולכאורה יש להביא ראיה לדברי הקצה"ח והנתיבות במה שכתבו דלקטנה מהני התחייבות מן הא דיבמות (דף קי"ג) דקטנה יש לה כתובה וכן מבואר באה"ע סי' קט"ז סעי' ו'. הרי דמהני התחייבות לקטנה. אך זה יש לדחות דשאני הך חיוב דכתובה דמחוייב מצד תקנת חז"ל אף למ"ד דכתובה מדרבנן וכמש"כ לעיל לחלק בין היכא דהחיוב הוא מצד רצון המתחייב דנתרצה להתחייב א"ע ובין היכא דמחוייב מצד מלוה הכתובה בתורה וה"ה בחיוב מדרבנן דזה מהני אף לקטנה. אכן יש להוכיח כדבריהם מן הא דכתובות (דף ק"א) דממאנת אין לה כתובה אבל תוספת יש לה וכמבואר בסי' קט"ז סעי' ה'. וכעין זה אמרו ביבמות (דף קי"ג) דפקח שנשא חרשת אין לה כתובה אבל אם כתב לה אפילו מאה מנה כתובתה קיימת ומהני לפי שרצה ליזוק בנכסיו ועיין ירושלמי כתובות פ"א ה' ב' מזה. וכן מבואר באה"ע סי' ס"ז סעי' ט'. הרי דמבואר להדיא דאף היכא דאין לה מצד תקנת חז"ל מ"מ כיון שהתחייב לה מרצונו מחוייב לתת לה כפי חיובו שהתחייב לה הרי דמוכח כדברי הקצה"ח והנתיבות ואף דלקטן לא מהני התחייבות כמבואר בח"מ סי' רמ"ג מ"מ לקטנה וחרשת שאני דאל"כ תקשה מזה על הא דסי' רמ"ג הנ"ל. ויש לדחות כל זה לפי מה שכתב הקצה"ח בסי' רמ"ג ס"ק ו' דהא דהתם זהו דהוי כמו שוכר שפחה לשמשו כמבואר התם ביבמות ושכר מלאכה אף חרש ושוטה אית להו וכמש"כ התוס' רפ"ח דסנהדרין דשכר מלאכה מן התורה אית לקטן ע"ש. ועיין בחלקת מחוקק סי' קט"ז ס"ק יו"ד שכתב דלכן יש תוספת לממאנת משום הנאת חיבת ביאה וכמש"כ רש"י בכתובות (דף ק"א ע"א) ע"ש. ע"כ אין ראיה מהתם למתחייב בחיוב חדש מרצונו לקטנה היכא דלא שייך דין שכירות ונדחה ראייתי. ועכ"ז לדינא נראה כדברי הקצה"ח והנתיבות דמתחייב לקטנה שאני. אך בהא דשומרים דאין

דין שומרים לקטן דה"ה דלקטנה אין דין שומרים וכמש"כ לעיל. וכן לחרש ושוטה אין דין שומרים כמש"כ לעיל:

ואפשר לומר דזהו כוונת הירושלמי כתובות פ"א ה' ב' דאמרו להקשות על מה דתני שם פיקח שנשא חרשת יש לה מזונות וכתובה כו' שהוא רוצה ליזוק לה נכסיו כו' והקשו וחרשת יש לה קנין ויש לה כתובה כו' עכ"ל. דלשון יש לה קנין כו' כוונת הירושלמי הוא להקשות דכיון דאין לה דעת לקנות א"כ לא מהני בזה דעת המתחייב וכעין הך דח"מ סי' רמ"ג. ומה דמסיים ויש לה כתובה כוונתו כיון דלא תקנו חז"ל כתובה לחרשת וכן מצד התחייבות שלו לא מהני כיון דהיא אינה בת דעת ע"כ אף היכא דכתב לה בפירוש ג"כ לא מהני וע"כ הוכרח הירושלמי לאוקמי דמיירי בכנסה פיקחת ונתחרשה. וזהו דלא כמו דאמרו בש"ס דילן דבכתב לה יש לה כתובה כנ"ל. ואף דהפני משה כתב שם דהירושלמי שם מיירי בלא כתב לה ע"ש מ"מ י"ל כמו שכתבתי כי דברי הפני משה אינם מוכרחין בזה. אכן כיון דהעיקר לדינא כמו דמבואר בש"ס דילן דבכתב לה יש לה כתובה ע"כ מוכרח לומר כמש"כ לעיל הטעם דמשום שכירות אתו עלה וכמש"כ הקצה"ח והשיג שם על המ"מ בזה. דלפי מש"כ לעיל דהטעם הוא משום סברת הקצה"ח והנתיבות דלקטנה שאני וה"ה חרשת. אכתי תקשה דהא אמרו שם כן בפקח שנשא שוטה דכתובתה קיימת ובשוטה ודאי לא שייך לדון כן דהא אינה זוכה לעצמה: ואם קיבל בקנין להיות חייב בדיני שומרים על החפץ שקיבל לשמור מן הקטן ג"כ אינו מועיל וכמבואר בסי' רמ"ג סעי' י"ט דמי שמתחייב לקטן בין בקנין כו' לא מהני. א"כ ה"ה הכא כיון שהתורה פטרתו מן דין שמירה בקיבל מן הקטן ע"כ לא מהני אף בהתחייב בפירוש ובקנין כיון דלא מהני התחייבות לקטן אף בקנין. ושאני הא דב"מ (דף נ"ח) ובח"מ סי' ש"א סעי' ד'. אכן בקיבל בקנין לקטנה על חיוב שמירה לחפץ של הקטנה יש לדון דיהא מועיל ההתחייבות על חיוב שומרים אם קנו ממנו על זה וכמו שכתב המחבר בח"מ סי' רל"ה סעי' ו' והקצה"ח והנתיבות בסי' רמ"ג סעי' י"ט כנ"ל. ואף דאם לא התחייב א"ע בפירוש ובקנין על דיני שומרים אינו חייב גם לקטנה וכמש"כ לעיל. זהו רק היכא דלא התחייב א"ע בפירוש משום דהתורה פטרתו לחיוב דיני שמירה ואין לחלק בזה בין קטן לקטנה. אבל היכא דהתחייב א"ע בפירוש אז יש לומר דמהני אם קיבל החיוב עליו בקנין משום דלקטנה מועיל קנין על התחייבות וכנ"ל. אבל חיוב בשטר לא מהני בחיוב שומרים כלל וכמש"כ הש"ך בסי' מ' ס"ק ד'. אך לשיטת הש"ך בסי' רל"ה ס"ק ג' אינו מועיל גם קנין על חיוב בפירוש גם לקטנה משום דס"ל דאין לחלק בזה בין קטן לקטנה. ועכ"ז העיקר לדינא כפי דברי הרמב"ם והמחבר שכתבו

בפשיטות בלא שום חולק דשאני קטנה מן קטן בזה: וגם בעיקר הדין דלקטן אינו מועיל קנין על התחייבות אינו מוסכם כ"כ דהא בסי' רמ"ג סעיף י"ט כתב המחבר בלשון יש מי שאומר דהתחייבות לקטן בקנין לא מהני כיון שאין הדבר ת"י הקטן כו'. והמקור מזה הוא מן התוס' גיטין (דף ס"ה ע"א) בד"ה צרור וזרקו כו' לפי תירוץ השני. אבל לתי' קמא של התוס' שם מבואר דדוקא בפחות מכשיעור צרור וזורקו לא מהני קנין אבל בנותנים לו צרור וזורקו כו' דזוכה לעצמו מהני בי' גם קנין. וכן הר"נ בהך סוגיא כתב ג"כ הנך שני תירוצים. ולכן אפשר לדון בהתחייבות ע"י קנין להקטן כשהגיע לשיעור צרור וזורקו דזוכה לעצמו ע"כ ה"ה בחיוב ע"י קנין להך תי' קמא של התוס' ותירוץ בתרא של הר"נ. ואם תפס מהני תפיסתו לומר קים לי וכמו בכל ספיקא דפלוגתא. וכמו כן יש לדון גבי חרש דזוכה לעצמו וכמבואר בסי' רמ"ג סעיף י"ז דדינו כמו הקטן וכמש"כ הרמב"ם בפ"ד ה' זכיי' ה' ז' וה"ה ע"י קנין להנך תירוצי. אכן המחבר בסי' רל"ה סעי' ו' כתב בפשיטות דאין קנין מועיל לקטן כלל ולא כתב שם בלשון יש מי שאומר וכמש"כ הסמ"ע בסי' רמ"ג ס"ק ל"ג בשם הטור והמחבר בסי' רל"ה והרמב"ם. א"כ חזינן דנקטו כן עיקר לדינא דכ"ז דאין אותו הדבר ת"י הקטן הזוכה דלא מהני בי' קנין כלל וע"כ הדין נותן דלא מהני תפיסה כלל בזה: ח:

(שם ש"ך ס"ק י"ב) ועל הגלגולים תשבע ותטול כו'. כ' ולא מבעיא לדעת הפוסקים דהיכא דטוען על הגלגולים איני יודע הוי משום אינו יכול להשבע משלם כו' ועוד דא"כ אמאי הוי משום אינו יכול להשבע משלם יהפך הגלגול ונבאר בעז"ה דברי הרמב"ם בפ"ד ה' זכיי' ה"ז הנ"ל וזה לשון הרמב"ם שם קטן שנותנים לו צרור וזרקו אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים פחות מזה אינו זוכה לא לו ולא לאחרים וכן השוטה אינו זוכה לא לו ולא לאחרים והמזכה לשוטה ע"י בן דעת זכה אבל החרש זוכה לעצמו כמו שבארנו בה' גזילה עכ"ל הרמב"ם. והלח"מ כתב לא ידענא היכן הוא בהלכות גזילה ושם לא כתב רק שמציאת חש"ו יש בו גזל מפני דרכי שלום אבל אין ענין כלל זה לזה ופשוט הוא עכ"ל הלח"מ. ובאמת זהו תמי' רבתי דהא שם בהלכות גזילה במציאת חרש שוטה וקטן לא הוי רק מפני דרכי שלום בעלמא. ולפי זה יהיה גם בשוטה הך דינא דיהיה זוכה לעצמו וכמו דאמרו במציאת שוטה התם. והכא גבי מתנה לשוטה אמרו דאינו זוכה לעצמו כלל ומוכח מזה דגבי מתנה לשוטה אין בו אף מפני דרכי שלום משום דלא שייך ד"ש רק במציאה. א"כ לפ"ז ה"ה בחרש יהיה הדין דלא יהיה זוכה המתנה כיון דאינו דומה מתנה למציאה גבי שוטה א"כ מ"ש חרש. ועוד קשה במש"כ הרמב"ם החרש זוכה לעצמו כמו שבארנו ה' גזילה. הא מדכתב לשון זוכה לעצמו משמע

דהוי ממון גמור שלו אף להוציא בדיינים וכמש"כ שם גבי קטן שנותנים לו צרור וזרקו כו' דזוכה לעצמו דזוכה מן הדין וכמש"כ התוס' בקידושין (דף י"ט) ד"ה אומר אדם לבתו הקטנה כו' דבדעת אחרת מקנה יש להקטן זכיי' מה"ת [ועיין מזה בגיטין (דף ס"ד ודף ס"ה) בתוס' שם ובפני יהושע לגיטין (דף ס"ד) בתוס' ד"ה שאני שתופי מבואות כו' ובקצה"ח סי' רל"ה ס"ק ד' וסי' רמ"ג ס"ק ה' ובמחנה אפרים ה' זכיי' סי' ד']. ואף להסוברין דבדעת אחרת מקנה להקטן אינו זוכה מה"ת רק מדרבנן אבל עכ"פ דינו כמו ממון גמור אף להוציא בדיינין. ע"כ מדכתב הרמב"ם בחרש דזוכה לעצמו וכמו דכתב שם גבי קטן משמע דחד דינא אית להו וכמש"כ הסמ"ע שם בסי' רמ"ג ס"ק ל"א דחרש זוכה דדינו כמו קטן. ובאמת הא אינו רק מפני ד"ש כיון שכתב הרמב"ם כמו שבארנו בהלכות גזילה ושם אינו רק מפני ד"ש ואין מוציאין בדיינין. וע"כ דברי הרמב"ם הם תמוהים וכמו דהקשה הלח"מ בקצרה:

והנלע"ד ליישב דברי הרמב"ם כי יש מקור לדברי הרמב"ם במה דמחלק בין חרש לשוטה בזה. דהנה עיקר סברת הרמב"ם והמחבר בסי' רמ"ג סעיף ט"ו דקטן שנותנים לו צרור וזורקו זוכה לעצמו ופחות מזה אינו זוכה כו' הטעם הוא דבפחות מזה אין לו שום יד כלל רק בהגיע לשיעור זה יש לו יד. ושיטת הש"ך שם ס"ק ו' דגם גבי מציאה יש לו יד ואין סברא לחלק בין דעת אחרת מקנה למציאה. וע"פ סברת הראב"ד והרשב"א דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כוונה לזכות ע"כ בשוטה דאין לו יד כלל אינו זוכה אף בדעת אחרת מקנה וה"ה בקטן בפחות מן השיעור משא"כ בקטן שנותנים לו צרור וזורקו דאית לי' יד ע"כ מהני בי' דעת אחרת מקנה כיון דלא הוי רק חסרון כוונתו כו' עכ"ל הקצה"ח. וכן יש לדון דמה"ט ה"ה חרש יש לו יד להיות זוכה במתנה כמו דמצינו בחרשת שהשיאה אבי' שיוצאה בגט ואמרו לו אף זו כיוצא בה וכמבואר ביבמות (דף קי"ב) במשנה שם דמוכח מזה דחרשת יש לה יד דאם לא היה לה דין יד לא היתה מתגרשת מן התורה וכמבואר ביבמות (דף קי"ג) דאמרי דבי רבי ינאי דהיכא דאינה יודעת לשמור גיטה אינה מתגרשת מה"ת משום דכתיב ונתן בידה מי שיש לה יד לגרש עצמה יצתה זו שאין לה יד. משום דבעינן דין יד להאשה המתגרשת וע"כ שוטה אינה מתגרשת ועכ"ז חרשת מתגרשת. מוכח מזה דחרשת מקרי יש לה יד וכמו בקטנה בהגיעה להשיעור דמקריא יש לה יד דמתגרשת. דאם לא היתה מקריא חרשת דיש לה יד לא היתה מתגרשת היכא דנתקדשה בקידושי דאורייתא. וכיון דמוכח דיש יד לחרשת ע"כ יש יד לחרש להיות זוכה במתנה וכמו בקטן שנותנין לו צרור וזורקו דזוכה לעצמו משום דיש לו יד כמו בקבלת הגט וכמש"כ המחנה אפרים ה' זכיי' סי' ד' להוכיח דכיון דקטנה מתגרשת בקידושי אביה

מוכח מזה דאית לה יד מה"ת לזכות לעצמה במתנה ע"ש. וכן כתב הרשב"א בתשובה סי' תתקצ"ז הוכחה זו ע"ש. וה"ה בחרש כיון דמצינו דחרשת מתגרשת א"כ חזינן דיש לה יד. רק שוטה דאינה מתגרשת מה"ת אם אינה יודעת לשמור גיטה מוכח מזה דאין דין יד לשוטה לזכות לעצמה במתנה משא"כ בחרש. וזהו ראי' ברורה לדברי הרמב"ם והמחבר במה שכתבו דחרש זוכה לעצמו במתנה. ומשמע דאף מה"ת זוכה לעצמו וכמו בקטן ע"י דעת אחרת מקנה לשיטת כמה פוסקים דזהו מה"ת כנ"ל:

ובאמת יש לדון לשיטת רש"י בגיטין (דף ס"ה) דגרס הפעוטות כו' וכנגדן בקטנה מתגרשת כו' דס"ל דדוקא בהגיע לעונת פעוטות מתגרשת אבל כ"ז שלא הגיע לעונת פעוטות אף שהגיע לשיעור צרור וזורקו עכ"ז אינה מתגרשת. וכן הוא דעת הרא"ש והתוס' והטור והובא שיטה זו באה"ע סי' קמ"א סעיף ו'. ולשיטה זו מוכח לכאורה דכל זמן שלא הגיעה לעונת פעוטות אין לה יד מה"ת. ולפ"ז הא דאמרו צרור וזורקו דזוכה לעצמו מוכח דאין זה רק מדרבנן. אבל לשיטת הרי"ף והרשב"א והרמב"ם בגירסתם וכמש"כ הבית יוסף באה"ע סי' קמ"א מוכח דצרור וזורקו יש לה יד מה"ת אף לזכות לעצמה במתנה. אך יש לומר דשאני התם בגט דהא כתב רש"י בגיטין שם דלכן בהגיע לעונות פעוטות מתגרשת ולא קודם משום דבעי משלחה ואינה חוזרת ע"ש וכ"כ הר"ן שם. ע"כ יש לומר דלכ"ע יש לה יד מה"ת בהגיעה לשיעור צרור וזורקו גבי קבלת מתנה ודוקא בגיטין בעינן שיעור שתגיע לעונת פעוטות משום דבגט בעינן משלחה ואינה חוזרת. ולפ"ז יהי' עוד נפ"מ בין הדרש דר' ינאי מן ונתן בידה ובין הדרש דבי ר' ישמעאל מן ושלחה מביתו שמשלחה ואינה חוזרת יצתה זו שמשלחה וחוזרת כפי דאמרו ביבמות (דף קי"ג) ועיין שם בתוס' ד"ה יצתה זו שאין לה יד כו' ובהרא"ש שם. אכן לפי משמעות דברי הר"ן לגיטין (דף ס"ה) הנ"ל דכתב דלפי גירסת רש"י שלא רצו להתיר אישות דאורייתא בפחות מעונות פעוטות כו' ע"ש. זה מורה דס"ל דהא דאמרו דלא תהי' מגורשת כ"ז שלא הגיעה לעונת פעוטות דאין זה רק מדרבנן אבל מה"ת יש לומר דמתגרשת לכ"ע בהגיעה לשיעור צרור וזורקו משום דקרינן בזה דיש לה יד מה"ת ויש להאריך בזה ואכ"מ:

ולפ"ז נלע"ד לומר במש"כ הרמב"ם פ"ד ה' זכיי' דהשוטה אינו זוכה לא לו ולא לאחרים כו' אבל החרש זוכה לעצמו כמו שבארנו ה' גזילה. דזה תמוה מאוד וכמו דתמה הלח"מ דהא בהלכות גזילה אינו מוכח כלל מזה. וכן ראיתי כעת בביאור הגר"א זצ"ל בח"מ סי' רמ"ג ס"ק כ"ז שהניח זה בצ"ע וסיים וכן הקשה הלח"מ עכ"ל. אכן לפי מה שכתבתי מקור לדברי הרמב"ם דמחלק בין חרש לשוטה דהוכיח כן ממה דמצינו בחרשת

דמתגרשת מה"ת כנ"ל דמוכח מזה לחלק בין חרש לשוטה דהא בשוטה אינה מתגרשת מה"ת היכא דאינה יודעת לשמור גיטה דמזה הוכיח הרמב"ם דינו הנ"ל. והנה ראיתי בביאור הגר"א זצ"ל שם בס"ק הנ"ל בליקוט שכתב להביא ראי' לדברי הרמב"ם דמחלק בין חרש לשוטה מן הא דגיטין (דף נ"ט) דחרש דין פעוטות יש לו גבי מקח וממכר אבל שוטה אין ממכרו כלום עכ"ל. ולפ"ז הראי' אינו מוכח רק דבחרש יהי' זוכה מדרבנן. אכן לפי מה שכתבתי להוכיח כן מהך דחרשת שמקבלת גיטה יהיה זה ההוכחה לדון דיהיה החרש זוכה לעצמו מה"ת בדעת אחרת מקנה כיון דיש לו יד מה"ת ויהי' דינו כמו הקטן דס"ל לכמה פוסקים דבדעת אחרת מקנה יהיה זוכה לו מה"ת כנ"ל:

ולכן י"ל דהיה כתוב בהרמב"ם פ"ד ה' זכיי' הנ"ל בזה הלשון בראשי תיבות החרש זוכה לעצמו כמו שבארנו בה"ג. והי' סובר המדפיס לפרש לכוונת הרמב"ם דנתכוין הרמב"ם למה שכתב בהלכות גזילה. אבל לדעתי לא כן הוא כי כוונת הרמב"ם הוא למה שכתב הרמב"ם בהלכות גירושין פ' יו"ד ה' כ"ג דמי שנתחרשה אשתו ה"ז מגרשה בגט ותהי מגורשת אבל אם נשתטית אינה מגורשת אלא אם יודעת לשמור גיטה ואם יודעת לשמור עצמה מגורשת בדיעבד וכמש"כ המ"מ שם בכוונת הרמב"ם ע"ש. ומקור הדברים הללו הוא ביבמות (דף קי"ב) במשנה דפקח שנשא פקחת ונתחרשה אם רצה יוציא נשתטית לא יוציא וכמבואר בסוגיא שם (דף קי"ג) וכנ"ל. הרי דחרשת יש לה יד משא"כ בשוטה. ע"כ שפיר כתב הרמב"ם כמש"כ בהלכות גירושין דמוכח מן שם לחלק בין חרש לשוטה בזה משום דחרש יש לו יד משא"כ בשוטה ואתי שפיר דברי הרמב"ם הנ"ל:

ואחר כותבי כל זה ראיתי בבאר הגולה בח"מ סי' רמ"ג סעיף י"ז על הא דחרש זוכה לעצמו בס"ק ב' שכתב מקור לזה מהא דב"מ שתקנת חכמים דלא ליתי לאנצויי עכ"ל. וכבר כתבתי לעיל מה שיש לתמוה על זה וכמו שהובא דברי בה"ג הנ"ל בביאור הגר"א זצ"ל שם בס"ק כ"ז וכמו שכתבתי לעיל בשם ביאור הגר"א הנ"ל. וכן ראיתי בבית יוסף בסי' רמ"ג ובפרישה והב"ח שכתבו מקור לחלק בין חרש לשוטה מהא דסי' רל"ה דחרש דינו כקטן במטלטלין דמעשיו קיימין. וזהו כמו שכתבתי לעיל בשם ביאור הגר"א זצ"ל בליקוט שם. ולדעתי העיקר כמו שכתבתי. ומן כל שנתבאר מוכח דחרש עדיף מן שוטה וכמבואר להדיא בשבת (דף קנ"ג) דחרש ושוטה לשוטה. איבעיא להו חרש וקטן מאי כו' עד סוף הסוגיא שם. ועיין בתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל סי' רי"ח בד"ה ומ"ש מעלתו בענין שוטית שזינתה תחת בעלה דהמ"ל כתב בפשיטות דחרשת ושוטה דמיא לקטנה כו' ע"ש. ובירושלמי פסחים רפ"ח ה"א משמע דחרש עדיף גם מן קטן דאמרו שם קטנה שזינתה אין לה רצון ליאסר על בעלה כו' וחרשת אין את יכול דכתיב ואמרה האשה אמן

כו'. ומשמע דמשום דאין לחרשת רצון כמו דאמרו שם בקטנה לא שייך. משום דס"ל להירושלמי דיש לחרשת רצון ליאסר על בעלה ודלא כהמל"מ ורע"א. ויהי' מוכח מזה דחרש עדיף מן קטן. אך יש לדחות די"ל דמיירי התם דהיתה פקחת ונתחרשה לאחר זמן וע"כ אין להוכיח מזה כלל:

על שכגדו שישבע שיודע שחייב לו כו' עכ"ל. ואף דטוען איני יודע מ"מ ס"ל להש"ך דיכול להפך. מזה מוכח כמש"כ לעיל ע"פ דברי הרשב"א בשבועות (דף מ"א) דכתב דלמאן דס"ל דמפכינן שד"א הדין הוא בטוען חמשין ידענא וחמש ומה שכתב הרמב"ם שם דהמזכה לשוטה ע"י בן דעת זכה וכן פסק השו"ע בסי' רמ"ג סעיף ט"ז. והמחנה אפרים ה' זכיי' סי' ל"ב והקצה"ח בסי' רמ"ג ס"ק ו' הביאו בשם הרא"ש פ"ב דכתובות דס"ל דדוקא במי שהוא עתים חלים וע"ש זכין לו דאתי לכלל דעת אבל בשוטה וחרש אין מזכין לפי דשאני קטן דאתי לכלל דעת והובאו בנתיבות. אכן יש להוכיח כדברי הרמב"ם מן הא דב"מ (דף ח') דאמרו בשלמא חרש קנה דקא מגבה לי' פיקח אלא פיקח במאי קנה כו'. דמוכח מזה דמזכין לחרש וע"כ אף דחרש אינו עושה שליח עכ"ז מצי זכי לי' הפיקח והטעם הוא דאף חרש מקרי אתי לכלל דעת כעין סברת התוס' בגיטין (דף כ"ב ע"ב) ד"ה והא לאו בני דיעה כו' דחשיבי בני כריתות הואיל אם נשתפה השוטה הוי בני כריתות. וה"ה גבי הכלל גבי זכיי' דבעי אתי לכלל דעת דגם חרש ושוטה מקרי אתו לכלל דעת אם ישתפו. ותקשה מהך דב"מ על שיטת הרא"ש. ואפשר לומר דהך דב"מ ס"ל כעין סברת רב אשי דב"מ (דף ע"א ע"ב) דמחלק דרק גבי השליח בעינן פרטי השליחות אבל בהמשלח לא בעינן דין שליחות ע"כ י"ל דלרב אשי דוקא אם השליח הוא חרש לא מהני אבל היכא דהשליח הוא בר שליחות רק המשלח הוא חרש בזה שפיר נעשה הפיקח שליח להחרש. ולכן י"ל דהך סוגיא דב"מ דאמרו מעיקרא בשלמא חרש קנה דקא מגבה לי' פיקח כו' היינו דיש מקום לומר כסברת רב אשי דבהחרש המשלח לא בעינן פרטי שליחות ושפיר מצי הפיקח להיות שליח להחרש לזכות עבורו. ובאמת למסקנת הסוגיא שם מסקינן דלא קנה רק מעיקרא י"ל דלא נחת כ"כ לזה ואף דנדחו דברי רב אשי בב"מ (דף ע"א) שם. עכ"ז י"ל דהמקשה ראה להקשות ביותר איך פיקח קני משום דעל החרש יש מקום לדחות ע"פ סברת רב אשי בב"מ כנ"ל כן יש לתרץ דברי הרא"ש הנ"ל:

ובספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' ענף ה' הבאתי ראי' לדברי הרמב"ם דמזכין לשוטה מן הא דסוטה (דף כ"ה) דמי שנתחרש ונשתטה ב"ד מקנין לאשתו וזהו בתורת זכות

כמבואר שם א"כ מוכח מזה כשיטת הרמב"ם דמזכין לשוטה משום דגם זה מקרי אתי לכלל דעת וע"פ סברת התוס' בגיטין (דף כ"ב) הנ"ל. והארכתי מזה בספרי שם:
וכן מוכח בירושלמי קידושין פ"א ה"ג על הא דמשנה שם בכסף ע"י אחרים ר' ירמי' א' מאחר לרבו כו' זה זוכה לבן דעת כו' הגע עצמך שהי' חרש א"ל איש הגע עצמך שהי' קטן א"ל דרכו להגדיל עכ"ל הירושלמי. ופי' הקרבן העדה הגע עצמך שהי' העבד חרש ואינו בן דעת אם יוצא לחירות או לא משום דאין זכין לו וא"ל איש ופי' הק"ע הואיל ומינו בני דעת אמרינן לא פלוג. והדר בעי הי' העבד קטן שמינו בן דעת וגם רוב קטנים אינן בני דעת כו' והשיב לו דקטן דרכו להגדיל. והפ"מ פירש א"ל איש כתיב בזכיי' ואפי' חרש. דרכו להגדיל ואפי' בקטן אמרינן דזוכה בכה"ג שכן קבלתו של זה גרמה לו עכ"ל הפ"מ. ובאמת יש לומר דכוונת הירושלמי במה דא"ל איש כתיב הכוונה הוא כמו שהבאתי לעיל בשם הירושלמי ר"פ תרומות משנה א' דיליף מן מאת כל איש פרט לקטן אשר ידבנו לבו פרט לחרש ושוטה משום דחרש ושוטה הם בכלל איש. וה"ה הכא גבי איש דכתיב בזכיי' דלא נתמעט מזה חרש. עכ"פ חזינן דמבואר בירושלמי דמהני זכיי' לחרש וזכין לו. ומבואר שם דאדרבה בחרש יותר סברא דמזכין לו מבקטן דהא אחר דא"ל איש ומהני גם בחרש. והדר בעי איך הדין בקטן עבד אם זכין לו או לא א"ל דגם בקטן יוצא לחירות משום דרכו להגדיל והכוונה הוא כעין הך דב"מ (דף ע"ב) דקטן אית לי' זכיי' משום דאתי לכלל שליחות כשיגדיל. ואין אנו צריכים לומר כמו דפירש הפ"מ דלכן מהני בקטן משום דקבלת רבו גרמה לו. משום דעדיין י"ל דמשום זכיי' אתינן עלה דהא קיי"ל דזכין לקטן. וכדמוכח בכולי סוגיא בירושלמי שם דמשום זכות הוא מה דמהני כסף ע"י אחרים וכעין שיטת הרי"ף לקידושין (דף כ"ג) והרמב"ם פ"ה ה' עבדים דין ב' לרבנן דר"מ והובאו ביו"ד סי' רס"ז סעיף כ"ו בש"ך ס"ק מ"ג וביאור הגר"א ס"ק ס"ה. אלא עיקר הטעם הוא כמו דאמרו בירושלמי שם הטעם דקטן דרכו להגדיל וכמו דפירשתי דמשום דאתי לכלל גדלות זכין לקטן. ולפירוש הפ"מ אין הבנה למה דאמרו בירושלמי שם הטעם דרכו להגדיל דהא אתי עלי' משום הטעם דקבלת רבו גרמה לו והוא כעין דברי הירושלמי פסחים רפ"ח ה"א דרציתי לומר דס"ל להירושלמי שם דחרש עדיף מן קטן וכמש"כ לעיל. ולפירוש הקרבן העדה דלכן זכין לחרש משום דמינו בני דעת ולא פלוג ועדיף זה מקטן שאינו בן דעת כו' ולכן איבעי' לי' על קטן אף דפשט לי' על חרש כבר יש לומר דזהו כעין סוגיות הגמ' בשבת (דף קנ"ג ע"ב) דלקטן יהיב ולא לחרש דאתי לאיחלופי בגדול ע"ש ולדברי הק"ע אין זכיי' מועיל בחרש רק מדרבנן. אכן לפי מש"כ דזהו מה"ת. עכ"פ מוכח דזכין לחרש וכשיטת הרמב"ם:

ובירושלמי לקידושין פ"ב ה"א אמרו א"ר זעירא נעשה החנוני שלוחו של בעל הבית לזכות לפועל א"ר הילא פועל זוכה לבעל הבית משל החנוני וחוזר זכה לעצמו אף הכא ע"ד דר"ז כו' מה נפק מן ביניהון הי' החנוני חרש כו' הי' הפועל חרש ע"ד דר' הילא לא חשש שאין זכיות לחרש ע"ד דר"ז חשש עכ"ל הירושלמי. ולכאורה נראה דהירושלמי הלז סותר לירושלמי דקידושין פ"א ה"ג הנ"ל דהכא אמרו דאין זכיות לחרש ואלו התם אמרו דחרש זוכה. אבל באמת אין זה שום סתירה כלל דדוקא בהך דפ"א דמיירי התם בנידון דיזכו אחרים מן הנותן עבור העבד חרש בזה אמרו דמזכין עבור החרש וכמו שפסק הרמב"ם והשו"ע דהמזכה לשוטה ע"י בן דעת זכה. אבל בהך דירושלמי פ"ב דמיירי שם דהחרש הפועל יהי' זוכה לבעה"ב בזה שפיר אמרו דאין החרש זוכה לאחר היינו הבעה"ב וכדקיי"ל דאף קטן שנותנים לו צרור וזורקו אינו זוכה לאחרים כמבואר בגיטין (דף ס"ד ודף ס"ה) וברמב"ם שם ובח"מ סי' רמ"ג סעיף ט"ו. ע"כ אין שום סתירה מן דברי הירושלמי להדדי כלל:

והרמב"ם פ"ז ה' תרומות ה' ט"ו כתב חרש שוטה וקטן שקנו עבדים אינן אוכלין תרומה אבל אם קנו להם ב"ד או אפטרופוס או שנפלו להן בירושה הרי אלו אוכלין עכ"ל והוא תוספתא פ"ט יבמות. אף שנתבאר לעיל בשיטת הרמב"ם דהחרש זוכה לעצמו כמו דין קטן וזהו מה"ת לשיטת הרמב"ם כמש"כ הרמב"ם ה' לולב פ"ח דין יו"ד דקטן קונה מה"ת בדעת אחרת מקנה וכמש"כ המ"מ פ' כ"ט ה' מכירה. עכ"ז בקנו עבדים אינן זוכין מה"ת לפי דאין נתינתו בדמים נתינה מה"ת ע"כ אינו קונה מה"ת בקניי' וכמש"כ המ"מ שם ה"א. ומה שכתב הרמב"ם שם ה' י"א קטן שקנה קרקע תעמוד בידו. אין זה רק מדרבנן וכמש"כ הקצה"ח בסי' רל"ה ס"ק ד'. לכן פסק הרמב"ם בקטן וחרש שקנו עבדים אינן אוכלין בתרומה משום דס"ל דקנין דרבנן לא מהני בדאורייתא. ודוקא בקנו להם ב"ד ואפטרופוס אוכלין בתרומה משום דס"ל דכח אפטרופוס אלים מה"ת וכשיטת הרשב"א גיטין (דף נ"ב) והובא בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' ענף ד'. ואכתי תקשה דהא במתנה זוכה החרש מה"ת וכן בקטן שנותנים לו צרור וזורקו זוכה מה"ת א"כ משכחת דיאכלו עבדיו תרומה בניתן במתנה. ומן לשון הרמב"ם ותוספתא משמע דדוקא בקנו ב"ד או בירושה אוכלים בתרומה. ובאמת הא משכחת לי' גם בניתן להם במתנה לשיטת הרמב"ם דזוכה מה"ת כנ"ל. אבל באמת אין זה קשה משום דהרמב"ם והתוספתא מיירי שם בחרש שוטה וקטן והנה שוטה וקטן שלא הגיע לשיעור צרור וזורקו דאינן זוכין במתנה אינן אוכלין עבדים תרומה ולא משכחת בהו אכילת עבדים רק ע"י מה שקנו הב"ד ואפטרופוס או ע"י ירושה לכן לא נקטו שם דין מתנה כיון דלא משכחת זה בשוטה

וקטן בפחות מכשיעור רק נקטו קנו ב"ד ובירושה דבזה אוכלין עבדים אף בשוטה וקטן בפחות מכשיעור. וע"כ אין מזה שום סתירה לכל מה שכתבתי לעיל בשיטת הרמב"ם: לא ידענא דיכול להפך שבועה על התובע כנ"ל. ואף דטוען טענת ספק מ"מ יכול להפך ואף דאין נשבעין על טענת ספק מ"מ היפוך שבועה שאני כמש"כ לעיל בארוכה לדון הרבה ע"פ דברי הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ל"ב והבדק הבית שם. ובירושלמי יבמות פ' י"ד ה"א על הא דחרש שנשא פיקחת כשם שכונס כך הוא מוציא דמתניתא בקידשה בכסף אבל בקידשה בביאה קידושיו מעשה וגירושיו אינו מעשה והובא בנמוקי יוסף ר"פ י"ד ליבמות ובחי' הרשב"א ליבמות שם. ואמרתי מכבר בכוונת הירושלמי והוא דהא נתבאר דחרש זוכה מה"ת בדעת אחרת מקנה ע"כ בחרש שקידש פיקחת חלו קידושיו מה"ת אם קידשה בביאה משום דהאשה שנתקדשת להחרש הוי כמו דעת אחרת מקנה בקנין קידושי' לו. רק בקידשה בכסף ושטר דאין נתינת החרש כלום וכמש"כ לעיל בשם המ"מ גבי קטן שקנה קרקע ע"כ אין קידושיו כלל מה"ת. וכן ראיתי באבני מילואים בסי' מ"ג ס"ק ב' שכתב כן ע"ש. ובדברי הרשב"א בחי' ליבמות שהביא דברי הירושלמי לדינא יש להוסיף עוד די"ל דהרשב"א אזיל לטעמי' דהנה הרשב"א בתשובה סי' תתקצ"ז כתב דקטן יש לו זכיי' מדאורייתא דהא בקטנה מתגרשת בקדושי אבי' עכ"ל. הרי דס"ל דקטן יש לו יד מה"ת כמו בגט ואף דהוי חסרון כוונה עכ"ז הא הרשב"א בחי' לגיטין (דף כ') כתב דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כוונת הקונה. ע"כ ממילא בקטן כיון דמצינו דיש לו יד ממילא זוכה במתנה מה"ת א"כ ה"ה בחרשת כיון דמצינו דיש לה יד להתגרש וכמש"כ לעיל. ע"כ שפיר הביא הרשב"א בחי' ליבמות לדינא לדברי הירושלמי דבקידש חרש לפיקחת בביאה הוי קידושי תורה:

והא שכתב הבית יוסף באה"ע סי' קכ"א דלא ראיתי לאחד מן הפוסקים שיכתבו כן והובא במל"מ פ"ב ה' גירושין משום דס"ל דאף בקידש חרש לפיקחת בביאה ג"כ אינן קידושין מה"ת. אף דנתבאר דחרש יש לו יד מה"ת בדעת אחרת מקנה. עכ"ז טעמייהו הוא דהא כתב המחבר בסי' רמ"ג סעי' י"ט דמי שמתחייב לקטן אינו זוכה כיון שאין הדבר ת"י החרש הזוכה ע"כ ה"ה במה דנתקדשת להחרש כיון דבזכות הקידושין דזוכה הבעל בה אין הדבר הזה ת"י הבעל בעיני' לכן אינו זוכה החרש בזכות קידושיה מה"ת כן י"ל בטעם הפוסקים דלא נקטו להירושלמי לדינא. והאבני מילואים שם כתב עוד טעם במה דלא נקטו להירושלמי לדינא. אכן מן הרשב"א והנמוקי יוסף ליבמות דהביאו להירושלמי לדינא מוכח דס"ל דגם היכא דאין הדבר ת"י הקטן והחרש הזוכה ג"כ זוכה

מה"ת ע"י דעת אחרת מקנה וכמש"כ לעיל דעיקר הך מילתא דח"מ סי' רמ"ג סעי' י"ז תלוי בהנך שני תירוצים בתוס' גיטין (דף ס"ה) ובר"נ שם:

וראיתי במחנה אפרים ה' שלוחין סי' כ"ד דהביא לדברי הרשב"א בחי' לקידושין (דף ח') דס"ל דאין החרש זוכה לעצמו אף בדעת אחרת מקנה וחולק על הרמב"ם דס"ל דהחרש זוכה לעצמו עכ"ל המח"א וגם הביא המח"א שם להירושלמי פ"ב דקידושין ה"א דאין זכייה לחרש לאחרים וכמו שהבאתי לעיל להירושלמי הלז אכן לפי מש"כ לעיל מוכח דהרשב"א ביבמות ס"ל דחרש זוכה לעצמו מה"ת וכמו בקטן. ואפשר לומר דעיקר הך מילתא גם בקטן דיהיה זוכה לעצמו מה"ת מצינו להרשב"א בקידושין פ"ב (דף מ"ב) דהביא לשיטת התוס' דס"ל דאין לקטן זכייה מה"ת לא ע"י עצמו ולא ע"י אחרים ומה שהקשה ע"ז מהך דפרק השולח העלה בצ"ע אבל לא סתר בפשיטות כ"כ לשיטת התוס' בזה. ע"כ י"ל דלכן גבי קידושי אשה במה שאמר תן מנה לפלוני חרש ואתקדש אני לך דהביא להירושלמי מפני דחשש לחומרא לשיטת התוס' דאין לקטן זכייה מה"ת ע"כ חיישינן לחומרא גבי תן מנה לחרש ואתקדש דאי נימא דאינו זוכה מה"ת ע"כ לא הוי קידושין וודאי ואי קידשה אחר צריכה גט משניהם כן אפשר לומר בזה. אך אין זה במשמעות הלשון דהרשב"א שם. ואחר כותבי כל זה מצאתי ראיתי בספר קהלת יעקב למהרי"ט אלגאזי תוספת דרבנן אות א' שהביא לדברי המח"א הנ"ל בשם הרשב"א לקידושין הנ"ל דאין החרש זוכה לעצמו והקשה ע"ז מן מש"כ הרשב"א בתשובה ח"א סי' תתקצ"ז הנ"ל והאריך בזה ע"ש. וכן ראיתי שם שהקשה על הרמב"ם פ"ז ה' תרומות דהא משכחת ליה גם בניתן במתנה להחרש דיאכלו עבדיו בתרומה ונשאר בקושיא אכן כבר ראיתי לעצמי ג"כ להקשות ולתרץ כמו שכתבתי לעיל:

וראיתי בגליון בשם ציון ירושלים לירושלמי קידושין פ"ב ה"א שכתב בזה"ל ע"ד הילא לא חשש שאין זכייה לחרש עיין פ"ק ועמ"ש לעיל שם דמשמע דחרש אית ליה זכייה וכאן אמרו דאין לו זכייה וצ"ע דהירושלמי סותר זה את זה עכ"ל. וכוונתו לירושלמי לעיל פ"ק ה"ג דהבאתי לעיל ועיינתי שם ולא נכתב מזה לעיל בציון ירושלים שם כלל ואולי נשמט משם. ובעיקר קושייתו כבר כתבתי לעיל לרתץ בפשיטות דאין שום סתירה כלל מדברי הירושלמי להדדי דהנה פשטות הירושלמי הכא בפ"ב ה"א במה שאמרו אין זכייה לחרש דקאי על מה דאמר ר' הילא פועל זוכה לבעה"ב וחוזר וזוכה כו' דזהו בגדר דהפועל חרש יהיה זוכה עבור הבעה"ב א"כ שפיר אמרו דאין החרש זוכה לאחרים משא"כ לעיל בפ"ק דמיירי דזכין ע"י אחר עבור החרש בזה שפיר מהני הזכייה וכשיטת הרמב"ם והשו"ע כמו שנתבאר לעיל. דבאמת מה דפי' הרשב"א בחי' לקידושין (דף

ח') דפי' לדברי הירושלמי הנ"ל דלאו זוכה ממש לאשה אמרו אלא עשאוהו כזוכה כו' כטעמא דגמרין דאמר דמקודשת מן דין ערב כו'. זהו דוחק בכוונת הירושלמי וכמש"כ המחנה אפרים ה' שלוחין סי' כ"ד דר' זעירא ור' הילא דבירושלמי לא ס"ל כטעמא דתלמוד דידן דאמר רבא תן מנה לפלוני ואתקדש דמקודשת מן דין ערב אלא משום דזוכה כו'. אך אף לפירוש הרשב"א דהחרש פועל או חרש עני זוכה לעצמו ג"כ אינו שום סתירה כלל מן דברי הירושלמי הנ"ל להדדי דעדיין יש לחלק דדוקא היכא דהחרש זוכה לעצמו בזה שפיר פסקו דאין החרש זוכה לעצמו וכמו דכתב המח"א בכוונת הרשב"א שם דס"ל דאין החרש זוכה לעצמו ומשמע דגם מדרבנן אינו זוכה לו משום דס"ל דדין החרש הוא כמו השוטה דאינו זוכה לעצמו. ועכ"ז הא גם בשוטה פסק הרמב"ם והשו"ע דהמזכה לשוטה ע"י בן דעת זכה השוטה א"כ ה"ה וכש"כ חרש דמזכין לו ע"י אחר ע"כ אין שום סתירה כלל מהירושלמי דפ"ק על הא דפ"ב דאלו לעיל מיירי בזכייה עבור החרש ע"י אחר ואלו בפ"ב מיירי בזכייה ע"י עצמו דאינו זוכה משום דלפי' הרשב"א דינו כמו שוטה. וע"כ על כל האופנים אין שום סתירה כלל מדברי הירושלמי להדדי ומתורץ בפשיטות הצ"ע של ציון ירושלים הנ"ל:

וראיתי בהריטב"א בחי' לקידושין (דף ח' ע"ב) בד"ה ת"ר התקדשי לי במנה תנם על הסלע כו' שהביא להירושלמי קידושין פ"ב ה"א הנ"ל דפירשו טעמא דמילתא מפני שהוא זוכה לאשה וחוזר וזוכה לעצמו ואם היה חרש שאין לו יד לזכות אינה מקודשת אכן גמרא דילן דמדמי לה לערב לא אזיל כלל בהאי שיטתא ואנן אגמ' דילן קא סמכינן כו' עכ"ל הריטב"א. הרי דהריטב"א ס"ל בכוונת הירושלמי בפשטות כמו שכתבתי לעיל וכמו שכתב המח"א בכוונת הירושלמי אך הרשב"א יש לו דרך אחרת לפרש להירושלמי להשוותו לש"ס דילן כנ"ל. ועיין במקנה לקידושין (דף ט' ע"א) ד"ה א' רבא א' ר"נ כו' בין ע"י עצמה מקודשת מדעתו כו' שהביא לדברי הרשב"א והריטב"א הללו בקצרה ושקיל וטרי שם בהך דלקמן (דף י"ט) באומר לבתו קטנה צאי וקבלי קידושין כו'. ע"כ אין שום סתירה כלל מהירושלמי הלז על דברי הרמב"ם דפסק דחרש זוכה לעצמו משום דהא הירושלמי מיירי שהחרש יהיה זוכה לאחרים ובזה הא גם הרמב"ם ס"ל דאין החרש וקטן אף בהגיע לשיעור זוכה לאחרים כנ"ל:

שוב ראיתי דאף לפי מאי דס"ל להרשב"א בפשט הירושלמי הנ"ל דס"ל דהפועל החרש או העני החרש זוכה לעצמו וכמו בתלמוד דידן עכ"ז יש לומר דאינו ראיה מהירושלמי להוכיח לדינא דאין החרש זוכה לעצמו משום דיש לדון דהירושלמי בקידושין אזיל לטעמיה דהנה בירושלמי לגיטין פ"ה ה"ט אמרו ג' מדות בקטן כל שנותנין לו אגוז

ומשליכו כו' המוציא בידו כמוציא לאשפה אגוז ונוטלו כו' גזילו גזל מפני דרכי שלום נוטלן ומצניען כו' גזילו גזל גמור זוכה לעצמו אבל לא לאחרים כו'. וכן הוא בירושלמי מעשר שני פ"ד ה"ג ובירושלמי עירובין פ"ז ה"ו. והירושלמי הזה הובא בש"ך סי' רמ"ג ס"ק ו' ועיין בפני יהושע לגיטין (דף ס"ד) ובמח"א ה' זכייה סי' ד'. ובקצה"ח שם ס"ק ה' דכתב דהירושלמי חולק עם הש"ס שלנו. והירושלמי הנ"ל מיירי אף בנותנים מתנה להקטן וס"ל דקטן שנוטל אגוז כו' אין זוכה רק מפני ד"ש אבל אין גזילו גזל גמור להוציא בדיינין. אך בנוטלן ומצניען זוכה מן הדין. לכן י"ל דמה"ט ס"ל להירושלמי גבי חרש דאין לו זכייה משום דלא עדיף מן קטן שנוטל צרור וזורקו אגוז ונוטלו דס"ל דאינו זוכה מן הדין ואף דיש בו מפני ד"ש עכ"ז לא מהני זה גבי קידושין כיון דאינו זוכה מן הדין וכן גבי אומר אדם לפועל הילך דינר כו' כן ס"ל להירושלמי גבי קטן ומה"ט ה"ה בחרש. אבל לפי שיטת ש"ס דילן גיטין (דף ס"ה) דקטן שנותנים לו צרור וזורקו דזוכה לעצמו מן הדין במתנה הן מה"ת והן מדרבנן לשיטת כמה פוסקים. ע"כ שפיר י"ל דה"ה בחרש שפיר פסק הרמב"ם דזוכה לעצמו וכמש"כ לעיל להוכיח כן מש"ס דילן וגם מן הירושלמי אין סתירה לזה די"ל כנ"ל. ועדיין יש לדון בזה הרבה:

וביותר יש לומר בזה דהירושלמי דקידושין דס"ל דאין החרש זוכה לעצמו דאזיל לטעמי' דבירושלמי יבמות פ' י"ד ה"ב על הא דבמשנה שם אריו"ח ב"נ מפני מה האשה שנתחרשה יוצאת והאיש אינו מוציא כו' אמרו שם ר' חנניה בעא קומי ר' הילא נראין הדברים בפקחת שיש בה דעת שהיא יוצאה בין לדעת בין שלא לדעת וחרשת שאין בה דעת לא תצא אלא לדעת כו'. וכוונת הירושלמי דס"ל לר"ח לחלק במה דאמרו לו דבמשנה דאינו דומה האיש המגרש לאשה המתגרשת שהאשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה דה"ה חרשת ע"ז בא ר"ח לחלק דשאני פקחת שיש בה דעת היינו דיש לה יד ע"כ יוצאה שלא לדעת משא"כ בחרשת שאין בה דעת היינו דאין לה יד ע"כ לא תצא אלא לדעת אביה. ואח"ז בירושלמי שם שקיל וטרי הש"ס בהך דר"ח דאמר קומי דר' הילא כמש"כ הפ"מ שם. [ובעיקר דברי הירושלמי שם בהך סוגיא יש לפרש באופן אחר דלא כהפ"מ והק"ע שם כי פירושם אינו ברור כ"כ ואכ"מ להאריך בזה]. עכ"פ חזינן דר"ח ס"ל כמו דס"ל לרי"ח בן נורי דאשה שנתחרשה אינה יוצאה לפי דאין לה יד וכמו דמסיק בש"ס דילן ביבמות (דף קי"ג ע"ב) דריו"ח ב"נ ס"ל דכי היכי דאיש לא מצי מגרש אשה נמי לא מיגרשה. וי"ל דגם ר' הילא הסכים לר"ח בזה כיון דלא דחה לדברי ר"ח במה דא"ל כן לפניו. והנה בירושלמי גיטין פ"ה ה"ו אי' ר' חנינא בעי קומי ר' אימי נראין דבריו בפיקחת שיש לה דעת כו' אבל הכא בירושלמי יבמות הגירסא ר"ח בעא קומי ר'

הילא. [וי"ל דבמה דאמר כן לפני ר' הילא היינו משום דבירושלמי יבמות פ' י"ד ה"א אמרו על הא דנשתטית לא יוציא דר' זעירא ור' הילא אמרין שאינה יכולה לשמור גיטה היינו שאין לה יד. ועיין בשירי קרבן שם ד"ה מפני גרירה במש"כ שם. ועיין ביבמות (דף קי"ג ע"ב) בתוס' ד"ה יצתה זו כו' דגרסי בשם הירושלמי דר' זירא ור' מנא אמרי שאין יכולין לשמור גיטה. וע"כ אמר ר"ח לפני ר' הילא דחרשת שאין לה יד לא תהא מגורשת ויש להאריך בזה]. וכיון דר' הילא הסכים ושתק במה דא"ל ר"ח דנראין דבריו וכדאמרו בירושלמי גיטין פ"ה ה"ו הנ"ל דאמר ר"ח דנראין דבריו. וי"ל דהכוונה הוא דנראין דבריו של ריו"ח בן נורי דאשה שנתחרשה אינה יוצאה והטעם הוא משום שאין לה יד לחרשת:

ולפ"ז י"ל דלכן אמרו בירושלמי לקידושין פ"ב ה"א היה הפועל חרש ע"ד דר' הילא לא חשש שאין זכייה לחרש. דאף לפי פירוש הרשב"א דמוכח דס"ל לירושלמי דאין החרש זוכה לעצמו. עכ"ז יש לומר דאינו ראיה מירושלמי לדינא משום די"ל דהא אמרו כן שם בירושלמי אליבא דר' הילא כדאמרו שם ע"ד דר' הילא היה הפועל חרש לא חשש שאין זכיי' לחרש. משום דר' הילא לטעמיה דס"ל דאין לחרשת יד גם לקבל גיטה ע"כ ה"ה אין יד לחרש להיות זוכה לעצמו במתנה. אבל לדינא לפי מה דקיי"ל דחרשת מתגרשת ע"י עצמה דמוכח לדינא דחרשת יש לה יד ע"כ ה"ה דחרש זוכה לעצמו במתנה וכמו בקטן שהגיע לשיעור צרור וזורקו כו' דזוכה במתנה כיון דיש לו יד. ע"כ אף דהוי חסרון כוונתו עכ"ז הא בדעת אחרת מקנה מהני מה דיש לו יד כנ"ל. א"כ ה"ה בחרש וע"כ לדינא אינו ראיה מוכרחת מהירושלמי דקידושין אף לפירוש הרשב"א בכוונת הירושלמי דקידושין. וכש"כ לפי פירוש הריטב"א והמחנה אפרים בכוונת הירושלמי דקידושין וכן נוטה פשט לשון הירושלמי דמיירי דהחרש יהיה זוכה לאחרים. ע"כ בוודאי אינו ראיה מן הירושלמי לסתור לדברי הרמב"ם והשו"ע דפסקו דהחרש זוכה לעצמו. ולכן לא הובא שיטת הרשב"א במה דס"ל דאין החרש זוכה לעצמו בהש"ע אף בשם יש אומרים משום דכן הוא עיקר לדינא דהחרש יש לו יד וזוכה לעצמו במתנה ע"י דעת אחרת מקנה:

ומזה מוכח דס"ל להש"ך ג"כ דבשבועת היפוך מהפכינן אף על טענת ספק וכפי הסברא שכתבתי לעיל וכפי מש"כ ההפלאה כנ"ל. והא דלעיל סי' פ"ז ס"ק ל"ב בש"ך הנ"ל יש לחלק וקצרתי:

אין נשבעין על טענת חש"ו כו' אבל אם שמר לקטן וטוען שאבד ה"ז נשבע שבועת השומרים כו'. וזהו שיטת הרמב"ם פ"ב ה' שכירות ה' ז' ובהלכות טוען פ"ה ה"ט. וכן הוא שי' הר' ר' יוסף הלוי ז"ל. והובא ברא"ש לשבועות פ"ו סי' כ"ג ובר"נ לשבועות שם

ובחי' הרשב"א שם. והלח"מ שם הקשה על שי' הרמב"ם וסייעתו דס"ל דש"ש נשבעין אף לקטן דא"כ מאי מקשה הגמ' בשבועות (דף מ"ב) על מה דתנן במשנה שם אבל נשבעין לקטן הא י"ל דמיירי בש"ש. הנה כבר הקדימו בקושיא זו הר"נ והרשב"א והרא"ש שם: ונלפענ"ד לתרץ קושייתם והוא דהנה הרשב"א והר"נ הקשו שם עוד על שי' הר"י הלוי מהא דב"ק (דף ק"ו) דא"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל ואותבי' ר' אבא בר ממל לר"ח בר אבא כי יתן איש אין נתינת קטן כלום אין לי כו' ואם אי' תהוי כאבידה ופריק רב אשי אבידה קא אתי מכח בן דעת. משמע מהא דמדין שומרין מעטי' רחמנא לקטן כו' דאם אי' דמחייבינן שבועה אטענתו אמאי לא מחייבינן בה נמי כפילא עכ"ל הר"נ והרשב"א שם. ועיין בהשגת הראב"ד פ"ב ה"ש ה' ז' מזה:

ולדעתי אין זה קשה דהא עיקר שי' הרמב"ם והר"י הלוי דס"ל דש"ש נשבעין לקטן אף דכתיב כי יתן איש ואין נתינת קטן כלום כדאמרו בשבועות (דף מ"ב). ואף דזה כתיב גבי שומרים מ"מ ס"ל דזה קאי על שבועת מ"מ משום דעירוב פרשיות כתוב כאן. וכמש"כ הרא"ש והרשב"א והר"נ והרב המגיד פ"ב ה' שכירות והרדב"ז ח"ד סי' ר"ל ע"ש. וי"ל דהרמב"ם אזיל לטעמו דס"ל כן בפ"ב ה' שכירות ה"ח ופ"ג ה' טוען ה' ו' דש"ש לא בעינן בי' שתי כסף והך דרשא דמה כלים כו' ומה כסף כו' אמרינן בזה עירוב פרשיות כו'. וכמו שהובא שיטת הרמב"ם וסייעתו בזה ברא"ש פ"ו דשבועות סי' ו' וברי"ן ורשב"א שם ולעיל סי' פ"א סעיף ה'. לכן ס"ל כן הכא גבי הא דכי יתן איש ואין נשבעין לקטן דזה קאי על מ"מ משום דעירוב פרשיות. והנה עיקר הך מילתא דעירוב פרשיות זהו פלוגתא דאמוראי בב"ק (דף ק"ז) דר' חייא בר אבא א"ר יוחנן ס"ל דהטוען טענת גנב בפקדון אינו חייב עד שיכפור מקצת ויודה מקצת מ"ט דאמר קרא כי הוא זה ופליגא דר' חייא בר יוסף דאמר ר' חייא בר יוסף עירוב פרשיות כתוב כאן כו' תני רמי בר חמא ארבעה שומרין צריכין כפירה והודאה במקצת כו':

א"כ לר' חייא בר אבא אריו"ח דס"ל דלא אמרינן עירוב פרשיות לגבי כי הוא זה. א"כ ה"ה לגבי הא דכי יתן איש ולא קטן ולכן התם בסוגיא דלעיל מינה דא"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן דטוען טענת גנב באבידה משלם כפל שפיר אותבי לר' חייא בר אבא מהא דתניא כי יתן איש כו'. דהא כיון דס"ל דלא אמרינן עירוב פרשיות א"כ גם לענין כפל נתמעט קטן. [וכמש"כ התוס' לעיל בב"ק (דף ס"ג) ד"ה למה לי כו'. דכפל ושבועה הכל חדא הוא וכמו שכתבתי לעיל בחידושי סי' פ"ח סעיף ה'. ועיין בשמ"ק שם]. ומקשה לי' שפיר דתיהוי נמי כאבידה. ומחלק דשאני אבידה דקא אתיא מכח בן דעת כו'. אבל

לדידן דקיי"ל דעירוב פרשיות להא דכי הוא זה ולכן ש"ש לא בעי הודאה במקצת. א"כ ה"ה גבי הא דכי יתן איש לא קאי רק על הא דשבועות מ"מ. אבל לגבי ש"ש וכפל לא קאי זה. א"כ מתורץ שפיר קושייתם מן הא דב"ק:

ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשה הלח"מ הנ"ל וכל הראשונים על שי' הסוברים דנשבעין ש"ש לקטן דא"כ אין מקום לקושיות הש"ס בשבועות (דף מ"ב) מן הא דתנן אבל נשבעין לקטן דהא ה"מ לאוקמי דמיירי בש"ש. די"ל דהגמ' מקשה על מ"ד דס"ל דאין עירוב פרשיות כתוב כאן כדס"ל לרמי בר חמא ולר' חייא בר אבא א"ר יוחנן הנ"ל. א"כ לדידהו תקשה מן המשנה הנ"ל. וכן דרך הש"ס בכ"ד להקשות סתמא אף דאינו מקשה רק על חד מ"ד. וכמש"כ הש"ך בסי' מ"ב ס"ק א' ובסי' פ"ח ס"ק ט"ז. וכן מצינו בתוס' בכ"ד. וכה"ג אי' בב"מ (דף צ"ח ע"א) דאמרו שם. ולרמי בר חמא דאמר ד' שומרין צריכין כפירה והודאה במקצת משכחת לה רישא בגו' וסיפא בד' כו'. אלמא דהי' מהדר הש"ס לתרץ להמשנה דלא תקשה מזה על רמי ב"ח. וה"ה י"ל בהא דשבועות דמקשה כן על שי' רמי ב"ח ור' חייא ב"א א' ריו"ח דס"ל דלא אמרינן עירוב פרשיות. גבי מ"מ. וה"ה גבי כי יתן איש. ובפרט לפי המבואר בשבועות (דף מ"ב) הנ"ל דשמואל ג"כ מהדר לתרץ מה שהקשו שם מן אבל נשבעין לקטן כו'. וידוע שיטת רש"י בסנהדרין (דף ג') דשמואל דס"ל שנים שדנו דיניהם דין ס"ל אין עירוב פרשיות כתוב כאן. ועיין בתוס' שם ד"ה ומדאורייתא חד נמי כשר כו' ובשי' הרמב"ם דהובא בש"ך ריש סי' ג' וקצרתי. א"כ לשמואל דס"ל לשי' רש"י דאין עירוב פרשיות כתוב כאן. א"כ לדידי' קאי הך דכי יתן איש על ש"ש. ע"כ שפיר הוכרח לתרץ להא דנשבעין לקטן דקאי בבא ליפרע מקטן. וכן הא דרב מהדר לתרוצי שם יש לומר דס"ל גם כן כנ"ל. וא"ש לקושיות הראשונים הנ"ל:

ועכ"ז לפי מש"כ הרמב"ם ה' גניבה ה"ט דבטוען טענת גנב בפקדון של קטן כו' ה"ז פטור מן הכפל שנא' כי יתן איש כו'. אלמא דס"ל להרמב"ם דהך כי יתן איש קאי גם על כפל. א"כ שפיר הקשו הראשונים על שי' הרמב"ם דס"ל דבש"ש לא בעינן שיהיה גדול. משום דס"ל דכי יתן איש קאי רק על שבועת מ"מ משום דעירוב פרשיות גם בזה וכדס"ל להרמב"ם כן גבי שתי כסף כנ"ל. דהא כיון דס"ל דגבי כפל קאי הך כי יתן איש. א"כ ה"ה בשבועה דהא כפל ושבועה הכל חדא ותלויים הם בהדדי כנ"ל. ואלו גבי מה דפסק ר"ח ב"א אריו"ח שם בב"ק דהטוען טענת גנב בפקדון אינו חייב עד שיודה מקצת לא פסק הרמב"ם כן. משום דהא קיי"ל דעירוב פרשיות כתוב כאן. משום דהך כי הוא זה קאי רק על שבועת מ"מ ולא על כפל וש"ש וכמו דפסק הרמב"ם גבי ב' כסף. א"כ מ"ש הך דכי יתן איש דכתב לחלק בין כפל ובין ש"ש. ולכן לדינא שפיר הקשו על הרמב"ם:

וכבר הכריע הרמ"א הכא בסי' צ"ו דהעיקר דגם ש"ש נתמעט מן הך כי יתן איש כו'. וי"ל דהמחבר הכא אזיל לטעמיה דס"ל להמחבר כעין זה בסי' פ"ח סעי' ה' דש"ש א"צ ב' כסף והכל הוא משום הטעם דעירוב פרשיות. ואלו הרמ"א דהכריע בסי' פ"ח שם דהעיקר הוא דבש"ש בעינן ג"כ ב' כסף א"כ ה"ה בזה וע"כ הכריע כן הכא. וגם י"ל דאף הסוברים גבי ב' כסף דלא בעינן בש"ש. מ"מ שאני הכא דהא כתיב כי יתן איש בשומר שכר והתם לא כתיב כי הוא זה. כמש"כ הרמב"ן והובא ברא"ש פ"ו דשבועות סי' כ"ג ובחי' הרשב"א לשבועות (דף מ"ב). וע"כ לדינא העיקר דגם ש"ש נתמעט בקטן דאין נשבעין:

ט:

(שם סעיף ח'):

הביא הט"ז בשם הב"ח דכתב באחד שחייב לבע"ח הרבה ומאחד מהם לקח סחורה בהקפה אם הם בעין אין לאחרים חלק בהם. ועיין בקצה"ח שם. וס"ל להב"ח דזהו מן הדין. והצמח צדק סי' קי"ז כתב דז"א מן הדין רק מצד התקנה ד' ארצות וחולק על הב"ח שם והובא בב"ש סי' צ' ס"ק ל"ח. ועיין בבית מאיר שם סי' צ' סעי' ט' מזה:

ענף א:

ובאמת יש לדון דהנכון עם הב"ח לפמש"כ החלקת מחוקק סי' ק"ך ס"ק ה' דאם הסופר נתן וכתב הגט לשלם לו מיד ואינו משלם לו הוי הגט גזל בידו רק במוכר בהקפה שאני. והנתיבות בסי' צ"א ס"ק ט' כתב לבאר דברי הח"מ הנ"ל דאין הכוונה דהיה תנאי מפורש כו' אלא אף שלא פירש בדיני תנאי רק שמוכר בהקפה אם לא קבע זמן לפירעון אם לא שילם לו נתבטל המכר. רק במוכר בהקפה דקבע זמן ולא שילם לזמן בזה לא נתבטל המכר כיון דכבר זקף עליו במלוה המעות. וכ"כ הנתיבות בסי' ק"צ ס"ק ז' בשם המח"א דאם אינו משלם מעות המכירה נתבטל המקח והוי המקח גזל בידו אלא בקבע זמ"פ שאני אם לא היה עייל ונפיק אזוזי ע"ש:

ולפענ"ד נראה להביא ראיה דאם מכר חפץ לחבירו ולא קבע זמן פרעון דאם לא שילם לו דמי המכירה בטל המכר למפרע. ושייך גוף החפץ ממילא להמוכר בלא שום דרכי הקנין כלל ג"כ. מהא דב"ק (דף ק"ו) דאמרו שם וכחש בה פרט למודה בעיקר כיצד שורי גנבת והוא אומר לא גנבתי מה טיבו אצלך אתה מכרתו לי אתה נתתו לי במתנה כו'. כי תניא ההיא דקאמר ליה הילך כו' אתה מכרתו לי מאי מודה בעיקר איכא ל"צ דא"ל לא נתתי לך דמי שקיל תורך וזיל אתה נתתו לי מאי מודה בעיקר איכא דא"ל ע"מ דעבידנא לך נייח דנפשיה ולא עבדי לך ושקיל תורך וזיל כו' עכ"ל הגמ'. והנה במתנה אמרו שם ע"מ דעבידנא כו'. ואלו במכר לא אמרו ע"מ דאתן הדמים. ואי נימא דהיכא דלא פרע

דמי המכירה אין גוף החפץ שייך להמוכר בלא קנין מחדש וכמו בסי' קפ"ט. משום דאין המוכר רק כמו כל בע"ח. אלא גוף החפץ שייך עדיין להלוקח. א"כ מאי מודה בעיקר איכא במכר כשמודה דלא נתתי הדמים דהא עדיין לא קנה המוכר את החפץ וצריך קנין חדש בגוף החפץ. וע"כ מוכח דכיון דלא משלם דמי המכירה הוי למפרע גזל בידו דכה"ג לא אקני ליה ונתבטל המכירה. והוי דומיא דאתה נתתו לי ע"מ דעבידנא לך נייח נפשא ולא עבד ליה כמבואר שם בפירוש דנתבטל המתנה למפרע. וה"ה במכירה אף בלא תנאי נתבטל. א"כ מוכח כדברי הח"מ הנ"ל. ובוודאי א"ל דמיירי שם בעייל ונפק אזוזי. דא"כ ה"ל להש"ס לומר כן בפירוש כיון דזהו העיקר וכמו דאמרו שם במתנה דע"מ דעבידנא לך כו'. וע"כ מוכח כנ"ל. וזה ראיה נכונה לדבריהם. וגם היכא דאינם מחולקים הבע"ד רק בגוף החפץ ג"כ שייך שבועת התורה בזה כדמוכח ברפ"ק דב"מ בתוס' ד"ה וליחזי זוזי כו'. א"כ בכה"ג הא לא מקרי מודה בעיקר גבי שבועת הפקדון ומוכח כנ"ל:

וכעת ראיתי ברשב"א על ב"ק ושמ"ק על סוגיא זו דב"ק הנ"ל דכתבו בזה"ל אתה מכרתו לי מאי מודה בעיקר איכא דא"ל נתתי דמים כלומר בתנאי שאתן לך דמים ביומו ולא נתתי ונתבטל המקח והרי הוא לפניך. א"כ מסתברא דאפילו בטוען אתה מכרתו לי ונתקיים המקח במשיכתי אלא כיון שלא נתתי הדמים הילך השור. דאע"ג דבעלמא אינו יכול לבטל המקח אחר משיכה ולאו הילך הוא. שא"ה דבעל השור אינו מודה לו במכירתו ורוצה בשורו עכ"ל הרשב"א. וז"ל הרמ"ה ז"ל אתה מכרתו לי אדעתא דיהיבנא לך דמי השתא דלא יהיבנא לך דמי שקול תורך וזיל. אתה נתתו לי במתנה אדעתא דעבידנא לך שליחותך השתא דלא עבידנא לך שקול תורך וזיל. שמעינן מינה דמאן דמזבן לחברי' מידי אדעתא דיהיב לי' דמי ולא יהיב לי' לא הוי זביני זביני. וכן מאן דיהיב מתנה לחברי' אדעתא דעביד לי' שליחותא ולא עביד לי' לא הוי מתנה עכ"ל השמ"ק. הרי דהרשב"א והרמ"ה הרגישו במה דהקשיתי דמ"מ מקרי זה מודה בעיקר כיון דאינו אלא כבע"ח. וע"כ כתב הרשב"א בתי' ראשון לומר דמיירי דאמר בפי' בדרך תנאי. דמשמע מזה דאם לא הי' בדרך תנאי לא נתבטל המכר. וכה"ג כתב הרמ"ה שם דמיירי דאמר אדעתא דיהיב לי' דמי. אך אפשר דכוונת הרמ"ה הוא דסתמא הוי ג"כ כמו דהתנה בפי' וכמש"כ הנתיבות לפרש לכוונת הח"מ הנ"ל. אבל בתי' השני ס"ל להרשב"א דבאמת לא נבטל המקח רק כיון דרוצה לסלק ליה בהשור ואמר לו הילך השור דאף דהבעל השור יכול לומר דאין אני רוצה ליקח השור בעד המעות וכדין מוכר סחורה דסי' ק"א. עכ"ז כיון דבעל השור רוצה ליטול השור מקרי זה מודה בעיקר. ובוודאי משום מה דבעל

השור אינו מודה במכירה אין זה מקרי מודה בעיקר. דהא בע"כ מיירי דהנתבע יכול לכפור השור דאל"כ לא שייך בזה כלל כפירה והודאה. וע"כ עיקר טעם הרשב"א בתי' השני דכיון דבעל השור נתרצה ליטול את השור בעד דמי המכירה והנתבע רוצה לסלקו בזה. מקרי זה מודה בעיקר. כן הוא סברת הרשב"א בתירוץ השני:

אבל באמת תי' הראשון דהרשב"א דמשמע דמפרש להגמרא דמיירי בתנאי דיהיבנא דמי. זהו דוחק דהא לא אמרו להך על מנת רק במתנה ע"מ דעבידנא לך נייח נפשא. אבל במכירה אמרו בקיצור בגמ' לא נתתי לך דמי כו'. וגם תי' השני דהרשב"א אינו מובן כ"כ דהא כיון דלא נתבטל המקח א"כ הוי בעל השור כמו כל ב"ח דכ"ז דאינו עושה קנין במה דמגבין להמלוה לא קנה ויכול הלוה לחזור כמבואר. א"כ איך מקרי זה מודה בעיקר דכיון דיכול לחזור א"כ אכתי ברשות הנתבע קיימא והוי כמו דנתרצה הנתבע לחזור וליתן במתנה להבעלים דאין זה מקרי מודה בעיקר. ולכן אמרו במתנה שם ע"מ דעבידנא לך נייח נפשא כדי דיתבטל המתנה מעיקרא אף לפי דברי הנתבע ולכן זה אינו ברור כ"כ:

אכן מצאתי ברמב"ם הלכות שבועות פ"ח הלכה י"א. וז"ל אם אמר אתה מכרתו לי ועדיין לא נתתי דמי' אם תרצה קח דמי' או הרי שלך לפניך או שאמר לו אתה נתת לי בשכר מלאכה שאעשה לך אם תרצה שאעשה לך או קחנה ולך כו' פטור משבועת הפקדון שהרי לא פטר עצמו מכלום. עכ"ל הרמב"ם. הרי להדיא דהרמב"ם ס"ל דאף דרוצה ליתן גם הדמים א"כ בוודאי לא נתבטל בזה המכירה. מ"מ כיון דנתרצה ליתן לו השור בעד חוב דמי המכירה מקרי זה מודה בעיקר. אלמא דהרמב"ם ס"ל כסברת הרשב"א בתירץ השני הנ"ל. ואפשר דזה אתי שפיר לפמש"כ הנתיבות בסי' קצ"ט ס"ק ב' בכוונת הרמב"ם דפסק דמלוה קונה במכר משום דכיון דנתרצה להגבותו מזה בתורת גובייגא קנה המלוה אותו למפרע מעת נתינת המעות וא"צ קנין חדש בזה. ע"ש. א"כ ה"ה הכא כיון דנתרצה להגבותו להשור בעד דמי המכירה א"כ קנה להשור בלא קנין כלל כן י"ל בכוונת הרמב"ם. אבל באמת מכל הפוסקים מוכח דלא ס"ל כן כמבואר בכמה דוכתי דמלוה אינו קונה במכר אלא צריך המלוה לעשות קנין בדבר הנגבה לו ופרעון בע"כ לא מהני רק להיות פטור הלוה. וע"כ יותר נוטה פירוש הסוגיא דב"ק הנ"ל כסברת הח"מ והמח"א ונתיבות דכתבו דאף דלא פי' בדרך תנאי רק כיון דלא קבע זמ"פ. ממילא כיון דלא שילם לו בטל המכירה למפרע והחפץ הוא גזל בידו. ומסוגיא הנ"ל סייעתא לדבריהם. לולי דברי הראשונים הנ"ל. ועיין בקצה"ח סי' ע"ג ס"ק ב' שכתב דאף היכא דאינן מחולקים רק בגוף החפץ שייך ג"כ שד"א וקצרתי:

אך מן תי' ראשון של הרשב"א י"ל דס"ל ג"כ כסברת הח"מ הנ"ל.
וכמש"כ הנתיבות בסי' צ"א לפרש כוונת הח"מ הנ"ל כמו כן יש לפרש כוונת הרשב"א בתי' הא'. אבל לתי' הב' של הרשב"א מוכח דס"ל דלא כהאחרונים הנ"ל. אך בלשון הרמ"ה שם ג"כ יש לפרש כדברי הח"מ הנ"ל דסתם הוי כמו אומדנא וכדאמר בפירוש על מנת דיהיבנא לך דמי. ומדברי הרמב"ם הל' שבועות הנ"ל מוכח ג"כ דס"ל דלא נתבטל המכירה אף בלא שילם המעות דאל"כ מנ"ל להרמב"ם לפרש כן וכנ"ל. ואפשר לומר דתשובת הרשב"א המובא בתשובת מהרי"ט סי' קנ"ב ובנתיבות סי' קצ"א ס"ק ג' באם המוכר והלוקח מחולקים אם נתן דמי המכירה או לא. דס"ל להרשב"א דהלוקח נאמן לומר פרעתי משום דהקרקע כבר נקנה להלוקח והמוכר אין לו רק תביעת דמים על הלוקח הוי כמלוה ע"פ דנאמן לטעון פרעתי. רק במקום שאין קונין בשטר עד שיתן הכסף דאז המוכר נאמן דהוי כטוען שלא מכר לו הקרקע כלל ואוקי קרקע בחזקת מ"ק כו'. אבל במקום דקונים בשטר לבד והמקח אינו מתבטל משום דלא הוי עייל ונפיק אזוזי אז הלוקח נאמן עכ"ל המהרי"ט. ובאמת לפי דעת האחרונים הנ"ל דאם הלוקח אינו נותן המעות כלל דבטל המקח אף דלא הוי עייל ונפיק אזוזי. א"כ תמיד המוכר נאמן כשטוען שלא נתן עדיין המעות. דהא לדברי המוכר שטען דעדיין לא נתן דמים בטל המקח א"כ אוקי ארעא בחזקת מ"ק אם לא דיש עדים דזקף עליו המעות במלוה. וכן מצאתי שם בנתיבות סי' קצ"א ס"ק ג' שכתב כן בפירוש בזה ודלא כהמהרי"ט הנ"ל.
אכן לפי מה שנתבאר דהרשב"א בב"ק הנ"ל מוכח דס"ל דלא כהאחרונים הנ"ל אלא אף דלא שילם דמי המכירה ג"כ לא נתבטל המכירה. א"כ שפיר כתב הרשב"א בתשובה כנ"ל דהלוקח נאמן משום דהרשב"א אזיל לטעמיה. ועפ"ז יש לדון בב"מ (דף ע') במה דאמרו שם ואי לא משכח לבהמה תפיס לוולד ה"ל יד כו'. דהא בלא"ה נתבטל המקח כשאינו משלם כפי שיטת האחרונים הנ"ל. אך י"ל דהא מיירי התם אף בקבע זמ"פ והוי כמו זקף עליו במלוה כנ"ל ולכן אתו עלה משום יד כו' באמצע. ועיין בתוס' שם ובתוס' פסחים (דף ו') וקצרתי. וכעת ראיתי בבית מאיר סי' צ' סעי' ט' שכתב בקצרה לדון לאומדנא דלא מכר לו אלא ע"מ לשלם ע"ש. אבל לא העיר בכל מש"כ:
היוצא לנו מן כל זה דאף דהנתיבות בסי' קצ"א כתב בשם השמ"ק ג"כ דאם אינו משלם דמי המכירה אזי בטל המקח משום אומדנא דלא מכר לי' רק ע"מ ליתן הדמים. ובאמת כבר הבאתי ראיה ברורה לזה מסוגיות הש"ס דב"ק הנ"ל. עכ"ז כיון דמצינו להרשב"א והרמב"ם הנ"ל דלא ס"ל כן א"כ הוי זה ספיקא דדינא. ואם נימא כדברי האחרונים הנ"ל דאם לא שילם לו הוי גזל בידו. ע"כ נראה כדברי הב"ח דס"ל דבע"ח ג"כ יש לו

קדימה בסחורה דמכר אם הוא בעין ע"פ דין. משום דכ"ז דלא פרע דמי המכירה הוי החפץ גזל בידו ובוודאי מחזירים להבעלים. אבל להסוברים דלא נתבטל המכירה רק דינו של המוכר כבע"ח ע"כ אין להמוכר משפט הקדימה ע"פ דין רק מצד תקנה וכדברי הצ"צ הנ"ל:

ענף ב:

עובדא בא לידי בבורח א' שהיה עליו בע"ח הרבה. וזה זמן קרוב שקנה סחורה בהקפה והיה בעין ולא היה זמ"פ רק כל יומא זמנו. רק היה מדובר בעת קניות הסחורה שישלם במעות כפי סך ההשוואה:

ואמרתי בזה דכה"ג י"ל דהמקח בטל למפרע בוודאי. משום דבנ"ד לא נודע בעת שקנה הסחורה שהוא עני ואח"כ נתברר שהיה עני למפרע בעת שקנה. והמוכר חקר ודרש ע"ז אז ולא נודע לו. כי היה אמוד בפי הבריות ובחזקת בטוח. ונ"ל בזה דהא מבואר בסי' קכ"ו סעיף י' בהמחהו במעמד שלשתן ונמצא הלוה עני הרי זה חוזר מפני שהטעהו כו' ומקורו הוא בירושלמי קידושין פ"ג ה"ד והובא ברי"ף ב"מ פ' המקבל. והש"ך בסי' קכ"ו ס"ק מ"ג הביא מכמה ראשונים לכוונת הירושלמי ע"ש. והנה בסי' ס"ו סעי' ל"ד פסק המחבר במוכר שט"ח והיה הלוה עני בשעת מכירה ה"ה בכלל אונאה ואין לשטרות אונאה. והש"ך שם ס"ק קי"ג הקשה דברי השו"ע אהדדי וכתב בשם בעה"ת לחלק ביניהם ועיקר החילוק הוא דשא"ה בסי' קכ"ו דהמחהו ליתן לו מעות והבטיחו ליתן מעות ע"כ אם הוא עני אין מקח טעות גדול מזה והוי כמו מום במקח משא"כ במכר שט"ח ניחא לי' דליהוי אידך עבד לוה דילי'. ועיקר הטעם בקנה שט"ח דאין בו מקח טעות משום דלא דיבר כלל מנתינת המעות רק בשם קניות שט"ח לבד. א"כ ה"ה בקנה סחורה והתנה ליתן לו מעות סך כך בעד הסחורה. וכיון דהיה מדובר בפי' ליתן לו מעות. א"כ בכה"ג אם נמצא עני למפרע הוי מקח טעות. וכמו דאם היה נותן לו חוב אחר ע"ז ונמצא הלוה עני הוי זה מקח טעות. א"כ ה"ה בנותן לו חוב עצמו דהא אין סברא לחלק ביניהם. וגם הא כתב הש"ך שם בשם הרמב"ן דלכן לא הוי התם מק"ט משום דה"ל לשאול עליו. ומה"ט כתב הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק מ"ג בשם המהר"א בן ששון שכתב דכיון דעיקר הטעם הוי משום דה"ל לשאול עליו כמש"כ הרמב"ן. א"כ בנ"ד דשאל עליו ומה היה יכול לעשות א"כ לא שייך טעם זה עכ"ל. א"כ לפ"ז בנ"ד דחקר ושאל אצל אחרים על הלוקח אם הוא בטוח או לא ואמרו לו הכל שהוא בטוח. א"כ בכה"ג לא שייך סברת הרמב"ן וה"ל מום ומקח טעות דחוזר. ושייך הסחורה להבעלים משום דהוי מק"ט בהשט"ח שנתן לו הקונה דמה לי אם נתן לו שט"ח של עני אחר או שט"ח של עצמו דנודע דהיה עני בעת הקני'. וכיון

דהוי מום ממילא חוזר כמו בסי' קכ"ו דמחמת המק"ט הנ"ל חוזר בחובו על הממחה ולא מהני הפטור שלו. וכמו כל מק"ט דאם נמצא מום במקחו חוזר דמי המקח להבעלים כמבואר בקדושין פ"ב (דף נ"ז) ובראש"ש שם סי' ל"א במכר ונמצא ערלה בשם הירושלמי ע"ש. וכן הוא בב"ב (דף צ"ב) וב"ק (דף מ"ו) להגורסים אי דליתנהו להני זוזי כו'. וכש"כ בחפץ בעיני' רק במעות די"ל דלהוצאה ניתנו יש שם פלוגתא בזה. ועיין במחנה אפרים הל' גזלה סי' כ"ג:

וגם אף אם היה מקבל המוכר שט"ח מהלוקח ג"כ הדין כן דחוזר משום מק"ט דאילו ידע דהוא עני לא היה מקבל את השט"ח ממנו כיון דהיה מדובר בפירוש ליתן לו מעות. והא הש"ך בסי' ס"ו ס"ק קי"ג לא מחלק בין קבל שטר או דלא קבל רק חוב בע"פ. אלא מחלק דהעיקר תלוי אם דיבר בפירוש ליתן לו מעות כנ"ל. א"כ בנ"ד דהיה מדובר ליתן לו מעות א"כ זה דומה להא דסי' קכ"ו הנ"ל דכיון דנודע דהיה עני בעת המכירה אין לך ערמה גדולה מזה. דהא הלוקח ידע בעצמו דהוא עני אז. ע"כ הדין נותן דכה"ג שייך מן הדין הסחורה להמוכר ואין לשארי ב"ח שום זכות בהו כלל. וגם אם לא נודע אם היה עני בעת הקניה רק עכשיו נמצא עני. י"ל דמן הסתם היה עני למפרע בעת המכירה כמבואר סי' קכ"ו סעי' י"א בתומים שם דטענת עשיר והעני הוי טענה גרועה ע"ש. אך בזה הפרט יש לעיין טובא. ועיין בשער המשפט שם ואכמ"ל. אבל בנודע שהיה עני אז בעת המכירה הדין כמש"כ. וכ"ז הוא מן הדין. אבל מצד תקנה של ד' ארצות בכל גווני שייך הסחורה להבעלים וכמש"כ הצ"צ. אך לפי דנפ"מ בין מה שהוא מצד הדין או מה שהוא רק מצד התקנה כאשר יבואר. אם כן היכא דהוי מקח טעות אז מן הדין שייך הסחורה להבעלים וכנ"ל:

ענף ג:

והיכא דאינו אלא מצד התקנה. נלע"ד לדון היכא דהב"ח האחר תפס לידו את הסחורה שלקח בהקפה מא' די"ל דלשיטת הצ"צ מועיל תפיסה של הב"ח האחר. והוא דבכתובות (דף פ"ו) איתא אמר אמימר האי מאן דאיכא עלי' כתובת אשה וב"ח דאי ליכא אלא חד ארעא לב"ח יהבינן לאשה לא יהבינן. וכתב הרא"ש שם סי' י"א דמשמע מדברי רב אלפס שם כמש"כ הרמב"ם בלוה ולוה וקנה דאם קדם א' ותפס הכל אין מוציאין מידו. דהשתא ניחא דמטעם דיותר משהאיש רוצה לישא כו' מתפיסינן לבע"ח ופקע כח האשה. אבל אי אמרינן דאפילו אי תפס חד מינייהו מפקינן מיניה לא מסתבר דמטעם דיותר משהאיש רוצה לישא כו'. מפקעינן כח האשה כיון דאף לאחר שבא ליד הבע"ח עדיין יש להאשה זכות בהן עכ"ל. וכן כתב הר"ן שם דאם הדין נותן דיחלוקו האיך גוזלין את האשה ונותנין

לבע"ח. אלא כיון דמהני תפיסה לא' בכולו ע"כ אין אנו מניחין להאשה לתפוס וממילא גבי לי' בע"ח לכולו ואז זכי מן הדין כיון דאתי לרשותו ממילא. וכ"כ הרשב"א והריטב"א שם. אלמא דהראשונים ס"ל דלא שייך לתקן תקנה להקדים דין בע"ח נגד האשה רק היכא דתפיסה מהני. וע"פ התקנה דלא מניחין להאשה לתפוס ממילא זכי הבע"ח. אבל היכא דגם אם תפס לא מהני אין סברא לגזול את האשה מצד התקנה:

ועפ"ז הערתי בקונטרס אחד לדון במש"כ המחבר והרמ"א באה"ע סי' ק"ב סעי' ב' דהמחבר ס"ל במטלטלי דאם תפסה האשה אין מוציאין מידה להבע"ח. וזהו שיטת הרא"ש שם דהוכיח ממש"כ הרי"ף שם דלכושל היינו בע"ח ואפ"ה בקדמה האשה ותפסה זכתה כמבואר במשנה שם גבי הניח פירות תלושין והובא בביאור הגר"א שם ס"ק ד'. והרמ"א הכריע שם כהי"א דלא מהני תפיסתה. ועיין בב"ש ובח"מ שם. וכתבתי להוכיח דמהני תפיסה של האשה. מדברי הר"נ והרשב"א והרא"ש והריטב"א שכתבו בכוונת הרי"ף דלכן תקנו ליתן לבע"ח ולא להאשה משום דתפיסה מהני דאי נימא דתפיסה לא מהני. א"כ איך מפסידין זכות האשה ע"פ התקנה. רק אי נימא דתפיסה מהני שפיר יהבינן לבע"ח דהא לא עבדינן לה הזיק כלל. רק דאין מניחין לה לתפוס וממילא כשגובה הבע"ח שייך לי' כולו לאחר התפיסה שאנו מתפיסין לו וזוכה עפ"י דין. והקצה"ח בסי' ק"ד ס"ק ח' העלה היכא דקדים מלוה א' ותפס דזוכה במטלטלי בתורת בע"ח קונה משכון. וע"כ בעבר מלוה אחר ותפסו מהתופס הראשון מוציאין מידו לפי דהראשון דקדם וזכה קנהו בתורת קניות משכון. ע"ש. א"כ לפ"ז מוכח דאם תפסה האשה אין מוציאין מידה דהא כיון דבהאי גוונא לא מהני תפיסת השני לאחר שזכה הראשון. א"כ אין מן הדין לגזול את האשה וליתן להבע"ח כמש"כ הר"נ והרשב"א והרא"ש והריטב"א כנ"ל. והארכתי בזה הרבה בקונטרס א':

אכן לפמש"כ במק"א לדון בשם כמה פוסקים דס"ל דדוקא בחוב הלואה אמרו דבע"ח קני משכון. אבל בחוב שאינו הלואה לא אמרו בי' דקני משכון. והארכתי שם בפלוגתת הראשונים בזה. א"כ לפ"ז י"ל דדוקא בחוב הלואה הדין נותן דאם תפס בע"ח להחפץ אז לא מהני תפיסת השני משום דקנהו בתורת בע"ח קני משכון וכמש"כ הקצה"ח כנ"ל. אבל בחוב כתובה ותוס' כתובה דאין דינו כהלואה וכמבואר בכתובות (דף נ"ה) בתוס' ד"ה ולשביעית כו'. ובגיטין (דף י"ח). א"כ יש לדון בכתובה ותוס' כתובה דלא קנתה להתפיסה בתורת בע"ח קני משכון. ע"כ אפשר בזה דגם מן הדין יועיל תפיסת הבע"ח לשי' הסוברין דלא שייך בזה בע"ח קני משכון. ולכן א"ש מה שפסק חד שיטה דלא מהני תפיסת האשה במטלטלי ומוציאין מידה. אך בפסק הרמ"א קשה לומר כן. דהא

מבואר באה"ע סי' כ"ח סעי' ט"ו דבחוב שכירות כתב הרמ"א שם דהוי כמלוה שיש עליו משכון. גם יש להאריך בהא דנדרים (דף ס"ו) ואכמ"ל:

ולפ"ז יש לדון בהך תקנות ד' ארצות דתקנו דמצד התקנה יהיה הבע"ח שמכר סחורתו בהקפה והם בעין דהוא קודם לכל הבע"ח אם הם בעיני'. דכיון דמן הדין אין לו קדימה. וכמו שהוכיח הצ"צ דלא כהב"ח מהא דב"מ (דף ק"ד) דאמרו דלהכי קרו לי' עיסקא דלא נעשה מטלטלי אצל בניו. ומשמע דלולי זה לא הי' לו זכות בהם אף דהוי כמו סחורה בהקפה ע"ש. רק מצד התקנה לו משפט הקדימה. א"כ כיון דבהתקנה דהי' בזמן הש"ס הקשו הראשונים דאין סברא לגרוע זכות האשה ולהפסיד לה. רק היכא דאחר דתפס אז ממילא שייך לו מן הדין כנ"ל. א"כ כש"כ בתקנת ד' ארצות דאחר חתימת הש"ס וודאי דיש לדון דאין סברא לגזול את השני כיון דזכה עפ"י דין לאחר דקני לי' על חוב הלואה בתורת בע"ח קני משכון. דאז מן הדין אף בקדם אחר ותפס ממנו לא מהני תפיסתו א"כ איך יכולים להפסיד זכותו שזכה עפ"י דין כבר. אלא דכ"ז שלא תפס שום אחד מהם בזה כיון דלאחר דמתפיסין לו ממילא זכה כולו עפ"י דין. ע"כ שפיר תקנו דמי שהסחורה הוא שלו. הוא מוקדם לשארי הבע"ח דאז זוכה ממילא עפ"י דין לאחר דתפסו. אבל אם המה כבר ברשות אחר אין נכון לתקן תקנה זו ולהוציאו מהאחר שזכה בו כבר בתורת בע"ח קני משכון ולא מהני עפ"י דין תפיסת השני כמש"כ הקצה"ח כנ"ל. ע"כ אינם יכולים לתקן כה"ג. ועוד דמנ"ל דתקנו באופן זה דיהי' נגד דין התורה. ועיין באה"ע סי' ק"ב דהובא שם בבאר היטיב בשם הכנה"ג דס"ל דמהני תפיסת האשה במטלטלין: וראיתי בלשון תקנת בורח דהובא בספר עטרת צבי שכתב בזה"ל דאף בלקח אחד מהבורח אותן סחורות בעיני' מחוייב להחזיר להמלוה סחורות שלו. אלמא דלא כמש"כ אלא דתקנו דאף לאחר שתפס יחזיר להמוכר. ועכ"ז קשה לסמוך על תקנה זו ולהוציא מהמוחזק. דראיתי בחתם סופר ח' ח"מ סי' נ"ה שכתב דלא נתפשט עיקר התקנה זו רק במדינתם ולא במדינתינו ע"ש. וכן מוכח בש"ך סי' ל"ט ס"ק מ"ט באה"ד שכתב שם בשם המבי"ט במכר צמר ומת הלוקח דמשמע שם דלא ס"ל להך תקנה הנ"ל. ע"כ י"ל דאף דבמדינתינו נתפשטה תקנה זו בכל בתי דינים עכ"ז בכה"ג י"ל דלא קבלנו כיון דמציינו בפירוש לחלק כן אף בתקנת הש"ס כש"כ בתקנות ד' ארצות. וראי' לזה דהא מבואר שם עוד תקנה בבורח דכל מי שתפס בתוך רבע שנה לבריחתו מחוייב לחלק בין כל או"א. והתקנה זו הובא בב"ש אה"ע סי' נ"ג ס"ק יו"ד. וכן הובא זה בקצה"ח סי' צ"ט ס"ק ד' עי"ש. ואפ"ה הא לא נתפשטה תקנה זו במדינתינו. והטעם נראה לי ג"כ דזהו מצד כיון דעפ"י דין לאחר דתפסו קנהו בתורת בע"ח קני משכון וזכה לכולו עפ"י דין תורה ע"כ לא נתפשט

לתקנה זו במדינתינו. א"כ ה"ה בהך תקנה דאם הסחורה בעיני' דלא נתפשט לנו. רק כ"ז דלא תפסו שום א' מהם נתקבל תקנה זו דיהי' לו משפט הקדימה. אבל מנ"ל לנו לדון לתקנה זו אף לאחר שקדם ותפס ולהוציא ממנו. כיון דיש לזה יסוד עפ"י הראשונים הנ"ל דלא יהי' מועיל תפיסת הב' לאחר שזכה הראשון עפ"י דין תורה. ובפרט בספק תקנתא וודאי קשה להוציא מן התופסו דהא י"ל דהתקנה לא נתקבל לנו רק היכא דלא תפס שום א' מהם:

וכן יש לדון היכא דעבר הלוה ומכרם להסחורה בעיני' לאחר בתורת מכירה. דאפשר דכה"ג לא מצי המוכר סחורה לגבות מן הלוקח של הלוה. דמנלן דעשו זכותו אלים כ"כ לגבות ממשעבדי כיון דעיקר מילתא דנא זהו רק מצד התקנה. וכמש"כ הצ"צ וי"ל דעיקר זכותו לא הוי אלא מצד מה דאין אנו מניחין להבע"ח האחרים לתפוס. ע"כ ממילא תופס המוכר סחורה. אבל כיון דמכר לאחר וזכה הלוקח מן הדין לחלוטין וודאי אין סברא להוציאו מידו דמנלן דתקנו ג"כ על אופן זה וע"כ אף היכא דהחפצים וסחורה המה עדיין ברשות הלוה רק דמכר לאחר בדרכי הקנין קשה לטרוף ממנו. וה"ה היכא דקדם ותפסו א' מהבע"ח בתורת תפיסה כנ"ל. קשה לעשות מעשה ולהוציא ממנו:

ואף היכא דלא הי' קביעות זמ"פ רק בלא זמ"פ. עכ"ז הא כתבתי לעיל דזהו ספיקא דדינא אם נתבטל המכר כשלא שילם לו לזמ"פ או לא וע"כ היכא דהוי מוחזק יכול לומר קים לי דלא נתבטל המכר ולא הוי רק כבע"ח א"כ ממילא מהני תפיסתו. אכן היכא דנודע דבעת דקנה הסחורה הי' אז עני למפרע. בזה י"ל דהוי מקח טעות וכנ"ל בארוכה. וכמו דכתב הש"ך כעין זה בסי' ל"ט ס"ק מ"ט באה"ד שם במכר צמר ומת הלוקח כו' דכשנודע בנתיים שיגיע למלוה איזה הפסד מזה שלא יהיה בטוח במעותיו וכה"ג יכול המלוה לחזור בו כו' ע"ש. ומן אומדנא זו פסק דהוי מק"ט. ומכש"כ דנודע דהי' עני בעת המכירה דלכ"ע ה"ל מק"ט כנ"ל בארוכה. [ועיין בב"ק (דף ט' ע"א) בתוס' ד"ה משהחזיק בה כו' גבי יצאו עליו עסיקין ובסי' רכ"ו סעי' ה' וקצרתי]. וכיון דהוי מק"ט כמו בהא דסי' קכ"ו הנ"ל. ע"כ שפיר יש לומר דמוציא אף מן הבע"ח דתפסו משום דהא ה"ל גזל בידו. אבל בלא נתברר דהיה עני בעת קניות הסחורה אז קשה להוציא מן המוחזק או מן הלוקח כנ"ל:

והלוקח הסחורה אף דאינן עדיין ברשותו עכ"ז מקרי מוחזק. וכמו ביבמות (דף ל"ח) וב"ק (דף מ"ו) תוס' ד"ה שור שנגח כו'. דהא הבע"ח הבא לטרוף ממנו הוי מחוסר גובינא. אך י"ל בספק דנ"ד אם לא שילם לו דמי המכירה אי הוי גזל בידו. א"כ אז ממילא גוף החפץ שייך להמוכר סחורה ויש בזה ג"כ חזקת מ"ק ולא מקרי הלוקח בשם

מוחזק לגבי ספק זה. ואפשר דהלוה הוי תופס עבור שניהם כמו בריש ב"מ דהנפקד תופס בחזקת שניהם. ואין מוציאין מהמוחזק ע"י חזקת מ"ק ועיין בסי' רצ"ב סעי' י'. ועי' בסי' צ"ט בש"ך ובתומים שם. וכ"ז הוא היכא דלא הי' קביעות זמ"פ כלל. אבל במוכר בהקפה לזמן פלוני ולא הי' באופן דעייל ונפק אזוזי המבואר בסי' ק"צ. דז"א רק מצד תקנה לחודה כנ"ל שפיר יש לדון דאין להוציא מן הלוקח או מן התופסו. ובאופן שלא הי' מק"ט כנ"ל. ואחר כותבי כ"ז ראיתי בגט פשוט סי' ק"ך ס"ק ח' שכתב ג"כ דאם הלוקח מכרה מה שעשה עשוי ע"ש. וקיצר בזה אכן כבר נתבאר בטוב טעם כ"ז:

ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ח' בהגה"ה כתבתי להעיר ע"ד האתרוגים שקונים ואינן משלמים הדמים מיד דיש לדון דאינם יוצאים להסוברים דקנין דרבנן לא מהני בדאורייתא כו'. אך לפי מש"כ שם דידו ורשותו קונה מה"ת לכ"ע שפיר יוצאים. ועיין מזה במחנה אפרים ה' מכירה קנין משיכה סי' ב'. וכעת ראיתי דעדיין יש לדון דיהי' כ"א זהיר לשלם מיד משום דאם לא ישלם מיד יש לחוש שמא יפשע ולא ישלם אף אח"ז א"כ יהי' האתרוג למפרע גזול בידו וכמש"כ לעיל בשם הח"מ והב"ש באה"ע סי' ק"ך ובב"ש ס"ק ג' גבי גט דאם לא פרע להסופר הוי הגט גזול וכמש"כ לעיל בארוכה לחזק דבריהם ע"פ ראי' מן ב"ק (דף ק"ו). ומצינו בפסחים (דף צ') דאין שוחטין וזורקין על טמא שרץ דאף שבידו לטבול מ"מ דלמא פשע ולא טביל וכמו שפסק הרמב"ם בפ"ו ה' ק"פ ה"א כדרב יהודה אמר רב דס"ל בפסחים שם כן. וכעין זה ס"ל לרב יהודה אמר רב בנדרים (דף י"ד ע"ב) גבי קונם עיני בשינה היום אם אישן למחר דאל ישן היום שמא ישן למחר משום דלא מיזדהר בתנאה. והטעם הוא הכל משום דחיישינן שמא יפשע בדבר וכעין סברת רב יהודה א' רב בפסחים דחייש שמא יפשע וכדאמרו שם בפסחים מתחלת הסוגיא בטעמא דרב. [ועיין בכ"מ פ"ו ה' ק"פ ה"א מש"כ שם ובצל"ח לפסחים שם ואכמ"ל בזה]. והא דאה"ע סי' קמ"ג סעיף ב' דבתנאי שבידה דמותרת להנשא ושיטת הרמב"ם דאף בתנאי בקום ועשה אמרו כן וכמש"כ הב"ש שם בס"ק ד'. שא"ה כמו דכתב הרש"ל ובט"ז יו"ד סי' ר"כ ס"ק י"ט וכדכתב הרשב"א בחי' לגיטין (דף פ"ג) ד"ה בכולהו תנאי בעלמא כו' דהקשה שם מהך דנדרים (דף י"ד) וכדקיי"ל כן לדינא וכתב לחלק דשאני באיסור א"א דמתוך חומר שהחמרת עלי' בסופה כו' שנאסרה עליו ובני' ממזרים מיזדהרא טפי כו' ע"ש. ועיין בתפארת שמואל לנדרים פ"ב אות ב'. וגם הא דבר שבממון הוי כעין דבר שאינו בידו כמו שכתבו התוס' בגיטין (דף פ"ב ע"ב) ד"ה שרבי אליעזר מתיר כו' והובא בב"ש סי' קמ"ג ס"ק ד'. ולכן יש לחוש בקניות האתרוגים דאם אינן משלמין מיד דיש לחוש שמא לא ישלם לאח"ז א"כ הוי למפרע גזול בידו ולא יצא י"ח. אך

בהתנה בפירוש לשלם לאחר יו"ט אז הוי כמו דלוקח חפץ בהקפה דלא נתבטל המקח עי"ז וכמש"כ הח"מ והב"ש גבי גט. אכן גם בזה יש לחוש שמא יהיה עייל ונפיק אזוזי וממילא יתבטל המכירה למפרע וכמו שכתב כעין זה התורת גיטין באה"ע סי' ק"כ ס"ק ה' והבית מאיר שם כן גבי גט דנתן לו הסופר להבעל בהקפה יעו"ש. והגט מקושר בסדר ג"ר אות י"ז השיג שם ע"ז דהא במוכר מפני רעתה גם בעייל ונפיק אזוזי קנה ואינו דומה לחפץ דהא הגט אינו שוה לו כלום כו' ע"ש. א"כ י"ל כעין זה גבי אתרוג אחר יו"ט. וכ"ז במוכר האתרוג בהקפה ומרחיב לו זמ"פ בפירוש. אבל בקונה האתרוג בסתם וממילא נמשך הפרעון עד אחר זמן בזה שפיר יש לדמות לגט דכתבו הח"מ והב"ש לחוש דהוי הגט גזול למפרע. ואף דאינו שוה כלל גוף הגט להסופר כעת לאחר שנכתב הגט לשם הבעל מ"מ כתבו גדולי הפוסקים הח"מ והב"ש דהוי גזל למפרע א"כ ה"ה באתרוגים. וידעתי למה שכתב הגט מקושר שם להעיר על דברי הח"מ והב"ש הנ"ל. אבל באמת בזה העיקר כדברי הח"מ והב"ש ולגדולי הפוסקים אנו שומעין ע"כ מהראוי להזהיר להקונים האתרוגים שיראו לשלם קודם החג דלא יבאו לחשש הנ"ל. מאיזה סיבה שיכול להיות שלא ישלמו לאח"ז א"כ הוי האתרוג גזול למפרע ולא יצאו י"ח אתרוג. וידעתי מה די"ל כיון דאין תובעין ביו"ט ע"כ ממילא הוי זה כמו דקבע זמן בפי' על אחר יו"ט. אבל ז"א כיון דזהו רק מחמת איסור תביעה ביו"ט. ועיין במג"א סי' ש"ו ס"ק ט"ז ובסי' ש"ז ס"ק ט"ו וקצרתי:

ולכאורה יש לסתור לכל מש"כ דהא בשבת (דף קמ"ח) אמרו דערב פסח שחל בשבת מניח טליתו כו' ועושה עמו חשבון לאחר יו"ט. והנה במניח טליתו י"ל דאין לחוש בזה שמא יפשע ולא ישלם דהא יש לו משכון ע"ז. אבל ממה שאמרו שם אם אינו מאמינו מניח טליתו כו' משמע דבמאמינו יכול ליקח הפסח ולצאת י"ח וכן אמרו שם בגמ' בפי' דאם ניתנה ליתבע אמאי מניח טליתו ליתן לי' וליתבעוה. הרי דלא חיישינן לשמא יפשע ולא ישלם דאז לא יצא מעולם י"ח פסח לפי מה דנתבאר גבי אתרוג. אכן באמת אין מזה סתירה כלל דהא כבר נתבאר דבקונה ומרחיב זמ"פ בפירוש אין לנו לחוש כלל דאז הוי כמו גט דנתן לו בהקפה בקביעות זמ"פ דאף אם אינו משלם לו לא הוי גזל בידו. א"כ י"ל דהך דשבת בערב פסח שחל בשבת דנוטל פסחו מיירי בכה"ג ולכן במאמינו יכול ליקח פסחו ולצאת י"ח משום דבכה"ג אין לנו לחוש. אבל היכא דלא קבע זמן בפי' י"ל דיש לחוש כנ"ל. ומה דאין פורעין ביו"ט כמבואר בב"מ (דף ע"ה) אין זה כמו קביעות זמ"פ בפי' דהא יכול ליתן לו בעד חובו משכון וכמש"כ המג"א בסי' ש"ו ס"ק ט"ז במקום מצוה ע"ש. ע"כ אין זה כמו קבע לו זמ"פ בפי'. וי"ל באמת כ"ז דלא קבע לו זמ"פ בפי'.

החיוב על הקונה לתת לו משכון לבטוחות דבמקום מצוה מותר זה כמבואר שם רק בקבע זמ"פ בפי' שאני וקצרתי: ענף ד:

א"א שנתחייבה שבועה כו'. (הג"ה) אבל אין בעלה חייב לשלם כו'. ע' ש"ך ס"ק ט' כ' דאילו הבעלים מינו אותן שלוחים כו'. וכתב הנתיבות נראה דהכא משום תקנת השוק עדיפא משליח דאילו בשנית צריך לברר שלוה משא"כ באשה אפי' אם אינה רוצה לישבע חייב לשלם עבורה כדמוכח במרדכי ובמהרי"ק ע"ש עכ"ל הנתיבות. ולענ"ד אינו כן דהנה לפי משמעות לשונו נראה דס"ל דאף בנתחייבה שבועת היסת ואינה רוצה לישבע חייב לשלם. אבל זה אינו עולה כלל על הדעת דהא בשבועת היסת לא נחתינן לנכסיו רק ענשינן לי' כמבואר בשבועות (דף מ"א). ע"כ אין לנו לחייב הבעל שיתן ממונו. ובוודאי לא שייך להענישו ע"ז בהעונש המבואר בשבועות שם כיון דבאמת אינו יודע מזה. ובוודאי לא שייך לדון בזה למה דמבואר באה"ע סי' צ"א סעיף ד' בעברה על התקנה דבעלה חייב לשלם. דהא בנ"ד כיון דאומרת להד"ם או פרעתי א"כ בידה לישבע ולא היו עונשין אותה ע"ש בח"מ וב"ש. כן אין לומר בזה הסברא שכתב הש"ך בסי' ס"ו ס"ק ל"ו ובסי' פ"ו ס"ק י"ח דכשהמוכר אינו רוצה לישבע על שטרו הוי כאלו אומר פרוע כו'. א"כ ה"ה הכא י"ל לכאורה דכיון דאינה נשבעת לברר טענתה אז הוי כאלו מודה שהיא חייבת להתובע. אבל באמת ז"א דא"כ בכל שבועת היסת דאם אינו רוצה לישבע דלא נחתינן לנכסיו. הא יש לנו לדון ע"פ סברא זו דכיון דאינו נשבע א"כ הוי כאלו מודה על החוב. וע"כ מוכח דבאמת אין זה הוכחה כלל דהא כמה אינשי פרשי אף משבועת אמת וכמש"כ הר"נ בשבועות רפ"ז בסוגיא דקציצה ע"ש. ובהא דסי' ס"ו בש"ך ס"ק ל"ו הנ"ל כבר העיר הקצה"ח בסי' ס"ו ס"ק כ"א להשיג על הש"ך שם דאין זה כאלו הודה די"ל דמונע עצמו אף משבועת אמת רק החיוב על המוכר שם הוא מן דין אחריות ע"ש. לכן אין סברא כלל בנ"ד לחייב הבעל בממון כ"ז שאין האשה מודה בפי' וכיון דלא נתברר החוב בעדים או בעדים והיא כופרתו אף שאינה נשבעת מ"מ אין אנו יכולין לחייב הבעל שותק ממונו עבור חיוב שבועתה. כיון דגם על האשה עצמה אין לנו כח למיחת לנכסי' כנ"ל:

ומש"כ הנתיבות דכן מוכח במרדכי ובמהרי"ק. הנה ראיתי במרדכי ב"ק פ' החובל ובמהרי"ק סי' קצ"ב ולא נמצא שם כתוב למש"כ הנתיבות דאם אינה נשבעת חייב הבעל לשלם עבורה. אלא ז"ל המרדכי פסק הראב"ן כיון שהנשים רגילות לישא וליתן בזה"ז ה"ה כאלו מינו אותן שלוחים ואם יש עדים חייבים לשלם ואם אין עדים נשבעת כו' ואח"ז הביא שיטת הר"מ החולק ומסיק דאין להשביעה משום דמה שקנתה אשה קנה

בעלה ואין לה ממה לשלם כי אין בעלה חייב לשלם עבורה כו' עכ"ל המרדכי. וכן הוא בהגהות מיימוני פ"ד ה' חובל ע"ש. וכתבו בשם הראב"ן דאם כופרת נשבעת. אבל לא כתבו דאם אינה נשבעת דיהא חייב בעלה לשלם עבורה. ואפשר דכוונת הנתיבות דכתב דמוכח במרדכי דאם אינה נשבעת חייב הבעל. כוונתו מן מש"כ הראב"ן כיון שהנשים רגילות לישא וליתן הוי כאלו מינום לשלוחים ואם יש עדים משלמין מפני תק"ה ואם אין עדים נשבעת כו'. דמשמע דלפי דכתב לדון הך תק"ה דהבעל משלם עבורה דלכן כתב אח"ז דאם אין עדים נשבעת דזהו כדי לחייב את הבעל אם לא תשבע. משום דאם לא מחייבינן להבעל רק שיוכל התובע להשביע את האשה א"כ אין זה שייכות לתקנת השוק דאמר מקודם דהא אף בלא תקנת השוק הדין הוא דהיא חייבת לישבע. כן י"ל בכוונת הנתיבות במש"כ דכן מוכח מהמרדכי:

אבל באמת אין זה הוכחה כלל דזה לשון המהרי"ק בסי' קצ"ב דהביא לדברי המרדכי שכתב בשם הראב"ן ולדברי הר"מ החולק וכתב דמן הר"מ מוכח דאף בענין משא ומתן אין לחייב הבעל משום דל"ל הך תק"ה דאם לא כן תקשה במש"כ הר"מ דאין להשביעה משום דמה שקנתה אשה קנה בעלה ואין לה מה לשלם אף כשתודה. [וזהו כדברי הב"ח שהובא בש"ך ס"ק ז' וקצרתי]. והא לשיטת הראב"ן יש לנו להשביעה כדי שתודה ויהיה חייב הבעל בהודאתה היכא שהיא נו"נ אלא ודאי פליג על הראב"ן כו' ע"ש במהרי"ק. הרי דהמהרי"ק כתב דרק אם דנין להך תק"ה אז משבעינן לה כדי שתודה ויהא חייב הבעל בהודאתה אבל אם ל"ל להך תק"ה אין לחייבה שבועה היכא דאין לה ממון שאין לבעלה רשות בהן משום דהוי כאלו אין לה ממה לשלם דהא מה שקנתה אשה קנה בעלה וכמש"כ הר"מ שם. רק אם דיינינן לתק"ה הזאת אז מחייבינן לה שבועה משום דזה מקרי יש לה לשלם כשתודה דאז יהיה חייב הבעל לשלם ע"פ הודאתה כן הוא קוטב דברי המהרי"ק שם. ולפ"ז אין שום ראיה והוכחה מהמרדכי דיהיה ס"ל דאם אינה נשבעת דיהיה חייב הבעל לשלם וכמש"כ הנתיבות. דפשטות כוונת המרדכי בשם הראב"ן הוא כן דאם לא היו דיינינן להך תק"ה אז אין להשביעה בכופרת משום דהוי כאלו אין לה ממה לשלם דמה שקנתה אשה כו' וכמש"כ הר"מ שם. אך לאחר שהעלה לדון לתק"ה אז שפיר יש לחייבה ש"ה כדי שתודה ויהיה חייב הבעל ע"פ הודאתה ואז הוי זה כאלו יש לה מה לשלם וכמש"כ המהרי"ק כן הוא כוונת המרדכי בפשיטות:

ולפ"ז אין לנו שום הוכחה מהמרדכי לדון לחייב הבעל כשאין אשתו נשבעת רק אם יש עדים או כשמודית אז דנו דין תק"ה לחייבו וכמש"כ המהרי"ק דעיקר חיוב שבועתה הוא כדי שתודה ואז יהיה חייב הבעל. א"כ משמע דכ"ז דלא תודה בפירוש אין לנו

לחייבו. ומש"כ הנתיבות דכן מוכח במהרי"ק. הנה באמת אין שום הוכחה מהמהרי"ק ע"ז כלל. ואדרבה מלשון המהרי"ק שכתב דיש להשביעה כדי לחייב הבעל בהודאתה. דמשמע מזה דכ"ז דאינה מודית אין לחייבו כלל אף כשאינה נשבעת ואף דנימא דמזה אין הכרח כ"כ להוכיח דלא יהיה חייב הבעל כשאינה נשבעת. אבל עכ"פ הא זה אינו כתוב בפי' בהמהרי"ק דיהיה חייב הבעל כשלא תשבע ואף שום הוכחה לזה אינו מוכח מהמהרי"ק כלל. ע"כ מנלן לנו לדון לחייב הבעל אם אין אשתו נשבעת. וממילא מוקמינן על ד"ת דאינו חייב כלל ע"פ דין לשלם עבורה. והבו דלא לוסיף על הך תקנה דהא הרבה חולקים על הראב"ן ול"ל להך תקנה כלל וכמש"כ המהרי"ק לדינא. ולכן אף דהש"ך הכריע כשיטת הראב"ן מ"מ אין לנו כח לחייבו רק אם יש עדים או במודה אבל במכחשת אף דאינה נשבעת אין לנו כח לחייבו. וגם מן הראב"ן בעצמו אין שום מקום הוכחה דיהיה ס"ל לחייבו כשאינה נשבעת ע"כ אין להוציא ממון מהבעל כשאינה נשבעת:

ודי לנו במה שאמרו לדון להך תקנה לחייב באם תודה דהא חזינן בכל שליח בפירוש מהמשלח דעשאו לשליח דכ"ז שלא נתברר בעדים אין לחייב להמשלח אף כשהשליח מודה וכמש"כ הנתיבות שם. וכן הדין בשותפין דאף דהוי כשלוחים זל"ז מ"מ אינו נאמן לחייב לחבירו השותף ע"פ הודאתו כמבואר בסי' ע"ז סעי' ב' ובסי' ל"ז סעי' ד'. ולכן אף דבזה ייפו כח האשה הנו"נ דיהיה חייב הבעל כשתודה וכמש"כ הראב"ן וסייעתו מ"מ אין לנו לדון מעצמינו לחייבו כשמכחשת אף דאינה נשבעת. וגם בערב אף דהדין הוא מה"ת לחייבו אם הלוה מודה. מ"מ אם הלוה מכחיש להמלוה דחייב שבועה דאם אין הלוה רוצה לישבע אינו חייב הערב דכללא הוא דאין נפרעין מהערב עד שיביא ראיה שלא נפרע וכמש"כ הרמב"ם פ' כ"ו ה' מלוה ה' ה' ובטור ח"מ סי' קכ"ט סעי' ט"ו ובשו"ע שם סעי' י"ב. אבל כשאין לו ראיה רק תביעה בע"פ בלא בירור בעדים אין נפרעין מהערב כ"ז שהלוה אינו מודה. והלוה חייב לישבע וכמבואר שם סעי' ח' אבל אין לנו לחייב להערב אף אם הלוה אינו נשבע דזה לא מקרי ראיה. וכמש"כ לעיל דמן מה שאינו רוצה לישבע אין זה הוכחה לומר דהוי כאלו מודה. משום די"ל דכמה אינשי פרשי אף משבועת אמת. וכמש"כ לעיל להוכיח כן. וכש"כ בבעל דעיקר חיובו הוא רק משום תקנתא דאין לנו לדון מעצמינו לחייבו ע"ז שלא תודה בפירוש רק דאינה נשבעת וכ"ז דלא מצינו בפירוש דתקנו כן אין לנו כח לחייבו מדעתינו והבו דלא לוסיף עלה. וגם היכא דהאשה היא מודה במקצת ויש עליה חיוב שד"א דנחתינן לנכסי' ג"כ אין לנו כח לחייב הבעל כ"ז שאינה רוצית לישבע דעכ"פ זה לא מקרי ראיה ובירור. וכן גבי ערב אף דמחוייב ע"פ ד"ת לשלם עבור הלוה מ"מ כ"ז שאין הלוה מודה בפירוש אף

דהוא מ"מ וחייב שד"א ואינו נשבע אין לחייב להערב דעכ"פ ראיה לא מקרי. וכעין זה מצינו בסי' פ"ז ש"ך ס"ק י"ב בשם הטור בסי' שס"ד והרמב"ם ועוד ראשונים דאף היכא דנתחייב הלוה במקצתו משום דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול להשבע משלם מ"מ אין זה כמו העדאת עדים דר"ח לחייבו שד"א על המותר והטעם הוא משום דאין זה מקרי חיוב ברור וכמש"כ הש"ך בסי' ע"ה ס"ק י"ט דבמה שמתחייב מחמת שאינו נשבע לא קרינן בזה אנן סהדי כו' ע"ש. ולכן אף בנתחייבה שד"א ואינה נשבעת אין לנו לחייבו כ"ז שאינה מודית וליכא עדים. ורק במה דכתבו בפי' דביש עדים או במודית דמחייבינן להבעל בזה דיינינן כן ולא במה דלא מצינו כן בדבריהם מפורש. וכן מורה לשון הש"ך שכתב להכריע כשיטת ראב"ן דלא מסתבר שתקח ממון והבעל ידע מזה ויאכלו ביחד ולא ישלמו כו'. מזה משמע דרק היכא דיודע הבעל מזה ס"ל להש"ך לדון לתקנה זו א"כ כ"ז דלא נודע זה בבירור להבעל אז כ"ע מודו דלא דיינינן לתקנה זו. וכן מורה לשון מהרש"ל פ' החובל דהובא בש"ך שם שכתב דבנו"נ חייב הבעל לשלם אם היא חייבת בדין כו' ע"ש א"כ היכא דמכחשת אף דחייבת שבועה הא לא קרינן בזה דהיא חייבת בדין. וכמו שנתבאר בטוב טעם כ"ז:

וגם היכא דהיא מודית דבזה וודאי חייב הבעל כיון דקיי"ל כשיטת הראב"ן. מ"מ יש לדון דיהיה חייב הנוטל לישבע וכמו שמצינו בתקנת חנוני דתקנו מצד התקנה שיטול מ"מ לא הימנוהו רק בשבועה אף דליכא מי דיכחישנו וכמבואר שיטת הרמ"א בסי' צ"א סעי' ב'. וכיוצא בערב דאף בלוה מודה אין נפרעין מהערב רק בשבועה כמבואר בסי' קכ"ט סעי' ט' ובקצה"ח שם ס"ק ד' דאף דלוה מודה מ"מ צריך המלוה שבועה דלא עדיפא משטר דאינו נוטל רק בשבועה ע"ש. וכש"כ בהך תקנת השוק לחייב הבעל דלא מצינו זה בפי' בש"ס דאף דדיינינן להך תק"ה דמ"מ לא יטול רק בשבועה משום חשש קנוניא כיון דבא להוציא כן יש מקום לדון לכאורה. אכן מסתימות דבריהם משמע דבמודית להמלוה דנוטל המלוה בל"ש דאלמוה לתק"ה בכה"ג וראיה לזה מן מה שכתבתי לעיל בשם המהרי"ק לשיטת הראב"ן דעיקר מה דמשביעין לא"א הוא לפי דאם תודה ישלם הבעל ואל"כ לא שייך להשביעה וכמש"כ לעיל. והנה לעיל בסי' צ"א סעי' ו' ובש"ך ס"ק כ"ו דהיכא דאף כשיודה לא יטול אלא בשבועה אז אין משביעין היסת על כפירתו. ובספרי נחל יצחק סי' נ"א סעי' ב' ענף ב' כתבתי בשם אחי הרב הג' כו' מוה' אברהם אהרן זצ"ל שהוכיח לחלק בכעין זה דהיכא דנוטל מה"ת שאני רק בעיקרו דרבנן אמרו להכלל הנ"ל. א"כ אם נימא דאף כשמודה האשה אין נוטל המלוה בל"ש. א"כ ממילא לא שייך להשביע להאשה במכחישתו דהא אף כשתודה לא יטול רק בשבועה. והכא עיקרו

הוא רק מדרבנן א"כ בוודאי יש לדון להך כללא דכיון דלא יטול רק בשבועה אין לחייבה ש"ה במכחישתו. ומוכח מזה דאם מודה האשה דנוטל בל"ש ע"כ שפיר חייבו ש"ה להאשה במכחישתו. וידעתי מה דיש לחלק בכ"ז בדוחק. אבל באמת מוכח מזה לפי פשטיות הענין דהמלוה גובה בל"ש כשתודה האשה. וכן מוכח מסתימות הפוסקים בזה. והעיקר כי זה תלוי כפי ראות עיניהם דאם יש לחוש לקנוניא אז יטילו ח"ס או שבועה כפי הנראה להם בזה. ואם אין הדעת נוטה לחוש לקנוניא אז גובה בל"ש כשתודה. אכן כ"ז דלא תודה אף דנתחייבה שד"א ואינה רוצה לישבע דבזה אין לחייב להבעל:

ענף ה:

י"א דאין להשביע האשה כשהיא מעוברת. והתומים כתב דאין לזה שורש וכל דין שבועה מסוטה ילפינן ובסוטה משקין המעוברת ולא ממתינין עד שתלד עכ"ל. והחתם סופר סי' ע"ז כתב לחלק דשאני סוטה דאם תשבע באמת ליכא למיחש שתסתכן דהא ונזרעה ותלד בריווח משא"כ בכל שבועות דאף שתשבע באמת יש סכנה כמבואר בגיטין (דף ל"ה) כו' ע"ש. ולענ"ד אין חילוקו מספיק דהא בסוגיא דגיטין שם בתוס' ד"ה לא היו ימים מועטים כו' וא"ת ומאי טעמא איענוש כ' וי"ל דהכא גבי פקדון ה"ל להזהר ביותר כו' וכ"כ הר"נ בחי' שם. וכעין זה אי' בירושלמי שבועות פ"ו ה' ה' דמה"ט אמרו בין זכיי בין חייב לשבועה לא תיעול וכמש"כ שם הפ"מ שצריך לשמור עצמו מהשבועה אפילו סבור שהוא זכאי ואמת משום שיכול להיות שטעה כו' עיין שם בד"ה עובדא היה כו' וכן הוא במדרש ויקרא פ' ו' שהובא הך עובדא דמטעם זה אמרו דבין זכאי כו'. הרי מבואר להדיא דדוקא משום שהיה בשגגה בשבועתו אף דבדעתו היה שנשבע באמת מ"מ איענוש לפי דה"ל להזהר וכמש"כ היפה מראה לירושלמי שבועות פ"ו ה"א. אבל היכא דהאמת הוא כשבועתו בזה לא מצינו שם דיהיה עונש וחשש סכנה ולכן היכא ששבועתו הוא באמת וכעין שבועת אמת דסוטה אין בזה שום חשש כלל. ואדרבה מצוה שישבע וכמש"כ הרמב"ם ה' שבועות פ' י"א ה' א' ובספר המצות להרמב"ם עשין מצוה ז' ע"ש. ועיין בתמורה (דף ג' ע"ב) מזה. והך דמ"ר ריש מטות ובאו"ח סי' קנ"ו סעיף א' אין ענין לכאן דהתם מיירי בשבועה שאין בה צורך כ"כ וכמש"כ במגילת אסתר במ"ע ז' הנ"ל ע"ש. ועיין ירושלמי שבועות פ"ג ה"ח ובחתם סופר ח"מ סי' צ'. ולכן אין תירוצו של החתם סופר עולה יפה. אך לפ"ז יש ליישב בקצרה בפשיטות דדוקא בכל שבועות ממון דיכול להיות חשש טעות ושוגג בזה יכול להיות חשש סכנה כיון דבאמת אינו כשבועתו משא"כ בסוטה דאין שם חשש טעות ושוגג דהא וודאי יודעת האמת אם זינתה ברצון ע"כ משבעינן אף להמעוברת. ועיין בר"נ לשבועות ריש פ"ז שכתב דאיכא אינשי דפרשי

אף משבועת אמת כו'. ואין זה ענין לנ"ד וקצרתי. ובענין הזה ראיתי מכבר בספר מיני תרגימא ואינו כעת ת"י:

והעיקר מה שנלע"ד ליישב קושיות האו"ת. דשאני סוטה ע"פ הך דחולין (ד' קמ"א) דס"ד הואיל דגדול השלום כו' וכמה דלא מטהר אסור בתשמיש כו' דמה"ט ה"א למדחי עשה דשלוח הקן ולא להמתין עד שישיג אחרות משום דגדול השלום לטהרה לבעלה במהרה. ע"כ משקין סוטה מעוברת ואין ממתינין עד שתלד משום דכ"ז דלא שתת ולא נבדקה אסורה לבעלה ע"כ משקין אותה בכדי שתהא מותרת לבעלה מיד אם היא טהורה. והנה בעיקר הדין דמשקין המעוברת שיטת התוס' בסוטה (דף כ"ו) ד"ה מעוברת עצמו כו' דמעוברת אינה שותה דלא למקטלי לולד. והרמב"ם ה' סוטה פ"ב ה"ז פסק כשיטת רש"י וכמש"כ המל"מ. ומן שיטת התוס' הוי סייעתא לדברי הרמ"א דאין משביעין למעוברת. אכן יש לחלק דשאני השקאת סוטה דהוי לנו רגלים לדבר שזינתה כיון דהי' קינוי וסתירה ואין לה חזקת כשרות וכמש"כ התוס' בחולין (דף יו"ד ע"ב) ד"ה התם הלכתא גמירי כו' ובתוס' נדה (דף ב') דכיון דקינא ונסתרה יש רגלים לדבר ואתרע חזקתה. ע"כ חיישינן ולא משקין למעוברת משום דיש ספק סכנה להולד. משא"כ בכל חיוב שבועה גבי ממון דהא חשיד אממון לא חשיד אשבועתא משום דיפרוש מאימת השבועה או משום ספק מלוה ישנה ושבועה ליתא בחזרה כמבואר בב"מ (ד' ו') ויש לו חזקת כשרות לאחר שישבע למה דהטילה התורה עליו לברר ע"י שבועתו דהימני' התורה. ע"כ כיון דאומר ברי שישבע באמת ע"כ אין לנו לחוש לסכנתא דולד דהא אחר שישבע נאמן ע"פ מה דהאמינתו התורה. ולכן אין ראיה מן שיטת התוס' לדברי הרמ"א:

ולכאורה יש לדון לפי המבואר ברא"ש פ"ד דגיטין דין ח' במה דנמנעו משבועת אלמנה משום חשש דקוברת בני'. דמ"מ האידנא משביעין אותה בשבועה שתודה האמת דבכה"ג אין העונש מרובה כ"כ אף להסוברים דנעשה חשוד גם בלהבא. וכ"כ הש"ג שם ובטור אה"ע סי' צ"ו ובשו"ע שם סעי' כ"א וב"ש שם. וכן אפשר לדון במה דכתב הרמ"א דאין להשביע להמעוברת. דהיכא דמתרצה התובע שתשבע בלשון דלהבא שתודה על מה שישאלו ממנה. דכיון דבכה"ג אין העונש חמור כ"כ דיכולים להשביעה אף דהיא מעוברת וכיון דמצינו חילוק זה גבי שבועת אלמנה דמבואר בש"ס ובמשנה דנמנעו מלהשביעה דעכ"ז בלשון דלהבא משבעינן כש"כ בהך דמעוברת דאין לזה שום יסוד מן הש"ס דוודאי דייניגן כן. כן אפשר לדון אכן באמת מוכח דאין לחלק בזה בשבועת מעוברת דהא מסיים הרמ"א דהא מוציאין אותה מבהכ"נ כשנותנין כו'. וסתם ח' הוא

על ענין דלהבא כמו דמבואר בכ"ד. א"כ מוכח מזה דגבי חשש שבועת מעוברת החמירו ביותר ואף בלשון דלהבא אין להשביעה:

ובאו"ח סי' תר"ב דאין משביעין אדם בב"ד עד אחר יוה"כ מפני שהעולם תלוי בדין. וכתב הפרמ"ג במשבצות דאם הבע"ד רוצה לישבע מניחין אותו לישבע. ומשמע מזה דטעם הדבר הוא משום טובת הנתבע דאין כח בתובע להעמיד את הנתבע בסכנת הדין ולכן אם הנתבע רוצה לישבע דנשבע. ולכאורה טעמא בעי דהא שם הטעם דבעון שבועת שוא נתפס כל העולם וכמבואר בשבועות (דף ל"ט) א"כ לאו כל כמיניה דהנתבע לישבע ולהביא העולם לידי סכנת הדין. ואפשר להסביר זה דעיקר הטעם דחשו שישבע בשקר דאף דטוען ברי דישבע באמת מ"מ חשו דיצרו אנסי' וכיוצא מאיזה סיבה מוכרחת לדעתו דאינו רוצה לשלם לחבירו ע"כ ישבע שקר כדי להפטר מטענות התובע. וזה אינו שייך רק היכא דהב"ד יכריחוהו לישבע מיד. אבל היכא דאין כופין לו לישבע מיד ומרחיבין לו הזמן לאחר יוה"כ ועכ"ז רוצה הנתבע לישבע מיד ואף שמודיעין לו גודל החשש שיביא עליו ועל כל העולם בימי הדין ועכ"ז רוצה לישבע מפני דטוען ברי דישבע באמת ואין לו שום טעות כלל כמו בעובדא דגיטין (דף ל"ה) וכנ"ל וכיוצא. ואין לו שום אימה ופחד כלל דהא בשבועת אמת ממש אין עליו שום עונש כלל. ולכן שפיר כתב הפרמ"ג דאם הבע"ד רוצה דנשבע אף בימי עשי"ת. וכן משמע הלשון באו"ח שם דכתבו דאין משביעין בב"ד כו' ולא כתבו בלשון דאין אדם נשבע עד אחר יוה"כ דמשמעות הלשון דרק על שבועה דמשביעין הב"ד בדרך כפייה בזה אמרו דאין משביעין לו משא"כ ברוצה לישבע ואומר בפירוש דאין לו מקום לחוש כלל אז מניחין לו לישבע. ולא חשדינן ליה שיכוין לקלקל ביותר ובזה יש לדון לחזקה דלא שביק היתירא כו' דאף בקלות האיסור דיינינן כן וכמש"כ התבואת שור כעין זה ביו"ד סי' ב' ס"ק ז' ע"ש: ולכאורה יש לדון בדברי הפרמ"ג הללו דכיון דקיי"ל שבועת ד' תהיה בין שניהם וגם התובע המשביעו נענש אם ישבע הנתבע בשקר וכמבואר בשבועות (דף ל"ט. ודף מ"ז) ע"כ במה דאמרו דאין משביעין מקודם יוה"כ דאף דהנתבע רוצה לישבע מיד ולהפטר מ"מ אפשר דיכול התובע לעכב דישבע אחר יוה"כ משום דחושש מאימת הדין שיש עליו אם ישבע הנתבע לשקר וכפי טענת התובע להכחיש להנתבע בטענתו. אכן זה אינו דאין זכות להתובע בזה כלל רק להנתבע הזכות הזה בידו ואדרבה יכול הנתבע לומר דמה"ט ישבע מיד ופשוט:

וכן יש לדון הכא דלשון הרמ"א הוא יש אומרים דאין משביעין אותה כשהיא מעוברת. דמשמעו ג"כ דזהו אם הב"ד משביעין אותה ומכריחין לה לישבע בזה חשו לסכנת

הוולד. [וכמש"כ העיר שושן הטעם של סכנת הוולד. והחתם סופר כתב הטעם שלא תסתכן בלידה. ואין זה שייכות לענינינו]. אבל היכא דהאשה מרצונה מרוצית לישבע מיד בלא שום הכרח וכפייה כלל. בזה יש לדון דיניחוה לישבע כיון דהב"ד מאיימין עליה ומודיעין לה שתוכל להביא הוולד ואותה בסכנת הדין מחשש שבועת שקר ועכ"ז היא אינה חוששת ומרוצית לישבע מיד. בזה אין לנו לעכב אותה מלישבע. והא כל עיקר דין זה אין לו שורש מן הש"ס וכמש"כ האו"ת. ולכן בכה"ג דיש לחלק כן מסברא וכעין דברי הפרמ"ג באו"ח הנ"ל. אין לנו כח למונעה משבועתה בפרט היכא דהוי ברשות בעלה כיון דאומרת ברי דתשבע באמת בלא שום טעות ושגגה כלל כי זוכרת בבירור את כל הענין שתוכל לישבע באמת לאמיתו. וכש"כ היכא דאין שם טענת ברי של התובע להכחישה וכמו בשבועה הבאה על טענת ספק בזה הסברא נותנת דיכולה לישבע מיד כיון דאין שום מכריח לה ואין לפנינו טענת ברי להכחישה. ובאמת אף היכא דיש טענת ברי להכחישה ג"כ הדין נותן במרוצית לישבע מיד דמניחין לה לישבע כיון דמאיימין עלי' ומודיעין לה גודל הסכנה שתוכל להביא על עצמה ועל הוולד בגודל העונש ביותר מן מה שתשבע בשקר לאחר לידתה וכדאי' בשבת (דף ל"ב) ג' בדקי מיתה באשה כו'. א"כ למה לה לישבע בשקר מיד הא בידה לישבע אחר שתלד דאז לא יהיה העונש סכנה חמור כמו קודם לידתה. ובזה יש לדון כעין חזקה לא שביק היתירא כו' דאף בקלות האיסור דיינינן כן וכמש"כ התב"ש סי' ב' ס"ק ז' ע"ש. והעיקר דהיכא דנראה לב"ד לפי ראות עיניהם דאין שום מקום לחושדה שתשבע מיד בשביל איזה תועלת לטובתה שתהיה לה במה שתשבע מיד ביותר מן מה שתשבע לאחר לידתה דאז יכולין להניחה לישבע מיד אם בעלה אינו מקפיד ע"ז ולאחר שיודיעו לה כל זה ובאיום שיאיימו עליה ואז יכולה לישבע מיד אף בעודה מעוברת וכפי רצונה וכעין דברי הפרמ"ג:

סימן צז

הלכות גביית מלוה א (סעיף ו'):

והנה הנתיבות בס"ק א' כתב דבעיסקא שהוא פלגא מלוה ופלגא פקדון מותר לתפוס משכון כו' אף שאפשר לו לתפוס חפץ קטן בעד פלגא פקדון ותופס בכיון חפץ גדול כדי שיהי' בידו גם בעד פלגא מלוה וראי' לזה מב"מ (דף ל') בהא דבעי התם שטחה לצורכו ולצורכה מאי ופשיט מהא דהכניסה לרבקה ודשה כשירה בשביל שתינק ותידש פסולה ומשני שא"ה דכתיב אשר לא עבד בה מ"מ. הרי מוכח דבמקום דליכא גזה"כ מותר כשמכוין בשביל דבר המותר ובשביל דבר האסור עכ"ל הנתיבות. ומשמע מדבריו

דלצורכו וצורכה מותר לשוטחה. ודבריו תמוהים דהא בדרך דחיי' אמרו שם להך דשא"ה כו' דכוונת הש"ס הוא דשא"ה דכתיב אשר לא עבד מ"מ ולא מצינן למפשט מהתם לאיסור. ולדינא הא קיי"ל שם דאסור לשוטחה לצורכו ולצורכה וכמו שכתבו בח"מ סי' רס"ז סעיף י"ח ע"ש. וכמש"כ הרא"ש שם דלא איפשיטא ואזלינן לחומרא וכ"כ הרמב"ם פ' י"ג ה' גזילה ה' י"א והמ"מ שם דהך בעיא לא איפשיטא ולחומרא. אך לדינא אין ראי' כלל מהתם לנ"ד דשא"ה דלכן אסרו לצורכו ולצורכה משום דחשו שמא יניחנה שטוחה יותר מכדי צורכה עד שיתקלקל וכמש"כ התוס' והרא"ש שם והסמ"ע בח"מ שם. והא דהי' סלקא דעתין למיפשט זה מהך דהכניסה בשביל שתינק ותידש פסולה. כתב השמ"ק שם בשם הראשונים דזהו משום דגם בפרה היה ס"ד דלכן פסולה משום גזירה דשמא ישהה אותה לדוש אחר שתפסוק להניק ומסיק דשא"ה דכתיב אשר לא עבד מ"מ ופסולה מה"ת ולא נפשט האיבעיא. ואפשר דלזה נתכוין הנתיבות אך שקיצר בזה ועיקר כוונתו הוא דבפרה דפסולה בהכניסה לרבקה בשביל שתינק ותידוש דזהו משום גזה"כ שם. ובהא דאסרינן לצורכו וצורכה זהו משום סברת התוס' והרא"ש דחשו שמא יניחנה שטוחה יותר מכדי צורכה כנ"ל. א"כ בתפיסת משכון בשביל פלגא פקדון ופלגא מלוה דליכא בזה גזה"כ לאיסור וגם לא שייך בזה להך גזירה דגזרו בשטיחה לצורכו וצורכה. ע"כ מותר לתפוס המשכון בכה"ג כן יש לומר בכוונת הנתיבות. ועיין בחידושי הר"נ לב"מ שם ובשמ"ק שם ולפי דברי הר"נ שם יש עדיין לדון ולהחמיר בנ"ד וקצרתי:

ובעיקר ספק דין זה נלע"ד לדון ע"פ דברי הר"נ בשבת ס"פ י"ג דהביא בשם הרשב"א דס"ל דמותר לנעול ביתו בשבת ולשמור ביתו וצבי שבתוכו וכיון שצריך לשמור ביתו אע"פ שע"י כך ניצוד הצבי ממילא מותר ובלבד שלא יתכוין לשמור הצבי דהכי גרסינן בירושלמי היה צבי רץ כדרכו ונתכוין לנעול בעדו ונעל בעדו ובעד הצבי מותר כו' שאלו צריך לנעול בעדו מותר אע"פ שמתכוין שיהא צבי ניצוד בתוכו עכ"ל הרשב"א. ודבריו תמוהים האיך אפשר דבמתכוין לנעול בעדו ובעד הצבי יהא מותר וכי מפני שצריך לנעול ביתו נתיר לו לעשות מלאכה בשבת אלא שאני אומר שאפילו אינו מתכוין לנעול בעד הצבי כל שהוא יודע שהצבי בתוכו ואי אפשר שלא יהא הצבי ניצוד בתוכו אסור דמודה ר"ש בפסיק רישי' כו' עכ"ל הר"נ. והשלטי גבורים שם כתב ליישב שיטת הרשב"א. והובא כ"ז במג"א סי' שט"ז ס"ק י"א וסיים דאין להקל. והמרכבת המשנה האריך ליישב שיטת הרשב"א כמש"כ בפרק יו"ד ה' כ"ג ע"ש. ובפרק א' הלכות שבת. ולדינא נקטינן כדברי הר"נ:

ולפ"ז מוכח דהיכא דמכוין בעד דבר המותר ודבר האסור דאסור וי"ל דאף הרשב"א מודה בזה דשא"ה כמש"כ המרכבת המשנה שם לבאר סברת הרשב"א וקצרתי בזה. והא דהוצרכו בב"מ (דף ל') למילף מקרא דשא"ה דכתיב אשר לא עבד בה דלכן בשביל שתינק ותידוש פסולה דמשמע דלולי זה לא היתה פסולה וכמש"כ הנתיבות. י"ל דשאני התם דאין אנו דנין עכשיו לעשות דבר המותר והאסור. רק אנו דנין בענין עבר בע"ע דפסלה התורה אם דשה דהיה מקום לומר כיון דלא היה כוונתו בשביל דישה בלבד רק בשביל שתינוק ותידוש דלא תהיה פסולה דאין זה בכלל האיסור. ע"כ הוצרכו למילף מן אשר לא עבד בה מ"מ. אבל בענין לעשות דבר היתר ואיסור ומכוין בעד שניהם ודאי דאסור. ולכן בנ"ד דמכוין לתפוס המשכון בעד המלוה והפקדון י"ל דאסור. ואף באינו מכוין לתפוס רק בעד המלוה ג"כ יש לדון דאסור דהא הוי פסיק רישי' דאסור אף בשארי איסורים וכמש"כ התוס' בשבת (דף כ"ט ע"ב) ד"ה ובלבד שלא יתכוין כו' ובפסחים (דף כ"ה ע"ב). וכ"כ הרא"ש בשבת פ' י"ד סי' ט' דאדרבה בשארי איסורים יש לאסור ביותר מן איסורי שבת בפסיק רישי' דלא ניחא לי' אף לשיטת הערוך והובא במג"א סי' ש"ך ס"ק כ'. ועיין בטורי אבן לר"ה באבני מלואים דף כ"ח מה שהקשה על הר"נ בחולין פ"ז דמחלק בין איסור שבת לשארי איסורין בזה. ועיין ביו"ד סי' ש"א ואכ"מ. ולכן יש לדון לכאורה דאף באינו מכוין לתפוס המשכון בעד הפלגא פקדון דמ"מ אסור לתפוס חפץ גדול ששוה ביותר מן הפלגא פקדון כיון שממילא הוא ת"י ויהיה יכול לעכבו בעד פלגא מלוה:

אך באיסור ניתוח דלא נאסר רק מדרבנן וכמש"כ התוס' בב"מ (דף קי"ג) ד"ה אימא לא ינתחנו כו'. דבזה לא אסרינן פסיק רישי' כיון דאינו מכוין וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ט"ו להכריע כהתה"ד דהובא במג"א סי' שי"ד דפסיק רישי' בדרבנן מותר ע"ש. וגם יש לדון אף במקום דנאסר למשכן מה"ת דג"כ מותר לתפוס למשכון בעד פלגא פקדון אף ששוה יותר כיון דאינו מכוין לתפוס בעד פלגא מלוה. משום דשאני בנועל ביתו לשמור מה שבתוכו אף דלא נתכוין לצוד הצבי. דמ"מ הא נעשה מעשה איסור צידה דאסור בשבת ואף דלא נתכוין לצודו דמ"מ מתעביד איסורא דמלאכת צידה ולכן אסור אם הוי פסיק רישי'. משא"כ באיסור דלא תעבוט עבוטו דעיקר האיסור הוא דלא ימשכננו על חובו. והא דין משכון הוא לקנותו לענין אם מת דשומטו מע"ג בניו ואין שביעית משמטתו כמבואר בב"מ (דף קט"ו). ואין קונהו לדין משכון רק אם כיון לקנותו בתורת משכון אבל אם לא מכוין לקנותו ודאי לא קנהו להמשכון כמבואר בכתובות (דף פ"ה) בההיא איתתא דהוי מפקדי גבה מלוגא דשטרי דצריכה לברר בעדים דתפסה

בחיים את החפץ למשכון. משום דבלא כוונה לא קנתה להמשכון. וגם מצד חצירו קונה שלא מדעתו לא שייך בזה וכמש"כ התוס' בב"ב (דף נ"ד ע"א) ד"ה אדעתא דציבי כו' דאם יודע שהוא בחצירו ואינו מכוין לקנותו לא קני. ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' א' ענף ד'. וע"כ אין עליו שם משכון כלל אם לא נתכוין לקנותו. וע"כ הדין נותן דמותר לתפוס חפץ גדול אף ששוה יותר מן פלגא פקדון אם לא נתכוין לתפוס עבור פלגא מלוה משום דאין על המותר שם עבוט כלל. ולכן לא שייך בזה לדון כלל להך דפסיק רישי' כיון דלא איתעביד שם איסור כלל כ"ז דלא נתכוין לתפוס החפץ בתורת משכון עבור חוב הלואה:

ויש לדון עדיין בעיקר הדברים הללו. אך באמת יש לסתור כל מה שכתבתי לדון לאיסור אם מכוין לתפוס גם עבור פלגא מלוה ע"פ דברי הר"נ סוף פ' י"ג דשבת הנ"ל. כי יש להוכיח להיפוך מן הר"נ ביצה פ"ב במה דאמרו שם (דף י"ז) ממלאה קדרה בשר אע"פ שא"צ אלא לחתיכה א' וממלא חבית של מים כו'. וכתב הר"נ דמשמע מזה דלרבות בשיעורא ביו"ט מותר כיון דסגי בחד טירחא והא דאין מזמנין שמא ירבה היינו שמא ירבה בקדרה אחרת כו' ובמנחות (דף ס"ד) משמע דפשיטא לן דשנים בעוקץ א' ושלשה בעוקץ א' שתים מייתינן שלש לא מייתינן דלרבויי בשיעורא אסור כו' ומסיק דלא דמי רבויי בשיעורא ביו"ט לרבויי שיעורא בשבת שהשבת דחויה אצל חולה ולא הותרה כו' אבל יו"ט שאוכל נפש הותר בה כו' מרבה על העיקר ובלבד שיהא בטורח אחד תוספתו כמוהו כו'. עכ"ל הר"נ. וכ"כ הרא"ש בפ"ב דביצה סי' י"ד בקצרה דאם לא הרבה בשבילו אלא בקדירה שהוא מבשל בה ליכא חשש איסור זה כו'. וכ"כ הרמ"א באו"ח סי' תק"ג וסי' תקי"ב סעי' ג'. ולכאורה יש להקשות מזה על דברי הר"נ פ' י"ג דשבת הנ"ל דמסיק הר"נ שם דאסור לנעול ביתו כדי לשמור ביתו ולצוד הצבי. דהא כיון דמסיק הר"נ בביצה דמותר לרבות בשיעורא ביו"ט כיון דסגי בחד טירחא. א"כ ה"ה התם כיון דמותר לנעול ביתו ולשמור מה שבתוכו א"כ מה"ט יהיה מותר אף דמכוין ג"כ לשמור הצבי בתוכו כיון דהוי חד טירחא: וע"כ מוכח לומר דשאני בנועל ביתו לשמור ביתו עם הצבי. דהא במה שמכוין לשמור ביתו אין בזה שום מלאכת צידה כלל ואלו במה שמכוין לשמור הצבי יש בזה מלאכת צידה. ע"כ שפיר כתב הר"נ בשבת שם וכי מפני שצריך לנעול ביתו נתיר לו לעשות מלאכה בשבת. משא"כ ברבויי שיעורא ביו"ט שפיר כתב הר"נ דכיון שאוכל נפש הותר ביו"ט ע"כ מרבה עליו כיון דהוי חד טירחא דהא במה שהותרה לו הוי ג"כ מלאכת בישול ביו"ט לכן גם ברבויי שיעורא אין זה מקרי מלאכה בפ"ע רק דנגרר הכל ע"י מלאכת ההיתר דהותרה לו כיון דהוי הכל בחד טירחא מותר זה. א"כ

ה"ה בנ"ד כיון דיש שם משכון במה דממשכנו בע"כ בעד פלגא פקדון דהותרה לו א"כ ממילא מותר למשכן בהמותר שיש בהחפץ בעד פלגא מלוה אף שמכוין לתפוס גם בעד פלגא מלוה כיון דהוי חד טירחא א"כ הדין נותן דזה מותר וכמו בריביוי בשיעורא באיסור בישול ביו"ט. והא דמנחות (דף ס"ד) דמשמע דשנים בעוקץ א' ושלשה בעוקץ א' שתים מייתינן שלש לא מייתינן הטעם התם כיון דשבת דחויה היא אצל חולה ולא הותרה וכמש"כ הר"נ בפ"ב דביצה שם. אבל היכא דמותר לו לעשות מלאכה זו בהיתר כמו הך דרבויי שיעורא ביו"ט במקום אוכל נפש דהותרה לו דממילא מותר לו לעשות אף למען הדבר דנאסרה לו כיון דהוי בחד טירחא דה"ה לתפוס החפץ למשכון דמותר במכוין בשביל הפלגא פקדון והפלגא מלוה וכמש"כ הנתיבות ונקטינן כן לדינא. ואף דהר"נ פ"ב דביצה שם כתב עוד טעם על הא דרבויי בשיעורא מותר ביו"ט מ"מ הא כתב מתחלה הטעם דכיון דהוי בחד טירחא בעד דבר המותר עם דבר האסור דמותר. ולא דחי לזה הסברא. וגם הביא שם מקודם לשיטת הרשב"א וסייעתו דגם רבוי בשבת לא מיתסר אלא מדרבנן והר"נ דחי זה כמו שמחלק דשאני בחולה דדחויה אצל שבת. אבל בדבר המותר ממש כיון דהוי בחד טירחא מותר ולא נמצא חולק ע"ז רק לרווחא דמילתא כתב עוד טעם ע"כ שפיר יש לנו לסמוך על הנתיבות וכנ"ל:

ב (שם סעיף ד' ש"ך ס"ק י"ז באה"ד):

בתומים ס"ק י"ד כתב להסתפק בהא דמבואר שם במשכון דמועיל שלא יעשה מטלטלין אצל בניו. ונסתפק אם מכרו הלוה בעת שהחזיר לו המלוה לקיים מצות השבת העבוט אם גובה מלקוחות או לא. וכן מצינו בעשה שורו אפותיקי דאינו גובה מלקוחות אבל מיתמי גובה כמש"כ הרשב"א. ואם נימא דטורף מלקוחות א"כ הל"ל בגמ' דב"מ (דף קט"ו) במה דאמרו שם גבי משכון דלא נעשה מטלטלין אצל בניו הא הל"ל בקצרה דאין להם תורת מטלטלי כלל והאריך בזה ונשאר בצ"ע:

ולפענ"ד נראה לדון בזה ולהוכיח דגבי מלקוחות. וראיות התומים מדנקטו בלשונם דלא נעשה מטלטלין אצל בניו משמע דוקא אצל בניו אבל מלקוחות לא גבי. יש לדון בזה דהא בב"מ (דף ק"ד) גבי עסקא אמרו להכי קרי לי' עסקא דאם מת לא נעשה מטלטלין אצל בניו. ומבואר ברמב"ם פ"ז הלכות שלוחין והובא ביו"ד סי' קע"ז סעיף ל"ב דאם נתן המתעסק מתנה לאחרים והביא בעל הממון ראיה שהם מזה העסק מוציא מידם כו'. והא דלא נקטו כן שם במכרן כתב הש"ך שם ס"ק נ"ט בשם הפרישה דהא כל עיסקא ניתן למכר וברשות קנאו ממנו. אבל מהמקבל מתנה מוציאים ממנו אף דדינו כמשעבדי כמבואר בסי' קי"ז סמ"ע שם ס"ק י"ב בשם הרשב"א. ועיין בתוס' כתובות (דף מ"ט) ד"ה

הוא ואשתו נזונים מהם ובתומים שם ס"ק ו'. אלמא דאף דהמקבל מתנה דינו בכל מקום כמו משעבדי וכמבואר בח"מ סי' קי"א סעיף י"א. מ"מ בעיסקא גובה ממנו. והא דלא נקטו בש"ס שם בלשון רק דלא נעשה מטלטלין אצל בניו. בע"כ מוכח דלאו דוקא אצל בניו דבאמת ה"ה לענין משעבדי ואינו קשה כלל מה דלא נקטו בעסקא דאין להם תורת מטלטלין כלל כמש"כ התומים במשכון משום דזהו ידעינן מן הא דבניו. א"כ י"ל כמו כן גבי משכון. ואין לומר דשאני התם בעיסקא דהא במכרו לא גבי. זה אינו דהא זהו משום הטעם שכתב בהפרישה כנ"ל. א"כ גם בקרקע שקנה לצורך העסקא ג"כ אין מוציאין במכרו משום האי טעמא דניתן למכר וברשות קנאו כנ"ל. אם כן תקשה כעין קושיות התומים הנ"ל דהוי לי' למימר הכא בלשון דאין להם תורת מטלטלין כלל. וע"כ מוכח דזה אינו דיוק כלל. א"כ כמו כן יש לומר דמה דמדייק התומים על הא דב"מ (דף קט"ו) הנ"ל. דבאמת אין מזה הדיוק שום ראי' כלל:

ואפשר לומר דשאני התם בעיסקא דהא רב אידי בר אבין אמר שם בב"מ (דף ק"ד) דאם מת נעשה מטלטלין אצל בניו וע"ז חולק רבא שם ואמר להכי קרי לי' עסקא דאם מת לא נעשה מטלטלין אצל בניו. א"כ י"ל דכיון דרב אידי נקט בלשונו לרבותא דאף אצל בניו נעשה מטלטלין ע"כ נקט רבא ג"כ בלשונו כן. א"כ אין מזה דחייה לדברי התומים הנ"ל בהוכחתו דהא יש לומר כן:

אבל נראה לי להוכיח דגם במשכון אף לאחר שהחזירו המלוה להלוה ומכרו הלוה דגבי מלקוחות. מהא דב"מ (דף ק"ד ע"א) עלה דר"י בן קרחה אומר המלוה חבירו לא ימשכנו יותר מחובו שכך כותב לו תשלומתא דאית לך עלי כל לקבל דיכי טעמא דכתב ליה הכי הא אי לא כתב לו הכי לא קני והא אמר ריו"ח משכנו והשיב לו המשכון ומת שומטו מע"ג בניו אהני לה כתיבה לגירעון. והתוס' שם ד"ה אהני כתיבה כו' כתבו לפרש דכוונת המקשן הוא משום דמשמע דהלוה היה מקנה המשכון להמלוה בתורת קנין. וע"כ בעת שמחזיר המשכון להלוה בתורת השבת העבוט אינם ביד הלוה רק בתורת שאלה. דמשמע דדוקא משום זה שומטו מע"ג בניו. וע"ז הקשה המקשה הא בל"ז יש לו לשומטו מע"ג בניו דהא בע"ח קנה להמשכון. וע"ז תי' הגמ' דאהני כתיבה לגירעון. ואי נימא דבעת דהחזיר המלוה להלוה ומכרו הלוה אינו טורף מהלוקח. א"כ תקשה דהא אינו קשה כלל קושיות הגמ' דהא נפ"מ מה שכתב והקנה המשכון להמלוה בתורת הקנאה דאז בוודאי טורף מהלוקח דהא אינו ביד הלוה רק בתורת שאלה. והוי כמו כל שואל שמכר חפץ השאול לו דוודאי טורף המשאיל מהלוקח. א"כ נפ"מ רבתא ממה שהקנה וכתב לו המשכון בתורת קניה. ומדמקשה הגמ' כן והוכרח לתרץ לו דאהני

כתיבה לשלם הגרעון. מוכח מזה דאף כשלא הקנה המשכון להמלוה מ"מ אם הלוה מכר בעת שמוחזר המשכון לי' דטורף המלוה מן הלוקח ושפיר הקשה הגמ' והוכרח לתרץ כנ"ל. א"כ נתבאר דלעולם טורף המשכון מן הלוקח אף שמכרו בעת שהוחזר ליד הלוה:

וכן מוכח מן מש"כ התוס' ב"מ (דף קט"ו) ד"ה למה ממשכנים כו' הקשה הר' ר' אלחנן למה חוזרים וממשכנים כיון דבלאו הכי אין שביעית משמטתו ושומטו מע"ג בניו כו'. ואי נימא דמהני מכירת הלוה בעודו בידו. א"כ נפ"מ למה שחוזר וממשכן לענין אם מכר הלוה. דאם לא הי' חוזר למשכנו הי' מועיל מכירת הלוה בעודו בידו. אבל עכשיו שחוזר וממשכנו אינו מועיל מכירתו אם מכר בעודו בידו. דהא כנגד חובו וודאי לא מהני מכירתו של הלוה כשהמשכון הוא ת"י המלוה משום דמקרי לגבי הלוה דבר דאינו ברשותו משום דהמלוה קנה להמשכון נגד חובו בוודאי. כמבואר ביו"ד סי' רנ"ח ובש"ך ח"מ סי' ריא ס"ק ה' דמה שנגד חובו לא מהני מכירתו רק המותר מן החוב פליגי שם עי"ש. וביו"ד סי' רכ"א. ואף דבעת שמחזיר המשכון להלוה מהני מכירתו להמשכון. מ"מ בעת שהמשכון הוא ת"י המלוה יהיה בטוח אז דלא מועיל מכירת הלוה. א"כ ה"ל להתוס' לתרץ כן ואין מקום לקושייתם. [והא דלא מתרץ הגמ' כן כשהקשו למה ממשכנין מעיקרא. י"ל בזה כמש"כ התוס' בתירוצם דעדיפא מיני' משני הגמ']. ומדהקשו התוס' כן מוכח מזה דאף בעת דהמשכון הוא מוחזר ת"י הלוה ומכרו דטורף המלוה מהלקוחות משום דאלים הזכות של המלוה דקנה להמשכון. אך ראי' קמייתא שכתבתי לעיל עדיפא מבתרייתא:

ולכאורה יש להעיר לשיטת רבינו ברוך ובהגהות מרדכי לב"מ דכתב דהא דמשכון אינו נעשה מטלטלין אצל בניו היינו במשכנו שלא בשעת הלוואה. אבל במשכנו בשעת הלואה דהפקידו ביד הלוה נעשה מטלטלין אצל בניו. והובא בתומים סי' ס"ז ס"ק ו' עי"ש. ולפ"ז יש לדון במה דהקשה הגמ' בב"מ (דף ק"ד) הנ"ל טעמא דכתב לי' הכי כו'. הא איכא למימר דנפ"מ מן הכתיבה על משכון בשעת הלוואתו. אבל זה אינו קשה כלל דהא הכתיבה הוא בעת שמחזיר השבת העבוט להלוה כמבואר בש"ס שם. והא במשכון בשעת הלוואה ליתא למצות השבת העבוט כמבואר בסי' צ"ז סעיף ט"ז. וע"כ מוכח דזה מיירי במשכון שלא בשעת הלוואתו א"כ שפיר מקשה הגמ' כן. ולפ"ז יש לדון דלדינא דקיי"ל דאף במשכון בשעת הלוואתו דקאי ברשות המלוה ושומטו מעל גבי בניו וכמש"כ התומים בסי' ס"ז ס"ק ו'. די"ל דעכ"ז מלקוחות לא גבי בזה. משום דבמשכון בשעת הלוואתו ליתא לראי' זו שכתבתי כנ"ל. דהא הג"מ מיירי שם במשכון שלא בשעת

הלוואתו. אך במה שנסתפק התומים כן במשכון שלא בשעת הלוואתו ונשאר בצ"ע. לדעתי נפשט הספק בזה דהדין ברור הוא דלא מהני מכירתו של הלוה במשכון שלא בשעת הלוואה וטורף המלוה מהלקוחות:

ד (שם סעיף ו'):

והנלפע"ד לדון בזה משום דטעם הסמ"ע שכתב דבלא מיגו אינו נאמן דה"ל כאלו עדיין ברשותו. יש להעיר בזה דלאו כולי עלמא מודו בזה ובפרט לשי' המחבר גופיה. דבסי' ע"ב סעי' כ"ג כתב המחבר בשם הרמב"ן אם עדים מעידים דבתורת משכון בא החפץ ליד המלוה ואינם יודעים בכמה דהלוה מקרי מוחזק משום דמלוה על המשכון אין לו רק שעבוד. וכה"ג כתב המחבר שם סעי' כ"ד. והש"ך שם ס"ק ק"ט חלק ע"ז והעלה דדוקא היכא דטוען ספק אז לא מקרי מוחזק אף היכא דנולד הספק בפרעון. משא"כ בטוען ברי כיון דבע"ח קונה משכון ה"ל המלוה מוחזק על המשכון דתחת ידו ע"ש. אלמא דמצינו פלוגתא דרבוותא במלוה על המשכון אף דהוא תחת ידו אם דינו כמוחזק מחמת דקנה משכון או דלא מקרי מוחזק משום דלא ה"ל רק שעבוד בעלמא. והא דאין הלוה נאמן לומר פרעתי כשהמשכון ביד המלוה לפי הסוברים דלא מקרי מוחזק אף כשהמשכון תחת ידו. הטעם הוא משום דה"ל כטוען פרעתי על שטר דאינו נאמן משום דשטרא בידי מאי בעי דה"ה במשכון שייך טעם זה וכמש"כ הבעה"ת והובא בנתיבות סי' ע"ב ס"ק ל"ה ע"ש: ולפ"ז תקשה דמפני מה לא יהיה נאמן הלוה לומר פרעתי מצד טענת עצמו אף בלא מיגו היכא דהמשכון הוא ת"י הלוה בחזרה. בשלמא להסוברים דזכות המלוה על המשכון הוי ליה כקונה גוף החפץ ויש עליו דין מוחזק. לכן אף כשהמשכון הוא בחזרה ת"י הלוה מ"מ מוציא ממנו משום דה"ל כמו חפץ העשוי להשאיל ולהשכיר דמוציאין משום חזקת מ"ק מהמוחזק. וכמש"כ במק"א לדון בזה טובא דכיון דלא שייך בזה לומר תפיסתו מוכחת על קנייתו ממילא מוציאין משום חזקת מ"ק. וה"ה בזה דהחזיר המשכון להלוה לקיים מצות השבת העבוט כיון דלא שייך בזה לומר תפיסתו מוכחת עליו ע"כ מוציאין ע"י חזקת מ"ק דיש להמלוה. אבל להסוברים דלא מקרי מוחזק דאינו רק שעבוד בעלמא והא דלא מהימן הלוה לומר פרעתי בהמשכון ת"י המלוה. זהו משום דה"ל כמו שטר דשייך ביה ג"כ לומר משכונך בידי מאי בעי וכמש"כ הבעה"ת כנ"ל. [וזהו מוכרח דוודאי אין לחלק דשאני היכא דה"ל חזקת חיוב בוודאי משא"כ בהא דסי' ע"ב הנ"ל דה"ל ספק בעיקר החוב. דז"א דכיון דאין לו רק שם שעבוד בעלמא ע"כ אין אנו יכולים לומר דכיון דאתחזק חיובא שאני דהא עכ"פ לא מקרי מוחזק. וכמו כל א"י אם פרעתי בשניהם טוענים שמא או בשניהם טוענים ברי דאין מוציאין מהמוחזק ע"י חזקת

חיוב כמבואר]. א"כ היכא דהמשכון הוא ת"י הלוה דלא שייך טעם זה דמשכונך בידי כו'. בזה הדין נותן דיהיה נאמן הלוה לומר פרעתי בטענת עצמו בלא מיגו ג"כ. וע"כ לשיטת המחבר בסי' ע"ב צריך טעם דלמה כתבו הכא דאינו נאמן פרעתי רק ע"י מיגו. ועיין בקצה"ח סי' הנ"ל ס"ק יו"ד דהרגיש בזה. אבל לפמש"כ אינו מספיק בדבריו לתרץ זה ע"ש:

והנלפענ"ד טעם אחר בזה ע"פ מש"כ התוס' כתובות (דף צ"ו) ד"ה נכסי בחזקת אלמנה קיימי כו'. וא"ת מה טעם דלא חשבינן נכסי בחזקת בע"ח ואמאי מהימני יתמי למימר פרענו במלוה בע"פ. וכי תימא דחשבינן ליה בחזקת אלמנה טפי משום דמוכרת למזונות שלא בב"ד אם כן לרב ושמואל נהי דלית להו כל הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום מ"מ כשאיבדה כתובתה לא יהיה יתומין נאמנים לומר פרענו דכיון דמוכרת לכתובתה שלא בב"ד נכסים בחזקתה כי הכא כו'. מיהו היכא דאיכא עדים שנשרפה לא ליהמנו ושמא י"ל אי איכא עדים ה"נ א"נ מזונות שאני כו' עכ"ל התוס'. אלמא דהתוס' בתי' קמא ס"ל דגם בחוב כתובה מקרי האשה מוחזקת משום דמוכרת שלא בב"ד:

והר"נ שם כתב דהא דנכסי בחזקת אלמנה קאי זהו משום דכיון דהוי מתנאי ב"ד החזיקוה חז"ל בנכסי ע"ש. וכ"כ רש"י שם דהטעם הוא דהוי תנאי ב"ד. א"כ ז"א שייך רק בחוב דהוי מתנאי ב"ד. אבל בחוב שאינו מתנאי ב"ד לא שייך זה. כ"ז הוא לשיטת הר"נ ורש"י. אבל מתוס' הנ"ל נראה דלא לחלק בזה דא"כ מה הקשו מכל חוב בע"פ והוכרחו לחלק דשאני חוב מזונות וכתובה דמוכרת שלא בב"ד דמשמע מדבריהם דה"ה אף בחוב שאינו בתנאי ב"ד ג"כ היכא דמוכר שלא בב"ד מקרי מוחזק משום דלא ס"ל סברת הר"נ ורש"י הנ"ל. וכן ראיתי בשיטה מקובצת לכתובות (דף צ"ו) שהביא שיטת התוס' הנ"ל דמוכח מהם דס"ל דה"ה חוב שאינו בתנאי ב"ד ג"כ מקרי מוחזק היכא דמוכר שלא בב"ד ע"ש. והב"ש סי' ק"ג ס"ק ז' משמע דס"ל דגם בכתובה אמרינן נכסי בחזקת האשה קאי וכתי' קמא של התוס' הנ"ל:

אכן יש לתמוה עליו במה שהקשה שם הב"ש דלמה הוכרחו בש"ס להדר אחר טעמים דמפני מה אלמנה מוכרת שלא בב"ד. תיפוק ליה דהא קיי"ל דהנכסים הם כמשכון ביד האלמנה והא גבי משכון קיי"ל דמוכר שלא בב"ד כמבואר בח"מ סי' ע"ג כו' עכ"ל הב"ש. ודבריו תמוהים דהא במש"כ דהנכסים הם כמשכון ביד האלמנה זהו מטעם שכתבו התוס' בכתובות הנ"ל דנכסי בחזקת אלמנה קיימי משום דמוכרת לכתובתה שלא בב"ד כנ"ל. א"כ דוקא עכשיו דתקנו דמוכרת שלא בב"ד בזה אמרו דהנכסים הם כמשכון בידה וכמש"כ הב"ש סי' צ"ג ס"ק כ"ה ובשם הפרישה ע"ש. אבל אם היתה צריכה ב"ד

לא היו הנכסים כמשכון בידה. והוי כמו כל בע"ח דעלמא דלא היו כמשכון כ"ז שלא הוי ברשותו וע"כ אין הבנה לקושיתו. עכ"פ למדנו מן דברי הב"ש הנ"ל דס"ל כתי' א' של התוס' כתובות הנ"ל דאף בכתובה אמרינן דנקראת מוחזקת. וכ"כ ההגהות אשרי בכתובות (דף צ"ו) דגם בכתובה אמרינן דנקראת מוחזקת בנכסים וכתי' קמא של התוס' הנ"ל: ולכאורה יש להוכיח להיפך מן מש"כ האלפסי בספ"ט דכתובות והובא ברא"ש פ"א דב"מ סי' מ"ד דכתב דהא דהוציאה גט גובה כתובה מיירי במקום שאין כותבין כתובה. וכ"כ הרמב"ם פ' ט"ז ה' אישות ובשו"ע אה"ע סי' ק' סעי' ו' שיטת המחבר שם. ודלא כשיטת הטור שם בשם ר"י והתוס' והובא שיטתם ברמ"א שם דס"ל דאף במקום שכותבין כתובה אמרו כן יעו"ש. א"כ לשיטת הרי"ף והרמב"ם והמחבר דס"ל דהא דאמרו הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום מיירי במקום שאין כותבין כתובה א"כ תקשה קושיות התוס' כתובות (דף צ"ו) הנ"ל דל"ל בכתובה במקום שאין כותבין כתובה להא דכל הטוען אחר מעב"ד. הא בלא"ה אינו נאמן לומר פרעתי משום דנכסי בחזקת האשה קאי גם בכתובה. בשלמא במקום שכותבין כתובה י"ל כתי' התוס' כתובות הנ"ל דשא"ה דריע טענת האשה לפי דאין הכתובה בידה. אבל לשי' הרי"ף והרמב"ם והשו"ע אין לומר כן. דהא מיירי במקום דאין כותבין כתובה. א"כ מוכח משיטתם דס"ל כתי' ב' של התוס' כתובות דבכתובה לא אמרינן נכסים בחזקתה:

אכן באמת אין זה ראיה כלל דהא מבואר בסי' ק"ג באה"ע סעי' ג' דגרושה אינה מוכרת אלא בב"ד וכן אף אלמנה אם ניסת בעיא ב"ד וכן פסק הרמב"ם והרא"ש בכתובות (דף צ"ז) כריו"ח דמשום שלא תתבזה אמרו כן ובגרושה לא שייך זה יעו"ש. א"כ נפ"מ מהא דכתבו דאינו נאמן לומר פרעתי משום דהוי כמאן דנקט שטרא בידו. דבל"ז היה נאמן לומר פרעתי אם נתגרשה או אם ניסת לאחר. דמשום דהנכסים בחזקתה זה לא שייך בניסת כמבואר בכתובות (דף צ"ו) תני לוי אלמנה כ"ז שלא ניסת על היתומים להביא ראיה ניסת עלי להביא ראיה ופירש רש"י דבניסת אין הנכסים ברשותה. ואפשר הטעם משום דכל עיקר הסברא הוא משום דמוכרת שלא בב"ד א"כ כיון דבניסת אינה יכולה למכור שלא בב"ד כנ"ל ע"כ אין הנכסים ברשותה. אבל משום דהוי טוען אחר מעשה ב"ד. אינו נאמן בכ"ז ואף להי"א דס"ל דאחר שניסת אין לה כח מעשה ב"ד ונאמן לומר פרעתי כמבואר בסי' ק' סעי' ו' בהגה"ה שם. ועיין בסי' ק"א ב"ש ס"ק ו' מזה. עכ"ז הא כתב החלקת מחוקק בסי' ק' ס"ק ל"ו דאם קודם שניסת מצעת לפני ב"ד שלא נפרעת מכתובתה דינה כאלו לא ניסת וכ"כ הב"ש שם ס"ק ל"ד עי"ש. א"כ עדיין נפ"מ בכה"ג דאז יש לה כח מעשה ב"ד ג"כ אבל אלו משום נכסי בחזקתה קאי לא שייך בזה כיון

דאינה יכולה למכור כנ"ל. ע"כ כתבו הטעם דטוען אחר מעב"ד לא אמר כלום. ולכן אין סתירה מהרמב"ם והרי"ף והמחבר לכלל הזה. ולכן כיון דמשמע מהב"ש וכן מבואר בהגהות אשרי דס"ל כתי' קמא של התוס' כתובות דאף בכתובה קיי"ל דנכסים בחזקתה הכי נקטינן: ב (שם סעיף א'):

ולכאורה יש להעיר לפי מה דקיי"ל דבמזונות לכ"ע הנכסים בחזקתה. ומה"ט כתב הב"ש סי' צ"ג ס"ק כ"ב לבאר דברי הרא"ש כתובות פ' י"א סי' ד' במה דאמרו שם אלמנה ששהתה שתים ושלש שנים ולא. תבעה מזונות איבדה מזונותיה כאן בענייה כאן בעשירה א"נ כאן בצנועה כאן בפרוצה. דפסק הרא"ש דלא איבדה בשתי שנים עד שתהא ענייי' ופרוצה. וכתב הב"ש טעמו משום דנקראת מוחזקת במזונות וכבר כתבתי דבכל פלוגתת הפוסקים היא מוחזקת ע"ש שכתב דגם הרמב"ם ס"ל כן. וכן כתב שם ס"ק כ"א גבי פלוגתת הפוסקים אם מוחלת מזונות בשביל הנדוניא דנקראת מוחזקת ויש לה מזונות. וכן כתב הב"ש בסי' צ"ד ס"ק ז' גבי בעיא דלא איפשיטא דנקראת מוחזקת ומוציאה מהיורשים עי"ש:

והנה מצינו בהנך איבעיות כתובות (דף נ"ג ע"ב) בבת שני' ובת ארוסה ובת יבמה דהוי איבעי' דלא איפשיטא דאין לה מזונות. כמש"כ הרא"ש שם ובאה"ע סי' קי"ב סעי' ה' וכמש"כ הב"ש ס"ק י"א רק אם תפסה אין מוציאין ממנה בשם רבינו ירוחם. [והא דיש להקשות דהא ה"ל ספק תקנה דלא מהני תפיסה כבר כתבתי במק"א ליישב זה ואכ"מ להאריך]. אף דזה ברור דגם במזונות הבת מוכרת שלא בב"ד. דהא מבואר ברש"י בכתובות (דף צ"ז) במשנה שם דמן הנשואין לכ"ע מוכרת שלא בב"ד אף לר"ש. משום שאי אפשר לה להיות יושבת ומתענה ואף דלא ס"ל לר"ש הטעם דאמרו שם שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד. וכן בגמ' שם אמרו בשלמא מן הנשואין משום מזוני אלא מן האירוסין מ"ט נ' דאף דלא ידעו הטעם שלא תתבזה אשתו מ"מ היה ניחא לי' על מה דמן הנשואין מוכרת שלא בב"ד משום הטעם דא"א להיות יושבת ומתענה כמש"כ רש"י והר"ן שם. א"כ האי טעמא שייך ג"כ בבת אשתו. וכן מצינו ברמב"ם הלכות אישות פ' י"ט הלכה י"א ובאה"ע סי' קי"ב סעי' ו' דמזונות הבת לא בעי הכרזה וכדרך שמוכרין למזון האלמנה וכסותה כו' ע"ש. וכמו דמדמין מזונות הבת למזון האלמנה בענין מכירה בלא הכרזה ה"ה דמדמינן מזונות הבת למזונות האלמנה בענין מוכרת שלא בב"ד. ועיין ברש"י כתובות (דף פ"ז) דלמזוני מזבנינן בלא אכרזתא היינו מזון האשה והבנות. ואף להטעם שלא תתבזה בב"ד ג"כ יש לדמות אותן להדדי לפי המבואר בב"ק (דף י"א) דמה שעל בניהן ובנותיהן אין שמין משום דבזיון להם להביאן לב"ד כפי' רש"י שם והסמ"ע

בח"מ סי' רפ"ח. אלמא דגם אף על בזיון בנותיו חס אביהן. וע"ש בכתובות (דף צ"ז) דאמרו כי היכי דאיהי לא ניחא לי' דתתבזה יורשיו נמי לא ניחא לי' דליבזו ע"ש. אלא דמצינו בכתובות (דף מ"ג) דלענין זילותא אלמנתו עדיפא לי'. ויש להאריך בזה עכ"פ לפי הטעם דכתב רש"י והר"ן דלכן מן הנשואין מוכרת שלא בב"ד משום שלא תהיה מתענה זה הטעם שייך ג"כ בוודאי על מזון הבת וכנ"ל. ובמק"א הארכתי בזה בהרבה הוכחות: א"כ לפ"ז תקשה בהנך איבעיות אם מגיע להבת מזונות או לא דפסקו דאין לה מזונות כ"ז דלא תפסה. הא כיון דמוכרת הבת למזונות שלא בב"ד א"כ הוי הנכסים בחזקתן כמו במזונות אשתו במקום ספק. וע"כ מוכח לחלק דשאני היכא דהוי חזקת חיוב בוודאי אז אם ספק אם יצאו מהחיוב או לא כמו באלמנה ששתקה שתי שנים דמספקא לן אם מחלה בעשירה וכה"ג. דיש לה מזונות משום דמספק לא יצאו מהחיוב וכמו כן שם ס"ק כ"א בב"ש כנ"ל. אבל בהספק אם מגיע לה מעולם חוב מזונות ונולד לנו ספק בעיקר החיוב. בכה"ג אין דינה כמוחזקת וע"כ אין מוציאין מהמוחזק. וכמו בכל ספק בקרקע דדיינינן בי' חזקת בעלים הראשונים. אם נולד ספק שמא יצאו מרשות בעליהן. ה"ה הכא בהאי כללא דבמזונות וכתובה הוי היא מוחזקת משום דהזכות שהיה לה על הנכסים הוי כמו חזקת מרא קמא אצלה. ובאמת אף גבי מטלטלין מוכח דדיינינן להך נכסי בחזקת אלמנה קיימי כדמוכח מהא דכתב הרמב"ם והטור והש"ע דבמזונות הנכסים בחזקתה ואינם נאמנים לומר פרענו אף דהאידנא גובין מזונות ממטלטלין ג"כ ואפ"ה לא חילקו בזה. וע"כ מוכח דהאי זכות דנכסי בחזקתה קאי שייך ג"כ אף במטלטלין. והטעם הוא דזהו כמו דברים העשויין להשאיל ולהשכיר דמוציאין מהמוחזק משום חזקת מ"ק דבכה"ג אילימא לי' חזקת מ"ק וכמש"כ במק"א לבאר זה. וה"ה בזה דהוי כמו דיש לה חזקת מ"ק על המטלטלין מחמת דמוכרת שלא בב"ד והוי כמו דגוף החפץ הוא שלה. ובספק אם יצאו מחזקת מ"ק שלה מוקמינן לי' בחזקתה. משא"כ בספק אם היה מעולם כלל עיקר החיוב על מזונות וכה"ג. ולכן בכל הנך איבעיות דהוי ספק אם מגיע להבת כלל מעולם חיוב מזונות ע"כ אין מוציאין. וכ"כ בהא דכתובות (דף נ"ו) דבעי רב אשי נכנסה לחופה ופרסה נדה דהוי תיקו ומספיקא אין לה כתובה משום דהתם הוי ג"כ ספק בעיקר החיוב מעולם. ומה"ט הקשו שפיר בהא דכתובות (דף ט) גבי פ"פ מצאתי דנאמן משום חכמים תקנו כו' אבל אם הוי מה"ת אינו נאמן והקשו כולם מ"ט הא הוי כא"י אם נתחייבתי. ג"כ שפיר הקשו משום דכיון דהוי ספק בעיקר החיוב שאני כנ"ל. וכה"ג כתבו התוס' בסוטה (דף כ"ה) ד"ה בית שמאי אומרים כו' ובד"ה ב"ה אומרים כו' לחלק כן עי"ש. וכ"ז ברור ופשוט:

ועפ"ז יש ליישב קושיות הב"ש בסי' צ"ד ס"ק ז' גבי איבעיא דכתובות (דף ק"ג) שיפצה מהו ופסק הרא"ש שם סי' ו' דמספיקא לא תשפץ וכן פסקו בש"ע סי' צ"ד סעי' ב'. דהקשה הב"ש הא גבי אלמנה ששהתה שתי שנים כו' פסק הרא"ש לעיל (דף צ"ו) דמספיקא לא הפסידה מזונותיה דנקראת מוחזקת א"כ מ"ש גבי דירה. וכן הקשה הקרבן נתנאל עי"ש. אכן לפמש"כ אינו קשה דדוקא גבי שתקה ב' שנים דהוי ספק אם מחלה או לא כיון דלא הוי ספק בעיקר החיוב שאני כנ"ל. אבל גבי איבעיא דשיפצה מהו דנולד ספק בעיקר חיוב זכות דירה אם היה לה כלל מעולם זכות לתקן דירתו ע"כ כיון דלא היה לה חזקת חיוב כלל מעולם בוודאי. לכן דינו כמו כל הספיקות דאין מוציאין מהמוחזק עכשיו. וכן בכתובות (דף ע"ג) דאמרו שם ספק ממונא לקולא דנולד הספק בעיקר החיוב. וכן בהא דריש פ"ב דכתובות דפריך הש"ס התם כיון דרוב נשים בתולות ניסת כי לא אתו עדים מאי הוי. וכתבו התוס' שם דלרב פריך משום דלשמואל אינו קשה דהא ס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא. אף דלפמש"כ דגם בחוב כתובה נקראת מוחזקת. עכ"ז כיון דהתם נולד הספק בעיקר החיוב ע"כ לא נקראת מוחזקת. ולכן כמו דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ה"ה התם משום דהבעל מקרי מוחזק והספק הוא בעיקר החיוב אם ניסת בעודה בתולה או לא: ועפ"ז יש לדון בדברי המרדכי בכתובות פ' אלמנה ניזונית דהובא בשב שמעתתא שמעתא א' פ' כ"ד. שכתב לתרץ לקושיות התוס' ביבמות (דף ס"ה) דמשמע שם דלענין ממון הולכין שם אחר הרוב ותירץ דשא"ה דמירי בכתובה דאלים מעשה ב"ד וכמוחזק היא. וכתב הש"ש שם דה"ה בשטר מהני נמי רובא כו' ע"ש. אבל לפמש"כ י"ל דשא"ה בכתובה כיון דמוכרת שלא בב"ד ע"כ נקראת מוחזקת בצירוף רובא המסייע לה. משא"כ חוב בשטר. והא שכתב המרדכי שם דאילימא מעשה ב"ד. י"ל דס"ל כמש"כ הר"נ בכתובות כנ"ל דדוקא בתנאי ב"ד אמרו כן. ואף לפמש"כ דבספק בעיקר החוב לא אמרו כן. עכ"ז י"ל דס"ל להמרדכי דבמקום דאיכא רוב אזי סמכינן בכה"ג על הרוב להוציא כיון דאי נימא דהדין עמה אז היא נקראת מוחזקת:

ועפ"ז יש לתרץ דברי הרי"ף בב"ב (דף קל"ב) דהכותב נכסיו לבניו איבדה כתובתה ובעי רבא בריא איך ולא איפשיטא הבעיא וכתב הרי"ף שם דמספיקא מוקמי כתובה אחזקה ועל הבעל להביא ראיה. וכ"כ הגהות אשרי שם. והובאו בב"ש סי' ק"ו ס"ק ג'. ותמהו כולם ע"ז דהא קיי"ל שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי כמבואר כ"ז בארוכה בש"ך בתקפו כהן ע"ש: אבל לפמש"כ אתי שפיר די"ל דשאני כתובה דמוכרת שלא בב"ד ע"כ כיון דנולד ספק במחילה הוי האשה מוחזקת וס"ל כתי' קמא של תוס' כתובות

דגם בכתובה אמרינן דנכסי בחזקתה קאי. והא דמתו בעליהן עד שלא שתו דסוטה (דף כ"ה) דקיי"ל כב"ה דלאו כגבוי דמי שאני התם. והוא דהא לכאורה קשה על תי' התוס' כתובות הנ"ל דגם בכתובה אמרו דנכסי בחזקת האשה קאי. ויש להקשות ע"ז מהא דמתו בעליהן עד שלא שתו דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי. והא התם הוי הספק כעין ספק בפרעון דהא הוי ספק שמא זינתה והפסידה כתובתה דהיה לה על בעלה. וע"כ מוכח לחלק דשא"ה בסוטה דכיון דקינא לה ונסתרה הוי כנולד ריעותא בה. וכעין מש"כ התוס' כתובות (דף צ"ו) הנ"ל דלכן סבירא ליה לחד מ"ד דנאמן לטעון פרעתי במעשה בית דין משום דאיתרע טענתו שאין לו שטר ואף דיש לחלק עדיין בין ריעותות הנ"ל. על כל זה יש לחלק דבאמת מוכח מזה דלא מהני הך כללא דנכסי בחזקת אלמנה קאי רק בטוען טענת ברי. וכמו הא דכתובות (דף צ"ו) דמיירי התם דהאלמנה טוענת ברי דלא נפרעה. אבל בטוענת ספק לא מצינו להאי כללא. וע"כ י"ל דבטוען טענת ספק לא אמרו כן. ובסוטה (דף כ"ה) שם תוס' ד"ה ב"ה אומרים או שותות כו' הקשו באה"ד למאן דס"ל ברי ושמא ברי עדיף דאמאי לא נוטלת כתובה הא היא טוענת ברי ותירצו דכיון דהתורה עשאה לספק עד שתשתה ע"כ אינה יכולה לטעון טענת ברי עכ"ל. אלמא דלא נקראת טוענת ברי מחמת דהתורה עשאה לספק. ה"ה לגבי הך כלל דנכסי בחזקת אלמנה קאי דבעינן דוקא טוענת ברי וכיון דבסוטה לא מקרי זה טענת ברי ע"כ אינה נוטלת הכתובה מספיקא:

וכעין זה מצינו בח"מ סי' ע"ב סעיף כ"ד דאם המלוה טוען שמא אף דנולד הספק בפרעון והמשכון הוא ת"י המלוה מ"מ לא מקרי המלוה מוחזק ואף לשיטת הרשב"א דהובא בש"ך שם דמלוה על המשכון מקרי מוחזק כיון דקנה משכון. מ"מ כתב הש"ך שם לחלק דלא אמרו כן רק היכא דמלוה טוען ברי ולא בטוען שמא. ואף דהתם מיירי במלוה טוען שמא והלוה טוען ברי. מ"מ הא חזינן אף במה דאמרו דמקרי מוחזק מ"מ אין דינו כמוחזק גמור. וגם מצינו כעין זה בחו"מ סי' רכ"ג סעיף ב' שיטת הרמב"ם דאף דבשניהם טוענים ברי במחליף פרה בחמור דמוקמינן אחזקת מרא קמא אף בקיימא באגם מ"מ בשניהם טוענים שמא אין הדין כן. אלמא דמצינו דאף דמהני בשניהם טוענים ברי מ"מ בשניהם טוענים שמא לא מהני. וה"ה י"ל כן בהא דאמרו הכלל דנכסי בחזקת אלמנה קיימי דלא מהני זה הכלל רק בשניהם טוענים ברי ולא בשניהם טוענים שמא. ומוכח כן מהא דאמרינן דמתו בעליהן עד שלא שתו דלאו כגבוי דמי:

ולפ"ז י"ל דשפיר כתב הרי"ף באיבעיא דבריא המחלק נכסיו דכיון דהוי בתיקו ע"כ הכתובה בחזקתה משום דגם גבי כתובה נכסי בחזקת האשה קאי. משום דאיבעיא דלא

איפשיטא דינו כמו טענת ברי וכמו שכתב הש"ך בתקפו כהן סי' נ"ד וסי' ע"ט לבאר שיטת הרי"ף דס"ל בכל תיקו דמהני תפיסה משום דדין התופס כמו טענת ברי דיכול לומר ברי לי דהדין כך וכמו שכתב המהרי"ק סי' קס"א והובא שם ואתי שפיר דברי הרי"ף. משא"כ במתו בעליהן כו' אין דינן כמו טענת ברי וגם הגהות אשרי דב"ב הנ"ל אזיל לטעמי' דכתב בכתובות (דף צ"ז) דגם בכתובה מקרי האשה מוחזקת עי"ש:

והא דכתב הרמב"ם והמחבר בסי' ק"ו באה"ע דלא כהרי"ף אלא אף בבריא המחלק נכסיו דלא מפקינן כתובה מספק. י"ל דטעמם דס"ל דכיון דמספקא לן בתיקו ע"כ לא מקרי טענת ברי. וכמש"כ במק"א אליבי' דשיטת הרמב"ם ומחבר דכיון דס"ל בספק בכור דתקפו כהן אין מוציאין דס"ל דאף בטוען שמא מהני תפיסה מספק. א"כ ה"ה בכל תיקו דס"ל דמהני תפיסה אין הכרח לומר לדידהו דס"ל דכל תיקו הוי טענת התופס כאומר ברי לי. דהא באמת לשיטתם אף בטוען טענת ספק מהני תפיסה והארכתי בכ"ז בקונטרס א' בענין ספק תקנה. ע"כ כיון דנתבאר דהא דנכסי בחזקת אשה קאי לא אמרו זה רק בטוען ברי ע"כ בספיקא דדינא לא שייך זה כיון דאינו טוען ברי. אבל לעולם י"ל דס"ל דגם בכתובה אמרו נכסי בחזקתה:

ועפ"ז יש לתרץ קושיות הב"ש סי' צ"ד ס"ק ז' והק"נ ברא"ש כתובות פ' י"ב סי' ו' דכ' גבי איבעיא דשיפצה מהו דמספיקא לא תשפץ. והקשו מן מש"כ הרא"ש פ' הנ"ל סי' ד' באלמנה ששהתה שתים ושלש שנים אבדה מזונותי' דאי' שם תרי לישני. וכתב הרא"ש דמספיקא לא מפסידינן מזונותי'. משום דנכסי בחזקתה קאי ואמאי כתב הכא להיפך והובא לעיל קושיא זו. אבל לפמש"כ אתי שפיר משום דהש"ך בתקפו כהן סי' ע"ח כתב לחלק בין בעיא דלא איפשיטא דלא נאמר בי' תיקו ובין היכא דאמרו בי' תיקו דהיכא דנאמר תיקו אין שום אדם יכול לפושטו לספק זה. משא"כ אם לא אמרו תיקו יכולים לפושטו וע"כ שייך בי' טענת ברי וביותר כתב כן שם בשם המהרש"ל ע"ש. ע"כ יש לחלק דשאני בהך איבעיא דשיפצה מהו דסיימו בתיקו ע"כ אינו יכול לומר ברי ולכן לא אמרו בי' נכסים בחזקתה. משא"כ בכתובות (דף צ"ו) גבי אלמנה ששהתה ב' וג' שנים דנאמרו בי' תרי לישני ולא אמרו בזה לשון תיקו דכה"ג שייך לומר דזהו כמו טענת ברי כנ"ל. וע"כ אמרו בי' נכסי בחזקתה. [ויש לדון בזה בדברי הרא"ש בכמה סוגיות וקצרתי]. ואתי שפיר דברי הרא"ש הנ"ל:

ענף א:

ועדיין יש להקשות על שיטת התוס' בתי' קמא דכתבו דגם בכתובה אמרינן נכסי בחזקתה קאי. דקשה ע"ז משבועות (דף מ"ח) בסוגיא דאין מורישׁ שבועה לבניו דהקשו

מהא דמתה יורשי' מזכירין כתובתה עד חמש ועשרים שנים וכן מהא דנשא ראשונה ומתה כו'. ואח"ז מקשה הש"ס מהא דקתני שהבן גובה שלא בשבועה ותי' הא מני ב"ש דשטר העומד לגבות כגבוי דמי אלמא דאי נימא כגבוי דמי מוריש ממון כזה לבניו כפירש רש"ל שם. א"כ תקשה אי נימא דגבי כתובה ג"כ אמרו נכסי בחזקתה קאי. א"כ מה הקשו ממה דמצינו גבי כתובה דמוריש שבועה לבניו. הא יש לחלק דשאני כתובה דנכסי בחזקת אלמנה קאי והוי מוחזקת. והתם הא נולד ספק בהפרעון: אכן לפמש"כ להוכיח מהא דמתו בעליהן עד שלא שתו דלא אמרו לכלל הזה דנכסי בחזקתה קאי רק היכא דטוען ברי. אבל בטוען שמא לא עשו אותו כמוחזק אתי שפיר מה שהקשיתי. דהא התם בשבועות מיירי ביורשים הבאים לתבוע כתובת אמם וטוענים שמא. ואף דטוענין ליורשים עכ"ז הא להוציא לא טענינן ליתמי וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' ע"ב ס"ק קמ"ב והתוס' כתובות (דף ל"ו) ד"ה והחרשת כו'. רק להחזיק טוענין ליתמי והוי אז כטענת ברי וכמש"כ הרא"ש רפ"ב דכתובות. א"כ הוי התם כמו טענת שמא ובזה לא אמרינן נכסי בחזקתה קאי. ואף דאי נימא נכסי בחזקתם קאי הוי אז כמוחזקים וטוענין להו בכה"ג. עכ"ז כיון דאי לא הוי נכסי בחזקתם דינם אז כטענת שמא ע"כ בכה"ג כיון דלולי הכלל דנכסי בחזקתם כו' דינם כטענת שמא. ע"כ לא אמרו בזה לכלל הזה. והוי התם כמו דטוען בעהש"ט טענת שמא. והבע"ח כטענת ברי דהא טוענין להחזיק עבור יתמי. ובכה"ג לא אמרינן להכלל הנ"ל. אך אין לומר דשאני התם בשבועות דמיירי ביורשים. ויורשים אינם יכולים למכור כתובה שלא בב"ד וע"כ אין דינם כמוחזקים. דז"א דהא אמרינן בכתובות (דף צ"ז) לחד טעמא דמשום שלא תתבזה אמרו כן א"כ אף יורשים לא ניחא להו דליבזי. ואף למ"ד משום חינא עכ"ז ביורשי' נקבות ג"כ מוכרין שלא בב"ד כדקתני התם יורשי כתובתה מוכרים שלא בב"ד ומוקי התם כגון שירשתה בתה ואחותה ועיין בב"ש ריש סי' ק"ג. וע"כ מוכח לומר דשאני התם בשבועות משום דלא מקרי בכה"ג טענת ברי כנ"ל: ועוד יש לומר בזה דהנה הגהות אשרי לכתובות (דף צ"ו) כתב בזה"ל דלכתובה מקרי האלמנה מוחזקת בנכסי' לאחר שתשבע. אבל למזוני מקרי מוחזקת אף בלא נשבעה כו' עכ"ל הג"א. ונלפענ"ד להסביר דבריו דהא עיקר הטעם דמקריא מוחזקת בנכסים זהו משום דמוכרת למזונות שלא בב"ד כנ"ל. ובאה"ע סי' צ"ו סעיף ד' מבואר פלוגתת הרי"ף עם הרמב"ן והרשב"א דהרי"ף ס"ל דאם מכרה לכתובה שלא בב"ד כ"ז דלא נשבעה על כתובתה דס"ל להרי"ף דאם נשבעה לבסוף אז מהני מכירתה למפרע. אבל הרמב"ן והרשב"א לכתובות (דף צ"ח) כתבו דכ"ז שלא נשבעה לא מהני מכירתה שלא בב"ד ומפרשי להא דכתובות שם דאמרו מוכרת שלא בב"ד צריכה שבועה דהיינו

שבועות אלמנה ליתומים על כתובתה. יע"ש בתוס' ד"ה מוכרת שלא בב"ד והובא בביאור הגר"א זצ"ל סי' צ"ו ס"ק י"ז ע"ש וס"ל דכ"ז שלא נשבעה לא נתנו לה רשות למכור שלא בב"ד. וכיון דאינה יכולה למכור שלא בב"ד כ"ז דלא נשבעה א"כ לא החזיקוה בנכסים כ"ז דלא נשבעה. וע"כ שפיר כתב הג"א דלא מקרי מוחזקת כ"ז דלא נשבעה משום דכיון דעיקר טעמא דנכסי בחזקת אלמנה קיימי הוי משום דמוכרת שלא בב"ד לכן כיון דכ"ז דלא נשבעה אינו ברשותה למכור שלא בב"ד. ע"כ לא מקריא מוחזקת כ"ז דלא נשבעה רק למזוני דניזונית אע"ג דלא נשבעה כמבואר בסי' צ"ג סעי' י"ט ע"כ מקריא מוחזקת לעולם. משא"כ לכתובה:

ולכן אתי שפיר הא דשבועות דאין מוריש שבועה לבניו גם בכתובה משום דכל זמן דלא נשבעה לא דיינינן לכלל הנ"ל. והתם הא מיירי בלא נשבעה ע"כ מקרי יורשי בעלה בשם מוחזקים. אלא היכא דנשבעה כבר והיה ברשותה פעם אחד למכור הנכסים שלא בב"ד. ע"כ אף בנולד ספק אח"ז באיזה ענין בהכתובה אז אמרו דנכסי בחזקת אלמנה קאי. דכיון דהוחזק הנכסים ברשותה ונולד הספק בפרעון ולא בעיקר החיוב. ע"כ אז אמרו דמקריא מוחזקת. וכמש"כ התוס' בסוטה (דף כ"ה) ד"ה ב"ש אומרים כו' לחלק כעין זה ע"ש. אבל לא כשלא נשבעה. וכיון דלא הוחזקה כבר בנכסיו ע"כ אם נולד איזה ספק בכתובה לא מקריא מוחזקת:

ואתי שפיר הא דאה"ע ריש סי' צ"ו דדוקא בתפסה מהני אבל בלא תפסה אמרינן ג"כ בכתובה א"א מוריש שבועה. ולא אמרינן דהא כיון דמספקא לן אי הלכה כרב ושמואל או כר"א א"כ האשה מקריא מוחזקת וכמש"כ הב"ש בסי' צ"ג ס"ק כ"א וס"ק כ"ב. דאף בספיקא דדינא דיינינן דנקראת מוחזקת וכמש"כ לעיל. אבל לפי מה דנתבאר דבכתובה כ"ז דלא נשבעה לא מקריא מוחזקת דהא לא היתה יכולה למכור שלא בב"ד כ"ז דלא נשבעה ע"כ א"ש כ"ז. וכש"כ לפי שי' המחבר באה"ע סי' ק"ו דאף בריא המחלק נכסיו לבניו אבדה כתובתה וכמש"כ לעיל דבספיקא דדינא לא דיינינן להכלל הנ"ל משום דמקרי טוען שמא בוודאי א"ש הא דריש סי' צ"ו הנ"ל. ובכה"ג לא טענינן ליתמי כנ"ל. ולכן א"ש מהא דשבועות (דף מ"ח) ואינו קשה כנ"ל: ועפ"ז יש ליישב מה דהקשיתי לעיל מהא דמתו בעליהן עד שלא שתו דאינן נוטלות הכתובה ולא אמרינן הא נכסי בחזקתה קאי כנ"ל. דיש לחלק בפשיטות דשאני היכא דנולד הספק בחיי בעלה כיון דלא נתנה כתובה לגבות מחיים ולא היה לה מעולם זכות למכור לכתובתה שלא בב"ד ע"כ לא מקריא מוחזקת. משא"כ היכא דהיה כבר זמן פרעון והיה בידה למכור הכתובה שלא בב"ד לכן אם נולד ספק אח"ז אם פרעוה היתומים או לא. וכן בגרושה שנולד ספק

אם פרע לה הכתובה לאחר גירושין. בזה שפיר אמרינן נכסי בחזקתה קיימי כיון דכבר אתחזק הנכסים בידה ע"כ בנולד הספק אח"ז מקריא מוחזקת. ועדיין י"ל לפ"ז בב"ב (דף קנ"ז) וסוטה (דף כ"ה) ושבועות (דף מ"ח) ובגיטין (דף ל"ז) וקצרתי. וכה"ג כתב האו"ת בסי' ע"ה ס"ק כ"ב דלא הוי התם כמו א"י אם פרעתי ע"ש. ועפ"ז יש לדון בהא דיבמות (דף נ"ח) דאמרו שם ואביי שאני כתובת אשה דמשום חינא וכן הוא בתוס' כתובות (דף פ"א). דהכוונה הוא דכיון דמוכרת שלא בב"ד משום חינא כמבואר בכתובות (דף צ"ז) ע"כ מקריא מוחזקת ויש להאריך בזה: ענף ב:

אך באמת הדבר צריך טעם לפי מה דנתבאר לעיל דבכל מקום לא ממעטינן מדכתיב איש רק לקטן ולא לחרש ושוטה. א"כ מאי שנא הכא דאמרינן למילף מן איש ולא קטן דה"ה חרש ושוטה משום דלא הוי בני דעת. ואפשר לומר לפי ועכשיו שנתבאר על נכון שי' התוס' בתי' קמא דגם בכתובה שייך נכסי בחזקתה קיימי כיון דמוכרת שלא בב"ד. ואף דבעינן ב"ד הדיוטות כמבואר בב"מ (דף ל"ב). עכ"ז כיון דאינה צריכה ב"ד מומחין מקריא מוחזקת. והטעם הוא דהא התוס' בסוטה (דף כ"ה) כתבו דלכן שט"ח העומד לגבות לאו כגבוי דמי משום דכיון דצריך דיינים ולאו בידו משום דמי יימר דמזדקקי לי' תלתא כדאי' בקדושין (דף ס"ב). ועיין בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' דהעליתי שם דהיכא דסגי הדיוטות דבזה אמרינן דמקרי דבר שבידו כמבואר בשבת (דף מ"ו) עי"ש. ע"כ כיון דאינה צריכה למכור בב"ד מומחין אף דבעינן הדיוטות מ"מ מקרי זה דבר שבידה. אך התוס' בתי' ב' בכתובות (דף צ"ו) הנ"ל שכתבו דבכתובה לא הוי מוחזקת אף דמוכרת לכתובה שלא בב"ד. י"ל דטעמם הוא דהא דווקא למכור לא בעינן ב"ד היכא דאין שום מוחה בידה. אבל אם אינם רוצים להניח לה למכור אז צריכה ליילך לב"ד מומחין להגבותה ולשפוט משפטה. ע"כ דינה כמו כל שט"ח דלאו כגבוי דמי כיון דצריכה ב"ד לגוביינא וזהו לאו בידה כמש"כ התוס' בסוטה כנ"ל:

ונחזור לענינינו במה דמבואר הכא בסי' צ"ז סעי' כ"א דכשמחזיר המשכון צריך להחזיר בעדים דאל"כ נאמן לומר פרעתי במיגו דהחזרתי. וכתב הסמ"ע דבלא מיגו דהחזרתי אינו נאמן. והקשיתי לשאול ע"ז לעיל. אכן לפי מה שנתבאר דהיכא דמוכר שלא בב"ד מומחין מקרי מוחזק. א"כ לפ"ז י"ל מילתא חדתא דה"ה גבי משכון דמבואר בסי' ע"ג סעי' ט"ו דמוכר למשכון שלא בב"ד מומחין רק בב"ד הדיוטות. והש"ך שם השיג על המחבר והעלה דבעינן ב"ד מומחין והאו"ת והקצה"ח כתבו שם ליישב שי' המחבר דכיון דבע"ח קונה משכון ע"כ א"צ ב"ד מומחין. ע"ש. וכיון דמצינו דבמזונות וכתובה אף דבעי ג"כ ב"ד הדיוטות. וגם בדיעבד ס"ל לכמה פוסקים דאם מכרה בינה לבין עצמה

דמכרה בטל דהא דבעי ב"ד הדיוטות זהו לעיכובא כמבואר דיעה זו באה"ע סי' צ"ג סעי' כ"ה. וכן הוא שיטת התוס' כמש"כ הגר"א זצ"ל שם ס"ק נ' ובסי' ק"ג. ואפ"ה כיון דא"צ ב"ד מומחין כתבו התוס' דמקריא בשם מוחזק דנכסי בחזקתה קאי וס"ל דמה דבעי ב"ד הדיוטות זה מקרי בידו כמבואר בשבת (דף מ"ו) כנ"ל. ולפ"ז ה"ה במשכון לשי' הש"ע דס"ל כהריב"ש דבמכירת משכון לא בעי ב"ד מומחין. ע"כ היכא דנולד ספק בהפרעון אף דהמשכון הוא ת"י הלוה. דמקרי המלוה בשם מוחזק על גוף המשכון שהוא לפנינו. וע"כ לא מהימן הלוה לומר פרעתי עפ"י טענת עצמו רק ע"י מיגו דהחזרתי משום דבלא מיגו קאי המשכון בחזקת המלוה. וכמו במזונות וכתובה דכיון דנכסי בחזקתה קאי לא מהימן לומר פרעתי:

ולפ"ז אתי שפיר מש"כ שם גבי משכון דבתוך זמנו אינו נאמן לומר פרעתי במיגו דהחזרתי. והקשו דהא מספיקא דהוי איבעיא דלא איפשיטא אי נאמן במיגו נגד חזקה דתו"ז מהני תפיסה. א"כ ה"ה בזה כיון דהוי הלוה מוחזק כשהמשכון הוא ת"י בחזרה יהיה מהימן במיגו אף בתו"ז. והסמ"ע נדחק בזה ליישבו. והש"ך שם דחה זה בפשיטות משום זה. אכן לפמש"כ א"ש בפשיטות די"ל דהמחבר והרמ"א לטעמייהו אזלי דס"ל דמכירת משכון לא בעי ב"ד מומחים. וע"כ אף בהך איבעיא דלא איפשיטא אי מהימן בתו"ז במיגו הוי המלוה בשם מוחזק אף כשהמשכון הוא ת"י הלוה. וכבר הבאתי לעיל בשם הב"ש בסי' צ"ג ס"ק כ"א וס"ק כ"ב שכתב גבי ספיקא דדינא במזונות דמקרי האשה מוחזקת. וה"ה הכא כיון דהוי ספק בפרעון וגם טוען המלוה ברי ע"כ הוי מוחזק ולא מהימן הלוה אף במיגו נגד חזקה דתו"ז. ואף לפמש"כ לעיל בשיטת המחבר באה"ע סי' ק"ו גבי איבעיא דבריא שחולק נכסיו דמספק הפסידה כתובה. שא"ה דאינה יכולה לטעון טענת ברי בזה. ובטוען שמא לא אמרינן זה וגם תיקו הוי טענת שמא כנ"ל בארוכה דהוי ספק אם תקנו חכמים התם דהפסידה. משא"כ הכא דטוען המלוה ברי לי שלא נפרעתי ע"כ דינו כמוחזק גמור ולא מהימן הלוה משום דהלוה מקרי מוציא מחבירו ועליו הראיה לברר הדין דמהימן במיגו נגד החזקה:

והא דמהימן הלוה לומר פרעתי במיגו דהחזרתי ולא אמרינן לפ"ז דהא ה"ל מיגו להוציא כיון דאמרינן דהמשכון שת"י הלוה ה"ל כאלו הוא ברשות המלוה. זה אינו קשה כלל. דהא מצינו כעין זה בדברים העשוי להשאיל ולהשכיר דס"ל לכמה פוסקים דמהימן התובע לומר גנובים במיגו דהשאלתים ולא מקרי מיגו להוציא ולא ס"ל סברת מהר"ר דודי שכתבו התוס' בשמו בב"מ (דף קט"ז) וב"ב (דף נ"ב) דזה מקרי מיגו להוציא וכמבואר בסי' צ' וסי' קל"ג. והטעם בזה כתב האו"ת בסי' צ' ס"ק ז' וס"ק ט' דכיון דהוי

דבר העשוי להשאיל ע"כ ברשות הבעלים עומד ולא מקרי מיגו להוציא. ועכ"ז אם ליכא עדי ראה נאמן הלוקח לומר לקוח במיגו דהחזרתי רק שי' הרי"ף בזה דאף בליכא עדי ראה אינו נאמן וכמבואר באו"ת שם וסי' קל"ד ס"ק א' באו"ת שם רק דלא קיי"ל כוותיה דהרי"ף בזה. והדברים ארוכין ע"ש:

וכעין זה מצינו בב"ב (דף ל"ב) בתוס' ד"ה והלכתא כוותיה דרבה בארעא כו' דאף דקיי"ל קרקע בחזקת בעליה עומדת לענין ספק ומוקמינן בחזקת מ"ק. עכ"ז כשיש להמחזיק הקרקע מיגו נאמן במיגו ולא הוי מיגו להוציא כיון דתופס עכ"פ ת"י עי"ש. אלמא דמצינו בכמה מילי אף דהוי ברשות בעלים ראשונים עכ"ז כשיש להתופסו מיגו נאמן במיגו ולא הוי מיגו להוציא. ה"ה בהך דמשכון אף דהוי בחזקת המלוה ומקרי המלוה מוחזק עליו. מ"מ כשיש להלוה מיגו נאמן ולא מקרי מיגו להוציא. ודוקא ביש להלוה מיגו. אבל באין ליה מיגו מוקמינן בכל ספיקותיו בחזקת המלוה. ולכן לא מהימן הלוה במיגו נגד חזקה דתו"ז משום דכיון דהוי ספק בדין הוי המלוה מוחזק בזה:

והא דכתבו הטושו"ע בסי' ע"ב סעי' כ"ג דמלוה לא מקרי מוחזק באם ראו עדים שהיה ממושכן החפץ ת"י המלוה ואינם יודעים בכמה עי"ש. י"ל דהא כבר כתבתי לעיל דדוקא היכא דנולד הספק בפרעון בזה אמרו נכסי בחזקת אלמנה קאי. אבל בנולד הספק בעיקר החיוב בזה לא אמרו כלל הנ"ל. וע"כ התם בסי' ע"ב דהוי ספק בעיקר החוב בכמה היה ממושכן אצל המלוה דכיון דהוי ספק בעיקר החוב בזה לא אמרו להכלל הנ"ל. וע"כ אף דמלוה על המשכון יש לו דין מוחזק משום דמוכר שלא בב"ד. עכ"ז היכא דהוי ספק בעיקר החוב מתחלה לא אמרו כן. ושאני הא דסי' צ"ז דהוי ספק בפרעון: והא דסעי' כ"ד בסי' ע"ב בספק פרעון במשכון היכא דהמלוה נסתפק בהפרעון אמרו שם דאינו גובה המלוה אף שהמשכון ת"י המלוה. שאני התם דהא כתבתי לעיל דאף היכא דנולד ספק בפרעון מ"מ כיון דטוען בע"ד שמא ואין לו טענת ברי לא דיינינן לומר כן. א"כ כיון דאינו טוען ברי לכן לא דיינינן לכלל הנ"ל:

ולפ"ז אתי שפיר שיטת המחבר בסי' צ"ז הנ"ל והרמ"א שם. דאזלי לטעמייהו דס"ל לעיל בסי' ע"ג דמשכון לא בעי ב"ד מומחין וסגי בהדיוטות כנ"ל ע"כ מקרי המלוה בשם מוחזק. והש"ך בסי' צ"ז ס"ק י"א דחלק על הרמ"א שם וכתב דהלוה נאמן לומר פרעתי במיגו דהחזרתי אף בתוך זמנו. היינו דהש"ך אזיל לטעמיה דס"ל בסי' ע"ג ס"ק מ' דמכירת משכון בעי ב"ד מומחין דוקא. ע"כ אם המשכון הוא ת"י הלוה מקרי הלוה מוחזק ומהני תפיסתו ואתי שפיר הכל על נכון:

והנה הב"ש סי' צ"ג ס"ק כ"ה כתב על מש"כ המחבר שם באלמנה שתבעה מזונות כו' דעל היתומים להביא ראיה או תשבע שבועת היסת ותטול. והקשה הב"ש מ"ש ממלוה על המשכון דנשבע בנק"ח ותירץ בשם הפרישה משום דהנכסים מוחזקים בידה יותר ממשכון. והב"ש הקשה ע"ז עי"ש. ולפי מה שכתבתי דבמשכון דמוכר שלא בב"ד לשיטת השו"ע דדינו כמו הא דנכסי בחזקת אלמנה קיימי. א"כ אין לחלק ביניהם כלל דהא הך טעמא דבמזונות נכסים בחזקתה שייך ג"כ במשכון לשיטת השו"ע דפסק דמכירת משכון לא בעי ב"ד מומחין:

ואפשר דכוונת הפרישה לחלק ביניהם עפ"י תירוץ שני דהתוס' בכתובות (דף צ"ו) דשאני חוב מזונות דיש לה לעולם עד שתתבע כתובה משא"כ חוב כתובה דמיד שנפרעה נסתלקה ע"ש. א"כ לפ"ז עדיף חוב מזונות מן חוב שבמשכון מה"ט. אבל לפמש"כ לומר דגם בכתובה ס"ל לשו"ע דדינו כמו בחוב מזונות וכמו כן בחוב שיש משכון ת"י המלוה ואף בעת שהוא מוחזר להלוה הוי בחזקת המלוה א"כ אין לחלק ביניהם כלל. ובלא"ה הקשה הב"ש שם דהא חזינן במלוה על המשכון אף דשתק הרבה שנים לא הפסיד החוב. ובחוב מזונות ששתקה שתי שנים הפסידה כמבואר שם:

לכן נלפענ"ד לחלק דלכן אין האשה נשבעת בנק"ח רק היסת דיש לחלק ע"פ מש"כ הסמ"ע בסי' ע"ב ס"ק פ"ז. וכמש"כ הנתיבות שם ס"ק ע"ז כהסמ"ע דכתב דדוקא במחולקין בעיקר החוב אמרו דישבע בעל המשכון בנק"ח. אבל במחולקים בפרעון דינו כמו בשטר דאינו נשבע בנק"ח כ"ז דלא טען השבע לי וכמש"כ הבעה"ת והובא בנתיבות שם. וע"כ שפיר כתבו בשו"ע וטור והרמב"ם דהאשה תשבע היסת משום דמחולקין התם בפרעון ומתורץ קושיות הב"ש והפרישה הנ"ל:

ובאמת בריטב"א כתובות (דף צ"ו) והובא בבית יוסף שכתב בשם גירסת הרמב"ם דתשבע בנק"ח וכתב לדמות זה למשכון. וכ"כ הר"ן בכתובות בסוגיא הנ"ל אך הר"ן כתב ג"כ לחלק דשאני חוב מזונות דהנכסים בחזקתה ביותר. וי"ל דכוונתו דשאני מזוני שהוא מתנאי ב"ד כמש"כ שם הר"ן מקודם וכ"כ רש"י שם. א"כ לדבריהם נראה להוכיח דבחוב שיש עלי' משכון אף שמחולקים בפרעון ג"כ תקנו דישבע בנק"ח ודלא כהסמ"ע הנ"ל. ובאמת זה לוי בפלוגתת הראשונים שם. אבל מן מש"כ הטור והרמב"ם והשו"ע שם גבי אלמנה שתשבע היסת כנ"ל שפיר מוכח כמש"כ הסמ"ע דהיכא דמחולקים בפרעון א"צ לישבע בנק"ח. ובפרט לפמש"כ דהשו"ע ס"ל דאף בחוב שאינו תנאי ב"ד ג"כ דיינינן ליה בחזקת מוחזק כיון דמוכר שלא בב"ד כנ"ל. בוודאי מוכח ממש"כ גבי אלמנה דלא תשבע רק היסת. דהיכא דמחולקים בפרעון שאני ולא תקנו לישבע בנק"ח.

דהא אין מקום לחלק ביניהם כלל. ועיין ברמב"ם ה' אישות פ' י"ח ה' כ"ז במ"מ ומל"מ שם והעיקר כנ"ל: מש"כ התוס' בסוטה (דף י"ד ע"א) ד"ה כדי ליגעה כו' דאף למ"ד דלא דרשינן טעמא דקראי הוא דוקא היכא שכתיב סתמא בקרא וכולל הכל כו' אבל היכא דלא שייך כן לכ"ע דרשינן טעמא דקראי. והובא התוס' הלז בספר שיבת ציון ועפ"י מה שנתבאר יש לפרש על נכון הא דאמרו בכתובות (דף פ"ז) על פוגמת דסבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא כו' אמר רבא שתי תשובות בדבר חדא דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והיא נשבעת ונוטלת ועוד דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות. והקשה הפני יהושע והפלאה שם איך היה ס"ד דרמב"ח ע"ש. בשלמא הא דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות י"ל בפשיטות כמש"כ רע"א זצ"ל בתשובה סי' קנ"ג דטעמא דרמב"ח דס"ל שעבוד קרקע אינו כקרקע. אבל הא קשה מאי יענה במשנה דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין ובמק"א כתבתי הרבה תירוצים לזה. אבל כעת נ"ל בקצרה לפי מה שכתבתי דגם בכתובה אמרינן דנכסי בחזקת האשה קאי אם נולד הספק בפירעון. ע"כ הכא בפוגמת דהוי הספק בפירעון כיון דהוי האשה מוחזקת ע"כ מקריא נשבעת ולא משלמת כן י"ל בסברת דרמי בר חמא. ומש"כ ההפלאה שם די"ל דרמב"ח ס"ל דכגבוי דמי. יש להסביר דבריו ע"פ מש"כ השמ"ק בב"ב (דף ו' ע"ב) ד"ה מי אמרינן מיגו במקום חזקה כו' דרמב"ח דשבועות (דף מ"ה) ס"ל דשט"ח הוי כגבוי עי"ש. וי"ל בזה דרמב"ח אזיל לטעמיה בזה. אך באמת יש לדון הרבה בדברי השמ"ק דשם ואכ"מ. לכן מה שכתבתי כעת אתי שפיר בפשיטות: ולפ"ז אתי שפיר מה דאמרו בירושלמי כתובות פ"ט ה' ז' על הא דפוגמת אמר ר' זעירא כעין שבועת תורה ירדו להם וכתובה לא הוחזקה בידו לגבות אלא כל שגבת מיכן והילך והוא כתובעה עם השטר של מאתים פרוע והיא אומרת מנה לא תפרע אלא בשבועה עכ"ל. וצריך ביאור כוונת הירושלמי. ונלפענ"ד לפרש כוונתו והוא דהירושלמי נותן טעם על שבועת פוגמת דמפני מה צריכה לישבע הא כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והכא נשבעת ונוטלת כקושיית רבא בש"ס דילן. ומאי דתירצו בש"ס דילן דפרע דייק כו' לא היה ניחא זה להירושלמי. וכיון דליתא דכוותיה בדאורייתא לא מתקני רבנן שבועה וכמו דאמרו כעין זה זה בב"מ (דף ד'). וע"כ נותן הירושלמי טעם אחר על שבועת פוגמת והוא דבאמת מה"ת אין דינה כמוחזקת על כתובתה דהא כתב הר"נ ר"פ אלמנה ניזונית דהא דאמרו נכסי בחזקת אלמנה קאי היינו לפי דרבנן העמידו הנכסים בחזקתה ע"ש. אלמא דעיקר מלתא זה אינו רק מדרבנן. ומה"ת אין דינה כמוחזקת ונקראת מה"ת נשבעת ונוטלת ופטורה מה"ת משבועה. רק לפי דמדרבנן העמידו הנכסים בחזקתה ונקראת מוחזקת

ונשבעת ולא משלמת. ע"כ חייבת מדרבנן שבועה כעין דאורייתא לפי דהוי כמוחזקת והבעל בא לתבוע ממנה והאשה מודה במקצת ולכן חייבת שבועה בפוגמת מדרבנן. וגם לפי מש"כ לעיל דעיקר טעם דנקראת מוחזקת משום דמוכרת שלא בב"ד. גם זהו רק מדרבנן משום חינא או משום שלא תתבזה ע"כ מה"ת לא נקראת מוחזקת. ואף דעכשיו דתקנו חז"ל דמוכרת שלא בב"ד. מ"מ מה"ת יש לומר דאין דינה כמוחזקת ומצינו הרבה כעין זה בש"ס ותקצר היריעה מהכיל. ואתי שפיר כוונת הירושלמי:

והא דמקשה רבא הא היא נשבעת ונוטלת. אינו קשה על מש"כ דגם בכתובה מקריא מוחזקת. משום די"ל דהא עיקר הטעם דנקראת מוחזקת בכתובה משום דמוכרת שלא בב"ד כמש"כ התוס' שם כנ"ל. א"כ הא מצינו בכתובות (דף צ"ז) דר"ש ס"ל דמן הנשואין דוקא מוכרת שלא בב"ד לפי שמוכרת למזונות. אבל לכתובה בעיא ב"ד כמבואר שם. והנה כאן במשנה דפוגמת כתובתה דתשבע מבואר בסיפא שם דר"ש אומר כ"ז שהיא תובעת כתובתה היורשים משביעין אותה כו'. אבל ברישא דפוגמת כתובתה תשבע משמע דמודה ר"ש. והא לר"ש לא נקראת מוחזקת דהא בעיא ב"ד למכירת כתובה וע"כ שפיר מקשה רבא לרמב"ח:

גם י"ל לפי מה דקיי"ל דלכן מוכרת שלא בב"ד משום שלא תתבזה א"כ בגרושה בעיא ב"ד דאינו מקפיד על ביזוי שלה כמבואר בסי' ק"ג. והא הך מילתא דפוגמת מיירי בגרושה כמבואר. ובגרושה הא לא מקריא מוחזקת משום דבעיא ב"ד שפיר הקשה רבא. ועוד י"ל לפי מה דקיי"ל דיכולין לומר אי אפשי בתקנת חכמים. א"כ הכא האשה יכולה לומר אי אפשי בתקנת חכמים דעשו אותה למוחזקת. או משום סברת הר"נ הנ"ל או משום דלא צריכה ב"ד וכל זה הוא רק מדרבנן. ע"כ יכולה לומר א"א בתק"ח ואזי היא לא נקראת מוחזקת א"כ א"צ לישבע מה"ת וא"ש סברת רבא:

אך י"ל בזה לפמש"כ המרדכי פ' שני דייני גזירות דלהוציא לא אמרינן א"א בתק"ח. והובא באו"ת סי' ק"ב ס"ק ג' וכ"כ בתשובת מיימוני לספר קנין פ' י"ד. ובח"מ סי' קע"א סעיף ג' בהגה"ה ובביאור הגר"א זצ"ל ס"ק י' ע"ש. א"כ ה"ה הכא אם תאמר א"א אזי תוציא מהבעל בלא שד"א. והוי זה בכלל א"א להוציא דלא אמרינן ויש לחלק. אבל עיקר כלל זה אינו ברור לכו"ע דהא ז"א רק לחד תירוצא שם. ויש שם שארי תרוצים וגם מן מה דמבואר בח"מ סי' פ"ז סעיף י"ב בשם הרמב"ם ושארי ראשונים דבנשבעין ונוטלים דא"י להפך מ"מ אם יאמר התובע א"א בתק"ח וישבע לי היסת שומעין לו. אף דהוי להוציא. ויש לחלק קצת וקצרתי. עכ"פ נתבאר בסברת רבא דאין ראיה לסתור למש"כ. ורמב"ח י"ל דהיה ס"ל דגם גרושה מוכרת שלא בב"ד וכמ"ד משום חינא כמבואר (דף

צ"ז) ואתי שפיר כ"ז: ואין להקשות על מש"כ דגם בכתובה בנולד ספק בפרעון מקרי האשה מוחזקת דא"כ בהא דקיי"ל בסי' צ"ו סעי' י"א דבשבועת דצריכה האשה לישבע על כתובה אם תפסה לא מפקינן מינה. ולפ"ז הא לעולם דינה כמוחזקת ולא תצטרך לישבע. ז"א קשה כלל דלפ"ז תיעקר דין שבועת כתובה לעולם וע"כ לא מהני בזה הך דנכסי בחזקת אלמנה קאי אלא דוקא כשתפסה. וגם הא כתב הר"נ והובא בח"מ שם דדוקא תפסה מעות. אבל לא תפיסת מטלטלי. ופשוט. ועפ"ז יש להעיר במש"כ הב"ש לדון בסי' ס"ו ס"ק ט' גבי אי מהני בסוף ביאה מחילה על הכתובה וכתב לדמות זה להא דח"מ סי' ס"ה דיד הנמחל על התחתונה ע"ש. ולפמש"כ די"ל דמקריא מוחזקת א"כ ה"ה התם: סי' צ"ח ונקט שם לכללא דדוקא היכא דע"י הטעם אנו מוציאין ממשמעות פשט הכתוב בזה קיי"ל דלא דרשינן טעמא דקראי אבל היכא שאין אנו מוציאין מן משמעות פשט הקרא אנו מפרשין להקרא בטעמו. ועיין באו"ת סי' צ"ז ס"ק ובעיקר הנך שני תירוצים של התוס' כתובות (דף צ"ו) הנ"ל שכתבו בתי' קמא דגם בחוב כתובה כיון שמוכרת שלא בב"ד נכסים בחזקתה. ובתי' ב' כתבו דמזונות שאני דכתובה מיד שנפרעה נסתלקה אבל מזונות לעולם יש לה מזונות עד שתתבע כתובתה הלכך הוי נכסים בחזקתה במזונות טפי מכתובה עכ"ל. יש עוד לדון נפ"מ לענין מזונות ג"כ היכא דנהגו כאנשי יהודה דהיו כותבין עד שירצו היורשים ליתן כתובתיך. וכמבואר (דף נ"ב) ואף דקיי"ל כאנשי גליל כמבואר בסי' צ"ג סעיף ג'. עכ"ז היכא שנהגו דיכולין היורשין לפרוע לה הכתובה ולסלקה ממזונות הרשות בידן כמבואר ברי"ף וברמב"ם וברא"ש ובש"ע שם. והיכא שנהגו כן יש לדון דהיכא דמחולקים היורשים עם האלמנה במזונות שעברו כמבואר שם בסעי' ט"ו דעל היתומים להביא ראיה משום דנכסי בחזקת אלמנה קיימא כנ"ל. עדיין יש להסתפק דלפמש"כ התוס' בכתובות (דף צ"ו) ד"ה נכסי בחזקת אלמנה קיימא בתירץ השני לחלק דמזונות שאני מכתובה משום דכתובה מיד שנפרעה נסתלקה. אבל מזונות לעולם יש לה עד שתתבע כתובתה כו'. א"כ זה אינו שייך רק לאנשי גליל דהרשות בידה להיות ניזונת לעולם עד שתתבע כתובתה. משא"כ לאנשי יהודה דהרשות ביד היורשים נסלקה ע"י פרעון הכתובה. א"כ לא שייך לומר לפי טעם זה דהנכסים יהיה בחזקתה. ודומה לכתובה דאין הנכסים בחזקתה ונאמנים היורשים לומר פרענו. רק לפי תי' קמא של התוס' דגם בכתובה כיון דמוכרת שלא בב"ד הנכסים בחזקתה. אינם נאמנים במזונות. וברור דזה תלוי בשני תירוצים הנ"ל: ולכאורה יש להביא ראיה דהתוס' ס"ל דהעיקר כתי' קמא ממש"כ התוס' שם ד"ה ניסת עליה להביא ראיה כו' מדלא משכח עליה להביא ראיה אלא בניסת ש"מ דנתקבלה כתובתה

או דתבעה כתובתה בב"ד אפילו במזונות שעברו עליהן להביא ראיה עכ"ל. ואי נימא כתי' הב' דמזונות שאני משום דיש לה לעולם מזונות. עד שתתבע כתובתה א"כ היכא שתבעה דלא שייך סברא זו לא יהיה בחזקתה. וע"כ מוכח מהתוס' דס"ל לעיקר כתי' קמא. וכן מצאתי בהפלאה שם שהוכיח כן. אבל באמת זה אינו ראיה די"ל דכיון דמקודם שתבעה היה בחזקתה שיש לה מזונות עד שתתבע הכתובה והיה בידה שלא לתבוע הכתובה ע"כ מוקמינן בחזקתה הראשונה דהיתה נקראת מוחזקת. וליתא לראיה זו:

אכן יש להוכיח דהעיקר כתי' קמא של התוס' הנ"ל. והוא דהא בכתובות (דף נ"ד) דרב אמר הלכה כאנשי יהודה ושמואל אמר הלכה כאנשי גליל ופסק שם הרי"ף ובשם מר ר' משה גאון. דהלכה כשמואל והוכיחו שם בראיות ע"ז. ובעל המאור שם פסק דהלכה כרב ע"ש. ודחה ראיות הרי"ף שם. והרי"ף הביא שם ראיה מקריבי' דר' יוחנן דסוף פ"ד דכתובות דמוכח דס"ל לר' יוחנן כאנשי גליל ע"ש. והרא"ש דחה שם ראיה זו. ואי נימא דהך סוגיא דכתובות (דף צ"ו) דקאי אליבא דר' יוחנן דנכסי בחזקת אלמנה קיימא הטעם הוא כמש"כ התוס' בתי' ב'. א"כ מוכח מר' יוחנן דס"ל כאנשי גליל משום דאם ס"ל לריו"ח דהלכה כאנשי יהודה ויכולין לסלק לה הכתובה בע"כ. א"כ מפני מה הנכסים בחזקתה. א"כ ל"ל להרי"ף להוכיח מקריבי' דריו"ח דס"ל כאנשי גליל. והרא"ש דחה זה. יותר ה"ל להביא סוגיא זו דמוכח דריו"ח ס"ל כאנשי גליל. וגם ממה דקיי"ל שם נכסי בחזקת אלמנה קיימי. א"כ ה"ל להוכיח מזה דהלכה כאנשי גליל. וגם הא הבעל המאור כתב שם דלשיטתו דהלכה כאנשי יהודה א"כ הסוגיא דכתובות (דף צ"ו) יהיה שלא אליבא דהלכתא. וע"כ מוכח מזה דמהך סוגיא אין כאן ראיה כלל. די"ל דאף לאנשי יהודה מ"מ נכסי בחזקת אלמנה קיימא. א"כ מוכח מזה דהעיקר כתירוץ א' של התוס'. ולפ"ז גם במקום שנהגו ליתן לה הכתובה בע"כ ולסלקה ממזונות דג"כ נכסי בחזקת אלמנה קיימי דהעיקר תלוי במה שיכולה למכור שלא בב"ד. וזה הטעם שייך אף לאנשי יהודה. ולכן שפיר סתם הטור והמחבר בסי' צ"ג סעי' ט"ו דכ"ז שלא ניסת על היתומים להביא ראיה אף שכתבו לעיל שם דאם נהגו כאנשי יהודה יעשו כמנהגם. א"כ היה להם לחלק בזה ומדסתמו מוכח דהעיקר כתי' קמא של התוס':

ולפ"ז שפיר כתבתי לעיל לפרש שיטת המחבר והרמ"א בח"מ דס"ל בכל חוב דמוכר שלא בב"ד היכא דנולד הספק בפרעון וטוען ברי דנכסי בחזקת הבע"ח קאי והוי מוחזק. ולכן שפיר כתבו גבי משכון דבעל המשכון כשמחזיר בעדים הוי מוחזק על גוף המשכון אם אין להלוה מיגו. וא"ש הכל על נכון. ודע דלפי דברי ההפלאה לק"א סי' ע' ס"ק ט"ז שכתב לחלק דדוקא נגד יתומים דמעולם לא היו הנכסים בחזקתן. ומיד שמת הנכסים

בחזקת האלמנה בזה אמרו דדינה כמוחזקת. אבל בחיי הבעל אף שיכולה למכור אינו יוצא מחזקתו ע"ש. ולפ"ז יש לדון הרבה בכל מש"כ. אבל באמת אין דברי ההפלאה מוכרחים כלל. דלפי מש"כ האבני מילואים בסי' ע' ס"ק ב' לתרץ למה שהקשה דבהלך למדה"י דמוכרת לעצמה דאמאי אין פוסקין לשמואל ע"ש. א"כ מוכח אדרבה כמש"כ משום דלדינא דקיי"ל פוסקין מזונות אף בלא שמעו שמת דזהו לפי דמוכרת לעצמה ומקריא מוחזקת ומוכח כמש"כ:

ט:

מה שהביא בשם הרמב"ם בספרו המורה הכלל בזה. א"כ כמו כן הכא י"ל דס"ל להגמ' הטעם דמיעטה התורה הכא וכי יתן איש ולא קטן משום דכיון דכבר נתבאר לעיל דעיקר חיוב דין שומרים הוא לפי דירדה התורה לדעתן דמתחייב מסדרין לב"ח כו'. ונשאלתי מרב מובהק אם גם ביורשים דגובים מהם אם מסדרין להם או לא כדתנן בב"מ (דף קי"ז) אם מת אינו מחזיר ליורשי' וכן פסק הטור והשו"ע סעי' י"ז והובא בסמ"ע ס"ק ל"ג ובסעיף י"ט או דשאני התם דמיירי בחזרת משכון. אבל בדין סידור אפשר דלא מחלקינן ביניהם. והא דאין נותנין מזונות לאשתו ובניו היינו באם הלוה קיים. אבל לאח"מ אפשר דדינם כמו הלוה עצמו וע"כ לא נקטו בהא דאין נותנים מזונות בלשון יורשי' רק גבי חזרת המשכון נקטו בלשון יורשי' כנ"ל:

והנלפענ"ד בזה דיש להסביר באור הספק דזה תלוי לכאורה במש"כ לדון במק"א במה שהקשה הסמ"ע בסי' ס"ו ס"ק נ"ה על הא דקיי"ל המוכר שט"ח ומחלו מחול משום דפקע שעבוד הגוף פקע שעבוד נכסי. והקשה הסמ"ע א"כ אמאי במת הלוה גובה מיורשיו וכתב לחלק דשאני התם דנפטר הלוה משום פטור המלוה דפטרו ומחלו. אבל היכא דלא נפטר הלוה אף דליכא שעבוד הגוף דמת הלוה. מ"מ לא פקע שעבוד נכסי וכמש"כ כ"ז הר"ן פ' הכותב על דברי ר"ת והובא בקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו. א"כ לפ"ז וודאי לא שייך דין סידור ביורש משום דהא דגובין מיורש אין זה רק משום דנכסי דאינש ערבין לי'. וכמש"כ הר"ן והסמ"ע והקצה"ח כנ"ל. וזהו בתורת שעבוד נכסי כמבואר בבכורות (דף מ"ח) וברש"י קדושין (דף י"ג ע"ב) ד"ה לאו דאורייתא כו' ע"ש. וכיון דבערב אין מסדרין כמבואר בסי' צ"ז סעיף כ"ט לדיעה קמייתא דשם. א"כ הוא הדין ביורש אין לסדר. אבל לפמש"כ התומים בסי' ס"ו ס"ק מ"ג דלכן במת הלוה גובין מיורשי' דאף דפקע שעבוד הגוף מ"מ גובין מיורשי' דאף דמת הלוה מ"מ כשהיורש זוכה בנכסיו אף היורש משתעבד גופו כמו הלוה בעצמו ועליו מוטל לפרוע כמו אביו הלוה. וכעין זה כתב הרא"ש בב"ק פ"א סי' ו' דלכן באחין שחלקו ובא ב"ח ונטל חלקו של אחד מהם

בטלה מחלוקת משום דיתמי כרעא דאבוהון אינון לפרוע חוב אביהם. והובא בט"ז ריש סי' קע"ה. וכ"כ התוס' בב"ק (דף צ"ז) וב"מ (דף ט"ו) וכתובות (דף נ"ה) ובכורות (דף נ"ב) לחלק דאף דאינו גובה השבח ממקבל מתנה משום דאינו על מי לחזור מ"מ מיורש גבי דכרעא דאבוהון נינהו ועליהן מוטל לפרוע חוב אביהם ביותר כו'. וזה הוא הכל כעין סברת האו"ת הנ"ל דשעבוד הגוף מוטל על היורשים ביותר ובמק"א הארכתי בכ"ז. ועיין בנחל יצחק סי' ל"ט בשד"א ענף א' מזה. ולפ"ז יש לדון דכמו דבלוה מסדרין דה"ה ביורש מסדרין כיון דמה דגובין מיורש זהו משום דיש לו שעבוד הגוף על היורש כמו על הלוה א"כ ממילא דינו כמו הלוה עצמו דמסדרין לו:

ולכאורה יש להוכיח דאין מסדרין ליורש מהא דב"ב (קל"ג) אמר רב הונא שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחד רואין אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה ואם לאו נוטלן משום מתנה כו' למאי הלכתא סבר ר' אדא כו' אם ראוי ליורשו אלמנתו נזונית מנכסיו כו' אמר לי' רבא מגרע גרע כו' אלא אמר רבא כדשלח רב אחא אם הי' ראשון ראוי ליורשו אין לשני כו' דירושה אין לה הפסק עכ"ל. ואי נימא דהיכא דגובין מיורש מסדרין. א"כ קשה דמאי מקשה הגמ' מאי נפ"מ אם גובין משום ירושה או משום מתנה. הא נפ"מ רבתא ביניהם ואם זוכה משום ירושה אז מסדרין לו אם ב"ח טורף ממנו. ואם משום מקבל מתנה אין מסדרין לו כדין מי שגובה מלקוחות וממקבל מתנה. וע"כ מוכח דביורש ג"כ אין מסדרין כמו בלקוחות ומתנה. אך זה יש לדחות דהא בלא"ה ה"מ הש"ס למימר התם נפקותא אחרת לפי המבואר בתוס' בסוגיא דשבח בב"מ (דף ט"ו) וב"ק (דף צ"ו) ובח"מ סי' קט"ו סעיף ד' דממקבל מתנה לא גבי השבח ומן יתומים גבי השבח. א"כ הוי נפ"מ דאם ראוי ליורשו וזוכה משום ירושה גובין ממנו השבח ואם זוכה משום מקבל מתנה אין גובין השבח ממנו. וכן ה"מ הש"ס לאוקמי נפ"מ בין זוכה משום ירושה או משום מתנה לגבי הא דשבועות (דף מ"ח) דאין אדם מוריש שבועה לבניו דזהו רק בשבועת יורשין. אבל בשבועות הבא ליפרע מלקוחות וממתנה לא אמרינן כן משום הבו דלא להוסיף עלה. א"כ הוי נפ"מ רבתא אם זוכה משום ירושה או משום מתנה לגבי שבועת הטורף אם אמרינן בי' א"א מוריש כו'. וכן לגבי הא דיובל בבכורות (דף נ"ב) וכהנה רבות ובאמת יש ליישב כ"ז. וגם י"ל בזה דמתנת שכ"מ כירושה שוויי' רבנן וקצרתי. ולכן נדחה ראי' זו לנ"ד:

אבל באמת אין לנו צורך להאריך בזה דזה פשוט דאין שום ספק בזה כלל. דהא בב"מ (דף קי"ד ע"א) ברש"י ד"ה ואידך כו' כתב רש"י בזה"ל ת"ק דמתניתין דאמר מסדרין לב"ח דקתני אם מת אינו מחזיר ליורשים הא לו מחזיר לעולם עכ"ל. וביותר כתב כן הנימוקי

יוסף על מתניתין דב"מ (דף קי"ג) דתני ת"ק מחזיר הכר כו' ואינו מחזיר ליורשים דשי' הרמב"ם והראב"ד והרבה מהמפרשים שכתבו דמסדרין לב"ח משום דת"ק דאמר לעולם הם בתורת חזרה אותם כלים של סידור שהי' לו להניחם אצלו כו' אלמא דשיטת הסוברין דמסדרין לב"ח כדקיי"ל. דמפרשים דת"ק דרשב"ג ס"ל מסדרין במה דתני שם מחזיר לעולם. ואפ"ה קתני התם אינו מחזיר ליורשים וכפירש רש"י אלמא להדיא דביורשים לא שייך דין סידור כלל. והתוס' שם (דף קי"ד) ד"ה מהו שיסדרו כו'. והרא"ש שם דמפרשים בסוגיא זו דהמשנה דאמר ת"ק שם מחזיר הכר כו' מיירי בדין חזרה להמשכון. ולפ"ז אינו מוכח כן לשיטתם משום די"ל דדוקא דין חזרת משכון לא שייך ביורשים אבל דין סידור לב"ח י"ל דשייך ביורש ג"כ. אכן כיון דהעיקר מה דקיי"ל מסדרין לב"ח זהו עפ"י שי' הסוברים כנ"ל. ומפרשים דת"ק דהמשנה ס"ל דמסדרין. והמשנה מיירי בדין סידור וכמש"כ רש"י והנ"י והשמ"ק כנ"ל. וכיון דבמשנה אמרו בפירוש שם אינו מחזיר ליורשים ממילא מוכח דדין סידור לא שייך ביורשים:

וכן יש להוכיח ממה דאמרו שם בגמ' (דף קי"ד) ויחזרו בהקדש מקו"ח דב"ח ומה ב"ח שאין מסדרין מחזירין הקדש שמסדרין אינו דין שמחזירין. וקשה הא י"ל בזה יורש יוכיח שאין מחזירין לו כמבואר במשנה (דף קי"ג) דאם מת אינו מחזיר ליורשים ואפ"ה מסדרין ליורש. [היינו בהקדש להך מ"ד דס"ל דאין מסדרין רק בהקדש] וכה"ג כתבו התוס' שם ד"ה הקדש שאין מחזירין כו'. אלא ע"כ מוכח דאף היכא דמסדרין מ"מ אין מסדרין ביורש והתם קאי לריו"ח דס"ל שעבודא דאורייתא:

ועוד דהא דקיי"ל דאין מחזירין ביורש הטעם הוא משום דכתיב השב תשיבם לו ולא ליורש כמש"כ רש"י במשנה ב"מ (דף קי"ג). א"כ מה"ט אין מסדרין ליורש ג"כ. דהא דקיי"ל דאין נותנין מזונות לאשתו ובניו זהו מדרשא דהחייהו מערכך ולא אשתו ובניו מערכך כמבואר בערכין (דף כ"ד). א"כ כמו דהא דאין מחזירין ליורש נפקא לן ממיעוטא דקרא דהשב לו ולא ליורש. ולא מפרשינן דזהו רק בלוה קיים ואין מחזירין לבניו אף דבניו צריכים להכר. אבל במת הלוה יחזירו ליורשיו משום דדינם כמו הלוה עצמו דעליהם מוטל החוב מצד שעבוד גופן כשיטת האו"ת כנ"ל. אלא לא אמרינן כן ומפרשינן להקרא דקאי אף במת הלוה דאין מחזירין ליורשיו. א"כ ה"ה במה דמסדרין דכיון דנפקא לן מן מיעוט דאין נותנין מזונות לבניו. דג"כ מפרשינן דאף אחר שמת הלוה לא יסדרו ליורשיו דמ"ש. דכיון דשעבוד הגוף בא עליהן מצד שעבוד נכסי. ע"כ אין דינם כמו הלוה בעצמו ואין מסדרין ליורש וכ"ז ברור:

א"ע בחיוב דיני השומרים א"כ כמו דלא מהני מתחייב א"ע להקטן וחרש ושוטה כמבואר בסי' רמ"ג ה"ה דלא מהני חיובו בדיני שומרים כיון דאין זה חיוב מפאת גזה"כ אלא מפני חיוב שמקבל ע"ע ולכן מהני תנאו בזה דלא מקרי יש מי שאומר שאין מסדרין בחוב שאינו דרך הלוואה כגון שכירות כו'. ויש להקשות ע"ז מהא דנדרים (דף ס"ה ע"ב) גבי כתובה דאמרו ש"מ אין מסדרין לבע"ח. ואי נימא דחוב שאינו דרך הלוואה אין מסדרין א"כ הא יש לומר שא"ה בכתובה שאינו דרך הלוואה ע"כ אינו נוהג בו דין סידור כלל. ומזו הסוגיא ראי' לשי' הסוברים בזה דגם בחוב שאין דרך הלוואה מסדרין:

ואפשר לומר דהטור שכתב שי' הסוברים דבאלו אין מסדרין אזיל לטעמיה דהא בטור אה"ע סי' ק"א גבי כתובה דבעברה עליה שמיטה אינה נשמטת מפני שהוא מעשה ב"ד. ומשמע דאם לא היה מעשה ב"ד היתה נשמטת. וזו היא שיטת רש"י כתובות (דף נ"ה) גבי תוס' כתובה ככתובה לשביעית דפי' רש"י דאם לא תוס' ככתובה היה נשמטת. והתוס' והר"נ שם דחו שי' רש"י מטעם דהא כל חוב שאינו דרך הלוואה לא נשמטת. אבל רש"י ס"ל דגם חוב כתובה דינו כמו חוב הלוואה דמה לי חוב הלוואה או חוב שמתחייב א"ע וכמש"כ שם הבית יוסף באה"ע דהטור גריר שם בתר שי' רש"י. וכ"כ הב"ש בסי' ק"א ס"ק ד'. וההפלאה שם בק"א ובחי' לכתובות (דף נ"ה) כתב לחזק שי' רש"י דס"ל דאם לא היה מעשה ב"ד היה משמטת כתובה כמו מלוה דחוב כתובה כמו חוב הלוואה עי"ש. ועל כן אתי שפיר שי' הסוברים דהובא בטור ח"מ הכא דאין מסדרין בחוב שאין דרך הלוואה משום דחוב כתובה דינו כחוב הלוואה. ובאמת לפי מש"כ התוס' והר"נ בכתובות דחוב כתובה אינו כחוב הלוואה לגבי שביעית אף אם לא היה מעשה ב"ד. א"כ לדידהו שפיר מוכח מהא דנדרים הנ"ל דגם בחוב שאין דרך הלוואה מסדרין ג"כ:

סימן צח

א (בשער המשפט שם ס"ק א'):

הביא בשם המהרי"ט ח' ח"מ סעיף מ"ה דהעלה דמחילה בלב לא מהני דאף שיודע בעצמו שמחל לו יכול לחזור ולתבוע חובו דדברים שבלב אינן דברים אם לא היכא דאיכא אומדנא דמוכח שמחל לו. ודברי המהרי"ט הנ"ל הובאו בקצה"ח סי' י"ב ס"ק א' עי"ש. אך השער המשפט הביא שם דזה הדין תליא בפלוגתא דרבוותא קמאי דהרשב"א בחידושי' לקדושין (דף נ') גבי ההוא דזבין נכסי אדעתא למיסק לארעא דישראל דאסיקנא דדברים שבלב אינן דברים כתב וז"ל והא דתנן פרק קמא דנזיר האומר אהא הרי זה נזיר

ואוקימנא בהיה נזיר עובר לפניו ואע"ג דלא פירש דאלמא דברים שבלב הוי דברים התם כיון דאמר אהא ונזיר עובר לפניו כאילו פירש אהא כמוהו שאלו הן ידות נזירות שרבתה תורה אותן. והאי תירוצא לא מחוור דמ"מ דברים שבלב הן דדלמא אהא בתענית קאמר ואפילו את"ל שהתורה רבתה אותן מ"מ נילף מיניה דהא כיוצא בזה אתי למיפשטא מיקריב אותו אף בע"כ. ולא אמרינן שא"ה דרבי' קרא. ועוד קשיא לי נידוק מתרומה דקיי"ל דניטלת במחשבה אלמא דברים שבלב ישנן דברים וליכא למימר שא"ה דרביי' קרא דא"כ היכי אתי למיפשטא מיקריב אותו. אלא דכל כי האי לא דייקי כלל לדברים שבלב דכי אמרינן דברים שבלב אינן דברים היינו שאינן דברים לבטל למה שאמר בפי' כההוא דזבין כו' ובאומר סבור הייתי שהיא כהנת. אבל כל שהדברים שבלבו אינן מבטלין מעשיו אלא מקיימין כנזיר שאמר בלבי היה להיות כזה שהיה עובר או מחשב בתרומה שאין דברי לבו מבטלין שום דבר הוי דברים כו' עכ"ל הרשב"א. ולפ"ז מחילה בלב מועיל דהא אין בזה שום סתירה לפיו. אך בדברי הר"נ לקדושין שם מבואר דאינו מחלק כן. ותליא זה בהך פלוגתא דהרשב"א והר"נ כו' עכ"ל השער המשפט:

מתנה על מש"כ בתורה להיות תנאו בטל כנ"ל ולא עדיף זה מן אלו בא להתחייב א"ע בפירוש. ע"כ ממילא שייך הטעם הלז ג"כ בחרש ושוטה וגמרינן להו שפיר מהא דכתיב איש ולא קטן דנתמעט מה"ט דה"ה ה"ט שייך על חרש ושוטה. ולפענ"ד נראה לדון דאינו ראיה מהרשב"א והוא דיש להקשות על דברי הרשב"א הנ"ל במש"כ דהיכא דאין סתירה למה שאמר בפיו אזי הוי דברים שבלב דברים. דא"כ תקשה דל"ל באומר אהא ה"ז נזיר דנזיר עובר לפניו כמבואר בנזיר (דף ב' ע"ב). הא בלא"ה כיון דחישב בלבו על נזירות יהיה נזיר כיון דאינו מבטל שום דבר של פיו. וכן תקשה דמה יענה הרשב"א במה דאי' בשבועות (דף כ"ו) גמר בלבו צריך להוציא בשפתיו. אלמא דאף היכא דלא הוי סתירה מן פיו מ"מ לא הוי דברים לדברים שבלב. ועוד קשה בעיקר קושיות הרשב"א דהקשה דנילף מתרומה דדברים שבלב הוי דברים. הא זהו קושיות הש"ס בשבועות (דף כ"ו) עלה דגמר בלבו צריך להוציא בשפתיו ומקשו מהא דתני מוצא שפתיך כו' גמר בלבו מניין ת"ל כל נדיב לב וניגמר מינה ומתרץ משום דהוי תרומה וקדשים שני כתובים הבאים כא' הניחא למ"ד אין מלמדין אלא למ"ד מלמדין מאי איכא למימר ומשני חולין מקדשים לא ילפינן עכ"ל הש"ס. א"כ הרי קאמרי בגמ' להדיא דמתרומה לא ילפינן משום דהוי חולין מקדשים א"כ קשה כוונת הרשב"א בחי':

ולכן נראה לפי עניית דעתי לומר בכוונת הרשב"א בהקדם לשון הרשב"א הנ"ל במש"כ נידוק מתרומה דקיי"ל דניטלת במחשבה שיתן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר אלמא

דברים שבלב הוי דברים כו' עכ"ל הרשב"א. דיש לדקדק דל"ל להרשב"א לומר דניטלת במחשבה שיתן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר הל"ל בקצרה נידוק מתרומה דניטל במחשבה כמו דאמרו בכולי ש"ס דתרומה ניטל במחשבה. לכן נראה לי לומר דכוונתו ע"פ המבואר בשבועות (דף כ"ו ע"ב) דלכן לא גמר מנדיב לב משום דהוי תרומה וקדשים שני כתובים הבאים כאחד כו'. ופירש רש"י שם דתרומה היינו תרומת מלאכת המשכן. והתוס' פירשו שם דתרומה היינו תרומת כהן. עי"ש בתוס' ד"ה משום דהוי תרומה וקדשים כו'. ובאמת קשה על פירש רש"י דמי הכריחו לשנות שלא לפרש דתרומה דהתם הוי תרומת כהן כמו בכל מקום. וכמו דהקשו שם הראשונים על פירש רש"י הנ"ל:

ונראה לי בכוונת רש"י דהוכרח לפרש דתרומה היינו תרומת מלאכת המשכן. משום דהמהרש"א הקשה שם בתוס' בד"ה משום דהוי תרומה וקדשים כו' שכתבו שם ואע"ג דתרומה חול אצל קדשים כמבואר בקדושין (דף מ"א) כו'. והקשה המהרש"א כיון דהך סברא דחולין מקדשים לא ילפינן לכו"ע אית להו הכי א"כ ה"ל להגמ' לומר מיד על מה דמקשו שם וניגמר מינה כו' ה"ל לתרץ מיד בקצרה דחולין מקדשים לא גמרינן. וכמבואר בקדושין (דף מ"א) דדוקא אצל קדשים מקרי תרומה חול. אבל לגבי שארי מילי מקרי תרומה קודש. ומה שתירץ המהרש"א המה תרוצים דחוקים:

ונראה לי לתרץ קושייתו ע"פ הא דמבואר בכללי הש"ס של השב שמעתתא של בעל שמן רוקח שער עשירי ס"ק ד' בהא דחולין מקדשים לא ילפינן דדוקא חומרא אין למילף חולין מקדשים. אבל קולא דמצינו בקדשים שפיר איכא למילף לחולין מקדשים. וכן בקדשים איכא למילף חומרא מחולין עי"ש. ויש לי כמה ראיות בזה וקצרתי. והנה מצינו בקדושין (דף מ"א) גבי שליחות מנלן גבי תרומה וכי תימא דיליף מגירושין וקידושין מה לגירושין שכן ישנו חול. וכיון דמוכח בכמה דוכתי דחומרא איכא למילף גם קדשים מחולין כנ"ל בשם הש"ש. א"כ תקשה הא התם בקדושין דמתקדשת ע"י שליח זה הוי חומרא דנאסרת לכל עפ"י קידושי השליח משום איסור א"א א"כ הא הוי חומרא. וכמו כן איכא למילף לתרומה דיהא יכול לעשות שליח להפריש תרומה דיחול ע"ז קדושת תרומה. וע"כ מוכח מזה דמה שיחול הפרשת תרומה ע"י שליח זה לא מקרי חומרא רק זה מקרי קולא דע"י מה שיחול קדושת תרומה ע"ז ממילא מותר לאכול השיריים דיפקע מיניה איסור טבל. ויהיה אוכל והולך על סמך הפרשה הנ"ל דזה מקרי קולא. וכמו כן בקדושין ע"י שליח דאף דע"י זה תחול עלי' איסור א"א אבל מ"מ אהני מעשיו שמקודשת לו ע"י זה ותהי מותרת לו אחר זה כמבואר דבעינן קדושין ואח"ז מותרת לו.

ע"כ מקרי זה בשם קולא דליכא למילף קדשים מחולין ושפיר פריך הגמ' בקדושין דמה לגירושין שכן ישנו חול. ועיין בתוס' שם ד"ה מה לגירושין כו':

וכיון דנתבאר דמה שיחול הפרשת תרומה מקרי בשם קולא כנ"ל. א"כ י"ל דזהו כוונת הגמ' בשבועות שם בתירוץ ראשון דמתרץ דלכן לא גמר מינה משום דהוי תרומה וקדשים שני כתובים הבאים כאחד. ולא תירץ מיד דחולין מקדשים לא ילפינן משום דהיה ס"ל דבכהאי גוונא יליף חולין מקדשים:

וכעין זה מוכח בקדושין (דף נ') דיליף התם דדברים שבלב אינן דברים מן יקריב אותו דכופין לו עד שיאמר רוצה. וקשה הא חולין מקדשים לא ילפינן וכמש"כ המהרש"א דכו"ע ס"ל הכי. וע"כ מוכח דבכה"ג ילפינן משום דזה מקרי קולא ולא חומרא דהא הקרבן כשר אף דהיה מן הכופין ויוצא ידי חובת נדרו אף ע"י כפיי' ובכה"ג יליף חולין מקדשים. וכוונת הגמ' דהוכרח לומר דלכן לא גמרינן משום דהוי שני כתובים כו'. ולא משום דחולין מקדשים כו' משום דהיה ס"ל להש"ס דבכה"ג גמרינן חולין מתרומה כיון דמצינו דעי"ז נתקן איסור טבל ומותר לאוכלו ע"כ גמרינן בכה"ג. משא"כ ממה דמצינו נדיב לב גבי קדשים בזה י"ל דזהו משום חומרת קדשים דהחמירה התורה שמתחייב ע"י חישב בלבו דהא בזה לא מצינו קולא כ"כ. וס"ל להתוס' דחומרא דקדשים מקולא דחולין ילפינן שפיר ואתי שפיר כוונת התוס'. והא דמסיק הש"ס למ"ד מלמדין דלכן לא גמרינן משום דחולין מקדשים לא ילפינן. י"ל דהיה ס"ל להש"ס לחלק דשאני גבי שני כתובים כו' דבסברא מועטת מדחינן להילפותא בכה"ג:

וזה היה ההכרח לפי' רש"י דפירש דהא דשבועות מיירי בתרומת המשכן וע"ז שפיר אמרו דחולין מקדשים לא ילפינן דהא בקדשים ותרומת המשכן דמתחייב ע"י מחשבה בלב זה הוי חומרא התם. דהא לא שייך התם לומר דהוי צד קולא בי' כמו בתרומה דהא שאני תרומה דהוי תיקון לאוכלו אח"ז משא"כ התם. אבל אי נימא לפרש דקאי על תרומה ממש תקשה דאיך אמרו ע"ז דחולין מקדשים לא ילפינן הא זה הוי קולא דבכה"ג ילפינן חולין מקדשים. ולא ס"ל לרש"י לחלק ביניהם ע"פ מש"כ לעיל דשאני ב' כתובים בזה משום דזהו דוחק. וזה הכריח לרש"י לפרש דקאי ע"כ על תרומת המשכן. ועיין ירושלמי סוף פ"ג דתרומות:

ואכתי תקשה דאף לפי מסקנת הש"ס בשבועות דלכן לא גמרי מתרומת המשכן וקדשים משום דחולין מקדשים לא ילפינן משום דגבי תרומת המשכן וקדשים הוי זה צד חומרא. עכ"ז קשה דאכתי נילף דגמר בלבו יהי' חשוב לדברים מהא דמצינו בתרומת כהן

דמחשבה הוי כאמירה בי' ובכה"ג הא ילפינן חולין מקדשים כמש"כ לשי' רש"י וע"פ הכלל של הש"ש דמקולא דקדשים ילפינן שפיר:

ולכן יש לומר מילתא חדתא בשי' רש"י הנ"ל עפ"י הנאמר בבכורות (דף נ"ט) תרומה ניטל במחשבה ופי' רש"י במחשבה שמחשב שני לוגין שאני עתיד להפריש ה"ה תרומה ולהכי קרי לי' מחשבה משום דאינו מונה אותן א"נ נותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר. והתוס' שם ד"ה במחשבה כו' הביאו שני פי' של רש"י הנ"ל אם צריך דיבור או דסגי במחשבה לחודה. ומסקי התוס' דבלא דיבור נמי הוי תרומה כמבואר בשבועות (דף כ"ו) דתרומה וקדשים הוי ב' כתובים כו'. וכ"כ התוס' במנחות (דף נ"ה) ד"ה במחשבה. ובגיטין (דף ל"א) תוס' ד"ה במחשבה אך רש"י במנחות ובגיטין שם כתב בפי' מחשבה דהוי מה שנותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר. הרי דס"ל לרש"י לעיקר בפי' מחשבה דא"צ דיבור. ולכן שפיר הקשיתי לעיל דלמה פירש רש"י בשבועות (דף כ"ו) דתרומה הוי תרומת המשכן ולא תרומה ממש. וגם הא בבכורות שם הנ"ל לא הכריע בפירושו דהוי דיבור בלא הפרשה. והכא בשבועות פי' רק חד פי' דתרומה הוי תרומת המשכן ולכן שפיר כתבתי לעיל להקשות על פי' רש"י דשבועות ותירצתי כנ"ל בארוכה. אבל עדיין תקשה כנ"ל:

ולכן אמרו בב"ק (דף ק"ו) דעיקר הטעם דנתמעט קטן בשומרים הוא לפי דאינו בן דעת וזהו לפי דאינו מועיל חיובו בדיני שומרים למי שאינו בן דעת ודלא כמש"כ לעיל לחלק בין חיוב ע"ע לחיוב דין שומרים דמוכח להיפך. ועד והנלפענ"ד בכוונת רש"י דדקדק בכל הנך מקומות בש"ס הנ"ל לכתוב דמחשבה הוי מה שנותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר ולא פי' בקצרה דהוי מחשבה בלב וכמש"כ תוס' שם. והרמב"ם ה' תרומות פ"ד ה' ט"ז כתב בזה"ל הפריש תרומה במחשבתו ולא הוציא בשפתיו כלום ה"ז תרומה שנא' ונחשב לכם כו'. וכן הוא לשון השו"ע ביו"ד סי' של"א סעיף מ"ו. ול"ל לרש"י לדייק בכל המקומות דאמרו תרומה ניטל במחשבה דהיינו מה שאוכל בצד זה ונותן עיניו בצד אחר. וע"כ מוכח דס"ל לרש"י שיטה אחרת בזה. דבזה דוקא בעינן מחשבה ע"י מה שאוכל בצד אחר. ולא ס"ל כפי' התוס' והרמב"ם דמחשבה לבד סגי. אלא ס"ל לרש"י דלכן מהני מחשבה משום שנותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר. והוא דהא כתב המל"מ פ"א ה' מכירה ה' ד' בשם המהריב"ל דבמקום איסור אז הוי כמו פריש דהוי אומדנא דנתכוין כן כדי שלא יעבור על איסורא. ואח"ז הוכיח המל"מ מקדושין (דף יו"ד) דאי תחלת ביאה קונה כו' דמוכח מהתם דאף במקום איסור לא הוי כפריש וגם הביא שם דהמהריב"ל בח"ב חזר בו ומסיק דאיסור לא הוי כפריש עי"ש במל"מ. ובמק"א הארכתי קצת בזה

ותירצתי קושיות המל"מ מהא דקדושין הנ"ל. והבאתי דברי המהרי"ט ח' ח"מ סי' ס"ה דכתב דאין ראי' כלל מהמהריב"ל בח"ב דחזר בו. דאינו מוכח משם כלל ואדרבא לדינא דעת המהריב"ל הוא דאיסור הוי כפריש ואכמ"ל בכ"ז:

וכה"ג מצינו בגיטין (דף מ"ם) גבי עבד דהשיאו רבו יצא לחירות דמוכיחין מזה דכיון דאינו רשאי לעשות כן מן הסתם עשה בדרך היתר. וכעין זה איתא בחושן משפט סימן רע"ט סעיף ו' וביו"ד סי' רס"ז סעיף ס"ט. ובאה"ע סימן ד' סעיף י"ב וסי' ט"ו סעיף י' ובסי' קנ"ו סעיף ב' ע"ש. ושיטת הרמ"ה המובא בטור יו"ד סי' רס"ז שכתב שם דאף בנשא שפחתו הוי קידושי ספק. ועיין בביאור הגר"א זצ"ל בכל המקומות הנ"ל. ושארי פוסקים ס"ל דמוכח מזה דהוא בן חורין בוודאי. ובאמת יש לחלק בין הענינים הנ"ל דאימתי אמרינן מחמת ההוכחה דלא יעבור על איסור הוי משום זה ספק אומדנא. ואימתי הוי אומדנא וודאית והדברים ארוכין: וכעין זה יש לדון בהא דנותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר דהא יש לנו אומדנא דכיון דאוכלו ואם נאמר דלא היה חושב מעולם על הפרשת תרומה אם כן היה אוכל טבל. ובאמת הא איכא אומדנא דלא יעשה איסור ע"כ אמרינן משום אומדנא זו דבוודאי הוא חושב על הפרשת תרומה במחשבתו. וידוע מה שכתבו הראשונים דהיכא דאיכא אומדנא הוי כפריש. ועיין בתוספות גיטין (דף ל"ב) ד"ה מהו דתימא כו' בסה"ד. ומה שכתבתי בשארי דוכתי גבי ענין מברחת וכדומה. ובאמת אי נימא דבמקום איסור הוי וודאי כמו פריש א"כ א"צ קרא דונחשב דמהני חישב בלבו על תרומה. וע"כ מוכח לומר דס"ל דזה לא הוי כמו אומדנא וודאית על עת מחשבתו בעת שאוכלו. דהא אין לנו הוכחה בשעתו דמהרהר על הפרשת תרומה. משום דיכול להיות דלמא הפריש מקודם אכילתו ואין לנו שום הוכחה בשעתו דהרהר אז על הפרשת תרומה. דהא להרואים אותו דאוכל יש להם להסתפק דלמא הפריש מקודם זמן הרבה. ולכן אין זה דומה למש"כ המל"מ הנ"ל דבמקום שבועה הוי כפריש לקנות בכסף. וכן גבי כהן גדול דקידש בביאה דקדושין (דף יו"ד) דהתם הוי הוכחה בשעתו ונקרא שפיר אומדנא דמוכח לכל דבשעה שעושה האיסור מסתמא עשה אז בדרך היתר ומחשב שיהי' באופן המותר כמש"כ המל"מ כנ"ל. משא"כ הכא וכש"כ להסוברים דאיסור לא הוי כפריש י"ל דבאמת טעמייהו הוא דלא הוי אומדנא וודאית ולא הוי רק ספק בעלמא. וכבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י' וסי' י"א דספק אומדנא מקרי דברים שבלב עי"ש. ועיין בתוס' פסחים (דף צ') ד"ה החיי' עצמך כו' וי"ל דקמ"ל קרא דדעתו בכך עכ"ל. וכה"ג כתבו התוס' בכתובות (דף נ"ו) ד"ה ה"ז כו' דהא דחייבה תורה לכל ד'

שומרין זהו משום דירדה תורה לסוף דעתן דמשעבדים א"ע לכל הכתוב בפרשה ועיין בספרי ח' ח"מ סי' ג'. וה"ה הכא י"ל כן וקצרתי:

ולפ"ז יש לומר בשי' רש"י דפירש דלכן מהני מחשבה בתרומה דסמכינן על מה שנותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר כנ"ל דטעמו דאף דנימא דזה לא הוי כמו אומדנא וודאית בעת מחשבתו כנ"ל. עכ"ז מצד ספק לא יצאנו. ובעת דאוכל הטבל הוי אז לידת הספק לכל שמא חושב במחשבתו אז על הפרשת תרומה והוי לכל הפחות דרא דספיקא אז עכ"פ. וי"ל דלכן אמרה התורה דמהני מחשבה על תרומה משום דהא עכ"פ נולד הספק באומדנא וספק אומדנא הוי ג"כ כמו פריש. ולא הוי כמו כל דברים שבלב דלא הוי דברים משום דהא התם אין כאן שום לידת הספק לנו כמו התם בשבועות (דף כ"ו) גבי גמר בלבו ואשמעינן קרא דונחשב דאף דלא הוי אומדנא וודאית משום די"ל דאיסור לא הוי כפריש בוודאי. או משום דלא הוי אומדנא בעת מחשבתו כנ"ל. עכ"ז מהני דברים שבלב להיות חשוב לדברים וכמו דמצינו בידים דנזירות דאף דלא הוי הוכחה גמורה וכדקאמר הרשב"א הנ"ל. ועכ"ז רבתה התורה דיהי' חשוב כמו דהוציא בפיו. והוא הדין גבי מחשבה דתרומה כיון דנולד עכ"פ ספק לפנינו:

וי"ל דהא דאמרו בחולין (דף ו') ודלמא נתן עיניו בצד זה ואכל בצד אחר גבי דמאי וכה"ג בשבת (דף קמ"א) גבי מדומע דרשב"א ס"ל נותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר והובא כ"ז בתוס' גיטין (דף ל"א) ומנחות ובכורות שם. י"ל דדוקא נותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר הקילו בהו. משום דהא יש דרא דספיקא לפנינו. אבל במחשבה בלבד לא אקילו בהו וכנ"ל. [והא דקדושין (דף מ"א) דאמרו מה להנך שכן במחשבה. אין זה קשה כלל. דהא לחד שיטה בעי דוקא אמירה בתרומה ועכ"ז קרינן לי' מחשבה וכשם דתרומה גדולה במחשבה כו' וה"ה בזה וכמו בכולי ש"ס דקרינן לי' בשם מחשבה]. ולפי מה דנתבאר בשיטת רש"י הנ"ל דלכן מהני מחשבה בתרומה משום דהוי דרא דספיקא מחמת אומדנא דהוי מילתא דאיסורא משום דאוכל בצד אחר יהיה אתי שפיר שיטת הרשב"א על נכון ב"ה:

ויש לעיין בזה לפי מה שכתב הקצה"ח בסי' רמ"ג סעי' י"ט בהך דינא דמי שמתחייב לקטן בשטר ובקנין דלא מהני דזה אינו רק במתחייב לקטן אבל במי שמתחייב לקטנה מהני וכ"כ הנתיבות שם. א"כ לפי מה שכתבתי דעיקר מילת וי"ל דרש"י הוכיח כן מן שבועות (דף כ"ו) הנ"ל בהא דאמר שמואל גמר בלבו צריך להוציא בשפתיו ואמרו מיתיבי מוצא שפתיך תשמור כו' גמר בלבו מניין כו'. וקשה אמאי לא הקשו מהא דמהני מחשבה בתרומה. וגם לפי מה דמסקי דלמ"ד ב' כתובים מלמדין חולין מקדשים לא

ילפינן. אכתי תקשה הא יש למילף מתרומת כהן כנ"ל בארוכה. ודווקא מתרומת המשכן דהוי קדשים שייך לומר חולין מקדשים לא ילפינן. אבל לא מתרומת כהן וכנ"ל. וכש"כ לפי מש"כ מהרש"א שם בתי' הב' דתרומה הוי חול וגמרינן שפיר חול ממש מיני' יע"ש. אך ע"ז יש לעיין מן קדושין רפ"ב דאמרו דגם תרומה מקרי קדשים אצל חולין. ודוקא אצל קדשים מקרי תרומה חול. אך כבר כתבתי לעיל מה שיש לתרץ לקושיות המהרש"א על נכון. ולפמש"כ שם אתי שפיר הוכחת רש"י הנ"ל דהא מתרומת כהן עדיין איכא למילף. וע"כ הוכיח מזה דבתרומה לא מהני מחשבה רק מצד אומדנא דהוי מלתא דאיסורא כנ"ל. וכיון דהוי ספק באומדנא ע"כ מהני מחשבה בתרומה. אבל היכא דלא נולד ספק בהאומדנא שפיר י"ל דלא מהני מחשבה בלב ולכן שפיר אמרו גמר בלבו צריך להוציא כו'. משום דמתרומת כהן אינו ראיה כנ"ל. וכן ביד לנזירות ונדרים אף דנזיר עובר לפניו ס"ל להרשב"א דלא הוי אכתי אומדנא וודאית רק הוי ספק אומדנא. וכדקאמר הרשב"א שם כנ"ל דאפשר אהא בתענית קאמר. אך מחמת דנזיר עובר לפניו הוי לידת הספק עכ"פ באומדנא שלו ורבתה תורה דיהיה חשוב דברים שבלב בכה"ג: ולפ"ז אתי שפיר דברי הרשב"א בקדושין הנ"ל. ונקדים מש"כ הרשב"א שם בקדושין (דף מ"ט ע"ב) בתחילת הסוגיא שם בההוא גברא דזבין נכסי אדעתא למיסק לארעא דישראל ומסיקנא דדברים שבלב לא הוי דברים. וכתב הרשב"א שם דמיירי דאמר קודם שעת מכירה שהוא רוצה לעלות לא"י ומפני כן הוא מחזר למכור ואפ"ה כיון דלא אמר זה בשעת המכר קרינן זה דברים שבלב. משום דדלמא חזר לאח"ז דאל"כ בלא"ה לא מהימן לומר דהיה במחשבתו לבטל המכירה ע"ש ברשב"א ובריטב"א ובשם תוס' רי"ד ע"ש ובפ"י. ועוד כתב הרשב"א שם דכיון שלא אמר בעת שמכר לזה קרינן לי' דברים שבלב דדלמא בעת המכר חזר בי' ורצה למכור בכל אופן עכ"ל. והובא בספרי באר יצחק חלק אה"ע סי' י"א דהוכחתי שם מדברי הרשב"א הנ"ל דגם הרשב"א ס"ל דספק אומדנא במציאות מקרי דברים שבלב כמש"כ הרא"ש שם. ע"ש. ולפ"ז שפיר הקשה הרשב"א אח"ז כיון דכולה סוגיא מיירי בהודיע מתחלה. דרוצה למכור כדי למיסק לא"י. א"כ קשה אמאי אמרו בזה דברים שבלב לא הוי דברים הא חזינן בנדרים ונזירות בידים דמהני אף דאינו אלא ספיקא: וכן בתרומה בנותן עיניו ואוכל בצד אחר דאף דאינו אלא ספק לכל מ"מ מהני מחשבתו. אלמא דאף היכא דלא הוי לן הוכחה ברורה על מחשבתו ג"כ מהני דברים שבלב בזה. א"כ ה"ה בהך עובדא דזבין אדעתא למיסק לא"י דהוי ספק אומדנא כנ"ל יהיה מועיל. וע"ז תירץ דשאני בנדרים ונזירות ותרומה דאין סותר בלבו למה שבפיו אלא מקיים כמו בנזיר באומר הריני כו' ובתרומה דאדרבה מקיים מעשיו דנותן בצד זה ואוכל בצד אחר.

דהוי בכל הנ"ל בפנינו איזה אמירה או איזה מעשה קצת וכיון דהוי לפנינו דררא דספיקא שנולד לפנינו ע"כ מועיל בכה"ג דברים שבלב. אבל היכא דאין כאן בפנינו איזה דררא דספיקא כלל מקודם דנשמע לנו דברים שבלב בזה גם הרשב"א מודה דדברים שבלב לא הוי דברים כדמוכח מנזיר דהיכא דאין נזיר עובר לפניו אף דאמר הריני נזיר לא הוי נזיר וכן בגמר בלבו בשבועה צריך להוציא בשפתיו. ודוקא בתרומה משום דאוכל בצד אחר דנולד לנו ספק אומדנא וכן בנזיר עובר לפניו דווקא דנולד לנו ספק: היוצא לנו מדברי הרשב"א הנ"ל דהיכא דלא נולד לנו ספק כלל אף דחישב בלבו וגם אין סותר למה שבפיו כלל לא הוי דברים שבלב כה"ג חשוב לדברים. כמו באין נזיר עובר לפניו וגמר בלבו דשבועות (דף כ"ו). והיכא דנולד לנו ספק אז יש בזה חילוק דאם אינו סותר למעשיו ופיו אז הוי ספק אומדנא חשוב לדברים. וכמו בהריני נזיר בנזיר עובר לפניו ובתרומה דנותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר. אבל היכא דסותר לפיו כמו בההוא דזבין למיסק לארעא דישראל וכה"ג בזה אינו חשוב ספק אומדנא כלל לבטל לפיו וכמו שהארכתי בזה בספרי ח' אה"ע סי' י' וסי' י"א עי"ש: ובע"כ דברי הרשב"א דקדושין הנ"ל קאי לשי' רש"י בשבועות (דף כ"ו) הנ"ל. משום דלשיטת התוס' בשבועות דכתבו דתרומה דהתם היינו תרומת כהן א"כ הא זהו קושיות הש"ס בשבועות דמקשו ונגמר מתרומה. וע"כ מוכח דהרשב"א מקשה לשי' רש"י דפירש שם דקאי על תרומת המשכן כנ"ל. משום דס"ל דאלו היה מיירי בתרומת כהן שפיר הוי ילפינן על חולין ממנו וכמש"כ לעיל בארוכה. ובאמת מצינו גם להתוס' דאף דפירשו בשבועות דקאי התם על תרומת כהן. מ"מ הא בחגיגה (דף יו"ד) ד"ה לאפוקי מדשמואל כו' כתבו התוס' ג"כ לפרש להא דשבועות דתרומה דהתם קאי על תרומת מלאכת המשכן ע"ש. ואף דהרשב"א בחי' לשבועות כתב כפי' התוס' דשבועות עכ"ז הא מצינו כמה פעמים דהרשב"א מקשה אף לפי' רש"י דאינו פוסק כוותי' וזה ברור לכל מי שיודע דרך הרשב"א וע"כ א"ש הכל על מכונו. ולפ"ז אין ראיה מהרשב"א דיהיה ס"ל במחילה בלב דיהיה מהני וכמש"כ השער המשפט. דהא כיון דלא נולד ספק באומדנא שלו. וכ"ז שלא שמענו ממנו שהיה בדעתו למחול אין שום ספק לנו אם מחל לו. ע"כ בכה"ג לא מהני כלל דברים שבלב אף אם אינו סותר לפיו ומעשיו. וזה ברור בכוונת הרשב"א דאל"כ אין לדבריו הבנה כלל בלא"ה ומוכח כנ"ל:

גם יש לדון בדברי הרשב"א הנ"ל דכתב דיש למילף מן נזירות ותרומה דדברים שבלב הוי דברים. והא זה הוי שני כתובים הבאין כא' ואין מלמדין וכמש"כ הנו"ב במ"ת ח' או"ח סי' קכ"ה ע"ש. אך יש לומר דזה גופא אשמעינן קרא דזה הוי לידת הספק בפנינו

וכעין מש"כ התוס' פסחים (דף צ' ע"א) ד"ה החיי' עצמך כו'. וכתובות (דף נ"ו) ד"ה ה"ז. והובא בספרי ח' ח"מ סי' ג' ע"ש וקצרתי:

ולכאורה יש להעיר במה דשקיל וטרי הש"ס בקדושין (דף נ') דמנלן לרבא דדברים שבלב אינן דברים. הא י"ל דהוכיח כן מהא דקיי"ל בשבועות (דף כ"ו) גבי נדרים ושבועות דאף דגמר בלבו צריך להוציא בשפתיו ויליף לי' זה התם מקראי. ואפשר לומר דשאני היכא דרוצה לעשות איזה ענין חדש כמו נדר ושבועה בזה אמרו דע"פ דברים שבלב אינו יכול לחול עליו הענין התחדשות. אבל לבטל איזה ענין שעושה אפשר לומר בזה דגם דברים שבלב הוי דברים לבטל המכירה או הקידושין או הקרבן כהא דקדושין שם. דכללו ש"ד דמוקמינן אחזקתו שלא נעשה דבר המחודש ואינו אלא כבראשונה. וכיון דלא גמר בלבו לזה ממילא בטלין מעשיו. וע"כ לא הוכיחו בש"ס התם מהא דשבועות הנ"ל. והא דהקשו הרשב"א דנילף מנדרים ונזירות ותרומה. היינו כיון דחזינן דאף דלא דיבר בפיו מ"מ מועיל לעשות הענין המחודש. כש"כ לבטל שלא יחול ענין מחודש בוודאי מועיל אף דברים שבלב במקום שיש לפנינו לידת הספק כמו בנדרים ונזירות ותרומה וע"כ הוכרח הרשב"א לחלק ביניהם כנ"ל. ועיין ברשב"א לגיטין (דף ל"א) ד"ה באומד ובמחשבה כו' דהביא שם פי' רש"י דמחשבה הוי מה שנותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר ודחי שם פי' רש"י דבכורות (דף נ"ט) דפי' מחשבה הוי אמירה בלא הפרשה ע"פ סוגיא דשבועות (דף כ"ו) ופי' דתרומה דהתם הוי תרומת כהן ע"ש. עכ"ז יש לומר דהרשב"א הכא בקדושין כוונתו לשי' רש"י דשבועות הנ"ל וכנ"ל דכן דרך הרשב"א בכמה דוכתי למי שרגיל בספרו:

ועיין בשבועות (דף כ"ג ע"א) בתוס' ד"ה דלמא למיפטר נפשי' כו' דהיכא דאין סותר בלבו למה שהוציא מפיו הויין דברים כו'. וכ"כ שם לקמן (דף כ"ו ע"ב) ד"ה גמר בלבו כו' ופסחים (דף ס"ג) ד"ה המתכוין לומר תרומה כו'. ובר"ש ספ"ג דתרומות משנה ח'. וזהו הכל כמש"כ הר"נ והרשב"א בקדושין (דף מ"ט) והובא בספרי ח' אה"ע סי' יו"ד דהיכא דהוי פירוש למה דאמר בפיו שאני וקצרתי:

דאין דין שומרים לקטן הוא מפני דאין יכול להתחייב לקטן א"כ לפ"ז לכאורה הדין נותן דיהיה דין שומרים לקטנה ובאמת זה אינו. אמנם לפי מה שנראה מן דברי הנתיבות סי' רל"ה ס"ק י"ב דהך מילתא דחילקו בקטנה מן דין ובס"פ המניח בטענו חטים והודה בשעורים פטור דלהרבה פוסקים הטעם דתלינן דמחלו ומבואר שם ובסי' פ"ח דמועיל תפיסה בזה. ועיין בט"ז ח"מ סי' פ"ח סעי' י"ב ובקצה"ח ס"ק ט'. ובנתיבות ס"ק ד' שכתב שם דלכן מהני תפיסה בזה משום דלא הוי הודאה ומחילה ברורה וע"כ הוי זה ספיקא

ומהני תפיסה כמו בכל ספק ע"ש. ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד וסי' י"א העליתי דספק אומדנא מקרי דברים שבלב ע"ש. א"כ לפ"ז י"ל דאי נימא דהך טענו חטין והודה בשעורים דפטור משום ספק מחילה. א"כ קשה אמאי פטור בהודה לי' בשעורים הא כיון דלא הוי רק ספק מחילה א"כ מקרי דברים שבלב. א"כ אי נימא דמחילה בלב לא מהני א"כ תקשה אמאי פטור משעורים הא לא הוי מחילה בפירוש רק דנולד לנו ספק במחשבתו אם מחל או לא א"כ הא מקרי דברים שבלב:

אכן לשיטת הרשב"א וכפי מה שכתבתי לפרש דהיכא דנולד לנו דררא דספיקא באומדנא דמחשבתו אז לא הוי זה בכלל דברים שבלב ומועיל. ע"כ שפיר פטור בטענו חטים והודה לי' בשעורים והוי מזה סייעתא לדברי הרשב"א הנ"ל כפי מש"כ דהיכא דלא הוי סתירה למה שבפיו אז מהני ספק מחילה. אכן לפי הטעם שכתבו הפוסקים בסי' פ"ח דלכן מהני תפיסה בטענו חטים והודה בשעורים דפטור משום דיכול לומר לכן לא תבעתי את השעורים לפי שהייתי מוחזק בהן. או לפמש"כ בספרי באר יצחק חלק אה"ע סי' ט"ז ענף ד' טעם חדש על הא דמהני תפיסה בטענו חטים כו' ע"ש. א"כ נסתר ההוכחה הנ"ל:

והנה בהנך איבעיות דב"מ (דף ל"ד) באמר הריני משלם וחזר ואמר איני משלם או באמרו בניו אין אנו משלמין כו' ובכל איבעיות דנאמרו שם פסק הרמב"ם בפ"ח הל' שאלה הלכה ה' דאם תפס אין מוציאין מידו. והא זה לא הוי רק ספק באומדנא של הבעלים אם הקנה הכפל באופן זה או לא והוי זה ספק באומדנא שלו ואפ"ה פסק דמהני תפיסה. ולפמש"כ בספרי שם דספק אומדנא מקרי דברים שבלב א"כ קשה אמאי מהני תפיסה הא זה הוי כמו דברים שבלב דאינן דברים. אכן אי נימא כשי' הרשב"א בקדושין הנ"ל דהיכא דנולד לנו ספק במחשבתו לא מקרי דברים שבלב כיון דאינו סותר למה שבפיו א"כ א"ש מה דמהני תפיסה בהנך איבעיות הנ"ל כיון דאין בזה סתירה למה שבפיו. וכן מוכח מדפסק הרי"ף בב"מ שם בכל הנך איבעיות דב"מ הנ"ל דפסק דבכל הנך הדין דיחלוקו דקיי"ל ממון המוטל בספק חולקין. והרא"ש בב"מ שם תמה עליו דהא שיטת הרי"ף שלא לפסוק כסומכוס אבל לולי זה היה ניחא פסק הרי"ף הנ"ל דמשווה לי' לכל הספיקות. ותקשה הא זה הוי ספק באומדנא ומקרי דברים שבלב. ומוכח מכל זה כשיטת הרשב"א הנ"ל:

ובאמת משיטת הרמב"ם הנ"ל אינו קשה די"ל דאזיל לטעמיה דס"ל בהא דב"ב (דף קמ"ח) גבי שכ"מ שהקדיש נכסיו דזה הוי ספק מעליא ואף דהוי רק ספק באומדנא מ"מ הוי ספק ואין מוציאין. ולא ס"ל כשיטת הרא"ש דכתב גבי שכ"מ שהקדיש נכסיו

דספק אומדנא מקרי דברים שבלב. וכמו דבארתי כ"ז בספרי סי' ו' ענף ה'. ע"כ שפיר פסק הרמב"ם גבי ספק אם הקנה הכפל דמהני תפיסה משום דספק בדין באומדנא שלו לא מקרי דברים שבלב. אבל מדברי הרא"ש דהקשה על הרי"ף בב"מ שם וכתב דאפשר לומר דבכפל דליכא חזקה לכו"ע חולקין ואח"ז דחה זה משום דהא יש שם חזקת בעלים הראשונים. דמשמע דלולי זה הוי ספק מעליא דאם לא הי' חזקת בעלים הראשוני' היה הדין דחולקין. תקשה הא זה הוי ספק באומדנא אם הקנה הכפל באופן זה או לא א"כ אמאי פסק דחולקין והא שי' הרא"ש בב"ב גבי הקדיש נכסיו דזה הוי ספק באומדנא דמקרי דברים שבלב וכמש"כ בספרי שם. א"כ שפיר כתבתי להוכיח מהרא"ש הנ"ל דס"ל ג"כ כשיטת הרשב"א הנ"ל דהיכא דאינו סותר לפיו לא מקרי דברים שבלב והוי ספק מעליא כיון דנולד ספק לנו במחשבתו כנ"ל. וע"כ אם לא היה חזקת בעלים הראשונים. היה הדין דחולקין וכמש"כ הרא"ש שם:

אכן לפי מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' יו"ד ענף ה' במה דהקשיתי שם על כלל הלז דספק אומדנא מהא דכתובות (דף ע"ג) דהאי תנא מספקא לי' גבי איסורא לחומרא כו'. וכתבתי לתרץ שם ולחלק דהיכא דהיה אומדנא וודאית רק דהספק בהפירוש באומדנא דכה"ג לא מקרי דברי' שבלב וכמש"כ הרשב"א והר"ן דפירוש לדבריו לא מקרי דברים שבלב והארכתי שם בזה. א"כ א"ש הכא דהא כיון דבכל מפקיד אמרו בש"ס דנעשה כמו שאמר כשתגנב ותשלימני פרתי קני' לך מעכשיו רק דהוי ספק באומדנא הנ"ל. אם הקנה ג"כ על אופן דשלמו בנים לבנים. או באמר הריני משלם וחזר ואמר איני משלם וכן כל הנך איבעיות דב"מ הנ"ל דהוי זה כמו פירוש לדבריו דבכה"ג לא מקרי דברים שבלב כמבואר התם בארוכה. ודוקא תנאי מקרי עקירת דבריו וכנ"ל שם. ע"ש. וע"כ נדחה ראי' זו:

ובב"ב פ"ח ברא"ש סי' ל"ב גבי האיבעיא דבריא שכתב נכסיו לאשתו דכתב הרא"ש שם דלא מפקינן מיורשים. אלמא דבספק אומדנא ג"כ הממע"ה. ותקשה על מש"כ הרא"ש בב"ב גבי איבעיא דשכ"מ דהקדיש נכסיו כנ"ל דספק אומדנא מקרי דברים שבלב. אכן כפי שכתבתי אתי שפיר דהא התם לא הוי סתירה למה שאמר בפיו דהא אי נימא דלא עשאה אלא אפוטרופא א"כ זה הוי הפירוש בלשון מתנה דקאמר לה. והוי הספק בפירוש דבריו איך נתכוין באמירתו. ע"כ אין זה דומה לכל ספק באומדנא דנתבאר בספרי שם. דשם הוי ספק אם הי' כלל אומדנא. וע"כ אינו ראי' מהתם לסתור לכלל שכתבתי שם כנ"ל:

אך אכתי תקשה על דברי הרא"ש דב"ב הנ"ל שכתב גבי איבעיא דבריא שכתב לאשתו דמספק איבדה כתובה. הא זה הוי ספק בתקנה דהא עיקר מילתא זה אמרו בגיטין (דף י"ד) דהוי הלכתא בלא טעמא דהכותב נכסיו לאשתו ע"ש. וכבר ידוע דספק בתקנה מוקמינן על דין תורה. ובאמת השמ"ק כתב שם בב"ב בשם הר"נ באיבעיא הנ"ל דכיון דהוי הלכתא בלא טעמא ע"כ אין לך אלא מה שאמרו חז"ל בפי'. וכה"ג כתב הרי"ף שם. אבל העיקר בזה כמו שכתב הבית מאיר בסי' ק"ז דשא"ה דלכן לא מהני תפיסה אף להסוברים בכל ספיקא דדינא מהני תפיסה. משום דכיון דשמואל אמר שם סתם הכותב נכסיו לאשתו כו' דמשמעות לשונו אף בריא בכלל. ע"כ כיון דלא נפשט לומר דבריא אינו בכלל לכן תפסינן פשטות הלשון דבריא ג"כ בכלל ע"ש בב"מ. ולפ"ז וודאי אינו סתירה כלל מהתם לכלל הנ"ל. אך בזה יש לחלק דשא"ה דהוי הבעל והיורשים תפוסים ברשות וכמש"כ במק"א לבאר דבזה י"ל דמהני אף בספק תקנה באיבעיא דלא איפשיט וקצרתי:

ועפ"י מה שנתבאר לעיל דהיכא דאינו סותר לפיו אז היכא דנולד לנו ספק לא מקרי דברים שבלב כלל כנ"ל. א"ש בהנך איבעיות דר"פ אלו מציאות בב"מ דפסקו דמהני תפיסה בספק אי נתייאשו הבעלים וכמבואר בסי' ר"ס סעיף ז' ולא אמרינן דהא הוי דברים שבלב וכנ"ל. ויש להאריך בזה וכן בפרטי דיני אונאה עפ"ז וקצרתי:

וראיתי בפני יהושע לקדושין (דף י"ג ע"א) בהא דאמרו שם בגזל דידה בדשדיך מקודשת משום דאחילתי'. והקשה הא הוי דברים שבלב ולא מהני יעו"ש. אבל באמת אינו קשה דשא"ה דהוי כמו אנן סהדי דמחלה לו וכמש"כ הרא"ש שם סי' כ'. והוי אומדנא ברורה וכמש"כ הקצה"ח בהא דאלמנה ששהתה כ"ה שנים וכן בטענו חטים והודה בשעורים יעו"ש: היוצא לנו מזה דוודאי לא מהני מחילה בלב לכ"ע ואף הרשב"א מודה בזה אם לא היכא דאיכא אומדנא דמוכח. ולשיטת הרשב"א הנ"ל אף היכא דליכא רק ספק אומדנא אם מחלו או לא ג"כ הוי מחילה. ולהר"נ דכתב שם לתרץ בתירוץ אחר על קושיות הרשב"א מן נזירות ונדרים דמהני ידות ותי' דשא"ה דהענין מוכח כו'. א"כ להר"נ י"ל דאינו מוכח לומר דבספק במחשבתו יהיה מהני אף היכא דאינו סותר לפיו. די"ל דכיון דאין לפנינו הוכחה ברורה מקרי דברים שבלב. והא דתרומה ניטלת במחשבה דלא הקשה הר"נ מזה. י"ל דמשום דס"ל כשיטת התוס' וש"פ דהא דשבועות (דף כ"ו) מיירי התם בתרומת כהן. א"כ הא מתרץ הש"ס התם דתרומה הוי קדשים לגבי חול ולא ילפינן ע"כ אינו ראי' מהתם ולכן לא הזכיר זה הר"נ. רק היכא דהוי פירוש על דבריו בזה אף הר"נ מודה דמקרי דברים וכמש"כ הר"נ בקדושין (דף מ"ט) שם:

קטן הוא רק מדרבנן. וכעין מש"כ התוס' ב"מ (דף יו"ד) גבי חצר קטנה דילפינן דהתם הוא מדרבנן כמו כן י"ל דהך דחילקו בין קטן לקטנה גבי התחייבות להם דאינו רק מדרבנן. וכן נראה מלשון הסמ"ע בסי' רל"ה ס"ק כ"ח שכ ויש עוד להוכיח דמחילה בלב לא מהני והא דקיי"ל בכתובות (דף פ"ו) ובח"מ סי' ס"ו דהמוכר שט"ח ומחלו דחייב לשלם להלוקח הזיקו. וקשה הא מבואר בגיטין (דף נ"ג) דהעושה מלאכה בפרת חטאת פטור מדיני אדם ואי אמרת היזק שאינו ניכר שמי' היזק בדיני אדם נמי ליחייב ומפרק לה שהכניסה לרבקה ע"מ שתינוק ותידוש מי חטאת ששקל כו'. ופי' רש"י כיון דהפסול הוא מחמת מחשבתו שנתכוין שתדוש דמשום מעשהו מצי אמר לטובה הכנסתי' וגרמא בנזקין פטור דאמחשבה לא מחייבינן לי' כו' עכ"ל. ואף דעושה מעשה במה שהכניסה לרבקה עכ"ז כיון דבמה דהכניסה לא פסלה אלא עיקר הפסול הוי ע"י מחשבתו דחישב ע"מ שתדוש ע"כ בכה"ג מקרי גרמא בנזקין ופטור. ואי נימא דמחילה בלב מהני א"כ קשה אמאי חייב המוחל לשלם הא כיון דאי' במחשבה ויכול להוציא ענין המחילה ע"י מחשבתו. א"כ מבעיא להיות פטור כמו בעושה מלאכה בפרת חטאת דהכניסה בשביל שתינוק ותדוש. דהא כ"ז דלא אמר לנו דהיה כוונתו בשביל שתדוש לא מיפסלה דהא מנלן דחישב ע"מ שתידוש. וע"כ מיירי דאמר לנו להודיע לנו מחשבתו דחישב מתחלה ובדבר שבידו נאמן ע"א כידוע. ואפ"ה כיון דעיקר הענין יכול להוציא לפועל ע"י מחשבה בלבד לכן פטור לשלם. ומשמע התם ג"כ דאף דאומר כן בפירוש בעת דהכניסה לרבקה אפ"ה פטור כיון דיכול להיות כן ע"י מחשבתו. א"כ ה"ט שייך ג"כ במוחל השטר דיהיה פטור לשלם מה"ט. ומוכח מזה לכאורה דמחילה בלב לא מהני. ועוד דא"כ משכחת מוכר שט"ח ומוחל בלב דיפטר:

ויש לחלק דשאני במוכר שט"ח כיון דלא ידעינן אם מחל לו בלב כ"ז שלא שמענו מפיו. ועכשיו דאומר לנו דחישב במחשבתו למחול דנאמן ע"י מיגו דאי בעי מחל בפירוש בפיו. וכיון דאם מחל בפיו בפירוש היה דינו לשלם. ה"ה עכשיו דאומר דהיה במחשבתו למחול דנאמן במיגו דמחלו בפירוש. וודאי דצריך לשלם. דלא יהא עדיף עכשיו טענתו מן טענת המיגו עצמו וכדמצינו בח"מ סי' ס"ו ש"ך ס"ק נ"ו במוכר שט"ח ואומר דמחלו מקודם דנמכר דחייב לשלם כל דמי שיווי השטר דלא יהא עדיף מן אלו מחלו עכשיו. וכיון דאינו נאמן לומר דמחלו מקודם כי אם מצד מיגו דמחלו עכשיו ע"כ חייב לשלם כל שיווי השטר. או דעכשיו הוא מזיק לו בדיבורו דאומר דמחלו קודם ע"כ דינו כמזיק ממש ע"ש. א"כ ה"ה במה דאומר דחישב במחשבתו למחול דנאמן ע"ז במיגו דמחלו בפירוש א"כ לא עדיף מאלו מחלו בפירוש דהיה חייב לשלם. דאל"כ איך יהיה מהימן

במיגו הא י"ל דלכן לא רצה למחול בפי' כדי שלא יצטרך לשלם. ושאני בהכניסה לרבקה דהוי מילתא דאיסורא דנאמן לומר דחישב במחשבתו ע"מ שתדוש ג"כ. כמו כל ע"א דנאמן בדבר שבידו כמש"כ הרא"ש בגיטין (דף נ"ד) דבאיסורין ע"א נאמן בדבר שבידו. דאף היכא דאין לו תורת מיגו כ"כ. אפ"ה כיון דבידו לעשות כן מהימן וכמש"כ הרא"ש בגיטין שם גבי נטמא טהרותיך דלאו מטעם מיגו הוא דהא אי טמאינהו בעי שלומי ע"ש. וע"כ מקרי התם איתא במחשבה ולכן אף באומר בפיו בפירוש דרוצה שתינק ותדוש אפ"ה פטור כיון דיכול להיות ענין הלז ע"י מחשבה. משא"כ במוכר שט"ח דאינו נאמן רק בתורת מיגו ממש ולא מהני בזה מה שהיה בידו כבר כמו באיסורין. ע"כ אף דאומר דחישב במחשבתו למחול ג"כ חייב לשלם וע"כ לא מקרי אי' במחשבה:

והא דכהנים שפגלו במקדש כו' אין ענין לכאן אף להסוברי' דע"י מחשבה בלבד הוי מפגל וכמש"כ המל"מ ה' פסולי המוקדשין פ' י"ג ה' א' ודלא כשיטת התוס'. משום דראיתי בריטב"א לגיטין (דף נ"ג ע"א) שכתב על הא דאמרו בעושה מלאכה בפרת חטאת כו' דפטור משום דכיון דליכא אלא מחשבה בעלמא לא חשיב היזק. ואע"ג דלעיל גבי פיגול אמרינן דחשיב היזק שא"ה דעבד איהו מעשה ובמחשבה נפסל המעשה אבל הכא דליכא מעשה אלא מחשבה לא עכ"ל הריטב"א. הרי דהריטב"א העיר בזה ותי' כנ"ל. וכוונתו במש"כ דהכא ליכא מעשה היינו דהא יכול לומר הכנסתי' לטובה וע"כ מקרי ליכא מעשה שלו בעת הדישה. ועיין ברמב"ם פ"ז ה' חובל ומזיק ה' ד' ובראב"ד שם וקצרתי:

ועוד י"ל בזה לפמש"כ הרא"ש בב"ק פ"ט סי' י"ג דהא דעושה מלאכה בפרת חטאת דמיפטר זה אינו רק לרבנן דר"מ אבל לר"מ מחייב בדיני אדם ע"ש. א"כ שפיר אמרו במוחל שט"ח דחייב לשלם למאן דדאין דד"ג. וע"כ אף במוחל בלב חייב לשלם לדידן דד"ג. ועיין בישו"ש בב"ק פ"ט סי' כ"ו שכתב לפרש דברי הרא"ש הנ"ל דלא כתב כן רק לפי מה דמשני הגמ' התם בגיטין למ"ד היזק שאינו ניכר שמי' היזק דמ"מ פטור משום דאי' במחשבה. דז"א רק לרבנן דר"מ ולא לר"מ דמשום דר"מ ס"ל דאף דאי' במחשבה חייב. אבל לפי מאי דקיי"ל היזק שאינו ניכר לאו שמי' היזק ע"כ פטור אף לר"מ. וגבי נתייאש ולא גדרה שאני דהוי היזק דמינכרא ע"כ חייב באחריותו ע"ש בישו"ש. ועפ"י דברי הישו"ש הנ"ל ניחא דברי רש"י בב"ק (דף נ"ו) שכתב גבי עושה מלאכה בפרת חטאת דמיפטר משום דהיזק שאינו ניכר לאו שמי' היזק. ולא כתב הטעם דאי' במחשבה דלכו"ע מיפטר משום זה. אבל לדברי הישו"ש הנ"ל אתי שפיר דכוונת רש"י לפרש דלכו"ע מיפטר אף לר"מ לדידן דקיי"ל היזק שאינו ניכר לאו שמי' היזק וכמש"כ הישו"ש. ולכן

שפיר פריך שם הש"ס ותו ליכא והאיכא העושה מלאכה בפרת כו'. משום דלדינא כ"ע מודו בזה:
ולפ"ז במוחל שטר שמכרו דהוי היזק דמינכר וכמש"כ הרשב"א בגיטין (דף נ"ג) והר"נ שם לבאר דמוחל שטר הוי היזק דמינכרא. ע"כ אף היכא דאיתא במחשבה עכ"ז חייב למאי דקיי"ל כר"מ דדאין דד"ג. דהוי כמו נתייאש ולא גדרה וכמש"כ הישש"ס כנ"ל. וע"כ אינו מוכח מזה כלל לדון דמחילה בלב לא מהני ונסתר ההוכחה הנ"ל. אך כבר נתבאר ע"פ ראיות אחרות דמחילה בלב לא מהני וכמו שכתבו הקצה"ח והשער המשפט:

סימן צט

א:
(סעיף א' ש"ך ס"ק ו'):
העלה דאין הלוה נאמן לומר על מה דת"י דהוא של אחרים במיגו משום דה"ל מיגו במקום חזקה דמה דת"י הוא שלו. והנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ל"ז ובסי' מ"ג ובסי' נ"א הקשה בהא דחיישינן לשאלה גבי איסור א"א ביבמות (דף ק"כ) וב"מ (דף כ"ז) דהא יש לנו חזקה מה דהיה ת"י בעת שהיה לבוש בהם בחייו דהיה שלו ולא של אחרים ותי' משום דנגד חזקה דת"י הוא שלו יש כנגדו חזקת א"א הסותרו ומזה הוציא כמה דינים מחודשים בענין עגונות. אבל באמת תירוצו הוא דחוק דהא לשיטת הש"ך דלא מהני מיגו נגד החזקה דת"י הוא שלו. א"כ חזינן דהך חזקה ה"ל חזקה אלימתא. ואלו במקום חזקת א"א הא מהני מיגו ביה כדמצינו בגיטין (דף ס"ד) דאמרו דאם אמרה קמי דידי לגירושין יהיב נאמנת במיגו כו'. א"כ עדיין תקשה דאמאי חיישינן לשאלה הא ה"ל חזקה אלימתא דמה דת"י הוא שלו דזה עדיפא מן חזקת אשת איש. וכן מצאתי בהנודע ביהודה בסי' ל"ז שם דהעיר בזה בעצמו. א"כ מזה יהיה סייעתא לשיטת האו"ת בסי' צ"ט ס"ק ד' דחולק על הש"ך וס"ל דנאמן במיגו נגד החזקה דת"י הוי שלו. אכן לפמש"כ התורת גיטין בחי' לגיטין (דף ס"ד) בסוגיא דשליש לדון דמיגו לא מהני במקום חזקת א"א יש לדון בכ"ז. אבל בעיקר דבריו יש לעיין הרבה. גם יש לדון בזה דכיון דאין קנין למת לא שייך ביה לדון להחזקה הנ"ל. אך מ"מ ז"א דהא אנו דנין על עת הלבישה דהיה בחייו כנ"ל: ולענד"נ דעיקר קושיות הנו"ב הנ"ל אינו קשה והוא דלכאורה קשה על מש"כ הרמ"א דלא מהימן הלוה לומר דשל אחרים הוא במיגו דהוי מיגו במקום חזקה כו'. והא כתב הש"ך בסי' ע"ה ס"ק מ"ג בשם הרמב"ן והר"נ ובסי' צ' ס"ק ד' דהגזלן נאמן לומר שלי נטלתי במיגו דהחזרתי. אלמא דאף דזהו נגד החזקה דמה דת"י הוא

שלו עכ"ז מהימן במיגו אף דהנגזל טוען ברי להכחישו. א"כ כש"כ בלוה הבורח דיהא נאמן דשל אחרים הוא במיגו דהא ליכא לפנינו שום טענת ברי הסותרו. ולכאורה הוא קושיא אלימתא. אבל באמת אין זה קשה כלל משום דנ"ל ברור הסבר הדבר של החזקה דמה דת"י הוא שלו דזהו כעין גדר מיגו להוציא דלא אמרינן. 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' דזהו משום דהוי כמו בא להוציא ממשועבדים דצ"ש. וזהו לפי דהמוחזקות של הלוה הוי כמו דהבע"ח בעצמם הם מוחזקים דכל הזכות שיש להלוה שייך הכל לבע"ח. ולכן אינו נאמן הלוה להוציא מחזקת 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"ג דכתובות דמה דטוענים ליורש הוי זה כמו טענת ברי. וכעין מש"כ התוס' בב"ב (דף נ"ב) בתוס' ד"ה דברים העשויין כו' בסה"ד בשם מה"ר דודי כו'. ואף דהש"ך כתב כן שם בסי' צ"ט בשם הרשב"א. והש"ך בסי' פ"ג ס"ק ז' הביא בשם הרשב"א דס"ל דאמרינן מיגו להוציא. עכ"ז הא זהו אינו ברור דהרשב"א בתשובה ח"ג סי' שנ"ג כתב דהסברא נוטה דלא אמרינן מיגו להוציא ע"ש. ועיין בחידושי בסי' ע"ב סעי' י"ח ענף א' מזה. וגם י"ל דהך סברא דמעלת החזקה דת"י הוא שלו בצירוף מעלת מוחזק ביחד אלימא דלא אמרינן מיגו כנגדו:

והא דמבואר בסי' צ"ט בש"ך ס"ק ו' דבידוע שיש לו עיסקא מן אחרים נאמן במיגו. י"ל דשא"ה דבזה הא איתרע ליה החזקת ממונא ולא אילימא כ"כ וע"כ מהני ביה מיגו. אבל היכא דלא איתרע ליה חזקת ממונא אז לא מהני מיגו דה"ל כעין מיגו להוציא. וכיון דעיקר מעלת החזקה הוא בשביל המוחזקות. ומה"ט אמרו גבי שטר דנאמן לומר דש"ח פרוע הוא וכה"ג במיגו משום דהא אינו תופס גוף הממון ת"י וכמש"כ הש"ך בשם הראשונים הכא בס"ק ו'. וכ"כ הש"ך לעיל בסי' מ"ז ס"ק ו'. דזהו הכל לפי דעיקר ההסבר של החזקה הנ"ל משום דה"ל כעין מיגו להוציא. וע"כ באינו תופס גוף הממון רק השט"ח דלאו כגבוי דמי ע"כ שפיר מהימן במיגו. ולכן א"ש מה דמהימן הגזלן לומר דידי חטפי במיגו כמו בהא דנסכא דר' אבא כנ"ל דהא כיון דהוי הגזלן עכשיו מוחזק ע"כ מהימן במיגו להחזיק גוף החפץ ת"י. אבל גבי הא דסי' צ"ט דרוצה הלוה להוציא מחזקת הבע"ח דהא נכסיו הם עומדים בחזקת הבע"ח ע"כ שפיר אמרו דאינו נאמן במיגו להוציא מחזקתם. וזהו מוכרח:

ולפ"ז אתי שפיר קושיות הנו"ב הנ"ל במה דהקשה במה דחיישינן לשאלה דהא יש לנו חזקה דמה דהיה ת"י בעת שלבשן בחייו דהיה שלו. דלפמש"כ אין זה קשה דהא עיקר מעלת הך חזקה הנ"ל הוא משום מעלת מוחזקות וחזקת ממונא ואין מוציאין ע"י המיגו מן חזקת ממונא. והנה הנתיבות בסי' ל"ד ס"ק ט' כתב דחזקת ממונא לא הוי חזקה המבררת רק אין לנו כח להוציא החפץ מן המוחזק וכ"כ הקצה"ח בקונטרס התפיסה ע"ש. ע"כ לא שייך הך חזקה הלז רק במה דאנו דנין על החפץ להוציאו מחזקת התופסו. ואזלינן בתר המוחזק. אבל מ"מ לא הוי זה חזקה המבררת לברר לנו הספק שנולד לנו על האשה אם היא אסורה באיסור א"א או לא. דהא זה לא הוי חזקה המבררת על ענין אחר רק על החפץ עצמו אמרינן הממע"ה: וכן כתבתי לדון מה"ט בקונטרס עגונות אשר לי על מש"כ החלקת מחוקק בסי' י"ז ס"ק מ"ב דלאו דוקא לשאלה חיישינן אלא גם למכירה חיישינן. והקשיתי דהא מוכח בכ"ד דחזקת מרא קמא הוי חזקה אלימתא. אבל האמת הוא הכל ע"פ סברא הנ"ל דחזקת מ"ק הוי בגדר חזקת ממונא כמש"כ בקונטרס הספיקות של הקצה"ח בכלל א' ס"ק ה' ובכלל ו' ס"ק י"א. וע"כ אף דחזקת מ"ק הוי חזקה אלימתא עכ"ז עיקר תוקפה של מעלת חזקת מרא קמא הוא משום מעלת חזקת ממונא כנ"ל. וע"כ לא מהני מעלת חזקת מ"ק לברר למה שנולד לנו ספק בענין איסור דא"א. ועוד יש לדון בכ"ז ע"פ הא דמצינו באה"ע סי' ל"ה ב"ש ס"ק למ"ד בשם הרמב"ן דחזקת קרובות לא מהני לזו ע"ש. וכה"ג כתבו התוס' בכתובות (דף ע"ו) ד"ה רישא מנה לאבא בידך כו' דחזקת אשה לא מהני לגבי האב. וכה"ג כתבו הפוסקים ביו"ד סי' ק"י בחצי חתיכה דפריש מקודם שנודע התערובות דהחצי השנית ממנה אחר דנולד תערובת אסורה משום דאף דאידך חציו מכשירין משום כל דפריש מרובא כו'. עכ"ז אין מוכיחין מזה על הב'. אלמא דמצינו דחזקה והרוב לא מהני לברר רק במה דהוי ביה החזקה והרוב אבל לא להוכיח ממנו במה דאין בו החזקה והרוב. א"כ ה"ה בהך חזקת מ"ק והחזקה דמה דת"י הם שלו. זה לא מהני לברר רק על החפץ דיש בו הנך חזקות. אבל לא מהני זה להוכיח ממנו על ענינים אחרים כנ"ל וכן י"ל בטעם הדבר דחשו לשאלה ולא אמרו ביה חזקה דכאן נמצא כאן היה משום דלפמש"כ א"ש הכל על נכון:

ובקונטרס עגונא אחת הארכתי בכ"ז הרבה. ולכן מתורץ על נכון קושיות הנו"ב הנ"ל. וע"כ אין להוכיח מקושייתו כשיטת האו"ת הנ"ל. ואין להזניח דברי אדונינו הש"ך. ומצאתי כעת בספר מראות הצובאות באה"ע סי' י"ז סעיף כ"ד ס"ק פ"ט בהג"ה שכתב דיש לו תמיה רבתי על הש"ך דסי' צ"ט הנ"ל מדידי' אדידי' מהא דפסק בסי' ע"ה וסי' צ' דגזלן נאמן לומר דידי חטפי במיגו אף דהוי נגד חזקה דת"י הוא שלו ונשאר בצ"ע.

אבל לפמש"כ אין זה קשה כלל. ולפי מה דנתבאר מתורץ מה דהקשה הש"ך בכללי מיגו ס"ק י' על הא דסי' צ"ט דלא אמרינן מיגו במקום חזקה דת"י הוא שלו והא בב"ב (דף ה') לא איפשיט ונדחק לפי שאין החזקות דומות זו לזו. אבל לפי מש"כ אין זה קשה כלל ואף דמן הש"ך שם לא משמע כן עכ"ז העיקר הוא כמו שהוכחתי כנ"ל. והאו"ת העלה כאן דאמרינן מיגו במקום חזקה דת"י הוי שלו. ועכ"ז יש לדון בזה לפמש"כ בחידושי לעיל סי' ס"ב דמיגו במקום חזקה ובצירוף מיגו דהעזה לא אמרינן והוכחתי כן מן התוס' דב"ב (דף ה') ע"פ מש"כ האו"ת בסי' ע"ח ס"ק ח' יעו"ש. א"כ לפ"ז י"ל ה"ה הכא דהיכא דהמלוה ראה את החפץ ת"י הלוה דאף דיש לו מיגו דלהד"ם או החזרתי דאף דקיי"ל דאמרינן מיגו דהעזה עכ"ז היכא דהוי ג"כ מיגו במקום חזקה ובצירוף מיגו דהעזה דכה"ג לא אמרינן מיגו ובזה אף לשי' הסוברים דאמרינן מיגו במקום חזקה דת"י כו' כמו בכל חזקות. דמ"מ בכה"ג לא מהני מיגו לכ"ע ועפ"ז יש לתרץ הסתירות בזה דהובא בש"ך הכא:

ותשובת הרשב"א דהובא בבית יוסף סוף סי' מ"ז דמשמע דנאמן לומר של אחרים הוא במיגו והובא בש"ך הכא וכתב הש"ך לתרץ דמיירי דהמטלטלין הם ביד האחר רק דהיה ידוע לראובן והיה עדי ראה כו'. אבל הב"ש בסי' ק' ס"ק ה' הביא לדברי הרשב"א הנ"ל ותירץ דכיון דהיה שם כת"י מן הבעל שזמנו נכתב מקודם הנישואין ואז לא היה מחייב לשום אדם ע"כ נאמן במיגו ואף דהיא אומרת שנכתב אחר הנישואין מ"מ אין זה מיגו במקום חזקה כיון דלא הוחזק שעבוד הבע"ח מקודם וע"כ בכה"ג מהימן במיגו. ולמדנו מדברי הב"ש דאף דאין נאמן במיגו לומר של אחרים הוא וכמש"כ הש"ך. דמ"מ אם יש כת"י בזמן הקודם לשעבוד הבע"ח דאף דלא סמכינן על זמן דהכת"י כמש"כ הש"ך בסי' מ"ג ס"ק ח' ובסי' מ"ח ס"ק ב'. דמ"מ בצירוף המיגו שלו סמכינן על זמן דהכת"י דלא יהיה כמו מיגו במקום חזקה כו':

ולעיל בסי' מ"ז העלתי דאם אמר הלוה על החפץ דת"י בעת שבא הבע"ח לגבותו ואח"כ פרע להמלוה וטוען הלוה עכשיו דהחפץ הוא שלי ומה דאמרתי כן מקודם היה כוונתי רק לדחות להבע"ח שלי וכמו המבואר בסי' מ"ז באמר שטר אמנה דנאמן לומר דאמר כן כדי לדחות להבע"ח. דה"ה בזה דאם הלוה עדיין מוחזק בהמטלטלין דנאמן לומר כן. רק אם מסר החפץ להאחר אז אינו נאמן להוציא החפץ מן הלוה ולא מבעיא אם מסר מדעתו להאחר דאז יש לומר דמסתמא האמת הוא עם האחר. ואף אם עבר ותפס החפץ בע"כ של הלוה ג"כ יש לומר דאין מוציאין מן האחר וכמש"כ שם בארוכה הטעם דזה הוי ספיקא כמו בטענו חטים והודה בשעורים דסי' פ"ח דנתבאר שם בארוכה ע"ש:

והיכא דמהימן לומר דשל אחרים הוא א"צ לומר של מי הוא. כמש"כ התוס' כעין זה בב"ב (דף נ"א ע"ב) ד"ה קבל מן האשה כו' גבי אשה דנאמנת דשל אחרים הוא דא"צ לומר של מי הוא ע"ש. והא דלעיל סי' ע' סעי' ג' טען ואמר כן עשיתי ופרעתיך בפני פלוני ופלוני כו'. וכתב הש"ך שם ס"ק י"ג משמע דוקא במייחד עדים כו'. אין זה דומה לנ"ד דשא"ה דה"ל לגלות האמת מי הם העדים דהא אין שום חובה להעדים מזה. משא"כ בנ"ד יש לו לומר דדלמא אינו רוצה הנפקד שיפורסם שזה החפץ הוא שלו וכדמצינו בכמה דוכתי דאמרינן שלא להשביע וכיוצא. וכיון שכתבו התוס' בב"ב דא"צ לומר מי המה האחרים ע"כ כן נקטינן לדינא בפשיטות:

סימן קא

א (סעיף א'):

אם יש לו מעות צריך ליתן לו. והנתיבות בסי' ק"ז ס"ק ד' כתב דהא דבע"ח דינו בזוזי הוי זה מה"ת יע"ש. וכן משמע מהתוס' ב"ב (דף צ"ב) ד"ה אי דליכא לאשתלומי מיני' כו' דכתבו דלכן בע"ח בזוזי משום דאדעתא דפרע לי' זוזי אוזפי' כו'. א"כ מה"ט הדין נותן דזהו מה"ת. אכן הסמ"ע בסי' ק"צ ס"ק י"א כתב דמה"ת יכול לסלק לבע"ח אף בזיבורית אף שיש בידו מעות כו' עי"ש. אלמא דלא כהנתיבות. ועיין סוף סי' רל"ב וברמ"א. וכן מוכח ממש"כ התוס' בכתובות (דף צ"ב ע"א) ד"ה אי פיקח מגבי להו כו' דאף דבע"ח דינו בזוזי מ"מ במקום פסידא יכול להגבותו בע"כ בקרקע כו'. א"כ מזה משמע דהא דבע"ח דינו בזוזי אין זה רק מדרבנן דאם היה מה"ת א"כ לא מהני בזה אף דהוי פסידא. ומוכח מזה דזהו רק תק"ח ע"כ במקום פסידא אוקמי אדאורייתא. ואף דהריטב"א בכתובות שם ובשמ"ק שם הביאו בשם דיעה א' דפירשו להא דאי פיקח מגבי לי' ארעא הכוונה דיפייסם דיתרצו לקבל קרקע בחובם. עכ"ז הא לדינא נקטינן כתי' התוס' דאף בע"כ מגבי להו קרקע במקום פסידא וכמש"כ הר"נ בכתובות שם. וכן הרא"ש בכתובות פ' יו"ד סי' ח' כתב לדינא דבמקום פסידא מגבה לבע"ח בזוזי. אף שכתב דיש לדחות ראיות התוס' הנ"ל. מ"מ לדינא כתב שם ובפסקי הרא"ש שם דבמקום פסידא מסלקו בזוזי. וכ"כ הטור בריש סי' ק"א ובבית יוסף שם. וכן מצאתי בקצה"ח סי' ק"א ס"ק ה' שכתב דהא דבע"ח דינו בזוזי אין זה רק מדרבנן עי"ש. ועיין בב"ב (דף קכ"ד ע"ב) תוס' ד"ה גבו מעות כו' ובב"ק (ד' מ"ג ע"א) תוס' ד"ה ולר"נ שגבו קרקע כו'. והדברים ארוכין:

סימן קג

א (סעיף יו"ד):
שמו קרקע לאשה ונשאת כו' וי"א דוקא כשמתה האשה. ש"ך ס"ק כ' והב"ח כתבו דגם להרא"ש והטור לאו דוקא כשמתה וכן עיקר דהא הרא"ש והטור ס"ל באה"ע סי' צ' סעיף ט' דאפי' גוף הקרקע מוציא הבעל מלקוחות בנ"מ אף בחיי' כו' וגם הרמב"ם סובר כן ואע"ג דבחיי' לית לי' אלא פירות וקיי"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף מ"מ כיון דלבתר תקנת אושא הבעל מוציא מלקוחות אלמא דכשמתה הוי לוקח למפרע משעת נישואין וה"ל כקונה הגוף מחיים ובזה מיושב קושיות התוס' בב"ב (דף קל"ט ע"ב) ד"ה והיורש את אשתו כו' והקשו דהא מחיים אין לו אלא פירות. אבל לפי מה דנתבאר דה"ל לוקח מחיים על הגוף שפיר כתב הרשב"ם כו' עכ"ל הש"ך. וכ"כ הב"ש באה"ע סי' צ"א ס"ק ו' דמש"כ הרמ"א ומתה למד זאת מדברי הב"י דמפרש כן דברי הטור ואינו מוכרח וכמש"כ הב"ח וכן נ"ל דהא דין זה נובע מתקנת אושא ושם מבואר דאפי' בחיי' דינו כלוקח עכ"ל הב"ש. והקצה"ח כתב דלא קשה מתקנת אושא דלא היה תקנה מעולם שיהיה הבעל לוקח על הגוף מחיים דהגוף הוי של האשה ולבעל אין לו אלא פירות והא דמוציא מהלוקח כבר כתב רש"י פ' החובל (דף פ"ח) באושא התקינו דאע"ג דבעלמא לאו כקנין הגוף דמי בעל בנכסי אשתו אלמוה רבנן לשיעבודו משום איבה וכ"כ רש"י לקמן כו' אלמא דעיקר הטעם דתק"א לא הוי משום דעשאוהו כלוקח על הגוף אלא משום דאלמוה לשיעבודי' דקנין פירות שלו יהיה כקנין הגוף וכן מוכח כו' דאי נימא דאחר תק"א הוי לוקח הגוף מחיים א"כ מאן דאית לי' תק"א למה אין יוצאין בשן ועין לאיש אע"כ דגם לאחר תק"א אין לבעל אלא פירות אלא דתק"א אלים לשעבודי' דפירות שיהיו כקנין הגוף כו' ולפ"ז ניחא דסברי הרא"ש והטור דהבעל מוציא הגוף בחיי' והיינו משום דאלמוה רבנן לקנין פירותיו שיהיו כקנין הגוף ובטל מכירתה אבל לעולם הגוף של האשה כו' אמנם מדברי התוס' כו' פ' נערה (דף נ') ד"ה הבעל מוציא כו'. מיהו אפשר דלא כתבו אלא לריו"ח אבל לדידן דקיי"ל כר"ל לא אתי תק"א אלא במקום פירותיו ומשום דעשו פירותיו כקנין הגוף כו' עכ"ל הקצה"ח:
כתב בפי' דחז"ל הניחו לקטנה קנין סודר כמו בגדול כו' הרי דהוא מדרבנן לכן אין לסתור למה שכתבתי משום דיש לחלק דשאני היכא דלא התחייב בקנין בפירוש. וגם הא הש"ך בסי' רל"ה ס"ק ג' חולק על דברי הרמב"ם והטושו"ע ולענ"ד נראה להוכיח דהרא"ש ס"ל דתקנת אושא דבעל מוציא מהלקוחות זהו משום דעשו אותו כלוקח ראשון על הגוף בחיי אשתו ודלא כהקצה"ח בכוונת הרא"ש דכתובות פ"ד דין י"ז. והוא דהרא"ש בב"ב

פ"ח דין י"א כתב בשם התוס' דאין הבעל יורש מלות אשתו אפילו מה שהלוותה מנכסי מלוג כשהיתה תחתיו כדמוכח בב"ק (דף מ"ב) דאין הבעל יורש נזקי אשתו כו'. וכתב הרא"ש ולי נראה דאם הלוותה מנ"מ שלה כשהיתה תחת בעלה ומתה ירית בעל ההיא מלוה שהרי שלא כדין הלוותה כו' ולא עדיף ממכרה שהתקינו באושא שהבעל מוציא מהלקוחות אע"פ שלא מכרה כ"א הגוף אחרי מותה והבעל הי' אוכל פירות בחייה אפ"ה מוציא הגוף מהלקוחות משום דכלוקח ראשון שוינהו רבנן וכש"כ אם הלוותה ממון שהיה בידה שהבעל מוציא מידו ויורש המלוה אבל אם מתו מורישי האשה והניחו מלוה ביד אחרים ומתה קודם שגבתה או אם היה מלוה ביד אחר כשלקחה ומתה קודם שגבתה בהך מלוה לא ירית בה בעל והיינו דומיא דנזקי אשתו עכ"ל הרא"ש. ודברי התוס' הללו הם בב"ב (דף קכ"ה ע"ב) ד"ה אמר ר"פ הלכתא כו':

ואי נימא דעיקר תקנת אושא דבעל מוציא מלקוחות הוא כמש"כ הקצה"ח דזהו משום דעשאו לקנין פירות של הבעל דיהיו כקנין הגוף ולכן בטל מכירת האשה אבל אין להבעל קנין הגוף בנ"מ בחיי'. א"כ לפ"ז הדין נותן במלות אשתו שהלוותה בנ"מ תחתיו ומתה דאין הבעל יורשה כיון דהוי ראוי דהא אף דנימא דנתבטל ההלואה שלה שהלוותה להלוה. עכ"ז הוי ראוי כשהוציא הלוה המעות דהא אף בגזילה שייך ראוי כשאינו בעין. וכמש"כ החלקת מחוקק באה"ע סי' צ' ס"ק ח' ובח"מ סי' רע"ח. ובאינו בעין בוודאי הוי ראוי. א"כ אף דנימא דהמעות הוא בגזילה ת"י הלוה מ"מ הוי ראוי ולכן לשיטת הסוברים דאין לבעל קנין הגוף מחיים בנ"מ של אשתו ע"כ אין לדמות מלות אשתו למכרה נ"מ דהא יש לחלק בפשיטות דשאני מכרה בנ"מ דמוציא מהלקוחות משום דכיון דקנין פירותיו הוי כקנין הגוף ע"כ ממילא נתבטל מכירת האשה משא"כ במלות אשתו דאף דנתבטל ההלוואה מ"מ הוי ראוי. ומדחזינן דהרא"ש פסק לדינא דמלות אשתו שהלוותה תחתיו בעלה יורשה מצד תקנת אושא דאשה שמכרה הבעל מוציא מהלקוחות. מוכח מזה דס"ל דעיקר תק"א הוא משום דיש לו קנין הגוף בנ"מ אף בחיי' ולכל הפחות כשמתה הוי הבעל לוקח למפרע על הגוף ודלא כהקצה"ח בכוונת הרא"ש דכתובות:

ובאמת שיטת התוס' בב"ב דס"ל דאין הבעל יורש מלות אשתו אף דתקנת אושא דאשה שמכרה ומתה בעל מוציא מהלקוחות. ס"ל להתוס' לחלק דשאני מכרה נ"מ כפי סברת הקצה"ח ע"פ דברי רש"י בב"ק דאלמוה רבנן דקנין פירותיו יהיו כקנין הגוף ובטל מכירתה. אבל הלואת אשתו בנ"מ אף דנתבטל ההלוואה שהלוותה שלא ברשות בעלה והוו כגזילה ת"י הלוה מ"מ הוי ראוי. ולכן פסקו התוס' בב"ב דאין הבעל יורש מלות אשתו. והתוס' לטעמייהו אזלי דכתבו בב"ב (דף קל"ט) ד"ה והיורש את אשתו דמחיים

אין לבעל אלא פירות וכפי שהובא התוס' הזה בש"ך כנ"ל. ובע"כ עיקר תק"א הוא ע"פ דברי רש"י בב"ק וכמש"כ הקצה"ח. והא שכתבו התוס' בכתובות (דף נ') ד"ה הבעל מוציא כו' וב"ק (דף פ"ח) ד"ה באושא כו' דתק"א היה היכא דכתב דו"ד אין לי בפירותיך. זהו רק לריו"ח אבל לדידן דקיי"ל כר"ל אין לנו הוכחה דתקנו אף כה"ג וכמש"כ הקצה"ח שם אכן מהרא"ש ב"ב פ"ח דין י"א מוכח דס"ל דהוי לוקח מחיים על הגוף:

וכן מוכח מהרא"ש ב"ב פ"ג דין נ"ג שכתב לכאורה משמע מדקאמר דזבין איהו ומית אתיא איהי ומפקא אלמא דהמקח קיים כל ימי חיי הבעל אע"פ שהיא מעכבת על מכירת הפירות משום רווח ביתא מ"מ אינה יכולה לבטל לגמרי מכירת הגוף ואם מתה איהי איגלאי מילתא שהמכר קיים מתחלתו דבעל לוקח ראשון הוי אבל כשמת הוא נתבטל מכירת הגוף כו' ומיהו בירושלמי קאמר מכר הוא ומתה היא מכרו בטל ופי' הר' יונה ז"ל הטעם דאע"ג דהבעל לוקח ראשון הוי לכל דבר שהוא זכות לו אפ"ה משום שבח ב"א בטלו המכר לאלתר שאין ככוד לאשה שיהיו נכסים מכורים מעכשיו אע"פ שאינו מכר גמור אלא מכר על תנאי אם תמות בחייו הילכך המכר בטל מעכשיו כו' עכ"ל הרא"ש ועיין בפלפולא חריפתא אות ד' שם. [ושם מיירי במוכר בסתם דאי בהתנה הבעל המוכר לכשתמות זה תליא בפלוגתת ר"ת והפוסקים דח"מ סי' רי"א וברא"ש ותוס' כתובות (דף צ"א) וכמש"כ הח"מ והב"ש בסי' צ' סעיף י"ג בס"ק מ"ב וס"ק מ"ז ע"ש]. הרי מבואר בהרא"ש דהבעל הוי לוקח גמור על הגוף בחיי אשתו ולכן מועיל מכירתו להגוף בחיי' אלא משום שבח בית אביה בטלו זה. א"כ מוכח דס"ל להרא"ש דיש להבעל קנין הגוף מחיים ומה"ט תקנו באושא במכרה ומתה מוציא מהלקוחות וע"כ היה יכול למכור להגוף אם תמות דיהי' נקנה מעכשיו ללוקח דאי נימא דלכן מוציא מהלקוחות משום דאלמוה לקנין פירותיו דיהיו כקנין הגוף וכמש"כ הקצה"ח בשי' הרא"ש א"כ איך יחול מכירת הבעל מעכשיו לגוף הקרקע דהא לא היה לו אז שום שייכות כלל להגוף רק בהפירות בחיי' ולא בהגוף. ומוכח מזה דהרא"ש ס"ל דיש להבעל קנין הגוף אף בחיי'. וכן מה"ט ס"ל להרשב"ם בב"ב (דף נו"ן) דחל מכירת הבעל לגוף הקרקע בחיי' אם תמות משום דאזיל לשיטתו דס"ל להרשב"ם בב"ב (דף קל"ט) דהוי לוקח על הגוף בחיי' וכמש"כ הש"ך לתרץ לקושיות התוס' שם מעל הרשב"ם:

ובאה"ע סי' צ' סעיף א' כתב המחבר לדינא בלא שום חולק בהלותה מנ"מ ומתה קודם שגבתה דבעלה יורשה. הרי דס"ל לדינא דאחר שמתה ה"ל בעל כלוקח על הגוף אף בחיי אשתו למפרע וכמש"כ הש"ך הכא לדינא דכן העיקר. ומה דהוכיח הקצה"ח שם דאין להבעל קנין בגוף בחיי אשתו מהא דאין יוצאין בשן ועין בנ"מ לא לאיש ולא לאשה

כמבואר בב"ק (דף פ"ט). יש לדחות ראייתו דהא נתבאר דהרא"ש ס"ל בב"ב (דף נו"ן) הנ"ל דבעל אינו יכול למכור גוף הקרקע אם תמות דאף דהוי לוקח מחיים על הגוף מ"מ משום שבח ב"א בטלו זה וכמבואר באה"ע סי' צ' סעיף י"ג. ומה"ט אינו יכול לשחרר ולהפסיד זכותה דיש לה שבח ב"א. ואף לשיטת הרשב"ם בב"ב (דף נ') דחל מכירת הבעל להגוף אם תמות מ"מ מודה בשחרור שן ועין דהא אין יכול למכור קרקע לפירות משום רווח ביתה כמבואר בכתובות (דף פ') ואם היה יוצא העבד בשן ועין היתה מפסדת הזכות דרווח ביתה. וגם הא קיי"ל דבנתאלמנה ונתגרשה מכרה קיים כמבואר באה"ע סי' צ' סעיף ט'. הרי דיש לה זכות גם בחיי' ומה דהקשה הב"ש שם בס"ק ל"ט באמת אין זה קשה דהא אמרו בכתובות (דף פ"ג) וביבמות (דף ל"ט) דידו עדיפא מידה. ומשמע דעכ"פ גם להאשה יש לה יד ג"כ וע"כ מהני מכירתה כשתתאלמן ותתגרש. וכן ראיתי בהפלאה לק"א סי' צ' סעיף ט'. והתוס' בב"ב (דף נ') ד"ה קסבר קנין פירות כו' כתבו דלכן אין יוצאין בשן ועין לאיש משום דלא אלים להפקיע קנין פירותיו את קנין הגוף של האשה שיצאו לחירות. ועיין במל"מ ה' עבדים פ"ה ה' ט"ז והנה התוס' לשיטתייהו דס"ל דמחיים אין להבעל קנין הגוף וכמש"כ לעיל בשיטתם בוודאי א"ש מש"כ התוס'. אכן אף להסוברים דיש לבעל קנין הגוף מחיים ג"כ יש לדון כן כפי שנתבאר דיש לה קנין הגוף ג"כ. וע"כ אין יוצאין בשן ועין לאיש ולהפקיע זכותה דיש לה ג"כ קנין הגוף וכן ע"פ טעמים שנתבאר וע"כ אין מזה להוכיח ולדחות לשיטת הסוברים דיש לו קנין הגוף בחיי'. ונתבאר דשיטת התוס' בב"ב (דף קכ"ה) דאין הבעל יורש מלות אשתו אף במה שהלותה מנ"מ בעודה תחתיו דלא שייך בזה לתק"א משום דאזלי לשיטתייהו דס"ל להתוס' דעיקר תק"א הוא כדברי רש"י בב"ק וכפי שכתב הקצה"ח דעיקר זכותו הוא מצד דאלמוה לקנין פירותיו שיהיו כקנין הגוף וזה לא שייך במלות אשתו כנ"ל. אבל הרא"ש והשו"ע דפסקו דבעלה יורשה למלות אשתו משום תק"א משום דאזיל לשיטתו דס"ל בב"ב פ"ג (דף נו"ן) דלתק"א בעלה יש לו קנין הגוף בנ"מ בחיי' כנ"ל שם בטוב טעם:

ובגיטין (דף מ"ח) אמרו בעל בנכסי אשתו צריך הרשאה בדליכא פרי בארעא וכן מבואר בח"מ סי' קכ"ב ובאה"ע סי' פ"ה סעי' ד' וב"ש שם ס"ק ז' דאף בשדה העומדת לגדל פירות ס"ל להרמב"ם והסמ"ג דצריך הרשאה ודלא כהסמ"ע בסי' קכ"ב. ואי נימא דהוי לוקח מחיים על הגוף וכשיטת הרא"ש והשו"ע אה"ע סי' צ' סעי' ט' כנ"ל. תקשה דאמאי צריך הרשאה. וכן תקשה לשיטת רש"י המובא בקצה"ח דקנין פירות שלו אלמוה חז"ל דהוי כקנין הגוף לבטל לקנין הגוף של הלוקח דהא כתב רש"י שם ס"פ השולח דלכן אי ל"ל פירי בארעא אינו יכול לדון בלא הרשאה משום דקנין פירות אינו כקנין הגוף ע"ש.

וקשה דהא קנין פירות של הבעל אלמוה חז"ל דהוי כקנין הגוף ותקשה גם לשי' רש"י אך באמת אינו קשה דהא עיקר הטעם דבעל הוי כלוקח זהו משום דאפסידו אנפשייהו כמבואר בב"ב ס"פ יש נוחלין. א"כ ז"א שייך רק במודה או ידוע דקנה ממנה אז אמרינן להלוקח את אפסדת אנפשך. אבל בהנתבע טוען דהשדה היא שלי מעולם או דלקח השדה מקודם הנישואין א"כ לא שייך לדון להסברא דאפסיד אנפשיה דלא איבעי ליה למיזבן כו'. דהא הנתבע טוען דקנה קודם נישואין וכה"ג. וע"כ צריך הרשאה משום דבמקום דאיכא פסידא דאחריני לא הוי הבעל כלוקח כמבואר ס"פ יש נוחלין וכיון דהוי פסידא להנתבע לפי דבריו ע"כ אין מוציאין ממנו ויכול לומר לאו בע"ד דידי את. ע"כ קודם דנתברר האמת קרינן זה פסידא דאחריני ולא הוי כלוקח ולכן צריך הרשאה ובכה"ג לא אלמוה לקנין פירותיו וג"כ יכולה למחות בתביעת הבעל. ועיין בב"ש סי' צ"א ס"ק ח' שכתב גבי שומא הדרא דלהוציא מאחר חיישינן לפסידא:

אבל עדיין קשה מהא דב"מ (דף צ"ו) שאל מאשה ונשאל בעלה אשה ששאלה ונשאל לבעלה מהו ומסיק דתלוי בפלוגתת ריו"ח ור"ל בקנין פירות כקנין הגוף דמי או לא והובא בח"מ סי' שמ"ו סעי' ט' דזה אינו שאילה בבעלים משום דקיי"ל דלאו כקנין הגוף דמי וקשה דאמאי לא נימא דהוי שאילה בבעלים מצד דהוי לוקח מתקנת אושא הן דנימא דהוי לוקח מחיים על הגוף כשי' הרא"ש הנ"ל או כשי' רש"י דאלמוה רבנן לקנין פירות שלו דהוי כקנין הגוף. א"כ אמאי קאמרי התם דגם קנין פירות של הבעל לא הוי כקנין הגוף והוי כאחר ולא כבעלים. בשלמא בשאל מאשה י"ל דמצי לומר דלא שוויי' כלוקח לריעותא וכמש"כ הר"נ בכתובות פ"ה בסוגיא דקונם שאני עושה לפיך דיפר שמא יגרשנה והקשה דהא אין הנדר חל בעודה תחתיו א"כ אין זה דבר שבינו לבינה ואיך יכול להפר ותי' דהא מדינא חייל מעכשיו אלא דאלמוה לשעבודו וכי אלמוה לזכותו הוא דאלמוה ולאו לאפקועי זכותיה כו' והובא בב"ש סי' פ"א ס"ק ו' שכתב בשם הר"נ דלא שווי' כלוקח לרעתו. וכה"ג כתב הש"ך כאן סוף ס"ק כ' דלא שווי' כלוקח לריעותא. וע"כ בשאל מאשה מחייבין לשלם להאשה וזהו זכות הבעל לפירות במה שישלם אבל באשה ששאלה קשה דאמאי מחייבינן לה לשלומי והא הוי שאילה בבעלים משום דהוי לוקח על הגוף לשי' הסוברים כן משום תק"א. וכן תקשה להסוברים דאלמוה לפירותיו דהוי כקנין הגוף דלפ"ז איך אמרו הכא דלר"ל לא הוי כקנין הגוף ותקשה כנ"ל:

ואפשר לומר לכאורה דאף לשיטת הרא"ש וסייעתו דס"ל דהוי לוקח מחיים על הגוף וכן להסוברים דאלמוה לקנין פירותיו. דזהו דוקא היכא שהאשה עשתה שלא כדין דמכרה נ"מ שלה דיש לו זכות ליורשה והפקיעה בפשיעתה הזכות שלו. בזה דינו כלוקח לענין

שלא תוכל לגרום לו היזק לזכותו שיש לו. משא"כ באשה ששאלה שלא פשעה כלל נגדו ע"כ לא עשאוהו כלוקח ודוקא. היכא דמפקעת ממנו זכותו אז הוכרחו לעשותו כלוקח דאל"כ לא היה אפשר לו להוציא מהלקוחות במה דעשתה נגדו שלא כדין. ולפ"ז י"ל דמדוקדק לשון הרא"ש בב"ב פ"ח סי' י"א שכתב בהלוותה מנ"מ דיורשה שהרי שלא כדין הלוותה קרן של נ"מ שלה כו' והובא בזה"ל בחלקת מחוקק ס"ק ט' ע"ש. דהכוונה כיון דפשעה נגדו ועשאה לנ"מ שלה להיות ראוי דעי"ז יופקע זכות ירושתו ע"כ עשאוהו ללוקח שלא תוכל להפקיע ממנו ע"י פשיעתה. וכן הוא לשון הרשב"א והובא באה"ע בבית יוסף סי' צ' שכתב ג"כ גבי מלות נ"מ בזה"ל דיורשה דאי אפשר לה להפקיעה ממנו דלא יגרע מלותה ממכירתה עכ"ל הרשב"א. הרי דוקא כשהפקיעה בפשיעתה לזכותו אמרו כן. אבל אם היה ההלואה בהסכם בעלה ולא פשעה נגדו. י"ל לפ"ז דזה דומה לאשה ששאלה דכיון דלא פשעה נגדו לא עשאוהו כלוקח כדמוכח זה מהך דב"מ הנ"ל: אכן זה נסתר מהך דב"מ (דף ל"ה) והכא דגבי שומא הדרא דינו כלוקח אף דלא פשעה כנגדו. וכן נסתר זה מהך דב"ב (דף קל"ט) דבלוותה קודם הנישואין אינו חייב לשלם ואף במעות בעין ס"ל להרבה פוסקים דא"צ לשלם וכמבואר בב"ש סי' צ"א ס"ק יו"ד והא אלו לא לוותה לא היה המעות בידה הרי דאף דלא פשעה כלל נגדו אפ"ה דינו כלוקח. וכן מוכח מהרא"ש בב"ב פ"ג סי' נ"ג שכתב מתחלה דהבעל יכול למכור זכותו לאחר אם תמות רק משום שבח ב"א כו'. הרי דאף דלא פשעה נגדו אפ"ה דינו כלוקח. ולפ"ז הדין נותן דאף שהסכים בעלה להלוואתה מנ"מ דג"כ דינו כלוקח ויורשה. א"כ תקשה מהך דב"מ דאמאי לא הוי דינו כלוקח להיות שאילה בבעלים ותהא פטורה לשלם. ולכאורה י"ל משום דהוי פסידא דמשאיל דתיפטר לשלם אי דינו כלוקח וכיון דאיכא פסידא דאחריני דינו כיורש וכמבואר בב"ב (דף קל"ט). אבל ז"א דהא מבואר בתוס' בב"מ (דף צ"ו ע"ב) בתוס' ד"ה אלא לוקח הוי כו' דמשום פסידא דמשאיל אין לנו לעשותו כיורש כו' שאם ירצה לא ישאילנו דמי דחקו להשאילו והוי כאילו אפסיד אנפשי'. א"כ נסתר הסברא הנ"ל ויש להאריך בזה:

והעיקר מה שנלע"ד בעיקר קושיא זו ע"פ דברי הרא"ש בלשונו דמתורץ זה דבב"ב (דף נ') כתב הרא"ש בשם ר' יונה דאע"ג דבעל לוקח ראשון הוי לכל דבר שהוא זכות לו אפ"ה משום שב"א בטלו המכר לאלתר עכ"ל הרא"ש הרי דדוקא במה דהוי זכות לו בזה תקנו דדינו כלוקח. א"כ ממילא מה שהוא לזכות האשה לבדה אינו דינו כלוקח. ע"כ בהך דב"מ באשה ששאלה ונשאל לבעלה אין דינו כלוקח. דהא הבעל אינו משלם מכיסו רק היא משלמת כשתתאלמן כדאי' באה"ע סי' פ"ה סעי' ו' ועיין בב"ש שם ס"ק י"א ובח"מ

סי' שמ"ו סעי' י"ז. כיון דאין זה נוגע להבעל רק להאשה עצמה לא עשאוהו כלוקח עבור טובת האשה:

ענף ג:

והנה לעיל כתבתי בשם הרא"ש דב"ב פ"ג סי' נ"ג שכתב דמכר הוא ומתה מכרו בטל כדאמרו בירושלמי דע"פ דין היה מועיל מכירתו רק משום שבח ב"א בטלו זה. יש לתמוה בזה דהא זה לשון הירושלמי פ' הכותב ה"א מכר הוא ומתה היא מכרו בטל לבן שמכר בחיי אביו ומת אביו מכרה היא ומת הוא מכרה קיים לאב שמכר בחיי בנו ומת בנו עכ"ל. והובא הירושלמי הזה בר"ן פ"ד דכתובות בשם הרשב"א ובביאור הגר"א זצ"ל באה"ע סי' צ' ס"ק ל'. והפני משה והשירי קרבן כתבו שם דהגירסא מוחלפת וצ"ל ברישא מכר הוא ומתה היא מכרו בטל לאב שמכר בחיי בנו ומת בנו כו' ע"ש. הרי להדיא לכל הגירסות דכמו בבן שמכר בחיי אביו דמכרו בטל מן הדין משום דאין לו קנין בנכסים של אביו בחיי אביו או לגירסת הפ"מ והש"ק דכמו באב שמכר בחיי בנו ומת בנו בכתב לבנו מהיום ולאח"מ דאין לאב בחיי בנו שום זכות בקנין גופו של השדה וע"כ אינו מועיל מכירתו מן הדין כלל דכמו כן בעל אין לו קנין הגוף כלל בנ"מ אף לאחר שמתה לא אמרינן איגלאי למפרע שהיה לו בחיי' קנין הגוף ומה"ט אינו מועיל מכירת הבעל אף דמתה בחייו. ולא הוזכר בירושלמי כלל לסברת הרא"ש בשם ר' יונה דמשום שבח ב"א נגעו בזה. ואפשר דהיה להרא"ש גירסא אחרת בירושלמי שם: אכן לפי גירסתנו בירושלמי וכמש"כ הרשב"א והר"נ מוכח מהירושלמי דאף כשמתה לא אמרינן איגלאי למפרע דהיה להבעל קנין הגוף בהשדה. משום דאי נימא דאיגלאי למפרע דהיה להבעל קנין הגוף בהשדה א"כ אמאי אינו מועיל מכירת הבעל מן הדין. דהא בכל קניות אף דלא היה מבורר דהשדה שייך להמוכר בוודאי רק ע"י איזה תנאי ועדיין לא נתברר קיום התנאי מ"מ כשנתברר לאחר שמכרה דהשדה שייך להמוכר למפרע ע"י קיום התנאי. דמועיל מכירתו להלוקח מה שמכר מקודם בירור התנאי וכמבואר בח"מ סוף סי' רי"א ובסי' רמ"ח סעי' ז' בהג"ה בשם תשובת הרא"ש. ועיין בתשובת פנים מאירות בסי' מ"ו. ולפ"ז תקשה לשיטת הירושלמי דאמאי תקנו באושא דאשה שמכרה ומתה דהבעל מוציא מהלקוחות והא לא היה מעולם זכות להבעל על קנין הגוף שלה אף לאחר דמתה. ומוכח מזה כדברי רש"י וכפי שכתב הקצה"ח דמשום דאלמוה לקנין פירותיו דיהיה כקנין הגוף וע"כ נתבטל מכירת האשה. אכן לשיטת הרא"ש וסייעתו דמשום דיש לו קנין הגוף מחיים אתו עלה תקשה דאמאי אינו חל מכירת הבעל בחיי אשתו אם תמות בחייו. ומזה הירושלמי ראיה לשיטת היש אומרים הכא גבי שומא דדוקא

כשמתה האשה אבל לא בחייה משום דלא אמרינן איגלאי למפרע לאחר שמתה דהיה להבעל קנין הגוף והוי מזה סייעתא לשי' הזאת. ועיין בב"ש סי' צ' ס"ק ל"ט דהביא בקצרה לירושלמי הזה:

ולכאורה אפשר לומר לפי מה דאמרו בירושלמי פ"ט ה"א שם לעיל מינה דאמר ר' אימי בשם ריו"ח בדין היה שאם מכרה ונתנה שיהא קיים כו' ולמה אמרו בטל שלא תהא אשה מוכרת נכסים של בעלה ואומרת שלי הן כו' ופי' הפ"מ שם אאשה דעלמא קאי כו'. ואמרו בלשון בטל ולא אמרו ע"ז בלשון מוציא מהלקוחות כדאמרו בש"ס דילן על תקנת אושא. הרי דעיקר תק"א היה לבטל מכירתה שלא תועיל במעשה מכירתה להפקיע זכות הבעל וממילא יורשה. אבל לעולם אין לו דין לוקח בחיי אשתו על נ"מ. [ועיין בירושלמי כתובות פ"ו הל' א' מה שאמרו טעם כזה על הא דמציאת האשה לבעלה והובא בתוס' קידושין (דף כ"ד) ובב"ש סי' פ"ד והדברים ארוכין]. אבל בש"ס דילן דאמרו בלשון הבעל מוציא מהלקוחות ובעל לוקח הוי דמשמע מזה דהוי לוקח ממש וכדאמרו הפוסקים מהן הרא"ש בכתובות פ"ד סי' י"ז והר"נ שם והרשב"ם בב"ב (דף נ' ודף קל"ט) ועוד פוסקים דהטעם הוא דכלוקח ראשון שוויוהו רבנן ומזה הוכיח הרא"ש וכתב שם דמוציא הגוף מיד. ולפי סברת הירושלמי דכתבתי דעיקר התק"א היה לבטל מעשה ידיה במכירתה א"כ לפ"ז הדין נותן במלות אשתו בנ"מ תחתיו דאין הבעל יורשה וכשיטת התוס' בב"ב (דף קכ"ד) דאף דנתבטל הלואתה מ"מ נשאר זה בדין ראוי דאין הבעל יורשה. כן היה אפשר לומר לכאורה:

אכן באמת זה אינו דכיון דמבואר להדיא בירושלמי דאין הבעל כלוקח על הגוף בחיי אשתו אין לנו כח לסתור זה כל זמן שאין לנו הוכחה ברורה מהש"ס דילן דיפלוג ע"ז. ולכן יש להקשות על שיטת הסוברים דיש להבעל קנין הגוף מחיים דא"כ היה הדין נותן דתועיל מכירת הבעל להגוף בחיי אשתו אם תמות וכמש"כ הרשב"ם לדינא כן מה"ט בב"ב (דף נ') והרא"ש שם משום דכיון דכלוקח ראשון שווינהו רבנן ע"כ המכר קיים מתחלתו. רק הרא"ש כתב שם בשם ר' יונה לבטל זה משום שב"א. א"כ כיון דבירושלמי שננו מבואר הטעם דהוי כמו אב שמכר בחיי בנו כו' הרי מבואר דאין לבעל קנין הגוף מחיים ודלא כדברי הראשונים הללו. ועוד תקשה אף לפי דברי רש"י וכמש"כ הקצה"ח דמשום דאלמוה לקנין פירותיו דיהיה כקנין הגוף כו'. דהא שם בירושלמי מבואר דר' יוחנן אמר דמכרה היא ומתה מכרה בטל מצד תקנה. והא ריו"ח אית לי' קנין פירות כקנין הגוף א"כ לא היה צריך לתקנה בזה וכמו שכתבו התוס' בכתובות (דף נ'). ומש"כ התוס' דלריו"ח לא איצטריך לתק"א. הנה מירושלמי הזה מוכח דאף לריו"ח איצטריך

לתק"א וכמש"כ השירי קרבן שם. וע"כ מוכח כתירוץ התוס' שם ובשא"ד דלריו"ח איצטריך להיכא דאין להבעל פירות. ולפ"ז מוכרח לומר דמשום דעשאו להבעל כלוקח ראשון אתו עלה לשיטת ריו"ח וכמש"כ הקצה"ח שם. וכיון דאמרו שם בירושלמי באותה סוגיא סמוך למימרא דריו"ח שם דאין להבעל קנין הגוף מחיים דלכן אמרו שם דלא מהני מכירתו מחיים אם תמות בחייו כנ"ל. א"כ תקשה קושיות הש"ך הכא דאמאי תקנו לתק"א דבעל מוציא מהלקוחות כיון דלא קנה לקנין הגוף כלל בחיי'. וכן אין לומר דמשום דאלמוה לקנין פירותיו דיהיה כקנין הגוף. דהא אף היכא דאין לו פירות ג"כ תקנו לתקנה זו דאל"כ א"צ לתקנה זו כלל לשיטת ריו"ח בעצמו. לכן תקשה לקושיות הש"ך הנ"ל והוכחות הב"ש כן בסי' צ"א ס"ק ו':

ענף ד:

והנלע"ד בעיקר ביאור דין תק"א דמכרה ומתה דמוציא מהלקוחות הסבר אחר ע"ז בהקדם מה דמצינו כעין זה בכתובות (דף נ"ח ודף נ"ט) בסוגיא שם דאמרו דיכול להקדיש מעשה ידי אשתו דמתוך שיכול לכופה נעשה כאומר יקדשו ידיך לעושיהן כו'. וזהו למ"ד דאינה יכולה לומר איני ניזונית כו' אבל למ"ד דיכולה לומר איני ניזונית כו' אינו יכול להקדיש מעשה ידי' אף ביקדשו ידיך כו'. וקשה דאמאי לא נימא דאף דיכולה לומר איני ניזונית כו' אפ"ה כ"ז דלא אמרה איני ניזונית כו' אז איגלאי מילתא למפרע דהקדיש דבר שלו וכדמצינו בפסחים (דף ל"א) דס"ל לאביי בהקדיש מלוה או זבין דחל הקדישו ומכירתו משום דבמטא זמני' ולא פריק שפיר אקדיש וזבין. הרי דאף דבעת מכירתו לא היה אז ברור דקאי אז ברשותי' אפ"ה אמרינן אח"כ איגלאי למפרע דמהני הקדישו ומכירתו. ורבא דפליג זהו משום דס"ל מכאן ולהבא הוא גובה ואין להמלוה קנין בגוף השדה עד עת הגבייי' רק בתורת שעבוד בעלמא. וכעין זה פסקו בח"מ סוף סי' רי"א ובסי' רמ"ח סעיף ז' בהג"ה בשם טור בשם הרא"ש כלל פ"א שאלה ב' ראובן שנתן מתנה ללוי והתנה עמו תנאי כו' זכה בנכסיו מכח שמעון עכ"ל וכתב הסמ"ע שם בס"ק ל"ב אע"ג דבשעה שנתן שמעון ללוי עדיין לא בא המתנה ליד שמעון מ"מ כיון דראובן כתב בלשון מתנה לשמעון במעכשיו אם יעבור לוי והרי עבר ה"ל כאלו בא לידו דשמעון בשעה שנתנו ללוי טור בשם הרא"ש עכ"ל. ומשמע מלשון זה דאף בעבר על התנאי בקום ועשה ג"כ אמרינן איגלאי מילתא למפרע דהיה ברשותו בעת מכירתו וחל מכירתו למפרע. ועיין בתשובת פנים מאירות בסי' מ"ו שהביא להך דברי הרמ"א דסוף סי' רי"א הנ"ל ופלפל בזה הרבה וכתב דבזה הדין פליגי אביי ורבא בפסחים (דף ל"א) אי למפרע גובה או מכאן ולהבא גובה דטעמו דרבא כיון דבעת הקדישו ומכירתו של המלוה היה

בעת שלא נתברר אז דהשדה שייך לו ע"כ הוי זה אז כעין דבר שאינו ברשותו וע"כ אין ממש במכירתו והקדישו וביאר עפ"ז לשיטת הרמב"ם שם והעלה דהרמב"ם חולק על הדין דח"מ סוף סי' רי"א הנ"ל. אכן במק"א הארכתי בזה הרבה:

ולכאורה יש להוכיח כפי המבואר בסוף סי' רי"א דאמרינן איגלאי למפרע ומהני מכירתו אף כ"ז דלא נתברר קיום התנאי. דבערכין (דף ל"א) אמרו למי חלוט ריו"ח א' לשני חלוט וכן פסק הרמב"ם ה' שמיטה ויובל פ' י"ב ה"ד. הרי דאף דכ"ז דלא הגיע כלות השנה בבתי ע"ח היה יכול המוכר הראשון לפדותה ולבטל המכירה. וכמבואר שם (דף ל"א ע"א) ובב"מ (דף ס"ג) דבית בע"ח ה"ז רבית גמורה אלא שהתורה התירה הרי דזהו דומה למכירת שדה על תנאי ואפ"ה מועיל מכירת לוקח א' ללוקח ב'. ולא אמרינן דהא כ"ז דהיה בידו של המוכר לפדותה מקרי אז ממון שאינו יכול להוציאו בדיינין דאף בקרקע אינו מועיל מכירתו והקדישו כמבואר בב"מ (דף ז'). וע"כ מוכח דדיינינן בכה"ג לומר איגלאי למפרע דהיה אז ברשותו למפרע. וידעתי מה דיש לחלק בכ"ז דשאני היכא דהוי בעת המכירה ברשות הלוקח מיד הדבר הנמכר וכמו בגזל דכתב הב"ש בסי' כ"ח ס"ק ט"ז דלגזלן עצמו מועיל הקנאתו כיון דעומד ברשותו והארכתי בזה בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעיף י"ט ע"ש. ובאמת סוגיות הש"ס בפסחים (דף ל"א) הנ"ל פשטות הסוגיא שם דלא כהפמ"א בזה ומוכח דבקנין גמור להמוכר כ"ע מודו לאביי שם דדיינינן בזה איגלאי למפרע ומועיל מכירתו:

ואפשר לחלק לכאורה דדוקא בקרקע דאף דבר דאינו ברשותו מועיל מכירתו והקדישו כמבואר בב"מ (דף ז') לכן אמרו שם בפסחים דאם למפרע גובה איגלאי מילתא למפרע דהיה חל אז מכירתו והקדישו אף דלא נתברר אז. משא"כ בהקדיש ידי' לעושיהן דהוי מטלטלין בזה בעינן דיהיה דבר ברשותו והיכא דהוי אינו ברשותו אינו חל הקדישו וע"כ אינו חל הקדישו לרב הונא דס"ל דיכולה לומר איני ניזונת דכיון דא"י לכופה מקרי דבר דאינו ברשותו כ"ז דלא נתברר לנו אם תאמר א"נ או לא. אבל מהתוס' בב"ק (דף ל"ג) ד"ה איכא בינייהו כו' שהקשו דאמאי לא מהני הקדישו ניזק למאן דס"ל למפרע גובה כו'. א"כ מוכח דגם במטלטלי מהני הקדישו אף קודם דנתברר ודיינינן איגלאי מילתא למפרע ומקרי אז דבר שברשותו. ובאמת אין לחלק בזה בין מטלטלי למקרקעי דהא אף בקרקע בעינן שיהיה ממון שיכול להוציאו בדיינין וע"כ מוכח דכיון דאמרינן איגלאי מילתא למפרע דברשותי' הוי קאי דמקרי מה"ט אז בעת המכירה דהיה יכול להוציאו בדיינין. א"כ מה"ט ה"ה דהוי אז דבר ברשותו וכמש"כ התוס' בב"ק. נחזור לענינינו דיש להקשות בהך דכתובות (דף נ"ח) הנ"ל דאף ביכולה לומר א"נ הדין נותן לדון איגלאי

מילתא למפרע דכיון דלא אמרה א"נ דהיה דבר ברשותו אז ויחול הקדישו וגם זה מקרי שב ואל תעשה דיש לנו לדון דלא יהיה דבר מחודש ולא תאמר א"נ כמו שלא אמרה עד עכשיו. וידעתי למה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' בענין חזקה דלהבא. ואפשר לחלק דשאני בהך דפסחים (דף ל"א) הנ"ל דהוי מחוסר ממונא וכעין דברי הר"נ בפסחים פ"ב והובא במג"א סי' תמ"א דבמחוסר ממונא לא אמרינן הואיל משא"כ הכא דבידה לומר א"נ ע"כ מתורץ למה שכתבנו. אבל לדינא זה אינו וקצרתי בכ"ז:

ובעז"ה מצאתי להריטב"א בכתובות (דף נ"ח) דהעיר בזה וכתב בחד תירוצא לפרש דלכן דוקא לר"ל דיכול לכופה מהני הקדישו ביקדשו ידיך כו' משום דכיון דאינה יכולה לומר איני ניזונת כו' ויכול לכופה חל הקדישו משום דידי' קנויות לו כיון דא"י לומר כן אבל למאן דס"ל דיכולה לומר איני ניזונית לא הוי להבעל עליה רק שעבוד בעלמא והא בשעבוד אי אקדיש מלוה לא מהני אבל לריש לקיש הוי שעבודי' דבעל כלוקח עכ"ל הריטב"א וכ"כ השמ"ק בשם הריטב"א. ולפ"ז מתורץ על נכון למה דהקשיתי בארוכה לעיל דאמאי לא נימא איגלאי למפרע אם לא אמרה א"נ משום דעיקר הסברא הוא דלמאן דס"ל דיכולה לומר א"נ אין לו קנין בגוף ידיה רק שעבוד וע"כ לא מהני הקדישו. אבל עדיין יש להקשות גם לפ"ז דהא מוכח לקמן (דף נ"ט) דגם לריש לקיש דאינה יכולה לומר איני ניזונית. דלא הוי להבעל רק שעבוד על ידיה ואין ידיה קנויות לו דהא פרכינן שם עלה דאמרה קונם מ"י לפיך דצריך להפר שמא יגרשנה דמי איכא מידי דאלו השתא לא קדיש ולקמי' קדיש ומסקינן דמשום קונמות מפקיע משעבוד כו' ולכן חל הקונם שלה. והסוגיא שם מיירי לריש לקיש כמש"כ התוס' שם ד"ה הכא אין בידה כו'. [ובלא"ה הא מוכח דלכ"ע אמרו שם כן דאל"כ תקשה לר"ל מה דהקשו שם מי איכא מידי דאלו השתא כו'. ויש לדון בזה וקצרתי]. וכן לשיטת הר"נ להרי"ף שם ובנדרים (דף פ"ה) דכתב להוכיח ע"פ קושיות התוס' הנ"ל דבמלאכות שהן מצרכי הבית אינה יכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה הרי דאף במלאכות דאינה יכולה להפקיע א"ע ולומר א"נ. דג"כ לא מקריא אלא בשם שעבוד מדאמרו ע"ז קונמות מפקיע משעבוד. וחזינן דאף באין יכולה לומר א"נ דמ"מ אין להבעל קנין על ידיה רק בשם שעבוד. א"כ לפ"ז נסתר תי' הריטב"א שכתב דלכן אמרו מתוך שיכול לכופה מהני יקדשו ידיך משום דיש לו קנין על ידי'. דהא גם לר"ל אין זה רק בשם שעבוד:

ואפשר לומר דגם לר"ל אין לו קנין בגוף ידי' רק יש להבעל זכות כמו קנין לפירות וכמו בשוכר שדה לפירות דיכול ליתן זכותו לאחר מצד דמקרי דבר ברשותו. ומ"מ מצינו גם בשכירות דהמשכיר יכול להפקיע זכות השוכר ע"י קונם. דקונם מפקיע גם

משעבוד השוכר כמבואר בר"נ לנדרים (דף מ"ו) ור"פ השותפין. ולכן חל הקונם שלה להפקיע מבעלה דגם בזה אמרו קונם מפקיע משעבוד רק דאלמוה לשעבודו כ"ז דהיא תחתיו. ושפיר כתב הריטב"א דלר"ל מהני הקדישו באומר יקדשו ידיך משום דמקרי דבר ברשותו וכמו זכות השכירות ועיין בגיטין (דף ע"ז ע"ב) דאמרו שם יד דאשה נהי דקנוי לו למעשה ידיה ידה גופא מי קני לי' והתוס' שם ד"ה ידה גופא כו' וא"ת חצרה גופא נמי לא קני לי' גופי' אלא פירי וי"ל כיון דקנוי לו לפירי כו' אבל מ"י מעלמא קאתי ועוד דחצר קנוי לו בע"כ אבל ידי' יכולה לומר א"נ כו'. [וזהו כשיטת הסוברין דבעל אין לו קנין בגוף השדה ולכן הקשו כן וכמש"כ לעיל בשם התוס' דב"ב (דף קל"ט ע"ב) והובא בש"ך הכא. ועיין בב"ק (דף פ"ח ודף פ"ט) דכמה אמוראי ס"ל להוכיח מהמשנה להך תקנת אושא. ועיין בתוס' גיטין שם ד"ה מה שקנתה כו' בתי' השני דבפירות תליא מילתא ובתוס' ב"ב (דף נ"א ע"ב) וקצרתי]. הרי חזינן דלתי' א' של התוס' גיטין אף למ"ד דא"י לומר א"נ מ"מ אין לו קנין בגוף ידיה. ויש להאריך בזה רק מפני שאין זה שייכות כ"כ לענינינו ע"כ קצרתי בזה הפרט:

אבל עדיין תקשה במש"כ הריטב"א דלדידן דיכולה לומר א"נ דלא הוי זכותו רק שעבוד בעלמא וגרע משוכר ומה"ט אינו יכול להקדיש ידי' לעושיהן דלפ"ז תקשה למאי דקיי"ל קונמות מפקיע משעבוד דאמאי באמרה קונם מ"י לפיך אינו חל הקונם כ"ז דהיא תחתיו דקשה דניקדוש מהשתא וכקושיות הש"ס בכתובות (דף נ"ט). וע"כ מוכרח לומר כמו דתי' הגמ' שם אלמוה רבנן לשעבודי' דבעל כו' ופי' רש"י דשוייוהו רבנן כלוקח גמור. וכן י"ל בדברי הר"נ נדרים (דף ט"ו ע"ב) וחזינן דעשאו חז"ל זכות הבעל במעשה ידיה דיהיה דינו כלוקח גמור. ואף דהסוגיא שם מיירי אליבא דר"ל או במלאכות שא"י לומר א"נ וכמש"כ הר"נ. מ"מ כן מוכרח לומר לשיטת המ"ד דיכולה לומר א"נ וכדקיי"ל דאינו חל הקונם שלה בעודה תחתיו אף בהמלאכות שיכולה לומר א"נ וכמבואר ביו"ד סי' רל"ד ובאה"ע סי' פ"א. א"כ לפ"ז יש להקשות דאמאי אינו יכול הבעל להקדיש ידיה לעושיהן וכמבואר באה"ע סי' פ"א וכמש"כ הר"נ בפרק אע"פ וכמשמעות הש"ס בכתובות שם (דף נ"ח). [ובשיטת הרמב"ם כבר תמה עליו הר"נ ובמק"א כתבתי לתרץ דברי הרמב"ם ואכ"מ]. והא מוכח מן הריטב"א הנ"ל דאם היה זכות הבעל כלוקח על מ"י אף דיכולה לומר א"נ אמרינן איגלאי מילתא למפרע דהקדיש דבר שברשותו וכמש"כ לעיל. רק דאתו עלה דזהו דלמ"ד יכולה לומר א"נ אין זכותו רק כשעבוד ומדמו זה להא דאקדיש וזבין מלוה לא מהני. וזהו משום דקיי"ל מכאן ולהבא גובה. אבל כיון דאמרו דעשאו

חז"ל זכותו דהוי כלוקח גמור א"כ תקשה דיהיה חל הקדישו דהבעל באומר יקדשו ידיך לעושיהן:

וע"כ מוכח דאף דעשאוהו כלוקח עכ"ז לא עשאוהו דיהיה זכות הבעל במ"י כמו לוקח גמור לכל מילי רק לענין זה לבדו שלא תפקיע זכותו ממנו דבמה שזיכו לו חז"ל ראו לתקן שלא תוכל להפקיע ממנו בשום אופן בעולם כלל וע"כ אינו חל הקונם שלה. ואפ"ה אינו יכול למכור ולהקדיש זכותו משום דאין לו קנין לגבי זה רק בתורת שעבוד בעלמא והגוף שייך להאשה לבדה. הרי דמצינו דאף דאלמוה לשעבודי' והוי כלוקח גמור מ"מ לא הוי לוקח גמור לכל דבריו רק לגבי' זה שלא יופקע זכותו. ע"כ ה"ה י"ל כן בתקנת אושא דהא מצינו כן גבי תק"א בב"ק (דף צ') דאמרו דכ"ע אית להו תק"א והא דתני יוצאין בשן ועין לאשה ולא לאיש כדרבא דהקדש ושחרור מפקיע משעבוד ומאן דתני אין יוצאין לא לאיש ולא לאשה משום דאלמוה רבנן לשעבודי' דבעל. הרי דעיקר תק"א הוי משום זכות שעבוד ואלמוה לשעבודי' דבעל וכ"כ רש"י בב"ק (דף פ"ח) מקודם בד"ה באושא התקינו אלמוה רבנן לשיעבודי' משום איבה והוי כלוקח ראשון. וכ"כ רש"י שם (דף פ"ט ע"ב) בד"ה סברוה כו' דאלים שעבודי'. וכ"כ הרשב"ם בב"ב (דף נו"ן) ד"ה הבעל מוציא דאלמוה לשעבודי' דבעל ועשאוהו לוקח ראשון. א"כ י"ל בהך תק"א ג"כ דלא הוי לוקח גמור לכל מילי ולא עשאוהו כלוקח רק לגבי שלא יופקע זכותו בירושתה בשום אופן בעולם כלל. וכמש"כ השיטה מקובצת בכתובות פ' האשה שנפלו (דף ע"ח) דעיקר טעם תקנת אושא הי' כדי שלא תעקור ירושתו שלא תתן לקרובים ע"ש. ועדיין יש לומר דלשארי מילי לא עשאוהו ללוקח. וכמו דמצינו במעשה ידיה דאמרו אלמוה רבנן לשיעבודי' והוי כלוקח גמור כפי' רש"י ואפ"ה לא הוי לוקח גמור לכל מילי. דה"ה בהך דתק"א:

ולפ"ז מתורץ למה שהקשיתי לעיל על הא דאמרו בירושלמי ר"פ הכותב דהבעל אינו יכול למכור הגוף לכשתמות אשתו משום דהוי כמוכר דבר דאינו ברשותו דלפ"ז אמאי תקנו באושא דמכרה ומתה הבעל מוציא וכקושיות הש"ך הכא והב"ש בסי' צ"א דאי נימא דלא הוי לוקח מחיים על הגוף דאמאי מוציא מהלקוחות. ולפמש"כ אתי שפיר. דבאמת הגוף שייך להאשה לבדה רק לגבי שלא יופקע זכותו בירושתה בזה אלמוה דיהי' כלוקח ראשון וכמו במעשה ידיה דאינו יכול הבעל להקדיש משום דהוי דבר שאינו שלו ואפ"ה אין האשה יכולה לאסור עליו בקונם דעשאוהו בזה כלוקח. ואף דחזינן דלמאן דס"ל דאינה יכולה לומר א"נ יכול להקדיש מעשה ידיה באומר יקדשו ידיך והוי לוקח גמור לכל מילי. יש לומר דבמעשה ידיה אלים שעבודו ביותר וכמש"כ התוס'

בכתובות (דף נ"ט ע"א) ד"ה ר"ע אומר כו' בסה"ד וי"ל דדוקא בעיקר מ"י אלמוה שהם שלו לגמרי אבל הכא כו' ע"ש והובא בב"ש סי' פ"א סוף ס"ק ה'. ועוד יש לחלק דרק למאן דס"ל דא"י לומר א"נ דבזה כיון דזכותו ברור בזה דינו כלוקח לכל דבר. אבל למאן דס"ל דיכולה לומר א"נ ואינו ברור בידו הזכות לא שוויי' ללוקח לכל דבר. וה"ה בזכות ירושתה דאין זה זכות ברור דמי יודע שתמות קודם וכמש"כ התוס' בכתובות (דף פ"ד) ד"ה וסבר רב תנאו כו' דבזה לא עשאוהו ללוקח לכל דבר רק לגבי זה בלבד שלא תוכל להפקיע זכותו מה שזיכו לו חז"ל: ויהיה איך שיהיה עכ"פ מצינו במה דתקנו לתקנתם במעשה ידי' דאף דאלמוה לשעבודי' דיהיה כלוקח גמור כפי' רש"י ואפ"ה לא הוי לוקח לכל דבר. א"כ ה"ה י"ל כן בתק"א דג"כ לא הוי כלוקח גמור שיהי' יכול למכור זכותו לאחר וכמבואר בירושלמי ר"פ הכותב הנ"ל משום דראו חז"ל לתקן כן רק לענין זה לבד שלא תפקיע ירושתו ומחיים אין זכות הבעל רק בתורת שעבוד ואלמוה לשעבודי'. ובזה מדוקדק מה דאמרו בכתובות (דף ע"ח ע"ב) מתני' בחיי' ולפירות תק"א בגופה של קרקע ולאח"מ. משום דמחיים הוי זכותו רק בתורת שעבוד ואלמוה לשעבודי' אבל לאח"מ הוי לוקח ממש. ולפ"ז ניחא בפשיטות מה דבנתאלמנה ונתגרשה מכרה קיים כמבואר בסי' צ' סעיף ט' וכמבואר בירושלמי וא"צ לדחוקי בזה וכמו שהקשה הב"ש שם ס"ק ל"ט. ולפ"ז אתי שפיר שיטת הסוברין הכא גבי שומא הדרא דהא דלא מהדר דזהו רק כשמתה ולא בחיי' דאף דתקנת אושא היה להוציא מהלקוחות משום דשוויי' כלוקח ראשון מ"מ לא לכל מילי עשאוהו להיות לוקח גמור. ומהך ירושלמי דר"פ הכותב סייעתא לשיטת הפוסקים הללו. ומתורץ קושיות הש"ך והב"ש בסי' צ"א ס"ק ו' משום דאין ראי' מתקנת אושא כלל. ואין אנו צריכין לדברי הקצה"ח ע"פ דברי רש"י דב"ק. וכן בעיקר דברי רש"י יש לי לדון בכוונתו דאין דברי הקצה"ח מוכרחין כ"כ בכוונתו והוכרחתי לקצר: ענף ה: ואפשר לומר דשיטת הסוברים דהוי לוקח על הגוף מחיים לכל דבר דטעמייהו דהא לתי' קמא בב"ק (דף פ"ט) דאמרו דכ"ע אית להו תק"א כאן קודם תקנה כאן לאחר תקנה הרי דלתק"א הוי לוקח גמור ולא בתורת שעבוד בלבד רק האבע"א דמסיק מ"ט כדרבא כו' מפקיע משעבוד ואלמוה לשיעבודא דבעל ס"ל דאינו לוקח גמור לכ"ד רק לגבי זה בלבד שלא תפקיע ממנו ואז יש לדמות למעשה ידיה כנ"ל. ופסקו כהתירוץ קמא הנ"ל. אבל שיטת הסוברין דלא הוי לוקח מחיים על הגוף לגבי שומא הדרא וכן למילי אחריני י"ל דס"ל כהך אבע"א דאין זכותו רק בתורת שעבוד ואלמוה לשעבודו וכמו דהובא לשיטת הירושלמי ר"פ הכותב הנ"ל. אכן ברש"י ב"ק שם (דף פ"ח ע"ב) ד"ה באושא התקינו כתב בלשון אלמוה רבנן לשעבודי' כו' וכן שם (דף פ"ט ע"ב) ד"ה קודם תקנה הוי שיעבודי'

קיל כו'. הרי דאף קודם דמסיק האבע"א כדרבא כו' מפקיע משעבוד ג"כ היה ס"ל דרק בתורת שעבוד אתו עלה דתק"א. ולפ"ז אתי שפיר בפשיטות הך דב"מ (דף צ"ו) דהובא לעיל דאמרו שם אשה ששאלה ושאל מאשה גבי שאילה בבעלים דתלוי בפלוגתת ריו"ח ור"ל אי קנין פירות כקנין הגוף דמי. והקשיתי לעיל דהא לאחר תקנת אושא הוי הבעל לוקח על הגוף או דאלמוה לקנין פירות דיהיה כקנין הגוף וכמש"כ הקצה"ח. אבל לפי מש"כ כעת אתי שפיר בפשיטות דהא לאו לכל מילי עשאוהו כלוקח רק לגבי טריפת לקוחות כדי שלא תפקיע זכותו בירושתה. וכן הא לא מהני מכירתו בחיי' אם תמות וכשיטת הירושלמי שלפנינו. ואחר כותבי כ"ז מצאתי בעז"ה בשיטה מקובצת לב"מ שם שהקשה כן ותירץ כמש"כ וזה לשונו וקשיא לי והא לא דמי האי קנין פירות דבעל לקנין פירות בעלמא כדאי' בהחובל דקנין פירות דידי' כקנין הגוף הוא ואיכא למימר דאלמוה רבנן שעבודא דבעל כי היכי דלא ליפקע שעבודא דבעל כדפריש בירושלמי שלא תהא אשה מברחת נכסיה מבעלה וכן שלא תהא אוסרת עליו מ"י אבל בכל מילי אחריני כקנין פירות דעלמא הוי הראב"ד עכ"ל השמ"ק וכה"ג ראיתי בהריטב"א לב"מ שם. הרי להדיא דהשמ"ק בשם הראב"ד כתב כעין מה שכתבתי דרק לגבי שלא יופקע זכותו בירושתה אלמוה לקנין פירותיו אבל לא לשארי מילי. וגם כתב בקצרה וכן שלא תהא אשה אוסרת עליו מ"י. וכלל אותם כחדא להורות דזה דומה להא דקונם מ"י לפיך דאינו חל כ"ז שהיא תחתיו משום דאלמוה לשיעבודו וה"ל לוקח כפי' רש"י שם. וה"ה בתק"א דעשאוהו כלוקח דהוא ג"כ רק להדא מילתא שלא תפקיע זכותו ולא לשארי מילי. והשמ"ק כתב כן לשיטת הסוברים דמצד דאלמוה לקנין פירותיו דיהיה כקנין הגוף וכמש"כ הקצה"ח ע"פ דברי רש"י דב"ק. ואני כתבתי כן לשיטת הסוברים דמצד דעשאוהו כלוקח לגבי זה לבד על הגוף. ות"ל ע"ז:

(הגה"ה:

והנה לעיל הבאתי לדברי התוס' כתובות (דף נ"ט) ד"ה ר"ע אומר כו' שכתבו דדוקא בעיקר מ"י אלמוה אבל הכא בהעדפה דלאו דידי' נינהו אלא לפירות בעלמא לא אלמוה עכ"ל. וראיתי בהפלאה דהקשה דהא אמרו בב"ק (דף פ"ט) דגם בקנין פירותיו אלמוה שא"י להפקיע ולכן עבדי מלוג אין יוצאין בשן ועין לאשה ותי' דזה תלוי בפלוגתת תנאי דהתם והך תנא יסבור דלא אלמוה לקנין פירותיו עכ"ל ההפלאה. ולענ"ד לא נהירא זה דא"כ תקשה להלן (דף ס"ו) דאמרו דת"ק דס"ל א"צ להפר דע"כ זהו משום דס"ל דהעדפה לבעל דאל"כ אמאי א"צ להפר הא יש לחוש לשמא תעדיף כו'. וקשה מנלן להוכיח כן מהת"ק הא י"ל דטעמי' דת"ק הוא משום דס"ל כהברייתא דהחובל דעבדי נ"מ אין

יוצאין לאשה משום דאלמוה לקנין פירותיו או משום דעשאוהו כלוקח על הגוף בחיי' וה"ה על העדפה ומשום תק"א וע"כ אינו חל נדרה לאפקועי זכותו ועיין כתובות (דף ע"ח ע"ב) וקצרתי. וע"כ נלע"ד דפשטות כוונת התוס' דכתבו כן לכ"ע ואינו קשה מהא דעבדי מלוג אין יוצאין לאשה כדקיי"ל משום דיש לחלק דדוקא בעבדי מלוג דכבר אתי לידה בזה אלמוה לזכותו כיון דכבר זכתה. אבל במה שלא בא עדיין לידה מעולם בעת הקונם שלה בזה לא אלמוה זכותו. וכדמצינו בהרא"ש ב"ב פ' יש נוחלין סי' י"א שכתב לחלק דדוקא בהלותה אחר נישואין בזה שייך תק"א אבל במה שהלותה קודם נישואין דלא אתי לידה אחר נישואין לא אלמוה. וכמש"כ הב"ש בסי' פ"ג ס"ק ה' לחלק כה"ג דשאני חבלה שלא בא לידה מעולם ע"ש. וע"כ חל נדרה להפקיע זכותו מפירות שיש לו במה שתעשה לאח"ז. וראי' לזה דאל"כ תקשה איך כתבו התוס' דשעבודו דעל מ"י אלים ביותר מזכות פירות. והא בגיטין (דף ע"ז) אמרו דידה גופא לא קני לבעל וחצרה מה שקנתה קנה בעלה הרי דזכות פירותיו אלים ביותר מזכותו במ"י. וע"כ מוכח דכוונתם הוא דשאני בהך דכתובות דעדיין אינם בעולם ובזה לא אלים זכותו כ"כ בפירות כמו זכותו במ"י שהם לגמרי שלו. ולפ"ז העיקר כמש"כ לעיל ועוד יש לחלק דבזכות דאינו ברור כ"כ לא עשאוהו ללוקח לכל דבר כו'. וזהו כוונת הרמב"ן שהובא בשמ"ק לב"מ (דף צ"ו) ד"ה האשה ששאלה כו' וז"ל כקנין הגוף דמי כו' מטעם פירות אתי לה ולא מטעם לוקח ראשון דירושתה דכיון דתלוי' ועומדת לאו קנין ממש הוא שיטה עכ"ל ויש להעמימו לדברי שכתבתי דכיון דאין זה זכות ברור ע"כ לא עשאוהו ללוקח לכל דבר דלזה נתכוין הרמב"ן וקצרתי. (ע"כ הגה"ה): ואמרו בירושלמי בכורים פ"א ה"ה על המשנה אשה מביא ואינו קוראת ולביתך מלמד שמביא ביכורים מנכסי אשתו וקורא רשב"ל אמר לאח"מ הא בחיים לא ריו"ח אמר לא שנייא היא בחיים היא לאח"מ רשב"ל כדעתי' דאין יורש אשתו דבר תורה. והובא בקצרה בר"ש בכורים פ"א משנה ה' בסופו. ופי' הפני משה דר"ל דס"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ע"כ אינו קורא בחיי' אלא לאח"מ כו'. וכן אי' בירושלמי כתובות פ"ט ה' ה'. ובש"ס דילן בגיטין (דף מ"ז) בפלוגתת ריו"ח ור"ל אמרו שם ולביתך מלמד שמביא בכורי אשתו וקורא כו' ועיין בתוס' שם ד"ה ולביתך כו'. והריטב"א כתב שם דהאי לביתך דרשא גמורה ולא אסמכתא אלא גזה"כ אע"ג דלית לי' קרקע מידי כו'. וכ"כ הריטב"א בב"מ (דף צ"ו) ועיין בפני יהושע לגיטין שם. ולפ"ז הש"ס דילן פליג על הירושלמי וס"ל דאף לר"ל מביא בכורים מנכסי אשתו וקורא ומה"ת משום הך גזה"כ ולביתך וכמש"כ הריטב"א והפ"י. ומשמע דאף לאחר תקנת אושא דבעל לוקח הוי דג"כ ס"ל לר"ל לשי' הירושלמי דכיון דקנין פירות לאו כקנין

הגוף דמי ע"כ אינו מביא בכורים מנכסי אשתו וקורא. ואין סברא לומר דר"ל לא יסבור לתקנת אושא דרק לריו"ח כתבו התוס' ביבמות (דף ל"ו) ובכתובות (דף נ') בחד תירוצא דלריו"ח לא צריכא לתק"א רק לר"ל מסיק הש"ס בהחובל (דף פ"ח) לתק"א ע"ש. וגם לריו"ח מוכח מהירושלמי פ"ט דכתובות ה"א דס"ל לתק"א וכמש"כ בשירי קרבן שם. ולפ"ז תקשה דהא כיון דלתק"א הוי הבעל כלוקח על הגוף מחיי' או משום דאלמוה לקנין פירותיו דהוי כקנין הגוף וכמש"כ הקצה"ח לדברי רש"י א"כ קשה אמאי אינו מביא בכורים וקורא מנכסי אשתו לר"ל. ואין לומר דכיון דזכות הבעל הוא רק מדרבנן ע"כ אינו מביא וקורא. דז"א דהא מבואר בגיטין (דף מ"ז) דאף בזכות פירות להבעל אף דאינו רק מדרבנן מ"מ אם קנין פירות כקנין הגוף דמי דמביא וקורא וכמש"כ התוס' שם ד"ה מתה אין כו'. ובהריטב"א שם. א"כ יש להקשות דנימא כן אף לר"ל ולאחר תק"א. וכן יש להקשות בשיטת הש"ס דילן דאמרו מתה אין לא מתה לא. ודוחק לומר דהברייתא דשם היה ס"ל כהנך תנאי דל"ל תק"א או קודם תקנה. ועיין בב"ק (דף פ"ט ע"ב):

אכן לפי מש"כ לבאר לפי שיטת הירושלמי ר"פ הכותב דמוכח לומר דעיקר תק"א אינו רק בתורת שעבוד ואלמוה לשעבודו. וכן הבאתי לעיל ב"ה בשם השמ"ק לב"מ בשם הראב"ד דכתב דאף דאלמוה לקנין פירותיו דיהיה כקנין הגוף דזה אינו רק לגבי שלא תפקיע זכותו אבל בכל מילי אחריני כקנין פירות דעלמא הוי וכמו שהובא לעיל. ולפ"ז אין מקום לקושייתי דהא לכל מילי הוי קנין פירות דהבעל דמי לכל קנין פירות דס"ל לר"ל דלאו כקנין הגוף הוי. וע"כ שפיר ס"ל לר"ל בירושלמי דאינו מביא וקורא מנכסי אשתו. ויהיה גם מזה ראיה למה שנתבאר לעיל בעז"ה. ואפשר לדון בזה לפי מה דכתב הרמ"א באה"ע סי' צ' סעי' ט' דנתאלמנה ונתגרשה מכרה קיים והב"ש הקשה שם ע"ז. אכן העיקר הוא דאף דהבעל מוציא הגוף בחיי' דכן היה התק"א. דעכ"ז כשמת הבעל בחיי' אז נתבטל למפרע הזכות דזיכו לו חז"ל בחיי' ע"פ תק"א דאדעתא דהכי לא זיכו לו כלל מעיקרא. ע"כ י"ל דלכן אינו קורא דהא מבואר בב"ב (דף פ"ב) דבמקום ספק אינו קורא משום דמחזי כשיקרא. וכיון דבחיי אשתו אף דנימא דדינו כלוקח על הגוף אז. עכ"ז כשמת הוא בחיי' פקע למפרע זכותו בגוף הקרקע. ע"כ אינו קורא משום דמי יימר שתמות קודם שמא ימות הוא מקודם וכמש"כ התוס' כתובות (דף פ"ד) ד"ה וסבר רב כו' ואז היה אסור לקרות וע"כ אינו קורא וע"כ נדחה ראייתי מהך דבכורים. אכן לפי שיטת הקצה"ח ע"פ דברי רש"י דאלמוה לקנין פירותיו דיהיה כקנין הגוף. א"כ שפיר הוכחתי מהך דאמרו גבי בכורי אשתו דלר"ל דקנין פירות אינו כקנין הגוף דאינו מביא וקורא. דמוכח מזה כמש"כ השמ"ק בשם הראב"ד דלכל מילי קנין פירות דהבעל הוא

כמו כל קנין פירות דאינו כקנין הגוף. ויהיה מהירושלמי דבכורים ראי' לדברי הראב"ד הנ"ל. וראיתי כעת בהריטב"א לב"מ (דף צ"ו) שכתב בשם הראב"ד דכיון דלגבי מכירתה טורף הבעל מהלקוחות ע"כ הדין הוא דבעל מביא בכורים מנכסי אשתו כיון דשווי' לאחר תק"א כלוקח ראשון דקנין פירותיו הוי כקנין הגוף ע"כ מצי למימר גבי בכורים מן האדמה אשר נתת לי כו' עכ"ל. וזהו רק לפי ש"ס דילן. אכן לפי שיטת הירושלמי בבכורים הנ"ל מוכח דלא ס"ל לסברת הראב"ד הזה. וזולת כל זה יש לומר בקצרה כי הירושלמי דביכורים אזיל לשיטתי' דס"ל בירושלמי ר"פ הכותב דבעל אין לו זכות בהגוף רק בהפירות וכמש"כ הב"ש בקצרה בסי' צ' ס"ק ל"ט: ג:

(שם סעיף א' במחבר):

וביבמות (דף ס"ו) במשנה דעבדי מלוג לא יאכלו בתרומה וכתבו התוס' שם ד"ה אלמנה לכה"ג כו' דאף למ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי לא חשיב בהכי קנין כספו כיון שאין הגוף שלו כו'. זה אתי שפיר אף לאחר תק"א להסוברים דאין להבעל קנין בהגוף מחיים. אך אף להסוברים דאחר תק"א יש להבעל קנין בהגוף מחיים ובאלמנה לכה"ג בהכיר בה דיש לה כתובה ויורשה כמבואר בסי' קט"ז וסי' צ' סעי' ג' ויש להבעל זכות ע"פ תק"א. דג"כ אתי שפיר אף לאחר תק"א ע"פ מש"כ לעיל דכיון דהיכא דנתאלמנה ונתגרשה אז נתברר למפרע דלא היה לו קנין הגוף מחיי'. ע"כ במקום דיכול לבא לחשש איסור באכילת תרומה. דחיישינן שמא תתאלמן ואז יתבטל הקנין הגוף של הבעל למפרע ולכן לא יאכלו. וקצרתי:

ועדיין יש לעיין בקידושין (דף כ"ד) דאי' התם דתניא אין אשה פודה מע"ש בלא חומש רשב"א משום ר' מאיר אשה פודה מע"ש בלא חומש ומוקי לה רבא במעשר דאתיא מבי נשא עסקינן ור"מ לטעמי' דאמר מעשר ממון הקדש ולא קני ליה בעל ורבנן לטעמייהו דממון הדיוט וקני לי' בעל ושליחות דבעל קעבדא ופי' רש"י דממון הדיוט הוא וחיילא עלי' תקנתא דרבנן ופירות לבעל כשאר נ"מ וכיון דבזוזי דבעל פרקה בעי חומש עכ"ל. ויש להקשות דהא רבנן דר"מ הוא ר' יהודה וכמבואר לקמן (דף נ"ב ודף נ"ד) דס"ל מע"ש ממון הדיוט. ור' יהודה הא ס"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף וכמבואר בב"ק (דף צ') וב"ב (דף נ') ומה"ט לא קרינן ליה עבדו. והתוס' בב"ב שם בד"ה קנין פירות כו' ובגיטין (דף מ"ח) ד"ה לא דכ"ע קנין פירות כקנין הגוף כו' דר' יהודה ס"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף. א"כ תקשה במה דס"ל לר' יהודה הכא דכיון דמע"ש ממון הדיוט ופירות לבעל דקרינן ביה ממעשרו. דהא כיון דס"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף א"כ לא קרינן ביה ממעשרו כמו דלא קרינן ליה עבדו התם. אכן לפי מש"כ התוס' בגיטין (דף כ"ה ע"ב)

ד"ה ר' יהודה כו' דהביאו בשם ר' יצחק דמן דין יום או יומים דס"ל לר' יהודה דלאו כקנין הגוף דמי אין ללמוד בעלמא דשא"ה דכתיבי קראי כו' עכ"ל. א"כ י"ל דבאמת ס"ל לר' יהודה דקנין פירות כקנין הגוף הוי בעלמא. וע"כ א"ש הך דקידושין דמשום קנין פירות דבעל קרינן ממעשרו וכדקאמרי בגיטין (דף מ"ח) לעולם אימא לך בעלמא קסברי ר' יהודה ור"ש קנין פירות כקנין הגוף. וכן יש להעיר בהך דבכורים פ"א משנה י"א דר' יהודה ס"ל דבעלי אריסין וחכירות מביאין וקורין. ובע"כ טעמו משום דס"ל קנין פירות כקנין הגוף דמי ובמק"א הארכתי בזה. אכן לפי שיטת התוס' בשארי דוכתי וכנ"ל דס"ל אליבא דר' יהודה דקנין פירות לאו כקנין הגוף א"כ תקשה דאמאי ס"ל לר' יהודה דאין פודה בלא חומש הא כיון דקנין פירות לאו כקנין הגוף א"כ לא קרינן ביה ממעשרו:

אך י"ל בהך דתניא דאין אשה פודה מע"ש בלא חומש ולר"י דמע"ש ממון הדיוט וקני ליה בעל כו' דמיירי לאחר תק"א וכדאמרו בב"ק (דף פ"ט) לכמה אמוראי דתנינא להך תק"א כו' ולימא תק"א תנאי היא כו'. ולשיטת הסוברים דתק"א הוא מצד דהוי לוקח מחיים על הגוף או דזהו משום דאלמוה רבנן לקנין פירותיו להיות כקנין הגוף וע"כ קרינן ביה ממעשרו ואין פודה בלא חומש. אכן לפי מש"כ לעיל להוכיח מהך דב"מ (דף צ"ו) וכפי שהבאתי לעיל בשם השמ"ק ובשם הראב"ד דכתב דלאו לכל מילי עשאוהו ללוקח רק עיקר זכותו מצד תק"א הוא משום שעבוד ואלמוה לשעבודי' להיות מוציא מהלקוחות שלא יופקע זכותו בירושתה אבל בשארי מילי אין לו זכות ולא עדיף זכותו משאר קנין פירות דעלמא דאינו כקנין הגוף וכדאמרו בב"מ (דף צ"ו) גבי שאילה בבעלים. א"כ אכתי יש לעיין הכא דאף דמע"ש ממון הדיוט הוא דמ"מ אין דינו כלוקח כיון דקנין פירות ס"ל דלאו כקנין הגוף א"כ לא קרינן ביה ממעשרו. ועוד יש להעיר לפי מה שכתב הש"ך הכא גבי שמו מינה דאשה ואינסבא דבחיי' מהדרינן לה דלא שוויי' כלוקח לריעותא וכמו בב"ב ס"פ י"נ דטבא ליה עבדו לי' כו'. א"כ תקשה עדיין הכא דאמאי אינה פודה בלא חומש הא אף דממון הדיוט וקני ליה בעל. עכ"ז הא יכול לומר דא"א בתק"ח ולריעותא לא שוויי' כלוקח א"כ כי פרקת לי' בזוזי דבעל לא יהיה חייב ליתן חומש דהא אינו קונה בע"כ היכא דלא יהיה לו זכות מזה:

וכן הרמב"ם ה' מע"ש פ"ה כתב דלכן אשה שהכניסה מע"ש לבעלה אם פדהו אינו מוסיף חומש משום דמע"ש ממון גבוה הוא. ומשמע דאם היה ממון הדיוט היה חייב חומש וע"כ משום דהוי לוקח מתק"א ותקשה כנ"ל. ואפשר לומר דא"ש לפי מש"כ רש"י בקידושין שם ד"ה דאייתי מבי נשא כו' דירשתיה להמע"ש עם שאר נכסים כו'. דלכאורה יש לעיין דל"ל לרש"י לפרש דירשתי' עם שאר נכסים. אכן י"ל דאלו לא היה שם שארי

נכסים לא היה כלוקח על המע"ש ולא קרינן בי' ממעשרו כיון דלאו כקנין הגוף הוי רק מצד תק"א ולא אלמוה לחובתו. אבל כיון דהבעל בא לזכות גם בשארי נכסים שירשתה להיות בהו כלוקח מצד תק"א דיש לו זכות עי"ז לבטל מכירתה אם תמכור. ע"כ אינו יכול לומר א"א בתק"ח כיון דרוצה בהך תקנת חז"ל משארי נכסים לזכותו א"כ ה"ה במה דהוי לחובתו אם יהיה כלוקח מצד תק"א דג"כ הוי כלוקח. ולפ"ז אף דלא ירשתה רק למע"ש אלא דהיה לה שארי נכסי מלוג דג"כ יש לדון כן מצד הסברא הזאת. וכעין זה ראיתי בהפלאה לק"א סי' ק' ס"ק ב' דכתב דלא שייך א"א בתק"ח היכא דבקצתו ניחא לי' ע"ש. אבל ז"א מספיק לתרץ רק במה דהקשיתי דנימא א"א בתק"ח אבל במש"כ בשם השמ"ק דלאו לכל מילי שוויי' כלוקח לכל דבר תקשה עדיין:

ולכן נראה לע"ד מילתא חדתא והוא דהא מצינו בגיטין (דף מ"ז) דלביתך מלמד שמביא בכורי אשתו וקורא ואף ריש לקיש דס"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף במוכר שדהו לפירות דאינו קורא. עכ"ז מודה דבעל מביא בכורי אשתו וקורא משום גזה"כ דולביתך דגזרה תורה גבי בכורים דקנין פירות של הבעל יהיה כקנין הגוף וכמש"כ הרשב"א בגיטין שם וזהו דרשא גמורה ולא אסמכתא וכמש"כ הריטב"א והפני יהושע שם ועיין בתוס' שם ד"ה ולביתך כו' דגם מקודם התקנה היה דרכם מכבר לתת הפירות לבעליהן ע"ש. ומה"ט פסק הרמב"ם פ"ד הל' בכורים דבעל מביא בכורים מנכסי אשתו וקורא וכמש"כ הפני יהושע בגיטין שם לפרש דאע"ג דר"ל סבר מתחלה שם מתה אין לא מתה לא עכ"ז לבסוף דמיתה איצטריכא לי' ס"ל לר"ל שפיר דגבי בכורים אע"ג דלא מתה גזרה התורה דקנין פירות של הבעל יהיה כקנין הגוף וע"כ מביא בכורי אשתו וקורא. וכ"כ הריטב"א בב"מ (דף צ"ו). ועיין בהריטב"א שם במש"כ בשם הראב"ד על הא דמביא בכורי אשתו וקורא וקצרתי. וכיון דנתבאר דבכורים מביא הבעל וקורא דזהו מה"ת דגזרה התורה דקנין פירות של הבעל נחשב כקנין הגוף גבי בכורים. דה"ה במע"ש אמרינן דקנין פירות של הבעל הוי כקנין הגוף וקרינן בי' ממעשרו. דביבמות (דף ע"ג) אמרו דאיתקש בכורים למע"ש וילפינן בהיקישא כמה מילי ועיין בתוס' שם בע"א ד"ה מה שאין כן במעשר כו' דילפינן גם מע"ש מבכורים דאין היקש למחצה. וה"ה לגבי הך מילתא בקנין פירות של הבעל דכמו דהוי כקנין הגוף בבכורי אשתו דה"ה גבי מע"ש של אשתו. וע"כ אם מע"ש ממון הדיוט חייב חומש. אלא אי מע"ש ממון גבוה דלא נכלל זה בנ"מ וכמו דפי' רש"י שם וכמש"כ הריטב"א בקידושין שם להסביר זה. וכיון דאין להבעל קנין פירות כלל במע"ש אם הוי ממון גבוה ע"כ פודה בלא חומש משום דהוי כאחר לגבי הפדיי' אבל למ"ד ממון הדיוט דהוי נכסי אשתו וכדין כל נ"מ ויש להבעל

קנין פירות ע"כ יש למילף מהיקישא לבכורים דגזרה תורה דקנין פירות של הבעל בנכסי אשתו דינו כמו קנין הגוף לגבי זה. וכמו דילפינן ביבמות (דף ע"ג) שם ע"פ היקישא מע"ש לבכורים לכמה ענינים כמו כן ילפינן להך מילתא דאין לחלק ביניהן. [ובמה דהוי זכותו בהפירות רק מדרבנן כתבתי לעיל ובמק"א דדינו כדאורייתא וכעין זה כתב הריטב"א לכתובות (דף פ"ה ע"ב) ד"ה המוכר שט"ח כו' ע"ש. ואכמ"ל בזה]. ומתורץ על נכון סוגיות הש"ס בקידושין והרמב"ם:

ד:

(שם סעיף ו'):

נחזור לענינינו דנתבאר דמצינו כעין זה דאף דנתנו להבעל דין לוקח מ"מ אינו כלוקח לכל דבר רק לדבר פרטי בזה אלמוה לשיעבודי' ונתנו לו בזה לבד דין לוקח כמו במעשה ידיה. וכעין זה מצינו במה שכתבו התוס' בכתובות (דף נ"ט) ד"ה קונמות כו' דאלמוה רבנן לשיעבודא דב"ח שלא יהיה יכול לאסור בקונם על המלוה וכ"כ הרא"ש שם והובא שיטתם בח"מ סי' קי"ז. ולפי' רש"י שם במה דאלמוה לשעבודא דבעל שלא יחול הקונם מיד דזהו משום דשוויוהו רבנן כלוקח גמור. א"כ לפ"ז ה"ה במש"כ התוס' והרא"ש דאלמוה רבנן לשעבודא דבע"ח ג"כ ע"כ זהו משום דנתנו לו דין לוקח לזה. ועכ"ז חזינן דאקדיש מלוה וזבין לא מהני מכירתו כמבואר בפסחים (דף ל"א) לדידן דקיי"ל כרבא דמכאן ולהבא גובה משום דבאמת אין להמלוה רק שעבוד על נכסי הלוה ורק לדבר פרטי שלא יהיה יכול הלוה לאסור בקונם על המלוה עשאוהו חז"ל כלוקח כדי שלא יופקע זכותו. וה"ה גבי הך דתק"א דעשאוהו כלוקח ראשון לדבר פרטי שלא תועיל מכירתה לאפקועי זכות ירושתו. וכמו בהך דקונם מעשה ידי לפיך דאינו חל כ"ז שהיא תחתיו משום דשוויי' כלוקח גמור. אף דבאמת אינו כמו דין לוקח וכמש"כ בשם הריטב"א דאין זכותו רק בתורת שעבוד. וכמו דאמרו בגיטין (דף ע"ז) דידה גופא מי קני לי' וכמש"כ לעיל בארוכה. ע"כ יש לדון כן גבי הך תק"א דמכרה ומתה מוציא מהלקוחות דעשאוהו כלוקח ראשון דאין זה רק לגבי ענין פרטי הזה כדי שלא תפקיע זכותו בירושתו. וכן י"ל בדברי הר"נ נדרים (דף ט"ו ע"ב):

ולפ"ז ניחא אף להך שיטה דס"ל הכא גבי שומא הדרא דלא נתנו לו חז"ל דין לוקח בחייו על הגוף וכן מצינו שיטת הסוברים באה"ע סי' צ' סעיף ט' שיטת המחבר בשם הרמב"ם וסייעתו דבחיי' אינו מוציא הגוף. ועכ"ז אתי שפיר מה שפסק המחבר באה"ע סי' צ' סעי' א' דבהנותה מנ"מ ומתה קודם שגבתה דיורשה בעלה ולא הובא שום חולק ע"ז שם. ואף דהתוס' בב"ב (דף קכ"ד) ס"ל בזה דאינו יורשה עכ"ז לא חשו להביא לשיטת התוס'

אף בשם י"א כלל. משום דאף לשיטת הרמב"ם דאינו מוציא בחיי' הגוף וכן לשיטת הסוברים הכא גבי שומא הדרא דאין לו דין לוקח מחיים על הגוף. מ"מ כיון דתק"א היה לעשותו כלוקח ראשון להוציא מהלקוחות דאלמוה לזכותו גבי זה בלבד כדי שלא תפקיע זכותו בירושתה. כמו כן הכא בהלוותה מנ"מ תחתיו דיורשה דזהו ג"כ מטעם זה דאלמוה חז"ל לגבי זה דיהיה כלוקח ראשון על המעות דהיה ברשותה בעודה תחתיו דלא תפקיע זכותו ע"י מעשיה דהלוותה אותם ויש עליהם דין ראוי דע"פ דין לא היה יורשה ועכ"ז כיון דשוויי' לי' דין לוקח לאחר תק"א הדין הוא דיורשה משום זה וכדסתם המחבר בלא שום חולק באה"ע סי' צ' הנ"ל:

וכבר כתבתי לעיל בשם הקצה"ח ע"פ דברי רש"י דב"ק דעיקר תק"א הוא משום דאלמוה לקנין פירותיו דיהיה כקנין הגוף. א"כ לפ"ז הדין נותן גבי הלואתה מנ"מ תחתיו דאינו יורשה וכמש"כ לעיל בארוכה דכיון דאינו בעין רק ראוי ע"כ אינו שייך בזה תק"א כלל כיון דעיקרו הוא משום דקנין פירותיו אלמוה דיהיה כקנין הגוף. וכן נראה מדברי הראב"ד דהובא בשמ"ק לב"מ (דף צ"ו) שכתב בלשונו דהא לא דמי קנין פירות דבעל לקנין פירות דעלמא כדאי' בהחובל דקנין פירות דידה כקנין הגוף הוא כו' עכ"ל. הרי דס"ל להראב"ד דעיקר תק"א הוא משום דאלמוה לקנין פירותיו דיהיה כקנין הגוף. וזהו כמש"כ הקצה"ח בשם רש"י. ועיין בהריטב"א לב"מ שם למש"כ שם בשם הראב"ד ועוד שם. ועכ"ז כיון דהמחבר סתם לדינא גבי הלואתה לנ"מ בסי' צ' כדברי הרא"ש לב"ב בלא שום חולק ולא הביא כלל לשיטת החולקים ע"ז הכי נקטינן לדינא. רק שהיה מקום להקשות על המחבר דסותר שיטתו למש"כ הכא באה"ע סי' צ' סעי' ט'. ולפי מה שכתבתי א"ש בפשיטות:

והבית שמואל באה"ע סי' צ' סעיף א' בס"ק י"א כתב על הא דפסק המחבר בהלותה דיורשה בעלה דאף לדעת הרמב"ם דס"ל דאין מוציאין הגוף לא אמרינן דהוי ראוי חדא דהא הרמב"ם ס"ל דהבעל יורש מלוה כמש"כ המ"מ פ"א ה"ג גם י"ל הרמב"ם מודה במלוה דמוציאין ול"ד לקרקע דא"א להפסיד הקרקע עכ"ל. ותירוץ הראשון של הב"ש אינו ברור דהא בחוב שלא הגיע זמ"פ מודה הרמב"ם שאינו יורשה כמש"כ המ"מ פ"א ה' נחלות ה' י"א והלח"מ שם ביאר על מה שסתם הרמב"ם בזה משום דסמך על מש"כ הרמב"ם בהלכות נ"מ דהבעל אינו יורש נזקי אשתו כו'. וכ"כ הבית יוסף בטור אה"ע סי' צ' דבחוב שלא הגיע זמ"פ מודה הרמב"ם דאינו יורשה וכשיטת הר"י בן מיגש. א"כ עדיין תקשה אמאי סתם המחבר וכתב דמלוה דאחר הנישואין דבעלה יורשה וכדברי הרא"ש בב"ב הא אכתי ה"ל לחלק בין חוב שהגיע זמ"פ ללא הגיע זמ"פ לפי דברי הב"ש בתירוץ

א'. ועוד קשה דהא שיטת הרמב"ם דבעלה יורש מלוה אף דהוי ראוי היא דעת יחידאה וגם אין יכול לומר קים לי כשיטת הרמב"ם אף בתפס וכמש"כ הב"ש בסי' צ' ס"ק ו' א"כ איך מצרפינן זה השיטה להלכה לאחר שהכריע המחבר לקמן סעי' ט' דאין מוציא הגוף במכרה נ"מ ולא הביא שם שום חולק זולת הרמ"א הביא שם שיטת החולקים. ואפשר דהמחבר ס"ל כמש"כ הרמ"א בח"מ סי' כ"ה סעיף ב' דאף כשאין הרבים מסכימים לטעם א' אזלינן בתרייהו ועיין בש"ך שם בס"ק י"ט ובמק"א הארכתי בזה. ועכ"פ תירוץ הב"ש הוא דוחק מאוד:

וגם תי' השני של הב"ש אינו ברור במש"כ דגם הרמב"ם מודה דמוציאין ול"ד לקרקע כו'. דמה בכך דמוציאין הא כ"ז דלא הוציאו בחייו הוי ראוי כמו ספרים שנגנבו כש"כ באינו בעין דהוי ראוי לשי' הרמב"ם דלא הוי לוקח מחיים על הגוף כמו שהקשה הב"ש. ואפשר לומר דהנך שני תירוצים של הב"ש ביחד הם מספיקים לתרץ קושיות הב"ש. משום דעל תי' הראשון של הב"ש יש לפקפק כמש"כ לעיל דא"כ במלוה שלא הגיע זמ"פ דמודה הרמב"ם דאינו יורשה דזה הוי ראוי לשי' הרמב"ם דאין מוציאין הגוף וכמו שהקשיתי לעיל. וע"ז שייך לומר תירוץ השני של הב"ש דבמלוה מודה הרמב"ם שמוציאין מהלוה משום דיכול הבעל לומר דאינו מהימן לי על זכות הפירות ששייך לו דשמא יפסיד זכות פירותיו. ע"כ אף במלוה שהלותה על זמן ארוך ולא הגיע זמ"פ עדיין היה יכול הבעל להוציא אף בתוך זמ"פ ולתובעו משום דאין לה רשות להרחיב הזמ"פ בלא רשות הבעל. וכיון דהבעל היה יכול לתבוע מהלוה בחייה. [ועיין באה"ע סימן פ"ה סעיף ד' ובח"מ סי' קכ"ב]. הוי כמו הגיע זמ"פ דלא מקרי ראוי לשיטת הרמב"ם. וכיון דבזה מודה הרמב"ם דיורשה ע"כ שפיר יש לנו למינקט כפי תירוץ הראשון של הב"ש. ושני הסברות ביחד עולים יפה לתרץ קושיות הב"ש מעל המחבר שכתב בלשון הלוותה מנ"מ דמשמע דהלוותה בלא רשות בעלה וכמש"כ הח"מ שם בס"ק ט'. ואף דמלשון הב"ש משמע דכל תי' בפ"ע מספיק לתרץ קושייתו מ"מ י"ל כן אף דאין זה במשמעות לשונו כ"כ:

ובפשטיות יש לומר בעיקר קושיות הב"ש דאינו קשה דאף להרמב"ם דאינו מוציא הגוף בחיי' מ"מ כשמתה אמרינן איגלאי למפרע דהוי לוקח מחיים על הגוף וכמש"כ הש"ך הכא. אלא כ"ז דלא נתברר זה הוי כמו כל תנאי דכ"ז דלא נתברר דייניו דלא יצאו מרשות בעלים הראשונים משום דמוקמינן בחזקת מ"ק וה"ה הכא בספק מי ימות קודם דמספיקא אין מוציאין מחזקת מ"ק של האשה וע"כ כ"ז שלא מתה אין מוציאין הגוף מהלוקח ואף דהוי ספק בלהבא ובמק"א כתבתי דחזקה על להבא יש לדון לשיטות כמה

פוסקים דאינו מועיל מ"מ הא במקום חזקת מ"ק דהוי חזקה אלימתא שאני. וגם הא הלוקח זוכה ע"פ דין תורה והבעל בא מצד תקנתא וספק תקנה מוקמינן על דין תורה. וכן הכא גבי שומא הדרא אינו רק מדרבנן ע"כ ממילא במקום ספק מוקמינן על דין תורה דמספיקא אינו מהדר ואין לחייבו משום ועשית הישר והטוב מספיקא וכמש"כ הקצה"ח הכא בס"ק ו' וכמבואר בסי' קע"ה סעיף ז' ובסעי' מ"ה בספק מצרנות דעל המצרן להביא ראיה. אבל הכא גבי ירושת מלוה שהלוותה תחתיו. כשמתה נתברר דהוי הבעל לוקח למפרע על הגוף וע"כ יורשה משום דהמעות שלה דהלותה נתברר דהיו אז מעות הבעל. וע"כ אינו קשה לקושיות הב"ש הנ"ל בפשיטות וא"ש למה שפסק המחבר באה"ע דבעלה יורשה להלוואתה בעודה תחתיו:

אכן לפי מש"כ לעיל דאף לשיטת הירושלמי בהכותב דס"ל דאף שמתה לא דיינינן דאיגלאי למפרע דהיה להבעל קנין הגוף מחיי' וע"כ ס"ל להך תק"א דזהו משום דעשאוהו כלוקח לגבי זה בלבד וכמו שהבאתי בהוכחות דמצינו כן בכמה ענינים. לכן מתורץ שפיר בפשיטות קושיות הב"ש דאף דהמחבר ס"ל כהרמב"ם דהבעל אינו מוציא הגוף בחיי' מ"מ אתי שפיר מה שפסקו דבעלה יורשה למה שהלוותה תחתיו משום דהא לדבר זה בלבד אלמוה לשיעבודיה דבעל דיהיה כלוקח על הגוף לדבר פרטי הזה וזהו עיקר טעמא דתק"א וזה שייך ג"כ אף במה שהלותה בעודה תחתיו. וא"ש בפשיטות מה שפסק המחבר דבעלה יורשה להלוואתה וכמו מכרה בנ"מ ומתה דבעלה מוציא מהלקוחות:

ענף א:

ואבאר כאן שיטת הרמב"ם פ' א' ה' נתלות ה' י"א המובא לעיל בשם המ"מ שכתב דהרמב"ם ס"ל דהבעל יורש מלות אשתו והלח"מ שם הקשה מנזקי אשתו דפסק הרמב"ם דאינו יורשה וכתבו דהרמב"ם אזיל בשיטת הר"י בן מיג"ש דמחלק בין הגיע זמ"פ ללא הגיע זמ"פ ובאמת הרמב"ם סתם שם בזה. ולולי דברי הראשונים הללו היה נלע"ד לומר דטעמו דהרמב"ם הוא דלכן בעל יורש לכל מלות אשתו אף במה שהלותה מקודם הנישואין. משום דס"ל דגם בזה י"ל דהוי לוקח מצד תקנת אושא. והרא"ש ס"ל לחלק דבמלוה שקודם הנישואין דלא זכה בהם הבעל מצד תק"א כיון דלא היו ברשותה בעודה תחתיו. אבל בשיטת הרמב"ם י"ל דס"ל דאף במה שהלותה מקודם נישואין דיינינן ג"כ לתק"א והוכיח כן מהא דכתובות (דף פ"ה) דמודה שמואל במכנסת שט"ח לבעלה דאינה מוחלת משום דידו כידה ואף בנ"מ אינה מוחלת כמבואר בח"מ סי' ס"ו סעיף כ"ח וכמש"כ החלקת מחוקק שם ס"ק ח' בשם התרומות והרמב"ן וכ"כ הב"ש שם ס"ק

א'. וההפלאה שם ס"ק א' כתב דמצד תקנת אושא אתי עלי'. ולשי' הרא"ש י"ל דלכן אינה מוחלת דזהו משום זכות פירות שיש לו אבל הרמב"ם ס"ל דמצד תק"א אתו עלה וע"כ ס"ל מה"ט דיורש מלות אשתו. [והנה השמ"ק לכתובות פ"ח כתב דעיקר תקנת אושא הוא כדי שלא תעקור זכות ירושתו. אבל לפי מה שהבאתי לעיל בשם הירושלמי ר"פ הכותב הטעם דמכרה בנ"מ בטל שלא תהא אשה מוכרת נכסים משל בעלה ותאמר שלי הן. לפי טעם זה י"ל דאף היכא דלא שייך ירושה ג"כ תקנו כן. וקצרתי בזה]. והא דפסק הרמב"ם דאין הבעל יורש נזקי אשתו הטעם בזה דהא כתב הב"ש בסי' פ"ג ס"ק ו' דחוב שמגיע לה א"צ הבעל להרשאתה אך נזקי אשתו צריך הרשאה משום דמה דלא אתי לידה מעולם שאני. הרי דשאני נזקי אשתו דלא הוי ידו כידה משום דבזה לא הוי כלוקח מתק"א אבל במה דאתי לידה כבר אף מקודם הנישואין זכה משום תק"א וע"כ א"צ הרשאה וכמש"כ התה"ד והובא באה"ע סי' פ"ה סעיף ד' ואפ"ה בנזקי אשתו צריך הרשאה אף דיש לו זכות בפירות וחזינן דמחלקינן כן ביניהם:

ואחר כותבי זה מצאתי בעז"ה בשלטי גבורים לב"ב פ' יש נוחלין בהסוגיא שם (דף קכ"ה) דאין הבעל נוטל בראוי דכתב בזה"ל כתב ריא"ז ומז"ה כתב שאין הבעל יורש מלוה כו' וכבר ביארתי בק"ה שהבעל יורש כל מלוה שיש לאשתו ביד אחרים בין מלוה בשטר בין מלוה ע"פ ואפי' מעשה ידיה שלא גבתה לפי שאין הבעל בא לזכות בהן לאחר מיתתה אלא מחיי' הוא זוכה בהן ואם מכרה האשה בחיי' הבעל מוציא מהלקוחות עכ"ל הש"ג. וחזינן דאף במה דלא אתי לידה מעולם כמו מעשה ידיה שלא גבתה מ"מ ס"ל דיורשה. ועיין בסמ"ע סי' ק"ד ס"ק ל"ו ובש"ך שם למש"כ בשכר פעולה גבי ב"ח. וכן כתב בלשון דיורש כל מלוה דמשמע דאף בהלואתה שקודם הנישואין ס"ל ג"כ דיורשה בעלה מצד תקנת אושא. וע"כ מוכרח לחלק דשאני נזקי אשתו דהוי כמו שלא הגיע זמנה מחיים וכמש"כ הלח"מ פ"א ה' נחלות ה' י"א. ומה"ט ס"ל להש"ג דלא עשו בי' לתק"א. וכן ראיתי כעת בשמ"ק לכתובות (דף פ"ה ע"ב) ד"ה במכנסת שט"ח לבעלה כו' שכתב דלכן אינה יכולה למחול מפני שאין בה כח להפסיד זכות פירותיו וגם אם מכרה גוף הקרקע ומתה הבעל מוציא מהלקוחות כו' עכ"ל השמ"ק. הרי שנתכוונתי לדברי הש"ג והשמ"ק דכתב דהך מכנסת שט"ח לבעלה דאינו יכול למחול דזהו גם משום התקנה דמכרה ומתה דבעלה מוציא. וכן הש"ג כתב דבעלה יורש כל מלות אשתו אף במע"י שלא גבתה משום דהוי לוקח משום תק"א. וע"כ אין אנו צריכים לדחוקי בכוונת הרמב"ם די"ל בטעמו כמו שנתבאר בעז"ה: וההפלאה בק"א סי' צ' ס"ק ז' כתב לחזק שיטת הר"י בן מיגש דס"ל דמלוה לא הוי ראוי גבי ירושת הבעל דיליף כן מהא דכתיב גבי נזקין דאין בעלה יורשה

משמע דרק נזקין מעטי' קרא ולא מלוה ע"ש. וי"ל ג"כ הטעם הוא דמלוה עדיף דכבר בא לידה משא"כ נזקין דלא הגיע לידה מעולם וכחילוק הב"ש הנ"ל:

ונלע"ד להוכיח כשיטה זו מהך דכתובות (דף פ"ד) דאמר רב הלכה כרשב"ג ולא מטעמי' דרשב"ג ס"ל ירושת הבעל דאורייתא וכל המתנה על מש"כ בתורה תנאו בטל ורב סבירא ליה ירושת הבעל דרבנן וחכמים עשו חיזוק כו' ומקשינן ורב ס"ל ירושת הבעל דרבנן והתנן ריב"ב אומר היורש את אשתו כו' ואמר רב כו'. ויש להעיר בזה לפי מש"כ ההפלאה בכתובות (דף מ"ז ע"ב) ד"ה אמר רבא כו' במה דאמרו תקנו קבורתה תחת כתובתה דמה דהבעל יורש לנכסי צ"ב אינו רק מדרבנן משום דהוי ראוי דהא מלוה שעמו פלגי כדאי' בב"ב (דף קכ"ה) א"כ נדוניא דהוי כחוב אצלו הוי ראוי ואינו יורשה מה"ת רק מדרבנן עכ"ל ההפלאה. ועיין בהפלאה שם ע"א בד"ה כתב לה פירות כו'. ובהפלאה לק"א סי' צ' ס"ק ד'. ולפ"ז קשה במה דהקשו ורב ס"ל ירושת הבעל דרבנן והתנן ריב"ב כו'. הא י"ל דמה דאמר רב הלכה כרשב"ג ולא מטעמי' דמיירי בצ"ב ולרשב"ג לא בטל תנאו רק בנ"מ דיורשה מה"ת אבל בנצ"ב דאינו יורשה רק מדרבנן כפי שכתב ההפלאה לא בטל תנאו. ואשמועינן רב דאף בנדוניא דאינו יורשה לאידך פלגא רק מדרבנן דג"כ בטל תנאו משום דעשו חיזוק כו'. וגם בפלגא השנית אינו שייך לו רק מדרבנן וכפי שכתבו התוס' בב"ב (דף קכ"ו) ד"ה ובמלוה שעמו פלגי דתק"ח הוא ע"ש ובתוס' ב"ב (דף ס"ב) ד"ה איתמר כו'. [ודוחק לומר דכוונתם הוא דא"כ תפשוט מהתם להך דין דמלוה שעמו פלגי. דז"א דא"כ תקשה ג"כ לפי מש"כ ההפלאה הנ"ל בביאור קבורתה תחת כתובתה דתפשוט זה מהתם וע"כ מוכח דלא אמרינן כן וקצרתי]. ושפיר אשמועינן רב דאף בנדוניא דאינו יורשה רק מדרבנן דג"כ בטל תנאו ומצינו לרב דס"ל בב"ב (דף קכ"ד) דהלכה כחכמים דבכור אינו יורש מלוה דהוי ראוי וע"כ ירושת הבעל בנדוניא אינו רק מדרבנן. והא דס"ל לרב גבי יחזיר לבני משפחתה דירושת הבעל דאורייתא משום דהתם מיירי בנ"מ דהוי במוחזק. א"כ הוי מצי הש"ס לאוקמי כן והיה מתורץ לפ"ז על נכון לקושיות הש"ס. וקשה דאמאי הקשו הש"ס:

ואין לומר בזה דלכן לא תירצו שם כן דא"כ הוי רב כטעמי' וכהלכתי' ורב מוסיף הוא וכדאמרו בכתובות שם בסוגיא. דז"א דהא י"ל דבאמת רשב"ג דקאמר אם מתה יירשנה מפני שמתנה כו' דכוונתו גם על צאן ברזל דאינו בעין דאם מתה יירשנה שמתנה על משכ"ב כו'. דהא סתמא קאמר דאל"כ ה"ל לפרש. וכן התוס' שם ד"ה וקסבר ירושת הבעל כו' כתבו דירושת צ"ב שכיח טפי מנ"מ הרי דקאי שם גם בנצ"ב. ומוכח מזה דרשב"ג ס"ל כשיטת רבי בב"ב דמלוה לא מקרי ראוי ע"כ אף בנצ"ב שאינו בעין יורשה

מה"ת ושייך שפיר טעמי' דרשב"ג. אבל רב דס"ל בב"ב דמלוה לא מקרי ראוי ואפ"ה ס"ל דיורשה אף בהתנה שלא יירשנה דאף בירושת נצ"ב דהוי מדרבנן וכמש"כ ההפלאה דג"כ תנאו בטל משום דעשו חיזוק לדבריהם כשל תורה. וע"כ בנצ"ב הוי הלכה כרשב"ג ולא כטעמי' דרשב"ג דס"ל דיורש לנצ"ב מה"ת ורב לא ס"ל כטעמי' ועכ"ז ס"ל הלכתא כרשב"ג דיורשה אף בנצ"ב א"כ ה"מ הש"ס לאוקמי כן ולא להקשות כן על רב. ומדחזינן דהש"ס לא אמרו כן מוכח מזה לדינא כשיטת הר"י בן מיגש דס"ל לדינא דבעל יורש מלות אשתו מה"ת וכסברת ההפלאה בק"א סי' צ' לחזק שיטתו דרק בנזקין מעטי' רחמנא ולא מלוה והוא ראי' נכונה בעז"ה לשיטתו:

אכן לפי מש"כ החלקת מחוקק בסי' צ' ס"ק ח' דבעל יורש מלות אשתו דת"י דדוקא בבכור דכתיב אשר ימצא לו אמרו דמלוה שעמו פלגי ע"ש ובב"ש ס"ק ט'. א"ש בפשיטות הא דכתובות דלא אוקמי כן משום דהא גם נדוניא זכה הבעל מה"ת בירושה למ"ד ירושת הבעל מה"ת אף למ"ד דמלוה הוי ראוי ומזה הסוגיא הוי ראיה נכונה לדברי הח"מ הנ"ל. אבל לפי המבואר בתשובת הרשב"א דהובא בח"מ וב"ש דגם במלוה דת"י הבעל אינו יורש רק מחצה דגם זה הוי ראוי יהיה מזה ראיה לשיטת הר"י מיג"ש כנ"ל. והא דתקנו קבורתה תחת כתובתה דכתובות (דף מ"ז) כתב שם ההפלאה שארי תירוצים ע"ש. ועיין בתוות יאיר סי' קכ"ב ובשבות יעקב סי' קל"א ובית מאיר סי' נ"ג וסי' צ' ובפני יהושע כתובות (דף מ"ז) והפלאה שם ובמק"א הארכתי בזה. והנה במק"א כתבתי בהא דיורש נצ"ב דזהו משום דהוי לוקח מחיים על נצ"ב ואף הנך דלא ס"ל לתק"א מודו בנצ"ב כמבואר בב"ק (דף פ"ט) אם אמרו בנצ"ב יאמרו בנ"מ. וכעין זה ראיתי באבני מלואים סי' נ"ב שכתב בירושתו לנצ"ב דהוא משום דזכה הבעל לנצ"ב בתורת תנאי כתובה וקרינא ביה כשתנשא לאחר ולא ניתנה לגבות מחיים כמו כתובה ואינו זוכה בתורת ירושה לנצ"ב רק משום תנאי כתובה דכשתנשא לאחר כו'. א"כ לפ"ז נדחה כל הוכחתי הנ"ל דכיון דאין זה בתורת ירושה ע"כ לא אוקי כן בהך דכתובות (דף פ"ד) הנ"ל. אבל מן התוס' כתובות (דף פ"ג ע"ב) ד"ה וקסבר ירושת הבעל דרבנן כו' מוכח דגם נצ"ב הוא בתורת ירושתו דהא כתבו דלכן עשו חיזוק לדבריהם בירושה משום דנצ"ב שכיחא טפי מנ"מ. הרי דאף נצ"ב מצד ירושתו אתי עלי' דלפי דברי האבני מלואים אין מקום לדבריהם. וע"כ שפיר הוכחתי מהך סוגיא דכתובות (דף פ"ד) הנ"ל כשיטת הר"י מיגש וכדברי ההפלאה בשיטתו דבעל יורש מה"ת למנות אשתו או כשי' החלקת מחוקק שכתב במלוה שת"י הבעל אינו דינו כראוי ורק בבכור שאני דכתיב אשר ימצא לו כנ"ל. אבל לדינא לא קיי"ל כשיטת הר"י מיגש והרמב"ם: ונתבאר דמה דפסק המחבר

באה"ע דבעל יורש מה שהלוותה אשתו תחתיו מנ"מ דבעלה יורשה בלא שום חולק דזה עולה יפה לדינא לא מבעיא לשיטת הרא"ש וסייעתו דבעל הוי לוקח מחיים על הגוף. ואף להסוברים דלא הוי לוקח מחיים על הגוף ואף כשמתה לא הוי לוקח מחיים על הגוף למפרע וכשיטת הירושלמי בר"פ הכותב. מ"מ הדין הוא דיורשה מצד דאלמוה לשיעבודי' דבעל גבי זה וזהו עיקר מילתא דתקנת אושא דעשאוהו כלוקח גבי זה שלא יופקע זכות ירושתו:

ענף ב:

וזה כמה שנים אשר נשאלתי באשה שמתה והניחה כמה מאות רו"כ שהלוותה בחיי בעלה והבעל ידע מהלוואתה ולא מיחה וגם הסכים בפירוש. וקודם ההלוואה היה המעות בידה בעודה נשואה. ורצו כמה רבנים לדון דאין בעלה יורשה ואף דמבואר באה"ע סי' צ' סעי' א' וברא"ש ב"ב פ"ח סי' י"א דבהלוותה מנ"מ שלה ומתה קודם שגבתה יורשה בעלה משום דמחמת תק"א כלוקח ראשון שוויי' רבנן. עכ"ז הא כתב הרא"ש שם שהרי שלא כדין הלותה קרן של נ"מ שהקרן ברשותו ליטול הימנו פירות כדתנן בכתובות (דף ע"ט) נפלו לה כספים ילקח קרקע והוא אוכל פירות ולא עדיף ממכרה כו'. והובא בזה"ל בחלקת מחוקק ס"ק ט'. א"כ משמע דדוקא בהלוותה שלא כדין אמרו כן. אבל בהלוותה כדין שלא מיחה בה בעלה והיא מוחזקת לציית דין ובפרט היכא דהסכים בפירוש בזה הדין נותן דיורשה בעלה. וגם הלבוש כתב בזה"ל דיורשה שהרי שלא כדין הלוותה קרן של נ"מ שהקרן ברשותו כו'. וע"כ היה בדעת כמה רבנים לדון דבנ"ד אין בעלה יורשה ונשאלתי לחוות דעתי בזה:

וזה מה שהשבתי בעז"ה כי לעיל בענף ב' בקונטרס הזה כתבתי מה שיש לומר לכאורה בהך תק"א דזהו דוקא היכא דהאשה פשעה ועשתה שלא כדין ומכרה לנ"מ שלה דהפקיעה בפשיעתה זכות ירושת הבעל שיש לו בנ"מ. ועפ"ז היה מדוקדק לשון הרא"ש בב"ב הנ"ל במש"כ שהרי שלא כדין הלוותה כו'. אבל כתבתי שם אח"ז לסתור זה דהא מוכח דאף היכא דלא פשעה נגדו אפ"ה דינו כלוקח מצד תק"א. ולכן הדין נותן דאף דלא פשעה נגדו במה שהלוותה מנ"מ בעודה תחתיו דגם בזה דינו כלוקח ויורשה. אכן יש לדון טעם אחר דאין יורשה בעלה בהנ"ד. והוא דהא היה ביד הבעל למחות בה בעת שהלוותה מנ"מ שלה דהא הדין הוא בנפלו לה כספים ילקח בהן קרקע והוא אוכל פירות והקרן צריך להיות קיים וכמבואר באה"ע סי' פ"ה סעי' י"ג ועיין בח"מ שם ס"ק מ"ב ובב"ש שם ס"ק ל"ב. וע"כ אם היה מוחה בעלה שלא תלווה רק לקנות קרקע וכיוצא דאז היה מוחזק בידה והיה יורשה רק מצידו שלא מיחה בה בעת שהלוותה נעשה זה ראוי

דהדין הוא דאינו יורשה. וכיון דעיקר תק"א הוא משום איבה וכמש"כ רש"י בב"ק (דף פ"ח ע"ב) ד"ה באושא התקינו כו' וכ"כ הרשב"ם בב"ב (דף נ') דעיקר תק"א הוי משום איבה דעשאוהו כלוקח א'. ע"כ אפשר דכה"ג לא שייך תק"א כיון דהבעל פשע בזה. ואפשר דמטעם זה כתב הרא"ש והלבוש והח"מ שהרי שלא כדין הלוותה כו'. משום דהיכא דהיה ההלוואה כדין אז הבעל בעצמו אפסיד אנפשיה ולא עשאוהו כלוקח אז:

ומצינו כעין סברא זו דהיכא שבידו להמציא איזה עצה שלא יופקע שעבודי' דבכה"ג לא תקנו חז"ל לתקנתם. והוא בהא דנדרים (דף ט"ו ע"א) דאמרו קונם שאת נהנית לי עד הפסח אם תלכי לבית אביך עד החג כו' והקשו בתוס' שם איך חל הקונם והא משועבד לה וי"ל באומר קונם תשמישך עלי שאת נהנית לי לאו דוקא א"נ שאני הכא כיון שתולה הנדר בדבר שיכולה לקיים שפיר חל הנדר כו' שהרי לא תלך לבית אבי' ולא תיאסר עכ"ל התוס'. וכעין הא דכתובות (דף ע"א ע"ב) ולא תתקשט ולא תאסר כו'. ועיין בכתובות (דף ע"א ע"ב) ובאה"ע סי' ע"ד סעי' ד' שכתבו זמן קצבה שתוכל שלא לילך לבית אבי'. הרי דמצינו כיון שבידה שלא יופקע זכות שיעבודה שיש לה על בעלה אם לא תלך לבית אבי' והיא הלכה לב"א דדייניין דכה"ג לא אלמוה לשעבודה. משום דהא ע"פ דין קונמות מפקיע משעבוד וכמש"כ הר"נ בנדרים (דף ט"ו ע"ב) באומר קונם תשמישי עליך דעל פי דין חל הקונם רק אלמוה רבנן לשעבודא דאשה כמו דאמרינן בכתובות (דף נ"ט) דאלמוה רבנן לשעבודא דבעל. ע"כ היכא דהוי בידה שלא יהא חל נדרו דבכה"ג לא אלמוה רבנן לשיעבודה. ואף דעכשיו לאחר שהלכה לבית אבי' אינו בידה שוב מ"מ כיון דמעיקרא היה בידה לא אלמוה רבנן לזכות שעבודה. וכמו כן יש לדון בתקנת אושא דהוא משום דאלמוה לשיעבודי' דבעל כמבואר בב"ק (דף צ' ובדף פ"ח ודף פ"ט) ברש"י שם. דלא אלמוה רק היכא דלא היה ביד הבעל לעשות ולמחות בידה אבל היכא שהיה בידו להשתדל שלא יופקע זכותו הן משום זכות פירותיו והן משום זכות ירושתו דיש לו לכה"פ על לכתחלה ולא היה לו להסכים על הלוואתה והיתה שומעת לו כשהיה מוחה בזה. א"כ י"ל דבכהאי גוונא לא תקנו לתקנת אושא לעשותו כלוקח ראשון כיון דהיה בידו למחות בה ולומר דרוצה שיהיה הקרן קיימת ומוחזק וגם דאין מאמין להלווים וכיוצא ואז לא היה צריך לתק"א ומנלן דתקנו בכהאי גוונא אף להוציא:

וכ"ז לתירוץ ב' של התוס' נדרים הנ"ל אבל לתי' א' של התוס' דלא רצו לחלק בזה הסברא מוכח דס"ל דאף היכא דבידה לעשות עצה שלא יחול נדרו כגון אם לא תלך לב"א כו' אפ"ה אלמוה רבנן לשיעבודה. הרי דבכל גווני אלמוה לשעבודה. וה"ה בשעבוד הבעל דייניין כן. וגם יש לחלק דאף לתי' השני של התוס' דלא כתבו כן רק גבי קונמות דע"פ

דין הוא מפקיע משעבוד רק דאלמוה רבנן לשיעבודה ואף דזהו בקום ועשה לעקור לדאורייתא עכ"ז במקום מיגדר מילתא שאני ומותרת לו בתשמיש. ע"כ היכא דבידה שלא תצטרך לעקור לדבר מה"ת בכה"ג לא אלמוה לשעבודה לעקור לדאורייתא בקום ועשה כיון דאין הכרח לזה. אבל בממון דבזה לא מקרי עקירת דבר מה"ת דהא הפקר כו' וכדאין בגיטין (דף ל"ו) ויבמות (דף פ"ט) ע"כ לא מחלקינן בזה אף לפי תי' השני של התוס'. ובאה"ע סי' ע"ד סעי' ד' במחבר ובטור נדרה כו' שאמר קונם תשמישך עלי אם תלכי לבית אביך יותר מחודש אם הוא בעיר כו'. הרי דהטור ושו"ע כתבו דדוקא בלשון קונם תשמישך עלי אם תלכי כו' אבל קונם תשמישי עליך אינו חל משום דמשועבד לה אף דבידה שלא תלך לבית אבי'. והא שיטת המחבר באה"ע שם בנדרה שלא תלך לבית אבי' דאינו יכול להפר דזה לא הוי נדר עינוי נפש וכמבואר ביו"ד סי' רל"ה סעי' ג' ובש"ך ס"ק ט"ו ובטור שם. ועיין ביו"ד סי' רל"ד סעי' ס"ב וביאור הגר"א צ"ל ס"ק קכ"ב. ואפ"ה לא אמרו כפי תי' השני של התוס' בנדרים הנ"ל לחלק דבידה שלא תלך לבית אבי' וכן הוא ביו"ד סי' רל"ה סעי' ג' הרי דלדינא קיי"ל כתירוץ של התוס' בנדרים דלא מחלקינן בזה אלא בכל גווני דייניגן דאלמוה רבנן שעבודא וה"ה בנ"ד יש לדון ג"כ דאלמוהו רבנן לשעבודא דבעל כפי תק"א אף דהיה בידו שלא יצטרך לתק"א על דיעבד ולהוציא דלא פלוג חז"ל לתקנתם בזה. אך אפשר לחלק דשא"ה גבי קונם תשמישי עליך אם לא תלך לבית אביך יותר מחודש אם הוא דר עמה בעיר או יותר מרגל אם דר בעיר אחרת. דהא זהו דבר קשה עלי' כדאמרו בכתובות (דף ע"א ע"ב) דהמדיר את אשתו שלא תלך לבית אבי' דיוציא ויתן כתובה וכן הוא ביו"ד סי' רל"ה סעי' ג' ובאה"ע סי' ע"ד סעי' ד'. וע"כ י"ל דמה"ט ס"ל להתוס' בתי' א' והטושו"ע באה"ע ויו"ד דלא דייניגן להחילוק של התוס' בתי' השני דהוי בידה שלא תלך. משום דס"ל דקשה להכביד עלי' לעשות כן. ועדיין יש לדון ולהסתפק בנ"ד דהיה ביד בעלה למחות בידה שלא תלווה לאחרים וע"כ אפשר דלא תקנו בכה"ג לתק"א:

וע"כ נלע"ד להוכיח ממק"א דאף היכא דביד הבעל לאיזה עצה ותחבולה שלא יהיה יכולת ביד האשה להפקיע שיעבודו אפ"ה אלמוה רבנן לשיעבודו והוא דאמר בקונם תשמישי עליך דמבואר בנדרים (דף ט"ו) ובכתובות (דף ע"א) דאינו חל הקונם משום דמשועבדת לו וכמש"כ הר"נ בנדרים שם דזהו משום דאלמוה רבנן לשיעבודי' דבעל. והא התם הוי ביד הבעל להפר הקונם שלה א"כ הא הוי ביד הבעל לעשות עצה ותחבולה זו בעת הקונם שלה ואז לא יצטרך למה דאלמוה רבנן לשיעבודו דהא בלא זה יש ביד הבעל להדר אחר עצה זו ולהפר נדרה ואף דבעבר יום שמעו והחריש ולא היפר אינו

שוב בידו מ"מ הא ביום שמעו היה בידו להפר נדרה ועכ"ז חזינן דאלמוה חז"ל לשעבודו ועקרו לדבר איסור מה"ת בקום ועשה. וכן מוכח מהך דכתובות (דף נ"ט) בקונם מע"י לפיך דאינו חל בעודה תחתיו משום דאלמוה חז"ל לשיעבודו אף דהיה ביד הבעל להפר כמבואר שם דזה מקרי בינו לבינה. וכן מוכח מכתובות שם ע"ב ובתוס' ד"ה כגון שנדרה היא וקיים לה כו' שכתבו שם דליכא למימר דאסרה הנאת יניקתה עליו דכיון דמשעבדא לי' אין הנדר חל עכ"ל. ולא אמרינן דהא היה ביד הבעל להפר. ומוכח מן כל זה דאף היכא דהיה ביד הבעל להדר אחר עצה זו ולהפר נדרה. דעכ"ז אלמוה לרבנן שיעבודי'. וכש"כ גבי תקנת אושא דאין בזה דררא דאיסורא כלל רק דררא דממונא. דאלמוה רבנן לשיעבודו דבעל בכל גווני אף אם היה ביד הבעל למחות בידה בעת הלוואתה. ומה דיש להעיר מכל הנ"ל על תי' הב' בנדרים (דף ט"ו) הנ"ל יש לחלק דשאני היכא דהוי בידה בשוא"ת מן מה דהוי בידו בקום ועשה. ועוד יש לחלק בכמה גווני וקצרתי:

ענף ג:

ומצינו כן בתוס' ב"ק (דף פ"ח) וכתובות (דף נ') ובב"ב (דף קל"ו) ויבמות (דף ל"ו) שכתבו דלריו"ח איצטריך תק"א היכא שכתב לה דו"ד אין לי בפירותיך כו'. או בנתן לה מתנה כו' והא היה בידו שלא לכתוב כן ואז לא היה צריך לתק"א לריו"ח. והיה בידו להתנות בעת הסילוק אז בעת המתנה שזהו בתנאי שלא תמכור ואז היה מכרה בטל. ואפ"ה אמרינן דאלמוה רבנן לתקנתם. א"כ ה"ה לדידן דקיי"ל כריש לקיש ג"כ אמרינן דבכל גווני אלמוה לעשותו כלוקח על הנ"מ בעת דהיה בידה דלא מפקעינן זכותו דיש לה בנ"מ ליורשה. וכמו בכתב לה דו"ד אין לי בפירותיך אי נימא דשא"ה דבשביל טובה שעשה עמה לסלק א"ע מן פירותיה דאין סברא לומר דיופקע זכותו להיות יורשה וע"כ כתבו התוס' כן. א"כ כמו כן יש לדון לסברא זו בנ"ד דהא ג"כ עשה לה טובה במה שהסכים להלוואתה והיה להם פירות מהמעות ובלתי זה היה קשה להם להשיג רווח כזה ויש בזה רווח ביתא וכדאמרו בכתובות (דף פ') ובאה"ע סי' פ"ה סעי' י"ז ועשה טובה גם עמה במה שהסכים להלוואתה ע"כ אין לחלק ביניהם כלל. ואין סברא לומר דהא לא מצינו כן רק לריו"ח כתבו התוס' כן אבל לריש לקיש אין לנו הכרח לדון כן. דזהו דוחק דהא אין לנו להרבות במחלוקת בזה בין ריו"ח לריש לקיש. וכמו שאכתוב לקמן בעז"ה בהוכחה מהרשב"א לב"ק ועיין בקצה"ח כאן בס"ק ט'. וידעתי מה דיש לחלק דשאני בהך שכתבו התוס' בכתב לה דו"ד אין לי בפירותיך דלא אסיק אדעתי' דתמכור אותן לאח"ז ובעת דמכרה הא אינו בידו אז על איזה עצה שיהיה בידו לבטל מעשי' משא"כ בנ"ד הא בעת שהלוותה היה אז בידו למחות לה שלא תלווה. אבל גם זה הוא דוחק בפרט דהא נתבאר

בראיות אחריני לעיל דאף היכא דהוי בידו לעשות עצה ותחבולה שלא יופקע שעבודו בעת שבאת להפקיע זכותו אפ"ה אלמוה חז"ל לזכותו וה"ה בנ"ד. וכן אין לחלק דשאני היכא דבידו בקום ועשה משא"כ היכא דהוי בשב ואל תעשה כמו היכא דלא היתה מלווה לאחרים בלתי הסכמתו ומעשיו דרוצה בזה. דגם זהו דוחק דהא עכ"פ היה בידו לעשות ולהדר אחר העצה דבידו דלא תחול מעשיה להפקיע זכותו וכדאמרו בקידושין (דף ס"ב) דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי. ולפ"ז מוכח דבכל גווני אף דהיה בידו בשוא"ת לבטל מעשיה ולא עשה כן דעכ"ז גם בכה"ג אלמוה לתקנתם:

ולפי מה דנתבאר דאף היכא דהיה ההלוואה ברשות בעלה דג"כ יורשה בע"כ מוכרח לומר במש"כ הרא"ש שהרי שלא כדין הלוותה כו' דלרווחא דמילתא כתב כן הרא"ש. ועוד יש לומר בכוונת הרא"ש והוא די"ל דהיכא דהאשה הלוותה המעות ברשות בעלה אז בוודאי חייב הלוה לשלם להבעל דאף שאין יורש בראוי עכ"ז כיון דהוי לוקח מחיים על הגוף א"כ הוי הלוה לוה של הבעל מחיים על הקרן לפי שהבעל קנה את ההתחייבות של הלוה דהתחייב לשלם. וכמו בשולח ע"י חבירו מעות לקנות חטים ולא הודיע להמוכר דדייניגן דהמוכר מקנה לבעל המעות כדאי' בב"ק (דף ק"ב) ובח"מ סי' קפ"ג סעי' ד' וע"כ בזה הדין בפשיטות דבעל יורשה מה"ט. אבל אם הלוותה שלא ברשות בעלה בזה יש מקום לדון דאין בעלה יורשה לפי דהא היה רצונה לגזול מבעלה ולהפקיע הזכות שיש לו בהמעות. ומבואר בטור וש"ע בח"מ שם דהיכא דשליח זבין סתמא במעות המשלח וקודם משיכה הדר בי' דקנה השליח החפץ לעצמו. וע"ש בקצה"ח ס"ק ד' שכתב לפרש לשיטת הרא"ש דעיקר כוונת המוכר הוא לשליח אלא דשליח דעתו לזכות לצורך בעל המעות וכיון דקודם משיכה חזר בו השליח לקנותו לעצמו ה"ה לעצמו כו' עכ"ל. ועיין שם סעי' ג' ובש"ך ס"ק ד'. וכעין זה מבואר בסי' רצ"ב סעי' ז' גבי נפקד שנשתמש במעות צרורים דאם קנה איזה חפץ בהמעות אם נתכוין לקנות לעצמו קנה לעצמו. ולפ"ז היה נראה גם באשה דאינה רוצית לתת הפירות להבעל והלוותה שלא ברשות בעלה א"כ היה כוונתה לקנות לעצמה את השט"ח וההתחייבות שנותן לה הלוה. וכמו בקנה השליח חטים במעות המשלח והיה בדעתו לקנותו לעצמו דקנה לעצמו וה"ה בהתחייבות שלוקחת האשה מהלוה תמורת המעות כיון דרצתה לזכות לעצמה השט"ח והתחייבות של הלוה היה נראה לכאורה דאין יורשה בעלה להשט"ח וההתחייבות של הלוה דהוי ראוי ועיקר התחייבות הלוה שייך לה דהא לא נעשית לשליח הבעל וזכתה בעת ההלוואה לעצמה ומצד זכות ירושה הא אינו יורש בראוי. ועיקר מה דאנו דנין לזכות הבעל הוא מצד דהוי בע"ד של הלוה וזה אינו שייך היכא דרצתה לזכות לעצמה

שלא בתורת שליחות. ואי דנימא דעכ"ז מחוייב הלוה לשלם להבעל משום הנאתו דהיה לו ע"י המעות של הבעל מצד דהוי לוקח על הגוף וכמו כל משתרשי לי'. עכ"ז היכא דלא היה להלוה הנאה כגון אם נאבדו המעות אצל הלוה אחר הלוואתו דכיון דלא נהנה א"כ אין מקום לחייב להלוה מצד הנאה שהיה לו מהמעות של הבעל. וגם לפ"ז הא יכול לטעון נאנסו וכה"ג. ואין לנו מקום לחייבו להלוה ליתן להבעל רק מצד התחייבות שנתחייב הלוה וכיון דלא היתה שליח הבעל בעת הלוואתה א"כ היה אפשר לדון בזה דאין יורשה בעלה כמו כל דין ראוי. כן היה מקום לכאורה לדון:

ולכן כתב הרא"ש בב"ב פ"ח סי' י"א הנ"ל בזה"ל דאם הלוותה האשה מנ"מ כו' ירית בעל ההיא מלוה שהרי שלא כדין הלוותה קרן של נ"מ שלה שהקרן ברשותו הוא כו' ולא עדיף ממכרה כו' משום דכלוקח ראשון שוינהו רבנן כו'. דכוונתו לאשמועינן דאף היכא דהיה הלוואתה שלא ברשות ובשליחות בעלה ג"כ הדין הוא דיורשה דכיון דהוי הבעל לוקח מחיים על הגוף על המעות. א"כ הוי הלוה שלקח המעות לרשותו כדין כל שואל שלא מדעת דהוי גזלן להיות חייב אף באונסין וכמו כן הלוה חייב לשלם להבעל מה"ט דהוי כמו גזלן של הבעל. אך היכא דמיירינן אם יזכה בגוף החפץ הנקנה בזה שפיר כתבו דאינו קונה להחטים אם השליח נתכוין לקנות לעצמו וחזר בו מקודם משיכה כנ"ל. אבל מצד שואל שלא מדעת דהוי גזלן נתחייב לבעל המעות וה"ה בנידון הלוואת אשתו שלא ברשותו ושליחותו דנתחייב מה"ט. וזהו דכתב הרא"ש שהבעל מוציא מידו ויורש אותן כו' היינו דמחמת זכותו להיות יורשה דשוינהו רבנן משום זה להיות לוקח עליהם דהוי משום זה לבע"ד של הלוה. ואשמועינן הרא"ש לרבותא זה וכש"כ בהלוותה ברשות בעלה דלא רצתה מעולם לקנות את ההתחייבות לעצמה דבזה פשיטא ביותר דיורשה בעלה מה"ט דעשאוהו ללוקח כמו שנתבאר לעיל. וכן יש לומר בכוונת הלבוש והח"מ. ולפי מה שכתבתי דעיקר החיוב של הלוה להבעל בהלוותה שלא כדין דזהו מצד דהוי שואל שלא מדעת והוי גזלן.. אין אנו יכולין לחייבו רק על הקרן ולא על הרבית שעלה על ההלוואה ויש להאריך בזה:

והא דסיים הרא"ש בב"ב שם שהרי הקרן ברשותו הוא ליטול הפירות כו'. אף שכתבתי לעיל דעיקר הטעם של הרא"ש דיורשה הוא משום דהוי לוקח מחיים על הגוף ולא משום דאלמוה לקנין פירותיו דיהיה כקנין הגוף וכמש"כ הקצה"ח. אלא כמו שמוכח מן הרא"ש בב"ב פ"ג סי' נ"ג דהוי לוקח מחיים על הגוף וכמש"כ לעיל בארוכה ועכ"ז כתב הרא"ש הכא להטעם שהרי ברשותו הוא לאכול הפירות. א"כ מזה נ' דס"ל להרא"ש דהיכא דאין להבעל פירות לא עשאוהו ללוקח על הגוף וכמו דמוכח מהרשב"א המובא

בש"ך הכא בסופו דס"ל להרשב"א דהוי לוקח מחיים על הגוף. והנה הרשב"א לחי' בב"ק (דף פ"ח) דהביא לדברי התוס' דכתבו שם דתק"א היה להיכא דסילק א"ע מהפירות או בנתן לה מתנה דגם בזה שייך תק"א וע"ז כתב הרשב"א שם לחלוק על דבריהם משום דכיון דאין לו פירות ע"כ לא שייך תק"א בזה: ומן הרשב"א לב"ק הנ"ל נראה דס"ל בדעת התוס' דס"ל לדינא דאף היכא דסילק א"ע מהפירות דעכ"ז שייך תק"א בזה. רק דחולק עליהם. א"כ מוכח מדבריו דס"ל דאין סברא לומר דהתוס' כתבו כן שם רק לריו"ח דקנין פירות כקנין הגוף אבל לר"ל דאין הכרח לדון לסברת התוס' י"ל דגם התוס' ס"ל לדינא דאם סילק א"ע מן הפירות דלא שייך בזה לתק"א כדקיי"ל כר"ל. ומדכתב הרשב"א דדעת התוס' הוא דאף היכא דסילק א"ע מן הפירות ג"כ שייך תק"א מוכח דס"ל להרשב"א בשיטת התוס' דאין סברא לומר דזהו פלוגתת ריו"ח ור"ל. וזהו דלא כהקצה"ח הכא דכתב לפרש די"ל דהתוס' כתבו כן רק לריו"ח ולא לר"ל דמן הרשב"א מוכח דאין סברא לומר כן: ולפ"ז שפיר כתבתי לעיל להוכיח מן שיטת התוס' לדינא דאף היכא דהיה ביד הבעל להמציא עצה ותחבולה דלא יחול מכירתה אף בלתי תק"א כמו התם בכותב לה דו"ד אין לי בפירותיך ובנתן לה מתנה דהיה יכול להתנות אז דזהו בתנאי דלא תמכור הנ"מ כו' וכמש"כ לעיל. ועכ"ז אמרו דדייניין בזה לתק"א. א"כ מוכח כן לדינא ברור דאף היכא דהיה ביד הבעל איזה עצה שלא יצטרך לתק"א ולא עשה כן דאפ"ה דייניין לתק"א. ואין סברא לומר דהתוס' לא כתבו כן רק לריו"ח ולא לר"ל. משום דאין לנו להרבות בפלוגתא בזה בין ריו"ח לר"ל. ומן דברי הרשב"א הזה מוכח כן: ונתבאר דהרשב"א ס"ל דהיכא דאין לו פירות דלא עשו בזה לתק"א דעיקרו הוי משום דהוי לוקח מחיים על הגוף וכשי' הרשב"א. וכמו כן מוכח מן הרא"ש דכתב שהרי ברשותו הוא ליטול הפירות אף דנתבאר בשיטתו דס"ל דעיקר תק"א הוי משום דהוי לוקח מחיים על הגוף כנ"ל. וע"פ דברי הרשב"א הנ"ל יש לדון בדברי הרשב"א בתשובה המובא בהרמ"א לאה"ע סי' צ' סעי' א' ובח"מ שם ס"ק ט' וב"ש שם ס"ק י"ב וקצרתי:

נחזור לענינינו דנתבאר דאף היכא דהלוותה ברשות בעלה בעלה יורשה ומן דברי הרא"ש אין לסתור זה וכמש"כ בכוונת הרא"ש או די"ל דהרא"ש כתב כן לרווחא דמילתא. וזה ברור ופשוט דאין לדמות זה למה דמבואר באה"ע סי' צ' סעיף ט' גבי מכרה נ"מ דאם מכרה ברשותו דאינו מוציא מהלקוחות דשא"ה במכרה דכיון דמסכים במכירתה א"כ הוי כמו דמכר בעצמו לזכות שיש לו בהנ"מ דבמכירת שניהן חל המכירה כמבואר בב"ב (דף נ'). אבל בהלוותה מנ"מ דאף דהסכים להלוואתה אין בזה ראיה והוכחה דמוחל לה זכותו מה שיש לו ע"פ תק"א וזה פשוט. ומה"ט אין זה דומה כלל למה דמבואר באה"ע

סי' ע"ד סעי' יו"ד דאם נדר ברשותה הנדר חל דשא"ה דהוי כמו דמחל לה בפירוש אבל בנותן לה רשות להלוות ליכא ראיה מזה דמחל לזכותו דזיכו לו מתק"א. וע"כ העיקר לדינא דאף דנתן לה בעלה רשות להלוותן ומתה דבעלה יורשה. וכן ראיתי בהפלאה בסי' צ' בס"ק ז' שכתב כן בקצרה ומש"כ הרא"ש שהרי שלא כדין הלוותה זהו לרווחא דמילתא ע"ש. וכ"כ באבני מלואים בסי' צ' בס"ק ה' בקצרה. וקיצרו בזה וכתבתי בעז"ה לבאר בארוכה כ"ז וצדדי הספיקות בענין הזה וכן הוא עיקר לדינא:

סימן קד

סעיף י':

שטרות שזמן כולם ביום אחד כו' ואין בנכסים כדי שיגבה כ"א מהם חובו מחלקין ביניהם כו':

ונסתפקתי במי שיש עליו חוב הלוואה ועוד חוב התחייבות מה שהתחייב לאחד בחנם או לבנו באופן המועיל וזמן כולם ביום א' ואין לו רק לשלם לא' אם יחלוקו או דינתן לבע"ח של הלוואה כולו. ומה דהביאני להספק הלז הוא לפי מה דאמרו בכתובות (דף פ"ו) מאן דאיכא עליה כתובה ובע"ח ואין לו אלא חד ארעא לבע"ח יהבינן לאשה לא יהבינן יותר משהאיש רוצה לישא כו'. והרמב"ם ה' אישות פ' י"ז הל' ד' כתב דלכן בע"ח קודם כי הפסיד והוציא מעותיו. והאשה לא חסרה דבר ויותר משהאיש רוצה לישא אשה כו'. אלמא דלכן בע"ח קודם משום שהוציא מעותיו. א"כ ה"ה בנ"ד יש להקדים חוב הלוואה דהוציא מעותיו והב' הא לא הוציא מעות. ומה"ט גם באשה בנכסי צאן ברזל דינה כמו בע"ח כמבואר באה"ע סי' ק"ב סעיף ב'. וכן יש לדון לכאורה אף לפמש"כ רש"י ותוס' שם דלכן לבע"ח יהבינן משום נעילת דלת. א"כ אפשר דזה לא שייך אלא בחוב הלוואה ולא בחוב הבא עליו ע"י חיוב מחדש שהתחייב בעצמו. וכעין שכתבו התוס' בב"ק (דף י"ד) ד"ה ש"מ לוה ומכר כו'. ובקדושין (דף י"ג) ותוס' ד"ה אמר רב פפא כו'. ובשמ"ק לב"ק (דף ק"ד ע"ב) דכתב בשם רש"י דבנזקין וגזילה לא שייך נעילת דלת עי"ש ובתוס' ב"ק שם. א"כ אפשר לומר דה"ה בחוב שהתחייב א"ע מחדש דאפשר דלא שייך בזה נעילת דלת כ"כ.. ומה"ט יש להסתפק ג"כ במאי דקיי"ל ד"ת בע"ח דינו בזיבורית ומפני נעילת דלת בבינונית. דאפשר בחיוב מחדש שהתחייב בעצמו לא יהיה דינו בבינונית רק בזיבורית. דהא לא שייך בזה כ"כ נעילת דלת בפני לווין דהא לא הלווה לו כלל. וגם בנצ"ב יש פלוגתת הפוסקים אם דינו בבינונית או זיבורית כמבואר באה"ע סי' ק' סעיף ב':

ה (שם סעיף ו'):
ונלפענ"ד להוכיח הספק הנ"ל מהא דכתובות (דף נ"ה) דאי' שם תנאי כתובה ככתובה דמיא נפ"מ לזיבורית. והתוס' שם בד"ה ולשביעית כו' כתבו לפרש דהא דתנאי כתובה ככתובה אינו שייך זה אלא במה דבשארי חובות דלאו הלואה אין דינן כן אלא מצד דהוי תנאי כתובה ככתובה אתו עלה. ואי נימא דבכל חוב דלאו הלוואה ג"כ דינו בזיבורית משום דלא שייך ביה נעילת דלת. א"כ תקשה למה אמרו תנאי כתובה ככתובה גבי תוס'. הא אף אם לא היה דינם ככתובה ג"כ אינו גובה רק מזיבורית כמו כל מילי דלאו הלוואה ולא חסר והוציא מעות דדינו ג"כ בזיבורית. א"כ מוכח מזה דכל חוב אף דלא הוי חוב הלוואה ג"כ דינו בבינונית דלא פלוג חז"ל בתקנתם. אלא חוב כתובה שאני דיותר משהאיש רוצה לישא כו'. כמבואר בגיטין (דף מ"ט) ובתוס' שם (דף מ"ח) ד"ה וכתובת אשה. וכדמשמע מהא דאמרו בכתובה שם דלכן דינה בזיבורית משום יותר משהאיש רוצה לישא כו'. משמע דלולי זה היה דין כתובה שוה לבע"ח אף היכא דלא שייך נעילת דלת כ"כ משום דלא פלוג חז"ל בתקנתן:
וכן מוכח ביותר מהא דכתובות (דף ס"ט) דאיתא שם גבי עישור נכסי דבע"ח דאבא הוא או דאחי הוא נפ"מ למגבא בבינונית דאי בע"ח דאחי דינה בבינונית ואי דאבא בזיבורית. וקיי"ל דבע"ח דאחי הוא כמבואר באה"ע סי' קי"ג דדינה בבינונית. אלמא דאף דזה אינו חוב הבאה מהלוואה ולא חסרה והוציאה מעות. אלא מצד תק"ח מ"מ דינה ג"כ בבינונית. אף דלא שייך נעילת דלת בפני לווין דהא אין זה חוב הבא מהלוואה. ועכ"ז דינה בבינונית משום דדוקא בכתובה ותוספת כתובה דשייך יותר משהאיש רוצה לישא כו' ע"כ דינה בזיבורית משא"כ היכא דלא שייך כן דינה בבינונית דלא פלוג בתקנתן. דפרנסה אינה כתנאי כתובה כמבואר בכתובות (דף ס"ח): וכן מוכח בב"ק (דף ז') וגיטין (דף מ"ט) באומר הרי עלי מנה לבדק הבית דלא יהא אלא בע"ח ובע"ח דינו בבינונית. אלמא דאף בחוב שהתחייב בעצמו ג"כ דינו בבינונית כמו חוב הלוואה. ועיין ברשב"א בגיטין דהקשה שם הא ז"א מה"ת ותירץ דעכ"פ מדרבנן ג"כ אינו רק בבינונית. הרי חזינן דדינו כמו חוב הלואה. וכן מורה לשון רש"י בגיטין שם. וכן איתא בירושלמי גיטין ר"פ הנזקין דקאמר באומר הרי עלי מאה מנה להקדש שלא תאמר יעשה בע"ח ויגבה בבינונית לפום כן צריך מימר קו"ח להקדש בעדיות. אך הראי' מהירושלמי יש לדחות די"ל דקאי שם למאן דס"ל בע"ח דינו בבינונית מה"ת ולא משום נעילת דלת כמבואר בירושלמי ר"פ הנזקין. אבל בש"ס דילן לא הובא שיטה זו ושפיר מוכח כנ"ל: והר"נ בכתובות ר"פ אע"פ כתב בכל הנך מילי דחשב התם דתנאי כתובה ככתובה דזהו מצד

מקולי כתובה מפני שלא הוציאה כלום אבל בנדוניא אפשר דלא מקלינן ולפיכך לשבח ולזיבורית כו' דינם כחוב עכ"ל. אלמא דס"ל להר"נ דלכן כתובה בזיבורית לפי שלא הוציאה כלל. ולפ"ז יש לדון דה"ט שייך ג"כ בכל חוב שלא ע"י הלוואה דדינו בזיבורית. אבל באמת ז"א דהא כבר נתבאר בראיות דכל חוב אף שלא מחמת הוצאות מעות ג"כ דינו בבינונית. וכתובת אשה שאני דיותר משהאיש רוצה לישא כו' כמבואר בגיטין כנ"ל. וע"כ ברור דכוונת הר"ן הוא ג"כ דאף דכתובת אשה בזיבורית לפי שיותר משהאיש כו'. עכ"ז לא שייך זה אלא היכא שלא חסרה דבר. אבל במה דחסרה והוציאה אף דאכתי שייך הטעם דיותר משהאיש רוצה כו'. עכ"ז לא שייך טעם זה רק היכא דליכא חסרון מעות אז לא הקפידו בזה משום נעילת דלת דלא תרצה להנשא משום דיותר משהאיש כו'. דכיון דליכא חסרון מעות לא תקפיד. אבל בהוציאה מעות חסו עליה ג"כ דדינה בבינונית משום דבחסרון מעות תקפיד ולא תרצה להנשא. כמש"כ הר"ן גיטין ר' פ"ה וז"ל דמה שהביאה מאביה אם יהא בזיבורית ממנעי ולא נסבי ע"ש. וכן הרשב"ם בב"ב (דף קל"ב ע"ב) כתב לפרש דלכן אמרו מקולי כתובה משום דיותר משהאיש רוצה לישא כו'. ואין לנו הכרח לומר דהר"ן פליג על הרשב"ם. [ובכתובות (דף ק"י) איתא שם דמקולי כתובה דאמרו זהו לפי שכתובה דרבנן. אבל למאן דס"ל כתובה דאורייתא לא הקילו בכתובה גבי מטבע. אך אין לדמות תקנת חז"ל להדדי כמש"כ התוס' בכתובות (דף פ"ד) ד"ה לכתובת אשה ואכמ"ל]. ונתבאר דהך מקולי כתובה לא שייך אלא בכתובת אשה דיותר משהאיש כו' וכמש"כ הרשב"ם בב"ב כנ"ל:

אכן יש להוכיח היפך מזה מן רש"י בכורות (דף נ"ב) במה דמבואר שם דאין הבנות נוטלות בשבח והטעם משום מקולי כתובה כמבואר שם בגמ' ופי' רש"י היינו שקיבל לזון בת אשתו. אלמא דאף במה דלא שייך יותר משאיש כו' רק כיון דהוי מתנת חנם מקלינן בזה דלא לגבות משבח וראוי ושייך גם בזה מקולי כתובה. אך התוס' שם חלקו על רש"י וכתבו דלא שייך זה רק בתנאי כתובה. משא"כ מזונות הבת של אשתו לא מקרי תנאי כתובה. משום דס"ל דלא שייך מקולי כתובה רק היכא דשייך יותר משאיש כו' וכן מוכח מהא דר"פ אע"פ דמני התם במה דת"כ ככתובה לשבח. משמע דמה דלא הוי מת"כ אין דינו ככתובה לענין שבח. אך אף לשי' רש"י נלפענ"ד לחלק דשא"ה דהא ידוע שיטת רש"י בכתובות ר"פ הנושא דאין יכול להתחייב בחיוב מחדש כי אם בשטרי פסיקתא כמבואר התם גבי קיבל לזון בת אשתו. ושם בירושלמי ר"פ הנושא הקשו דאמאי מהני חיובו לזון בת אשתו. ותירצו דעשו אותה כתוספת כתובה. וכן מבואר בירושלמי ר"פ אע"פ. אלמא דעיקר חיוב לזון בת אשתו לא מהני אלא משום דעשו זה כתוספת כתובה

דכיון דניסת לו עבור זה ע"כ מועיל חיובו בשטר כמבואר שם כנ"ל. ולפ"ז שייך גם בזה לומר יותר משהאיש כו' ומקולי כתובה. כיון דע"פ דין לא מהני החיוב מחדש בשטר מפאת הבת אשתו עצמה רק עיקר חיובו מהני בשביל הנאת אשתו דרצונה בזה ע"כ ס"ל לרש"י שם דשייך גם בבת אשתו יותר משהאיש כו' לגבי שבח וראוי. משא"כ היכא דמועיל החיוב מחדש בשטר כדקיי"ל בסי' מ' לדידן. או בקנין וכסף לכו"ע בזה י"ל דזה דומה לחוב הלוואה כן י"ל בזה:

א"כ נתבאר דאף דמבואר בהר"ן הטעם דלכן דינה בזיבורית משום שלא הוציאה כלל. אפ"ה הדין הוא דאף בחוב שלא הוציאה כלל ג"כ דינה בבינונית משום דגם בזה שייך שלא תנעול דלת כו'. ובפני לוין לאו דווקא כמש"כ התוס' בסנהדרין (דף ג') ד"ה שלא תנעול כ' גבי הא דאמרו דמדרבנן לא בעי דרישה וחקירה כדי שלא תנעול דלת דכתבו התוס' שם דגם ירושת ומתנות וגזילות כו' בכולהו לא בעינן דו"ח שלא תנעול כו' ע"ש. אלמא דמצינו במה דאמרו בפני לוין הוא לאו דוקא. וכ"כ התוס' בב"ב (דף קע"ה) ד"ה לא מן היורשים כו' שכתבו שם דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא ואינו גובה מלקוחות רק מדרבנן משום שלא תנעול דלת דה"ה במכירה ונזקין כו' והביאו ראיה לזה מהא דסנהדרין (דף ג') הנ"ל ע"ש. [ועיין בסוף יבמות דאמרו שם כיון דאיכא כתובה למישקל כדיני ממונות דמי לגבי דו"ח. והנ"י שם כתב דלכן בכתובה לא בעי דו"ח משום חינא ע"ש]. וכה"ג כתבו התוס' בב"ק (דף ק"ד) ד"ה מלוה בע"פ כו' דשלא תנעול דלת כו' שייך ג"כ על גזילה ע"ש. ודלא כהשמ"ק שם:

וכן מוכח לשיטת הרמב"ם המובא בח"מ סי' כ"ח דשטר לא מהני אלא מדרבנן שלא תנעול דלת כו'. והא גם בשטר מתנה מועיל שטר. וע"כ מוכח דלאו דוקא בהלוואה אלא ה"ה בשארי מילי ומפני תקנת השוק נגעו בה. ובלא"ה הא אמרו דמתנה כמכר בדוכתי' טובי. כמבואר בגיטין (דף נו"ן) גבי אין נפרעין ממשעבדי במקום שיש ב"ח דה"ה מתנה. ועיין בתוס' כתובות (דף מ"ט) ד"ה הוא ואשתו ניזונים כו' וכ"כ התוס' בב"ב (דף קע"ה) ד"ה הא דמקויים כו' גבי שבועת משעבדי דה"ה בטורף ממתנה נשבע וכדקיי"ל. וכן אי' בגיטין (דף נ"ט) גבי קטן דמתנתו מתנה מה"ט. ועיין בגיטין (דף י"א) בתוס' ד"ה כל האומר תנו כו'. וברא"ש ספ"א דגיטין. ובח"מ סי' סמ"ך גבי תקנת השוק במתנה. ובסי' ס"ו ש"ך ס"ק קי"ז וסמ"ע ס"ק פ"ד מזה ובסי' קכ"ט ס"ק ט"ו בש"ך במה דפליג על הסמ"ע שם בערב על מתנה דמקרי לאו מידי חסרי'. ובשו"ע או"ח סי' רמ"ז סעיף ד' בט"ז שם ס"ק ג' ובב"מ (דף ט"ז) וח"מ סי' שע"ד סעיף ד' וקצרתי בכ"ז: (הגה"ה:

ומה דהקשה הטורי אבן במגילה (דף כ"ו) דבמגילה שם קיי"ל כמאן דמיקל דמתנה היי כמכר. ואלו בב"מ (דף ט"ז) פסקו הרא"ש והטור ובח"מ שע"ד סעיף ד' בהגה"ה דאין מוציאין מהגזלן משום דמתנה אינו כמכר. נלפענ"ד לחלק ולומר דהאי אי לאו דה"ל הנאה מיני' כו' ה"ל בגדר הרוב דעפ"י רוב הוא בכלל דאי לא דה"ל הנאה מיני' לא הוי יהיב לי'. אבל מיעוט יש דאינן נותנים כלום להנותן המתנה. ולכן במגילה דהוי איסורא דבזה הולכין אחר הרוב ע"כ מקלינן התם. משא"כ בב"מ דהוי ממונא וכיון דס"ל להך דיעה דהביא הרמ"א שם דהגזלן מקרי מוחזק. א"כ הא קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ אמרינן דאין מוציאין מהגזלן דלמא הוי מן המיעוט דאין נותנים כלום להנותן המתנה ואין מוציאין מהמוחזק. וכעין זה כתב הרא"ש ספ"א דגיטין דרגילות הוא לפעמים שנותן מתנה אע"ג דלא עבד לי' נייח נפשי' ע"ש:

ומה דהקשה הטו"א שם עלה דאמרינן בכמה דוכתי דהיכא דפליגי רב אחא ורבינא רב אחא לחומרא ורבינא לקולא. דא"כ אמאי פסק רב אחא הכא במגילה דאסור משום דלא אמרינן אי לאו דה"ל הנאה מיני' כו'. ואלו בב"מ פסק רב אחא דמוציאין מהמוחזק משום דאי לאו דה"ל הנאה כו' דהא בממונא הוי חומרא מה דמוציאין מן המוחזק. גם זה יש ליישב לפמש"כ הר"נ במגילה שם בשם הרמב"ן להקשות על מה דאמרו שם להקל במתנה משום דאי לאו דה"ל הנאה כו'. הא אין כאן על מה לחול קדושת בהכנ"ס ותי' הרמב"ן שם די"ל דאי לאו דה"ל הנאה איזה דבר מצוה כגון תיבה או מטפחת או ספרים כו'. והר"נ שם תירץ באופן אחר. א"כ י"ל דרב אחא דאסר שם ס"ל כסברת הרמב"ן בקושייתו דאף דהיה לו הנאה עכ"ז הא אין כאן על מה שיחול קדושת בהכ"נ. וי"ל דבאמת ס"ל לרב אחא דאי לאו דה"ל הנאה מיני'. וע"כ ס"ל לרב אחא שפיר דמוציאין מהמוחזק וקצרתי בכ"ז. (ע"כ הגה"ה):

אך לפי מה דנתבאר מוכח דאף היכא דלא שייך לומר אי לאו דה"ל הנאה מיני' כו'. ג"כ דינו כחוב הלוואה ודינו בבינונית כמו בעשור נכסי וחוב שהתחייב להקדש דינו בבינונית. וכתובת אשה שאני דחילקו חז"ל כאן בפירוש בין כתובה לשארי מילי. והיכא דסתמו חז"ל אז גם דין כתובה בכלל כמו בהא דדרישה וחקירה דסוף יבמות כנ"ל. ואף שמבואר בהר"נ כתובות הטעם דלכן כתובה בזיבורית משום מקולי כתובה שנו כאן לפי שלא הוציאה כלום. עכ"ז הא כבר נתבאר דהך טעמא לא שייך אלא בצירוף הסברא דיותר משהאיש רוצה כו'. אבל היכא דלא שייך כן אז אף היכא דלא חסרה והוציאה מעות גם כן דינה כמו חוב הלוואה כמו שנתבאר: ולפי מה שנתבאר דאף בחיוב מחדש דינו כמו חוב הלוואה לגבי בינונית. וכתובה שאני כנ"ל. א"כ ה"ה במה

דאמרו בכתובות (דף פ"ו) במי שיש עליו שט"ח וכתובה וליכא אלא חד ארעא דלבע"ח יהבינן כו'. דכתב הרמב"ן הטעם משום דבכתובה לא הוציאה כלום כמבואר בפ' י"ז הל' אישות. עכ"ז בחוב שהתחייב א"ע מחדש וכה"ג ג"כ דינו כמו חוב הלוואה. וכתובה שאני דשייך בה יותר משהאיש רוצה כו'. וגם דלא חסרה דבר. ע"כ לא ממנעה וכמש"כ הרמב"ם שם דיותר משהאיש רוצה כו' וכמו שאמרו בגמ' שם בפירוש יותר משהאיש רוצה כו'. ומה"ט בנדוניא דהוציאה מעות בזה דין האשה כמו חוב הלוואה. משום דאם נגרע כחה במה שהוציאה מכיסה. אז תמנע ולא מנסבה. וכמש"כ הר"ן בר"פ הנזקין גבי נדוניא בבינונית מה"ט. אבל היכא דלא שייך יותר משהאיש רוצה כו' אז דין כל חוב כמו הלוואה א"כ לא מקדמינן לחוב הלוואה לגבי':

ועדיין יש להעיר בכ"ז דא"כ בהא דכתובות (דף נ"ד) דחשיב התם דתנאי כתובה ככתובה נפ"מ לכמה מילי. ואי נימא דכל חוב שאינו חוב הלוואה דינו ג"כ בזה כמו חוב הלוואה שיחלוקו ביניהם כנ"ל. רק כתובה שאני דמקדמינן גבי' לחוב הלוואה. א"כ ה"ל למימר דנפ"מ ג"כ להא דמקדמינן לבע"ח גבי תנאי כתובה. אך אי נימא דלא כמש"כ אתי שפיר משום דהא אף אם לא הוי ככתובה ג"כ בע"ח קודם וכמש"כ שם התוס' כעין זה בד"ה ולשביעית אך באמת זה אינו ראי' דכיון דמבואר באה"ע סי' ק"ב סעיף ב' דכמה פוסקים ס"ל דאם תפסה אשה אין מוציאין מידה דרק לענין קדימה בעלמא מקדמינן לב"ח. וכן אם גבתה האשה ע"י ב"ד אין מוציאין מידה לכו"ע כמש"כ הב"ש שם ס"ק י"ב וס"ק ז'. וכיון דבדיעבד מהני תפיסה אף בכתובה. ע"כ לא קחשיב זה דאין זה מעלה רק לכתחלה. והא דשבועה דמנה התם. הא בדיעבד ג"כ אם קדם ותפס דינו כמו עובר על גזל דרבנן כמבואר בסי' פ"ז. וזולת זה י"ל סברות אחרות מה דלא חשיב התם לזה בנפ"מ. ועיין בר"נ שם ר"פ אע"פ שכתב שם בשם הר"ח מדקא מני כל הני ואזיל ש"מ דלא אמרינן ת"כ ככתובה אלא לאלו המפורשים כאן בלבד דהא פי' ולא שייר כו' וקצרתי:

ו (שם):

ונלע"ד להביא ראי' לזה מן הרמב"ם פ' כ"א ה' מלוה ה' ג' וז"ל מתנה ששבחה מחמת הוצאה אין ב"ח גובה משבחה כלום כו' ואם קיבל הנותן אחריות המתנה הרי ב"ח גובה השבח כדרך שגובין מן הלקוחות עכ"ל. וז"ל המ"מ שם זה פשוט שהטעם שאינו גובה ממתנה מפני שאין בה אחריות ולפיכך כל שיש בה אחריות ה"ה כמקח לדבר זה עכ"ל. ומשמע מהמ"מ דאף בידוע שהיא מתנה ולא מכר אפ"ה אם קיבל אחריות הרי הוא כמכר לזה. מדלא כתב המ"מ ה"ה מקח אלא בלשון ה"ה כמקח לדבר זה בכף הדמיון. וכעת מצאתי במשובב נתיבות סי' ס' ס"ק ג' שכתב ג"כ להוכיח מן הרב המגיד הנ"ל

דאף דידוע שהיה במתנה רק שקיבל אחריות ג"כ דינו כמכר גבי שבח ע"ש. ודין זה הובא בח"מ סי' קט"ו סעיף ג' דאם קיבל הנותן אחריות ב"ח גובה ממנה כדרך שגובה מהלקוחות. והמחבר והרמב"ם מיירי שם אף בשבח יתר על הוצאה כמש"כ הש"ך שם ס"ק ל'. ובע"ח הגובה שבח מלוקח דינו מבואר שם דיחלוקו הבע"ח והלוקח בשבח כמבואר בב"ב (דף קנ"ז) דדינו כמו לוה ולוה וקנה דיחלוקו. אלא אי נימא בלוה ולוה וקנה לקמא משתעביד גובה כל השבח. אך לדידן דקיי"ל דיחלוקו בלוה ולוה וקנה דה"ה בשבח. כ"ז מבואר בסוגיא שם ובח"מ סי' הנ"ל. וכיון שכתבו דמתנה שקיבל אחריות הרי בע"ח גובה השבח כדרך שגובין מן הלוקח. משמע דדינו שוה לגמרי כמו בשבח מלוקח דיחלוקו הבע"ח והמקבל מתנה. ואי נימא דמקדמינן לבע"ח של חוב הלואה גבי חוב של מתנה. א"כ מיבעיא להיות דאם קיבל אחריות דעשו השבח כמו דאקני דיגבה הבע"ח לכל השבח. דהא מה דקיי"ל דיחלוקו בלוה ולוה וקנה זהו מצד דשעבוד שניהם שוה בזה. וכמש"כ המ"מ פ' כ' הל' מלוה והובא בקצה"ח סי' ק"ד ס"ק י' דאף דהלוקח תפוס עכ"ז אינו גובה רק חצי כמש"כ הרא"ש בכתובות פ' ט' סי' י"א בשם רבינו יונה דהוכיח שם מזה דבקרקע לא מהני תפיסתו בלא ב"ד. וכמש"כ הקצה"ח להסביר זה בסי' ק"ד ס"ק יו"ד. ואי נימא דחוב בחנם דינו כמו כתובה. א"כ הא בחוב וכתובה מקדמינן בזה לבע"ח כמבואר בארוכה באלפס פ' הכותב וברא"ש שם ובאה"ע סי' ק"ב סעיף ג'. א"כ יגבה הבע"ח כל השבח וידחה המקבל מתנה דהא חוב אחריות שיש לו אין זה רק מצד חיוב בחנם שהתחייב א"ע הנותן. א"כ הא יש דין קדימה להבע"ח כ"ז דלא גבה עפ"י ב"ד דאמרינן לי' מאן שם לך כמש"כ הרא"ש שם בשם ר' יונה כנ"ל א"כ תקשה דאמאי כתבו הרמב"ם והמחבר דבע"ח גובה השבח מהמקבל כדרך שגובין מהלוקח הא יש חילוק גדול ביניהם לענין לגבות כל השבח דבע"ח אינו גובה מהלוקח רק חצי שבח וממקבל מתנה גובה כל השבח. אלא ע"כ מוכח דאף חוב של מקבל מתנה לא נדחה כלל מפני חוב הלוואה ולא מקדמינן לחוב הלוואה נגדו. ועיין במחנה אפרים ה' גביית חוב סי' א':

ולשיטת הש"ך שהכריע שם ס"ק כ"ט וס"ק ל' דלא כהרמב"ם והמחבר אלא בשבח יתר על הוצאה גבי ממקבל מתנה בכל גווני. רק בשבח נגד הוצאה אינו גובה ממקבל מתנה אך בקיבל אחריות גבי חצי שבח אף מה שנגד ההוצאה. א"כ לכאורה י"ל דלכן אינו גובה הבע"ח רק מחצה משום שגם המקבל מתנה הוציא וחסר מעותיו מה שהוציא עליו. ע"כ אינו גובה הבע"ח רק חצי שבח. אך כבר כתב הש"ך בסי' הנ"ל ס"ק י"ב בשם כמה פוסקים דהא דגובה הלוקח חצי שבח זהו משום שגובהו על הקרן דכיון דאין גובה

השבח ממשועבדים אינו יכול לגבות השבח על 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 עכ"ל הש"ך. א"כ ה"ה במקבל מתנה אינו נוטל חצי השבח בעד חיוב אחריות שיש לו על השבח אף במה שהוציא על השבח דהא אין מוציאין לשבח ממשעבדי מפני שאין קצובין. וגם בשביל מה שהוציא מקרי אינן קצובין ואינן כתובין. ע"ש בש"ך ס"ק ט"ו. ואינו גובה ממשעבדי. והאי דגבי חצי השבח זהו בשביל חיוב אחריות עבור הקרן של המקבל מתנה. א"כ בזה הא לא הוציא המקבל מתנה כלום ואפ"ה גבי חצי שבח כמו במכר. א"כ שפיר הוכחתי אף לשיטת הש"ך הנ"ל. ועוד דהא לשיטת הרמב"ם והמחבר שם דס"ל דאף בשבח יתר על הוצאה אינו גובה ממקבל מתנה רק היכא דקיבל אחריות כמש"כ הש"ך שם לשיטתם בס"ק כ"ט וס"ק ל'. א"כ בוודאי שפיר הוכחתי דאף היכא דיש עליו חוב שלא חסר והוציא מעות. ג"כ לא נדחה מפני חוב הלוואה כמו דלא נדחה מקבל מתנה וגבי חצי שבח אף במה דהוי יתר על הוצאה דהא מיירי ג"כ אף בשבח יתר על הוצאה. א"כ מדכתבו דבקיבל אחריות גובה כדרך שגובין מלקוחות. זהו ראיה ברורה למש"כ דדוקא כתובה נדחה מפני חוב הלוואה ולא חוב של מקבל מתנה:

ב (שם סעיף ט"ז):

ואגב אבאר למה שראיתי בקצה"ח סי' ס' ב' דהביא שם למש"כ המל"מ פ' י"א הל' מכירה בשם מוהרש"ח דאינו קשה על הרמב"ם דפסק דאינו יכול להתחייב דבר שאינו קצוב מהא דאין מוציאין לשבח ממשעבדי אבל מב"ח גובה משום דהרמב"ם לא קאמר אלא במתחייב בדבר שאינו קצוב בכדי בלא כסף. אבל היכא דקיבל כסף אגב זוזי גמר ומשעבד נפשיה. ותמה הקצה"ח שם ממה שפסק הרמב"ם במתנה דאם קיבל אחריות הרי הבע"ח גובה השבח כדרך שגובין מלקוחות. משום דיש לו על מי לחזור הרי מבואר דאף בכדי בלא כסף ומחיר נשתעבד באחריות השבח דהוא דבר שאין לו קצבה. ותי' הקצה"ח שם דהרמב"ם ס"ל כשיטת הרי"ף דבשבח יתר על הוצאה אע"ג דאין לו על מי לחזור בע"ח גובה ואין חילוק בין מכר למתנה אלא ההוצאה ובהוצאה אף דהוי דבר שאינו קצוב מחוייב להחזיר לו כו' עכ"ל. ודבריו תמוהין דהא שיטת הרמב"ם דאף בשבח יתר על הוצאה אינו גובה ממקבל מתנה כמש"כ הש"ך בסי' קט"ו ס"ק כ"ט וס"ק ל' כו'. אלא בקיבל אחריות. ולא ס"ל להרמב"ם כשיטת הרי"ף בזה וכמש"כ לעיל ונסתר תי' הקצה"ח הנ"ל:

ונלפענ"ד לתרץ קושיות הקצה"ח הנ"ל ע"פ מה דמבואר בב"ב (דף מ"ה) דמוכר שדה לחבירו שלא באחריות אינו מעיד עליה מפני שמעמידה בפני בע"ח ומסיק הגמ' שם

דהוי נוגע בעדות שלא יהיה לוה רשע ולא ישלם. ובתשובת מוהרי"ט ח' ח"מ סי' פ' וסי' צ"ז העלה דנוגע לא מיפסל לעדות אלא היכא דיש לו הנאת ממון. ומש"כ הרמב"ם דאפילו בדרך רחוקה ונפלאה היינו נמי הנאת ממון דוקא. והוכיח כן מהא דאבי חתן וכלה מעידין זה לזה אע"ג דמקרבא דעתייהו זל"ז. והא דהוי נוגע בעדות מפני שלא יהיה לוה רשע ולא ישלם זהו ג"כ מקרי הנאת ממון דרוצה בהעמדת השדה בפני בע"ח כדי שלא יהיה צריך לצמצם מזונותיו משום פריעת בע"ח שלא יהיה לוה רשע בפני הבריות כו'. וכמש"כ הרמב"ן בחידושיו והובא בש"ך סי' ל"ז ס"ק א' ע"ש. והובא דברי המהרי"ט במחנה אפרים הל' עדות סי' ה'. וזהו שלא כדברי הש"ך סי' ל"ז ס"ק י' שכתב דבנגיעה לא בעי דבר של ממון אך המהרי"ט לא ס"ל כן. והובא דבריו בקצה"ח סי' ל"ז ס"ק ד':

וזה נראה לי ברור דאף דמבואר בב"ב שם (דף מ"ה) בהא דהקשו סוף סוף לגבי אידך נמי לוה רשע כו'. דבשביל חוב קבלת אחריות ג"כ מקרי לוה רשע ועכ"ז נ"ל ברור דזהו דוקא בקיבל אחריות במכר. אבל בקבלת אחריות במתנה לא מקרי לוה רשע דהא לא הלווהו כלום. וכמש"כ כה"ג הש"ך סי' ל"ז ס"ק י"א דבחוב נזקין לא מקרי לוה רשע כו'. וע"כ מוכח לחלק לשיטת הש"ך הנ"ל דהא דמבואר בב"ב דאף בחוב קבלת אחריות מקרי לוה רשע. היינו במכר דהא קיבל מהלוקח דמי המכירה. וכמש"כ הש"ך בסי' קכ"ג ס"ק כ"ד ע"ש. וזולת זה הא בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' העליתי להוכיח מן ירושלמי חגיגה פ"א סוף ה"א דאם התחייב א"ע בחוב עולת ראיה לא שייך בי' לוה רשע כו'. וה"ה בכל חיוב מחדש שאינו חוב הלואה וכה"ג. ובאמת מהא דב"ב דבחוב קבלת אחריות מקרי לוה רשע. יש להעיר מזה על מה שהובא בספרי שם בשם טור והבעה"ת דבחוב אחריות לא שייך מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם ע"ש ויש לחלק:

וכן כתב הרשב"ם בב"ב (דף מ"ה) ד"ה סוף סוף כו' דלגבי לוקח הוי לוה רשע שהרי הפסידו עכ"ל. וכ"כ הנימוק"י שם בזה"ל סוף סוף ה"ל לגבי הלוקח לוה רשע שהרי נתן לו מעות והפסידו עכ"ל. אלמא דעיקר הטעם דה"ל לוה רשע משום שהפסידו. א"כ במתנה דלא קבל ממנו דמים ולא הפסידו כלל. ומה"ט לא אמרינן במתנה אחריות ט"ס. ע"כ אף היכא דקיבל אחריות לא מקרי לוה רשע. ואף לפי מה שכתב התומים בסי' ל"ז סעי' יו"ד להשיג על מש"כ הש"ך הנ"ל דבנזקין ג"כ ה"ל לוה רשע. י"ל דזהו משום דהא בנזקין שייך לומר ג"כ דהפסידו. משא"כ בחוב קבלת אחריות דמתנה דלא הפסידו כלל. י"ל דלא מקרי לוה רשע. וכמש"כ בשם הרשב"א והנימוקי יוסף:

ובב"מ (דף ט"ו) אמרו דלכן בע"ח גובה השבח משום שהמוכר מחוייב באחריות השבח. ומה"ט במתנה דאינו מחוייב באחריות אינו גובה השבח רק היכא דקיבל אחריות עשו

השבח כאלו קנה המוכר והנותן כמבואר שם ובפוסקים סי' קט"ו. אלמא דאם לא קיבל אחריות אינו גובה השבח משום דלא קנאו המוכר מעולם. ומה"ט אף אם קיבל אחריות רק דלא נעשה חיוב אחריות באופן המועיל ע"פ ד"ת דכיון דלא יכול המקבל לחזור על הנותן אז אינו גובה השבח. ע"כ א"ש קושיות הקצה"ח הנ"ל. די"ל דלכן מועיל קבלת אחריות על השבח של המתנה דאף דהוי אינו קצוב. משום דגם זה הוא נחשב לקבלת כסף כדמצינו דמה דמעמידה בפני בע"ח מקרי הנאת ממון כמש"כ המהרי"ט. וע"כ גם בזה שייך לומר אגב הנאת ממון דאית לי' דהשבח משתעבד בפני בע"ח ע"כ גמר ומשעבד נפשי'. וכמש"כ המוהרש"ח דהיכא דיש לו הנאת כסף גמר להתחייב אף בדבר שאינו קצוב אף להרמב"ם. ולא נתנו שיעור כמות הכסף רק שיהיה שוה פרוטה ולא הוי בכדי. והא דתיקום השבח בפני בע"ח זהו רק אי נימא דמועיל קבלת אחריות שלו וחל חוב אחריות שלו על השבח. אבל אם לא חל חוב אחריות שלו אז אינו גובה בע"ח השבח משום דלא עשו חז"ל בזה כאלו קנאו הנותן. א"כ בשביל הנאת ממון שיש לו מן הא דמעמידו בפני בע"ח גמר להתחייב על דבר שאינו קצוב ג"כ: ועיקר הך מלתא דמבואר בסי' קט"ו דמועיל קבלת אחריות בשבח במתנה נאמר שם בבע"ח הגובה א"כ שפיר שייך האי טעמא דמעמידה בפני בע"ח. אבל בנגזל דטריף השבח לא מצינו זה. וי"ל דבאמת בנגזל דטריף ממקבל מתנה אינו מועיל קבלת אחריות על השבח משום דהוי דבר שאינו קצוב להרמב"ם. דלא שייך התם לומר סברא זו שכתבתי ומתורץ קושיות הקצה"ח. וראיתי בנתיבות סי' ס' שכתב ג"כ לתמוה על תירוץ הקצה"ח כנ"ל. ונדחק לתרץ קושיות הקצה"ח והעיקר כמש"כ:

אך בעיקר שיטת הש"ך בסי' ל"ז ס"ק י"א שכתב דבחוב נזקין לא שייך לוה רשע כו'. וכ"כ הש"ך בסי' קכ"ג ס"ק כ"ד דבערב קבלן אין הלוה מקרי לוה רשע משום שלא הלוה מהקבלן כלום. יש לתמוה עליו מן הא דב"ב (דף מ"ג) גבי שותפים מעידים זל"ז דמוקי הגמ' בקנו מידו דנותן להב' במתנה ומקשינן דהא מעמידה בפני בע"ח ומתרץ בקביל עליו אחריות דאתי מחמתו דה"ל לוה רשע גם לגבי' מקבל מתנה כמש"כ הרשב"ם שם דממ"נ בין יעיד ובין לא יעיד יש לו בע"ח דמקרי לוה רשע כו'. הרי להדיא דגם במתנה דקיבל אחריות מקרי לוה רשע כו' ועפ"ז נראה דכש"כ בחוב נזקין וקבלן דיהיה לוה רשע כו'. ודוחק לומר דשאני במתנה דאי לאו דה"ל הנאה לא הוי יהיב לו מתנה ע"כ הוי כמו במכר וקיבל זוזי. דז"א דהא לטעם של הש"ך דכיון דלא הלוהו כלום לא מקרי לוה רשע אף דמחוייב ועומד לשלם להניזק והערב עבור חוב נזקין כש"כ במתנה דלא

היה מחוייב ליתן לו בעד המתנה. ומה"ט חלוק דין מתנה ממכר גבי תליו' ויהיב דלא קנאו. א"כ לשיטת הש"ך תקשה מסוגיא הנ"ל:

ויש לתרץ לפי מה דמבואר בח"מ סי' קע"ה סעי' נ"ד דמתנה שכתוב בה אחריות דינה כמכר לענין בר מצרא משום דאמרינן דאלו לא היה מכר לא היה מקבל אחריות כמבואר בב"מ (דף ק"ח) ברש"י שם ובסמ"ע שם. וכן מבואר בסי' ר"ה סעי' ג' דמתנה שכתוב אחריות דינה כמכר דתליוהו וזבין זביני' זביני מטעם הנ"ל דוודאי היה מכר מדקיבל אחריות. והש"ך בסי' ל"ז ס"ק א' הביא בשם הרמב"ן דהקשה על מה דחיישינן שמעמידה בפני בע"ח משום לוה רשע דתקשה דהא אם חשדינן לי' דמעיד שקר א"כ הוי ג"כ רשע. ותי' די"ל דלצאת ידי הבריות מכוין דלא לקרויי אינשי לוה רשע כו'. ולפ"ז י"ל דבאמת במתנה ברורה אף שכתב אחריות לא מקרי לוה רשע דהא מנדבת לבו התחייב בזה וזהו כש"כ מנזקין וקבלן. אלא דעיקר החשש הוא שיעיד שקר כדי לצאת ידי הבריות דלא לקרויי אינשי לוה רשע. וע"כ חשדינן שרוצה להעמיד בפני בע"ח. א"כ מה"ט לא נפק עדיין מידי חששא זו דהא יהיה מקרי לוה רשע בפי הבריות משום האחריות שקיבל להמקבל מתנה. דהא הבריות ידונו דמסתמא כיון דקיבל אחריות על המתנה הוי מכר. דהא אין דרך לקבל אחריות על מתנה ויאמרו דהמתנה הוא באמת מכירה. כיון דעפ"י דין נתבאר דתלינן במתנה שיש בה אחריות דהוא מכירה. וע"כ לא יאמינו לו שהיה מתנה. וכיון דעדיין יהיה מקרי לוה רשע בפי הבריות וע"כ שפיר אמרו בגמ' דבקיבל אחריות על המתנה יכול להעיד משום דאין לחושדו שיעיד שקר כדי לצאת ידי הבריות. דהא עדיין לא יהיה יוצא ידי הבריות. ובפרט לאח"ז דיהא נשכח אם היה מתנה באמת. [ואף דמבואר התם בב"ב דמיירי היכא דלא קיבל עליו אחריות גזלה רק אחריות בע"ח. עכ"ז גם בזה אמרינן דדינה כמכר גבי מצרנות וגבי תליוהו ויהיב דסי' ר"ה והסברא נותנת]. כן אבל היכא דלא שייך ה"ט שפיר י"ל דלא מקרי לוה רשע בנזקין וחוב קבלן. וכמש"כ הש"ך הנ"ל:

ולפ"ז ניחא מה דיש להקשות על מה שכתבתי לעיל לתרץ קושיות הקצה"ח משום דמקרי הנאת ממון בקיבל אחריות בשבח דמתנה כדי דלא יהיה לוה רשע כו'. ויש להקשות ע"ז מסוגיא דב"ב (דף מ"ג) הנ"ל דמוכח דאף גבי מתנה גופא כיון דקבל עליו אחריות יהיה לוה רשע. א"כ עדיין לא נפק מחששא זו אם יטרוף הבע"ח השבח דיהא לוה רשע גם גבי המקבל מתנה. אכן לפמש"כ לתרץ דברי הש"ך הנ"ל מה שיש לתמוה עליו מסוגיא זו ותרצתי כנ"ל. ולפ"ז ניחא ג"כ כל מה שכ' בעז"ה והוא די"ל דדוקא גבי חשש שיעיד שקר כדי לצאת ידי הבריות בזה אמרינן דגם גבי מקבל מתנה יהיה לוה רשע בפני הבריות

דיאמרו דלא היה מתנה רק מכירה. ומסתמא המקבל מתנה יאמר ג"כ שהיה מכירה כדי לכופו עי"ז שישתדל לשלם לו שלא יהיה לוה רשע בפני הבריות. אבל בינו ובין עצמו שיודע האמת דלא היה מכירה רק מתנה לא יהיה באמת לוה רשע כיון דאין זה חוב הלואה רק התחייבות בעלמא. א"כ יגיע לי' הנאה להעמידה בפני בע"ח דלגבי הבע"ח יהיה באמת לוה רשע אף בינו לבין עצמו. ולגבי המקבל מתנה לא יהיה באמת לוה רשע בינו לבין עצמו. א"כ שפיר מקרי זה להנאת ממון כמש"כ המהרי"ט כנ"ל גבי נוגע. וע"כ שפיר מקרי זה הנאת ממון דיועיל להתחייב עי"ז כנ"ל. ואתי שפיר כל מש"כ. כ"ז הענין כתבתי בימי טל ילדותי:

ג:

(שם סעיף כ"א) כשמחזיר לו המשכון צריך להחזיר בעדים ולהתרות בי' אל תחזירהו לי אלא בפני עדים דאל"כ הי' נאמן לומר החזרתי או פרעתי במיגו דהחזרתי ובלבד שלא יהי' תוך זמנו. וכתב הסמ"ע שם ס"ק מ"ג דבלא מיגו נחזור לענינינו דנתבאר דמוכח מהרמב"ם דשבח הנ"ל. דחוב הלואה וחוב ע"י התחייבות בחנם שניהם שווין ויחלוקו. ולכאורה יש להוכיח עוד כן מהא דב"מ (דף י"ג) דמקשה הגמ' על הא דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו דניחוש שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ומשני רב אסי בשטר הקנאה ופירש רש"י שמקנה נכסיו בין ילוה ובין לא ילוה. ועיין ברא"ש שם. ובש"ך סי' ל"ט הכריע כשי' הרי"ף דפירש שיש בו קנין דמי שנותן שטר בקנין דעתו להקנות לו אף אם לא ילוה ע"ש. ועיין בתוס' ד"ה ולא לוה. וקשה במה דכותבין שטר מעכשיו שלוה מעות מהמלוה דאכתי יש לחוש שמא לא ילוה לאח"ז. ואף דיכול לחייב א"ע בחיוב מחדש בקנין אף אם לא ילוה כמש"כ רש"י והש"ך לשיטת הרי"ף. עכ"ז ניחוש שמא בעת שיבוא לגבות באותו שטר יביא אז עוד שטר הלוואה שיודעים ההלואה באמת. ולא יהיה להלוה רק חד ארעא שלא יספיק לשניהם רק לא'. ואם הדין נותן דחוב הלוואה קדים לחוב שאינו הלואה. א"כ יוצא מזה עדיין חשש תקלה דהא הב"ד ידונו דיחלוקו כדין שני בע"ח ששניהם ביום אחד או בלוה ולוה וקנה. ובאמת שייך הקרקע להבע"ח שלוה באמת ואותו שלא לוה באמת רק ע"י התחייבות בעלמא אינו יכול לגרע כחו של המלוה האמיתי א"כ יוצא חשש טרפא שלא כדין במה דכותבין שטר ללוה באין מלוה עמו. אכן אי נימא דחוב שלא ע"י הלוואה לא נדחה כלל מפני בע"ח של הלואה ליתא לקושיא זו כלל. וזה ההוכחה הוא מבני הרב הג' כו' מו"ה צבי שיחי':

אמנם יש לדחות לזה ההוכחה לפמש"כ הסמ"ע בסי' ס"ה ס"ק י"ט והנתיבות שם ס"ק י"ד דלמניעת טרפא לא חיישינן רק דחשו שמא יהיה השדה גזולה בידו ע"ש. א"כ ה"ה

במאי דכתבתי לא יהיה רק מניעת טרפת שעבוד של המלוה האמיתי ע"כ זה לא הוי חשש כ"כ:

ועוד י"ל בזה לפמש"כ התוס' בב"מ (דף כ') ד"ה ש"מ איתא לדשמואל כו' שכתבו בסה"ד דדווקא ללקוחות שלא באחריות חיישינן שיפסידו לגמרי. אבל ללקוחות באחריות לא חיישינן דהא יהיה להם חוב על המוכר ע"ש. א"כ ה"ה במש"כ אין זה חשש כלל דהא עכ"פ לא יפסיד חובו המלוה האמיתי. דלא יהיה פקע שעבוד הגוף של הלוה לשלם לו. ועפ"ז יש לתרץ קושית הש"ך בח"מ סי' ס"ה ס"ק כ"ב דהקשה על המחבר שכתב שם דאם יש ללוה ב"ח שמספיקין לשעבוד החוב יחזיר. והקשה אכתי ניחוש שמא לוה מאחרים אחר זמנו של שטר זה וכן הקשה הסמ"ע שם. ובאמת לדברי התוס' הנ"ל אינו קשה זה דהא לא חיישינן רק ללקוחות שלא באחריות דיפסידו לגמרי. א"כ ה"ה בחשש מניעת טרפא של איזה בע"ח לא חיישינן דהא הבע"ח לא יפסיד לגמרי ומתורץ קושיות הסמ"ע והש"ך הנ"ל:

ועוד יש לומר בזה לפי המבואר באה"ע סי' ק"ב במי שיש עליו כתובה ובע"ח דאם תפסה האשה אין מוציאין מידה. ואף להחולקים שם עכ"ז מודו במי שתפס ברשות ב"ד דאין מוציאין ממנה. וכמש"כ הב"ש שם ס"ק ז' להכריע דבזה מהני תפיסה לכו"ע ועיין בח"מ שם ס"ק ט'. א"כ אין מקום להוכחה הנ"ל. דהא מבואר ביו"ד סי' א' וסי' ב' דהיכא דבדיעבד מהני. אז לכתחילה ג"כ לא חיישינן שמא ישכח וכמש"כ הט"ז ליו"ד סי' צ"א ס"ק א'. א"כ ה"ה בזה כיון דבדיעבד מהני תפיסה ברשות ב"ד ע"כ לא חיישינן שיבא לידי תקלה. דהא כזה לא מקרי תקלה כ"כ ע"כ שפיר כותבין שטר ללוה בלא מלוה בשטרי אקנייתא ואינו קשה כלל וגם הא לא הוי זה רק חשש בדרבנן:

והנה התוס' כתובות (דף פ"ו) ד"ה לאשה לא יהבינן הקשו דאיך אמרו לעיל דינתן לכתובת אשה והכא מקדמינן לבע"ח כו'. ואי נימא דדוקא חוב הלואה מקדמינן א"כ הא הוי מצי התוס' לתרץ דהא דמקדמינן לעיל כתובה היינו נגד ב"ח שלא ע"י הלואה. משא"כ חוב הלואה קודמת לכתובה. ומדלא מחלקי שם בזה מוכח ג"כ דלא מחלקינן. וכמש"כ דאף חוב שלא ע"י הלואה דינה כמו חוב הלואה ושפיר הקשו התוס' וש"פ שם. אך זה יש לדחות דא"כ אמאי אמרו שם מאי כושל ריו"ח א' כתובה. הא המ"ל דכושל זהו חוב הלואה. ומדלא אמרו כן ע"כ שפיר הקשה התוס' כנ"ל:

אך כבר נתבאר להוכיח דלא מחלקינן בין חוב ע"י הלואה לחוב שלא ע"י הלואה. וכן מוכח מן הב"ח והב"ש לאה"ע סי' קי"ג סעי' ו' ב"ש ס"ק ט"ז גבי מי שיש עליו אלמנה ובת דאלמנה קודמת נגד עישור נכסי. והקשה הב"ש מ"ש מבע"ח וכתובה דכתובה נדחה

כמבואר בסי' ק"ב. ותי' דשא"ה דשניהם המה חוב של אביהם משא"כ עישור נכסי הוא בע"ח של יורשים ומזונות אלמנה היא בע"ח של אביהם עכ"ל. וכ"כ שם הב"ח. ולפ"ז מוכח דס"ל דאין לחלק ביניהם וכמש"כ דאל"כ אין מקום לקושיא הנ"ל דהא שאני חוב דהלואה דשייך נעילת דלת וחסר והוציא מעות משא"כ חוב עישור נכסי דלא הוציאה מעות על זה. ומדהקשו כן מוכח דס"ל כמש"כ דאין לחלק ביניהם. וכבר נתבאר לעיל ג"כ דבבינונית ג"כ חוב שע"י התחייבות במתנה ג"כ דינו בבינונית:

וכן מוכח קצת מהא דכתובות (דף ק"י) דמקשה הגמ' על מאן דס"ל הפוכי מטרתא ל"ל מהא דתנן שם במשנה שנים שהוציאו שט"ח זע"ז דזה גובה וזה גובה ומתרץ בלוה זה לעשר וזה לחמש. והא המ"ל דמיירי ששט"ח ראשון הוא שטר חיוב בהתחייבות בעלמא ושט"ח ב' הוא שטר הלואה. וע"כ זה גובה וזה גובה משום דהראשון דינו בזיבורית והשני בבינונית ולא שייך בזה כלל הך דבשל עולם כו'. דהא אין דינו של הא' רק בזיבורית. ומדלא אוקמי בכה"ג מוכח דגם חוב שע"י התחייבות ג"כ דינו בבינונית ומה דאמרו משום נעילת דלת הוא לאו דוקא כמש"כ התוס' בסוף ב"ב:

וכן מצינו בנימוקי פ' בתרא דב"מ גבי הבית והעלי' של שנים שנפלו א' בעל העלי' לבעה"ב לבנות והוא אינו רוצה הרי בעל העלי' בונה הבית ויושב בתוכה כו'. וכתב הנימוקי שם למה אינו כופה לבעה"ב לבנות כבר הקשו בירושלמי ותי' בהלך למדה"י. והרשב"א כתב דהירושלמי ס"ל כרב אחא שר הבירה דאין נפרעין שלא בפניו. אבל אנן קיי"ל נפרעין שלא בפניו אם איתא דבישנו כופין גם באינו כאן ג"כ יורדין שלא בפניו כו'. ועיין בב"י בח"מ סי' קס"ד מזה. ואף דבכתובות (דף פ"ח) אמרו דנפרעין שלא בפניו בכתובה משום חינא אבל לבע"ח לא ורבא אמר רב נחמן דגם לבע"ח נפרעין שלא בפניו משום נעילת דלת בפני לווין. א"כ לפ"ז יש לכאורה לדון בשותפין בבית ועלי' דלא שייך חינא ונעילת דלת בפני לוין דאין נפרעין שלא בפניו. ואפ"ה חזינן לרשב"א והנימוקי דכתבו בפשיטות דלמאי דקיי"ל נפרעין שלא בפניו דה"ה בשותפות נפרעין שלא בפניו כנ"ל. א"כ מוכח דהאי נועל דלת בפני לווין הוא לאו דווקא. ועיין בערכין (דף כ"ב) דאמרו דלכן נפרעין שלא בפניו שלא יהא כל אחד נוטל מעות חבירו והולך למדה"י. אך בכתובות אמרו בלשון דאתה נועל דלת בפני לווין. וכבר נתבאר בהרבה ראיות דלשון נועל דלת בפני לווין הוא לאו דווקא וכמש"כ התוס' בסנהדרין (דף ג') וב"ב בסופו:

היוצא לנו מכל זה דגם חוב הבא מחמת התחייבות בחנם ג"כ הוא בבינונית וגם לא מקדמינן לחוב הלואה כנגדו. וגם נפרעין שלא בפניו בזה כמו חוב הלוואה דקיי"ל נפרעין שלא בפניו. ואחר כותבי כ"ז ראיתי בספר שער המשפט בסי' ק"ב שכתב ג"כ

להסתפק במחייב א"ע בדבר שאינו חייב אם הוא בזיבורית או בבינונית. וכן בסי' מ' כתב לדון דחוב הלואה קודם לחוב בחנם וכ"כ בסי' צ"ט ע"ש. אכן העיקר הוא כמש"כ ולא העיר בכל הנ"ל שכתבתי:

סימן קו

א (ש"ך ס"ק ו'):
הביא תשובת מבי"ט דבשטר שאינו מקויים והלוה מודה שכתבו דגובה מלקוחות והש"ך הביא התוס' דב"מ (דף ע"ב ע"א) ד"ה אמר אביי כו' דכתבו ג"כ כן. אבל הביא שיטת רוב פוסקים החולקים ע"ז ע"ש:
אינו נאמן לומר פרעתי דכיון דהחזירו בעדים ה"ל כאלו עדיין המשכון ביד המלוה כו'. שם ס"ק מ"ד ובלבד שלא יהי' תוך זמנו כו'. הקשה דהא נתבאר בסי' ע"ח דנאמן לומר פרעתי תוך זמנו במיגו משום דזהו איבעיא דלא איפש ולפענ"ד נראה להוכיח מן התוס' שבת (דף ע"ח ע"ב) ד"ה ת"ק סבר מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו כו' והקשו דמה תועלת יש בשטר כו'. וי"ל דמועיל לו השטר דמתוך כך כו' אי נמי לטרוף ממשעבדי אם יודה הלוה שאינו מזוייף עכ"ל. הרי להדיא דס"ל להתוס' שבת הנ"ל. דאף למ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו מ"מ מהני הודאת הלוה אף לטרוף ממשעבדי וכשי' המבי"ט הנ"ל:
והנה הקצה"ח הביא להוכיח מן רש"י ב"מ (דף ז' ע"ב) ד"ה שטרא דאית בי' זמן כמה שוה כו' דמודה בשטר שכתבו מהני אף לגבות מן משעבדי. אבל כבר הקדימו בראי' זו התומים הכא ס"ק ג'. אלא שכתב לחלק די"ל דשאני למ"ד מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו. אבל למ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דהוי טענת מזוייף טענה מעליא דמהימן במיגו דמזוייף ע"כ י"ל דלא מהני הודאת הלוה כמש"כ הש"ך ע"ש בתומים. אבל מהתוס' שבת הנ"ל מוכח דאף למ"ד מודה בשטר צריך לקיימו וכמו שאמרו שם בטעמא דת"ק. ועכ"ז ס"ל להתוס' דמהני הודאת הלוה ומוכח מזה כשי' המבי"ט. וגם בהגהות הב"ח שם בשבת נ"ב בזה הלשון דלכן מהני הודאת הלוה דלא חיישינן לקנוניא אלא היכא דאיתרע שנאבד ומצאו ע"ש. וזהו כשיטת הסמ"ע בסימן ל"ט סעיף ט' ס"ק כ"ד ובסי' ע"ט ס"ק ל"א דאף היכא דיכול לטעון פרעתי. עכ"ז אם מודה שלא פרעו גובה מלקוחות ולא חיישינן לקנוניא. משום דס"ל כעין סברת הב"ח הנ"ל דלא חיישינן לקנוניא אלא היכא דאיתרע. אבל הש"ך בסי' ע"ט ס"ק למ"ד חולק על הסמ"ע בזה דכיון דנאמן לומר פרעתי אינו גובה ממשעבדי משום קנוניא. ולא מחלק דשאני היכא

דאיתרע. וכ"כ בסי' ל"ט ס"ק כ"ד. ובסי' נ"א ס"ק א'. ועיין בש"ך סי' ס"ט ס"ק ו'. אך לשיטת הש"ך הנ"ל דס"ל דכל מקום דנאמן לומר פרעתי אינו גובה מלקוחות משום קנוניא אינו קשה מהתוס' שבת הנ"ל. די"ל דשא"ה כיון דמה"ת לא בעי קיום ע"כ מהני הודאתו בזה. וכמש"כ הש"ך סברת החילוק הנ"ל כאן על דברי הריב"ש שם. ועוד דהא שי' הש"ך הכא בסי' ק"ו דאף במודה הלוה על שטרא. דמ"מ אינו גובה מלקוחות ולא ס"ל כהתוס' שבת הנ"ל. והתוס' דשבת אזלי בחדא שיטה כמש"כ התוס' בב"מ (דף ע"ב ע"א) ד"ה אמר אביי כו' דכתבו דלא שייך לגרוס שם א"צ לקיימו. ועכ"ז לדינא העיקר כמו דהעלה הש"ך דלא כהמבי"ט דהא הביא כמה פוסקים ראשונים דחולקים בזה:

והש"ך שם הביא לסוגיא דעובדא דפרדיסא דב"מ (דף ע"ב). ולכאורה יש להוכיח מהאי סוגיא דלא כהסמ"ע והב"ח הנ"ל דס"ל דלא חיישינן לקנוניא אלא היכא דנפל איתרע. דהא הגמ' מקשה שם עלה דלשבח קרקעות כיצד הרי שגזל שדה כו' נימא לא ניתן ליכתב. וקשה דהא י"ל שא"ה במוכר שדה דאף דמחמת דלא ניתן ליכתב נתבטל השטר מ"מ הא לא גרע ממוכר שדהו בעדים דמבואר בב"ב (דף מ"א) דגובה ממשעבדי. ומצאתי קושיא זו בפני יהושע לב"מ (דף ע"ב). ותי' דעיקר קושיות הגמ' הוא דכיון דנתבטל השטר א"כ ממילא לא גבי ממשעבדי משום חשש פרעון ואף דהמוכר מודה דלא פרעו עכ"ז הא חיישינן לקנוניא. משא"כ במוכר שדהו בעדים וטרף בע"ח ממנו בזה לא שייך לחוש כ"כ לפרעון כמו דהאריך הפנ"י שם בזה. א"כ מוכח מזה דאף היכא דלא איתרע ג"כ לא מהני הודאת הלוה לגבות ממשעבדי וכמש"כ הש"ך בכ"ד בשם כ"פ ודלא כהסמ"ע והב"ח הנ"ל יטא כו' ותירץ דכיון דהחזיר המשכון בפני עדים לא מקרי הלוה מוחזק. וע"כ אינו נאמן במיגו כו' עכ"ל הסמ"ע. והש"ך שם דחה דין זה משום קושיית הסמ"ע הנ"ל:

אך מזה אין להוכיח כלל דבאמת זהו לא מספיק לתרץ קושיא זו.

דהא הרמב"ן בחי' לב"ב (דף מ"א) כתב על הא דמוכר שדהו בעדים דגובה ממשועבדים דמיירי בטרפוהו בב"ד וקודם שיצא משם כתבו לו טירפא כו' דאי לאו הכי נטעון שפרעו מוכר כו'. וכ"כ הנ"י שם. וכעין זה כתב הש"ך בסי' קט"ז ס"ק ה' בזה"ל דאף לדברי המבי"ט צ"ל דמיירי בתו"ז או דעדים מעידים שלא זזה ידו מתוך ידם דאל"כ פשיטא כיון דיכול לומר פרעתי אינו גובה ממשעבדי עכ"ל הש"ך. ואף דהש"ך הכא בסי' ק"ו הביא בשם המבי"ט דס"ל דבמודה הלוה שכתבו הוי כמקויים לגבות ממשעבדי וכמש"כ לעיל. עכ"ז הא ז"א רק בשטר בלא קיום דמה"ת א"צ קיום כנ"ל בזה מהני הודאתו לשי' המבי"ט. אבל היכא דיש חשש פרעון מה"ת בזה מודה המבי"ט דלא מהני הודאתו

להיות טורף ממשעבדי וע"כ מוכרח כמש"כ הש"ך לשי' המבי"ט כנ"ל. א"כ כמו בהא דאמרו בב"ב דמוכר בעדים גובה ממשעבדי דפירשו הראשונים הנ"ל דמיירי היכא דלא הוי חשש פרעון וכנ"ל. א"כ כמו כן יש לפרש להא דלשבח קרקעות כיצד כו' דמיירי ג"כ באופן דליכא חשש פרעון. וע"כ גובה הקרן ממשעבדי משום דאף דשטר לא ניתן ליכתב עכ"ז הא לא גרע ממוכר שדהו בעדים דגבי ממשעבדי ותקשה עדיין קושיא זו: ומצאתי באו"ת סי' קט"ז ס"ק ד' שהקשה כן דמאי מקשה הגמ' מן הא דגובה הקרן ממשעבדי הא לא גרע זה ממוכר שדהו בעדים. ואין לומר דבמוכר שדה גזולה לא שייך לומר דמזבין בפרהסיא דז"א כו'. ולשי' התוס' א"ש דעיקר הקושיא הוא מחמת דנאמן לומר פרעתי ע"כ לא גבי ממשעבדי דחיישינן לקנוניא אבל לשי' רש"י ויתר מפרשים דכל קושיות הגמ' לענין שעבוד קשה כנ"ל. ומתרץ דקושיות הגמ' הוא למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא דכיון דשורת הדין דלא גבי ממשעבדי רק מתקנתא דרבנן הבו דלא לוסיף דחכמים לא תקנו רק במלוה בשטר ולא בע"פ וא"כ לא פלוג. רק למ"ד דש"ד בזה כיון דאית לי' קלא גבי ממשעבדי כו'. עכ"ל האו"ת. ואף דרב אמר שם בב"ב להך דמוכר בעדים גבי ממשעבדי ורב הא ס"ל שעבודא לאו דאורייתא. עכ"ז י"ל דדוקא במוכר שדה גזולה דזהו לא שכיח דבכה"ג לא תקנו חז"ל לתקנתם כמש"כ שם האו"ת לסברא זו. אבל במוכר שדה ואתי בע"ח וטריף מיני' דזהו מילתא דשכיחא דבכה"ג אף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא ג"כ גובה ממשעבדי ומיירי רב בכה"ג כן הוא קוטב דברי האו"ת. וכן העיר בזה האו"ת בסי' ע"ב ס"ק יו"ד ע"ש:

והנתיבות בסי' קט"ז ס"ק א' כתב לתרץ קושיות האו"ת הנ"ל דשאני מוכר שדהו בעדים דהעדים לפנינו. משא"כ בשטר מכר שאין העדים לפנינו וכיון דהשטר לא ניתן ליכתב הוי מפי כתבם ואין כאן עדות כלל עכ"ל הנתיבות. ולענ"ד הנכון עם האו"ת דהא מוכח בסי' ע' סעיף ו' גבי שטר שלא ניתן לכתב דאמרו שם דאינו גובה ממשעבדי וגם נאמן לומר פרעתי. והש"ך שם ס"ק כ"ו הביא בשם כמה פוסקים דס"ל דאינו נאמן לומר פרעתי. וכן הכא בסי' ק"ו ש"ך ס"ק ו' הביא לעובדא דפרדיסא דב"מ (דף ע"ב) ולמש"כ הטור ס"ס ע' דאין לו דין שטר ונאמן לומר פרעתי. דמשמע מזה דלהד"ם לכו"ע לא מצי לטעון. וכ"כ התומים בסי' מ"ג ס"ק ה' והוכיח מזה דה"ה בשטר מוקדם אינו נאמן לומר להד"ם וכדעת הסמ"ע שם. וכ"כ הנתיבות בסי' מ"ג ס"ק ו' והביא כן בשם הרמב"ן בתשובה שכתב כן בשטר שלא ניתן לכתב דמהני לענין להד"ם. ואף דכל שטר שלא נעשה כתק"ח. אינו שטר לענין פרעתי. אבל מפי כתבם לא הוי כיון שנכתב בציווי הלוה ע"ש. ולכן הדין עם האו"ת דכתב דשטר שלא ניתן לכתוב דב"מ (דף ע"ב). דאף

דמיפסל השטר לענין לגבות ממשעבדי ולענין טענת פרעתי. דעכ"ז העדאת עדים מיהא הוי. ואף דלעיל סי' ל"ט סעיף ג' כתבו בלא אמר כתבו וחתמו דהוי כפנקס בעלמא ולא הוי עדות כלל ויכול לטעון להד"ם. כמו שהאריך הש"ך שם. דזה אינו אלא בלא נכתב מדעת המתחייב. אבל אם נכתב מדעת המתחייב אף שלא ניתן לכתוב עכ"ז הוי העדאת עדים כנ"ל. א"כ הוי כמוכר שדהו בעדים ושפיר כתב התומים והפני יהושע כנ"ל:

וראיתי להנתיבות בסי' ע' ס"ק ה' שכתב ג"כ לתרץ קושיות האו"ת הנ"ל ע"פ מש"כ האו"ת בעצמו בסי' מ"ט ס"ק ח' דאף היכא דאיכא קלא עכ"ז כיון דליכא שטרא כראוי לא נשתעבדו הנכסים אף למ"ד ש"ד עכ"ל. אבל באמת אין זה ענין לנ"ד דשא"ה בחוב הלוואה דבעינן שטר דוקא. ע"כ כיון דאין השטר כדינו אין בזה שעבוד נכסים. אבל במוכר שדהו דאף בלא שטר נשתעבדו הנכסים שפיר כתב האו"ת דאף דהשטר לא נכתב כדינו דמ"מ לא גרע מן עדים בע"פ. וע"כ הנכון עם האו"ת בזה. ולכן מוכרחים אנו לומר בזה כהחילוק שמחלק האו"ת בזה דדוקא למ"ד ש"ד אמרינן דמוכר שדהו בעדים ונמצאת גזולה דגובה ממשעבדי אבל למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אף דאיכא קלא בזה מ"מ לא גבי ממשעבדי כיון דליכא שטרא ולא פלוג בזה. ובעובדא דפרדיסא לכן לא גבי ממשעבדי דכיון דאיכא אונס להמוכר א"כ כמו דהמכירה אינו חל באונס ה"ה דהשעבוד אינו חל כיון דהיה באונס כמש"כ האו"ת בסי' קט"ז ע"ש. וגם י"ל דבמי שמוכר שלא מרצונו לא שייך בזה סברת הש"ס דמאן דמזבין בפרהסיא זבין כו'. וכעין סברת החילוק של האו"ת הנ"ל כן כתבו התוס' בב"ק (דף י"ד ע"ב) בד"ה ש"מ לוה ומכר נכסיו כו' שחילקו ג"כ בשם ר"ת בין מ"ד ש"ד ובין מ"ד דס"ל שעבודא לאו דאורייתא ע"ש. רק הסברא מחולקת בקצת שינוי מן החילוק של האו"ת בין הנך מ"ד הנ"ל:

וע"פ החילוק של האו"ת הנ"ל אתי שפיר מה דיש להקשות בהא דגיטין (דף מ"ח) במשנה דאין מוציאין לאכילת פירות ולשבח קרקעות ממשועבדים ופי' רש"י הגוזל שדה ומכרה כו'. חוזר הלוקח על המוכר וגובה ממשועבדים שמכרה לו באחריות וכתב לו שטר מכירה וה"ה מלוה בשטר כו'. וכ"כ הר' עובדי' ברטנורה בגיטין שם וכ"כ הר"נ שם על משנה גיטין שם. וקשה דל"ל שטר הא אף מוכר שדהו בעדים ג"כ גבי ממשעבדי א"כ ל"ל למנקט שמכרה לו בשטר. אכן לפמש"כ האו"ת דדוקא למ"ד ש"ד אמרו דהמוכר שדה גזולה בעדים גבי ממשעבדי. אבל למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אינו גובה ממשעבדי במוכר בעדים א"כ אתי שפיר דברי רש"י והרע"ב והר"נ הנ"ל. דהא דרכם לפרש להמשנה דיהא אתי אליבא דכו"ע. וכיון דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא אינו גובה המוכר שדהו בעדים ממשעבדי בנמצאת השדה גזולה כמש"כ האו"ת. ע"כ

לדידי' מוכרח לפרש דמירי במכרה בשטר. אבל להסוברים לדינא דש"ד שפיר י"ל דאף במכרה בעדים ג"כ גבי בשטר. וא"ש דברי רש"י והרע"ב והר"נ הנ"ל. ועיין בגיטין (דף נ') במה דכתב רש"י שם בד"ה לפי שאינן כתובין ובתוס' שם ד"ה לפי שאינן כתובין כו'. ושם (דף נ"א) בתוס' ד"ה או דלמא קצובין כו' וקצרתי:

ועוד י"ל בכוונת רש"י והרע"ב והר"נ הנ"ל עפ"י מש"כ הרשב"ם בב"ב (דף מ"א ע"ב) בד"ה המוכר שדהו בעדים וקיבל אחריות עליו. והרא"ש שם בשם ר' יונה חולק עליו. והובא בש"ך סי' קט"ז ס"ק ה' גם בשם בעה"ת דס"ל כהרשב"ם בזה ע"ש. ועיין בש"ך סי' רכ"ה. ובאמת מן התוס' בב"ב (דף ע"ז) ד"ה חוזר בשטר כו' שהקשו דמאי נפ"מ מן חזרת השטר הא בלא"ה ה"ה גובה ממשעבדי דהא מוכר בעדים גבי ממשעבדי. ומוכח מדבריהם דלא ס"ל כמש"כ הרשב"ם. דהא לשי' הרשב"ם הוי נפ"מ רבתא מן מה דחוזר בשטר גבי חיוב אחריות אם לא התנה בפי' על אחריות. ובחי' הרמב"ן לב"ב שם (דף ע"ז) הביא בשם יש מפרשים לתרץ כן לקושיות התוס' הנ"ל דהוי נפ"מ אם לא התנה בפי' על אחריות. וכ"כ הרשב"א בקידושין (דף כ"ז) בשם הראב"ד. א"כ י"ל דרש"י ורע"ב והר"נ ס"ל ג"כ כשי' הרשב"ם והבעה"ת והיש מפרשים דבחי' הרמב"ן הנ"ל והראב"ד הנ"ל דס"ל דאף דמוכר בעדים גובה ממשעבדי מ"מ הוי נפ"מ בין שטר לעדים אם לא התנה חיוב אחריות בפי'. א"כ י"ל דזהו כוונת רש"י והרע"ב במה שכתבו בגיטין דאם גזל שדה ומכרה חוזר הלוקח וגובה ממשעבדי שמכרה לו באחריות וכתב לו שטר מכירה כו'. דכוונתם דאם כתב אחריות בפי' אז באמת לא בעי שטר. ואף במוכר בעדים גבי ממשעבדי ומה שכתבו וכתב לו שטר מכירה כו' הכוונה הוא או שכתב לו שטר מכירה והוי ואו המחלק דבזה אף דלא התנה על אחריות ג"כ גובה ממשעבדי משום דבזה אחריות ט"ס. א"כ א"ש דברי רש"י והרע"ב הנ"ל. אך בכוונת הר"נ דגיטין קשה לומר כן דהא שי' הר"נ הוא דאף בלא פי' ל' אחריות ג"כ גובה ממשעבדי וכמש"כ הש"ך בסי' רכ"ה ס"ק א' בשם הר"נ ע"ש וכ"כ הבית יוסף שם בשם הר"נ. וע"כ העיקר הוא כמש"כ לעיל דהך מילתא תלוי בפלוגתת אי ש"ד או לא וכמש"כ האו"ת כנ"ל:

ענף א:

אך עיקר דברי האו"ת במה דמחלק במוכר שדהו בעדים דגבי ממשעבדי דזה תלוי אי ש"ד או לא. זהו דוחק דהא כיון דחזינן דרב דאמר לזה דמוכר בעדים דגבי ממשעבדי הא ס"ל שעבודא לאו דאורייתא ע"כ אין סברא לחלק בין מוכר שדה גזולה וכן בבא בע"ח וטריף מיני'. ומש"כ לעיל די"ל דשאני מוכר שדה גזולה דהוי מידי דלא שכיח ולא תקנו רבנן בכה"ג זהו דוחק:

ולכן נלע"ד לומר ג"כ לחלק בזה בין מ"ד דש"ד או לא ע"פ הסבר נכון. והוא דהא יש להעיר בהא דב"ב (דף מ"א) דא' רב המוכר שדה בעדים גובה ממשועבדים משום דמאן דזבין ארעא בפרהסיא זבין כו'. ובקדושין (דף כ"ח) אמרו דמהו דתימא קרקע הוא דמזבני בצינעא כו' אלמא דאמרינן דבקרקע ג"כ הדרך למכור בצינעא. ומצאתי בהגהות הש"ס בקדושין שם שהקשה כן ונשאר בצ"ע. אבל באמת אינו קשה די"ל בפשטות הענין כך הוא דמה דאמרו בב"ב דמאן דמזבין בפרהסיא מזבין. אין זה רק בגדר רובא אבל י"ל דמיעוטא איכא דמזבני בצינעא. ומה"ט א"ש למש"כ התוס' בב"ב (דף ע"ז) והתוס' בקדושין (דף כ"ז) ד"ה חוזר בשטר כו' והרשב"א בחידושיו לקדושין (דף כ"ז) דהא דחוזר בשטר דאף דגם בעדים איכא קול וגבי ממשעבדי עכ"ז בשטר הוי קול ביותר וזילי נכסי טפי ולכן חוזר בשטר. משום דבעדים איכא מיעוט דמזבני בצינעא כנ"ל. ולכן שפיר אמרו בקדושין שם סברת החילוק בין קרקע לע"ע דקרקע איכא דמזבני בצינעא וכיון דאיכא מיעוטא עכ"פ לכן משבעינן לי' ע"י גלגול. משא"כ עבד עברי הוי אמינא דאין להשביעו משום דבע"ע הוי מיעוט שאינו מצוי קמ"ל. ועיין בסי' צ"ד ש"ך ס"ק ח'. א"כ א"ש הא דב"ב דאמר רב המוכר שדהו בעדים דגבי ממשעבדי דהא רב ס"ל בב"ב (דף צ"ב) דהולכין בממון אחר הרוב. ולכן כיון דרוב איכא דמזבני קרקע בפרהסיא ע"כ אזיל רב לטעמי' ואמר דגובה ממשעבדי משום דסמכינן על הרוב בזה. א"כ אינו קשה כלל. וזו"ז י"ל דשא"ה בב"ב דהיה המכירה בעדים. משא"כ בהך דקידושין דמכרה בלא עדים ע"כ לית לי' קלא וא"ש בפשיטות:

ובאמת יש לעיין במה דפסק הרמב"ם והטוש"ע בח"מ סי' קי"ז וש"פ להא דרב דא' המוכר שדהו בעדים גובה ממשועבדים. הא כיון דחזינן דמיעוטא איכא דמזבני קרקע בצינעא כמבואר להדיא בקדושין הנ"ל. א"כ י"ל דדוקא רב לטעמי' דס"ל הולכין בממון אחר הרוב ע"כ ס"ל דגובה ממשעבדי. אבל לדידן דקיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב י"ל דלא גבי ממשעבדי דאף דהרוב מזבני ארעא בפרהסיא. עכ"ז הא כיון דאיכא מיעוט דלא מזבני בפרהסיא. א"כ הא אין מוציאין מהמוחזק ע"פ הרוב. אכן לפמש"כ התוס' בב"ק (דף כ"ז) בד"ה ואיכא נמי דקרי לחביתא כדא כו' ובבכורות (דף כ') בתוס' ד"ה ור' יהושע סבר חוששין לטינוף כו'. דהא דס"ל לרב הולכין בממון אחר הרוב היינו משום דאמר קים לי בנפשאי שאני מן הרוב כו'. ע"ש. א"כ לפ"ז הכא בהך רובא דמזבני קרקע בפרהסיא כיון דלא שייך בזה לומר טענת קים לי בנפשאי שאני מן הרוב. דהא הלוקח אין יכול לומר קים לי דהעדים הוציאו הקול בזה. וע"כ מוכח דעיקר סברת רב במה דס"ל המוכר בעדים גובה ממשעבדי הוא משום דהך סברא דהיה קול בזה הוא עדיף מן

רוב והוי רוב אלים והמיעוט בזה הוא אינו מצוי כ"כ דבכה"ג לכו"ע מהני רוב בממון וכמש"כ התוס' בסנהדרין (דף ג') בד"ה דיני ממונות כו'. ע"כ שפיר פסקו כן לדינא אף לדידן דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב:

אכן לפמש"כ התוס' בבכורות (דף כ') בתי' השני דלא לחלק בזה. ובאמת לרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב אף היכא דלא שייך לומר קים לי בנפשאי כו' ג"כ מהני רובא ע"ש. א"כ תקשה עדיין דאיך סמכו על הא דרב דמוכר בעדים גובה ממשעבדי הא י"ל דדוקא רב לטעמי' אמר כן כנ"ל. וגם הא י"ל בזה ג"כ דיכול הלוקח לומר קים לי דהיה המכירה בפרהסיא והיה קול בזה. ויש לדון בעיקר סברת התוס' הנ"ל בסוגיא דב"ב (דף צ"ג) ואכמ"ל:

והנלפענ"ד בזה ע"פ מש"כ בספר גינת וורדים של הפרמ"ג בסי' ל"ט דלפמש"כ התוס' בב"ק (דף כ"ז ע"ב) דהא דאין הולכין בממון אחר הרוב זהו מטעם דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקת ממון. וכמו דבכל סמוך מיעוטא לחזקה אינו רק מדרבנן א"כ ה"ה בהך מלתא דאמור דאין הולכין בממון אחר הרוב אף לרבנן דר"מ. דלית להו סמוך מיעוטא כו'. דז"א רק מדרבנן. וכעין זה כתב הפרי תבואה סי' כ' ובמק"א הארכתי בכ"ז. וע"פ זה העליתי במק"א לדון דבמידי דרבנן גם לדידן הולכין בממון אחר הרוב בזה. דהא הך כללא דאמרו סמוך מיעוטא לחזקה בכ"ד אינו רק במילי דאורייתא ולא במידי דרבנן כמש"כ במק"א להוכיח כן א"כ לפ"ז יש לומר כן בהך מילתא דאין הולכין בממון אחר הרוב. דזה אינו רק היכא דאי ניזל בתר מיעוטא אז א"צ מה"ת ליתן הממון לחבירו בזה י"ל דתקנו רבנן דאין הולכין בממון אחר הרוב. אבל היכא דאף אי ניזל בתר מיעוטא חייב מה"ת ליתן הממון לחבירו. ורק מדרבנן אינו חייב ליתן הממון לחבירו אי ניזל בתר מיעוטא. בזה י"ל דאף לדידן דאין הולכין בממון אחר הרוב. דבכה"ג מוקמינן אדאורייתא ומוציאין ממון על סמך הרוב ובכ"ז הארכתי במק"א. וכ"ז הוא דלא כמש"כ התוס' בסנהדרין (דף ג' ע"ב) ד"ה דיני ממונות כו' וקצרתי:

ולפ"ז י"ל דאף דנימא דהך מילתא דאמרו במוכר בעדים גובה ממשעבדי משום דמאן דמזבין בפרהסיא מזבין דז"א רק בגדר רובא ורב לטעמי' כנ"ל. עכ"ז שפיר פסקו הרמב"ם והרא"ש והטוש"ע להך דינא דמוכר בעדים גבי ממשעבדי משום דלדינא דפסקו דש"ד וכמבואר בסי' ל"ט. וכמש"כ היש"ש כן בשיטת הרא"ש דס"ל דש"ד והובא בש"ך שם ס"ק ב'. א"כ אף אם נימא דלא היה קלא בעת דמכר השדה להלוקח ג"כ טורף מה"ת משום דהא מה"ת נשתעבדו הנכסים. רק דרבנן תקנו דלא טריף ממשעבדי אם לא היה קול יוצא משום חשש פסידא דלקוחות. וכיון דעיקר החשש בזה לחוש להמיעוט דאין

קול יוצא במוכר בעדים. אין זה רק חשש מדרבנן א"כ הא בכה"ג סמכינן על רובא כמו שכתבתי לעיל. ומה דאמרינן דזה הוי בגדר רובא הא מוכח כן ממה דאמר רב דגובה בזה ממשעבדי. ורב אף דס"ל שעבודא לאו דאורייתא כמבואר סוף ב"ב וקדושין (דף י"ג) עכ"ז הא רב לטעמיה דס"ל הולכין בממון אחר הרוב. ע"כ מוציאין לשיטתו בוודאי על סמך הרוב דאיכא בזה בוודאי:

ועפ"ז יש לדון לפי מה דהעלה הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' בשם פוסקים לומר דשעבודא לאו דאורייתא. דא"כ לשי' הסוברים כן תקשה דאיך הביאו להא דרב דאמר דמוכר בעדים גבי ממשעבדי. הא י"ל דדוקא רב לטעמיה דס"ל הולכין בממון אחר הרוב. ומנלן לדידן דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ממון ממשעבדי. ובפרט דהא מצינו בגמ' דקדושין (דף כ"ח) הנ"ל דאיכא אינשי דמזבני בצינעא א"כ מוכח עכ"פ דאיכא מיעוט בזה. ובאמת יש להוכיח מזה דלדינא קיי"ל ש"ד. וגם יהיה מוכח מזה דבמידי דלא הוי רק חשש בדרבנן. אף אי ניחוש להמיעוט. די"ל דבכה"ג לכו"ע הולכין בממון אחר הרוב בזה. וגם אף אי נימא דהא דאין הולכין בממון אחר הרוב זהו מה"ת כמו דמשמע בכמה דוכתי ובתוס' בסנהדרין (דף ג') הנ"ל ודלא כהגינת וורדים הנ"ל. עכ"ז י"ל בל"ז דבמידי דרבנן לא חששו להמיעוט. וכהנה רבות בש"ס ואכמ"ל:

ולכן לפי מה דנתבאר דהך מלתא דמוכר בעדים גובה ממשעבדי זה תלוי אי ש"ד. אבל למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא אינו גובה בזה ממשעבדי לדידן דאין הולכין בממון אחר הרוב. א"כ א"ש סוגיות הש"ס דב"מ (דף ע"ב) דהקשו על הא דלשבח קרקעות כו' דאי נימא להסברא דלא ניתן לכתוב א"כ למ"ד שעבודא לאו דאורייתא לא יהיה גבי ממשעבדי. ואין לומר דאתו עלה מצד מוכר שדהו בעדים. דהא ז"א למ"ד שעבודא לאו דאורייתא ולהך מ"ד תקשה מהברייתא וכמש"כ האו"ת בזה. והיה דוחק להש"ס לומר דס"ל להך תנא כמאן דס"ל הולכין בממון אחר הרוב. ומה"ט א"ש למש"כ רש"י והרע"ב והר"נ בגיטין ריש פ"ה דמיירי במכרה בשטר לשדה הגזולה וכנ"ל:

כנלע"ד בכ"ז:

ענף ב:

ובעיקר הקושיא שכתבתי לעיל דמנלן להפוסקים להביא להא דרב דאמר המוכר בעדים גבי ממשעבדי כנ"ל. הא י"ל דווקא רב לטעמי' אמר כן. נלע"ד להוכיח דבאמת מוכח מן הסוגיא דב"ב (דף מ"ב) דלכו"ע אמר רב כן. והוא דהש"ס מקשה שם על הא דאמר רב כן והא תנן המלוה לחבירו ע"י עדים גובה מבני חורין וכי תימא רב תנא ופליג והא רב ושמואל דאמרי תרווייהו כו'. והנה בב"ב (דף צ"ג) מקשה הגמ' על רב דס"ל דהולכין

בממון אחר הרוב מהמשנה דשם דהמוכר פירות כו' אינו חייב באחריותן מאי אפילו לאו אפי' זרע פשתן דרובא נזריעה זבני ואפ"ה לא אזלינן בתר רובא ומשני תנאי היא אי אזלינן בתר רובא. ועיין בפי' הרשב"ם שם בד"ה מאי לאו כו'. וכיון דחזינן דהגמ' בב"ב רוצה לומר דהמשנה בב"ב ס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב רק רב חולק וס"ל כהתנא דפליג על המשנה וס"ל דהולכין בממון אחר הרוב. א"כ לפ"ז יש להקשות על קושיות הגמ' הכא בב"ב על רב דאמר המוכר בעדים גובה ממשעבדי מן המשנה דב"ב דהמלוה בעדים גובה מב"ח ואמרו ע"ז וכי תימא רב תנא ופליג. הא י"ל דאינו קשה כלל מן המשנה על רב. וי"ל דהמשנה אזיל לטעמי' דס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ לא גבי ממשעבדי במלוה בעדים רק רב לטעמי' דס"ל הולכין בממון אחר הרוב וכנ"ל. ומדלא אמרו בגמ' כן מוכח מזה דהך מימרא דרב אזיל לכו"ע. וע"כ שפיר כתבו כל הפוסקים לדינא להא דאמר רב הנ"ל וא"ש:

ומ"מ כיון דחזינן בסוגיא דב"מ (דף ע"ב) דהקשו בפשיטות על הא דלשבח קרקעות כו' והא לא ניתן לכתב. וקשה הא אף דנתבטל השטר מ"מ העדאת עדים הוי וכמש"כ לעיל לדחות לתי' הנתיבות. ועוד דאף לפמש"כ הנתיבות לומר דכיון דהשטר לא ניתן לכתב ע"כ גרע מן העדאת עדים וכמש"כ בסי' קט"ז כנ"ל. עכ"ז תקשה דמאי מקשה הגמ' הכא בפשיטות. והא י"ל דמיירי דלא היה המכירה בשטר רק דהיה המכירה בעדים דגבי ממשעבדי רק לשבח אינו גובה לפי שאינן כתובין. וכמש"כ התוס' בגיטין (דף נ') ופי' רש"י שם דלפי שאינן בעולם אין קול יוצא לזה. וע"כ מוכח דהיה פסיקא להו להש"ס דמוכר שדה גזולה בעדים לא גבי ממשעבדי הן מחמת הטעם של האו"ת. והן עפ"י הטעם שכתבתי. דכיון דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"כ לא גבי ממשעבדי במוכר בעדים. והיה דוחק להש"ס לאוקמי לזה בפלוגתת תנאי אם הולכין בממון אחר הרוב. משום דהיה פסיקא להו דכו"ע סברי להך דשבח קרקעות כיצד כו'. או דבאמת מוכח מזה דבמוכר שדה גזולה לא הוי בזה קלא כ"כ. ולא שייך בזה לומר מאן דמזבין בפרהסיא זבין. אך זהו נסתר מהא דב"ב (דף מ"א) שם דאמרו למימרא דסבר רב בשטר אית לי' קלא עדים לית לי' קלא והא אמר רב המוכר שדה בעדים כו' דמוכח מזה דלא מחלקינן כלל בזה:

וע"כ העיקר כמש"כ דזה תלוי בפלוגתת אמוראי אי ש"ד או לא. ומה שכתבתי לעיל להוכיח דלכו"ע אמר רב כן מדמקשו על רב מהא דתנן דמלוה בעדים גובה מב"ח. ולא משני דהמשנה אזיל לטעמי' דס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב כנ"ל. באמת אין זה הכרח דהא בלא"ה דחי לי' הגמ' שפיר. ולא אמרו שם אלא בלשון וכי תימא רב תנא

ופליג כו' ונקטו בקצרה. וכן נתבאר דמן רש"י דגיטין ריש פ"ה והרע"ב והר"נ שם כתבו כולם דהיה המכירה בשטר. ועיין בב"מ (דף י"ד ע"ב) ברש"י ד"ה מאי לאו בלוקח שדה מגזלן כו'. דמוכח מכל זה דהך מלתא דאמר רב המוכר בעדים סתמא לאו כו"ע מודו בזה. וי"ל דבמוכר שדה גזולה תלוי בפלוגתת הפוסקים אי ש"ד או לא. והא דסתמו הטושו"ע והרמב"ם י"ל דזהו משום דס"ל ש"ד. אבל לפמש"כ הש"ך בסי' ל"ט דהוי ספיקא דדינא אי ש"ד או לא. ע"כ י"ל דבמוכר שדה גזולה בעדים אין מוציאין ממשעבדי. וגם י"ל כמש"כ לעיל דאפשר דבמוכר שדה גזולה לא שייך בזה לומר מאן דמזבין בפרהסיא זבין. והא דהקשה הש"ס שם מהא דמחאה עלה כנ"ל. י"ל בזה דבאמת לפי מסקנת הגמ' שם דמתרץ דשאני מוכר דבפרהסיא זבין. דלפ"ז באמת יש לחלק כן בין הא דשלשה לקוחות מצטרפין ובין הא דמוכר בעדים. והא דמדמה הש"ס שם מעיקרא להך דשלשה לקוחות מצטרפין דבעדים לא להא דאמר רב המוכר בעדים כו'. י"ל דזהו משום דאכתי לא אסיקו אדעתייהו להך סברא דמאן דמזבין בפרהסיא זבין. אבל להמסקנא דמסקי הטעם דמאן דמזבין בפרהסיא זבין. שפיר י"ל דבמוכר שדה גזולה דלא היה המכירה בפרהסיא ע"כ אינו גובה ממשעבדי. אך יותר נראה דהעיקר כמש"כ לעיל דזה תלוי בפלוגתא אי ש"ד או לא וכמש"כ לעיל בארוכה:

ועפ"ז יש מקום ליישב למה שאמרתי כבר בהא דסי' ק"נ סעי' ב' דמבואר שם נתנה הממשכן לבנו במתנה וחזר ועשה שטר מכירה כו' אינו אלא כמלוה ע"פ. וזהו עובדא דפרדיסא דב"מ (דף ע"ב) הנ"ל. וכתב הסמ"ע בס"ק ג' דדוקא במכירה באונס אמרו כן אבל אם מכר לו ברצון אף שהמכירה בטילה מחמת שבא עליו המוכר בערמה שמכרה או נתנה תחלה לאחר דיש לו דין מלוה בשטר כו'. וע"ל סי' רמ"ב בדין מתנה טמירתא. והט"ז שם השיג עליו והעלה דאף כה"ג לא מקרי שטר כלל עכ"ל הט"ז. ולענ"ד נראה דמוכח כמש"כ הסמ"ע מהא דכתובות (דף צ"ד ע"ב) דהנהו תרי שטרי דאתו לקמי' דרב יוסף חד הוה כתיב בחמשא בניסן וחד הוה כתיב בניסן סתמא כו' א"ל וניכתוב לי' טירפא מאייר ואילך. ופי' רש"י שם בד"ה הנהו תרי שטרי דהיו של מכר שיצאו על שדה אחת. והרמב"ם והשו"ע בסי' מ"ג סעי' כ"ג פי' דמיירי בשני שטרי הלואה. ועיין בבאר הגולה שם ס"ק ה' שכתב בשם רש"י דמיירי בשטרי הלוואה. ובאמת אינו כן דהא רש"י פי' דמיירי בשטרי מכר כנ"ל. וכ"כ הר"נ שם בשם רש"י דפי' דמיירי בשטרי מכר והרמב"ם פי' דמיירי בשטרי הלואה. וכ"כ הריטב"א והשמ"ק שם בשם רש"י והרמב"ם כנ"ל: לכן לפי המבואר ברש"י דמיירי בשטרי מכר ואמרו שם דהשטר מכר השני גובה ממשעבדי. א"כ מוכח מזה כמש"כ הסמ"ע דהיכא דלא נעשה השטר מכר ע"י אונס של

הלוקח דגובה ממשעבדי. ודלא כשי' הט"ז דאלו לשיטת הט"ז דכתב דגם כה"ג מקרי לא ניתן ליכתב ולא הוי לי' דין מלוה בשטר. א"כ קשה דאיך אמרו הכא דשטר מכר השני גובה ממשעבדי והא לא ניתן לכתוב א"כ מוכח מזה כשי' הסמ"ע. כ"ז אמרתי מכבר. אכן באמת אין סברא לומר דהיה זה בהעלם דבר מן רבינו בעל הט"ז:

ענף ג:

אכן לפי מה דנתבאר דהך דינא דמוכר שדה גזולה בעדים אי גובה ממשעבדי זה תלוי בפלוגתת אמוראי אי ש"ד או לא כנ"ל בשם האו"ת. או כפי מה שכתבתי באופן אחר לבאר כל זה. א"כ אתי שפיר דלא תקשה מזה על הט"ז. והוא די"ל דבאמת למאן דס"ל ש"ד דאף דנימא דזהו הוי לא ניתן ליכתב ונתבטל השטר. עכ"ז י"ל דהא לא גרע זה מן העדאת עדים דגבי ממשעבדי וכמש"כ לבאר זה לעיל. ע"כ י"ל דהא דכתובות בהנך שני שטרי מכר דאתו לקמי' דרב יוסף. דזה אתי למאן דס"ל ש"ד א"כ לדידי' גבי ממשעבדי אף היכא דהשטר לא ניתן לכתוב. וכש"כ לפי מה דאמרו בערכין (דף ז') בזה"ל ואיכא דמתני לה אהא היוצא ליהרג הוא שחבל באחרים חייב כו' אמר רב יוסף במלוה בע"פ גובה מיורשים קמיפלגי ת"ק סבר מלוה בע"פ גובה מיורשים ורשב"א סבר אינו גובה מיורשים. רבה א' דכו"ע מלוה בע"פ אינו גובה והכא במלוה הכתובה בתורה פליגי כו'. א"כ להך לישנא דא' רב יוסף דת"ק ס"ל מלוה בע"פ גובה מיורשים ואינו מחלק בין מלוה הכתובה בתורה מסתמא ס"ל לרב יוסף דש"ד. דמסתמא ס"ל דהלכה כרבנן נגד רשב"א כידוע. ועיין בתוס' שם ד"ה מיתיבי כו'. אך התוס' שם קאי ללישנא קמא דשם. ע"כ י"ל דלכן ס"ל לרב יוסף בכתובות דאף דנתבטל השטר מ"מ גבי ממשעבדי כמו מוכר בעדים כיון דש"ד:

אכן הט"ז מיירי בשי' הסוברים דשעבודא לאו דאורייתא ואז אינו גובה ממשעבדי במוכר שדה גזולה בעדים כנ"ל. וגם י"ל דאף למאן דס"ל ש"ד מ"מ הא הוי נפ"מ רבתא אי לא נתבטל ממנו תורת שטר או דאין בו תורת שטר. דהא במוכר בעדים דגבי ממשעבדי אינו גובה רק היכא דאיכא עדים שלא פרעו וכמש"כ הרמב"ן בחי' לב"ב (דף מ"א) אבל אם היה בו תורת שטר גובה אף בלא עדים שלא פרעו. וע"כ שפיר כתב הט"ז דנתבטל תורת שטר דאף דנימא דגבי ממשעבדי מחמת הקול דעדים מ"מ הא יש לחוש דלמא פרעי'. וכמש"כ הרמב"ן בחידושי' לב"ב (דף ע"ז) על הא דחוזר בשטר דהקשו דהא בלא"ה יגבה ממשעבדי ותי' דנפ"מ דיהיה יכול לטעון פרעתי וכנ"ל. אבל לעולם י"ל דאי איכא עדים דלא פרעי' אז אף דנימא דנתבטל השטר מ"מ גבי ממשעבדי כנ"ל. וא"ש דברי הט"ז:

ובעיקר קושייתי על הט"ז מהא דכתובות. נלע"ד לומר דאינו קשה כלל והוא דהנה האו"ת בסי' ק"נ ס"ק א' הקשה על הט"ז הנ"ל דהא זה דומה למכר שאינו שלו דאם חזר וקנאו מבעלים דזוכה הלוקח ומטעם זה הוי כמלוה בשטר כמבואר בב"מ (דף ע"ב). והנתיבות שם תירץ דלא דמי דשם הטעם דניחא לי' דליקום בהימנותי' כו' משא"כ בזה דאדרבא אין זה מדעתו שכוונתו הי' לעשות ערמה לבטל המכירה ובזה שייך הלשון דקאמר בש"ס שם לאברוחי מיני' קא מכוין דהא עשה זה בערמה ותחבולה עכ"ל הנתיבות. ולפ"ז י"ל דבהא שכתב הט"ז שם דלא הוי כשטר מיירי באמת היכא דחזינן דהשתדל המוכר לבטל להמכירה בעת המכירה. וכעין הא דב"ב (דף מ' ע"ב) גבי מתנתא טמירתא והובא בח"מ סי' רמ"ב סעי' ט' וסעי' יו"ד. או באופן אחר דראו דהשתדל המוכר בעת המכירה להבריח המכירה מן הלוקח. ע"כ שפיר שייך בזה סברת הנתיבות הנ"ל דכיון דעשה זה בערמה ובתחבולה ע"כ שייך בזה סברת הגמ' דלאברוחי מיני' קא מכוין ע"כ לא שייך בזה לומר ניחא דליקו בהימנותי'. אבל בהא דכתובות בתרי שטרי מכירה דלא נתברר לנו דבעת מכירה להשני השתדל אז לחפש אחר איזה טצדקי כדי לבטל המכירה של השני. בוודאי לא מבטלינן להאומדנא דאמרו בגמ' במוכר שאינו שלו דמשום דניחא לי' דליקו בהימנותי' אמרינן דנתרצה לקנות עבורו וע"כ מקרי זה ניתן ליכתב כנ"ל. ואמרינן דבעת דמכר להשני היה דעתו אז לקיים המכירה ולהשתדל לקנותו מהראשון משום סברא דניחא דליקו בהימנותי'. וע"כ מקרי זה ניתן ליכתב והוי בי' תורת שטר ושפיר כתב הט"ז. ולכן אין לדחות לדברי הט"ז הנ"ל כי נתבאר דמן הגמ' דכתובות אין ראי' לסתור לדברי הט"ז והוי ספיקא דדינא אם הלכה כהסמ"ע או כהט"ז: והנה מן מה שהקשו התוס' בב"ב (דף ע"ז) על מה דאמרו שם חוזר בשטר דמהו נפ"מ מן חזרת השטר הא בלא"ה מוכר בעדים גבי ממשעבדי. וכן הקשו התוס' בקדושין (דף כ"ז) בד"ה חוזר בשטר כו'. וכמו שהקשה הרמב"ן בחי' לב"ב שם והרשב"א לקדושין שם. מוכח מהם דס"ל דאף מוכר שדה גזולה בעדים גבי ממשעבדי אף למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא. דאלו לפמש"כ האו"ת כנ"ל דלמ"ד שעבודא לאו דאורייתא לא תקנו דיגבה ממשעבדי במידי דלא שכיח דימכור שדה גזולה. א"כ אין מקום לקושייתם דהא רב קאמר זה שם דחוזר בשטר. וכיון דרב ס"ל שעבודא לאו דאורייתא אינו גובה המוכר שדהו בעדים מן משעבדי רק בבא בע"ח וטרף מן הלוקח ולא בבא נגזל וטריף לי'. א"כ הא הוי תועלת גדול מן כתיבת השטר אם יתברר אח"ז שמכר שדה שאינו שלו. דאלו בעדים הא לא גבי בכה"ג ממשעבדי. אבל בשטר יגבה ממשעבדי. א"כ מוכח מקושייתם דס"ל דאף במוכר שדה גזולה ס"ל לרב דגבי ממשעבדי ולכן שפיר הקשו. א"כ מוכח

מזה דלא כהאו"ת. ולדבריהם י"ל דעיקר קושיות הגמ' בב"מ (דף ע"ב) על הא דלשבח קרקעות כיצד כו' והא לא ניתן ליכתב כו'. לשי' התוס' הוי משום דהא כיון דנאמן לומר פרעתי ע"כ ממילא לא גבי ממשעבדי. וכמש"כ האו"ת בסי' קט"ז ס"ק ד' הנ"ל דלשי' התוס' דב"מ (דף ע"ב) דשם עיקר קושיות הגמ' הוא דהא יכול לטעון פרעתי ע"ש. אבל באמת זהו דוחק וכמש"כ לעיל דהא חזינן דרב ס"ל המוכר בעדים גבי ממשעבדי. ומיירי באמת היכא דליכא חשש פרעון וכמש"כ הרמב"ן בחי' שם כנ"ל. א"כ כ"כ יש לפרש להך דשבח קרקעות כו':

ולכאורה י"ל דעיקר קושיות התוס' והראשונים על הא דחוזר בשטר כנ"ל. דזה קאי על מה דאמרו שם בב"ב (דף ע"ז) ובקדושין (דף כ"ז) דרב חייא בר אבין אמר רב הונא שלשה שטרות הן כו'. ולפמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק מ"ט בד"ה שוב נראה בעיני להכריע כהרשב"א כו' דדוחק לומר דרב הונא ס"ל שעבודא לאו דאורייתא. ולכן כיון דרב הונא אמר ג"כ להך שלשה שטרות הנ"ל ובתוכן הוא הך דחוזר בשטר. ולכן שפיר הקשו עלה דמהו נפ"מ מן החזרה הא בלא"ה יגבה ממשעבדי למאן דס"ל ש"ד אף במוכר שדה גזולה וכיון דרב הונא ס"ל ש"ד א"כ יגבה ממשעבדי בל"ז. כן י"ל לכאורה בכוונתם ואין ראיה מדבריהם לסתור לדברי האו"ת הנ"ל. אך עיקר דברי הש"ך הנ"ל אין לו הבנה במש"כ דדוחק לומר דרב הונא ס"ל שעבודא לאו דאורייתא. דהא כיון דרב ס"ל שעבודא לאו דאורייתא א"כ מסתמא ס"ל כן לרב הונא כדמצינו בשבת (דף קכ"ח) דאמרו לכללא דרב הונא ס"ל כרב רבי'. וע"כ מסתמא ס"ל לרב הונא ג"כ שעבודא לאו דאורייתא. ולכן שפיר מוכח מהתוס' והראשונים הנ"ל דס"ל דאף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא גבי ממשעבדי במוכר שדה גזולה בעדים ודלא כהאו"ת. ואפשר דכיון דלדינא לפמש"כ התוס' בתירוצם וכן הרמב"ן והרשב"א בתירוצם א"כ אף למאן דס"ל ש"ד יהיה חוזר בשטר. ע"כ כתבו כן לתרץ כדי דיהיה א"ש כן אף לפי מה דקיי"ל לדינא. וכ"ז הוא לשי' האו"ת. אבל לפמש"כ דבאמת לרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב הדין הוא דאף מוכר שדהו בעדים ונמצאת גזולה דג"כ גבי ממשעבדי. א"כ שפיר הקשו כולם על מה דאמר רב חוזר בשטר הא בלא"ה גובה ממשעבדי לשיטת רב דס"ל הולכין בממון אחר רוב. אבל לעולם י"ל דלדידן דאין הולכין בממון אחר הרוב שפיר יש לחלק דאי שעבודא לאו דאורייתא לא יגבה מוכר שדה גזולה בעדים ממשעבדי. ואין מזה שום סתירה כלל לכל מה שכתבתי:

היוצא לנו מכל זה דבמוכר שדה גזולה בעדים דיש לדון לפמש"כ הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' דהוי ספיקא דדינא אי ש"ד או לא דאין מוציאין בזה ממשעבדי הן מחמת הטעם שכתב האו"ת והן עפ"י הסברא שכתבתי בארוכה. והתומים בסי' קט"ז דכתב דקיי"ל

דש"ד אזיל לטעמיה דפסק בסי' ל"ט דש"ד. אבל לשיטת הש"ך הנ"ל שפיר יש לומר כנ"ל. וגם נתבאר דבהך פלוגתת הסמ"ע והט"ז בסי' ק"נ סעי' ב' אין להכריע כהסמ"ע בזה אלא דהוי ספיקא דדינא. וכן נתבאר דאף היכא דגבי ממשעבדי במכירה בעדים דאינו גובה רק בידוע בעדים דלא נפרע מן המוכר. ואף לשיטת המבי"ט הנ"ל אינו גובה ע"י הודאת המוכר. וכמש"כ הש"ך בסי' קט"ז ס"ק ה': וע"פ דברי הש"ך בסי' ל"ט ס"ק מ"ט שהובא לעיל שכתב דרב הונא ס"ל ש"ד הנה בימי ילדותי תירצתי עפ"ז לקושיות המהרש"א גיטין (דף ב') בתוס' ד"ה ואם יש עליו עוררים כו' שכתבו להוכיח דטענינן מזוייף מהך דב"ב (דף קע"ד) דאמר רב הונא שכ"מ שהקדיש כו' דרב הונא מיירי בשטר מקויים כו' ואין לומר דטענינן פרוע דהא רב אית לי' מודה בשטר א"צ לקיימו. והקשה המהרש"א דהא לרב בלא"ה מוכח דטענינן דאל"כ לא שבקת חיי כו' עכ"ל. אכן לפי דברי הש"ך דרב הונא ס"ל ש"ד מתורץ קושיות המהרש"א. והוא דיש לדון דאף דלשי' רב בל"ז מוכח דטענינן מזוייף משום דלא שבקת חיי עכ"ז יש עדיין לדון דדוקא רב לשיטתו דס"ל של"ד א"כ עיקר גבייתו מיתומים ולקוחות אינו רק מדרבנן. ע"כ טענינן מזוייף משום דמוקמינן על דאורייתא בכה"ג. ועדיין יש לדון למ"ד ש"ד דמנלן דטענינן מזוייף בכה"ג. וע"ז רצו להוכיח מן ב"ב דאמרו שם אליבא דרב הונא דדוקא בשטר מקויים גבי ממשעבדי אבל באינו מקויים אינו גובה וטענינן מזוייף אף דס"ל לרב הונא ש"ד. א"כ מוכח מזה דאף אי ש"ד מ"מ טענינן מזוייף. והארכתי בזה הרבה בדרך פלפול דלר"ה לא שייך הך דלא שבקת כו'. אך כיון דעיקר דברי הש"ך אינו מוכרע וגם יש לדון בכ"ז עוד ע"כ קצרתי בזה באמצע תירוצי במה שאמרתי כבר ולא באתי אלא להעיר לב המעיין בזה בקצרה:

סימן קז

הלכות גביית חוב א (סעיף א'):

אין כופין היורשין לפרוע חוב אביהם אם לא הניח אלא מטלטלין. והאו"ת בסי' ל"ט ס"ק ב' הביא בשם הרמב"ן לב"ב והרשב"א בחי' לקדושין בסופו דמה"ת אף מטלטלי משתעבדי רק מדרבנן לא משתעבדי. אבל לא כן משמע דעת רוב פוסקים. וצ"ל הואיל ולא סמכה דעת מלוה אמטלטלין דהא יכול להבריחן ולהשמיטן א"כ אנן סהדי דהוי כאלו מחל שעבודן בעת ההלואה ולכן אף מה"ת מטלטלין לא משתעבדי משום דמחל לשעבודן כו' עכ"ל האו"ת:

ענף ד:

והקצה"ח מסא בסי' ל"ט ס"ק א' הביא בשם הרשב"א לב"ק פ' הכונס ובחי' סוף קדושין כנ"ל דמה"ת מטלטלי משתעבדי כו' אלא משום דלא הוי אסמכתא אמטלטלי כו'. וכ"כ הקצה"ח בסי' צ"ה ס"ק ג' דהא דמטלטלי לא משתעבדי אינו רק מדרבנן ע"פ הסברא הנ"ל. אך באמת צריך ביאור דברי הרשב"א במש"כ דז"א רק מדרבנן דהא כיון דלא משתעבדי הוי משום דלא סמכה דעתו אמטלטלי והוי כמחל השעבוד א"כ ממילא אינם משועבדים מה"ת וכמו שכתב האו"ת כנ"ל:

והנלפענ"ד בכוונת הרשב"א הנ"ל די"ל דהא דאמרו דהמלוה אין סומך דעתו עליהן אינו אלא בגדר סילוק. משום דהא מחילה בפי' לא הוי ולכן לא הוי אלא כמו כותב לו דין ודברים אין לי בנכסיך וכמו הא דכתובות (דף צ"ה). והוי כמו דסילק א"ע ממטלטלי ומבואר בתוס' כתובות שם ד"ה וכי כתבה כו' דבמה דטריף מלקוחות לא מהני סילוק וזה הוי כמו כותב בעודה נשואה דו"ד אין לי בנכסיך דאין בדבריו כלום. אך במה דאינו טורף מלקוחות מהני הסילוק ע"ש. ולכן מה"ת דטורף אף ממטלטלי הנמכרים. לכן אף דלא סמך דעתו עליהן עכ"ז משתעבדי מה"ת דלא יהא עדיף מן סילוק בפי' דלא מהני מה"ת. אכן עכשיו דתקנו חז"ל דאינו טורף מטלטלי מלקוחות משום דלאו בני קלא הוי לכן מהני אף סילוק גביהם. וכיון דאינו סומך דעתו עליהם הוי כמו סילוק גמור דזה מהני במטלטלי האידנא. ולפ"ז פקע שעבודם אף מה"ת לפי תקנת חז"ל דאינו טורפם מלקוחות. ועפ"ז יש לתרץ הרבה קושיות בעז"ה. ולדון בדברי הקצה"ח הנ"ל ואכמ"ל:

ועיין בב"מ (דף קט"ו) במה דאמרו שם מאחר שמחזירין למה ממשכנין שלא יעשה מטלטלי אצל בניו משמע קצת שם דאף מה"ת מטלטלי לא משתעבדי. אך זה אינו הוכחה כלל. ובראש כתובות פ"ט סי' ב' מה שהביא בשם ירושלמי דאמרו הגע עצמך שפטרום משבועה זו תורה וזו אינו תורה. משמע מזה דהא דמטלטלי לא משתעבדי הוי מה"ת וכ"כ הרשב"א בחי' לקידושין שם לפרש כן לדברי הירושלמי הזה ולפי מש"כ א"ש דברי הרשב"א שם וקצרתי ע"ש היטב. וע"כ אמרו שפיר דלגבות ממטלטלי אינו מה"ת והטעם הוא כמש"כ האו"ת דכיון דלא סמכה דעתו הוי כמחל השעבוד. ועיין בקצה"ח סי' ק"ב ס"ק א' מה שהביא בשם הרמב"ן והפני יהושע על לשון אמרה תורה דאשכחן טובא בש"ס וקצרתי. ולפמש"כ הרשב"ם סוף ב"ב דמן יוציא העבוט נפקא למ"ד דס"ל שעבודא דאורייתא א"כ מוכח דס"ל דאף מטלטלי משתעבדי מה"ת. ועיין בתוס' שם. וכ"כ הפני יהושע בחי' על ח"מ סי' ל"ט דמה"ת מטלטלי משתעבדי והביא שם כן בשם התוס' בכורות (דף נ"ב) שכתבו כן בשם הר"ת. ויש לדון בדבריו הרבה. וכ"כ הפ"י בכתובות (דף צ'). ועיין במקנה לקידושין (דף י"ג) ד"ה ריו"ח ור"ל דאמרי כו':

ולפי מה שנתבאר דמה"ת מטלטלי ג"כ משועבדים רק משום דלא סמכה דעתו הוי כמחל השעבוד וכמש"כ האו"ת. יש לדון עפ"ז בחוב המגיע להקדש יהיו משועבדין אף מטלטלי למאן דס"ל שעבודא דאורייתא. משום דהא מה"ת אף מטלטלי משועבדים אלא מצד דמחל לו אתינן עלה א"כ בהקדש הא הקדש גופי' לא מחל. ומחילת הגיזבר לא מהני דהא אין לו כח וזכות לגרוע זכות הקדש. ואף לאותן דס"ל דיש יד להקדש כמבואר בח"מ סי' ר' באחרונים שם. ודלא כהתוס' ב"ב (דף ע"ט). אין זה אלא לזכות ההקדש ולא לגריעותא. והגיזבר אינו אלא כאפוטרופס דאינו יכול למחול ולגרוע זכות הבעלים משום דיכול לומר לתקוני שדרתיך כו' וכמו באונאת פחות משתות דחוזר במכר האפוטרופס כמבואר בח"מ סי' רכ"ז סעיף ל' וברמב"ם ה' מכירה פ"ג הנ"ל:

וראיה לזה מהא דב"מ (דף נ"ז ע"א) דס"ל לרב חסדא דפחות מכדי אונאה חוזר בהקדש. ומבואר בשמ"ק שם הטעם משום דהא דפחות מכדי אונאה אינו חוזר זהו מן דין מחילה. א"כ בהקדש דהקדש גופי' לא מחל לי' והגיזבר אינו יכול למחול משום לתקוני שדרתיך כו' ע"כ אינו בדין מחילה ע"ש בשמ"ק. ואף דהרבה אמוראים שם לא ס"ל כר"ח. היינו משום דס"ל דלעמתך אתי להורות דאין מחזיר אונאה להקדש כלל אף בבטול מקח מצד גזה"כ דאין שייך אונאה בהקדש כלל. אבל על סברת ר"ח במה דס"ל דמחילה לא שייך בהקדש כלל לא פליגי. והא דבעינן לר"ח פסוק דלעמתך י"ל משום דהוי אמינא דפחות משתות דאינו חוזר משום דלא מקרי אונאה כלל א"כ ה"ה בהקדש אינו חוזר פחות משתות. לכן אשמועינן קרא דפחות משתות דאינו חוזר הוי מן דין מחילה. וע"כ בהקדש דלא שייך מחילה חוזר אף פחות משתות וכמש"כ הרא"ש לב"מ פ"ד סי' כ' והובא בח"מ סי' רכ"ז סעיף ו' כן י"ל בטעם וסברת ר"ח. ועיין בתמורה (דף כ"ז) מכל זה: וכן מוכח ממה שכתב הרמב"ם פ"ז ה' ערכין ה' יו"ד דאף דמה"ת ליתא לדין אונאה בהקדש כלל מ"מ מדרבנן שייך אונאה וחוזר ואף פחות משתות חוזר בהקדש וכמש"כ הלח"מ שם. וע"כ זהו מטעמא דבהקדש לא שייך מחילה. וע"כ לאחר דתקנו חז"ל דיהיה שייך אונאה מדרבנן בהקדש. אף פחות משתות חוזר בהקדש. דאל"כ קשה הא מחל לו הפחות משתות. אלמא דפחות משתות אף דדרך העולם למחול מ"מ אינו יכול הגזבר למחול. א"כ ה"ה בהא דמטלטלי לא משתעבדי דאף דדרך העולם למחול מ"מ אינו יכול הגזבר למחול משום לתקוני שדרתיך כו':

ענף ה:

וכן נלע"ד להוכיח מן הרמב"ם ה' ערכין פ"ג ה' י"א שכתב האומר ערכי עלי וחזר ואמר ערכי והיו בידו י' סלעים ונתן ט' לשנייי וסלע לראשונה יצא ידי שתיהן שהערכין לאו

כתובות הן ואע"פ שכל מה שבידו משועבד לראשונה הקדש מאוחר שגבה גבה עכ"ל. והקשה הלח"מ שם תימא דהא סלעים מטלטלין הם והא קיי"ל אף בשארי חובות בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה אף במטלטלי כו' עכ"ל. אבל לפמש"כ אתי שפיר דברי הרמב"ם במש"כ דאע"פ שכל מה שבידו משועבד לראשונה כו' משום דבאמת אף מטלטלי משתעבדי להקדש אלא התם שאני הואיל והכל להקדש. וכמש"כ התוס' בכתובות (דף צ' ע"א) ד"ה ש"מ בע"ח מאוחר כו' בשם הר"ת בתי' קמא דשאני הקדש דמה שגבה גבה הואיל והכל להקדש. אך בתי' הב' שם מחלקי דהתם במטלטלי ע"כ מה שגבה גבה. אלמא דס"ל בתי' הב' דאף בהקדש יש לחלק בין מטלטלי למקרקעי דאין מטלטלין משועבדים. אבל התוס' בתי' קמא ס"ל כמו שכתבתי לבאר בשי' הרמב"ם דבהקדש אין לחלק בין מטלטלי למקרקעי וזהו מוכרח בדברי הרמב"ם כנ"ל. וי"ל דזהו תלוי אי ש"ד:

אבל יש להקשות על הכלל שכתבתי דבהקדש אף מטלטלי משתעבדי מהא דמבואר בירושלמי חגיגה פ"א סוף ה"א עלה דאשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו יורשין עולתה כו'. שמואל א' במפורשת ר' יוחנן אמר אפי' אינה מפורשת. מה אנן קיימין אם בירשו קרקע בהדא אמר שמואל במפורשת אם בירשו מטלטלין בהדא א' ר' יוחנן אפי' אינה מפורשת מה נפק מן ביניהן ירשו קרקע על דעתי' דשמואל לתבוע אין תובעין ולמשכן אין ממשכנין על דעתי' דריו"ח אף למשכן ממשכנין. ירשו מטלטלי ע"ד דריו"ח לתבוע תובעין ולמשכן אין ממשכנין. ע"ד דשמואל אף לתבוע אין תובעין עכ"ל הירושלמי. ובקרבן העדה שם גרס דבירשו קרקע לשמואל לתבוע תובעין. וכוונת הירושלמי הוא דלתבוע תובעין היינו מצד מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהן דאף במטלטלי דליכא שעבוד נכסי מ"מ מצוה על יורשין לפרוע חוב אביהן. וס"ל לירושלמי דנחתינן חד דרגא בזה. דלמאן דס"ל שעבודא דאורייתא למשכן ממשכנין. ע"כ אף למ"ד דס"ל שעבודא לאו דאורייתא מ"מ לתבוע תובעין מצד מצוה לפרוע בקרקע וכפינן בדברים. וכעין מש"כ התוס' בכתובות (דף מ"ט) ד"ה אכפיי' רבא. אבל בירשו מטלטלי כיון דאף למ"ד ש"ד אין כופין. ע"כ למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אין תובעין גם בדברים וליכא מצוה עליהם: ולפ"ז יש לדון לכאורה במה דקיי"ל מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהן אף להסוברין שעבודא לאו דאורייתא. וכמבואר בכתובות (דף צ"א) דאביי א' שם להך דמצוה על היורשין לפרוע חוב אביהן. אף דאביי ס"ל בגיטין (דף נ') שעבודא לאו דאורייתא לתי' קמא בתוס' שם. [והא דס"ל לאביי בפסחים למפרע גובה י"ל דטעמו משום דלכל הפחות הוי שעבוד מדרבנן ולא כמש"כ הפ"י וקצרתי]. וע"כ אף דהרבה פוסקים ס"ל שעבודא

לאו דאורייתא. עכ"ז בזה כ"ע ס"ל דמצוה על היורשין לפרוע חוב אביהן ממטלטלי שהניח להן אביהם. א"כ מוכח דש"ס דילן לא ס"ל כירושלמי בזה דהא אמרו בירושלמי דלמאן דס"ל דשעבוד לאו דאורייתא אז אין תובעין ממטלטלי כלל משום דליכא מצוה בזה. אבל ש"ס דילן לא ס"ל כן. ואפשר לחלק לפמש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' בשם הטור ח"מ סי' ק"ח דלאו בכל מקום אמרו להך מצוה על היורשין ע"ש. ע"כ י"ל דשאני הך ירושלמי דמיירי בחוב שהתחייב שלא בתורת הלואה וכתובה ואכמ"ל. ולפמש"כ יש לדון בפי' הפני משה דשם:

נחזור לענינינו דמוכח מירושלמי הנ"ל דגם במטלטלי בחוב שחייב להקדש דאין גובין להקדש מהם ופלוגתת ר' יוחנן ושמואל הנ"ל מיירי בירשו קרקע. וכן אמרו בקדושין (דף י"ג) פלוגתת ר' יו"ח ושמואל בזה. א"כ מוכח מזה דלא כמש"כ לחדש הך כלל מחודש דבחוב המגיע להקדש אין לחלק בין מטלטלי למקרקעי. אלא כמש"כ התוס' בכתובות (דף צ') בתי' הב' לחלק אף בחוב הקדש בין מטלטלי למקרקעי:

ואפשר לומר בזה ע"פ מה דמצינו בכתובות (דף ק' ע"א) בשליח שנתאנה בפחות משתות דחד מ"ד ס"ל שליח כדיינין ואין חוזר פחות משתות וחד מ"ד ס"ל דין השליח כדין אלמנה וחוזר פחות משתות משום לתקוני שדרתיך כו' ואף דדרך העולם למחול פחות משתות מ"מ שייך לתקוני שדרתיך כו' ושי' רש"י שם דמיירי בשליח סתם. ועיין בתוס' שם ד"ה רבא אמר כו'. ואנן קיי"ל דחוזר אף פחות משתות בשליח דאף דדרך העולם למחול מ"מ שייך בי' לתקוני שדרתיך ולפ"ז שפיר כתבתי בשי' הרמב"ם דס"ל בחוב הקדש דגובה אף ממטלטלי מצד שעבוד. דאף דדרך העולם למחול שעבוד מטלטלי מ"מ אינו יכול הגזבר למחול דלא עדיף מן שליח ושייך בי' לתקוני כו'. אבל הירושלמי חגיגה הנ"ל ס"ל כמ"ד דפחות משתות הוי מחילה כיון דדרך העולם למחול לא שייך בי' לתקוני שדרתיך וע"כ להך מ"ד אף בהקדש כיון דדרך העולם למחול לשעבוד מטלטלי יכול הגזבר למחול זכותו שעבוד מטלטלי. אך אנן דקיי"ל דאף אפוטרופס אם נתאנה פחות משתות חוזר כמבואר בסי' רכ"ז סעיף ל' וע"כ שפיר י"ל דמה"ט אף בשעבוד מטלטלי לא מהני מחילת הגיזבר. ועיין בח"מ סי' רכ"ז סעיף ו' במש"כ המחבר והרא"ש שם דיש להסתפק כו':

וידעתי דיש לחלק בכ"ז לפמש"כ התוס' בקדושין (דף מ"א ע"ב) ד"ה פיחת יו"ד כו'. א"כ ה"ה בזה דשאני אונאה דהא הרוב אינן מתאנין פחות משתות. וע"כ הוי שינוי בשליחות כשנתאנה פחות משתות. משא"כ במחילת זכות שעבוד מטלטלי דלכו"ע לאו בני שעבוד נינהו אפשר לומר דכה"ג מהני מחילת שליח ג"כ לכו"ע. ולא שייך בזה כלל לתקוני

שדרתיך כו' ולית בי' פלוגתא כלל. אבל באמת אין זה חילוק נכון. ובפרט דהא מוכח בשיטת הרמב"ם והתוס' כתובות בתי' קמא כנ"ל דס"ל דבהקדש אין לחלק בין שעבוד מטלטלין למקרקעי ע"כ שפיר כתבתי להסביר שיטתם כנ"ל וקצרתי: ענף ו:

ויותר נלפענ"ד לומר דזה תלוי במה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ח ענף ג' בשם הירושלמי ריש תרומות ומעשרות פ"ה הפלוגתא אי גזבר חשוב כאחר או דנחשב כבעלים. ולכן העלתי שם דאי גזבר כאחר אינו מועיל משיכת הגזבר והוי כאחר לגמרי משום דמשיכה בעינן ע"י הבעלים או ע"י שלוחן. וכיון דהוי כאחר א"כ גרע משליח. ואין לומר דיהיה זוכה הגזבר מצד זכיי' דהא זכיי' אף דעדיפא משליחות. הא הוי מן דין יד וכיון דכתבו התוס' בב"ב (דף ע"ט) דאין יד להקדש ע"כ לא מהני זכיי' עבור הקדש מן יד דאין יד להקדש. אבל למ"ד דס"ל דגזבר כבעלים מהני משיכת הגיזבר כמו הבעלים ממש ולא מצי לאתשולי בתר דמטא לרשות גזבר. והבאתי שם בספרי שיש הרבה פוסקים דס"ל דאף בתר דמטא לרשות הקדש וגיזבר איתא בשאלה כמו דהוכיחו כן מהא דשבועות (דף כ"ד) ע"ש. משום דלדינא ס"ל כשי' המ"ד דס"ל גזבר כאחר:

גם הבאתי שם בשם ירושלמי פ"ה דמעשרות דר' יוחנן ס"ל גיזבר כבעלים ע"ש. ולפ"ז י"ל דעיקר הכלל שנתבאר אי מהני מחילת הגזבר לשעבוד מטלטלי בהקדש. זה תלוי בהך פלוגתא אי הוי גזבר כבעלים או כאחר. דאי גזבר כבעלים וודאי מהני מחילת הגזבר לזכות של שעבוד מטלטלי השייך להקדש וכמו בעלים ממש. אבל אי נימא גזבר כאחר לא מהני מחילת הגזבר כיון דהוי כאחר ממש ואף במקום זכיי' וטובת הקדש הוי כאחר. כש"כ לגריעותא דהקדש. וגרע מן שליח דעשאו הבעלים בפי' לשליח. וע"כ לא מהני משיכת הגזבר כנ"ל. ולכן הדין נותן דמשתעבדי מטלטלין: ולפ"ז י"ל דירושלמי חגיגה דפריך אי בירשו מטלטלי בדא א' ריו"ח אפי' אינה מפורשת י"ל משום דהא ר' יוחנן דס"ל גזבר כבעלים א"כ לא משתעבדי מטלטלי להקדש אליבא דריו"ח. ושפיר פריך הירושלמי אליבא דריו"ח. אבל לדידן דקיי"ל גזבר כאחר וכמו דהוכיחו הרבה פוסקים דס"ל דאף במטא לרשות הקדש אי' בשאלה מה"ט. שפיר י"ל דמטלטלי משתעבדי להקדש משום דמאן מחלו ומחילת הגזבר לא מהני משום דאין לו כח וזכות בזה. ועפ"ז יש להאריך בהא דקדושין (דף כ"ז ע"א) במה דאמרו ת"ש עשור כו' מאי מושכר מושכר למעשר. ואבע"א שאני ר"ע דיד עניים הוי. וכהא דב"ק (דף ל"ו) אנן יד עניים אנן. ובהא דסי' ק"ה גבי אפוטרופס דתפס במקום דחב לאחרים ובראש"ש ב"מ פ"א סי' כ"ז במש"כ בשם הר"ח ובסי' רכ"ז גבי אפוטרופוס שנתאנה וקצרתי בכ"ז. ועיין בירושלמי בב"ק פ"ז ה"ד בפ"מ ומראה הפנים:

והרמב"ם הל' חגיגה פ"א הלכה יו"ד כתב המפריש עולת ראי' מתחייבין היורשים. ותמה הלח"מ והכ"מ הא מבואר בבכורות (דף נ"א) דלמאן דס"ל ש"ד אף בלא הפרישו מחיים חייבים היורשים. וסיים הלח"מ דאפשר דמיירי הרמב"ם בלא ירשו קרקע. אבל אכתי היה להרמב"ם לפרש זה ונשארו בצ"ע. ולפמש"כ בשי' הרמב"ם דס"ל דבחוב הקדש אפילו מטלטלי משתעבדי וכמו דמוכח מהרמב"ם פ"ג ה' ערכין הל' י"א הנ"ל. ע"כ וודאי ליתא לתירוצו של הלח"מ הנ"ל. וגם הלח"מ נשאר בצ"ע. ובאמת הלח"מ אזיל לשיטתו בפ"ג הל' ערכין דס"ל לחלק בין מטלטלי למקרקעי אף בחוב הקדש. אבל לפמש"כ דהרמב"ם ס"ל כתי' קמא דתוס' כתובות (דף צ') דלא מחלקי בין מטלטלי למקרקעי בהקדש ע"כ ליכא לתרוצי דברי הרמב"ם בה' חגיגה הנ"ל כמש"כ הלח"מ. ובאמת יש לי תירוץ נכון על דברי הרמב"ם הנ"ל אך הוכרחתי לקצר. ועוד חזון למועד אי"ה:

ונתבאר דשי' הרמב"ם והתוס' כתובות בתי' קמא דלא מחלקי בין מטלטלי למקרקעי בחוב הקדש. וכן משמע פשטות הגמ' קדושין (דף י"ג) דמאן דס"ל ש"ד אע"פ שלא הפרישה מחיים גובה מן יורשים. ומשמע דאף בלא ירשו קרקע רק ירשו מטלטלי ג"כ לא בעי הפרישה ולא הוי שום נפ"מ מן הפרשה כלל משום דאף מטלטלי נשתעבדו בהקדש. ולכן לא מחלק הרמב"ם סוף פ"א ה' מחוסר כפרה בין ירשו קרקע לירשו מטלטלי. ע"ש:

ועפ"ז יש מקום להוכיח כשיטת הסוברים דמלוה בע"פ אינו גובה מן הפקר. מהא דמנחות (דף נ"א ע"ב) דתקנו וכן כו' שמת והניח זבחים יש לו נסכים קרבין משלו ואם לאו קרבין מן צבור. וכתבו התוס' שם ד"ה יש לו נסכים שהפרישן בחייו דלאחר מיתה הוי הכל הפקר. א"כ מוכח מזה דאף מלוה הכתובה בתורה אינו גובה מן הפקר. ואין לומר דהתם מיירי בנשאר ממנו מטלטלי דאלו ביורשים הוי מצוה עליהם כמו כל חוב בלא אחריות נכסים. משא"כ גבי הפקר. דהא לפי מה דנתבאר דאף מטלטלי משתעבדי להקדש א"כ אין לחלק בין מטלטלי למקרקעי. ומוכח מזה דמלוה בע"פ אינו גובה מן הפקר אף במלוה הכתובה בתורה וכש"כ שארי חובות ובמק"א הארכתי בכ"ז:

ד:

(שם סעיף כ"ג):

ולכאורה יש להוכיח דלא כמש"כ מהא דחולין (דף קל"ט ע"א) דאי' התם דמקדיש תרנגולתו לבדק הבית ומרדו דס"ל לרב דפקע קדושתייהו ושמואל ס"ל דלא פקע קדושתייהו משום כל היכא דאי' בי' גזא כו'. אבל מזומן לא מיקרי וליכא תורת בעלים על הממון ויש בו דין שילוח הקן לולי גזה"כ דאינו נוהג במקודשין. והטעם הוא כמש"כ התוס' שם ד"ה כיון דמרדו כו'. דהכא ה"ט כיון דמרדו הוי הפקר וחייבין בשילוח.

ולפמש"כ לדון גבי הקדש דמחילת הגזבר לא מהני דהוי כמו אחר. א"כ תקשה הכא בחולין דאמאי הוי הפקר בתורת יאוש בעלים לחייבו בשילוח דהא מאן מייאש מהם. דהקדש עצמה לאו בר יאוש והפקר הוי. והפקר ויאוש של הגזבר הא הוי כמו אחר בזה. ועכ"ז מצינו דמהני יאוש והפקר בהקדש ג"כ א"כ מוכח דלא כמש"כ בעיקר הכלל הנ"ל: אכן באמת אין מזה שום סתירה להכלל הנ"ל. דהנה ראיתי בהריטב"א לחולין שם שכתב בזה"ל ואיכא למידק איך אמרו כיון דמרדו פקע קדושתייהו והא קדושה שבהן להיכן הלכה. ותירץ דכיון דהקדש דמים הוא אין להקדש בו קנין הגוף אלא שעבוד ממון וכיון דנתייאש המקדיש מפני שמרדו ה"ל כהפקר ופקע לי' שעבוד ממון שהיה לו עליו וגם בקדושת הגוף הוי אמרינן הכי אליבא דרב אי לאו דמעטי' קרא מן שילוח כו'. עכ"ל הריטב"א. ויש להסביר דבריו ביתר ביאור לפי המבואר בפסחים (דף מ"ו) דאמרינן הואיל אי בעי מיתשל ממונו הוי. וגם מצינו במנחות (דף ע"א) שכתבו התוס' שם דדוקא בעליו של ההקדש יכולים לפדות שוה מנה בש"פ וכמש"כ הטורי אבן במגילה (דף כ"ג) ובאבני שוהם שם הטעם משום דיכולים לשאול עליו יעו"ש. ע"כ יש על הבעלים של ההקדש שם בעלים דיהיה מהני דין יאוש והפקר בהו לאפקועי זכות ממון של הקדש. וכן האיסור של הקדש בדק הבית אליבא דרב. אבל עדיין י"ל דלגזבר לא הוי זכות דיהיה מהני יאוש ומחילה שלו משום דדינו כמו אחר ממש. ואף דהריטב"א בסוף חולין הנ"ל כתב דכיון דנתייאש המקדיש או הגזבר ה"ל כהפקר כו'. י"ל דאזיל לטעמי' דהא בריטב"א כתובות (דף צ') כתב בתי' קמא שם לחלק בין מטלטלי לקרקע בחוב הקדש וכמש"כ התוס' בתי' ב'. וכ"כ הרשב"א בחי' שם בתי' א' יעו"ש. אבל להך תי' של התוס' והרשב"א דאין לחלק בין מטלטלי למקרקעי בהקדש וכמש"כ דכן הוא שי' הרמב"ם. משום דלא מהני מחילת הגזבר דה"ל כאחר. ע"כ שפיר יש לחלק דשאני התם בחולין דה"ל יאוש הבעלים של ההקדש דה"ל שפיר שם בעלים לכמה מילי. וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ח ענף ג' וענף ה' ע"כ מהני יאוש שלהם לאפקועי זכות ההקדש משא"כ בגזבר ובקונטרס א' שיש לי הארכתי בעז"ה בכל זה הרבה:

היוצא לנו מכל זה דבחוב החייב להקדש הוי ספיקא דדינא אי חל השעבוד על המטלטלי כמו בקרקעי או לא ע"פ שני תירוצים של התוס' כתובות והרשב"א והריטב"א שם. ובפרט דשי' הרמב"ם הוא דמשועבדים מטלטלים בחוב הקדש. ולכאורה יש לדון כן בחוב שחייב לצדקה של עניים דיהיו משועבדים המטלטלים למאן דס"ל שעבודא דאורייתא משום דמאן מחלו לשעבוד מטלטלין. וכמו כן בחוב שחייב לפדיון בנו דיהיה חל השעבוד על מטלטלין אף במת לאחר ל' דנתחייבו הנכסים דאף במטלטלין שייך

ש"ד בזה. ונפ"מ אף האידנא דה"ל תקנת הגאונים לכמה מילי בן שעבוד על פי דין לתקנת הגאונים. ועיין בבא קמא פרק א' ברא"ש סימן י"ט מש"כ בשם ר' אפרים כו' דכי תקנו רבנן דמטלטלי דיתמי משתעבדי זהו לב"ח משום נעילת דלת כו' והרא"ש חלק דבדורות הללו מטלטלי כקרקעי כו'. והובא בטושו"ע סי' תי"ט. ובסי' ק"ז בסמ"ע וש"ך שם. וידוע מש"כ הקצה"ח בסי' ר"צ דגם גבי צדקה שייך שעבוד נכסי ועיין בנתיבות שם ובסי' ר"נ. ע"כ י"ל שפיר דאף על המטלטלין שייך שעבוד נכסי משום דמאן מחלו וכנ"ל: אכן י"ל דכל מש"כ אינו שייך אלא בזמן דהי' הקדש בדק הבית אבל האידנא דאין לנו הקדשות כאלו אלא הקדש מתנות עניים ונקראים בכלל עמיתך. וכמש"כ הסמ"ע בסי' רכ"ז ס"ק מ"ט. שפיר י"ל בכ"ז דמטלטלי אינן משועבדים עפ"י דין. משום דהעניים דעלמא לא סמכה דעתייהו בזה וה"ל בגדר סילוק או מחילה כנ"ל בארוכה. וכדמצינו בב"מ (דף כ"א ע"ב) מאימתי כל אדם מותרים בלקט משילכו בה הנמושות כו' כיון דאיכא עניים הכא הנך מעיקרא איאושי מיאש. ואף דיש זכות לעניים קטנים ולגבייהו הוי יאוש של"מ כמבואר בב"מ (דף כ"ב). עכ"ז הא כתבו התוס' בב"ב (דף קמ"ג ע"ב) ד"ה ואם אמר כו' דהיכא דאין מפסידין ולא בא לידם הריוח מחלי שפיר. א"כ ה"ה בחוב צדקה ופדיון הבן מהני מחילת הקטנים: אמנם בחוב הלואה שהלוה אפטרופס של יתומים קטנים. שפיר י"ל כנ"ל דהמטלטלי של הלוים יהיה משועבד ע"פ דין משום דהאפטרופס אין לו כח למחול כמבואר בסי' רכ"ז גבי אונאה והיתומים עצמם לאו בני מחילה נינהו כמו בב"מ (דף כ"ב). ובזה לא שייך סברת התוס' ב"ב הנ"ל דהא הממון שמלוים לאחרים בא כבר לידם וע"י מחילת שעבוד מטלטלי יפסידו את חובם שהלוו לאחרים. וע"כ שפיר י"ל בכ"ז דיהיו משועבדים ע"פ דין המטלטלים של הלווים. ולכל הפחות הוי ספיקא דדינא בזה כנ"ל בהקדש. ולכן אם תפס האפוטרופס של היתומים למטלטלי דבע"ח יכול לומר קים לי דמטלטלי של הבע"ח משועבד וכמו בחוב הקדש כנ"ל ואם תפס מהני תפיסתו של האפוטרופס. ונפ"מ לכמה ענינים אף האידנא דיש תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משועבדים. עכ"ז הא כתב האו"ת בסי' ק"ז בתומים סוף ס"ק ד' ובאורים שם נפ"מ רבתא בין מה דגובין ממטלטלי מדינא דגמ' ובין מה דאין גובין אלא מצד התקנה יעו"ש. וגם הא הוי נפ"מ גבי הא דסי' ק"ז בש"ך ס"ק ד' ובאה"ע סי' ק' ב"ש ס"ק ד'. ועיין בקצה"ח סי' ק"ז ס"ק ג' ובנתיבות שם:

ובתפיסה ת"י אפוטרופס בספיקא דדינא לא שייך לומר בזה דה"ל תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים. דז"א דהא בתפיסה ע"י אפוטרופס לא שייך לומר דה"ל תופס במקום שחב לאחרים כמו דמבואר בסי' ק"ה סעי' א' דמקרי יד בעלים לזכות בתופס ע"י

אפוטרופס. וגם בקונטרס התפיסה שלי כבר נתבאר לעיל דמהני תפיסה ע"י שליח במקום ספיקא דדינא:

ה:

(שם סעיף כ"ט):

וכן חייבים לפרוע חוב אביהם ממלוה שהיתה לאביהם ביד אחרים כו'. ובזמן הגמ' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח כתב המחנה אפרים ה' גביית חוב סי' ט' דהרא"ש בב"ב פ"ח סי' י"א כתב בהך דכתובות (דף פ"ד) מי שמת והניח אשה ובע"ח ויורשין והיו לו מלוה או פקדון כו' ואפי' ר"ע לא פליג אלא משום שכולן צריכין שבועה כו' ושם בהג"ה אמנם לפי דברי הרא"ש פ' הכותב והירושלמי נראה דאף בפטרום משבועה ג"כ אינן גובין ממלוה ופקדון ביד אחרים ונפ"מ מזה גם האידנא דמטלטלי דיתמי משתעבדי דאם היתומים רוצים שיגבה ממקרקעי ולא מטלטלי דהדין עם היורשים כמבואר בסי' ק"ז. [והטעם הוא דמן הדין אין גובין ממטלטלי רק מתקנתא כמש"כ הסמ"ע בס"ק ו' וכן הוא באה"ע סי' ק' סעי' א' ובח"מ ס"ק ה' וב"ש ס"ק ד']. אכן אם מדינא דגמ' גובין ממטלטלי שביד אחרים בפטרן משבועה אז הדין עם המלוה ואין יכולין היתומים לסלקו בקרקע כו' עכ"ל המח"א. וכן העיר בזה האו"ת ס"ק ב' בסתירת הרא"ש מכתובות לב"ב ע"ש. וכן העיר בקרבן נתנאל פ"ט דכתובות שם אות י"ג:

וראיתי בהפלאה שם שכתב לפרש להירושלמי דהביא הרא"ש שם הגע עצמך שפטרו משבועה זו תורה וזו אינה תורה ופירש ההפלאה דס"ל שעבודא לאו דאורייתא כו'. הנה לפי שיטת הרבה פוסקים בשיטת הרא"ש דס"ל לדינא ש"ד וכמו שהובאו בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב' אין לפרש כן. ולכן העיקר הוא דכוונת הירושלמי הוא דמן התורה לא משתעבדי מטלטלי וכמש"כ לעיל ס"ק א' ולכן אמרו בפשיטות זו אינה תורה. וכן הוא לשון הרמב"ם פ' י"א ה' מלוה ה"ז שכתב הטעם שמטלטלי אינן משועבדים מן התורה וכן ראיתי בחי' רשב"א סוף קידושין שפירש כן להירושלמי הזה. ונלע"ד להוכיח מכתובות (דף נ' ע"ב) רב זן מחטי דעליי' איבעיא להו פרנסה הויא כו' ת"ש בידי דר' בנאי הוו מטלטלי דיתמי אתו לקמי' דשמואל א"ל זיל זון מאי לאו למזוני כו'. וקשה הא אין זה הוכחה דהא מבואר באה"ע סי' ק' סעיף ו' דמזונות הבנות גובין בלא שבועה ועיין בב"ש ס"ק ט"ו. והיכא דא"צ שבועה גבינן ממטלטלי דיתמי כשהוא ביד אחרים אף לר"ע וכשיטת הסוברים כן א"כ קשה איך פשטו מינה כן. ומוכח מזה דאף היכא דא"צ שבועה לא גבינן ממטלטלי דיתמי אף שמונח ביד אחר וכשיטת הרא"ש דכתובות

והטור ולכן שפיר פשטו שם כן. ומצאתי בפני יהושע בכתובות (דף נ') שם ובדרוש וחדוש ר"ע איגר שם שהעירו בזה ע"ש:

ענף א:

ג) הקצה"ח בס"ק ה' נסתפק בבע"ח מאוחר שקדם וגבה דמוציא ממנו הבע"ח מוקדם את הקרקע כדקיי"ל ונסתפק אם יכול הבע"ח מאוחר לסלק להמוקדם במעות כמו לוקח ויורש או דיש לחלק ע"ש: ולדעתי אין זה ספק כלל דהא מפורש זה בתוס' כתובות (דף צ"ד ע"א) ד"ה שנמצאת אחת מהן שדה שאינו שלו כו' באה"ד ואומר ר' דלא יכסיפוה כו' הם למה יכסיפוה אם ישביחו אותה שדה יהא ריוח שלהן שיכולין לסלקו בזוזי עכ"ל התוס' וכ"כ השמ"ק שם ע"ש. הרי מפורש בתוס' ובשמ"ק דבע"ח מאוחר אינו יכול לסלק לבע"ח הראשון בזוזי וכמש"כ הקצה"ח שם להסביר בחילוק נכון בין לוקח ויורש ולבע"ח. ועיין בנתיבות שכתב ג"כ להלכה כדברי הקצה"ח. אך לא הביא לדברי התוס' והשמ"ק הנ"ל: ענף ב:

ירשו האחים כו' אבל אם ירשו ד' שדות א"י לומר אקח מא' שתי שדות אלא יקח מכ"א שדה אחת כו':

והקשה הקצה"ח דדברי השו"ע סותר למה שפסק בסי' ע"ז ובסימן קל"ב דשנים שערבו לאחד דיפרע מאיזה מהם שירצה. ודעה החולקת שם הביא בשם י"א. ולהך שיטה הוא הדין בבא לגבות מיורשין יכול לגבות מכל מי שירצה וכמה שכתב הנ"י בב"ב סוף פרק ז' וה"מ בשם הרמב"ן והרשב"א להוכיח כן מהא דב"ב (דף ק"ז) דאחים שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם דלכן גובה ממי שירצה דנכסי דאינש ערבין לי' וגובה מאיזה ערב שירצה כו'. וכן הקשה האו"ת בסי' קל"ב ס"ק ב' במה דסתרי דברי השו"ע אהדדי. ואפשר לחלק בין שנים שערבו ובין יורשים שחלקו משום דהא קיי"ל דאחים שחלקו הם כלקוחות משום דאין ברירה והוי ספק שמא החליפו חצי נכסיהם בשל חבירו וכמש"כ השאגת ארי' בסי' צ' ע"פ דברי התוס' גיטין (דף מ"ז). א"כ הא אין גובין מלקוחות במקום שיש בני חורין ויכול לומר הנחתי מקום לגבות ממנו. ע"כ אין יכול לגבות כל החוב מאחד מהן דיכול לומר דלמא יש לי דין וזכות לוקח על חצי השנייה שיש לי וממילא יש דין ירושה על חצי הירושה שת"י אחי וע"כ אין נפרעין ממשעבדי במקום ב"ח. כן י"ל בשיטת הש"ע דס"ל לחלק ביניהם אף שהה"מ והנ"י מדמי אותם להדדי. וכעין זה מצאתי בנתיבות סי' קל"ב ס"ק ב' שכתב כעין זה. אכן עדיין תקשה כן על מש"כ המחבר בסי' קי"א סעי' ט"ו דכן הדין בשני לקוחות שקנו כאחד דאין יכול לגבות מן אחד מהן. הא לפי מה שפסק דהעיקר דבשני ערבים יכול לגבות מאיזה מהן

שירצה א"כ ה"ה בשני לקוחות דנכסי דאינש ערבין לי' דיהיה יכול לגבות מאחד מהן. ובזה לא שייך לומר הנחתי מקום לגבות ממנו דהא אין כאן נכסים בני חורין. והיכא דכולהו משעבדי נינהו לא דיינינן כן וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ח' ע"ב) ד"ה רצה מזה גובה כו'. ובכתובות (דף צ"ב) בתוס' ד"ה רצה מזה כו': ועוד יש להקשות לפמש"כ דהא דאינו גובה כולו מיורש א' משום שיכול לומר הנחתי מקום לגבות ואין גובין מלקוחות במקום שיש ב"ח דלפ"ז הדין נותן דאף בעשאו אפותיקי סתם ג"כ לא יגבה מאחד מהם כ"ז שיש ב"ח כמבואר בסי' קי"ז סעי' א' אלא בעשאו אפותיקי מפורש גובה ממשעבדי. והכא כתב המחבר דאם עשאם אפותיקי להשתי שדות אף שלא עשאה אפותיקי מפורש ג"כ גובין אותם אף מאחד מהם. ולפ"ז תקשה דהא גם בזה יהיה יכול לומר הנחתי מקום לגבות כנ"ל. ועיין בסי' ס"ז סעי' ב' בסמ"ע שם. והנה הנתיבות שם בסי' קל"ב כתב דהך סוגיא דפרק בית כור דהבע"ח יכול לגבות מאיזה שירצה הוא אליבא דמ"ד יש ברירה ולית להו דין לקוחות. ודבריו תמוהין דהא שמואל אמר שם ויתר משום דלקוחות נינהו דס"ל אין ברירה א"כ קשה אליביה איך היה יכול הבע"ח לגבות חלק אחד מהם. ואפשר לדחוקי דכוונת הנתיבות הוא דהש"ס מיירי דהבע"ח גבה חלקו של א' מהם בב"ד דהיה ס"ל כמ"ד דאחין שחלקו יורשין הוי ויש ברירה דהא בזמן פלוגתת אמוראי הנ"ל לא היה הלכה פסוקה אז לפסוק דהוו לקוחות. וכיון דהטירפא היה ע"פ ב"ד ע"כ שייך בי' לדון חיוב אחריות דמבואר בסוגיא שם. אבל האידנא דנקטינן לדינא דאחין שחלקו לקוחות לכן אין גובה מאחד מהם כולו כן יש לדחוקי בכוונתו. אך בעיקר תירוצו כבר כתבתי מה דיש להקשות ע"ז:

והעיקר מה שנלע"ד לחלק בין הא דסי' ק"ז ובין שני ערבים דאף דהה"מ והנ"י בב"ב כתבו לדמותן דה"ה באחין שחלקו דנכסי דאינש ערבין לי' דג"כ יכול הבע"ח לגבות מאיזה מהן שירצה. מ"מ י"ל דהמחבר ס"ל לחלק ביניהן דהא מצינו דהלוה עצמו הברירה בידו ליתן להמלוה איזה שדה שירצה כמש"כ הרא"ש בב"ק פ"א סי' ב'. והתוס' בב"ק (דף ח') ד"ה מצי א"ל כו' דלאו דוקא קאמר הא לישנא כו' ועיקר טעמא לא הוי אלא משום דמה מכר ראשון לשני כל זכות כו' והוא היה יכול לדחותו אצל בינונית אחריתי כו'. וכן מבואר בח"מ סי' ק"ב סעי' ב' דהלוה מגבהו איזה שדה שירצה וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ג' דילפינן לה מדכתיב והאיש אשר אתה נושה יוציא אליך החוצה היינו מה שירצה כו' ואע"ג דס"ל להנך פוסקים דבשנים שערבו יכול לגבות מאיזה שירצה המלוה מ"מ בלוה עצמו כ"ע מודו דהברירה הוא בידו משום גזה"כ דהאיש אשר אתה נושה בו להגבותו מה שירצה אף דנכסי דאינש ערבין לי'. ולכן ה"ה ביורשין או בלקוחות שקנו כאחד יש

להם ג"כ זכות זה דיכולין להדחות להמלוה שיגבה מן שדה של חבירו כמו שהיה להלוה עצמו זכות זה על הנכסים האלו. וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ח') ד"ה מצי א"ל כו' כנ"ל. וכ"כ התוס' בכתובות (דף צ"ב ע"ב) ד"ה אבל שבק בינונית כו' דעיקר טעמא הוי משום מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו והוא היה יכול לדחותו אצל בינונית אחרת דכוותיה כו' עכ"ל. וה"ט שייך ג"כ באחין שחלקו ובלקוחות שקנו כאחד דיש להם זכות מורישן והמוכרן. וטעם סברא זו מרומז בקצרה בסמ"ע הכא ס"ק כ' ובסי' קי"א ס"ק כ"ו וברא"ש ב"ק פ"ק סי' ו' ובטור כאן סעי' כ'. אבל בשני ערבים לא שייך זה וע"כ הברירה ביד המלוה לגבות ממה שירצה המלוה:

ולכן א"ש דבעשאו אפותיקי סתם אינו יכול לגבות משדה אחרת כיון דעיקר הטעם דאינו גובה מאחד מהם משום דיש לו זכות מורישו. ולכן כיון דהמורישו עצמו לא הי' יכול להדחותו לנכסים אחרים אם עשה אפותיקי אף באפותיקי סתם ה"ה ג"כ יורשיו אין להם זכות לדחותו לשדות אחרים. וכמש"כ התוס' בב"ק (דף ט') וב"ב (דף ק"ז ע"א) ד"ה ובא בע"ח כו' דבאפותיקי סתם מצי גבי ממנו. ואף דהמ"מ והנ"י בב"ב מדמין אחין שחלקו לשני ערבין עכ"ז השו"ע ס"ל לחלק ביניהן ע"פ סברא זו. וכן הנמוקי יוסף בב"ב פ"ק גבי שלשה אחין שחלקו ובא בע"ח כו' כתב ג"כ כשיטת התוס' והרא"ש וכמו שפסק המחבר הכא ודלא כמש"כ הנ"י עצמו בב"ב דאינו יכול לגבות חובו ממי שירצה אלא דמיירי באפותיקי. אלמא דהנ"י עצמו אף דהביא בב"ב פ"ז לדברי רבותיו דמדמין הך דאחין שחלקו להך דשני ערבין. עכ"ז הכא בב"ק לא כתב הנ"י עצמו כן משום דס"ל ג"כ לחלק ביניהן כמש"כ. וא"ש דלא סתרי דברי השו"ע אהדדי:

ובאמת יש להקשות על שיטת הה"מ והנ"י בב"ב שכתבו בשם הראשונים דס"ל דאף באחין שחלקו דיכול הבע"ח לגבות מאיזה שירצה כמו בשני ערבים. והא לפי מה דקיי"ל לדינא דאחין שחלקו כלקוחות. והא דפסקינן בב"ב (דף ק"ז) דבטלה מחלוקת הא מבואר שם דזהו משום דס"ל דלזה הוו כלקוחות באחריות ודלא כשיטת הרשב"ם שם. ועיין בתוס' גיטין (דף מ"ח). וכן הוא שיטות כל הפוסקים. א"כ לפ"ז הדין נותן דלא יהיה יכול לגבות מאחד מהם משום דהא אין נפרעים ממשעבדי במקום שיש ב"ח אצל היורש כמש"כ השו"ע בסי' קי"א סעי' יו"ד ע"ש. וכמש"כ לעיל. ואפשר מזה להוכיח כמו שכתב הט"ז בסי' ק"ג סעי' יו"ד בהג"ה גבי שומא הדרא דאם מת והורישה חוזרת. דבחלקו היורשים אינה חוזרת משום דאחים כלקוחות וע"ז כתב הט"ז להוכיח להיפך דלגבי אחרים אין דינם כלוקח לגרוע זכות אחרים כמו דקיי"ל ר"פ הגוזל דרשות יורש לאו כרשות לוקח. ולפ"ז א"ש דברי המ"מ בשם הרמב"ן והרשב"א והנ"י דס"ל דיכול

לגבות מכל מי שירצה משום דמה דאמרו דדינם כמו לקוחות אין זה רק לגבי מה דנוגע להאחים עצמן אבל לגבי ענין הנוגע לאחרים אין דינם כלוקח. ולכן ה"ה לענין דנ"ד דיש זכות להמלוה לגבות ממי שירצה מאחין עכשיו אחר חלוקתן הזכות בידו לפי דלגבי אחרים אין דינן כלוקח. ויהיה מזה סייעתא לדברי הט"ז ואף החולקים עליהם הא נתבאר טעם אחר על שיטתם כנ"ל:

ועוד יש להסביר זה ביתר ביאור ע"פ מה שהקשו הפוסקים והובא בסי' ל"ט באו"ת בענין שעבודא דאורייתא להקשות לדידן דקיי"ל אחין שחלקו הן כלקוחות א"כ איך גובין למלוה בע"פ מיורשין לאחר שחלקו והא מלוה בע"פ אינו גובה מלקוחות. ובמק"א הארכתי בזה הרבה. והעיקר הוא דמשום נעילת דלת עשו להאחין אף כשחלקו דלא יהיה דינם לגבי פריעת חוב אביהם רק כיורשים דאל"כ יהיה נלקה הדין וכמש"כ האו"ת והיש"ש שם. ועפ"ז יש ליישב למה שהקשו הראשונים על האלפס סוף ב"ב שכתב לפרש דהא דר"פ דשם דאמר הלוה בע"פ גובה מיורשים שלא תנעול דלת דאף דס"ל לר"פ ש"ד בקידושין עכ"ז הוצרך לטעם דנעילת דלת דמשום זה אוקמי אדאורייתא והקשו דל"ל לטעם זה והובא בש"ך ריש סי' ל"ט שהקשה כן. אכן יש לומר דכוונת הרי"ף הוא דלכן אמרו ה"ט דנעילת דלת כדי דיגבה מיורשים אף אחר שחלקו והטעם הוא משום דעשו אותם כיורשים לענין טריפת בע"ח. משום נעילת דלת. ולזה נתכוין ר"פ בב"ב שאמר מלוה בע"פ גובה מיורשים שלא תנעול דלת דמשום נעילת דלת אוקמוה אדאורייתא אף אחר שחלקו. והא דבכורות (דף מ"ח) אין זה סתירה לדברינו וקצרתי:

וכיון דמצינו דדין היורשים אף אחר שחלקו דדינם כיורשים לענין טריפת בע"ח אף במלוה בע"פ מצי טריף מהם. ואף היכא דהחוב הוא כנגד כל הנכסים שירשו וחלקו ביניהם ג"כ לא מחלקינן וגובין מהם מכל הנכסים שירשו. דמזה מוכח דלא אמרינן דעשו אותם כמחצה יורשים. אלא דעשו חז"ל אותם ליורשים בכל הנכסים לגבי טריפת בע"ח. וע"כ ה"ה דמה"ט הזכות להמלוה לגבות ממי שירצה אף לאחר שחלקו משום דלגבי טריפת הבע"ח דינם כיורשים ולא כלקוחות וע"כ לא שייך לדון בהו הך דין דאין נפרעין ממשעבדי במקום שיש ב"ח ולכן שפיר כתבו לדינא הרמב"ן והרשב"א וה"מ והנ"י בב"ב. ועדיין יש להעיר על זה דהא בב"ב שם דבא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם דפירשו הראשונים הנ"ל דזהו משום דמצי גבי מכל מי שירצה. והא שם קאי הסוגיא גם אליבא דשמואל. והא שמואל ס"ל בסוף ב"ב דמלוה בע"פ אינו גובה מיורשים. וכן ס"ל לרב שם ובקידושין (דף י"ג). א"כ לפי שיטת רב ושמואל לא שייך הא דאמרו שם ובא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם לפמש"כ טעם הסבר שיטתם. והך סוגיא קאי לרב

ושמואל. וע"כ נסתר כל מש"כ. והעיקר הוא כמש"כ לעיל דמדבריהם הוי סייעתא לדברי הט"ז בסי' ק"ג. וכן יש להעיר על מש"כ ממה שכתב הנ"י בב"ב והרמב"ן בחי' לב"ב שם ראיה לדבריהם מירושלמי כתובות פ"י ה' ה' דשני שטרות שיצאו על שדה א' וכן שטר א' היוצא על ב' שדות שודא דדייני ע"ש. ושם בירושלמי קאי ג"כ לשמואל ושמואל הא ס"ל דמלוה בע"פ אין גובין מיורשים כנ"ל א"כ ליכא למימר בזה הטעם שכתבתי לבאר ע"פ מה דעשו חז"ל אותם כיורשים לענין טריפת הבע"ח. אך בזה י"ל דירושלמי לשיטתו דבירושלמי בב"ק פ' יו"ד ה"א מבואר דשמואל ס"ל דמלוה בע"פ גובה מיורשים ואין דין יורש כמשועבד. וחולק על הש"ס שלנו. אך כבר נתבאר דמן הא דב"ב בסוגיא (דף ק"ז) מוכח דלא כמש"כ. אך י"ל דסברתם הוא כמש"כ הט"ז כנ"ל. וכ"ז הוא לשיטת הה"מ והנ"י ב"ב הנ"ל אכן לדינא העיקר כמש"כ המחבר לדינא הכא דלא סתרי דברי השו"ע אהדדי כלל וכמש"כ לעיל:

סימן קח

א (סעיף ב'):

אם חייבוהו קנס לא קנסו בנו אחריו. ופי' הש"ך שם ס"ק ה' משום דזהו יותר על מה שהפסיד ע"ש. משום דהש"ך אזיל לטעמי' דכתב בסי' שפ"ה ס"ק ג' בהא דטימא טהרות ומת לא קנסו בנו אחריו דאם עמד בדין גובין מיורשים ע"ש. והסמ"ע פי' שם בסי' שפ"ה ס"ק ב' דאפילו עמד בדין אין קונסין בנו אחריו. והתומים בסי' ק"ח ס"ק א' העלה דבקנס לא מהני עמד בדין:

ענף ג:

ולכאורה יש להוכיח כשיטת הש"ך דעמד בדין קנסו בנו אחריו מהא דב"מ (דף ט"ו) דרבה בר רב הונא אמר כגון שנטלוהו מסיקין בא נגזל לגבות קרן גובה מנכסים משועבדים. ובנטלו מסיקין מחמת הגזלן דחייב להעמיד לו שדה אחר כמבואר בב"ק (דף קט"ז) וכמו דפי' רש"י. והא השמ"ק לב"ק כתב דהא דנטלו מסיקין דחייב להעמיד לו הטעם הוא משום דקנס קנסו לגזלן וכמבואר בירושלמי פ' הגוזל בתרא שם דקנס קנסוהו והובא בש"ך סי' שפ"ה ס"ק א'. א"כ האיך גובה מנכסים משועבדים בנטלו מסיקין הא לא קנסו אלא לדידי' ולא לברי' וה"ה ללקוחות דמ"ש. אבל לשי' הש"ך דעמד בדין גובין מיורשין אתי שפיר. משום דהא הגמ' מסקי שם בב"מ דמיירי שעמד בדין א"כ בכה"ג גובין מיורשין וה"ה מלקוחות. אבל עדיין תקשה לשי' הסמ"ע דס"ל דאף עמד בדין לא מהני בקנס ואף לשיטת הסמ"ע שם דבדד"ג גובין בעמד בדין הטעם הוא כמש"כ

התומים בסי' ק"ח משום דרוב פוסקים ס"ל דד"ג דינא הוא. א"כ עדיין תקשה לשיטת הסוברין דד"ג קנסא הוא א"כ תקשה לדידהו מסוגיות הש"ס דב"מ הנ"ל. וזולת זה יש להקשות דהא הש"ס שם בב"מ מקשו לרבה בר רב הונא מלוה על פה הוא ואינו גובה ממשועבדים וע"ז מתרץ בעמד בדין. משמע דאלו מלוה ע"פ היה גובה ממשועבדים היה ניחא. ובאמת הא בל"ז לא אתי שפיר משום דקנסא הוא ובלא עמד בדין בוודאי אין גובין ממשעבדי:

ונלענ"ד בזה לתרץ בעז"ה דמש"כ השמ"ק לב"ק דהא דמחמת הגזלן חייב להעמיד לו שדה אחר הוי משום קנסא מקורו הוא מירושלמי ב"ק שם. ובכתובות פ' בתרא הל' ב' ובנדרים פ"ד ה"ב. דרב ס"ל אדם נתפס על חבירו ודייק ליה מן המשנה דהגוזל שדה ונטלוה מסיקין מחמת הגזלן חייב להעמיד לו שדה. ופי' רב דמחמת הגזלן היינו מחמת חוב שיש להמציק על הגזלן וחייב הגזלן להחזיר דמי החוב שהיה חייב להנגזל משום הנאת חוב שנפטר ממנו כמו פורע חוב בב"ח דוחק. [כמבואר בירושלמי נדרים שהובא בש"ך סי' קכ"ח ס"ק ג'] ור' יוחנן אמר דקנסא קנסו לגזלן והובא זה הירושלמי בכתובות בריי"ף וברא"ש פ' ט' סי' י"ג. ולשיטת הירושלמי דקאמר דקנסא קנסו לגזלן אין להוכיח מזה על דינא דגרמי כמו דהוכיחו בש"ס דילן ממשנה זו. תו איתא שם בירושלמי בכתובות ובנדרים דחד מ"ד אמר דשמואל ס"ל דאם היה חייב חוב לרבו שכר לימוד וכפוהו אנסים לאחד שיפרע לרבו בשביל החוב האחר שחייב לרבו שכר לימוד. דחייב להחזיר למי שתפסו ממנו משום דזה הוי כארנונא וגולגולת. והטעם הוא דס"ל דחוב שכר לימוד הוי כמו ב"ח דוחק דשכיר הוא ואליו נושא את נפשו וחשוב להנאה נכרת: ולפ"ז י"ל דרבה בר רב הונא דאמר בב"מ שם כגון שנטלוה מסיקין כוונתו שנטלו את השדה בשביל חוב שכר לימוד או בשביל חוב ארנונא וכה"ג דבזה. חייב לשלם בשביל הנאת חובו שנפטר ממנו. ובכה"ג ג"כ נקראים מסיקים כיון דאינן רשאים ליקח את השדה של הנגזל בשביל חוב של הגזלן. כדחזינן בירושלמי שם דרב ס"ל לפרש להך דנטלו מסיקין דב"ק דמיירי בתפסו עבור חוב של אחר. והא באמת קיצר רבה בר ר' הונא במאי דקאמר כגון שנטלוה מסיקין ולא ביאר בארוכה דהא במכת מדינה יכול לומר הרי שלך לפניך כמבואר בב"ק שם ואינו חייב רק בנטלו מחמת הגזלן. אלמא דרבה קיצר בזה. ועיקר כוונתו כגון שנטלו מסיקין ובמקום דחייב לשלם לנגזל. ע"כ י"ל דרבה ס"ל כהך מ"ד אליבא דשמואל דס"ל דבחוב מלמדות חייב לשלם לנגזל. ובב"מ שם מהדר רבה לתרץ אליבא דשמואל דס"ל שבח אין לו. וגם הא בחוב ארנונא לכ"ע חייב. ואף בנתפס עבור חוב כה"ג חייב אף אינש דעלמא שלא גזל השדה. עכ"ז נקטו

בגזלן לאשמועינן דבשביל אכילת פירות אינו גובה רק מבני חורין. כמו דמתרץ רבא שם דגזל שדה וחפר בה בורות דבזה אף אינש דעלמא חייב וה"ה בזה. ובלא"ה לפי מאי דמסיק הש"ס בב"ק (דף קט"ז) דהך מחמת הגזלן מיירי באחוי אחויה. א"כ בזה אף אינש דעלמא חייב ואפ"ה נקטו שם במשנה לזה בגוזל שדה מחבירו. והטעם הוא כמש"כ שם השמ"ק ופ"י. אך לשי' הירושלמי דקנס קנסו בגזלן. אתי שפיר בפשיטות לשון המשנה. ולפי שיטת הגמ' דילן צ"ל כנ"ל. א"כ ה"ה לפמש"כ. אבל אין לפרש דכוונת רבה בר ר' הונא דאמר שנטלו מסיקין דכוונתו להא דאי' בחולין (דף קל"א) הרי שאנסו המלך בגרנו בחובו חייב לעשר. דאלמא אם לקחו החפץ מרשות הב"ח דסברו שזה הוא שלו דכה"ג אדם נתפס על חבירו והטעם כמש"כ המק"ח בסי' תמ"א ונתיבות סי' קכ"ח. דזה אינו דכה"ג לא מקרי בשם מסיקין דהא עשו כדין לפי טעותם. ומה"ט לא מוקי הירושלמי באופן זה להמשנה דב"ק הנ"ל דקאמר שנטלו מסיקין אלא הוכיחו שם דנתפס על חבירו כנ"ל. דלפמש"כ א"ש דנקראו בשם מסיקין דהא כיון דידעו דהשדה אינו שלו א"כ עשו שלא כדין. ואפ"ה חייב לשלם לו עבור הנאתו שנפטר הגזלן מן החוב. א"כ שפיר הא דגובה מן המשועבדים ולאו משום קנס נגעו בה. א"כ מתורץ קושיא הנ"ל:

ענף ד:

והעיקר נלפענ"ד דאין זה קשה כלל. ע"פ מש"כ רש"י בפסחים (דף ל' ע"ב) בד"ה כ"ע לא פליגי אף לרבא כו' דאמר עד עכשיו היה ברשות לוה מודה הוא דאין מכירתו לאחרים מכירה ואין הקדשו הקדש שהרי ממושכנין הן למלוה ואף ע"ג שהן שלו אינן ברשותו ורחמנא אמר ואיש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו עכ"ל. והנתיבות סי' ל"ז ס"ק י"ג מוכיח מן רש"י הנ"ל דין מחודש ע"ש. ועיין בקצה"ח סי' קי"ז ס"ק ב'. וחזינן שיטת רש"י דלכן בע"ח טורף מלקוחות משום דמחמת השעבוד הוי כדבר שאינו ברשותו ולא הוי מכירה ואתי בע"ח וטורף. וי"ל דמה"ט אף בקנס גובה ממשועבדים בעמד בדין אף דנימא דעמד בדין אינו גובה מבנו. משום דהא עכ"פ בעת שהיו הנכסים אצל הבע"ד נשתעבדו הנכסים בתורת שעבוד להבע"ח בין למ"ד ש"ד בין למ"ד שעבודא דרבנן. וכמו שכתב הש"ך כעין זה בסי' פ"ו ס"ק ב' דגם בדינא דגרמי שייך שעבודא דר"נ משום דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון ע"ש. ואף למאן דס"ל שעבודא דרבנן עכ"ז גם בקנסא דרבנן ג"כ נשתעבדו הנכסים. דאל"כ למה לאביי לומר בגיטין (דף מ"ד). טימא טהרות של חבירו ומת לא קנסו רבנן בנו אחריו מ"ט היזק שאינו ניכר לא שמי' היזק וקנסא דרבנן הוא לדידי' קנסו רבנן לברי' לא קנסו רבנן עכ"ל הגמ' וילפי זה מהא דמוכר עבדו כו'. דהא בלא"ה כיון דליכא שעבוד על נכסיו ממילא אין גובין

מיורשיו ולמה לי' למתלי זה בצורם אוזן בכור דכמו דלא קנסו שם כן לא קנסינן בטימא טהרות. וע"כ מוכח דאף לאביי דס"ל שעבודא לאו דאורייתא וכמש"כ התוס' בגיטין (דף נו"ן). אפ"ה שעבודא דרבנן יש אף בטימא טהרות [ונפ"מ לענין למפרע גובה דס"ל לאביי בפסחים כן אף דס"ל שעבודא לאו דאורייתא וע"כ טעמא משום דשעבודא דרבנן איכא עכ"פ לכן ס"ל למפרע גובה. ואף בנזקין ס"ל לאביי למפרע גובה כמש"כ התוס' בב"ק (דף ל"ג) בד"ה איכא ביניהו. ולכן גם במטמא טהרות לאביי למפרע גובה. ועוד יש נפ"מ טובא אי נימא עכ"פ שעבודא דרבנן]. וכיון דעיקר טעם דאינו גובה מבנו משום דלא קנסו בנו אחריו ולא משום דלא משתעבדי נכסיו. בע"כ מוכרח דלכ"ע נשתעבדו נכסיו עכ"פ מדרבנן וכיון דיש שעבוד על נכסיו. לכן יכול הניזק לטרוף מלקוחות משום דכ"ז דהיו הנכסים אצלו נשתעבדו נכסיו בעמד בדין משום דבלא עמד בדין הו"ל מלוה ע"פ. ע"כ בעת המכירה שמכר ללקוחות דהיה אז שעבוד על נכסיו דהא לדידיה קנסו רבנן ממילא הוי מכירתו כמו דמכר דבר דאינו ברשותו דהא שעבוד משוי להמכירה כמוכר דבר שאינו ברשותו לשיטת רש"י הנ"ל. וממילא אינו חל המכירה ומצי טריף מלקוחות. ודוקא מיורשין דמצי ירתי אף דבר שאינו ברשותו לכן כיון דלא קנסו לבנו אין גובין מהן כיון דזכו בי' היורשים מיד כשמת. אבל גבי טירפא מלקוחות דעיקר הטירפא מלקוחות הוי משום דמכר דבר שאינו ברשותו. ממילא ה"ה גם גבי קנס הוי מכירה לדבר דאינו ברשותו. ומצי טריף מלקוחות בעמד בדין אף לשיטת הסמ"ע דעמד בדין אינו גובה מבניו ומתורץ קושיא הנ"ל:

(הגה"ה:

ובמש"כ הש"ך בסי' פ"ו ס"ק ב' דשעבוד דר"נ שייך ג"כ בדד"ג כמו בחוב דאורייתא משום דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון כן. ושיטת מהרש"ל שם לחלק בד"ג דהוי רק מדרבנן אינו שייך בי' שעבודא דר"נ. והנה בב"ק (דף ה') מבואר בסוגיא וברא"ש שם דגם מטמא ומדמע משלם במיטב משום דכל דתקון רבנן כדאורייתא תקון ע"ש. א"כ כש"כ דבשעבודא דר"נ ג"כ כדאורייתא תקון במטמא ודד"ג. דהא בע"ח אינו משלם במיטב אלא ניזקין. אלמא דעשאו להיזק שאינו ניכר בשעבוד אלים יותר מבע"ח. כש"כ לשעבוד דר"נ דשייך גם בבע"ח דתקנו במטמא ודד"ג כעין דאורייתא בבע"ח. אך שיטת רש"י בכריתות (דף ב') דמפגל וכה"ג אינו משלם במיטב והתוס' השיגו שם עליו ואכמ"ל. (ע"כ הגה"ה):

נחזור לענינינו דלשיטת רש"י הנ"ל בוודאי מצי טריף אף קנס מלקוחות. אך בעיקר שי' רש"י הנ"ל דכתב דטעם הטירפא מלקוחות הוי משום מכירה דבר שאינו ברשותו. מצינו

בתוס' גיטין (דף מ' ע"ב) ד"ה הקדש חמץ וכו' שכתבו להקשות דאי מחמת שעבוד הוי דבר שאינו ברשותו א"כ אף קדושת הגוף לא תחול ומתרצי דהוי דבר ברשותו ע"ש. ומוכח דלא ס"ל שיטת רש"י הנ"ל. ולשיטת רש"י הנ"ל מוכח לומר דס"ל כמש"כ התוס' בקדושין (דף ס"ג ע"א) ד"ה וידיה איתנהו בעולם כו' דקדושת הגוף חל על דבר שלא בא לעולם. וה"ה דחל על אינו ברשותו ולכן קדושת הגוף מפקיע משעבוד. וכמש"כ הפני יהושע בקדושין שם וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ק"ד. ועיקר קושיא הנ"ל מהא דב"מ. תסוב רק על שיטת הסוברים דד"ג קנסא הוא כנ"ל. וי"ל דשיטת הסוברים כנ"ל ס"ל כשיטת רש"י בפסחים הנ"ל. ואתי שפיר. ובעיקר דברי רש"י פסחים הנ"ל הארכתי בספרי נחל יצחק ריש סי' ל"ט בקונטרס ש"ד סי' א':

ענף ה:

ועוד יש לחלק בפשיטות גבי קנס בין משועבדים ליורשים. והוא דהריטב"א והרא"ש לכתובות פ"ט סי' יו"ד והר"ן שם בשם ר"ת דלכן מוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול משום דיש שני שעבודים שעבוד נכסי ושעבוד הגוף וכיון דפקע שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד נכסי ונכסי דבר אינש ערבאין לי' והובא בש"ך ר' סי' ס"ו. והקשה הסמ"ע בסי' ס"ו ס"ק נ"ה דא"כ במת הלוה האיך גבינן מיורשים וחילק שם בזה וכמש"כ הקצה"ח שם ע"ש. אך התומים שם ס"ק מ"ג הקשה ג"כ דא"כ במת לוה ונפל נכסי קמי יורשי' דהא פקע שעבוד גוף באיזה אופן יחול שעבוד נכסי. וצ"ל דאף במת הלוה כשהיורש זוכה בנכסים אף הוא משתעבד כמו הלוה בעצמו ועליו מוטל לפרוע כמו אביו הלוה עכ"ל האו"ת. וי"ל דטעמו הוא דהא קיי"ל מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם. רק דאין ב"ד יכולין לכופן משום מצוה שמתן שכרה בצדה. עכ"פ מצוה יש עליהם ולכן לא פקע שעבוד נכסי. והא דגובין מלקוחות אף דלא שייך כן גבי לקוחות. משום דכיון דשעבוד הגוף מוטל על הלוה לכן לא פקע שעבוד נכסי מהנכסים. וכה"ג מצינו ברא"ש בב"ק פ"ק סי' ו' דלכן בבא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם בטלה מחלוקת משום דיתמי כרעי' דאבוה נינהו לפרוע חובות אביהם בשוה עכ"ל. וכ"כ הט"ז בח"מ סי' קע"ה סעי' ד' דבשני לקוחות שלקחו ממוכר א' ב' שדות ובא בע"ח וגבה חלקו של א' מהם דפטור הלוקח שני להחזיר ללוקח א'. משום דשאני יורשים דעליהם מוטל לפרוע חוב אביהם לכן חייב להחזיר משא"כ בלוקח דאינו שייך בהו לומר כרעי' דאבוה עי"ש. וזהו סייעתא לסברת התומים הנ"ל: ולפ"ז יש לחלק בפשיטות בין הא דטימא טהרות דלא קנסו בנו אחריו אף בעמד בדין כמש"כ האו"ת בריש סי' ק"ח ובין גביי' לגבות ממשועבדים. משום דבאמת טעמא בעי' דמפני מה בעמד בדין אין גובין מבנו דבמה יופקע זכותו שזכה כבר

במה דמת המזיק. רק י"ל דטעם הפוסקים הנ"ל דאף בעמד בדין אין גובה מבנו. דהא לפמש"כ האו"ת דהא דגובין מיורשיו הטעם הוא דחל שעבוד הגוף על היורש וכרעי' דאבוה נינהו. א"כ בקנס דלא קנסו בנו אחריו א"כ ליכא שעבוד הגוף על היורש וכיון דפקע שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד נכסי. לכן אף בעמד בדין דזכה כבר בשעבוד נכסי. עכ"ז כיון דלא קנסו בנו ממילא פקע שעבוד הגוף ע"כ פקע שעבוד נכסי. משא"כ גבי גביית מלקוחות דהא חזינן דעל לקוחות ליכא שעבוד הגוף על הלוקח אף בחוב גמור. והא דגובה מן לקוחות זהו מחמת שעבוד הגוף שיש למלוה על הלוה. א"כ ממילא אף בקנס גובין מלקוחות דהא לא פקע שעבוד גופו שיש לו על המזיק. וממילא לא פקע שעבוד נכסי דכיון דעמד בדין זכה בשעבוד נכסי כ"ז שהיו הנכסים אצל המזיק. ושאני יורש דכיון דלא קנסו לבנו א"כ פקע שעבוד הגוף וע"כ אינו ראיה מן יורש למשעבדי:

ועפ"ז א"ש מה שכתב הש"ך בריש סי' פ"ו דבדינא דגרמי אף דהוי קנסא עכ"ז שייך בי' שעבודא דר"נ. ומשמע דשייך בי' שעבודא דר"נ לכל דיניו. א"כ במה דקיי"ל דבשעבודא דר' נתן אינו יכול למחול דה"ה דאמרינן כן בדד"ג. ומשמע אף דלא עמד בדין. ולא אמרינן דכמו דלא קנסו בדינא דגרמי רק להמזיק ולא לבנו א"כ ה"ה גם בשעבודא דר' נתן דיהיה מועיל המחילה דהא לא קנסו רק להחייב ולא לב"כ. וע"כ מוכח מזה דשאני יורש דכיון דלא קנסו פקע שעבוד הגוף וה"ה שעבוד נכסי. משא"כ כ"ז שהלוה קיים ולא פקע שעבוד גופו ממילא יש לו כל שעבוד נכסי מדר"נ. ועיין ברשב"א המובא בקצה"ח בריש סי' פ"ו. ויש עדיין לדון הרבה בשעבוד דר"נ אם הוא בתורת שעבוד הגוף על הב' או בתורת שעבוד נכסי. ועיין בש"ך וסמ"ע סוף סי' פ"ה.. עכ"פ לענין לגבות מלקוחות אין להוכיח כלל מהא דלא קנסו בנו אחריו ומתורץ קושיא הנ"ל בפשיטות: ונלע"ד להצמיד שי' רש"י דפסחים הנ"ל עם סברת האו"ת הנ"ל.

משום דבמש"כ רש"י בפסחים דלכן טורפין מלקוחות משום דהוי כמוכר דבר דאינו ברשותו. דלפ"ז יש לדון דא"כ האיך גובין מיורשים דהא ביורשים לא שייך זה הטעם דהא ירתי אף לדבר דאינו ברשותו. אבל לפי סברת האו"ת הנ"ל א"ש כוונת רש"י. משום דהא כבר הקשה האו"ת דאיך גבינן מיורש והא במת הלוה פקע שעבוד גופו א"כ ממילא ה"ה דפקע שעבוד נכסי. וע"ז תירץ האו"ת דכיון דיורש כרעי' דאבוה הוא א"כ מוטל שעבוד הגוף על היורש וע"כ אתי שפיר מה דגבינן מיורשים. והא דגובין מלקוחות הטעם הוא דכיון דלא פקע שעבוד הגוף של הלוה ע"כ השעבוד נכסי הוא בתקפו. ועדיין תקשה דאמאי במת הלוה גובין מלקוחות הא כיון דמת הלוה פקע שעבוד גופו כמש"כ התומים. ובלקוחות לא שייך לומר דיש עליהם שעבוד הגוף כמו ביתמי. וע"כ הוכרח רש"י לבאר

דהא דגובין מלקוחות הטעם הוא דהוי כמוכר דבר דאינו ברשותו כיון שקנו בעת דהיה שעבוד הגוף בתקפו והיה אז שעבוד נכסי בעת מכירה ובטל המכירה שלהם. ומיתמי הטעם הוא משום דכרעא דאבוהון נינהו כנ"ל. א"כ שיטת רש"י עם סברת התומים המה נצמדים ביחד בעז"ה. ועיין בקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו מה שהביא בשם הר"נ כתובות. ובדין ערב ואכמ"ל. ולפ"ז שפיר כתבתי דאינו ראיה מן יורש ללקוחות גבי קנס. דשאני לקוחות כיון דהוי משום מוכר דבר דאינו ברשותו. א"כ ה"ה בקנס ג"כ כיון דקנו בעת דהיה שעבוד אלים על המזיק א"כ בטל למכירתם גם בקנס כנ"ל. ושאני ביורשים דכיון דלא קנסו לבנו א"כ נתבטל שעבוד הגוף וממילא פקע שעבוד נכסי:

ובאמת סברת האו"ת הנ"ל מוכרח לפי שי' הרי"ף והובא בש"ך ריש סי' ל"ט דש"ד כשי' ר"פ. וכ"כ הרא"ש בכתובות פ"ט סי' י"ג דר"פ ס"ל ש"ד. ומצינו לר"פ בר"פ שום היתומים אהא דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים דמפרש משום דפריעת בע"ח מצוה ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו. וקשה מאוד דכיון דשי' הרי"ף והרא"ש דר"פ ס"ל ש"ד. א"כ מה בכך דלאו בני מיעבד מצוה נינהו הא יכול לגבות מהם מצד דנשתעבדו הנכסים. וכמו דגובין מה"ט מלקוחות אף דוודאי ליכא עליהם המצוה דפריעת ב"ח דמ"מ גובה מהם מחמת שעבוד נכסי. אכן לפי סברת האו"ת ושי' רש"י הנ"ל ניחא דהא יש לחלק דלכן במת הלוה גובין מלקוחות אף דפקע שעבוד הגוף. משום סברת רש"י הנ"ל דהוי כמוכר דבר שאינו ברשותו. והא דגובה מיורשים הטעם הוא כסברת האו"ת דכיון דכרעי' דאבוה נינהו א"כ מוטל עליהם השעבוד הגוף. משא"כ בקטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו ופקע שעבוד הגוף ע"כ ממילא פקע שעבוד נכסי כן י"ל בטעמו דר"פ. והא דקיי"ל כרב הונא ברי' דר' יהושע דפליג על ר"פ. י"ל דטעמי' הוא דשאני קטן דאתי לכלל גדלות ע"כ לא מקרי פקע שעבוד הגוף. אבל היכא דפקע שעבוד הגוף לעולם. כו"ע מודו דפקע שעבוד נכסיו וע"כ בקנס כיון דלא קנסו בנו אחריו ופקע שעבוד הגוף ע"כ פקע שעבוד נכסי כמו שנתבאר אליבא דר"פ ביתומים קטנים. ובאמת הש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' נשאר בצ"ע על שי' הרי"ף אליבא דר"פ עי"ש אבל העיקר כמש"כ. ומצאתי כעת באו"ת סי' ל"ט ס"ק ב' שכתב ג"כ לתרץ בקצרה לקושיות הש"ך הנ"ל על הרי"ף עי"ש. ועיין בש"ך סי' ס"ו ס"ק א' דכתב דהרי"ף ס"ל כר"ת דשני שעבודים יש. והרא"ש בכתובות פ"ט סי' יו"ד כתב כן בשם הר"ת וכן בב"ק גבי בטלה מחלוקת כנ"ל:

אך בעיקר מש"כ האו"ת דיש למלוה שעבוד הגוף על היורש יש להקשות עליו מהא דאיתא בכתובות (דף צ"ב) דא"ל רבא נהי דאחריות דעלמא קביל עליו אחריות דנפשיה מי קביל עליו ומודה רבא בראובן שירש שדה מיעקב ומכרה לשמעון שלא באחריות

כו' מ"ט בע"ח דיעקב כבע"ח דעלמא דמי. א"כ מוכח מזה דלא מקרי היורש כהבע"ח בעצמו. ואי נימא דיש שעבוד הגוף על היורש א"כ אמאי מקרי בע"ח דעלמא. ואפשר לומר בזה דהא שעבוד הגוף שיש על היורש אינו רק כ"ז שהנכסים אצל היורש. משא"כ במכר להשדה דכיון דהנכסים שירש מאביו אינם אצלו ברשותו לכן פקע שעבוד הגוף ומקרי רק בע"ח דעלמא. כדמצינו בח"מ סי' ק"ד ביורש שמכר שדה אביו דחייב לשלם להרבה פוסקים מחמת מזיק שעבודו של חבירו אבל לא מחמת שעבוד גוף שהיה לו על היורש מכבר. ודווקא כ"ז דהנכסים אצל היורש אז יש לו שעבוד הגוף על היורש. משא"כ במכר נכסיו פקע שעבוד גופו. ולכן קרי לי' הש"ס בשם בע"ח דעלמא. דהא בע"ח גמור אינו יכול להפקיע ממנו לעולם שעבוד גופו משא"כ יורש כנ"ל:

ענף א:

ונלפענ"ד להביא ראיה דאף עמד בדין אינו גובה מיורשים מהא דאמר אביי בגיטין (דף מ"ד ע"ב) נקטינן טמא טהרות ומת לא קנסו בנו אחריו מ"ט כו' לדידי' קנסו רבנן לברי' לא קנסו רבנן. וקשה לפמש"כ התוס' בגיטין (דף נו"ן) בד"ה כיון דדינה מדאורייתא בעדיות. דאביי דסבר ביתמי בזיבורית צ"ל דסבר שעבודא לאו דאורייתא כו'. ואף בנזקין ס"ל לאביי כן דמה"ט מיתמי בזיבורית. והגהות אשרי בב"ק סוף פ"ב כתב דניזקין אינו גובה מן היורשים משום דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא ומלוה ע"פ כהאי אינו גובה מן היורשים כיון שאין שייך בו נעילת דלת עכ"ל. וכן כתב התוס' בקדושין (דף י"ג) ד"ה אמר ר"פ דבניזקין דלא שייך נעילת דלת אינו גובה מן היורשים רק אם מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא. וכה"ג כתבו התוס' בב"ק (דף י"ד) ד"ה ש"מ לוה ומכר נכסיו כו'. וכן כתב הרשב"א לב"ק (דף ק"ד) ובשמ"ק שם על מה דמקשה הגמ' שם דכי איכא אחריות נכסים מאי הוי מלוה ע"פ הוא ומלוה ע"פ אינו גובה מיורשים. וכתבו שם דאע"ג דקיי"ל דמלוה ע"פ גובה מיורשים התם הוא משום שלא תנעול דלת והכא לא שייך נעילת דלת עכ"ל. ועיין בב"ק (דף ק"ד) בתוס' ד"ה מלוה ע"פ הוא שלא כתב כן. וכן מוכח מהראב"ד פ' א' הל' ערכין דדוקא אי שעבודא דאורייתא אז גובה מיורשים באומר ערכי עלי. וזהו ג"כ מהך טעמא דכיון דאין שייך בו נעילת דלת אינו גובה מיורשים. ועיין בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב'. א"כ לשי' הסוברים הנ"ל דאי שעבודא לאו דאורייתא אינו גובה מיורשים היכא דלא שייך בי' נעילת דלת. א"כ קשה אי נימא דאביי ס"ל שעבודא לאו דאורייתא א"כ בלא"ה אינו גובה מיורשים בטמא טהרות ומת. דהא לא שייך בי' נעילת דלת. וע"כ מוכח דמיירי בעמד בדין דבזה גובה אף בנזקין אף היכא דלא שייך נעילת דלת. ועיין בתוס' ב"ב (דף קע"ה) ד"ה לא מן היורשים כו'. ואפ"ה

בקנס אינו גובה מבנו אחריו אף בעמד בדין. א"כ מוכח מזה כשי' הסמ"ע והתומים דאף עמד בדין אינו גובה בקנס מבנו אחריו:

ולכאורה יש לעיין בהא דמבואר בגיטין (דף נו"ן) דלאביי א"ש מה דאין נפרעין מיתומים אלא מזיבורית אף בנזקין כמבואר בסוגיא שם. משום דס"ל שעבודא לאו דאורייתא. וע"כ מוכח דמיירי בעמד בדין לפי שי' הפוסקים הנ"ל דהיכא דלא שייך נעילת דלת אינו גובה מיורשים. ומבואר שם דאף נזקין ג"כ בכלל זה בזיבורית. וע"כ מוכח דהא דאמרו דניזקין מיתמי בזיבורית דמיירי אליבא דאביי דוקא בעמד בדין א"כ תקשה דהא עיקר הטעם אליבא דאביי דאינו גובה אלא מזיבורית משום דאינו אלא מדרבנן וכמש"כ התוס' שם. וכיון דמיירי בעמד בדין א"כ הא גובין מה"ת א"כ קשה דאמאי אינו גובה אלא מזיבורית. וראיי' לזה דעמד בדין הוי מה"ת מהא דב"ק (דף ק"ד) דיליף שם מ דבלא הודה אביו והודה בנו אינו חייב חומש אבל קרן משלם ומוקי התם בעמד בדין. אלמא דעמד בדין הוי דאורייתא. א"כ תקשה דאמאי אין נפרעין מן היתומים אלא מזיבורית והא בעמד בדין הוי דאורייתא. ולשי' אביי' עיקר מה דגבי מיתמי מזיבורית הטעם הוא משום דהוי רק דרבנן וכמש"כ התוס' ותקשה כנ"ל:

ואפשר לומר בזה דהא מבואר בגיטין (דף פ"ח) דאביי קיבל מרב יוסף דשליחותייהו עבדינן מידי דהוי אהודאות והלוואות. אלמא דס"ל לאביי דבעינן מה"ת סמוכים וכשיטת הסוברים דשנים שדנו אין דיניהם דין בריש סנהדרין דעירוב פרשיית כתוב כאן. ומבואר ברשב"א ור"נ שם דהא דשליחותייהו עבדינן אין זה רק דרבנן. א"כ לפ"ז י"ל דדוקא עמד בדין בב"ד סמוכין זה הוי מה"ת וכה"ג מיירי הקרא דהובא בב"ק (דף ק"ד). אבל היכא דעמד בדין בהדיוטות ז"א רק מדרבנן ובזה מיירי הסוגיא דגיטין דאמרו דאין נפרעין בנזקין אלא מזיבורית מיתמי. דעמד בדין בב"ד הדיוטות. כן י"ל בזה. ועיין בספרי נחל יצחק סי' א' בעיקר דבר זה. אבל באמת מבואר בב"ב (דף קע"ה ע"ב) תוס' ד"ה לא מן היורשין כו' דכתבו שם דהא דעמד בדין גובה שם. הטעם הוא מדרבנן שלא תנעול דלת בפני לוין ובכל דיני ממונות שבעולם דנין כן ע"ש. אלמא דכתבו התוס' להדיא דמעליותא דעמד בדין אינו אלא דרבנן א"כ תקשה עליהם מסוגיא דב"ק (דף ק"ד) הנ"ל דמשמע התם דעמד בדין הוי מה"ת. והעיקר בזה כמש"כ השמ"ק בב"ק שם דאינו אלא אסמכתא בעלמא. ולעולם י"ל דאינו אלא מדרבנן ועפ"ז יש לפלפל בדברי התוס' ב"ק (דף י"ד ע"ב) ד"ה ביתמי כו' ואין גובין מן עבדים כמבואר שם. ועיין בקצה"ח ריש סי' ל"ט וקצרתי:

ובעיקר ראייתי שהוכחתי מן מימרא דאביי דאף עמד בדין אינו גובה. יש לדחות זה משום די"ל דבאמת הסוברים דאי שעבודא לאו דאורייתא אף מן יורשים אינו גובה היכא

דלא שייך נעילת דלת כנ"ל. וי"ל דס"ל כתירוץ הב' דגיטין (דף נו"ן) דאביי סבר ש"ד. והא דאינו גובה אלא מזיבורית היינו משום דלא פלוג רבנן ביתמי. ובאמת הפ"י הכריע שם דאביי ס"ל ש"ד מדס"ל למפרע גובה. ולא ניחא לי' לומר דזהו משום דשעבוד דרבנן איכא עכ"פ. א"כ ממילא נדחה ראייתי לפ"ז. וי"ל דמיירי אביי במה דאמר טמא טהרות ומת כו' בלא עמד בדין. ולתי' קמא דהתוס' גיטין שם י"ל דס"ל כשי' רוב פוסקים דס"ל דאף אי שעבודא לאו דאורייתא מ"מ גובה אף היכא דלא שייך נעילת דלת וכמבואר בסי' תי"ט. ועיין בש"ך כאן ס"ק ד' שהביא בשם המרדכי דבנזקין אינו גובה מיורשים אם לא עמד בדין. וטעמו כנ"ל לשי' הגהות אשרי והרשב"א בב"ק והראב"ד דהיכא דלא שייך נעילת דלת אינו גובה מיורשים בלא עמד בדין. והש"ך השיג שם עליו דאין לחלק לדינא ביניהם א"כ נדחה ראייתי הנ"ל. ובעיקר מילתא דאי עמד בדין מהני בקנס נלע"ד לומר לכאורה דזה תלוי במה דנתבאר לדון אי עמד בדין מהני מה"ת או רק מדרבנן וקצרתי:

ענף ב:

שוב ראיתי להוכיח דאף בקנס מהני עמד בדין לגבות מבניו כשי' הש"ך. מהא דב"ק (דף קט"ז) אמר לו רב הונא בר חייא לר"נ על הא דאחוי אחויה דינא או קנסא א"ל מתניתין הוא כו' א"ל רב יוסף לרב הונא מאי נפקא לך מיני' אי דינא אי קנסא א"ל אי דינא גמרינן מיני' אי קנסא לא גמרינן מיני' כו' עכ"ל. וקשה הא ה"ל לומר נפ"מ בפשיטות דאי הוי דינא חייב גם בנו לשלם ואי הוי קנסא לא קנסו בנו אחריו דהא כבר נפשטא האיבעיא דצורם אוזן בכור בבכורות (דף ל"ד) ובמ"ק (דף י"ב) ובגיטין (דף מ"ד) דלא קנסו בנו אחריו כדאמר אביי שם. א"כ הוי נפ"מ רבתי בינייהו אי קנסו בנו אחריו בזה או לא. אך זה אין להקשות דהא המ"ל נפ"מ דאי הוי דינא א"כ קנסינן שוגג כמו מזיד דהא אדם מועד לעולם ואי דד"ג קנסא אז לא קנסו שוגג אטו מזיד וכמש"כ הש"ך בסי' שפ"ו באריכות די"ל במה דאכתי תקשה דל"ל למימר בלשון דינא או קנסא הא הו"ל לומר בזה הלשון דד"ג הוי דאורייתא או דרבנן ואי הוי דרבנן ממילא לא קנסו שוגג וכמש"כ המרדכי. והובא בש"ך סי' שפ"ו ס"ק א' בש"ך בד"ה ועוד נראה לי ראיה ממאי דפטרינן כו'. דכתב שם בשם המרדכי דלכן פטור דד"ג באונס משום דלא הוי רק מדרבנן ע"כ לא חייב אלא במזיד עכ"ל. א"כ אף בלא טעם דקנסא ג"כ פטור בשוגג כיון דאינו רק מדרבנן. ותקשה עדיין דלמה קרי ליה קנסא ולכן הקשה שפיר מאי נפ"מ דינא או קנסא לכן זהו אינו קושיא כלל. [ויש להסביר כ"ז דלכן בדרבנן פטור שוגג משום דהא מבואר בח"מ סי' רל"ד דשוגג דרבנן א"צ כפרה כמבואר בנתיבות שם. לכן אפשר לומר מה"ט דמזיק בשוגג בדרבנן א"צ לשלם משום דלא עשה איסור דיהיה צריך כפרה]. אבל מה

שהקשיתי דה"ל למימר נפ"מ אי קנסו בנו אחריו או לאו. תקשה מאוד. והנלפענ"ד בזה משום דהא מבואר ברשב"א בב"ק (דף ק"ד) ובשמ"ק שם דרב נחמן ס"ל כרב ושמואל דס"ל בב"ב (דף קע"ו) ובקדושין (דף י"ג) דמלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים. ועיין בגיטין (דף נו"ן) בתוס' שם. ועיין בתוס' ב"ק (דף ק"ד) ד"ה מלוה ע"פ הוא כו'. ובב"ק (דף מ"ג) וב"ב (דף קכ"ה) דר"נ ס"ל גבי קרקע אין לו ובתוס' שם. ועיין ב"ב (דף קנ"ז) וקצרתי:

א"כ לפמש"כ הרשב"א והשמ"ק בב"ב הנ"ל דת"ק ס"ל דאין גובין מיורשים במלוה ע"פ. וכן מצינו בערכין (דף ו') על מה דמבואר במשנה שם פלוגתת ת"ק עם ר' יוסי דמפרש רב יוסף דת"ק סבר מלוה ע"פ אינו גובה מיורשים כו'. ועיין בתוס' שם (דף ז') ד"ה מיתבי בור בר"ה כו' דר' יוסף סבר שעבודא לאו דאורייתא כו'. [והא דאמרינן שם ואיכא דמתני לה אהא כו' זהו תוספתא דב"ק. מסתמא ס"ל לר' יוסף כת"ק דסתם משנה]. ולפ"ז אתי שפיר מה דהקשיתי על הא דב"ק דשאל ר' הונא בר חייא לר' נחמן אי הוי דינא או קנסא ופשיט לי' ר' נחמן ממתניתין ועל זה שפיר הקשה רב יוסף מאי נפ"מ דאין לומר דנפ"מ אם לקנוס בנו אחריו. דהא זה אינו כיון דמיירינן אליבי' דר' נחמן דהא רב נחמן היה מהדר לפשוט זה הדין. וכבר נתבאר דרב נחמן ס"ל דמלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים כמש"כ השמ"ק והרשב"א בב"ק כנ"ל. א"כ אליבי' דר' נחמן אפילו ממונא אם לא עמד בדין אינו גובה מן היורשים וע"כ מיירי בעמד בדין. והיכא דעמד בדין אף קנס גובה מן היורשים וע"כ לא הוי מצי למימר זה הנפ"מ. וגם הא נתבאר דרב יוסף ס"ל ג"כ בכל מלוה ע"פ אינו גובה מיורשים. ורב יוסף הקשה בב"ק מאי נפ"מ וע"כ לא הוי מצי למימר האי נפ"מ. א"כ לפ"ז מוכח כשי' הש"ך דעמד בדין גובה אף קנס מבנו. והא דב"ק (דף ק"ד) וערכין (דף ו') מיירי שם ג"כ בנזקין וגזילה דהוי מלוה הכתובה בתורה וכמש"כ הש"ך בריש סי' ל"ט דרב ושמואל ס"ל אף במלוה הכתובה בתורה אין גובה מיורשים א"כ שפיר כתבתי. ואחר כותבי כ"ז מצאתי בלח"מ ברמב"ם פ"ח הל' חובל ומזיק הל' א' שהקשה שם ג"כ אמאי לא קאמר הש"ס בב"ק (דף קט"ז) האי נפ"מ לענין אם לקנוס בנו אחריו. אך לא תירץ כלל ומה שכתבתי הוא נכון. ומה דלא אמרו שם הנפ"מ לענין אי מודה מיפטר. מוכח מזה כמש"כ הש"ך בסי' שפ"ח ס"ק נ"א דבקנס דרבנן חייב ע"פ הודאת עצמו ג"כ וקצרתי:

וע"פ מש"כ לעיל דנטלו מסיקין דאמר רבה בב"מ (דף ט"ו) הכוונה בתפסו עבור חובו וחייב לשלם עבור הנאתו. יש ליישב בזה מה שיש להקשות לפמש"כ התוס' בב"ק (דף י"ד) והש"ך בח"מ סי' קי"ט דניזקין יש לו קול וגובה ממשעבדי אף בלא עמד בדין. א"כ תקשה דמאי פריך הגמ' שם בב"מ (דף ט"ו) בין לרבה ובין לרבא מלוה ע"פ הוא ואינו

גובה ממשעבדי. דהא נזקין יש לו קול וגובה ממשעבדי אף בלא עמד בדין א"כ מאי מקשה הגמ'. אבל לפמש"כ לעיל א"ש דהא האי נטלה מסיקין היינו דתפסו עבור חובו א"כ אינו חייב משום מזיק רק משום הנאתו. אך זה אינו מספיק לתרץ אלא לרבה בר ר' הונא אבל לרבא דמוקי שם בחפר בה בורות והש"ס מקשה שם אף לרבא. א"כ עדיין תקשה דהא הוי נזקין כנ"ל:

אך באמת זה אינו קשה כלל דהא התוס' בב"ק (דף י') כתבו דהא דנזקין יש לו קול וגובה ממשעבדי אינו רק למאן דס"ל דשעבודא דאורייתא. אבל למאן דס"ל שעבודא דרבנן אז לא מהני קלא ואינו גובה ממשעבדי וכן מבואר בש"ך סי' קי"ט ע"ש. והכא בב"מ הש"ס מהדר לתרץ אליבא דשמואל דס"ל שבח אין לו. והא שמואל ס"ל דשעבודא לאו דאורייתא אף במלוה הכתובה בתורה. כמבואר בקדושין (דף י"ג) ובב"ב (דף קע"ה) כמש"כ הש"ך בריש סי' ל"ט. ולכן אף דמצינו לרבא דס"ל שעבודא דאורייתא כמש"כ התוס' בגיטין (דף נ'). עכ"ז הא כיון דעיקר תירוצם הוא אליבא דשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא לכן מקשה שפיר הא מלוה ע"פ הוא כו'. ובאמת למה דמתרץ הש"ס בעמד בדין וכן בב"ב (דף קע"ו) ובב"ק (דף ק"ד). מוכח מזה דמעליותא דעמד בדין הוי משום דהוי כמלוה בשטר לכו"ע. ועיין ברש"י ד"ה כשעמד בדין כו'. ולעיל כתבתי מזה. וקצרתי: ענף ג:

ולכאורה יש לדון דאף אי נימא כשי' הסוברים דעמד בדין אין גובה קנס מבנו. דעכ"ז יש לחלק אם עמד בדין וכתבו לו פסק דין דאז גובה מבניו אף בקנס. משום דהא התוס' בב"ב (דף קט"ה) ד"ה לא מן היורשים כו' כתבו דעמד בדין הוי משום קול ולא משום דתפס דאם הוי כתפס א"כ אמאי משמט בעמד בדין עכ"ל. לכן כיון דמבואר במשנה בשביעית פ' י' משנה ב' דכל מעשה ב"ד אינם משמטין וזהו דוקא בכתבו פס"ד כמבואר בירושלמי ובר"ש שם ובח"מ סי' ס"ז ובביאור הגר"א זצ"ל שם משום דאז הוי כגבוי והוי כמו דזכה בו התובע כבר. והתוס' בגיטין (דף מ"ד ע"ב) ד"ה נטייבה כו' כתבו דבשטר שיש בו רבית שקונסין אותו לעולם. משום דכיון דכבר זכה בו הלוה שאני. והא דלא קנסו בנו היינו היכא דמחוסר גובייגא ולא הוי כגבוי וכיון דכתבו פס"ד הוי כגבוי וזכה כבר הניזק וממילא מוציאין אף מבנו גם בקנס. ועפ"ז יש לי ג"כ ליישב מה שהקשיתי לעיל מהא דב"מ (דף ט"ו) דבעמד בדין גובה ממשעבדי אף בקנס. די"ל דעמד בדין דב"מ שם מיירי בכתבו פסק דין. וזהו מוכרח בלא"ה לפי שיטת הסוברים דהא דעמד בדין גובה מלקוחות מיירי בכתבו פסק דין משום דהא דאמרו דמעשה ב"ד כמאן דנכתב דמי מיירי בכתבו פסק דין וכמש"כ הש"ך סי' ל"ט ס"ק כ"ד וסי' ע"ט ס"ק ל'. וגם הביא שם בשם

כמה פוסקים דהקשו דהאיך מצי לגבות מלקוחות בעמד בדין והא מצי לטעון פרעתי וניחוש לקנוניא ותירצו דמיירי בכתבו לי' כו' וכיון דחזינן דלהך שיטת הפוסקים הנ"ל הוי הפירוש דעמד בדין דמיירי בכתבו פסק. א"כ שפיר כתבתי לפרש דמיירי בכתבו פסק דבכה"ג גובין אף מבניו כן י"ל לכאורה. אך באמת יש לדון בזה הרבה דא"כ במה דקיי"ל דשט"ח לאו כגבוי דמי וכבית הלל. דא"כ היכא דיש לו פסק דיהיה בזה כגבוי בספק פרעון. ובאמת אין זה במשמע כן מהפוסקים:

ובעיקר הקושיא מש"כ לעיל להקשות על שי' הסמ"ע דס"ל דבקנס אף בעמד בדין לא קנסו בנו אחריו. והקשיתי לעיל מהא דב"ק (דף קי"ז) דא"ל ר' הונא בר חייא לר' נחמן דינא או קנסא והקשו שם מאי נפ"מ אי דינא או קנסא. והקשיתי הא נפ"מ אי עמד בדין דאי נימא קנסא לא קנסו בנו אחריו אף בעמד בדין. ונראה לי כעת לתרץ זה. משום דיש להסביר שי' הסמ"ע במה דס"ל דאף בעמד בדין לא קנסו בנו אחריו. דאף דקיי"ל בכתובות (דף מ"ב) גבי קנס דאורייתא דהיכא דעמד בדין הוי ממונא. וע'ין בב"ק (דף ע"ב) תוס' ד"ה סיפא כו' ובכתובות (דף ל"ח ע"ב) ד"ה יש בגר בקבר כו'. משום די"ל בסברת הסמ"ע דלדידן דקיי"ל דבעינן סמוכים מה"ת רק שליחותייהו דקמאי עבדינן. ומבואר ברמב"ן על התורה ובר"נ בגיטין דז"א רק מדרבנן כמש"כ לעיל בסי' א'. לכן אף דמצינו בדינא דגרמי דגובין בזמן הזה משום דזה מקרי מידי דשכיח ועבדינן שליחותייהו. עכ"ז י"ל דאין כח לב"ד דאינם סמוכים רק במה דמהני תפיסת הבע"ד. וכיון דבכל מה דאין גובין בזמן הזה מהני תפיסת בע"ד. ע"כ יש לומר דבזה דוקא תקנו דב"ד הדיוטות יכולין לגבות אף בזה"ז משום דאינם עושים דבר מחודש רק הוי כמו שכופתין יד הנתבע כדי שיהיה התובע יכול לתפוס. ואחר דאתי לידו הא ממילא הוי תפס דלא מפקינן מיני'. ועיין בסי' ע"ג סעי' ט"ו בשי' הריב"ש דבמכירת משכון לא בעי ב"ד מומחין ובקצה"ח שם ס"ק יו"ד דאף בקרקע היכא דהוא מוחזק ג"כ כנ"ל וזהו שייכות לענינינו וקצרתי:

וכה"ג כתב האלפס בכתובות (דף פ"ו) גבי האי מאן דאיכא עליו כתובת אשה ובע"ח לבע"ח יהבינן כו'. מוכח מזה דתפיסה מהני בשני בע"ח ביום א' דאל"כ איך מפסידן זכות האשה כ"כ וכמש"כ שם הרא"ש והרשב"א יעויין שם. אבל אם נימא דתפיסה מהני אז לא מפסידן זכות האשה אלא אין מניחין לה לתפוס וממילא מהני תפיסת הב"ח. והארכתי בזה במק"א. וה"ה י"ל בהא דמצינו דאף דאין לנו סמוכין בזמן הזה ואין לנו כח לדון רק מצד תקנת חז"ל דעבדינן שליחותייהו כנ"ל. י"ל דלא תקנו זה רק היכא דתפיסה מהני דהיכא דמהני תפיסתו לכן כיון דב"ד מתפיסין לו הוי כאלו תפס מעצמו ומהני.

אבל מציין דב"ד דבזמן הזה יהיה להם כח לעשות מקנס דין ממון דהא זהו דבר מחודש לגמרי. דכיון דבקנס לא קנסו בנו אחריו ולא מהני אף תפיסת הבע"ד במת המזיק.. ע"כ מנלן דתקנו דיהיה כח לב"ד דזמן הזה לעשות מקנס דין ממון דכיון דלא מצינו זה בפירוש ע"כ במסברא אין לנו לומר כן. וכדמצינו באלפס שכתב לחלק כנ"ל. והא דמצינו דעמד בדין אף בזה"ז גובה ממשעבדי זהו כמש"כ התוס' בב"ב (דף קע"ה) דהא דעמד בדין גובה מן משעבדי זהו משום קלא. והא דח"מ סי' ס"ז סעי' ט"ז גבי שמיטה אינו ענין לכאן כלל. והא דגיטין (דף פ"ח) דמעשין על גיטין מידי דהוי אהודאות והלואות. שא"ה דכיון דמצינו דתקנו חז"ל דב"ד דזמן הזה יכולין לכוף ממילא בגיטין כיון דכופין עד שיאמר רוצה אני א"כ שייך בי' מצוה לשמוע דברי חכמים כמבואר בב"ב (דף מ"ח). והא דמקבלינן בזה"ז כו' שא"ה עפ"י שיטת ר' נתנאל דהובא בקדושין (דף ס"ב) תוס' ד"ה גר צריך כו'. דשא"ה דכתיב לדורותיכם כו'. ועיין בסמ"ע סי' א' ס"ק ג' וקצרתי. כן יש להסביר שי' הסמ"ע דבקנס אף עמד בדין לא מהני לגבות מן יורשי':

וכ"ז הוא לדידן דקיי"ל דבעינן מה"ת סמוכים. אבל לר' נחמן דס"ל שנים שדנו דיניהם דין כמבואר ב"ב (דף מ') ובסנהדרין (דף ה') ובכתובות (דף כ"ב) ובתוס' שם. א"כ מה"ת חד כשר כמבואר בריש סנהדרין. וב"ד דזמן הזה יכולין לדון מה"ת. רק מה דלא שכיח כמו גזילות וכה"ג בעי מומחין. ע"כ מהני לר"נ ב"ד דבזמן הזה אף בקנס לענין דאם מת יקנסו בנו אחריו דהא דינא דגרמי שכיח ומה"ט גובין בזה"ז ולא בעינן מה"ת סמוכים בכזה. ע"כ גם בעמד בדין דב"ד דזמן הזה הוי ממון כמו בכל קנס כנ"ל. ע"כ שם בב"ק דאמרו לר"נ אי דינא או קנסא שפיר מקשו מאי נפ"מ. דאין לומר דנפ"מ לענין אם מת אם קנסו בנו אחריו. דזה אינו לר"נ דנתבאר לעיל דס"ל דכל מלוה ע"פ אינו גובה מיורשים בלא עמד בדין,, א"כ אם לא עמד בדין גם ממון אינו גובה מיורשים. ואם עמד בדין הא לר"נ מהני עמד בדין אף בקנס מה"ת כנ"ל לשווי' מקנס דין ממון. אבל לדידן שפיר י"ל דלא מהני עמד בדין בבד ד דזמן הזה דאינו אלא מדרבנן. שיהיה עי"ז חוב ממון משום דאין רק לב"ד דזה"ז רק לברר החוב ולעשות שיהיה כמוחזק כנ"ל. ועיין בסי' ק"ג סעי' ו' דיש אומרים במשכונה מוחזקת כו' ובקצה"ח סי' ע"ג ס"ק יו"ד. ומש"כ לעיל דלר"נ דבדד"ג גם מה"ת חד כשר יש מקום לזה עפ"י הא דח"מ סי' א' סעי' ג' בהגה"ה שם בשם הנ"י ואלו שם בסעי' ד' גבי דד"ג סתם דגובין זה בזה"ז וקצרתי: אך עדיין יש לדון בזה לפי מה דמבואר בסי' ק"ג סעי' ח' דאם ירד המלוה לנכסי לוה בלא רשות ב"ד אינו כלום. אלמא דאף במקום דלא מהני תפיסת הבע"ד בעצמו בלא ב"ד מ"מ ע"י ב"ד אף בזה"ז מהני. וכן לפי מה דמבואר ברא"ש בכתובות פ"ט סי' י"א דהא דמהני תפיסת בע"ח בשני חובות

ביום א' בקרקע. דז"א רק בגבי' ע"י ב"ד אבל בגבה מעצמו לא מהני אלמא דאף היכא דבעינן ב"ד דווקא מהני גם ב"ד דזמן הזה. ועיין בח"מ סי' ע"ג סעי' ט"ו ש"ך ס"ק מ' ובאו"ת שם. ולכן העיקר כמש"כ הש"ך דעמד בדין מהני אף בזמה"ז בקנס דיגבו מבנו אחריו. ומ"מ דברי הסמ"ע יש ליישב. עפ"י מה שנתבאר כנ"ל ולחלק ע"פ הא דסי' ק"ג סעי' ו' ובסמ"ע ס"ק י' ובט"ז ואו"ת ובסי' ק"ד ש"ך ס"ק י"ד ובב"י שם. ובקצרה י"ל בל"ז דהא דכתובות (דף מ"ב) דעמד בדין ממון הוי לא מצינו כן רק בב"ד דמה"ת אבל בב"ד דזה"ז דאינו אלא מדרבנן לדידן לא מצינו כן. וי"ל דאין להם כח לעשות מקנס דין ממון: וכן יש להעיר בהא דב"ב (דף צ"ד ע"א) אמרי לה דינא ואמרי לה קנסא גבי אם בא לנפות מנפה כולו ופי' הרשב"ם והרא"ש נפ"מ אם ידעינן דלא עירב כו'. וכן כתבו הנ"י והשמ"ק שם שארי נפ"מ לענין אם מגבינן בבבל ושארי נפ"מ. ובאמת בזה יש לעיין לפמש"כ הרא"ש בגיטין פ"ד סי' מ"א דקנסות דרבנן גובין בבבל ואכמ"ל בזה. וקשה אמאי לא נקטו כולם הנפ"מ לענין אם קנסו בנו אחריו. אכן לפמש"כ לעיל א"ש דהא רב הונא אמר שם להך דבא לנפות מנפה כולו. ורב הונא ס"ל בכל דוכתי כרב רבי' כמבואר בשבת (דף קכ"ח). וכיון דרב ס"ל שעבודא לאו דאורייתא כמבואר סוף ב"ב ובקדושין (דף י"ג) ולכן מלוה ע"פ אינו גובה מיורשים. א"כ ה"ה לרב הונא כל מלוה בע"פ אינו גובה מיורשים אלא בעמד בדין. [ועיין בש"ך סי' ל"ט ס"ק מ"ט באה"ד שם בד"ה שוב נראה בעיני להכריע כהרשב"א כו' שכתב שם דדוחק לומר דס"ל לרב הונא שעבודא לאו דאורייתא עכ"ל. ובאמת אדרבה הא מוכח דרב הונא ס"ל שעבודא לאו דאורייתא כדס"ל לרב רבי']. א"כ הא בעמד בדין קונסין בנו אחריו לשי' הש"ך כנ"ל. ע"כ לא קאמרי כל הנך ראשונים שם להך נפ"מ. ויהיה מזה ג"כ הוכחה לשי' הש"ך. דהעיקר לדינא דעמד בדין קנסו בנו אחריו. ויש להאריך בהא דב"ב הנ"ל: ענף ד:

כתב דגבי לקוחות אם בא בע"ח וטריף מהן דלא שייך בהו לומר מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם אם לא הניח אביהם רק מטלטלין. משום דעביד אינש דזבין ארעא ליומא רק אם הניח קרקע שאני וכ"כ הטור שם סעיף ל"ב:

ענף ה:

ויש להעיר בזה מהא דב"ב (דף מ"ג ע"א) דאמרו וכי קנו מידו מאי הוי הרי מעמידה בפני בע"ח כו' ומתרץ דהב"ע דקיבל עליו אחריות כו' אלא אחריות דאתי' לי' מחמתי'. ופי' הרשב"ם בד"ה אלא אחריות כו' דסוף סוף לוה רשע כו' גבי חבירו שקיבל אחריות כו' ולקמן בשמעתין מוכח דמקרי לוה רשע מוכר באחריות וטרפוה מן הלוקח ואינו משלם לו עכ"ל הרשב"ם. וכן אי' שם לקמן (דף מ"ה) דמקשו סוף סוף לגבי אידך נמי לוה

רשע כו' הוא דאמר להכי זביני לך שלא באחריות. אלמא דאף בחיוב אחריות שקיבל ע"ע שייך בי' לומר לוה רשע בפני הבריות ג"כ דהא התם עיקר הסברא דלא ניחא לי' דליהוי לוה רשע כו'. וכמש"כ הרמב"ן בחי' לב"ב דרוצה לצאת ידי הבריות דלא מקרי לי' לוה רשע כו' וע"כ מעיד שקר. והובא בש"ך סי' ל"ז ס"ק א' ע"ש. ועיין בש"ך סי' ל"ז ס"ק י"א. וכיון דמצינו דגם בחוב אחריות שייך לומר בי' דהוי לוה רשע כו' א"כ יש לומר דאף בחוב אחריות שייך לומר מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהם אם הניח להם מטלטלין. דעיקר הטעם דמצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם הוא כמש"כ הסמ"ע בסי' ק"ז ס"ק א' דזהו משום מצות כיבוד אב שגנאי הוא לאביהם בפני הבריות שיהא בכלל לוה רשע ולא ישלם כו'. וכמש"כ התוס' בכתובות (דף פ"ו) ד"ה פריעת בע"ח כו'. וכיון דגם בחוב אחריות שייך בי' לומר דהוי לוה רשע כו'. א"כ הדין נותן דאף גבי יורשים שייך לומר מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם בחוב של אחריות שקיבל אביהם כיון דהוי לוה רשע והוי בזה ג"כ גנאי לאביהם כנ"ל. וגם מוכח מן הגמ' בב"ב הנ"ל דאין לחלק כלל בין חוב הלואה לחוב אחריות דאי נימא לחלק ביניהם א"כ מה מקשה הש"ס שם סוף סוף לגבי אידך נמי לוה רשע כו'. וכן שם לעיל (דף מ"ג) כנ"ל. הא י"ל דנוח לו לסלק לבע"ח של חוב הלואה ביותר מן חוב אחריות וע"כ מוכח דשוין הם גם בפני הבריות כנ"ל ועי"ש בשמ"ק. ולפ"ז יש להקשות דאיך כתבו הכא בפשיטות לחלק דבחוב של אחריות ליכא בי' מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם דמנלן זה ואדרבה הא יש להוכיח להיפך וכנ"ל:

ואפשר לומר דהא דכתבו הטור והסמ"ע דבחוב אחריות ליכא מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהן דמיירי בלא קיבל אחריות בפירוש. אף דקיי"ל אחריות ט"ס מ"מ כיון דמצינו לשמואל ושארי מ"ד דס"ל אחריות לאו ט"ס כמבואר בב"מ (דף י"ד). וידוע מש"כ התוס' בסנהדרין (דף נ"ג) ד"ה הא לית לי' קדושין כו' דלא שייך לומר אדם יודע היכא דפליגי בזה: ואף דלא קיי"ל כוותי' לדינא. וכ"כ התוס' בב"מ (דף ט"ו ע"ב) ד"ה ונתן לו. וכה"ג כתב הש"ך בסי' מ"ב ס"ק כ' וס"ק כ"א וס"ק כ"ב ע"ש. וכה"ג איתא בגיטין (דף נ"ה ע"א) דאיכא למימר טעי בדר' ירמיה. ולפי"ז י"ל בסברת הטור והסמ"ע דכתבו דבחוב אחריות לא הוי מצוה על היורשים משום דעביד דזבין ארעא ליומא. דטעמם הוא דכיון דמצינו פלוגתא בגמ' אי אמרינן אחריות ט"ס או לא ולאו כ"ע דינא גמירי ושייך בזה לומר לסברת הש"ס דב"ב (דף ה') דמי יימר דמחייבי' לי' רבנן. ולכן לא יהיה בזה גנאי לאביהן אם לא ישלמו לבע"ח של האחריות. משום דהא לא יהיה בזה לוה רשע כו' בפני הבריות כ"כ. דהא לאו כ"ע ידעי דהוא חייב לשלם להלוקח אף בלא התנה בפי'

מצד אחריות ט"ס. ולכן שפיר אמרו דמחמת דעביד דזבין ארעא ליומא לא הוי מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהן. וכמו דאמרו בב"מ (דף י"ד) טעמא דשמואל דס"ל בבא בע"ח וטרף דלא הוי אחריות ט"ס משום דעביד דזבין ליומא:

וכל זהו רק לאחר דמסיק הש"ס בב"ב (דף מ"ה) שם לתרץ במה דהקשו לי' סוף סוף לגבי אידך נמי לוה רשע כו'. משום דאמר לי' להכי זביני לך שלא באחריות. אלמא דהיכא דלא קיבל ע"ע חוב אחריות בזה לא מקרי לוה רשע כו'. ע"כ שפיר י"ל אף לדידן דקיי"ל אחריות ט"ס. עכ"ז כיון דלאו כ"ע דינא גמירי ויסברו דאינו חייב באחריות בזה ע"כ לא הוי בכלל לוה רשע. אבל הש"ס בקושייתם דהקשו שם סוף סוף לגבי אידך נמי לוה רשע כו' והיה ס"ל אז דאף בהתנה בפי' שלא באחריות ג"כ שייך לוה רשע כו' ע"כ מקשו שפיר סוף סוף לגבי אידך כו'. וכן הא דלעיל שם (דף מ"ג) דמיירי שם בקיבל עליו אחריות דכיון דפי' האחריות ע"כ הוי שפיר לוה רשע כו' בפני הבריות ג"כ. והסמ"ע והטור מיירי הכא בלא התנה בפירוש בחיוב אחריות עליו. ולפ"ז י"ל דהיכא דהתנה בפי' לחיוב אחריות עליו בעת המכירה דבכה"ג הוי מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם כדי שלא יהיה גנאי לאביהם בפני הבריות שלא יהיה בשם לוה רשע כו':

אכן מסתימת הטור והסמ"ע משמע דאף בפירש לחוב אחריות עליו ג"כ לא הוי מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהן. ולא חילקו רק בין ערב ובין לקוחות דמשמע דבלקוחות עצמם לא מחלקינן כלל ובכל גווני לא אמרינן בהוא למצוה על היורשים כו'. דאם לא כן היה להם לחלק בלקוחות עצמן בין קיבל בפי' אחריות עליו ובין מוכר סתמא. וע"כ מוכח דטעמם הוא דאף דשייך לומר לוה רשע בחיוב אחריות מ"מ לא אמרו מצוה על היורשים כו' בחוב כזה. משום דהבית יוסף בח"מ סי' ק"ח ס"ק ל"ב כתב לבאר לדברי הטור הנ"ל דכן כתב הבעה"ת והמאור. וכתב דטעמם הוא דלא אמרינן מצוה על היתומין לפרוע חוב אביהן אלא למלוה או לערב שעשו חסד עם אביהם אבל לקוחות לא עשו עמו חסד שדרך הקונים לקנות שדה לצורך יום אחד כו' הלכך כיון שלא עשו עמו חסד אינה מצוה לפרעם עכ"ל הבית יוסף שם. ולפי הטעם הלז הדין הוא כן אף שקיבל אחריות בפירוש עליו דג"כ שייך טעם הלז דכיון דלא עשה חסד עם אביהם ע"כ לא אמרו בזה למצוה על היורשים כו':

וי"ל דבאמת אף דשייך בכזה לוה רשע כו' כנ"ל בב"ב. עכ"ז מחמת דלא עשו עמו חסד לא אמרו כן. ודוקא בהא דב"ב גבי חשש עדות שקר משום שלא יהיה לוה רשע כו' בזה י"ל דאף גבי חיוב אחריות אמרו כן. ומה דהקשו שם סוף סוף כו'. אף דבבע"ח שייך לומר הסברא שעשה עמו חסד כנ"ל עכ"ז גבי חשש שיעיד שקר משום שלא יהיה

לוה רשע כו'. דכיון דהוי עדיין לוה רשע גם בחיוב אחריות ע"כ לא נחשד להעיד שקר משום מה דבחוב הלואה יהיה ביותר לוה רשע כו'. אבל גבי מצוה על היורשים כו' חילקו בזה. וזה א"ש ביותר לפמש"כ התוס' בכתובות (דף פ"ו) ד"ה פריעת בע"ח כו' בשם רש"י דהא דאמרו מצוה על היורשין לפרוע כו' הוי זה רק מדרבנן וכ"כ הרשב"א לכתובות (דף פ"ו) שם. ע"כ ראו לחלק ביניהם כן דלאו בכל גווני אמרו להך מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם. ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' ומה שהבאתי שם בשם הירושלמי חגיגה סוף ה"א דבחוב עולת ראיה לתבוע אין תובעין משום דלאו בכל גווני אמרו להך מצוה על היורשים ע"ש. ולעיל סי' ק"ז סעיף א' בארתי בארוכה קצת להירושלמי הנ"ל ע"ש:

ענף ו:

והנה לקמן סי' קכ"ג סעי' י"א בש"ך ס"ק כ"ד הביא שם בשם הסמ"ע שם ס"ק י"ז דדעתו דאין לחלק בין חוב הלוואה שחייב להלוה ובין חוב שחייב הלוה להערב ששילם עבורו להמלוה והש"ך שם חלק עליו וכתב די"ל דוקא בחוב אחריות כיון שלקח מעות מהלוקח ה"ל לוה רשע כו' בפני הבריות. אבל הכא שלא הלוה מהקבלן כלום אפשר דלא ה"ל לוה רשע לגבי קבלן וא"כ הוי נוגע בעדות ומכש"כ לפמש"כ הרמב"ן בב"ב כו' דה"ק דלא ליקריי' לוה רשע כו' ולהוציא ידי הבריות מתכוין עכ"ל וא"כ בערב מסתמא לא רגילי אינשי למקרי לוה רשע כו'. עכ"ל הש"ך. אכן ממה דכתבו כל הראשונים הכא גבי מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהן דזה אינו רק בחוב הלואה להלוה או להערב אבל בחוב אחריות לא אמרינן כן. א"כ חזינן דאדרבה בחוב שחייב לערב חמירא לאינשי ביותר מן חוב אחריות ומה"ט הוי בזה גנאי וקלון אביהם ביותר מן חוב אחריות. ע"כ העיקר כמש"כ הסמ"ע שם דגם חוב שחייב להערב הוי לוה רשע בפני הבריות. דזהו כש"כ מן חוב אחריות דמצינו להדיא דה"ל לוה רשע גבי נוגע בעדות וגם הש"ך לא כתב שם רק בלשון אפשר כנ"ל וכה"ג כתב הש"ך בסי' ל"ז ס"ק י"א דבחוב נזקין לא ה"ל לוה רשע כו'. והתומים בסי' ל"ז ס"ק ה' חולק שם על הש"ך והעלה דאף בחוב נזקין ה"ל לוה רשע כו' ע"ש:

וע"פ סברת הש"ך דכתב דבנזקין לא ה"ל לוה רשע. א"כ לפ"ז י"ל דבחוב נזקין לא יהיה בזה מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהן דהוי כש"כ מן חוב אחריות דמצינו דה"ל לוה רשע כו' ואפ"ה ליכא בי' מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם. א"כ כש"כ בחוב נזקין דליכא בי' לוה רשע גבי נוגע בעדות לשי' הש"ך דוודאי לא הוי בזה מצוה על היורשים כו'. ולפ"ז במה שהביא הרא"ש בב"ק פ"א סי' י"ט בשם ר' אפרים שכתב

לחלק דאף האידנא דתקנו הגאונים לגבות ממטלטלי אינו רק בחוב הלואה וכתובה ולא בנזקין משום דבמילתא דלא שכיחא לא תקנו. והרא"ש חלק עליו משום דבדורות הללו משועבדים מטלטלי כקרקע מן הדין כו' וכן הוא שי' הרי"ף והרמב"ם שם והובא זה בטור סי' תי"ט ובש"ך סי' תי"ט ס"ק ה' ובטור סי' ק"ז ע"ש. ואי נימא כמש"כ הש"ך דבחוב נזיקין לא ה"ל לוה רשע כו'. א"כ הא יש לחלק בפשיטות דלמא לא תקנו כן הגאונים רק בחוב הלואה וכתובה דה"ל מצוה על היורשים כו' משא"כ בנזקין כיון דלא ה"ל לוה רשע כו'. א"כ מה"ט לא שייך בי' למצוה על היורשים כו' ע"כ אפשר דלא תקנו הגאונים לתקנתן בזה. ומדלא כתבו כולם כן מוכח דבאמת גם בחוב נזקין שייך מצוה על היורשין כמו דסתמו בזה ובוודאי ה"ל בחוב נזקין ג"כ לוה רשע כו' וכמש"כ האו"ת שם דכיון דחייבה תורה לשלם בנזקין א"כ ה"ה כמו מלוה ואדרבה החמירה תורה עליו לשלם במיטב עכ"ל האו"ת. ומשמע מזה דאף בנזקי ממונו כמו בור ושור וכה"ג ג"כ ה"ל לוה רשע כו' כיון דהחמירה התורה בהו ג"כ לשלם במיטב ושייך גם בהו סברת האו"ת הנ"ל. וכן במה שהזיק בשוגג כיון דאדם מועד לעולם כו' דבכל זה ה"ל לוה רשע כו': ולכאורה יש להעיר במה דפריך הש"ס בב"ב (דף קע"ה) למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא מהא דחופר בור ברה"ר דחייבים לשלם דמי השור. ולפי המבואר בירושלמי בחגיגה פ"א סוף הל' א' דאף לשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא עכ"ז בירשו קרקע תובעין וכגירסת הקרבן העדה שם. [ועיין בירושלמי שקלים פ"א ה"ד לתבוע תובעין כו' וקצרתי]. והכוונה הוא משום מצוה על היורשים כו' דבירשו קרקע נחתינן רק חד דרגא מן מ"ד ש"ד. ומצינו בב"מ (דף צ"א ע"א) בחוסם פי פרה לוקה ומשלם ומתרץ רבא דמשלם לצי"ש. ועיין בתוס' שם ד"ה בבא לצי"ש כו' אלמא דאף דנקטו שם סתמא משלם ובכל דוכתי דנקטו לתשלומין בשואל ושוכר בחיוב מזונות הפרה וכה"ג הוי זה חיוב גמור ע"פ דין. ואפ"ה מפרשינן הכא להך משלם דהוא לצי"ש. א"כ ה"ה יש לפרש להא דקתני חייבין לשלם דמי השור דזהו למצוה על היורשין אף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא:

ואף דאמרו בלשון חייבין לשלם מ"מ הא מצינו גם לשון זה בב"מ (דף קי"ד ע"ב) ת"ר המלוה חבירו אינו רשאי למשכנו ואם משכנו חייב להחזיר לו. והא בהשבת העבוט לא כפינן משום דהוי מצוה שמתן שכרה בצידה כמבואר בח"מ סי' צ"ז. ואף במשכון שלא ברשות מבואר שם בסמ"ע ס"ק ט"ו דאין כופין. ואפ"ה אמרו בזה לשון חייב להחזיר. א"כ תקשה דמאי פריך הגמ' הכא על מאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא מהא דתני חייבין לשלם. הא י"ל דהך חייבין זהו למצוה על היורשים משום מצות כיבוד אב אף דלא כפינן ע"ז משום דה"ל מתן שכרה בצידה. ועיין בח"מ סי' ק"ז בסמ"ע ס"ק ב' ובש"ך ס"ק א'.

ואין לחלק דשאני בהשבת העבוט דאין כופין בזה לעולם בשום אופן ועיקר חיובו תמיד הוא רק למצוה ע"כ שייך שפיר למיתני בי' לשון חייב. משא"כ בחוב נזקין דבכ"מ חיובו הוא בכפיי' ממש. ע"כ דוחק לומר דהך חייבין הוא למצוה. דז"א דהא מצינו בהך דחוסם פי פרה משלם דאף דבכ"מ הוי כה"ג חיוב גמור כנ"ל מ"מ מוקי רבא התם דהך משלם הוא לציי"ש. ועיין בתוס' ב"מ שם ד"ה בבא לציי"ש כו' במה שהקשו תנא תני ישלם כו' ומה דתי' בתי' השני שם וכן בתי' ג' שם. א"כ תקשה דמאי פריך הש"ס הכא מן ברייתא דחופר בור כו'. הא י"ל דזהו משום מצוה על היורשים כו' ע"פ מצות כיבוד אב. וכן הקשה הש"ס בערכין (דף ז') מן הך דחופר בור ברה"ר על מאן דס"ל מלוה בע"פ אינו גובה מיורשים. ותקשה ג"כ כנ"ל:

אכן לפי שיטת הש"ך הנ"ל דס"ל דבחוב נזקין לא ה"ל לוה רשע כו'. א"כ לפ"ז יש לומר דבחוב נזקין לא ה"ל מצוה על היורשים. דזהו נלמד במכש"כ מן חוב אחריות דה"ל לוה רשע כו'. ואפ"ה לא הוי בי' מצוה על היורשים כו'. ע"כ א"ש מהא דהקשו בב"ב ובערכין מן הא דחופר בור ברה"ר. משום דהא בנזקין לא ה"ל לוה רשע וע"כ לא שייך בזה מצוה על היורשים כו'. ויהיה מזה סייעתא להש"ך. אמנם לפמש"כ האו"ת לחלוק על הש"ך ואף בחוב נזקין ה"ל לוה רשע כו'. ואף בנזקי ממונו שייך סברת האו"ת כנ"ל א"כ תקשה כנ"ל. ועוד דכיון דמבואר בירושלמי חגיגה הנ"ל דבירשו קרקע תובעין מהיורשים וזהו משום מצוה כו'. אף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא כנ"ל ואף בחוב קרבן. א"כ וודאי אין לחלק בזה בין חוב נזקין לחוב קרבנות ותקשה כנ"ל:

והעיקר מה שנלע"ד בזה לפמש"כ האו"ת בסי' צ"ז ס"ק ט"ז והקצה"ח שם ס"ק ט' דהיכא דמשכנו שלא ברשות דיש בו חיוב מלקות בבטנו להעשה או בלא קיימו דהוי לאו הניתק לעשה דאז כפינן על השבת העבוט ע"ש. ע"כ י"ל דבאמת אין סברא לפרש ללשון חייבין דזהו למצוה בלבד. והא דב"מ (דף קי"ד) דאמרו לשון חייב להחזיר גבי השבת העבוט. אף דה"ל מ"ע שמתן שכרה בצידה. עכ"ז הא כופין במשכן שלא ברשות על מ"ע דהשבת העבוט כנ"ל. ולכן אין ראיה מהתם לומר ולפרש דלשון חייבים לשלם יהיה על חיוב לציי"ש. ודוקא בלשון משלם או לשון ישלם לפמש"כ התוס' שם בתי' ב' מצינו דפירשו על לציי"ש. וגם התם גופא פליגי אמוראי אם מפרשינן להך משלם דהתם על חיוב לציי"ש ורק רבא מפרש שם כן. אבל שארי אמוראי לא ניחא להו שם בתירוץ רבא הנ"ל. ומהדרי לתרוצי בתירוצי אחריני משום דכיון דחיוב מזונות בפרה השכורה וכה"ג דקתני בכל דוכתי הוי הכוונה על חיוב לשלם ע"פ דין. וע"כ לא ניחא להו לפרש התם על חיוב

לצי"ש. וה"ה בהא דחופר בור כו'. ועפ"ז יש לדון בהא דערכין (דף ז') ובמש"כ התוס' שם בד"ה מיתבי בור ברה"ר כו'. וקצרתי:

ענף ז:

ובעיקר דברי הטור והראשונים הנ"ל דכתבו דבחוב אחריות ליכא בזה מצוה על היורשים כו' וכתבתי לעיל דכה"ג אמרו בירושלמי חגיגה פ"א סוף ה"א דאף לתבוע אין תובעין ממטלטלין של יורשים בחוב קרבנות וכה"ג. וכעת ראיתי דיש להעיר בזה עדיין דהא מבואר שם בירושלמי דלמ"ד ש"ד הדין הוא דאף בירשו מטלטלין לתבוע תובעין. וזהו משום מצוה על היורשין וכופין בדברים וכעין מש"כ התוס' בכתובות (דף מ"ט) ד"ה אכפיי' רבא כו'. משום דנחתינן חד דרגא אליבא דר' יוחנן דס"ל ש"ד ובקרקע למשכן ממשכנין ע"כ במטלטלין לכל הפחות לתבוע תובעין להך מ"ד. א"כ עדיין י"ל לדינא להפוסקים דס"ל ש"ד דלדידהו הדין נותן דאף בחוב אחריות שייך לומר מצוה על היורשין בירשו מטלטלין. דוודאי אין לחלק בזה בין חוב קרבנות וכה"ג ובין חוב אחריות וכה"ג. ובאמת הא מוכח בטור בכמה דוכתי דס"ל ש"ד ועיין בש"ך סי' ל"ט ס"ק ב'. ואפ"ה כתב הטור הכא בסי' ק"ח דבירשו מטלטלין ליכא מצוה על היורשין. אך בכוונת הטור הכא י"ל דהא מיירי בלא הניח כלל וקאי בשי' הסוברים דאף בלא הניח כלום מצוה על היורשים לפרוע כו' א"כ יש לחלק. אך מן הב"י והסמ"ע דכתבו כן לדינא אף בהניח מטלטלין. א"כ מוכח דאף דס"ל להב"י דש"ד כמבואר בסי' ל"ט ואפ"ה כתבו בפשיטות הכא דבחוב אחריות ליכא מצוה על היורשים א"כ תקשה ע"ז מן הירושלמי הנ"ל:

והנלע"ד בזה והוא דהא בערכין (דף כ') איתא חומר בערכין מבנדרים אמר ערכי עלי ומת יתנו יורשים כו' ש"מ מלוה בע"פ גובה מן יורשים כו'. וקשה דמאי מקשה הגמ' הא י"ל דהך יתנו יורשים הכוונה הוא משום מצוה על היורשים כו'. וכעין מה דאמר רבא בב"מ (דף צ"א) דמשלם דהתם קאי על לצי"ש וכן ישלם לפמש"כ התוס' שם כנ"ל. א"כ ה"ה י"ל כן בהך דקתני יתנו יורשים. ומצינו כה"ג בב"מ (דף ל"ז) דאמרו בגמ' שם למה דקתני נותן לזה מנה כו' דזה לצי"ש עי"ש. ע"כ יש לפרש להא דיתנו יורשים דזהו משום מצוה על היורשים. דהא מבואר בירושלמי הנ"ל דאף לשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא עכ"ז בירשו קרקע למשכן ממשכנין ונחתינן חד דרגא וקאי התם על חוב קרבנות. א"כ ה"ה י"ל כן בהך דהאומר ערכי עני. ומדמקשו בש"ס כן והוכרחו לתרץ דמיירי בעמד בדין מוכח מזה דהש"ס דילן לא ס"ל כשיטת הירושלמי בזה. אלא ס"ל דכיון דבחוב ערכין לא הוי בי' מצוה על היורשים כו' ע"כ בירשו קרקע ג"כ ליכא מצוה על היורשים. ולפ"ז ממילא מוכח דה"ה למ"ד ש"ד דאף דאמרו בירושלמי אליביה דהך

מ"ד דבירשו מטלטלין תובעין משום מצוה. דהש"ס דילן לא ס"ל להכלל של הירושלמי דאמרו דנחתינן חד דרגא בזה. אלא ס"ל לש"ס דילן דכיון דליכא מצוה על היורשים בחוב כזה ומחלקינן בין חוב קרבנות וכה"ג ובין חוב הלוואה לגבי' מצוה על היורשים. דה"ה אף למ"ד ש"ד אמרינן ג"כ דליכא בחוב כזה מצוה על היורשים בירשו מטלטלין: ולפ"ז מוכח מן ש"ס דילן דהך כללא דאמרו מצוה על היורשים כו' דלאו בכל דוכתי אמרו כן. ואף דהתחייב א"ע על ערכין וגם הא חייבי' התורה. עכ"ז לא אמרו בזה להך מצוה על היורשין היכא דליכא בי' תורת שעבוד נכסי ע"פ דין. א"כ שפיר ילפי מזה הראשונים דה"ה בחוב אחריות כיון דלא גמל חסד עם אביהם וכסברת הב"י הנ"ל דלא שייך בזה מצוה על היורשים. משום דהא חזינן דלאו בכל דוכתי אמרו כן. ע"כ ממילא יש לנו לחלק מעצמינו באיזה סברא מעליא בזה. וכעין זה יש להעיר בהא דקדושין (דף י"ג) בהא דהאשה שהביאה חטאתה יביאו יורשים עולתה דפליגי בזה שמואל ור' יוחנן אם זהו בהפרישה או לא. והא י"ל לכו"ע דקאי התם בחיוב מצוה על היורשים ומיירי אף בלא הפרישה. ואפשר לומר בזה דעיקר כוונתם שם להורות לנו הפלוגתא אם ש"ד או לא וכמו דאמרו בירושלמי שם על הא דהאשה שהביאה חטאתה כו'. ועיין בירושלמי בחגיגה שם בפירוש הפ"מ שם ולפמש"כ יש לעיין בדבריו וקצרתי:

ענף ח:

וכל זהו רק בזמן הגמ' אבל מימי הגאונים ואילך דתקנו דמטלטלי דיתמי משתעבדי א"כ אף בחוב אחריות וכה"ג אף דליכא בזה מצוה על היורשים. מ"מ גובין ממטלטלי דיתמי וכמש"כ הש"ך הכא בס"ק כ"ב ודחה לדברי הסמ"ע שם ס"ק מ' ולדברי הב"ח. ובאמת לכאורה יש לדון בזה ע"פ הסברא שכתבתי לעיל דיש מקום לומר דלמא לא תקנו הגאונים לתקנתם אלא היכא דהוי מצוה על היורשים כו'. א"כ ה"ה יש לדון הכא בחוב אחריות דכיון דליכא בי' מצוה על היורשים א"כ מנלן להו דהגאונים תקנו אף בכה"ג דמטלטלי דיתמי משתעבדי. ואפשר דזה תליא במש"כ הרא"ש בב"ק פ"א סי' י"ט לחלוק על ר' אפרים גבי חוב נזקין המובא לעיל וטעמו דהאידנא מטלטלי כמקרקעי מדינא דגמ' אף בלא תקנה כו' וכ"כ הטור בסי' ק"ז ובסי' תי"ט והובא בש"ך הכא. ועיין בש"ך סי' ק"ז ס"ק ב' ובסמ"ע שם. א"כ י"ל דה"ט שייך אף היכא דלא הוי מצוה כלל. וע"כ כתבו דגם בחוב אחריות גובין האידנא ממטלטלי דיתמי ולא חילקו ביניהם כלל ועיין מזה באה"ע סי' ק' ובב"ש ס"ק ב'. ובאו"ת סי' ק"ז ס"ק ד' כתב לדון נפ"מ אי נימא דתקנת הגאונים הנ"ל הוא מן הדין או מכח תקנתא בעלמא. ולפמש"כ הא הוי מזה נפ"מ לחוב אחריות וכהנה דאי נימא דלא הוי רק תקנתא בעלמא א"כ אפשר לדון דכה"ג לא תקנו.

ולכה"פ הוי ספק תקנתא והבו דלא לוסיף עלה. אך מדברי האחרונים הנ"ל נראה דס"ל דאף היכא דליכא מצוה על היורשים ג"כ דייניגן לתקנת הגאונים הנ"ל אף אי נימא דלאו דינא הוי רק מתקנתא בעלמא:

ולענ"ד נראה לדון כמש"כ לעיל דהיכא דלא הוי מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהם דלא דייניגן בזה לתקנת הגאונים דתקנו לגבות ממטלטלי דיתמי. והוא כי מצאתי בעז"ה בתשובת הריב"ש סי' שצ"ב דכתב שם דלכן תקנו הגאונים כן משום דבדורות הללו סמיכת דעת המלוה על המטלטלין ג"כ. או משום דהא מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם אך דאין כופין לכן ראו הגאונים לתקן מפני תקון העולם שראו לכופן במצוה זו בגביית מטלטלין בב"ד כו' עכ"ל. הרי להדיא בהריב"ש דכתב כמש"כ לדון דאי נימא דזה לא הוי רק תקנתא בעלמא לגבות ממטלטלי דיתמי דעיקר התקנה היה משום מצוה על היורשים כו'. א"כ לפ"ז בחוב אחריות וכה"ג דכיון דליכא בזה מצוה על היורשים כו'. דמה"ט אף האידנא לאחר תקנת הגאונים אין גובין מהם אי נימא דזה לא הוי רק תקנה בעלמא. והאו"ת בסי' ק"ז ס"ק ד' כתב בשם הרבה מהראשונים שכתבו דזה לא הוי רק תקנה בלבד. ולא ס"ל לסברת הרא"ש דב"ק בפ"ק דהאידנא הוי עיקר דעתן על מטלטלין כמו על קרקעי. וכן מוכח ממש"כ הסמ"ע בסי' ק"ז ס"ק ו' דזה אינו אלא מצד תקנתא ולכן בירשו קרקע ומטלטלין יכולין היורשים לסלקו בקרקע. וכ"כ הב"ש באה"ע סי' ק' ס"ק ד' ע"ש. אך לפמש"כ הקצה"ח בסי' ק"ז ס"ק ג' אינו ראיה מהתם. אך הא הסמ"ע לא כתב כן. וכ"כ הטור בסי' ק"ז סעיף ח' דאם מכרו המטלטלין פטורין דאוקמא אדאורייתא וכ"כ הסמ"ע שם ס"ק ט"ו. אלמא דס"ל דזה אינו רק תקנה בלבד ולא כמש"כ הרא"ש דעכשיו דדעתו על מטלטלין דינו כמו מקרקעי. ועיין בביאור הגר"א זצ"ל סי' ק"ז ס"ק ט'. והוי נפ"מ רבתה עפ"י זה בין שיטת הסוברים דעכשיו הוי זה עפ"י דין תורה או מתקנתא:

ולפ"ז יש לדון דהנכון עם הב"ח שכתב דבחוב אחריות י"ל דלא תקנו הגאונים לתקנתם דלא תקנו כן רק בבע"ח משום נעילת דלת וכן בחוב גזילה כדי לנעול בפני עושה עולה. אבל בלקוחות לא תקנו כלום דעביד דזבין ארעא ליומא כו' ודלא כמש"כ בספר בדק הבית כו' עכ"ל הב"ח. והובא בש"ך סי' ק"ח ס"ק כ"ב שהשיג על הב"ח. אבל לפי דעתי הנכון הוא עם הב"ח אך לא מטעמו כי יש יסוד לזה מן הריב"ש הנ"ל ואפשר להעמיס זה בכוונת הב"ח הנ"ל ג"כ. והוי זה ספיקא דדינא ואין מוציאין מהם בחוב אחריות. ואף דבחוב נזקין קיי"ל דגובין ממטלטלין דיתמי האידנא כמבואר בסי' תי"ט. עכ"ז י"ל דשא"ה ע"פ מש"כ האו"ת בסי' ק"ז ס"ק ד' עפ"י סברת הרא"ש דב"ק הנ"ל. וגם י"ל דשאני

נזקין דשייך התם מצוה על היורשים כנ"ל. אך אם תפס הבע"ח מהני תפיסתו דיכול לומר קים לי כסברת הרא"ש דב"ק הנ"ל דבזמן הזה דדעתו אמטלטלין הוי זה כמו קרקע. א"כ לפי שיטה זו וודאי דאף בחוב אחריות גובין ממטלטלי דיתמי אבל בלא תפס אין מוציאין מהיתומים בחוב אחריות וכה"ג. ולכן שפיר כתב הסמ"ע לתמוה דלמה השמיט המחבר להך דינא. אף דבמה דסיים הסמ"ע שם דאפשר דפשיט היה בעיניו כו'. זה אינו בדעת המחבר כפי שכתב בב"י ובבדק הבית. עכ"ז לדינא במה דס"ל להסמ"ע בזה כשיטת הב"ח שפיר כתב. וכן נראה לי עיקר: העולה לנו מכל מה דנתבאר דאף בפירש בפירוש שמקבל אחריות ע"ע ג"כ ליכא בזה מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם אם לא ירשו רק מטלטלין אף למאן דס"ל ש"ד. וגם האידנא לא גבינן ממטלטלי דיתמי בחוב כזה וכה"ג אך אם תפס מהני תפיסתו. וגם נתבאר דהנכון עם הסמ"ע בסי' קכ"ג שכתב דאף בחוב שחייב להערב שייך ג"כ לומר דה"ל לוה רשע כו' ודלא כהש"ך בס"ק כ"ד שם שנסתפק בזה ועוד כמה ענינים נתבארו בזה הקונטרס:

ענף ט:

אם היה השטר משכונא כו' גובה בלא שבועה כו'. ובש"ך ס"ק כ"ה ואם הוא משכון בלא שטר ומת לוה בחיי מלוה כו' ולענ"ד נראה עיקר דצריך שבועה אלא דמ"מ אין אומרים אאמש"ל בזה כו' ואדרבה נלענ"ד מדכתב הרא"ש פ' חז"ה דטענינן ליתמי כל מה דמצי אבוהן למטעון ומשבעינן למלוה כו' ה"נ אלו הוי אבוהן טעין אישתבע לי דלא פרעתיך משביעין לי' וא"כ טענינן להו כל מה דמצי אבוהון למטען ומשבעינן לי'. אך מה דס"ל לר"י מיגש דאמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו בזה נראה עיקר כשאר פוסקים שחולקים עליו וכמו שפסק המחבר ולא מטעמיה אלא מטעם דכיון שיש בידו משכונא מוחזקת לא אמרינן אא"מ שבועה דאין אומרים כך רק להוציא ממון ולא כשהוא מוחזק כו' עכ"ל הש"ך:

ולענ"ד נראה להסביר מטעם אחר דאף דצריכין שבועה מ"מ לא דיינינן בזה אא"מ שבועה דהא עיקר חיוב שבועה הכא במשכונא הוא משום הטעם שכתב הש"ך דאתי עלה משום דטענינן ליתמי מה דמצי אבוהון לטעון אישתבע לי דלא פרעתיך כו'. ומשמע דלולי הסברא דטענינן ליתמי לא היינו משבעינן לי' הכא במשכונא. והנה התוס' בשבועות (דף מ"א ע"א) ד"ה וכי מה בין זה כו' כתבו דשבועת הבא ליפרע מיתומים אין הטעם משום דטענינן ליתמי דהא אף היכא דלא מצי אבוהן לטעון טענינן ליתמי ומחייבין שבועה כו' אלמא עבוד רבנן תקנתא ליתמי אפילו במקום שאין האב יכול להשביע עכ"ל התוס'. וזהו דלא כשיטת רש"י בכתובות (דף פ"ז) ע"ש. וכמו דכתב הפני

יהושע בכתובות (דף פ"ז) לבאר בטוב טעם דהך שבועת יתומים אין זה משום אישתבע לי וראיה לזה דהא בטענת אישתבע לי אם מתה ולא נשבעת גובין היורשים בשבועה שלא פקדנו ואלו בנפרעת מנכסי יתומים ומתה קודם שנשבעת קיי"ל אין אא"מ לבניו אלמא דלאו הא בהא תליא כו' וע"כ הטעם דביתומים ולקוחות חיישינן טפי לפרעון ולצררי ושובר כו' עכ"ל הפנ"י. והנתיבות בסי' ק"ח ס"ק א' כתב דשבועת יורשים לאו משום דטענינן להו דהא שבועת אישתבע לי להרבה פוסקים לאו שבועת המשנה ושבועת היורשים שבועת משנה ולענין הרבה דברים חמורה שבועת היורשים משבועת אישתבע לי כו' ע"ש. וכתב כן מסברא דנפשי' ובאמת כבר הקדימו התוס' וכמש"כ הפנ"י להסביר זה כן:

ולפ"ז יש לומר במאי דאמרו בכתובות (דף נ"ה) גבי ייחד לה ארעא בחד מצרא בלא שבועה. דזהו מיירי בשבועת יתומים דתקנו בהו לישבע מצד דחשו טפי ביתומים דהיכא דיחד לה ארעא וכמו כן במשכנתא דבזה לא תקנו שבועה בהו מצד עצמן. ועכ"ז בבע"ד טוען אשתבע לי בזה חייב המלוה לישבע אף במשכנתא וביחד לה ארעא. וה"ה ביתומים דכיון דטענינן ליתמי מה דמצי אבוהון לטעון אשתבע לי. וכמש"כ הש"ך דמשום דטוענין אתי עלה. ועיקר חיוב שבועה זו הוא משום שבועת אישתבע לי. וע"כ אין דנין בשבועה זו להך דאא"מ שבועה לבניו דהא נתבאר דרק בשבועת יתומים דייניגן דאא"מ שבועה ולא בשבועת אישתבע לי. ולכן מסתבר דברי הש"ך במה שכתב לדינא דאף דחייבים שבועה שלא פקדנו מ"מ אין דנין בי' להך דאא"מ שבועה. אך הש"ך כתב הטעם משום דאין דנין אא"מ רק להוציא ולא להחזיק. אכן לדעתי נראה להסביר זה בטעם אחר:

ועפ"ז יש ליישב דברי התוס' בב"ב (דף קנ"ח ע"א) בד"ה וב"ה אומרים נכסים בחזקתן כו' אבל ליכא לשנויי כגון שיחד לה קרקע בד' מצרנהא דפטורה משבועה כו' דא"כ כי מקשה בפרק כל הנשבעין ופריך נמי מברייתא דמוקי לה כב"ש לישני לי' כגון שיחד לה ארעא בד' מצרנהא עכ"ל. ויש לתמוה על דברי התוס' דהא שם בשבועות (דף מ"ח) בהברייתא דפריך מינה ומוקי לה כב"ש מבואר שם שהבן גובה בין בשבועה ובין שלא בשבועה ומפרשי שם בשבועה שבועת יורשין שלא בשבועה כרשב"ג. הרי להדיא דחייב הבן לישבע אלא דלא אמרינן אא"מ שבועה לבניו. א"כ ליכא לשנויי התם דמיירי ביחד לה קרקע דא"כ היה הבן פטור משבועה. וע"כ דברי התוס' מוקשים מאוד. אכן לפי דברי הש"ך הכא דהעלה גבי משכונא דהיורשים צריכים שבועה ועכ"ז לא דיינינן בכה"ג להך דאא"מ שבועה. א"כ א"ש דברי התוס' די"ל דס"ל ג"כ כמש"כ הש"ך דהך דכתובות (דף נ"ה) דאמרו ביחד לה ארעא דפטירה משבועה דז"א אלא בכתובה וכמש"כ הש"ך בשם

הרא"ש אבל בבע"ח חייבים היורשים לישבע שלא פקדנו אבל אא"מ שבועה לא דיינינן בזה וכדברי הש"ך וא"ש דברי התוס':

ועכ"ז עדיין תקשה דברי התוס' הללו דהא עיקר סברת הש"ך הוא במה דלא אמרינן בזה אא"מ שבועה זהו משום דלא דיינינן כן רק בבא להוציא ולא בלהחזיק. א"כ זה אינו רק במשכנתא דמיירי הש"ך. אבל ביחד לו שדה דבזה לא הוי המלוה מוחזק וכמש"כ הר"נ לגיטין פ' השולח לחלק בין משכנתא לסיים לו שדה גבי שמיטה. ע"כ לפי הטעם שכתב הש"ך הכא יש לדון גבי יחד לה ארעא כו' דדיינינן בזה להך דאא"מ שבועה דגם זה נקרא להוציא א"כ עדיין לא מתיישבי דברי התוס' בב"ב הנ"ל על נכון. ואפשר לומר דלשיטת הרמב"ם דהובא בהר"נ לגיטין גבי שמיטה דס"ל להרמב"ם בסיים לו שדה דאינו משמט משום דהוי כגבוי ע"כ י"ל דה"ה הכא גבי אא"מ שבועה דדין יחד לי' ארעא הוי כמו משכונא דלא דיינינן בי' אא"מ. ופלוגתא זו הובא בח"מ סי' ס"ז סעיף ב' גבי שמיטה אם סיים לו שדה דדעה קמייתא שם ס"ל דאינו משמט ודעה שניי' שם חולק ע"ז וכמש"כ הסמ"ע שם בס"ק יו"ד יעו"ש. ולפ"ז י"ל דהתוס' בב"ב הנ"ל ס"ל ג"כ כשיטת הרמב"ם וסייעתו בזה ולכן אתי שפיר דברי התוס' בב"ב על נכון אף לפי הטעם שכתב הש"ך הכא במשכנתא:

אכן לפי מה שכתבתי לבאר בטעם אחר דאף דחייב שבועה עכ"ז לא דיינינן בזה להך דאא"מ שבועה. א"כ לפ"ז אתי שפיר בפשיטות דברי התוס' בב"ב הנ"ל משום דשפיר הקשו התוס' דה"מ הש"ס לאוקמי שם דמיירי ביחד לה ארעא ובמלוה דאף דבכתובה פטור משבועה מ"מ במלוה חייב שבועה מצד דטענינן כו' ומ"מ לא אמרינן התם להך דאא"מ שבועה ומתורצים על נכון דברי התוס':

וכעין זה יש להעיר על דברי התוס' ביבמות (דף ל"ח ע"א) בסוף ד"ה ובית הלל אומרים כו' שכתבו א"נ אומר ר"י דאיכא לאוקמי במטלטלי ואיתנהו בעינייהו שנוטל בל"ש והא דלא משני הכי בשבועות אלא דוחק להעמידה כב"ש משום דהתם בכתובה איירי אבל הכא דאיירי בנכסי צ"ב כו' עכ"ל התוס'. ונראה מדבריהם דס"ל לפרש להך דכתובות (דף נ"ה) ע"א דאמרו שם מטלטלי ואיתנהו בעינייהו כו' כשיטת האלפסי שם והובא בהרא"ש לכתובות שם ולא כשיטת רש"י שם. ועיין בכתובות בתוס' שם ד"ה נראה כפי' ר"ח דגריס ברישא כו'. אך ידוע דאין להקשות דברי התוס' אהדדי וכמש"כ הישׁ"ש לב"ק בהקדמתו. ומש"כ התוס' ביבמות דהתם בכתובה איירי אף דאמרו שם בשבועות עלה דהך ברייתא בשבועה ה"ד דמת לוה בחיי מלוה כו'. הרי דמיירי במלוה ולא בכתובה. י"ל דלאו דוקא הוא משום דאין לחלק בזה בין כתובה למלוה. ויש להעיר על דברי

התוס' הללו במה שכתבו והא דלא משני הכי בשבועות אלא דוחק להעמידה כב"ש כו'. דיש להקשות עליהם דהא לא הוי מצי לאוקמי דמיירי במטלטלי ואיתנהו בעינייהו דא"כ לא היה צריך שבועה כלל והתם קאמרי שהבן גובה בשבועה והאב אינו גובה אלא בשבועה. הרי דמבואר שם דחייב שבועה רק דלא אמרינן אא"מ שבועה כו'. א"כ דברי התוס' מוקשין מאוד. ובזה לא שייך לתרץ לפי דברי הש"ך הנ"ל דהא במטלטלי ואיתנהו בעינייהו. וודאי דהוי הלוה מוחזק א"כ אי נימא דחייב שבועה א"כ ממילא שייך לדון בזה אא"מ שבועה כיון דהוי להוציא. וכן תקשה דהא בכתובה דאמרו במטלטלי ואיתנהו בעינייהו בלא שבועה א"כ אמאי אמרו שם דחייב שבועה גבי כתובה:

אכן לפי מה שכתבתי יש לומר דהך בלא שבועה דאמרו במטלטלי ואיתנהו בעינייהו הכוונה הוא בלא שבועת יתומים דחמירא מצד עצמה אבל עדיין י"ל דחייבים שבועה מצד דטענינן להו דהיה אביהם טוען אישתבע לי וע"כ ממילא לא דיינינן בזה להך דאא"מ שבועה כו' וא"ש דברי התוס' ביבמות דלא יהיה מוקשים כ"כ:

סימן קי

א (סעיף א'):

אין נזקקין ליתומים קטנים כו'. ונשאלתי מרב א' דאפשר לומר דאף דאין ב"ד נזקקין להם עכ"ז אם רואין כי היתומים מפסידין בתוך כך להנכסים דאפשר דמוטל על ב"ד דלא יניחו אותן להפסידן או לאוכלן. וכמו הא דח"מ סי' ע"ג סעי' ט' גבי חוב תוך זמנו דאם רואה הדיין שלא יהיה יכול לגבות חובו כשיגיע הזמן מצוה לעכב הממון עד שיגיע הזמן פרעון. והוא הדין בהך דאין נזקקין ליתומים קטנים עד שיגדילו. ונשאלתי לחוות דעתי בזה:

ולענ"ד יש להוכיח בראיות להיפך מזה. והוא דשאני הא דכיון דאמרו בלשון אין נזקקין ליתומים קטנים. דאין ב"ד נזקקין כלל להם והוי כמו כל חוב דלא נתברר כלל עיקר החוב. וכעין הא דלעיל סי' כ"ח סעי' ט"ז סמ"ע ס"ק נ"ב שהביא בשם הטור שכתב בשם הראב"ד גבי הא דאין מקבלין עדות שלא בפניו אע"פ שיש לחוש שיפלו הנכסים קמי' יתמי כו'. דאפילו אם יאמר התובע לדיינים לכה"פ קחו הממון בידכם שלא יאכלוהו הקטנים אין שומעין לו עכ"ל הטור. וכתב הסמ"ע שם לחלק בין הא דסי' ע"ג ובין הא דסי' כ"ח דעדיין לא נתברר דחייב לו. ועיין באו"ת סי' כ"ח באורים ס"ק ל"ט מזה. וכעין דברי הטור בשם הראב"ד הנ"ל כן מבואר בחידושי הרשב"א לב"ק (דף קי"ב) ובשמ"ק שם:

ואין לחלק דשאני היכא דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד. אבל בשט"ח מקויים דאין גובין מיתומים קטנים משום צררי כדקיי"ל. ע"כ שאני זה די"ל דאפשר דהוי זה כמו חוב בתוך זמנו לגבי זה דהב"ד מעקלין כנ"ל. דזה אינו דהא התוס' בב"ק (דף ל"ט) ד"ה ור' יוחנן אמר כו' כתבו דר' יוחנן דקאמר אין נזקקין הוא בכל ענין בין במלוה מחמת עצמן משום דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ובין במלוה מחמת אביהם משום שובר וצררי כו'. וכ"כ שם הרשב"א בחידושי' והשמ"ק שם. וכיון דכלל ר' יוחנן להנך תרתי מילי בחדא. ע"כ כמו דבהא דאין מקבלין עדים בפני יתומים קטנים דאף בתורת עיקול אין מעקלין כנ"ל. דה"ה בהך מילתא דאין נזקקין ליתומים קטנים בשטר משום צררי או משום שובר דאף בתורת עיקול אין מעקלין. והא דב"ב (דף ל"ג ע"א) בתוס' ד"ה אמור רבנן כו' דרבא בר שרשום לא היה מקפיד על ההמתנה כו'. י"ל דהיה שם באופן דלא היה חושש דיפסידו הנכסים בתוך כך:

וכן מוכח מהתוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה ואפילו מיתמי כו' דכתבו להוכיח לכאורה דבחוב תו"ז אין גובין מיתומים קטנים מדלא קאמרי בערכין (דף כ"ב) להך איכא בינייהו בין רב פפא ובין רב הונא דאמר משום צררי כו' ודחו זה ההוכחה. ואי נימא דבתורת עיקול מעקלין עכ"פ למאן דס"ל משום צררי. דאלו למאן דס"ל דנזקקין משום דיתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו וודאי לא שייך לעקל כלל. א"כ אכתי תקשה דהא הוי מצי הש"ס לומר להך איכא בינייהו עדיין. ומוכח מזה דלכו"ע אין מעקלין כלל ועיין בש"ך סי' ק"י ס"ק ה':

וכן יש להוכיח מן תוס' גיטין (דף נו"ן ע"ב) בד"ה יתומין שאמרו כו' שהקשו לשבועה היכי משכחת לה בקטנים לרב אסי דאמר אין נזקקין לנכסי יתומין כו'. ואי נימא דבתורת עיקול מעקלין הב"ד ומוחין ביד היתומים שלא יפסידו הנכסים. א"כ שפיר משכחת לשבועה בקטנים באם רוצה למחות ביד היתומים שלא יאכלו ויפסידו את הנכסים. אך זה יש לדחות דהא בתורת עיקול א"צ בעהש"ט לישבע כמבואר כעין זה בש"ך סי' ע"ג ס"ק ל"ג אלא בעת הגבייה אז צריך שבועה. א"כ הא כיון דבעת הגבייה יהי' גדולים ע"כ שפיר הקשו התוס' דאיך משכחת לשבועה בקטנים ונדחה ראי' זו. ועוד דהא התוס' בכתובות (דף צ"ד ע"ב) ד"ה שנמצאת אחת מהן שדה כו' שהקשו כן על הא דנפרעת מנכסי יתומים בשבועה דלמאן דלית לי' דאביי קשישא היכי מפרש לה כו' וכעין קושייתם בגיטין הנ"ל. והא התם בנפרעת מיתומים משמע דמיירי בתורת פרעון ולא בתורת עיקול ע"כ שפיר הקשו התוס' ואינו ראי' מזה כלל לנ"ד:

אכן באמת אף שיש לי להוכיח בראיות ולהאריך בזה אך באמת אין אנו צריכים להאריך. דהא להדיא מבואר בבעה"ת והובא בב"י ח"מ סי' ק"י סעי' ב' בזה"ל וכתב הבעה"ת עוד בשער הנזכר שנשאל רבינו האי איך אפשר ששט"ח מקויים לא יגבו בו מן היתומים עד שיגדלו דא"כ יאבד ממון בני אדם בידם ויאכלו אותו. והשיב זה שקשה בעיניכם כבר נתקשה לר' נחמן דאמר [בערכין (דף כ"ב)]. מריש לא הוה מזדקיקנא כיון דשמעינא יתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שיבקייהו מזדקיקנא ואפ"ה שלחו מתם כו' אלמא דאם איכא חשש צררי ושובר לא מזדקיקנא עכ"ל. הרי להדיא לרבינו האי ובעה"ת שכתבו בפירוש דאף היכא די"ל דיאכלו היתומים ויפסידו את הנכסים אפ"ה אין נזקקין כלל כמבואר להדיא בגמ' בערכין וכמש"כ רבינו האי בכוונת הגמ'. ע"כ אין להאריך בזה יותר. ודוקא בתפס מטלטלי דיתמי בזה כתב הסמ"ע ס"ק ו' בשם רבינו ירוחם דמניחין ביד שליש. וגם י"ל דזהו דוקא בתפיסה בלא עדים. ועיין בש"ך שם ס"ק ה' וגם בזה יש לדון הרבה. אבל בלא תפס וודאי דאין הב"ד נזקקין כלל וכ"ז פשוט:

ענף י:

ואם יש יתומים קטנים וגדולים המלוה נפרע מהגדולים חלק המגיע להם וכדי שיפרע מחלק הגדולים צריכים ב"ד להעמיד אפטרופוס ולחלק עם הגדולים ויגבו מן הגדולים חלקם המגיע להם לפרוע. וזהו מתשובת הרא"ש והרשב"א כמבואר בטור ובית יוסף. ואחי הרב הג' המפורסם סוע"ה המנוח מהו' אברהם אהרן זצ"ל הקשה ע"ז דהא לפי מה דפסק המחבר לקמן סעיף ג' דנזקקין לנכסי ערב אע"פ שהיתומים קטנים. א"כ הדין נותן דיגבו מן חלק הגדולים כל החוב דהא נכסי דאינש ערבין לי' וכמש"כ הנמוקי יוסף בספ"ז דב"ב שם (דף ק"ז) בשלשה אחים שחלקו ובא בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהם דיכול לגבות אף מאחד מהם משום דנכסי דאינש ערבין לי' כו' וכ"כ הה"מ פ' כ"ה ממלוה ואף דלא קיי"ל כן כמבואר בסי' ק"ז סעיף ז' מ"מ הא מבואר שם דאם אין השני לפנינו דגובה כל חובו מן מי שהוא לפנינו. א"כ ה"ה הכא כיון שאין יכול לגבות חובו מן חלק הקטנים הדין נותן שיפרע כל החוב מחלק הגדולים. ומה שהביאו כן בשם תשובת הרא"ש והרשב"א י"ל דהם אזלו לשיטתם דהא הרא"ש ס"ל בב"ב פ' יו"ד סי' מ"ם דאין נפרעין מן הערב ביתומים קטנים וכן ס"ל להרשב"א כמו שכתב הבית יוסף בשמו בס"ק ז'. וגם הא אין הכרע בדברי הרא"ש והרשב"א למי שרואה שם בדבריהם די"ל דס"ל דגובין מחלק הגדולים כל החוב. ולכן דברי השו"ע דכתב דגובין מחלק הגדולים רק חלק המגיע עליהם לפרוע היינו חצי החוב ולא כל החוב זה צריך ביאור עכ"ל. ויפה העיר

בזה וכעת הגיע לידי ספר שער המשפט וראיתי שהעיר ג"כ כעין זה בס"ק ב' ונשאר בצ"ע ע"ש:

ומחמת חומר הקושיא נלע"ד לדון בזה והוא דנבאר דברי הרא"ש והמחבר שכתבו דצריכים הב"ד לחלק עם הגדולים מתחלה ואח"ז יגבו מן חלקם להבע"ח. דיש להעיר דאמאי לא מגבינן להבע"ח מקודם חלוקת הגדולים עם הקטנים ואחר הגבייי' יחלוקו השדה בין הבע"ח להקטנים. ומדכתבו דמתחלה יחלוקו ואח"ז מגבין להבע"ח מסתמא כוונו בזה דדוקא כשחלקו אז יכולת ביד הב"ד להגבותו אבל מקודם שחלקו אין יכולת להגבותו משום דהא מצינו בח"מ סי' שט"ז סעיף ב' דשניהם ששכרו בשותפות אין א' מהם יכול להושיב אחר במקומו משום דאין יכול לקבל אחר במקומו. והנה במכר א' מהם לאחר לא שייך זה כמש"כ הסמ"ע בסי' קנ"ד ס"ק ח'. ועיין בט"ז שם. אבל זה אינו רק במכר בעצמו אכן אם באים הב"ד לירד לנכסיהם של הקטנים עם הגדולים כ"ז שלא חלקו י"ל דאין הב"ד מגבין בע"כ מן חלק שותפותם לפי דיכול להיות דזה הוי קפידא ושינוי דעתא להקטנים וכיון דחז"ל חשו ותקנו דאין נזקקין לנכסי יתומים קטנים משום חשש צררי ע"כ ה"ה דאין להוריד להבע"ח לשדה המשותפת עם הקטנים דכיון דלטובתם חשו לצררי ע"כ ממילא הוי השט"ח בחשש פרעון על כולו במה שנוגע לטובתם ע"כ אין יכולת ביד הב"ד להגבות להבע"ח כ"ז שלא חלקו ביניהם:

וכיון דחזינן דכתבו דדוקא לאחר שחלקו אז יכולין להגבות להבע"ח ולא מקודם. ויהי' מאיזה טעם שיהי' ע"כ יש לומר טעם נכון דאמאי אין גובין כל החוב מחלק המגיע להגדולים. משום דהא קיי"ל אחין שחלקו כלקוחות משום ספק אין ברירה והממע"ה ע"כ יש לומר על חלק שהגיע להגדולים דלמא החליפו חלקם בשל חלק הקטנים ומה שהגיע החלק להגדולים עכשיו לאחר החלוקה דילמא הוא חלק השייך להקטנים וממילא יש לדון בזה מה מכר ראשון לשני כל זכות שבא לידו כמו דמצינו בב"ק (דף ח' ודף צ"ו) גבי השביח לוקח דאף דאין זכות זה רק מדרבנן ג"כ דייניו כן. וכמש"כ התוס' כעין זה בב"מ (דף ל"ה) ד"ה זבנה כו' ע"ש. ולכן כיון דהיו זכות להקטנים בחלקם דפטורים לשלם חוב אביהם משום צררי אתפסי' ע"כ יש זכות זה ג"כ להגדולים בנכסים שלקחו חלק השייך להקטנים. ואף דבדרבנן יש ברירה מ"מ במקום חזקת ממונא דייניו הממע"ה ואין מוציאין מהגדולים משום ספק שמא הוא חלק שהי' שייך להקטנים:

ואין להעיר ע"ז מן מש"כ המרדכי בסוף כתובות בסוגיא שם (דף ק"ט) בחד דאתי מכח ארבעה דאמרו אי שתקת וא"ל מהדרנא שטרא למרי'. דהקשה דאמאי לא אמרו בזה מה מכר ראשון לשני כל זכות שבא לידו ותירץ דכיון דאין זכותו רק משום ספק לא דייניו

כן. א"כ לכאורה ה"ה הכא כיון דעיקר הטעם מה דאין גובין מיתומים קטנים הוא משום שמא צררי אתפסי' ע"כ לא שייך לדון בזה כלל הך דמה מכר ראשון לשני כו'. דבאמת אין זה דומה לדהתם דהא בחד דאתי מכח ד'. זה הזכות דהיו להנך ארבעה מקודם משום ספק דמצי כ"א מדחי א"ע. הנה עכשיו דהם אצל היחיד נתברר כעת דהך דרך אית גבי' בוודאי ע"כ לא דיינינן שם מה מכר ראשון כו'. אבל הכא בשט"ח שיצא על קטנים דתקנו חז"ל לחוש לצררי הנה זה החשש לא נתברר גם לאחר שבא השדה לחלק הגדולים רק בקטנים תקנו חז"ל לחוש לזכותם משום צררי ובגדולים לא תקנו כן לכן שפיר יש לנו לדון בזה מה מכר ראשון לשני כל זכותו. דכמו שהיו להקטנים זכות בהנכסים שלא לפרוע מהם להבע"ח משום תקנת חז"ל דפטרו אותם. כמו כן שייך עכשיו הזכות הנ"ל להגדולים ופטורים לשלם משום ספק דילמא אין ברירה והממע"ה: והא דתקשה לפ"ז דאמאי חייבין הגדולים לשלם מחצה החוב העולה על חלק שלהן הא גם בזה י"ל דילמא אין ברירה והגיע לכל החלק שלהם כל חלק מחצה שהיו שייך להקטנים יש לומר בזה לפמש"כ התוס' בגיטין (דף מ"ז) ד"ה טבל וחולין כו' דכיון דאין ברירה שמא הגיע לו כל חלקו של חבירו או חציו כו'. וכמש"כ השאגת ארי' בסי' צ'. לכן יש לדון בנ"ד ספק ספיקא. ספק א' דילמא יש ברירה והוברר הדבר דכל חלק שהגיע עכשיו להגדולים הוא שלהם מתחלה ואת"ל אין ברירה אכתי ספק שמא לא החליפו בכולו רק בחציו. א"כ יש ת"י הגדולים חלק מחצה ירושה השייך להם מכבר ולכן חייבין לפרוע מחצה החוב בוודאי וזה לא מקרי ספק ספיקא משם א' דהא נפ"מ רבתא הוא בין צדדי הספיקות הנ"ל אם לשלם כולו או מחצה החוב. ואף דבספק ספיקא אין מוציאין ממון מ"מ שאני הכא כמש"כ במק"א דדוקא אם מעלת המוחזק הוא ע"פ זכות דין התורה בזה אמרו דאין מוציאין מהמוחזק ע"פ סמך הרוב וספק ספיקא. אבל היכא דמעלת המוחזק הוא רק משום זכות דרבנן ע"כ בזה הולכין אחר הרוב וכן אחר הס"ס דדין ס"ס כמו הרוב והארכתי בזה במק"א:

א"כ ה"ה בנ"ד דמעלת המוחזק הוא משום הזכות דתקנו חז"ל לחוש לצררי בקטנים ע"כ בכה"ג הולכין אחר הס"ס להוציא מהמוחזק ולכן מוציאין המחצה מהיורש משום דיש לו דין יורש ע"ז. אבל במחצה השניי' יש לו דין לוקח ולכן אף דלא שייך בזה אי שתקת כו' מ"מ יש לדון הכא מה מכר ראשון לשני כו'. ולכן פטורים לשלם מחצה חוב השניי' כנ"ל. וכן לא שייך בזה לדון לחייבם משום דין יורש שמכר נכסי אביו דחייב משום מזיק שעבודו לחד שיטה כמבואר בסי' ק"ז. כיון דחזינן דמקודם חלוקת הגדולים עם הקטנים אין נזקקין לנכסיהם יהי' מאיזה טעם שיהי' וכמש"כ לעיל ע"כ כ"ע מודו הכא דאין

לחייבם משום מזיק שעבודו וקצרתי וא"ש דברי המחבר דלא יהי' מוקשין כ"כ. ובעיקר ביאור ס"ס הנ"ל הארכתי בקונטרס א' בסוגיא גיטין (דף מ"ח) דלא משכחת חד בר חד דמייתי בכורים כו' ובישוב דברי הרמב"ם עפ"ז ובדברי הש"א בסי' צ' ובשא"ד ואכמ"ל: וראיתי בשער המשפט ס"ק ב' שכתב דקטן שמת וירשו אח גדול דנזקקין לנכסיו דלא שייך בזה לומר מה מכר ראשון כו' ע"פ דברי המרדכי סוף כתובות ע"ש. אכן לפמש"כ לעיל לחלק בין הא דנ"ד להך דנידון המרדכי הנ"ל ע"כ שפיר יש לדון ביורש גדול שירש אחיו הקטן דאין נזקקין לנכסיו משום דיש לו זכות מורישו הקטן שהיה לו זכות מתקחז"ל דתקנו לטובתו דאין נזקקין לנכסיו כנ"ל:

שוב ראיתי בעיקר קושיות אחי הרב זצ"ל הנ"ל וכן קושיות השער המשפט הנ"ל במה שאין גובין מחלק הגדולים כל החוב ומ"ש מן ערב. והוא דבאמת אין זה קשה דיש לחלק ביניהם בפשיטות. דדוקא בערב ליתומים קטנים נפרעין ממנו דהא אין הערב נפרע מהם עד שיגדילו כמש"כ הסמ"ע ס"ק ח' בשם הטור. והטעם הוא דכיון דחיישינן לצררי ע"כ דינו כמו עלילה על הערב דאין נתפס על חבירו וכמש"כ במק"א לחלק בין הא דסי' קל"א סעי' ז'. וכיון דאין הערב נפרע מהם לכן נזקקין לנכסי ערב משום דאין נפרעין ומפסידין להקטנים כלל. אבל הכא במה שנזקקין לחלק הגדולים לפרוע מהם כל החוב הדין נותן שאחר שנפרעו הב"ד כל החוב שיהיה יכולים הגדולים לתבוע מן הקטנים מה שפרעו החוב כולו מן דין ממה נפשך והוא דיכולים הגדולים לטעון אם השט"ח הוא אינו פרוע א"כ הדין נותן בוודאי דחייבים הקטנים לחזור ולפרוע להגדולים את חלקם המגיע מהם כדקיי"ל בב"ב (דף ק"ז) באחים שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם דהילכתא בטלה מחלוקת בח"מ סי' קע"ה סעי' ד'. וכן הדין אף בקטנים דהיכא דלא הוי חשש צררי נפרעין מהם דהא קיי"ל כרב הונא ברי' דרב יהושע ולא כר"פ כמבואר בערכין (דף כ"ב) וב"ב (דף קע"ד) וכמבואר הכא:

ואם החוב הוא בחשש צררי ומה שפרעו הגדולים כל החוב הוא שלא ע"פ דין האמת ומה שנטל הבע"ח מהם עשה שלא ע"פ דין ודינו כמו עלילה בעלמא מה שנטל הבע"ח את חובו מהם. וע"כ יהיו יכולים הגדולים לחזור על הקטנים. משום דהא מה דאמרו דיתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהם ב"ד מעמידין להם אפטרופוס וחולקין. זהו דוקא אם מבקשין הגדולים לחלוק את חלקם כמבואר בסי' רפ"ט בטור וסמ"ע שם ס"ק א'. וכעין זה כתב הרא"ש בכתובות פ' י"א סי' י"ח בשם הר"ת דדוקא שניהם רוצים אבל א' רוצה וא' אינו רוצה לא. וכ"כ התוס' בגיטין (דף ל"ד) ד"ה יתומין שבאו לחלוק כו' בשם הר"ת. והכא במה דאמרו דאם יש יתומים קטנים וגדולים דהב"ד מעמידים אפטרופוס

ולחלק עם הגדולים כו' זהו משום פריעת בע"ח דמוטל על הגדולים ע"כ אף בע"כ של הגדולים יכולים הב"ד לחלק ביניהם. וזהו הכל אם האמת הוא עם הבע"ח אבל אם הבע"ח בא בטענת שקר דצררי אתפסי' ופטורים ע"פ דין באמת לשלם להבע"ח אף הגדולים. ומה שנפרע מהם בע"כ של הגדולים וכן במה שמחלקין הנכסים ביניהם הוי הכל כמו אם בא אחד באלמות ובגזילה לתבוע את הגדולים ולקח חלקם בע"כ. דוודאי אף שמחלק מתחילה בין הגדולים להקטנים ואח"ז נוטל חלק הגדולים עבור העלילה שמעליל על הגדולים דהדין הוא דאח"ז יכולין הגדולים לקבל חלקם מן מה שנשאר חלק של הקטנים דהא יש להגדולים זכות חלק בהקרקע שנשאר עבור הקטנים משום דמאן פלג לי' בע"כ:

ואף למ"ד יש ברירה מ"מ זה אינו רק באם נעשה החלוקה ביניהם כד"ת בזה ס"ל דאמרינן יש ברירה והוברר דזהו חלקו משעה ראשונה. אבל בנ"ד אם נימא דצררי אתפסי' ע"כ דינו של הב"ד המחלקים ביניהם לאו כלום הוא ואין שום ממש בעשייתם כלל דהא אין דין פריעת בע"ח כלל בזה כיון דצררי אתפסי' והוי כמו דלא נתחלק ביניהם מעולם כלל וע"כ החלק שנשאר להקטנים שייך ג"כ כל משהו ומשהו להגדולים ג"כ וכ"א נכנס בתוך שלו כמבואר ר"פ השותפין בנדרים (דף מ"ה) וב"ק (דף נ"א) ובר"נ שם. ויש לכ"א מהשותפים זכות קנין הגוף ושעבוד וכמש"כ הר"נ במשנה שם ומאן פליג לי'. ואף דלקח הבע"ח מן חלק הקטנים שהי' להם שותפות עם הגדולים שלקח הבע"ח עבור העלילה שמעליל על הגדולים. הא בזה הדין דאין נתפס על חבירו ופטור לשלם לחבירו עבור מה שלקחו חלק חבירו עבור העלילה שמעלילין עליו. וזהו דומה להא דחולין (דף קל"א ע"א) אנסו גרנו אם בחובו חייב לעשר אם באנפרות פטור לעשר. משום דאין נתפס על חבירו: וה"ה בנ"ד מה שלקח הבע"ח מחלק הגדולים אחר החלוקה כיון דמה שנזדקקו הב"ד להחלוקה הוא באמת שלא כפי הדין כיון שאינם חייבים להבע"ח כלל מחמת צררי אתפסי' והוי כמו דלא חלקו כלל מעולם. וממילא בחלק הקרקע שנטל הבע"ח הי' שם גם חלק השייך להקטנים וחל הפסידא ג"כ על הקטנים וט"פ דין מצי הגדולים לעכב על החלוקה במה דאפשר בידם. וכמו הא דסי' שפ"ח סעי' ב' בהג"ה היה רואה נזק בא עליו מותר להציל עצמו אע"פ שעי"ז בא הנזק לאחר. ועיין בנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' ע"ד. ובוודאי אין זה דומה למה דאמרו בח"מ סי' קע"ו סעי' כ"ח ובסי' קפ"א דבמקום פסידא יכול לחלוק ולומר לעצמי אני מציל במטלטלין וקצרתי. ולכן יכולים הגדולים אח"ז לחזור ולתבוע חלקם בהשדה שנשאר בחלק הקטנים משום דהקרקע עומדת בחזקת בעלים הראשונים בשותפותם עם הקטנים כמו שהיה קודם החלוקה. משום דין ממנ"פ

אם היה חוב באמת בוודאי חל גם על הקטנים. ואם היה חוב בשקר א"כ דינו כמו גזלן שנטל באונס דנשאר חלק הקטנים בחזקת שותפות הראשונה. וכיון דיכולים לחזור על הקטנים א"כ הוי כמו דנפרעין מהקטנים בעת שנפרעין מחלק הגדולים לאחר חלוקה וכיון דסוף סוף יפרעו מהקטנים ע"כ הא אמרו חז"ל אין נזקקין לנכסי קטן ולכן אין גובין מהגדולים רק חלק המגיע עליהם בלבד דבחלקם לא שייך דין ממנ"פ הנ"ל. אבל ביותר ממה שמגיע על חלקם בלבד אין גובין מה"ט. וא"ש בפשיטות דברי המחבר:

ענף א:

נזקקין לנכסי ערב אע"פ שהיתומים קטנים. וכתב הסמ"ע בשם הטור שאין הערב יכול לגבות מהן עד אשר יגדילו כו'. ואף דהערב פורע עבורם מ"מ כיון דאמרינן צררי אתפסיה ע"כ דין הערב כמו דהיה עלילה להערב עבורם דהדין הוא דאין נתפס על חבירו כמבואר בסי' קכ"ח. וכן מוכח בב"ב (דף קע"ד ע"א) בההוא ערבא דיתמי דפרעיה למלוה מקמי דלודעינהו ליתמי דמסיק רב הונא בריה דרב יהושע אימר צררי אתפסיה. אלמא דאם צררי אתפסי' אף דהערב הוצרך לפרוע עבורם לפי מה דקיי"ל נזקקין לנכסי ערב ביתומים קטנים. עכ"ז אין דינו רק כמו עלילה בעלמא על הערב דאין נתפס על חבירו. וכעין זה כתב הש"ך בסי' ק"ל ס"ק א' בשם הב"ח דאף מלוה בשטר שפרע הערב אם הלוה מברר שיש לו שובר דפטור הלוה. והוא ג"כ מה"ט:

ולכאורה יש להקשות ע"ז מהא דמבואר לקמן סי' קל"א סעי' ז' דבכל ערב אפילו העלילו עליו חייב הלוה לסלקו. א"כ ה"ה הכא כיון דהוכרח לפרוע עבור הלוה יהיה חייב הלוה לפצותו ואפשר לחלק דשא"ה דמיירי במי שדרכו להעליל וכמש"כ שם הראי' מהא דזבן אמיצרא כו' דסי' קע"ה סעי' מ"ם. משא"כ הכא דמיירי במי שאין דרכו להעליל וכן מצינו חילוק זה לקמן סי' קכ"א סעי' א' ש"ך ס"ק ו'. אכן הט"ז לקמן סי' ק"ל סעי' א' כתב בערב שהוכרח לפרוע כ"ז שהשטר ביד המלוה ע"כ אף שהוציא הלוה שובר אח"ז דחייב הלוה לפרוע להערב. וטעמו הוא כפי הסברא שכתבתי דהלוה חייב לפצות להערב מכל עלילה שיהיה לו עי"ז כמבואר בסי' קל"א סעי' ו' ואינו מחלק בין מי שדרכו להעליל כו'. אכן עדיין תקשה על הט"ז מהא דבב"ב (דף קע"ד) בההוא ערבא דפרעי' למלוה מקמי דלודעינהו דאינו גובה מהם משום צררי כנ"ל. דקשה דאמאי לא נימא דיהיו חייבים לשלם להערב כמו כל דין עלילה כנ"ל. וכן תקשה אף לפמש"כ לעיל לחלק בין מי שדרכו להעליל כו'. דהא בב"ב שם ע"ב אמרו ההוא ערבא דפרעי' כו' מקמי דלתביעינהו ליתמי כו' אפילו למ"ד חיישינן לצררי ה"מ כו' אבל כו'. אלמא דלא מחלקינן בין מי שדרכו להעליל. ותקשה דיהיו חייבים בתורת כל דין עלילה כנ"ל. ואפשר לחלק דשא"ה כמש"כ

התוס' שם ע"א ד"ה מקמי דלודעינהו ליתמי מיהר לפרוע ולא הודיעם שאם היה מודיעם שמא היו פורעין כו'. א"כ י"ל מה"ט לא דיינינן הכא לדון עלילה על הערב משום דשא"ה דמייתי העלילה ע"ע מדנפשי' כן יש לחלק. ועיין לקמן סי' ק"ל סעי' ו' ויש לדון עפ"ז בכולי סוגיא דב"ב שם ובתוס' שם:

אכן גם זה החילוק אינו ברור דהא משמע הכא דאף דלא מיהר הערב לפרוע מקודם שהודיעם דג"כ אינו חוזר הערב על היתומים ותקשה עדיין דמ"ש מכל עלילה כנ"ל. ואחר כותבי כל זה מצאתי בספר שער המשפט סי' ק"ל שהעיר בזה והעלה לחלק בין הלוה ליורשים כמו הא דכתובות (דף ל"ד) הניח להן פרה שאולה מתה אין חייבין באונסה אף דהניח להם אחריות אונסין. דכיון דהשעבוד לא חל עד שעת אונסין ואז כבר מת וה"ה בהך דין עלילה כיון שמת אין דינו כלל על היורשין. עכ"ל השער המשפט. אכן לדעתי אינו ברור זה החילוק לפמש"כ בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ג' דבכל ענין חיוב על תנאי כ"ז דלא אמר בלשון אם הוי כמו מעכשיו ודוקא חיוב שומרים דהתורה חייבה אותו בדין אחריות בזה י"ל דמן עת האונסין מתחיל החיוב ולא מקודם דהתורה לא שעבדיה רק מעידן פשיעה. וכן הא חזינן בכל חיוב אחריות שמקבל המוכר להלוקח דאף דטורפין ממנו השדה לאחר שמת המוכר דג"כ גובה הלוקח מן היורשין. ולא אמרינן דמתחיל החיוב בעת הטירפא ולא מקודם וכיון שמת בעת הטירפא יהיו פטורים היורשים. וע"כ מוכח דבכל חיוב שמחייב א"ע אף שהוא בתנאי מ"מ מסתמא מחייב א"ע מעכשיו ולכן גובה אף מיורשים. וה"ה אף היכא דלא התנה בפי' האחריות רק דאמרינן אחריות טעות סופר דג"כ גובה מיורשין ולא אמרינן דכיון דמת בשעת הטירפא שאני. וכמו כן במה דחייב הלוה לפצות להערב על כל עלילות שיהיה עליו דג"כ החיוב חל מעכשיו. ושם בספרי העירותי בזה מהא דב"מ (דף ל"ד) דפליגי הני לישני אם אמרינן כשתגנב ותשלימני פרתך קנויה לך מעכשיו או סמוך לגניבתך דעיקר פלוגתא זו הוי אם סתם הוי כמו מעכשיו או לא וכיון דקיי"ל בח"מ סי' רצ"ה בש"ך ס"ק י"א כלישנא קמא דרבא ע"ש. א"כ מוכח מזה ג"כ דאף באומדנא על תנאי ג"כ הדין דהוי כמו מעכשיו. וכן מוכח בגיטין (דף י"ח ע"ב) ועיין בתו"ג סי' קמ"ג סעי' ב'. וכן מוכח מכמה דוכתי. ולכן הדין נותן דגם היורשים חייבים על עלילת הערב אף שמת הלוה בעת שקרה העלילה:

וכן ראיתי בשער המשפט סי' קל"א ס"ק ה' שהוכיח כדבריו דבמת הלוה פטורים היורשים מן חיוב עלילת הערב מהא דסי' קע"ה סעי' מ"ם במכר כו' דאם בא ההיזק לאחר מיתת המוכר פטורים היורשים. אבל לענ"ד אין זה ראיה כלל דהא באמת חזינן דעיקר החיוב בעלילת הערב אין זה מצד הא דזבן אמיצרא כו' הנ"ל דהא קיי"ל התם

דאינו חייב אלא אם קיבל לשלם כל היזק שיבא לו עי"ז כמבואר התם. ולכן כיון דע"י כפיי' מקבל עליו כן לכן שפיר אמרו שם דלא קנסו בנו אחריו כיון דעיקר חיובו הוא ע"י גרמא בנזקין ולכן כפוהו לקבל עליו כן ודומה לטימא טהרות דלא קנסו בנו אחריו. אבל הכא בחיוב לפצות הערב מן עלילות הא אף דלא קיבל עליו בפירוש ג"כ קיי"ל דחייב. וע"כ מוכח לדינא דעיקר החיוב הוא דהוי כמו התנה וכמש"כ האו"ת בסי' קל"א ס"ק ו' ע"ש. ע"כ הדין נותן דחייבים היורשים ג"כ לפצות להערב על עלילות שיקרה לו משום הערבות:

ולכן נראה לי בטעמו דאמרו דאינו גובה מהיתומים עד שיגדילו משום דהא מבואר בסי' קל"א סעי' ז' דבעלילה דלא שכיח פטור. א"כ ה"ה הכא כיון דמבואר ביו"ד סי' רכ"ח סעי' י"ב דמיתה לא שכיחא ועיין בב"י שם ובשער המלך פ"ד הל' סוכה. א"כ ה"ה הכא כיון דעיקר העלילה שעל הערב הוי מן מה דמת הלוה ונשארים בנים קטנים הוי זה ג"כ בכלל מילתא דלא שכיחא ולא אסיק אדעתיה לומר גם בזה דהוי כהתנה. ולכן אינו גובה מהיורשים עד שיגדילו וא"ש כ"ז:

ועוד נלע"ד לדון ולתרץ למה שהקשיתי דאמאי לא יגבה הערב מיד מיתומים קטנים דלא גרע מכל עלילה על הערב. והוא דהנה עיקר הטעם דהלוה חייב להערב על כל עלילה שיארע להערב הטעם הוא דהוי כאלו התנה לשלם לו כל היזיקותיו לפי דהערב עשה טובה להלוה ע"כ הוי אומדנא דהלוה נתרצה כן משום דמה לו להערב לצרה הזאת להכניס א"ע בהעלילה והוי אומדנא זה כמו דאמרו באחריות דהוי ט"ס. וכמש"כ האו"ת בסי' קל"א ס"ק ו' והנתיבות בסי' קע"ו ס"ק נ"א סברא זו ומה"ט כתבו שם בשותפים שלא עשה זה לטובת חבירו רק לטובת עצמו ע"כ לא דיינינן הך אומדנא ע"ש. ולכן נראה לי דזה אינו רק בערב שלא קיבל שכר מן הלוה עבור הערבות דבזה שפיר שייך לומר דעשה כן לטובת הלוה וע"כ אין סברא שיהיה חל על הערב ולא על הלוה אבל היכא שנתן הלוה שכר להערב עבור הערבות כמו דמצינו בח"מ סי' קכ"ט סעיף כ"ב דמותר להערב לקבל שכר מהלוה בשביל ערבותו וכמש"כ הט"ז ביו"ד סי' ק"ע ס"ק ג'. ע"כ בכה"ג אפשר לדון דיהיה פטור הלוה מן העלילה של הערב דבזה אין לנו אומדנא מוכחת כ"כ לומר דהוי כאלו התנה דהא אפשר דאף אם לא היה נתרצה הלוה לקבל ע"ע העלילות מ"מ היה מרוצה הערב להכניס א"ע בהערבות כיון דזהו טובתו במה דנותנים לו שכרו בעד טרחתו והשתדלותו ולכן הדין נותן דיהיה פטור הלוה בזה ומוקמינן על הדין דאין אדם נתפס על חבירו. ועשה כן בעד טובתו להשתכר מעות ולא בעד טובת הלוה. ואמרינן בזה מזלו גרם וכמו במוכר שדה לחבירו דאף דהתנה חיוב אחריות אין

זה רק אחריות דאתי מחמתיה אבל דלא אתי מחמתי' פטור המוכר ואין חייב בעלילת הלוקח אלא היכא דהתנה בפירוש שאני כמבואר בסי' רכ"ה. ואף שלא מצאתי בדברי הפוסקים שיכתבו כן מ"מ כן נלע"ד פשוט בסברא:

ועכשיו שנתבאר דבערב שנטל שכר בעד ערבותו דאז פטור הלוה מן עלילת הערב. וכל המבואר בסי' קל"א דחייב הלוה בעלילת הערב מיירי במודה הלוה שלא נתן לו שכר עבור זה או בידוע ע"פ עדים כן. לכן יש לומר דבמת הלוה דאין אנו יכולים להוציא ממון מהיורשים ולחייבם בעלילת הערב משום דטענינן להו דילמא היה ערב בשכר והיה טוען אביהם כן שנתן לו שכר בעד ערבותו והיה פטור מן עלילות הערב דמה"ט טענינן גם ליורשיו וע"כ אין להוציא מן היורשים. ואין זה בגדר טענה דלא שכיח דס"ל לכמה פוסקים דלא טענינן ליתמי דהא כתב האו"ת בסי' קכ"ט ס"ק כ' דכפי הנהוג ליתן להערב שכר בעד ערבותו כו' ע"ש. אלמא דזהו מילתא דשכיחא ולכן שפיר טענינן ליורשיו דהיה ערב בשכר ופטורים. וזהו כעין מש"כ השער המשפט דיורשים פטורים מן עלילות הערב אך לא מטעמי'. ונפ"מ לפי הטעם שכתבתי דהיכא דידוע דלא קיבל שכר דחייבים היורשים לשלם להערב בעד עלילותו. ולכן בכה"ג גובה הערב מיתומים קטנים לאחר שפרע להלוה דאף דנימא דאתפסיה צררי מ"מ חייבים כמו כל דין עלילה שעל היורשים ומה"ט אפשר לומר דבכה"ג כיון דיהיה יכול הערב לחזור על היורשים ע"כ אפשר דבכה"ג אין המלוה נפרע מהערב כיון דיהיה יכול לבא עי"ז פסידא להיתומים וכמש"כ כעין זה לעיל בסעי' א'. [ויש לדון בזה עדיין טובא]. אבל היכא שאינו ידוע אם לא קיבל שכר על ערבותו ע"כ פטורים היורשים וטענינן להו דשמא נטל שכר דאז אין הלוה חייב לשלם להערב בעד עלילותו כנ"ל ולכן א"ש כל המבואר הכא ובב"ב (דף קע"ד) דלטעם אתפסיה צררי פטורים היורשים לשלם להערב:

וכעת ראיתי סעד למה שכתבתי לחלק בין ערב בשכר לבחנם. מהא דמבואר לקמן בסי' קע"ו סעיף מ"ח בהג"ה דמי ששלח חבירו בעסקיו ונתפס י"א דאם הלך בחנם חייב לפדותו וה"ל כשואל כו'. אבל בשכר פטור המשלחו וכמבואר בבית יוסף סי' קפ"ח בשם תשובה להרמב"ן שכתב וכש"כ בשליח בשכר שהרי הלך בשכרו וכדכתיב ואליו הוא נושא את נפשו כו' ובשביל שכרו הכניס א"ע בכלל סכנה כו' ע"ש. וכעין זה כתב הצמח צדק סי' ו' לחלק בין שליח בחנם לבין שליח בשכר מה"ט דאם נהרג בדרך דא"צ המשלחו כפרה ע"ש. הרי דמצינו חילוק בין שליח בשכר לשליח בחנם וכעין החילוק שחילקה התורה בין שואל לשוכר וש"ש. ולכן שפיר כתבתי לחלק כן גבי ערב דאם נותנין לו שכר פטור הלוה מהעלילות של הערב ע"פ סברא הזאת. ובמק"א כתבתי להעיר

דמ"ש שליח דניזק בממונו דכ"ע מודו דפטור המשלחו כמבואר בסי' קפ"ח סעי' ו' וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק י"א. ומ"ש זה מן ערב דחייב הלוה במה דיארע להערב עי"ז במקום דשכיח היזיקא ועיין בביאור הגר"א זצ"ל בסי' קפ"ח ס"ק ט"ו. ויש לחלק ביניהם והארכתי הרבה במק"א:

סימן קיא

(סעי' ז'):

נשאלתי בשטר מתנה שכתוב בו מהיום אם לא אחזור בו אם יכול מלוה בשטר המאוחר לטרוף מן המתנה:

תשובה הנה מצאתי זה בשיטה מקובצת לב"מ (דף י"ט ע"ב) ד"ה וכי מפיק לי' כו' דהקשה במה דמבואר שם בשטר מתנה מהיום ולאח"מ דנמצא ואמר תנו נותנין דניחוש שמא לוה מאחר או דחייב לכתובת אשתו או למזונות משום הכי אומר שכבר נתן במתנה לזה מקודם שעבוד כדי שלא יטרפו ממנו ותירץ דלפי' ר"י ניחא דפי' מהיום ולאח"מ הוא אם לא אחזור [וכעין פי' ר"ת בתוס' ב"מ שם וב"ב (דף קל"ה)]. דהשתא ליכא למיחש למיתב לקמא דאם הי' מחוייב לב"ח או לכתובת אשתו או למזונות כו' שפיר יטרפו ממנו שהרי שיעבד לו כל נכסיו שיש לו יכולת בהם והרי יש לו יכולת בזה המתנה לחזור בה כו' עכ"ל השמ"ק. הרי להדיא דס"ל להשמ"ק דבמתנה זו גבי מינה בע"ח המאוחר. והובא דברי השמ"ק הללו באו"ת סי' ס"ה ס"ק נ"ג באורים שם ובפתח הבית סי' ל"ד ענף ד' ע"ש. וכן ראיתי בהגהות מרדכי בב"ב פ' יש נוחלין סי' תרס"ח שכתב להוכיח כן מהך דב"מ ע"ש:

ענף ב:

וכן נלע"ד להוכיח מן התוס' כתובות (דף ע"ט) ד"ה עשאום כנכסים שאינם ידועים כו' שכתבו בשם הר"ת מעשה שטר מבריח נכסיו שרצה ללות ורצה שלא ישתעבדו נכסיו לבעל חוב כו' והורה ר"ת דהוי מתנה גמורה דכיון דאי לא קני להו לוקח הוי קני להו בע"ח והאשה וכיון דבהכי לא הוי מוברח אית לן למימר דלמתנה גמורה אכוין עכ"ל. וס"ל להר"ת דזה הוי מתנה גמורה ואינו יכול לחזור בו כלל. וקשה הא יש לדון להאומדנא דנתן המתנה כדי להבריח מהבע"ח והי' כוונתו במתנה מהיום אם לא אחזור בו. ואז מועיל שפיר להבריח מהבע"ח דכ"ז דלא חזר בו שפיר קני לי' המקבל מתנה. ומ"מ היכולת בידו לחזור בו לעולם כ"ז שירצה הנותן לבטל להמתנה. ועיין בר"נ פ"ח לכתובות ובאה"ע סי' צ' סעיף ז' ובח"מ וב"ש ס"ק למ"ד בפי' מהיום ולכשארצה כו'.

וע"כ מוכח דס"ל להר"ת דאף במהיום אם לא אחזור בי. דיכול הבע"ח אף המאוחר לשטר מתנה לטרוף ממנו וכשיטת השמ"ק והגהות מרדכי דכיון דיכולת בידו לחזור א"כ לא יצתה מרשותו ע"כ יכול הבע"ח לטרוף ממתנה זו לכן ס"ל דזה הוי מתנה גמורה משום דאם נימא דהוי כמו התנה כן א"כ ממילא יכול עדיין הבע"ח לטרוף ממנו ולא הועילו מעשיו ובאמת הא הנותן נתכוין להבריה מהבע"ח שלא יהי' יכול לטרוף ממנו. לכן הורה הר"ת בזה דהוי מתנה גמורה ואינו יכול הנותן לחזור בו לעולם. וכן מוכח מן שיטת הרא"ש לכתובות שם פ"ח סי' ג' דחולק על הר"ת וכדקיי"ל כן לדינא וכמבואר בח"מ סי' צ"ט סעיף ו' והנתיבות שם ס"ק ה' כתב ליישב קושיות הש"ך שם דלכן כתבו שם דפטור להחזיר הפירות שאכל משום דהעיקר לדינא הוא דשטר מברחת הוא קנין גמור להמקבל רק שהרשות ביד הנותן לחזור בכל עת וכמש"כ הרא"ש לכתובות (דף ע"ט) והא דקנה הבע"ח הוא מטעם כיון שבידו לחזור לא יצאה מרשותו כמש"כ הרא"ש כו' ע"ש בנתיבות. הרי דמוכח לדינא דס"ל ג"כ דהיכא דהרשות בידו לחזור דאז אף אם לא חזר בפירוש דמ"מ יכול הבע"ח לטרוף ממנו וכעין דברי השמ"ק והגהות מרדכי הנ"ל: אמנם הרשב"א דהובא בבית יוסף ח"מ סי' צ"ט ס"ק י"ב נראה דלא ס"ל כן דז"ל הרשב"א אם כתב כל נכסיו לאחרים כו' ובשייר קצת מתנתו מתנה ואינו יכול לחזור בו אא"כ התנה בפי' שיוכל לחזור בו כל זמן שירצה ומ"מ לא נשתעבדו נכסיו ללוה שהרי הבריחה ממנו וקנאה בעל המתנה עד שיחזור בו הנותן כו' עכ"ל. הרי דהרשב"א חולק על השמ"ק והג"מ הנ"ל. אך לפי שיטת הרשב"א תקשה קושיות השמ"ק והג"מ הנ"ל דלפ"ז תקשה בהך דב"מ (דף י"ט) הנ"ל דאמאי מחזירין שטר הנמצא בכתוב בו מהיום אם לא אחזור בי הא יש לחוש שמא לוה מאחר ורוצה להפקיע מן הבע"ח את זכותו דלא יהי' יכול לתבוע מהשדה דהא כ"ז דלא חזר בו בפירוש קנויה השדה להמקבל. וראיתי בתומים סי' ס"ה ס"ק כ"ו שהביא שם באה"ד לדברי הר"נ שכתב דהואיל דהשדה הוא שלו רק שמפקיע החוב ממני אע"פ שהוא שלא כדין אין לחוש כ"כ אבל הגמ' פריך שפיר איך כותבין שטר כו' דלמא ימכור וזה יטרוף שלא כדין וגזילה הוא עושה עכ"ל. וכתב התומים דלא הבנתי חילוק זה דמ"ש טורף שדה הנמכר שלא כדין או שדה המשועבד לבע"ח ומפקיע שעבודו שלא כדין עכ"ל התומים. ודברי הר"נ הללו הם בחי' הר"נ לב"מ (דף י"ח ע"ב) בד"ה הא בי' והא בברי' כו' באה"ד שם. ובאמת יש להסביר לדברי הר"נ ע"פ דברי התוס' בב"מ (דף כ' ע"א) ד"ה ש"מ איתא לדשמואל כו' בסה"ד דדוקא בערב לאשה דב"ב (דף קע"ג) דידור הנאה דחיישי לקנוניא כו' אבל הכא דאינו אלא חששא בעלמא שמא לא מכרה ואפילו מכרה שמא לא יפסידו כי אינו מוציא מהם אלא חוב שהיו להם על הבעל יהיו

להם על האשה וגבי חייב מודה דחיישינן לעיל לקנוניא לפי שיוציא מיד מהלקוחות ועוד יש לחוש ללקוחות שלא באחריות שיפסידו לגמרי עכ"ל התוס'. הרי דס"ל להתוס' ג"כ דלא חיישינן רק במה דיוציאו מהלקוחות דבר שזכו בו כבר אבל במניעת טירפא היכא שיהיו עדיין להמלוה חוב על הלוה בזה לא חיישינן היכא דלא הוי בע"ח ידוע. ובפרט לתירוץ השני שכתבו התוס' דדוקא ללקוחות שלא באחריות דיפסידו לגמרי בזה חשו. א"כ לפ"ז ליתא לקושייתם שהקשו דניחוש שמא רוצה להפקיע ע"י השטר מתנה במהיום ולאח"מ לאיזה בע"ח. דהא לזה לא חיישינן דהא אותו החוב ישאר לו בתקפו על הלוה וע"כ כ"ז דאינו ידוע לנו הבע"ח לא חיישינן לי' ומתורץ שפיר קושיות השמ"ק וההג"מ הנ"ל. ועפ"ז מתורץ קושיות הש"ך בסי' ס"ה ס"ק כ"ב דהקשה דניחוש שמא יש לו איזה בע"ח כו'. אבל לשיטת התוס' הנ"ל אינו קשה כלל לקושיות הש"ך ועיין בסמ"ע שם ס"ק י"ט וקצרתי:

ובעיקר קושיות הגהות מרדכי והשמ"ק על הא דב"מ (דף י"ט) דניחוש שמא לוה מאחר ומפקיע ע"י המתנה דמהיום ולאח"מ לאיזה בע"ח. נראה ליישב קושייתם דהא אף לדברי הרשב"א דס"ל דכ"ז דלא חזר בו קנוי המתנה להמקבל מתנה ואין הבע"ח טורף ממנו. מ"מ נראה פשוט דהב"ד כופין להלוה היינו להנותן מתנה שיחזור בו משום פריעת בע"ח מצוה דכופין לו לקיים מצוה זו במה דאפשר בידו וכיון דאם יחזור בו יהיה יכול לקיים להעשה דפריעת בע"ח ע"כ הדין ברור דכופין לו ע"ז. וכעין זה כתב הקצה"ח בסי' ט' ס"ק א' בשם הכנה"ג ליו"ד סי' קס"א גבי ריבית דאינו מחוייב להחזיר בלא תביעה דאם הוא חייב לאחרים כופין אותו לתבוע בכדי שיהי' לו במה לפרוע משום דפריעת בע"ח מצוה כו' והביא כן בשם המל"מ. א"כ ה"ה גבי מתנה דמהיום ולאח"מ דכופין את הלוה לחזור בו כדי שיקיים מצות פריעת בע"ח. ולכן לא חיישינן בשטר מתנה במהיום אם לא אחזור בי הנמצא דאם אמר תנו נותנין. דשמא יש לו איזה בע"ח. משום דהא אכתי יש לו יכולת ביד הב' לכופו שיחזור בו. ואי דניחוש שמא יהי' איזה סיבה דלא יהי' היכולת בידם לכופו שיחזור בו מצד אלמותו וכה"ג. ולירד לנכסיו זה יהי' יכולת בידינו אלא לירד לגופו זה לא יהי' היכולת בידם משום איזה סיבה וחשש. הא בזה לא יצאנו לעולם מידי חשש לפי המבואר בכתובות (דף נ"ט) דקונמות קדושת הגוף ומפקיע מידי שיעבוד וכתבו התוס' והרא"ש להקשות דא"כ כל אדם יפקיע חובו ע"י קונם ותירצו דאלמוה רבנן לשיעבוד הבע"ח. והר"נ שם כתב דדוקא שעבוד הבעל אלמוהו אבל שעבוד המלוה לא אלמוהו אלא דכופין להלוה דיהי' מיתשל אנידרא והובא פלוגתא זו בח"מ סי' קי"ז

סעי' ז' ברמ"א ובסמ"ע ס"ק כ"ד בשם המ"מ דכופין להלוה דיהי' מיתשל אנידרא וכעין המבואר בח"מ סי' ע"ג סעיף ה'. ועיין במחנה אפרים ה' גביות חוב סי' ג':

א"כ לפ"ז לא יצאנו לעולם מידי חשש בכל מלוה דהא לעולם יש ביד הלוה לאסור נכסיו בקונם פרטי על המלוה לשיטת הסוברים דלא אלמוה רבנן לשעבוד הבע"ח. [ועיין בתומים סי' קי"ז ס"ק י"ב שכתב דבמטלטלי כ"ע מודו דחל הקונם רק דכופין לו שיתחרט וישאל על נדרו כמש"כ המ"מ והר"נ]. אלא דכופין אותו מצד פריעת בע"ח מצוה דמיתשל אנדרי'. א"כ לעולם ביד הלוה לעשות כזה דיצטרכו לבא לכפותו ובלא כפיי' להלוה אינם יכולים לירד לנכסיו כ"ז דלא איתשל אנדרי'. ע"כ כמו דיהי' מוכרחין לכפות להלוה דיהיו מיתשל אנדרי'. כ"כ יהי' יכולים לכוף להלוה דיחזור בו במתנה מהיום ולאח"מ. ולפ"ז מתורץ קושיות והוכחות השמ"ק והג"מ בהך דב"מ דלכן מחזירין שטר מתנה מהיום ולאח"מ הנמצא ולא חיישינן שמא יש לו איזה בע"ח ורוצה להפקיע ממנו ע"י חזרת השטר מתנה זו.. דהא יכולים לכפותו שיחזור בו. ואי דניחוש שמא לא יהיה היכולת בידינו לכופו לגופו שיחזור בו. אכתי הא בידו לאסור בקונם דאז ג"כ לא יהי' בידינו לירד לנכסיו בלתי כפיות גופו לשאל על נדרו א"כ לעולם לא יצאנו מידי חשש כזה ולכן אתי שפיר מה דאמרו דמחזירין שטר מתנה במהיום ולאח"מ ומתורץ קושייתם:

ועפ"ז יש לתרץ קושיות הרשב"א והובא בקצה"ח סי' פ"ו דלמה צריך קרא על שעבודא דר"נ הא בל"ז קיי"ל דשעבוד דאורייתא וכל אשר יש לו משועבד להמלוה ע"ש. ולפמש"כ פשוט הוא דנפ"מ להיכא דאסר הלוה נכסיו בקונם על המלוה דאף לשיטת התוס' והרא"ש כתובות דאלמוה רבנן לשעבוד הבע"ח הא ז"א רק מדרבנן אבל מה"ת הא הקונם מפקיע מן השעבוד א"כ אם לא היה כתיב בקראי למילף על שעבוד דר"נ לא הי' משועבד רק בתורת שעבוד בעלמא כמו כל נכסי הלוה ע"כ הי' חל הקונם לאסור עליו. אבל עכשיו דכתבה התורה דהלוה השלישי משועבד גופו להמלוה הראשון בתורת בע"ד דהתורה שוויי' לבע"ד שלו כדכתיב ונתן לאשר אשם לו וכמש"כ הקצה"ח שם. ע"כ אינו חל הקונם שלו לאסור את הלוה השלישי על המלוה שלו דהא לא הוי שלו כלל רק של המלוה שלו והוי נפ"מ רבתא מהך דשדר"נ ועיין בחידושי לסי' פ"ו מזה. ויש להאריך בזה וקצרתי:

ואפשר לומר דהשמ"ק והג"מ דהקשו כן בהך דב"מ. דס"ל דאינו יכול הלוה לאסור בקונם על המלוה משום דאלמוה רבנן לשעבוד הבע"ח או כעין דברי התוס' ישנים בכתובות (דף נ"ט) שם וע"כ הקשו דניחוש להפקעת בע"ח שלא כדין. אבל באמת להחולקים על התוס'

וכשיטת הר"נ והמ"מ אינו קשה וכפי מש"כ. [ועיין בתוס' קידושין (דף י"ח ע"א) ד"ה אמר אביי בע"כ דאב כו' פי' בקונטרס ם יש לו כופין אותו ופודה אותה ק"ק א"כ אמאי קאמר בסמוך ה"נ דאזיל ומזבין לה ומה תועלת במכירתו מאחר דנכוף אותו לפדותה עכ"ל וקצרתי]. ולפי מה דנתבאר דהוכחת השמ"ק והג"מ מהא דב"מ יש ליישב דאינו מוכרח כ"כ לכן הך דינא דחידשו הפוסקים הללו דבע"ח המאוחר מצי טריף ממתנה דמהיום ולאח"מ הקדומה לו זה אינו ברור כ"כ כיון דעיקר סמיכתם על ראי' זו וכיון דאין זה מוכרח ע"כ אין לנו לחדש מדעתינו להך דין מחודש. ומן הסברא נראה כשיטת הרשב"א דהובא לעיל דס"ל דאין כח בבע"ח לגבות בזה דהא כ"ז דלא חזר הוא שלו לגמרי. וכן משמע בהתומים שהובא לעיל דהך דינא אינו ברור כ"כ. וכן נראה מדברי הר"נ בחידושיו לב"מ (דף י"ט) דלא ס"ל כשיטת הג"מ והשמ"ק ע"ש: ענף ג:

והנה ראיתי בפתח הבית סי' ל"ד ענף ד' שכתב בשם הרשב"א שהביא בשם הרמב"ן לקידושין (דף נ"ט) גבי מקדש אשה מעכשיו ולאחר ל' יום דהוי תנאה ופי' רש"י תנאה מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר ל' יום והקשה הרשב"א בשם הרמב"ן דלא מצינו מתנה מעכשיו שיהי' יכול לחזור בו ע"כ פי' התנאי אם לא ימות כו'. א"כ לפ"ז במתנה מעכשיו ולאח"מ אם לא אחזור בי אין חל המתנה כלל דאין מתנה לאח"מ ובאמת הא קיי"ל בח"מ סי' רנ"ז דמתנה מהיום ולאח"מ אם לא אחזור בי מהני בקנין כו' והאריך שם בזה. ע"ש בפתח הבית. וראיתי בחידושי הרמב"ן לקידושין ובחי' הרשב"א שם בשם הרמב"ן שהקשה עלה דמקדש מעכשיו ולאחר ל' יום דהא לא מצינו מקדש מעכשיו שיהי' יכול לחזור בו ואלו במתנה מהיום אם לא אחזור בי לא הזכיר שם. אך אפשר דמסברא נראה לדמותן זה לזה דכמו בקידושין לא שייך מעכשיו כ"ז דבידו לחזור כמו כן במתנה לא שייך מעכשיו כ"ז דבידו לחזור ושפיר כתב הפתח הבית לשיטת הרמב"ן. ובחי' הרשב"א שם השיג על שיטת הרמב"ן בזה וע"כ שפיר כתב הרשב"א דהובא לעיל דס"ל במתנה מהיום אם לא אחזור דאין הבע"ח גובה ממנו. ועיין באה"ע סי' מ' בב"ש ס"ק ו': ולענ"ד נראה דסברת הרמב"ן הנ"ל יש לה מקום לפי המבואר בב"מ (דף ס"ה) מכר לו בית מכר לו שדה וא"ל לכשיהי' לי מעות החזירם לי אסור וכן מבואר ביו"ד סי' קע"ד סעי' א' דכה"ג הוי ר"ק משום דאין שם מכר ע"ז כיון דביד המוכר לבטל המכירה וע"כ הוי בזה איסור רבית מה"ת דהוי הלוואה גמורה ולא אמרינן דהא המכירה חל מעכשיו כ"ז דלא יחזיר המוכר המעות לו אלא אמרינן דכיון דבידו לבטל המכר לא מקרי מכר. ה"ה במתנה דהתנה דיהיה יכול לחזור בו כ"ז שירצה לא מקרי מתנה כלל כיון דבידו לחזור ולפ"ז יש מקום לדברי הרמב"ן במש"כ דלא שייך מעכשיו כיון דבידו לחזור. אלא דיש

לומר דהא אמרו שם בב"מ דזה מקרי צד א' ברבית ולר' יהודה מותר הרי דזה מקרי רק צד א' דתלוי אם יחזור ויביא המעות אבל אם לא יחזיר ויביא המעות הוי שמי' מכר ולכן לר' יהודה מותר כיון דבעת שגמרו המקח ביניהם היה אז ספק אם יחזיר המעות אח"ז או לא ע"כ מקרי צד א' ברבית ומותר לר"י. ולרבנן אסור כיון דחוזר בו המוכר ומסלקו במעות ע"כ אין ראי' מהתם לשיטת הרמב"ן במש"כ גבי מקדש מעכשיו ולאחר ל' יום: אמנם אכתי יש לדון כן ונקדים לדברי המחנה אפרים ה' מלוה ולוה דיני רבית סי' י"ג שכתב בארוכה בדין אם התנה המוכר לכשיהיה לי מעות החזירם לי אסור ודלא כר"י דצד א' ברבית מותר דלכאורה נראה דדוקא בהביא הדמים אז המקח בטל מעיקרא וכפי' רש"י והתוס' דס"ל דהמקח תלוי ועומד אם קיים תנאו כו' ואם לא הביא המעות נתקיים המקח. אבל מן הרמב"ם וטור יו"ד סי' קע"ד משמע דאם התנה כן אין כאן מכירה כלל אלא הלואה כיון שצריך להחזיר בכל עת שירצה וכל הנך רבוותא לא גרסי הכא דלא כר"י דכה"ג אף ר"י מודה דכיון דהתנה להחזיר לעולם ה"ז לא גמר והקנה ול"ד למוכר בית בבתי ערי חומה דהתם אין התנאי נמשך לעולם וכל שעבר שנה א' ולא נפדה נחלטת הבית מעיקרא וכ"נ מתשובת רב עמרם שהביא המבי"ט ויהיב טעמא דכל שהתנאי נמשך לעולם הרי המוכר מובטח לעולם לקיים תנאו ולא גמר להקנות כלל דדמי לאסמכתא כו' וכ"כ הריטב"א בחי' וה"ט כיון דבידו להחזיר המעות בכל עת שירצה אמדינן דעתו דלא גמר והקנה כיון דא"צ קנין מחדש בעת חזרת המעות כו' עכ"ל המח"א. ועיין בנו"ב מ"ת ח' יו"ד סי' ע"ה. והנתיבות בסי' ר"ז ס"ק ו' הביא בקצרה לדברי המח"א הללו וכעין זה ביו"ד סי' ש"ה סעי' ח' גבי פדיון הבן. והנה במה דמחלק המח"א אליבא דר' יהודה בין היכא דבידו לחזור בו לעולם להיכא דאין בידו לחזור לעולם רק לזמן. כעין זה הסברא כתבו התוס' בערכין (דף ל"א) בד"ה ור' יהודה סבר צד א' ברבית מותר. שכתבו וא"ת לר"י משכנתא בלא נכייתא נמי אישתרי דצד א' ברבית הוא וי"ל דלא חשבינן צד א' ברבית אלא כגון עשה שדהו מכר דאיכא צד מכר אם לא יפדנו בתוך זמן הקבוע לו אבל משכנתא בלא נכייתא דליכא בי' צד מכר דלעולם הוא ביד הלוה לפדותו כו' ה"ל רבית כו' עכ"ל. וזהו דלא כמש"כ התוס' בב"מ (דף ס"ה ע"ב) ד"ה לכשיהיה לי מעות החזירם לי אסור דלא כר"י כו' אבל משכנתא לעולם יכולים לפדות או הוא או יורשיו אבל כאן נהי דהוא יכול לפדות יורשיו אין יכולים לפדות עכ"ל התוס' ב"מ. אבל התוס' ערכין מחלקי כעין חילוק של המח"א דשאני משכנתא דאין זמן קבוע אלא לעולם יכולים לפדותו. ודוחק להעמיס בכוונת התוס' בערכין דנתכוונו לדברי התוס' דב"מ:

ולכאורה יש להעיר לדברי המח"א בשם הראשונים דכתבו דהיכא דאין זמן קבוע להתנאי אז אף ר"י מודה דאסור דתקשה ע"ז מהך דמגילה (דף כ"ז ע"ב) דר"מ ס"ל דאין מוכרין בהכ"נ אלא על תנאי שאם ירצו יחזירוהו ומקשו ולר"מ היכי דיירי בה הא ה"ל רבית אר' יו"ח ר"מ בשיטת ר"י אמרה דאמר צד א' ברבית מותר כו'. הא לר"מ דס"ל דאין מוכרין בהכ"נ אלא ע"ת דאם ירצו יחזירוהו אין זמן קבוע להתנאי ולעולם יכולים לפדותו א"כ הא בכה"ג אף ר"י מודה דאסור. ואפשר לומר דמיירי שם דהיה זמן קבוע לפדותו ומ"מ ס"ל דמותרים למוכרו דעיקר הטעם דאוסר ר"מ למוכרו לחלוטין משום דדרך בזיון הוא וכפי' רש"י במשנה שם. וכיון דבעת מכירה היה זמן קבוע עכ"פ. ע"כ אין זה מקרי דרך בזיון ומודה ר"מ דמותרין למוכרו דכה"ג אין זה מגונה. וכן מוכרח לומר כן בלא"ה לשיטת הסוברים דמכירה על תנאי דאם ירצו יחזירוהו דאין שם מכר עליו כלל משום דלא גמר להקנותו וכמש"כ המח"א. דהא במשנה הקודמת שם במגילה דס"ל לר"מ דאין מוכרין של רבים ליחיד מפני שמורידין מקדושתו דמרבים ליחיד ליכא קדושה. דהא כיון דס"ל לר"מ דאין מוכרין בהכ"נ רק ע"ת דאם ירצו יחזירוהו. א"כ ליכא בזה הורדה מקדושתו כלל כיון דאין בזה שם מכר כלל והבכה"נ קיימא לעולם בקדושת הרבים כיון דאין בזה שם מכר כלל לשיטת הפוסקים הללו. ולכאורה יש להוכיח מזה כשיטת החולקים בזה. אכן לפי מש"כ דמיירי בהתנו אם ירצו יחזירוהו עד זמן שקבעו ולאחר הזמן לא יהיו ביכולתם לחזור וכיון דבעת המכירה היה על תנאי ע"כ מותרין למכור אף לר"מ דליכא בזה בזיון כ"כ. ע"כ אתי שפיר מה דאמר ר"מ דאין מוכרין מרבים ליחיד דאיכא בזה הורדה מקדושתו כיון דאחר הזמן לא יהיו יכולים לבטל המכר. ולכן אינו ראי' מזה לסתור לשיטות הסוברים דאין בזה שם מכר כלל. ועפ"ז יש לבאר לדברי הירושלמי במגילה פ"ג סוף ה"ב ואכמ"ל: וחזינן דשיטות הרמב"ם והטור והשו"ע ביו"ד סי' קעד ועוד פוסקים באומר לכשיהיו לי מעות החזירם לי דאף היכא דלא בא לידי חזרת מעות ג"כ אסור אף לר"י משום דלא גמר והקנה כלל כיון דיכול לעולם לחזור ולסלק במעות וכמש"כ המח"א. ע"כ לפ"ז יש לדון במתנה מהיום ולאח"מ אם לא אחזור בי דאין זה מקרי מתנה כלל משום דלא גמר והקנה כלל כיון דבידו לעולם לחזור וזהו כש"כ מהך דמכר דהתנה כשיהיו לי מעות החזירם לי דהתם הא מחוסר ממונא והר"נ בפסחים פ"ב (דף ל"א) כתב דבמחוסר ממונא לא אמרינן הואיל והובא במג"א סי' תמ"א ס"ק ג'. ומ"מ אמרינן כיון דבידו לסלקו במעות ע"כ אין שם מכר ע"ז כלל. [ובמק"א העירותי על דברי הר"נ הנ"ל ממנחות (דף ק"ב ע"א) דאי בעי פריק אמר משום דמחוסר פדיי' לאו כמחוסר מעשה דמי ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' ענף ב' וקצרתי]. א"כ

כש"כ במתנה דהתנה דיהי' יכול לעולם לחזור בחזרה בלבד בוודאי אין זה מקרי מתנה כלל כיון דבדיבור בעלמא יכול לעולם לבטל להמתנה ע"כ לא גמר ונתן כלל לעולם ולא סמכה דעת המקבל מתנה ע"ז לעולם כלל. ובאמת באמר מהיום ולאחר ל' יום דיש זמן קבוע יש לדון דלא כהרמב"ן. משום דזה מקרי מתנה כיון דאחר כלות זמן שלשים יום לא יהיה יכול לחזור בו ע"כ מקרי זה שפיר בשם מתנה וכעין הך דבית בבתי ערי חומה דאין זה מקרי רק צד א' ברבית כיון דבכלות השנה אם לא יפדנו יחול עליו המכר ע"כ שם צד מכר עליו וכמש"כ המח"א בשם הראשונים. אבל במתנה מהיום ולאח"מ אם לא אחזור בי דלעולם יכול לבטלו בחזרה בדיבור בעלמא ע"כ שפיר יש לדון דאין שם מתנה עליו כלל אף במת ולא חזר בו דמ"מ כיון דהיה ביד הנותן לחזור בו כל ימי חייו א"כ לא גמר להקנותו כלל והמקבל מתנה לא סמכה דעתו לקנותו. וכעין סברת הרמב"ן דלא מצינו מתנה מעכשיו שיהיה יכול לחזור בו. רק בזמן קבוע כמו מעכשיו ולאחר ל' מוכרחין לחלק לשיטת הרמב"ן. דס"ל דשאני הא דכשאביא לך מעות תחזירם לי דאם היה זמן קבוע לפדות דאין זה רק צד א' ברבית משום דשאני היכא דמחוסר ממונא כנ"ל. אבל היכא דבדיבור בלבד יכול לבטל המתנה ע"כ אף בהתנה זמן קבוע לחזרתו ג"כ אין שם מתנה ע"ז כלל אף מעכשיו וכמש"כ הרמב"ן גבי מקדש מעכשיו ולאחר ל' יום. כן י"ל לשיטת הרמב"ן:

אכן במתנה מהיום ולאח"מ אם לא אחזור בי זהו כש"כ מהא דב"מ כנ"ל א"כ הדעת נותנת דאינו קונה כלל אף במת ולא חזר בו וכמש"כ המח"א בשם הרבה פוסקים גבי מכר לו שדה והתנה לכשיהי' לי מעות החזירם לי בלא קביעות זמן דאין שם מכר עליו כלל ואף בלא פדאו ג"כ יש איסור רבית מה"ת. והא דמבואר בש"ס במתנה מהיום ולאח"מ יפרשו דזהו גופא מהיום ופירי לאח"מ וכמש"כ הפתח הבית שם בשם שמ"ק לב"מ שם והמ"מ פ' י"ב ה' זכיי' ה' י"ד שהביאו באמת בשם הרמב"ן דפי' כפי' רש"י גוף מהיום ופירי לאח"מ. ע"כ יש לדון במהיום אם לא אחזיר בי דאין קונה כלל משום דלא גמר להקנות והמקבל לא גמר לקנות דלא סמכה דעתי' כן נוטה הסברא לפי סוגיות הש"ס דב"מ (דף ס"ה) וכפי' המח"א בשם הראשונים. ועיין בחוות דעת סי' קע"ד ס"ק א'. ולכן יש לדון כמש"כ הפתח הבית שם מתחילה לומר במתנה מהיום אם לא אחזיר בי דאין חל המתנה כלל ואין מתנה לאח"מ אך שקיצר בזה אמנם לפי מה שנתבאר יש יסוד וטעם נכון לומר כן:

אבל באמת בטלה דעתי נגד רוב הפוסקים ושו"ע ח"מ סי' רנ"ז סעי' ו' דכתבו להלכה דמהיום אם לא אחזיר בי חל המתנה במת ולא חזר בו וכמש"כ התוס' בב"ב (דף קל"ה

ע"ב) בשם הר"ת דהוכיח כן מהא דב"מ (דף י"ט). וע"כ מוכרח לחלק דשאני במכר דהתנה כשיהי' לי מעות החזירם לי משום דהא כל מוכר אינו מוכר רק מפאת דחקו ואונסו כדאמר בב"ב (דף מ"ז) דכל דמזבין אינש אי לאו דאניס לא הוי מזבין כו'. ועיין ב"מ (דף ס"ו ע"ב) תוס' ד"ה ואי אמר קני כו'. ע"כ בהתנה דיהי' בידו לחזור שפיר אמרו ביה דלא גמר להקנותו וכמש"כ המח"א. וכן בהלוקח דנותן מעות י"ל דלא סמכה דעתו לקנותו כיון דהתנה המוכר שיהא יכול לחזור בהבאת המעות. משא"כ במקבל מתנה דהא המקבל מתנה לא יפסיד כלל אף דיחזור בו הנותן וע"כ סמכה דעתו. וכעין זה מצינו בח"מ סי' קצ"ד סעי' ב' בשם הטור והמ"מ והרשב"א דאף החזיק הראשון מ"מ זכה האחרון בהחזיק מקודם כתיבת השטר להראשון והטעם הוא דמי שנותן מעות שייך בי' לומר לא סמכה דעתו שמא יחזור בו המוכר משא"כ השני דלא יפסיד אף אם יקחנו ממנו ומה מזיק לו שיסמוך דעתו לקנותו ע"כ לא שייך בי' לומר דלא סמכה דעתו וכמש"כ הבית יוסף שם בשם הראשונים והסמ"ע שם ס"ק ח' וה"ה בנ"ד מוכרח לומר כן. וגם בהנותן המתנה לא שייך לומר דלא גמר דעתו להקנותו כיון דהתנה דיהיה בידו לחזור בו. דא"כ למה לי' ליתן המתנה משא"כ במוכר די"ל דמפני דחקו עושה כן. וכעין דברי הרשב"ם ב"ב (דף מ"ם ע"ב) ד"ה גילוי מילתא כו' וד"ה ואי דזבוני כו'. וברשב"ם ב"ב (דף ע"א ע"א) ד"ה זה היה לו לפרש כו' אבל מוכר זוזי אנסוה כו' עכ"ל. וע"כ ברור לדינא בנותן מתנה מהיום ולאח"מ אם לא אחזור בי דאם לא חזר בו חל מתנתו מהיום לכ"ע וכמו דמסיק גם הפתח הבית שם. אך אם הוי משעבדי נגד בע"ח או לא. הנה כבר נתבאר דהשמ"ק והג"מ ס"ל דכיון דיכולת בידו לחזור ע"כ אותו זכות שייך גם להבע"ח וכן נראה מדברי הר"נ בחי' לב"מ (דף י"ט): ענף ד:

ולע"ד נראה להוכיח כן מכתובות (דף י"ט) דהאומר שטר אמנה אינו נאמן אם חב לאחרים וכדר"נ דמוציאין מזה ונותנין לזה כו' והתוס' ד"ה וכגון שחב לאחרים כו' הקשו דיהא מהימן במיגו דאי בעי מחיל כו' וי"ל דשמא אין בדעתו למחול ולהפסיד חובו דעכשיו שאומר אמנה לא מפסיד מידי שאין הלוה גזלן כו' ואח"ז כתבו דשעבוד דר"נ ליתי' במחילה. וכ"כ הרא"ש שם סי' ט' לתרץ לקושיות התוס' לפי שירא להפסיד חובו אבל במה דאומר אמנה לא יפסיד חובו שהלוה אינו גזלן ולא יעכב מעותיו עכ"ל הרא"ש. וכ"כ הריטב"א לחד תירוצא וכ"כ השמ"ק שם וכ"כ הסמ"ע בסי' מ"ז ס"ק א' בשם הע"ש ועיין בש"ך שם ס"ק ז'. וכמו כן כתב הרב המגיד פ"א ה' מלוה והובא בש"ך סי' צ"ט ס"ק ה' דלכן באומר הלוה דמטלטלי שבידו של פ' הם לא מהימן במיגו דהי' יכול לתתן לו משום דאין זה מיגו שאם הי' נותנין לו לא הי' המקבל מתנה מחוייב להחזירן לו ואם

טוען שהפקידו בידי אם אינו אמת מחוייב הוא בבא לצי"ש להניחם או להחזירן לו עכ"ל המ"מ. מדברי כולן נלמד דסבירא להו דבמתנה מהיום אם לא אחזור בי גובה בע"ח מינה. דאל"כ תקשה דאכתי יהא מהימן במיגו דאי בעי מחיל לי' בתנאי דהיו מתנה דיהי' חל על המחילה מעכשיו אם לא יחזור בו וכ"ז דיחזור בו יהי' יכול לבטל המחילה. ואם לא הי' מפסיד חובו דהא יהי' יכול בינו לבין עצמו לבטל המחילה או המתנה בנידון המ"מ הנ"ל. ונגד גביות הבע"ח יהי' יכול להבריח ממנו ע"י תנאו דיתנה כן א"כ לא מקרי זה פסידא דהא באמת לא יפסיד חובו או המטלטלין. ואי דאף בינו לבין עצמו יהיה מחוייב מדר"נ ע"פ דין. א"כ גם עכשיו דאומר אמנה ג"כ נימא כיון דאיהו גופי' יודע האמת דאינו אמנה א"כ מחוייב ע"פ דין לשלם להמלוה שלישי מדר"נ. וע"כ מוכח דז"א ורק להכחיש לגמרי זה לא יעשה ובודאי ישלם להמלוה שלו בהסתר ויסכים על הברחתו מהבע"ח ויתאחר הגבי' ממנו כיון שהוא רק בינו לבין עצמו. א"כ ה"ה במחילה ומתנה במהיום אם לא אחזור בי שייך ג"כ לומר כן. הן במחילת החוב בדר"נ והן במתנת מטלטלי בהך דסי' צ"ט:

ולפי תירוץ הר"נ בכתובות שם דאין לו מיגו דאי בעי מחל לי' דמיכסף נגד בע"ח והובא בש"ך סי' מ"ז ס"ק ז' וכעין זה בש"ך סי' צ"ט ס"ק ה'. אין להקשות כן דהא גם בתנאי דיחזור בו שייך לומר דמיכסף נגד הבע"ח. וכש"כ לתי' כמה פוסקים דאינו יכול למחול בדר"נ אבל לתי' התוס' והרא"ש והריטב"א והשמ"ק שם והמ"מ והע"ש דתירצו כולם דאין זה מיגו דאין בדעתו להפסיד. א"כ תקשה דהא יש לו מיגו דיתנה בתנאי דיהי' יכול לחזור בו ואז לא הי' לו פסידא רק איחור הגביי' וכמו עכשיו דאומר אמנה כנ"ל. ודוחק לומר דאף שלא ס"ל להסברא דמיכסף מ"מ בזה ס"ל דשייך לומר דמיכסף ביותר לעשות מחילה בתנאי שיהי' יכולתו לחזור לעולם ועכ"ז לא יחזור דזה אינו סברא לומר ולחלק כן. וע"כ מוכח דאף בהתנה כן אינו יכול להפקיע שעבודו של הבע"ח שיש לו ע"פ שדר"נ דכיון דבידו לחזור ולבטל להמחילה ולהמתנה ע"כ כל מה דאיהו מצי למיעבד ולבטלו בדיבור בלבד כמו כן אותו הזכות שייך ומשועבד לבע"ח דיכול לגבות אף כ"ז דלא חזר בו המלוה שלו וכעין סברת השמ"ק בב"מ והג"מ גבי שעבוד בע"ח על נכסי הלוה כנ"ל. וכיון דכל הפוסקים הללו ס"ל כסברת השמ"ק והג"מ ע"כ יש לנו לפסוק כן לדינא. ואף דלדינא דקיי"ל דבדר"נ אינו יכול למחול ליתא להוכחה זו. אבל לפי תירוצם דתירצו כפי שהובא לעיל מוכח דס"ל כהשמ"ק והג"מ. וגם הא כתבו כן גבי הך דמטלטלי בסי' צ"ט א"כ מכל זה הוי סייעתא לדברי השמ"ק והג"מ:

ולכאורה יש לדחות להראי' זו ע"פ מש"כ לעיל דאף דנימא במתנה מהיום אם לא אחזור בי דאינו גובה הבע"ח מהמקבל מתנה כ"ז דלא חזר בו הנותן וכשיטת הרשב"א. עכ"ז כייפינן להלוה דיחזור בו משום מצות פריעת בע"ח. ואחר דחזר בו הנותן אז ממילא גובה הבע"ח. א"כ לפ"ז שפיר כתבו התוס' והרא"ש לתרץ דאין לו מיגו דאי בעי מחיל כנ"ל. משום דאי יתנה בהמחילה ובמתנת מטלטלין התנאי אם לא אחזור א"כ ממילא יכפוהו לחזור בו משום מצות פריעת בע"ח וממילא יגבה הבע"ח שלו ולא אהנו מעשיו בהמחילה שלו שעשה כדי להבריח מבע"ח שלו ונסתר ראיה זו:

ועכ"ז ראיתי דאין לדחות ראי' זו. ונקדים לדברי הר"נ כתובות פ"ב (דף י"ט) בסוגיא הנ"ל דאמרו דבחב לאחריני אינו נאמן משום דר"נ והקשה דתיפוק לי' בלא דר"נ הוי ג"כ חב לאחריני דנהי דאין מוציאין מזה ונותנין לזה כ"ז שלא יתבענו ללוה מ"מ כשיתרעם המלוה למה לא יגבו לו חוב זה כשם שהם מגבין לו שאר נכסיו י"ל דשטרות לאו בני גוביינא נינהו שאין גופן ממון וכל שאין גופן ממון אין מגבין לי' כו' אבל לר"נ דהמלוה יכול לתבוע והוי בע"ד שלו לתבוע הוי חב לאחרים כו' עכ"ל הר"נ וכ"כ הר"נ סוף כתובות והובא בש"ך סי' ק"א ס"ק ג'. ובחידושי לסי' פ"ו כתבתי להסביר דאף מצד פריעת בע"ח מצוה לא שייך להגבות אליבא דרבנן דפליגי אדר"נ משום דלא מצינו לכוף להלוה השני ולגבות ממנו כדי לקיים מצות פריעת בע"ח המוטל על הלוה הראשון דהא מצי הלוה השני לומר לאו בע"ח דידי את. ולהקנות גוף השט"ח אין ביכולתינו להקנות למלוה הראשון בע"כ של הלוה דכיון דאין גופו ממון אין יכולין להקנותו וכמש"כ הר"נ סוף כתובות:

אך אכתי תקשה דהא אף לרבנן דפליגי על ר"נ מצינן לכוף להלוה הראשון שמחוייב לתבוע מהלוה השני כדי לקיים מצות פריעת בע"ח וכעין דברי הכנה"ג והקצה"ח בסי' ט' גבי רבית דכופין להלוה שיתבע מהמלוה וכמש"כ לעיל א"כ תקשה דל"ל להש"ס לומר דאינו נאמן לומר אמנה משום דחב לאחרים כדר"נ כו'. הא אף לרבנן דפליגי אדר"נ וס"ל דלא הוי המלוה ראשון בע"ד לתבוע מהלוה ב' עכ"ז הא יכולין לכפות להלוה ראשון שיתבע מהלוה שני ולהוציא ממנו כדי שיקיים מנות פריעת בע"ח. א"כ באמירתו שאומר אמנה הוא חב להמלוה שלו דעי"ז לא יוכל ולא יהי' ביכולתינו שיקיים מצות פריעת בע"ח. וע"כ מוכח דדוקא היכא דהמלוה יכול לתבוע מהלוה שני בתורת בע"ד דהתורה שוויי' לבע"ד לתבוע ממנו ויש להמלוה ראשון שעבוד על הלוה שני אז מקרי חב לאחרים ואינו נאמן להפקיע שעבודו של חבירו. משא"כ היכא דאינו יכול לבא בתורת שעבוד רק בתורת כפיי' שיתבע מהלוה השני כדי לקיים מצות פריעת בע"ח וכמו

הך דכתובות (דף פ"ו). בזה אמרינן דיכול לומר כיון דיודע אני דהשטר הוא אמנה א"כ אסור לי לתבוע מן מי שאינו חייב לי כלל וליתן לבע"ח שלי. וזהו כעין הך דנדרים (דף צ' באומרת טמאה אני לך דאינה נאמנת והקשה הר"נ וש"פ דהא שוויי' אנפשי' חד"א ותי' הר"נ דמשועבדת לו ואינה נאמנת להפקיע שעבודו ע"ש. וה"ה באומר אמנה כיון דאומר כן א"כ אסור לי לתבוע מהלוה שני ומה לי איסור גזל או איסור אחר ושייך בזה ג"כ שוויי' חד"א. ולכן לא מצינו לכופו שיתבע להלוה שני כיון דצועק ואומר דאסור לי לעשות כן. רק היכא דחב לאחרים המשועבדים לו משעבוד דר"נ בזה אמרו דאינו נאמן להפקיע שעבודו של חבירו. אבל היכא דליכא שעבוד רק בתורת פריעת בע"ח מצוה בזה לא מצינן לכופו כיון דאומר דהוא אמנה ואסור לי לתבוע ממנו והא דתקשה דירדו לגבות החוב בתורת שעבודא דאורייתא ע"ז כתב הר"נ דכיון דאין גופו ממון ושטרות לאו בני גובינא ע"כ לא שייך בזה שעבוד כיון דלא הוי גוף שלו. וכיון דאין בזה תורת שעבוד לרבנן דפליגי אדר"נ ע"כ הי' מהימן לומר אמנה לדידהו. כן הוא פשט הסוגיא דכתובות (דף י"ט) לשיטת הר"נ וש"פ דס"ל דשטרות לאו בני גובינא. ובאמת הש"ך בסי' ק"א דהכריע כהסוברים דשטרות בני גובינא הא כתב שם בס"ק ג' לפרש לסוגיות הש"ס שם דלרבנן דפליגי אדר"נ הי' מהימן לומר אמנה במיגו דאי בעי הי' מחיל אבל לר"נ אינו יכול למחול ע"כ אינו נאמן לומר אמנה ע"ש. אבל לפי תירוץ של הראשונים שם דלכן אין לו מיגו דאי בעי מחיל דאינו רוצה להפסיד חוב. ואיירינן כעת לדידהו. א"כ מוכרח לומר דיסברו לפרש הך סוגיא דאינו נאמן לומר אמנה משום דחב לאחרים וכדר"נ כו' דס"ל כמש"כ הר"נ הנ"ל לפרש כן:

ולפי מה דנתבאר אתי שפיר דברי המ"מ פ"א הל' מלוה ה"ד במש"כ הרמב"ם טען הלוה מטלטלין שבידי אינן שלי אלא של אחרים אינו נאמן וכתב המ"מ דין זה אינו מבואר בגמ' כו'. והכ"מ כתב דזה נלמד מהא דכתובות (דף י"ט) דהאומר שטר אמנה אינו נאמן בחב לאחרים א"כ ה"ה הכא הוי חב לאחרים. ולפי מש"כ הנכון עם המ"מ דאין זה מוכרח מהגמ' הנ"ל דשאני שעבוד דר"נ דהתורה שעבד להלוה שני שיהיה משועבד להמלוה ראשון ע"כ אינו נאמן להפקיע שעבוד חבירו אף היכא דשייך שוויי' אנפשי' חד"א וכמש"כ הר"נ סוף נדרים. משא"כ מטלטלי דאינן בכלל שעבוד דהא מטלטלי לא משתעבדי והא דיורדין להגבות ממטלטלין זהו משום כפיות מצות פריעת בע"ח. וע"כ היכא דאומר דהמטלטלין אינן שלי רק של אחרים יש לדון דאין כופין לו על מצות פריעת בע"ח דהא שוויי' אנפשי' חד"א כ"ז דאינו חוזר באמתלא נכונה דמה לי איסור גזל או איסור אחר כנ"ל. ואפשר דהא דפסקו כל הפוסקים ובח"מ סי' צ"ט דאינו נאמן לומר

מטלטלין שבידו של אחרים הוא. דזהו עכשיו דתקנו הגאונים דגובין ממטלטלי דיתמי דהוי בכלל שעבוד ג"כ מפני דכותבין כן בשטר או לפי דמטלטלי בזה"ז דינן כגמלא דערבא דאשה גובה כתובתה מהם וכמבואר כ"ז ברמב"ם ובראש"ש וטור ח"מ סי' ק"ז וסמ"ע ס"ק ג' וסוף סי' תי"ט ובאה"ע סי' ק' סעיף א' בב"ש ס"ק ב'. ע"כ גם מטלטלי הוי בני שעבוד קצת. וגם הא מה"ת אין לחלק בין קרקע למטלטלי דמטלטלי ג"כ נשתעבדו להבע"ח כמבואר ברשב"א והובא בקצה"ח סי' ל"ט. ע"כ הדין נותן דאינו נאמן לומר של אחרים הם דאינו יכול להפקיע שעבוד חבירו. והא דאינו גובה מטלטלי ממשעבדי זהו משום דלית לי' קלא. ועיין בח"מ סי' ק"ד וסמ"ע ס"ק א' גבי דין קדימה במטלטלי ואכמ"ל: ענף א:

ולמדנו מסוגיות הש"ס דכתובות דהא דאינו נאמן לומר אמנה זהו רק לדר"נ אבל לרבנן דפליגי אדר"נ נאמן לומר אמנה ויהיה זה מאיזה טעם שיהיה א"כ כיון דכתבו התוס' והרא"ש וש"פ דלכן אין לו מיגו דאי בעי מחיל לי' משום דאינו רוצה להפסיד חובו. א"כ תקשה דאכתי בידו למחול להלוה בתנאי דיהיה בידו לחזור תמיד ואז לא יהיה יכול הבע"ח שלו לגבות מהלוה שני כ"ז דאינו חוזר בפי' ולא יפסיד חובו וכמש"כ לעיל. ואי דנימא דאכתי יהיו יכולים לכפות להמלוה שיחזור מהמחילה כדי לקיים פריעת בע"ח מצוה כנ"ל. הא מבואר בהך סוגיא בפירוש דדוקא משום דר"נ דתני מוציאין מזה כו'. אינו נאמן לומר אמנה אבל לרבנן דפליגי אדר"נ נאמן לומר אמנה וכמש"כ בארוכה. א"כ אי נימא דפקע שעבודו של הבע"ח בנתן מתנה ע"מ לחזור בו דלפי דכ"ז דלא חזר בו הוא של המקבל ואין אנו יכולין לירד לנכסיו רק לכוף להמלוה השני שהוא לוה הראשון של מלוה שלו שיחזור בו מהמחילה משום מצות פריעת בע"ח. א"כ הא באומר אמנה לא מצינן לכופו שיחזור בו כיון דצועק ואומר אמנה ושוויי' אנפשיה חד"א ואסור לו לעשות טצדקי שיגבו ממנו שלא כדין לפי דבריו דהוא אמנה ולכן לא שייך דין כפיי' בזה אם אין תורת שעבוד בזה:

ע"כ עדיין תקשה דאמאי א"נ לומר אמנה הא יש לו מיגו דעי בעי מחיל ע"מ שיחזור בו ואם לא יחזור יהיה המחילה מעכשיו וגם יאמר אמנה כמו שאומר עכשיו ויגיד כן דהשטר הוא אמנה ולדבריכם דאין אתם מאמינים לי הריני מוחלו אם לא אחזור בי א"כ לא מצינן לכופו שיחזור מצד פריעת בע"ח מצוה דהא לדבריו אסור לו לעשות כן כנ"ל. ומצד שעבוד דר"נ הא כ"ז דאינו חוזר בו אינו משועבד כלל למלוה שלו ולא יפסיד חובו וכמש"כ לעיל. ומצינו מיגו כעין זה בשבועות (דף מ"ה) בהך דשכיר נשבע ונוטל דל"ש אלא בשכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך יכול לומר

שכרתיך ונתתי לך שכרך. וקשה הא אף בלא שכרו בעדים כיון שידוע שעשה מלאכה כמבואר בסי' פ"ט סעי' ג' צריך לשלם כדין יורד שלא ברשות. וע"כ מוכח דכוונת הש"ס הוא דיש לו מיגו דלא שכרתיך ונתתי לך שכרך דנהי דצריך לשלם לו אבל תקנת שכיר ליתי' גבי' כיון דלא שכרו וכ"כ הקצה"ח סי' פ"ט ס"ק ד' וכ"כ הנתיבות שם. הרי דאמרינן דין מיגו דאי בעי להוסיף עוד טענה לטענתו דטוען עכשיו לפנינו. וכעין זה כתב השער משפט כללי מיגו ס"ק ג' ולא הביא ראיה זו. ואף לשיטת המהרי"ט שהביא השעה"מ שם יש לחלק דנ"ד שאני דיש לו מיגו דיהיה עומד בטענתו דאומר עכשיו דהוא אמנה ויוסיף לזה המחילה אם לא יחזור בו דאין זה בחשש שקר רק בעשיות מעשה במה דבידו לעשות. [ועיין בקצה"ח סי' צ"ט ס"ק ג' ומש"כ בשם מוהראנ"ח על דברי תוס' כתובות הנ"ל] וכה"ג גם המהרי"ט מודה דמהני מיגו דהיה עומד בטענתו דטוען ויוסיף לזה עוד עצה כמו בנ"ד דימחול לו בתנאי דיהיה בידו לחזור ואז לא היה יכול לגבות מהלוה אי נימא כשיטת הרשב"א החולק על שיטת השמ"ק והג"מ. ומצד כופין לו לחזור כדי לקיים מצות פריעת בע"ח הא בכה"ג דאומר אמנה לא מצינן לכופו וכדמוכח פשט הסוגיא שם דדוקא מצד דר"נ אמרו דא"נ ואלו לרבנן נאמן לומר אמנה וכמש"כ בארוכה. ולכן כיון דהתוס' והרא"ש והמ"מ והלח"מ פ"א הל' מלוה ה"ד והסמ"ע בשם הע"ש בסי' מ"ז כתבו כולם לתרץ לקושייתם דהא יש לו מיגו דאי בעי מחיל משום דאינו רוצה להפסיד חובו. בע"כ מוכח דס"ל במחילה ומתנה אם לא יחזור בו ג"כ יכול הבע"ח לגבות אף דלא חזר בו עדיין דכיון דאיהו מצי לחזור כמו כן אותו זכות משועבד ושייך לבע"ח שלו ומוכח מכל הפוסקים הללו כדברי השמ"ק והג"מ והר"נ בחי' לב"מ (דף י"ט):

ולכאורה יש להעיר על תירוץ הפוסקים הללו דאין לו מיגו דמחילה דמתיירא להפסיד חובו הא אכתי יש לו עצה דלא יהיה ממש בהמחילה לגבי הלוה שלו דהא מבואר בב"ב (דף מ') במוסר מודעה על מתנה דבגילוי מילתא סגי וכן הוא בח"מ סי' ר"ה סעיף ו' א"כ הא בידו למסור מודעא על המחילה וגם בינו לבין עצמו היינו בין המלוה והלוה יכול לגלות לו דעתא דמה דימחול לו אח"ז אינו עושה זה בל"ש רק כדי להבריח מהבע"ח שלו ומאמין להלוה דיודע בעצמו דאין ממש במחילה זו ע"פ דין וכמש"כ התוס' והרא"ש דבאמירתו אמנה מאמין להלוה דיודע בעצמו דאינו אמנה ויחזור לו חובו. ולגבי הבע"ח הוי הברחה מועלת דהא לא ידעינן מהמודעא. ועיין בתוס' קידושין (דף מ"ג) ד"ה והשתא דתקין רבנן כו' מה שכתבו בשם הר"ר יעקב מקוצי כו'. א"כ תקשה דיהי' מהימן במיגו דמחיל ע"י עצה זו ולא יפסיד חובו ואכתי אינו מספיק תירוצם על קושייתם. ויש לומר דס"ל להתוס' והרא"ש והפוסקים בתירוצם דס"ל דמהני מחילה בדר"נ דאם מחל יש

לחוש שמא מסר מודעא או איזה גילוי דעת בינו לבין עצמו כדי להבריח מהבע"ח שלו וכמו באומר אמנה דאינו נאמן בחב לאחרים בשדר"נ וחשדינן לי' למשקר. ה"ה במוחל להבע"ח היכא דחב לאחרים ג"כ חשדינן לי' למשקר דאינו עושה בלב שלם ושמא מסר מודעא וג"ד בינו לב"ע. וגם הא קיי"ל דמחילה ומתנה הוא טענה גריע ע"כ שפיר יש לחוש שמא עשה עצה זו וכדי להבריח מהבע"ח. ע"כ לא מהני מחילתו במקום דחב לאחרים רק ע"י ביטול מודעות כמו בסי' ר"ה דאז אין ממש במודעתו ואז מיפטר הלוה ע"פ דין ולכן שפיר כתבו לתרץ דאין לו מיגו דמחלו דמתיירא להפסיד חובו דהא לא מהני מחילתו רק ע"י ביטול מודעות ע"כ א"ש תירוצם:

ונתבאר בהוכחה מכל הפוסקים הללו בתירוצם הזה דס"ל כשיטת השמ"ק והג"מ דכיון דהוא מצי לחזור כן שייך אותו זכות להבע"ח בשעבוד וגובה הבע"ח ממנו. וידעתי מה דיש לומר דאף לתירוצם כן ולא ס"ל להסברא דמיכסף וכתי' הר"נ והש"ך בסי' מ"ז ס"ק ז' ובסי' צ"ט ש"ך ס"ק ה' שכתבו דלכן לא הוי מיגו טוב דידעו שעושה כן להבריח וגם יעשה מעשה רע נגד המלוה שלו שיתן מתנה ויהי' לוה רשע ולא ישלם במזיד כו' ע"ש. די"ל דאף לתירוצם דלא יפסיד חובו ס"ל דעל מעשה המתנה ומחילה שעשה כיון דאין בידו לתקן אחר זה ע"כ לא שייך כ"כ בזה לומר דמיכסף לעשות כן אבל במחילה ומתנה אם לא יחזור בו דהוי בכל ימיו בשם לוה רשע כו' דהא בידו תמיד לחזור ע"כ גם בתירוצם הזה ס"ל ג"כ דלא יעשה כן ע"כ ממילא נסתר ראייתי זאת. אבל באמת ז"א דאי נימא דס"ל גם בתירוצם הנ"ל דשייך לומר דמיכסף לעשות כן שלא יהיו כל ימיו בשם לוה רשע א"כ ממילא הי' להו לתרץ בקצרה דלכן אין זה מיגו טוב משום דמיכסף שלא יהי' אז בשם לוה רשע וכתי' הפוסקים כנ"ל. ואין לחלק במה שיהי' כל ימיו בשם לוה רשע או שיהי' לוה רשע על אותו שעה דיעשה המחילה והמתנה ולכן שפיר הוכחתי כן:

ענף ב:

כל זה כתבתי מכבר. וכעת ראיתי כי יש לסתור ראייתי והוא דלכאורה צריך ביאור דאמאי לא תירצו באמת דלכן אין זה מיגו טוב משום דמיכסף לעשות כן שיהי' לוה רשע כו' וכמש"כ באמת הר"נ והש"ך לתרץ כן וכדמצינו בב"ב (דף מ"ה) דמשום לוה רשע כו' שיפורסם ברבים ללוה רשע וכמש"כ הש"ך בסי' ל"ז ס"ק א' בשם מהר"ם לובלין לחד תירוצא דמה"ט הוי נוגע בעדות ומיפסל להעיד. ואפשר לומר דבאמת זה תליא בהנך תירוצם שכתב הש"ך בסי' ל"ז ס"ק א' הנ"ל בשם מהר"ם לובלין ובשם הרמב"ן בחידושיו דלפי תירוצם שם דמשום נוגע מיפסל אף לחובה אין משום הכרח לנ"ד. אבל לפי תי' הרמב"ן בחי' שם ולתי' הראשון של המהר"ם שם כש"כ בנ"ד דהא שם הוי לוה רשע בשב

וא"ת ואלו הכא הוי לוה רשע בקום ועשה דמכש"כ דהוי זה סברא טובה לדון דאין זה מיגו טוב. ומה"ט י"ל דכו"ע מודו דמשום זה אין לדון בנ"ד להך מיגו. דיתבייש לעשות להמתנה ומחילה שלא יתפרסם ללוה רשע בפני הבריות. ולכן נלע"ד לומר דס"ל להני פוסקים בתירוצם דאין זה מיגו טוב דאינו רוצה להפסיד חובו ולא הי' ניחא להו לומר בפשיטות דלכן אין זה מיגו טוב דיתפרסם ברבים ללוה רשע במעשהו במזיד כנ"ל. דזה א"ש בפשיטות לפי מה שכתבתי לעיל לדון דיש לו מיגו דהי' עומד בטענתו דהשטר הוא אמנה ויוסיף למחול החוב להלוה שלו. והבאתי ראי' לזה משבועות (דף מ"ה ע"ב) דשכרו שלא בעדים דנאמן במיגו דלא שכרתיך ונתתי לך שכרך וכמש"כ לעיל בארוכה.

וכעין זה ראיתי באו"ת בכללי מיגו ס"ק ל"ב ובנתיבות בכללי מיגו ס"ק י"א ע"ש:

ולפ"ז אתי שפיר במה דלא הי' ניחא להו לתרץ בפשיטות דלכן אין זה מיגו טוב לפי דיתפרסם שהוא לוה רשע וכפי שכתב הר"נ והש"ך משום דאכתי תקשה דהא יש לו מיגו לעמוד בטענתו דהוא אמנה ויאמר כן כי לפי מה שידעתי האמת כי הוא שטר אמנה א"כ אין הדין לגבות ממנו ואף לדבריכם שאין אתם מאמינים לי בזה. הנני מוחלו להחוב ואז הדין הוא שאין יכולים לגבות ממנו וכיון דכן הוא האמת ע"כ הנני מחוייב להשתדל ולעשות טצדקי זו כדי שלא יוציאו ממנו ממון בגזילה. ואז לא יהי' לוה רשע כלל כי לפי דבריו דהשטר אמנה א"כ אדרבה עושה כדין והיושר ולכן לא הי' ניחא להו לתרץ כן וע"כ תירצו דאין זה מיגו טוב משום דאינו רוצה להפסיד חובו כו'. ולפ"ז נסתר הוכחתי שהוכחתי דס"ל כשיטת השמ"ק והג"מ דאל"כ אכתי תקשה דהא יש לו מיגו דמחיל והי' מתנה דמוחלו אם לא אחזיר בי כו'. דהא יש לומר דבמיגו כזה יתבייש לעשות כן דלפי דבריו דהוי שטר אמנה א"כ אמאי אינו מוחל לו בלא שום תנאי. ולפי תנאו דמתנה דיהי' יכול לחזור בו. ניכר ומוכח ממעשיו דבאמת אין זה שטר אמנה וע"כ עושה עצה זו והתנה דיהי' יכול לחזור בו כדי שיהי' יכול בהסתר לקבל חובו מהלוה וע"כ יהי' מפורסם עי"ז ללוה רשע ומיכסף לעשות כן ולכן אין זה מיגו מעליא. רק במיגו דאי בעי מחיל בלא שום תנאי חזרה.. זה הוי מיגו טוב ולכן שפיר תירצו ע"ז דאינו רוצה להפסיד חובו. ולכן נסתר הוכחתי. וכן יש לומר בהך דסי' צ"ט באומר מטלטלין אלו של אחרים הם דכתב המ"ה לתרץ דאין זה מיגו טוב דאם היו נותנים לו לא הי' המקבל מחוייב להחזירן לו וכמש"כ הש"ך שם בס"ק ה'. דאין לומר דאכתי הי' יכול לתתן במתנה אם לא יחזור בו משום דהי' מפורסם עי"ז ללוה רשע דלפי דבריו למה מהדר להתנות התנאי דהי' חוזר בו וכמש"כ. וע"כ אין להוכיח כן מהתם. ושיטת הסוברים לתרץ שם ובסי' מ"ז דלכן אין זה מיגו מעליא משום דיהי' לוה רשע ואף דהא יכול לומר אמנה וכן מטלטלין

אלו של אחרים והי' מוסיף להמחילה ולהמתנה וכמש"כ. די"ל דס"ל דגם בכה"ג שייך מיכסף כיון דיהי' בשם מתנה ממנו [ואיכא דשמע בהא ולא שמע מהא]. עכ"פ בשיטת הסוברים לתרץ דאין זה מיגו טוב דאינו רוצה להפסיד כו'. י"ל בטעמם כמו שכתבתי וע"כ אין להוכיח כן מדבריהם: ועכ"ז כיון דהשמ"ק והג"מ והר"נ בב"מ (דף י"ט) ס"ל דבמתנה מהיום אם לא אחזור בי אף דלא חזר בו הנותן מ"מ גובה הבע"ח משום דאותו זכות שיש להנותן שייך גם להבע"ח. וגם במלוה בע"פ שאינה טורפת ממשעבדי ג"כ הדין כן דהא השמ"ק בב"מ שם כתב כן גבי כתובת אשתו או למזונות כו'. ומשמע דקאי על מזונות אשתו ואף דמזונות אשתו לא טרפא ממשעבדי אפ"ה אמרו דגובין למזונות ממתנה מהיום אם לא אחזור בי. ועיין בתומים סי' ס"ה ס"ק נ"ג אכן לדעתי נראה כמש"כ. וכן מוכח מהך דסי' צ"ט סעיף ו' דבע"ח גובה ממתנת מברחת ואף במלוה בע"פ אמרו שם כן. ולעיל הא נתבאר דמתנת מברחת הוי כמו מתנה מהיום אם לא אחזיר בי וכמש"כ הנתיבות שם בשם הרא"ש. ולכן לדינא ברור דבמתנה מהיום אם לא אחזיר בי דאף דלא חזר בו הנותן דגובה ממנו הבע"ח ואף במלוה בע"פ דיינינן כן. ועיין בפתח הבית סי' ל"ד ענף ד'. ובהגהות ר"ע איגר זצ"ל כאן הביא לדינא לדברי השמ"ק פ"ק דב"מ הנ"ל:

ענף ג:

אבל אינו טורף מהלקוחות. והקצה"ח ס"ק א' הביא לדברי הר"נ ריש פ' הנזקין בהא דאמרו שכ"מ שאמר תנו מאתים זוז לפ' ואחריו לפ' וא"ת והיכי קרי למתנות שכ"מ משעבדי כו' י"ל דהכא במתנת שכ"מ במקצת ובקנין דמתנת בריא הוא אבל במתנת שכ"מ בכולה אי קמא בינונית ובתרא זיבורית מבינונית דקמא גבי וכן דעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל עכ"ל הר"נ וכ"כ בחי' רשב"א שם. והקשה הקצה"ח ע"ז דהא אפילו נימא דמתנת שכ"מ הוי כירושה מ"מ גם בירושה היכא דמשכחת קמא ובתרא גובה מקמא ואומר הנחתי לך מקום לגבות וראי' ברורה מתוספתא פ' מי שהי' נשוי גר בימים הקדמונים שמת ובזבזו נכסיו ויצאו עליו כתובת אשה ובע"ח גובין מהאחרון אין בהם גובין משלפניו הובא במ"מ פ"ג ה' זכיי' ובשם העיטור דמחזיק בנכסי כו' ה"ה כיורש ואפי' מלוה בע"פ גובה כו' וכן פסקו בטושו"ע סי' ער"ה כו' הרי מבואר דלא חילקו בתקנתם בין יורש או מקבל מתנה ויורש נמי מבתרא גבי מקמא לא גבי ולפ"ז גם גבי מתנת שכ"מ נהי דדינו כיורש לא גרע ממחזיק בנכסי כו' דמבתרא גבי מקמא לא גבי והתימא על הגאונים שנתחבטו ונתלבטו בזה הלא הדבר מוכרח מהתוספתא דאפי' בדין יורש נמי לא גבי מקמא אלא מבתרא ואחרון נפסד עכ"ל הקצה"ח:

ולענ"ד נראה ליישב קושייתו ע"פ מה שהעליתי בספרי נחל יצחק בסי' ל"ט סעי' א' בקונטרס ראשון בש"ד וענף ד' וענף ה' וענף ו' ע"פ שיטת רש"י בפסחים (דף למ"ד ע"ב) דטריפת משעבדי הוי משום דע"י השעבוד הוי כמו כל דבר דאינו ברשותו דלא מהני מכירתו ומתנתו. וביארתי דטעם זה לא שייך רק בגביות לקוחות ומקבלי מתנה אבל בגביות מיורשים דלא שייך טעם זה. דגבינן מהם משום דיורש כרעא דאבוה הוא וכמש"כ שם בארוכה אבל בזוכה מהפקר דממילא הטעם הוא דזבינן מנייהו הטעם הוא דחייב הזוכה לשלם משום מזיק שעבודו של חבירו דהא מקודם דזכה בהו הזוכה היה להמלוה שעבוד על הנכסים וכפי שיטת הר"נ 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 ואלו בלוקח ומקבל מתנה אין לחייב משום מזיק שעבודו משום דהלוה דמכר ונתן. הוא קעבד מעשה ולא הלוקח והמקבל וכמו שהבאתי שם בשם תשובת הרמב"ן סי' נ"ו. אבל בזוכה מהפקר דממילא. עיקר הטעם במה דטורף ממנו הוי משום דהוי מזיק שעבודו. ע"כ היכא דהניח נכסים ב"ח בעת שזכה הראשון ע"כ אינו גובה מהראשון דהא בעת שזכה הראשון לא הי' אז בשם מזיק שעבודו דהא עדיין הניח לו מקום לגבות ממנו וע"כ אין גובין מהראשון אם הניח נכסים בני חורין דהא לא היזק לשעבודו רק אחרון אחרון נפסד דהאחרון הוא המזיק שעבודו דלא הניח כלל שום שיעבוד להמלוה. וע"כ לא הביא הש"ס בגיטין (דף נו"ן ע"ב) גבי מה דאיבעיא להו אם עבדו לתקנתא דאין נפרעין ממשעבדי במקום שיש ב"ח גבי מתנה. להך תוספתא דכתובות סוף פ' יו"ד הנ"ל. וכמו שכתבתי שם בארוכה. דדוקא בלוקח ומקבל מתנה דמן הדין נפרע ממשעבדי אף במקום בני חורין דהא הנכסים משועבדים הם להמלוה אלא מצד תקון העולם תקנו דאין נפרעין ממשעבדי במקום שיש ב"ח ע"כ איבעיא להו אם תקנו כן במקבל מתנה. ולהלכה קיי"ל דאף במתנה עבור תקנתא דאין נפרעין ממשעבדי במקום שיש ב"ח. וע"ז כתב הרשב"א והר"נ גבי מתנת שכ"מ בכולה דדינו כיורש דאין זה בשם משעבדי דליתא בי' הך תקנתא דאין נפרעין ממשעבדי במקום שיש ב"ח וגובין מהראשון דהא יש לו זכות בתורת שעבוד אף על הנכסים שזכה הראשון ומן בינונית דקמא גבי. דהא ביורש כיון דהוי כרעא דאבוה גובין ממנו בתורת שעבוד נכסי דהא לא פקע שעבוד נכסי אף במת הלוה וכמש"כ שם. משא"כ בזוכה מן הפקר דממילא דכיון דזכה בהו איש אחר אז פקע שעבודו ומקרי הזוכה בשם מזיק שעבודו וזהו עיקר זכותו במה דטריף המלוה מהזוכה בנכסי הפקר דממילא וע"כ מן הדין הוא דאחרון אחרון נפסד דכ"ז דהניח בני חורין אין על הראשון שם מזיק שעבודו. וע"כ אין

זה דומה כלל להך דברי הרשב"א והר"נ במש"כ גבי מתנת שכ"מ בכולה משום דאינו דומה כלל מי דזוכה מהפקר למי שזוכה בתורת ירושה. וע"כ שפיר אמרו דכיון דאין בזה שם מתנה רק כדין יורש ולית בהו לתקנה דאין נפרעין ממשעבדי במקום שיש ב"ח וע"כ מוקמינן אדינא דגובין מהראשון הבינונית. [והא דיש להעיר על הרשב"א והר"נ במה דאמרו גבי מתנת שכ"מ בכולה דאי קמא בינונית ובתרא זיבורית דגבי מבינונית דקמא. הא מיתומים דגובין זיבורית הטעם הוא משום דלא מסיק אדעתי' דמיית כו'. כבר העיר בזה בחי' הרשב"א דגיטין שם וכעין דברי התוס' גיטין (דף נו"ן ע"ב) ד"ה שמע מינה במתנה נמי כו' בתי' קמא שם והדברים ארוכין ועת לקצר בזה]. ומתורץ על נכון קושיות הקצה"ח. אכן לדינא פסק השו"ע בסי' רנ"ג סעי' ט' דאף במתנת שכ"מ ממש ג"כ הדין הוא דגובה רק מהאחרון וכמש"כ הקצה"ח בסי' רנ"ג ס"ק ה' דלא ס"ל כשיטת הר"נ דר"פ הנזקין וסייעתו אלא כשיטת החולקים ע"ש. והקצה"ח ס"ק ב' כתב להוכיח גבי הקדש דמלוה ע"פ גובה ממנו ואפ"ה אם הניח ב"ח אינו גובה מן הקדש וכמו דכתב התוספתא גבי הפקר וכנ"ל. אכן לפי מה שכתבתי אין הכרח להוכחת הקצה"ח דיש לחלק ביניהם בפשיטות ע"פ מה שנתבאר בעז"ה:

ענף ד:

אבל המלוה בשטר טורף מהלקוחות כו'. ולקמן סי' קי"ד סעיף ד' דמשביעין את הטורף בנק"ח שלא נפרע חוב זה כו':

ענף ה:

והנני לכתוב כאן למה שכתבתי מכבר בקונטרס א' בענין ערב השייך ג"כ לענין לקוחות והוא דנסתפקתי במה דמבואר בסי' ק"ל סעיף א' אם פרע הערב קודם שנודע אם פרעו הלוה וטוען הלוה שכבר פרעו אין הלוה חייב לערב כו' וכתב שם הסמ"ע ס"ק ב' דזהו במלוה בע"פ אבל בהי' שטר ביד המלוה נחשב כנודע שלא פרעו כו' וכ"כ הט"ז שם. ומבואר לעיל בסי' קכ"ט בסמ"ע ס"ק כ"ח במלוה שבא לגבות מערב אף במלוה בשטר צריך המלוה לישבע כדין טורף מלקוחות. ויש להסתפק במלוה בשטר ופרע הערב להמלוה בלא שבועה אם יכול הערב לחזור על הלוה או כיון דטוען הלוה דפרע כבר להמלוה א"כ לפ"ז הדין נותן דאין חייב הלוה לשלם להערב דיכול הלוה לומר להערב דפשעת במה דפרעת בלא שבועה דהא לא הי' יכול המלוה לגבות ממך בלא שבועה. וגם י"ל בזה דמי יימר דמשתבע וכדאמרו בשבועות (דף ל"ב) הכל מודים בכנגדו חשוד על השבועה אילימא דחשוד לוה ולימא לי' מי יימר דמשתבע. וגם היכא דהשבועה אינו רק תקנת חז"ל ג"כ אמרו דמי יימר דמשתבע דהא שבועת חשוד שכנגדו נשבע ונוטל

לחד תירוצא בתוס' ב"מ (דף ה') ד"ה שכנגדו קאמינא כו' דשבועת חשוד על כנגדו אין זה רק מדרבנן משום לא שבקת חיי' כו'. ואף דהתם בשבועות הא העד יודע שהי' יכול המלוה לישבע באמת מ"מ אמרו מי יימר דמשתבע דאפשר ע"י אימת השבועה הי' פורש אף משבועת אמת וכמש"כ הר"נ ברפ"ז דשבועות דכמה אינשי פרשי משבועת אמת. וכש"כ היכא דהלוה טוען שפרעו כבר ואינו יכול המלוה לישבע באמת דוודאי שייך בזה לומר מי יימר דאם היית מחייבו שבועה שמא הי' פורש ולא הי' נשבע בשקר ע"כ אתה פשעת דלא השבעת להמלוה. וגם הא כתב רש"י בשבועות (דף ל"ב ע"א) שם דרוב בני אדם אין נשבעין לשקר והי' משלם עכ"ל. ע"כ הדעת נוטה דאינו יכול הערב לחזור על הלוה בפרע להמלוה בל"ש:

אבל בתוס' כתובות (דף צ"ב ע"ב) משמע להדיא להיפך דהתוס' שם בד"ה דינא הוא דאזיל כו' הקשו דמאי נפ"מ דמצי טעין עמו ראובן והלא כל מה דמצי טעין עמו ראובן יטעון שמעון כו' ותירצו דנפ"מ דמצי לטעון אישתבע לי דלא פרעתיך וכגון שמחל לו שמעון לשבועה דהבא ליפרע מנכסים משועבדים כו' עכ"ל. הרי דס"ל להתוס' בפשיטות דאף היכא דמחל הלוקח לשבועת משעבדי דהי' מחוייב המלוה בעת הטירפא ממנו עכ"ז היכא דיש להלוקח חיוב אחריות על המוכר מצי טריף מיני' כדאמרו התם דמפקת מיני' עלי הדר. ולא מצי טען המוכר להלוקח הלא פשעת במה דלא השבעת להמלוה כדין ובכה"ג לא קבלתי אחריות. אלא חייב המוכר להלוקח ולא מיפטר עי"ז מחיוב אחריות שקיבל עליו. וע"כ הטעם הוא משום דעיקר שבועת משעבדי תקנו בשביל טובת הלוקח דתקנו זה חז"ל לטובת הלקוחות ע"כ יכול הלוקח לומר אי אפשי בתקנת חכמים. ואוקמי על דאורייתא דהא מה"ת טורף מלקוחות בלא שבועה. ע"כ יכול הלוקח לומר דלא פשעתי כלל כיון דיכול לומר א"א בתק"ח א"כ אין שום דין שבועה כלל להמלוה הטורף והוי כמו שהלוקח אין עליו חיוב שבועה כלל מן הדין. ולא מבעיא למאן דס"ל ש"ד דאף למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא מ"מ כיון דתקנו כבר דמלוה בשטר טורף ממשעבדי ולכן כיון דאומר א"א בתק"ח שפיר מצי הלוקח לחזור על הלוה המוכר. ואין זה דומה למה שכתב בספר תרומת הכרי בסי' ק"ב סעיף א' ע"ש ובהג"ה שם וקצרתי: (הגה"ה:

ויש לי אריכות דברים בענין זה ע"פ מה דיש לדון בכל לוקח דחוזר על המוכר מצד חיוב אחריות דהא בלא"ה חוזר הלוקח על המוכר מצד פורע חובו של חבירו שלא מדעתו לשיטת הר"ת דכתובות (דף ק"ח) בתוס' והרא"ש שם. ובאמת ראיתי בהפלאה כתובות (דף ק"ח) בתוס' ד"ה חנן כו' שהקשה לשיטת הר"ת הנ"ל דא"כ למה צריך

בכל לוקח דחוזר על המוכר מצד חיוב אחריות הא בלא"ה חייב משום דפרע חובו של חבירו לשיטת הר"ת דחייב ע"ש. ובאמת אין זה קשה כלל דשאני בפורע חובו של חבירו דנתכוין להשביח נכסי חבירו משא"כ בלוקח דהמלוה טורף מעצמו ממנו בלא מעשה וגרמת הלוקח ע"כ בכה"ג לכ"ע אין לחייבו משום פורע חובו וכמו שכתב הש"ך בסי' שצ"א ס"ק ב' מה"ת ע"פ דברי התוס' בב"ק (דף ק') לחד תירוצא והרא"ש שם וכמש"כ המהרש"ל דבתוחב אוכלין של אחרים לתוך פיו של בהמה פטור לשלם לבעל האוכלין ע"ש. וי"ל דהר"ת ס"ל כן. ועיין בנתיבות סי' ק"ה ס"ק ו' וע"פ כל זה יש לדון במש"כ הנתיבות בסי' קכ"ח ס"ק ה' בשם מקור חיים אם הי' נכסי שמעון ברשות לוי ותפס הבע"ח של לוי דחייב לוי לשלם לשמעון וראי' מן חולין (דף קל"א) בתפס המלך גרנו בחובו חייב לעשר עכ"ל. דהא לפי דברי המהרש"ל והש"ך בשם חד תירוצא של התוס' הנ"ל יש לדון דמה"ט יופטר גם התם. ובאמת אין ראי' מוכרחת כ"כ מהך דאנס גרנו בחובו די"ל דשא"ה דמיירי בבא לצאת ידי שמים יעו"ש. וכן ראיתי בעצי לבונה ח"ב בח"מ סי' קכ"ח שכתב דאין ראי' מהך דאנס בחובו וכנ"ל ע"ש. והדברים ארוכין ולפי דאין זה שייכות לענינינו כ"כ ע"כ קצרתי. (ע"כ הג"ה):

ולפי דברי התוס' כתובות הזה ה"ה בשבועת המלוה הבא לגבות מן הערב כיון דהשבועה ניתקן בשביל טובת הערב וכמש"כ הסמ"ע בסי' קכ"ט ס"ק כ"ח דמן דין שבועת משעבדי נגעו בה. והתומים שם ס"ק ח' כתב בכוונת הסמ"ע דבכלל הבא ליפרע ממשעבדי נכלל ג"כ בא ליפרע מערב ע"ש. ע"כ כמו בשבועת משעבדי יכול הלוקח לומר א"א בתק"ח כו' ולחזור על המוכר מן דין אחריות ה"ה דהערב יכול לומר כן ולחזור על הלוה: ובאמת להסוברים דלהוציא לא אמרינן א"א בתק"ח וכמבואר במרדכי פ' שני דייני גזירות דלא אמרינן א"א בתק"ח אלא היכא דליכא פסידא דאחריני והוא מוחזק וההיא דאיני ניזונית ואיני עושה שאני שהיא מוחזקת במע"י כו' עכ"ל. וכ"כ בהגהות מיימיני לספר קנין סי' י"ד וכ"כ הרמ"א כעין זה בסי' קע"א סעי' ג' והובא כ"ז בביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק יו"ד בשם הריב"א דלהוציא לא אמרינן א"א. ועיין באו"ת סי' ק"ב ס"ק ג' מזה. ולפ"ז י"ל דמה"ט אינו יכול הלוקח והערב לומר א"א בתק"ח דהא הוי עי"ז פסידא לאחריני דיוציאו ממון עי"ז מן הלוה לאח"ז. והתוס' דכתובות אפשר דס"ל כשיטת הסוברים דגם להוציא אמרינן א"א בתק"ח. ובח"מ סי' פ"ז סעי' י"ב דאע"פ שנשבעין ונוטלין אינן יכולין להפך שבועה על כנגדו עכ"ז יכול לומר א"א בתק"ח אלא הריני כשאר התובעין וישבע לי הנתבע היסת והסמ"ע שם ס"ק למ"ד כתב דזהו משום א"א בתק"ח דאמרו בכ"ד. ועיין ביאור הגר"א שם ס"ק מ"ם. הרי דגם להוציא אמרינן לדינא א"א בתק"ח ויש

לחלק קצת ביניהם ואכמ"ל. וגם י"ל בזה דנ"ד לא מקרי אי אפשי להוציא כיון דבעת הטירפא מהערב ומהלוקח דאז לא דיינינן בחזרת הערב והלוקח על הלוה אלא בענין הטירפא מהם. רק לאח"ז חוזר עי"ז על הלוה ע"כ לא מקרי זה א"א להוציא כיון דבעת הטירפא אינו חוזר אז על הלוה ולכ"ע דיינינן בזה להך דא"א בתק"ח כן י"ל לפי דברי התוס' כתובות הנ"ל:

וראיתי בהפלאה לכתובות (דף צ"ב) שם על דברי התוס' הזה שכתב בזה"ל על דברי התוס' שכתבו כגון שמחל כו' לכאורה קשה דא"כ היכי קאמרי דכי מפקת מיני' עלי דידי הדר הא יכול לומר הי' לך להשביעו כי בוודאי פרעתיו ולא היה יכול לישבע וצ"ל דס"ל כיון דהך שבועה נתקן לטובת הלוקח ע"כ יכול לומר לא ניחא לי בתקנת חז"ל. ויצא לנו לדינא דאם מחל הלוקח השבועה אפ"ה יכול הלוקח באחריות לחזור על הלוה וצ"ע שלא הזכירו מזה הפוסקים עכ"ל ההפלאה. וכן ראיתי במהר"ם שיף שם שכתב בזה"ל כיון דפטרו משבועה א"כ גם עליו לא מהדר דלא כתב לו אחריות רק מה שיפסיד בדין ומה שמוותר והולך חוץ משורת הדין לא יוכל לתבוע דשמא לא היה נשבע ודחק בזה ע"ש. עכ"פ כיון דחזינן דהתוס' ס"ל להדיא כן. ע"כ אין לנו לחלוק על דבריהם בסברא בעלמא:

ענף א:

שוב ראיתי דיש לחלק בין שבועת לוקח לשבועת ערב לפי מש"כ התומים בסי' קכ"ט ס"ק ח' לחלוק על הסמ"ע שכתב שם דבשבועת הערב הוי משום שבועת משעבדי. משום דערב אינו דומה לנכסים משועבדים ע"ש. והקצה"ח שם ס"ק ד' כתב דשבועת הבא ליפרע מן הערב טעמו משום דהוי כמו בא ליפרע שלא בפניו וכן העלה שם הנתיבות ס"ק ט' דערב דמי לנפרע שלא בפניו ע"ש. ובשבועת משעבדי לא שייך בי' שבועה דנפרע שלא בפניו כדמוכח מכתובות (דף פ"ז) ושבועות (דף מ"ה) דנכסים משועבדים ונפרע שלא בפניו חשבינהו לתרי מילי ע"ש. והטעם הוא פשוט דבא ליפרע מלקוחות גוף הנכסים אינן של הלוה דכבר יצאו מרשותו בעת שמכרן. משא"כ בא ליפרע מערב דכיון דאמר לערב ערבני ושלם כמבואר בסי' ק"ל והוי הערב כשלוחו של הלוה וע"כ הוי כמו דנוטל מנכסי הלוה שלא בפניו ולכן שבועת בא ליפרע מהערב כמו שבועת לנפרע שלא בפניו. כן יש להסביר לפי דברי הקצה"ח והנתיבות:

ולפ"ז יש לחלק אף לפי מש"כ התוס' בכתובות בשבועת משעבדי דגם במחל הלוקח להשבועה יכול לחזור על הלוה המוכר מצד חיוב אחריות משום דיאמר א"א בתק"ח כנ"ל. אך זה אינו רק בשבועת משעבדי דעיקר חיוב שבועה הוא משום תקנת טובת

הלקוחות. משא"כ בערב דעיקר שבועתו הוי מצד נפרע שלא בפניו דעיקר השבועה הוא לטובת ולזכות הלוה דזכין שלא בפניו דטענינן עבורו וכמש"כ רש"י בכתובות (דף פ"ז) על נפרע שלא בפניו. ולכן לא שייך בערב לומר א"א בתק"ח דהא לא תקנו השבועה רק לטובת הלוה עצמו ואיך יכול לומר אי אפשי ולהפסיד להלוה דעיקרו הוי משום טובתו. משא"כ במשעבדי דלא שייך ביה שבועת נפרע שלא בפניו דהא יצאו כבר הנכסים מרשות הלוה. ושבועת שלא בפניו הוי היכא דהנכסים הם של הלוה רק דהוי שלא בפניו. או בערב לפי דהוי כשלוחו דהלוה כנ"ל. משא"כ בלקוחות וכיון דעיקר חיוב השבועה הוא רק לטובת הלקוחות ע"כ שפיר יכול לומר א"א בתק"ח וחוזר על הלוה המוכר וכמש"כ התוס'. ובקצרה כי לפי דברי הקצה"ח והנתיבות בסי' קכ"ט שפיר יש לחלק בין ערב ללקוחות דשאני שבועת ערב דהוי משום נפרע שלא בפניו דאינו יכול לומר א"א בתק"ח ולהפסיד להלוה וע"כ הדין נותן דבמחל הערב להשבועה דאינו חוזר על הלוה:

ובעיקר מילתא דנא בבא לטרוף מלקוחות דכתבו התוס' דחוזר על המוכר אף דמחל השבועה יש לדון הרבה בזה. בהקדם דברי רש"י בכתובות (דף פ"ז) בהמשנה דבא ליפרע מלקוחות צ"ש הטעם הוא משום דטוענין ללקוחות דאי הוי גבי מן הלוה הוי טעין אישתבע לי דלא פרעתיך וכן הוא הטעם בבא ליפרע מיתומים ושלא בפניו וכ"כ הר"נ פ' הכותב והרע"ב שם וכ"כ הרשב"ם לב"ב (דף ע' ע"ב) ד"ה שטר כיס כו' דעיקר הטעם הוי משום דטענינן להו ע"ש. והתוס' בשבועות (דף מ"א) ד"ה וכי מה בין זה לפוגם כו' כתבו דהבא ליפרע מיתומים דצ"ש טעמא לאו משום דטענינן להו משום דאף היכא דלא מצי אבוהן למטען משבעינן בבא ליפרע מיתומים דהא אמרו בפרק הכותב כתב לאשתו נקי נדר נקי שבועה לא תפרע מיתומים אלא בשבועה אלמא עבוד רבנן תקנתא ליתמי אף במקום שאין האב יכול להשביע עכ"ל התוס'. ולדברי התוס' ה"ה בטורף מלקוחות הא דצ"ש לאו משום דטענינן רק לפי דחסו חז"ל לתקנתם ולא ס"ל כשיטת רש"י והפוסקים הנ"ל. והפני יהושע בכתובות (דף פ"ז) הביא בעל נתיבות המשפט הראשון דתירץ לקושיות התוס' דשבועות הנ"ל די"ל כשיטת רש"י דשבועת יתומים ולקוחות הוי מצד דטענינן להו אף בפטרה משבועה ג"כ שייך זה דהא סוף סוף הוי מצי למיטען אשתבע לי אלא דאינו יכול לומר כן מצד הפטור שכתב לה וכיון דלא מהני האי פטור לגבי יורשים שפיר טענינן ליורשים ולקוחות עכ"ל בעל נתיבות המשפט. ומתורץ על נכון קושיות התוס' וע"כ שפיר י"ל כשיטת רש"י וסייעתו:

ולשיטת רש"י והר"נ והרע"ב דס"ל דבא לגבות מלקוחות צ"ש משום טענינן להו. לפ"ז יש לדון כיון דנתבאר דעיקר סברת התוס' בכתובות הנ"ל דלכן במחל הלוקח לשבועת הטורף יכול לחזור על המוכר משום דיכול לומר א"א בתק"ח וכמש"כ ההפלאה דס"ל להתוס' דשבועת הטורף ממשעבדי נעשה לטובת הלקוחות וע"כ יכול לומר א"א בתק"ח. וכמש"כ לעיל בשם ההפלאה. א"כ לשיטת רש"י וסייעתו דס"ל דשבועת הטורף מלקוחות הוא מצד דטענינן להו טענות דהיה יכול לטעון המוכר. ועיקר השבועה נתקן לטובת הלוה ע"כ לא שייך לומר א"א בתק"ח דהא עיקר השבועה לא תקנו בשביל טובת הלקוחות רק לטובת הלוה. וממילא הדין נותן כיון דטענינן ליתמי ולקוחות בכל הענינים לכ"ע וכמש"כ התוס' בגיטין (דף נ"ח ע"ב) ובתוס' שם ד"ה כגון זה טוענין ליורש כו' ע"ש. וממילא ה"ה בהך מילתא בשבועת טורף מלקוחות. ע"כ לא שייך בזה לומר א"א בתק"ח דהא עיקר השבועה לא תקנו משום טובת הלקוחות רק לטובת הלוה. והך מילתא דטענינן ללקוחות הוי זה ענין מן התורה כמבואר ולא שייך בזה לומר א"א בתק"ח דאין בזה תק"ח. ולא מצינו הך מילתא דא"א בתק"ח רק היכא דעיקר התקנה נעשה רק לטובתו דוקא. וכמו באיני ניזונית ואיני עושה וכמו בהא דאין נפרעים ממשועבדים במקום שיש ב"ח דב"ק (דף ח') דאמרו שם בזה"ל טעמא מאי אמרו רבנן אין נפרעין ממשעבדי במקום שיש ב"ח משום תקנתא דידי אנא בהא תקנתא לא ניחא לי כדרבא כו' עכ"ל הגמ'. הרי משום דהוי התם תקנתא דלוקח אמרו בזה לדון להך א"א בתק"ח. אבל היכא דעיקר התקנה נעשה בשביל טובת אחר ולא בשבילו בזה לא מצינו דאמרו כן. וע"כ אינו יכול לומר בזה א"א בתק"ח ולהפסיד למי שנעשה בשבילו התקנה זו. וכה"ג כתב השמ"ק לב"ק (דף ז') עלה דהקשו הראשונים דיהיה יכול לומר המלוה א"א בתק"ח ויטול הזיבורית משום דס"ל דהתקנה נעשה לטובת המלוה וע"ז תירצו הר"מ והרא"ש שם דעיקר התקנה דשלא תנעול דלת בפני לוין נעשה לטובת הלוה ע"כ אינו יכול המלוה לומר א"א בתק"ח ולהפסיד להלוה. והדין נותן דאם עיקר השבועה נעשה לטובת הלוה דאינם יכולים הלקוחות לומר א"א בתק"ח ולחזור על הלוה מצד חיוב אחריות וע"כ דברי התוס' בכתובות צריך ביאור:

ואפשר דהתוס' לטעמייהו דס"ל בשבועות (דף מ"א) להוכיח דשבועת בא ליפרע מיתמי הטעם הוא משום דחשו חז"ל לטובתם וה"ה בלקוחות. וע"כ שפיר כתבו התוס' בכתובות במחל הלוקח להשבועה דחוזר על המוכר משום דיכול לומר א"א בתק"ח. ואפשר דלזה נתכוין ההפלאה במש"כ בלשונו דס"ל דהתקנה נעשה בשבועת משעבדי לטובת הלוקח וע"כ יכול לומר א"א ע"ש. דכוונתו ג"כ להך פלוגתת הראשונים שכתבתי

בשמם דס"ל דלא כהתוס' אלא שבועת משעבדי ויתמי הוי מצד דטענינן. א"כ לפ"ז לא שייך לומר כן רק התוס' ס"ל דלא כדבריהם. ואף דנימא דלא נתכוין ההפלאה לכל זה מדלא הביא כל זה כלל מ"מ האמת הוא כמש"כ. וזה ברור דלשיטת הסוברים דשבועת משעבדי הוא משום דטענינן להו דלפ"ז הדין נותן דאם מחל הלוקח להשבועה של הלקוחות דאינו יכול לחזור על המוכר דהא ע"פ דין אינו חייב להלקוחות כ"ז דלא נשבעו לשבועתם דחייבים ע"פ דין דהא הך דטענינן להו אין זה מדרבנן רק זהו זכות גם מן התורה לאחר דתקנו חז"ל לשבועתן דעיקרו מצד הלוה דהיה יכול לטעון אשתבע לי וממילא הלקוחות משביעין אותו משום דטענינן להו. ועיקר השבועה נתקן לטובת הלוה. וע"כ במחל הלוקח להשבועה אינו חוזר על המוכר לשיטתם וכנ"ל. רק התוס' לטעמייהו דהשבועה נתקן לטובת הלקוחות ע"כ יכול לומר א"א בתק"ח והוי כמו שלא היה מחוייב המלוה לעולם לישבע ולכן כתבו דחוזר על המוכר:

ועדיין אינו ברור דהא אף לפמש"כ התוס' בשבועות דלאו משום טענינן להו תקנו לשבועת משעבדי. עכ"ז הא בוודאי גם לשיטת התוס' פשוט דשבועת משעבדי יש לדון מצד טענינן ג"כ וכמו בכל מילתא דטענינן ללקוחות. רק התוס' הוסיפו דאף היכא דלא שייך לומר דטוענין כמו בפטר לאשתו דעכ"ז תקנו שבועה לטובת הלקוחות והיתמי וע"כ לא היה יכול הש"ס להקשות על משנה דבא ליפרע מן יתמי צריך שבועה דמה בין זה לפוגם שטרו וכמו דהקשו התוס' בשבועות (דף מ"א) שם. אבל באמת י"ל דזולת התקנה שנעשה לטובת הלקוחות ג"כ מחוייב הטורף לישבע משום שבועת אשתבע לי דהיה יכול הלוה להשביע להמלוה ובלקוחות הוי זה משום טענינן כיון דלא פטרו הלוה מהשבועה. וע"כ הדין נותן דאינו יכול הטורף לומר א"א בתק"ח והוי כמו שאינו חייב שבועה כלל מדינא. משום דהא מצד טובת הלוה ג"כ חייב המלוה לישבע נגד הלוקח משום טענינן. ובכה"ג לא מצינו דאמרינן א"א בתק"ח. רק היכא דפטר הלוה להמלוה משבועה בזה שפיר יש לדון דיכול הלוקח למחול לשבועת משעבדי להמלוה ולחזור ולטרוף מהמוכר. כיון דמצד תקנת וטובת הלוה אין כאן חיוב שבועה להמלוה. ועיקר שבועת משעבדי בכה"ג הוא רק מצד תקנת לקוחות ע"כ יכול לומר א"א בתק"ח ולמחול השבועה. משום דהוי כמו דמצד הדין אין חייב המלוה שבועה כלל. משא"כ בלא פטרו וכנידון של התוס' דכתבו דיכול הלוה לטעון על המלוה טענת אישתבע לי משום דמיירי בלא פטרו משבועה. ע"כ אכתי יש לדון לדינא דאף לשיטת התוס' בשבועות (דף מ"א). דג"כ י"ל דאינו יכול לומר א"א בתק"ח ולחזור על המוכר מצד חיוב אחריות:

ואפשר לומר דגם בזה התוס' לטעמייהו לפי מש"כ התוס' בב"ב (דף ע' ע"ב) דלא טענינן ליתומים נאנסו משום דהוי מילתא דלא שכיח ע"ש. ולפ"ז י"ל דגם בשבועת משעבדי לא שייך לומר בזה דטענינן להו. דהא בטענת נאנסו היה נאמן להיות פטור ומ"מ לא טענינן ליתמי. כש"כ היכא דאינו נאמן להפטר בטענת פרעתי דהא במלוה בשטר אינו נאמן הלוה לומר פרעתי רק להטיל שבועה על המלוה. ע"כ וודאי זה גרע ביותר מן טענת נאנסו דלא טענינן להו. ולכן כיון דלשיטת התוס' לא הוי שבועת משעבדי מצד טענינן דהא לא טענינן מלתא דלא שכיח. ופרעתי הוי מידי דלא שכיח לפרוע ולהניח השטר ביד המלוה. רק שבועת משעבדי הוא משום דחסו חז"ל על הלקוחות והיתומים. לכן שפיר כתבו התוס' בכתובות דיכול הלוקח למחול השבועה ולומר א"א בתק"ח כיון דעיקר השבועה הוי משום תקנת הלוקח וכמו כל א"א בתק"ח. אבל לפי מה שהעלה הש"ך בח"מ סי' ק"ח ס"ק ח' דגם מילתא דלא שכיחי טענינן וכמו שהאריך שם בביאור הגר"א וצ"ל ס"ק כ"ד בשם הראשונים ע"ש. א"כ י"ל דלא שייך בכה"ג לומר א"א בתק"ח. דהא גם אם לא היה חסים על טובת לקוחות ג"כ היה חייב המלוה שבועה מצד דטענינן. ע"כ הסברא נותנת דאינו יכול הלוקח לחזור על המוכר. משום דיכול המוכר לומר דאין יכולת בידך למחול השבועה שיש לך עליו מצידי ומצד הדין לאחר דתקנו שבועה בשבילי ולטובתי ולחזור עלי ולהפסידני ואין זה דומה לכל א"א בתק"ח:

ענף ב:

ועוד יש לדון בכ"ז לפי מש"כ במק"א לדון בעיקר הכלל שכתבנו בשבועת משעבדי ויתמי אם הוי מצד דטענינן להו או לא. דזה תלוי במה דאמר אביי בכתובות (דף צ"ד) דת"ק אית לי' דדוקא ביתומים קטנים אין נפרעין אלא בשבועה ובן ננס אית לי' דאביי קשישא דאף בגדולים אין נפרעין אלא בשבועה. ונראה לענ"ד להסביר סברתם דפליגי אם הוי השבועה מצד דטענינן להו או לא. משום דאי נימא דשבועת הבא לגבות מיתמי ולקוחות הוי מצד דטענינן להו כפי' רש"י והר"נ והרע"ב בכתובות (דף פ"ז). א"כ ה"ה בגדולים דמ"ש והלא בכ"מ דטענינן ליורש אף לגדולים טענינן וכמו דטוענין ללוקח דכולי ש"ס. ומדסבירא לי' דדוקא קטנים ולא גדולים גם לענין שבועה. ע"כ טעמיה דהא דגובה מן היתומים לא יפרע אלא בשבועה הטעם הוא משום דחסו עלייהו ולא משום דטענינן. משום דס"ל דבכה"ג לא טענינן לפי דהוי מילתא דלא שכיחא לפרוע ולהניח השטר ביד המלוה ובפרט דעיקר מילתא דשבועה לא הוי רק מדרבנן ע"כ שאני זה ובמק"א הארכתי בזה:

אבל למאן דס"ל דאף בגדולים צריך שבועה וכדקיי"ל. שפיר י"ל דטעמו כשיטת רש"י והר"נ דגם בשבועה שייך לומר דטוענין להו וכמבואר להדיא בגיטין (דף נ') דאמרו שם דלמא הני מילי לענין שבועה דגדול במילי דאבוה קטן הוא ופירש רש"י שם דמשום דטענינן להו אם היה אבוהן קיים הוי טוען אשתבע לי ע"כ אפילו גדולים נמי משבעינן לו בבא לגבות מהן עכ"ל רש"י. [ובמק"א כתבתי לדון בזה דלפי מאי דקיי"ל דאף לענין זיבורית גם גדולים בכלל. ע"כ י"ל דאף לענין שבועה אף היכא דלא שייך טוענין ג"כ משבעינן אף בגדולים מצד עצמן וקצרתי]. ולפ"ז י"ל דאף דנימא דהתוס' בכתובות (דף צ"ב) הנ"ל דכתבו דבמחל השבועה יכול לחזור על המוכר מצד חיוב אחריות ונתבאר דטעמם משום דיכול לומר א"א בתק"ח ועיקר השבועה הוא רק למען תקנת הלקוחות ולא מצד דטוענין. עכ"ז אינו ראיה מדבריהם לדינא משום די"ל דהא אביי הוא דאמר בכתובות שם להך מילתא דראובן שמכר שדה לשמעון דינא הוא דאזיל ראובן ומפצי לי' כו'. ולאביי דמוקי בכתובות (דף צ"ד) דהך דאביי קשישא דיתומים שאמרו אף גדולים בכלל. תליא בפלוגתא דתנאי דת"ק לית לי' דאביי קשישא ובן ננס אית לי' דאביי קשישא. ועיין בראש כתובות פ' יו"ד סי' י"א והר"נ שם שכתבו בפלוגתת בן ננס ות"ק באוקימתא קמייתא בבע"ח מאוחר שקדם וגבה דהלכה כת"ק דיחיד ורבים הלכה כרבים. א"כ ה"ה לאביי דמפרש פלוגתת ת"ק ובן ננס אם צריך שבועה בגדולים דכיון דאביי מוקי דת"ק ס"ל דדוקא בקטנים צריך שבועה ולא בגדולים דמסתמא ס"ל לאביי להלכה כהת"ק. ואנן דקיי"ל בגיטין (דף נ') דיתומים שאמרו אף גדולים בכלל לענין שבועה ג"כ. זהו לפי דלאוקימתא קמייתא דכתובות (דף צ"ד) אינו מוכח מזה דת"ק לית לי' דאביי קשישא וכמש"כ התוס' שם בד"ה שנמצאת אחת מהן כו' דרבי מפרש אף לדאביי קשישא וכגון שפטרה מן השבועה ולא ס"ל כשיטת רש"י דשם:

ולפ"ז י"ל דדוקא אביי דס"ל כהת"ק דרבים נינהו דדוקא בקטנים צריך שבועה ולא בגדולים דלפ"ז מוכח דס"ל דלא שייך לומר טענינן בשבועה כנ"ל. והא דחייב לישבע בלקוחות ע"כ לאו מצד דטענינן אתינן עלה אלא משום דחסו חז"ל על יתומים קטנים ולקוחות וחייב שבועה מצד עצמן. ע"כ שפיר ס"ל לאביי דיכול הלוקח לומר א"א בתק"ח כו' כיון דעיקר השבועה הוי תק"ח ומצד תקנתא דלקוחות לבד. אבל לדינא דגם בגדולים חייב שבועה ע"כ שפיר י"ל כשיטת רש"י והר"נ והרע"ב דגם בשבועה שייך טוענין דהא ליכא הוכחה לסתור זה הכלל דקיי"ל טוענין ליורש ולוקח. ע"כ שפיר יש לדון דלא שייך בזה לומר א"א בתק"ח ולחזור על המוכר. כיון דעיקר השבועה לא נתקן לטובת הלקוחות לבד רק גם לטובת הלוה ומה דטענינן להו הוי זה זכות מה"ת לאחר דתקנו חז"ל שבועה

לטובת הלוה וכפי פשטות הסוגיא דגיטין (דף נו"ן) דגם לענין שבועה שייך טוענין להו כנ"ל. רק לאביי דפוסק כהת"ק מוכח דס"ל דבשבועה לא שייך טוענין. אבל לדידן דליכא הוכחה בוודאי דייניגן כסוגיא דגיטין (דף נו"ן) דגם בשבועה טענינן. וכיון דעיקר התקנה מצד דטוענין ועיקרו הוי לטובת הלוה ע"כ אין יכול הלוקח לומר א"א בתק"ח ולחייב את הלוה ולחזור ולגבות ממנו דלא מצינו זה רק היכא דתקנו לזכותו ולטובתו דוקא. ועיין ברא"ש לכתובות פ' יו"ד סוף סי' י"א. אבל אינו סתירה למש"כ וקצרתי. ולפ"ז גם לדברי התוס' דכתובות (דף צ"ב) הנ"ל לדינא אין להוציא ממון מהמוכר אם מחל השבועה להמלוה ולא דייניגן בזה לומר א"א בתק"ח:

ולכאורה יש להעיר עפ"ז בדברי הב"ש באה"ע סי' צ"ו ס"ק ד' בשם שארית יוסף כשיש בע"ח על אביהם יכולים היורשים לומר לא ניחא לנו השבועה של אמנו על כתובתה כי השבועה תקנו חז"ל לטובת היורשים וי"ל לא ניחא לנו בתק"ח ואז יורשים את הכתובה וא"צ לשלם ממעות הכתובה לבע"ח עכ"ל. הרי דס"ל דגם בשבועת יתומים שייך א"א בתק"ח. ולפמש"כ לדון דהיכא דהוי משום טוענין להו לא דייניגן כן. א"כ ה"ה לכאורה בעובדא דש"י הנ"ל יש לדון דלא שייך התם לומר א"א בתק"ח ועיין מזה בתשובת מהר"ם מרוטנבורג סי' תתנ"ט. אבל אין מזה ראיה כלל דהא דוקא שבועת יתומים מעכב את הפרעון אבל שבועת אשתבע לי אין זה מעכב הפרעון היכא דאינו יכול לישבע וכמבואר בח"מ סי' צ"ב סעי' ט' ובש"ך ס"ק י"ד ודוקא שבועת יתומים מעכבת הפרעון וכמבואר בסי' ק"ח ובשא"ד. וזהו משום דחסו חז"ל על היתומים וע"כ שפיר כתב השארית יוסף. ועוד י"ל ולחלק בפשיטות דשא"ה בעובדא דש"י דהיורשים יש להם כל זכות אביהם דכל מה דאיהו מצי למיעבד כן כל הכח נתונה ביד יורשיו ולכן כמו דאיהו גופי' הוי מצי לומר א"א בתק"ח על שבועתו דתקנו חז"ל לטובתו להשביע להבע"ח בטענת אשתבע לי כ"כ יכולים יורשיו לומר כן. אבל בלוקח וערב כיון דחוזרים על הלוה שאני דדוקא במה דהוי זכות להם בזה מצינו דאמרו מה מכר ראשון לשני כל זכות שבא לידו. אבל במה דלא הוי זכות לגבי דהלוקח ויהיה חוב להמוכר בכזה לא מצינו לדון כן. וכל זה פשוט: ולכן שפיר כתבתי דבנ"ד לא שייך לומר א"א בתק"ח כיון דעיקרו לא הוי מצד תקנתא דילי' ועיקרו הוא לטובת הלוה וע"י מה דיאמר א"א בתק"ח יהיה חובה להלוה. ומה דטענינן אין זה מדרבנן רק זהו גם מה"ת לאחר דתקנו שבועה להלוה דמצי משביע להמלוה ע"כ לא דייניגן בכזה לומר א"א בתק"ח דלא מצינו בכה"ג כן. ומן התוס' כתובות (דף צ"ב) הנ"ל אינו ראיה מוכרחת לדינא. וע"כ נלע"ד לדון אף בלוקח דאינו יכול לומר א"א בתק"ח ולחזור על המוכר ומכש"כ בערב רק היכא דפטר הלוה להמלוה משבועה

דאז לא הוי השבועה של הלקוחות משום טענינן וכמש"כ התוס' בשבועות (דף מ"א). אז כיון דעיקר שבועת משעבדי הוא משום תקנת וטובת הלקוחות ע"כ הדין נותן בזה דיכול לומר א"א בתק"ח ולחזור על המוכר. אבל בלא פטרו משבועה ושייך בזה לדון דטוענין ע"כ קשה להוציא הממון מן המוכר ואינו יכול לומר א"א בתק"ח בזה ולהפסיד להלוה המוכר:

ענף ג:

ועוד נראה לע"ד לדון בעיקר ראייתי מן התוס' כתובות (דף צ"ב) הנ"ל והוא דלולי דברי התוס' יש מקום לומר מסברא דאף דנימא דגם כה"ג שייך לומר א"א בתק"ח. עכ"ז כיון דעיקר מה דחוזר הלוקח או הערב על הלוה זהו מצד אחריות שקיבל המוכר הלוה ואחריות ט"ס הוא ובערב א"ל ערבני ושלם ושליחותי' קא עביד הערב. ע"כ הדעת נותנת דיכול הלוה לומר עדיין. דאדעתא דתמחול לשבועתך לא קבלתי עלי ולא עשיתיך לשליח לשלם להלוה כיון דאין אתה מחוייב בדין לשלם להמלוה כ"ז דלא נשבע. וכמו בפרע הערב מקודם שעמד בדין דפטור הלוה כמבואר בסי' ק"ל סעי' ב'. ומה שכתבתי לעיל לדון בזה דא"א בתק"ח. יש לדון בזה דכיון דכמה פוסקים ס"ל דלא דיינינן א"א בתק"ח להוציא א"כ ה"ה בנ"ד קשה להוציא ממון מטעם זה משום דהא ע"י אמירתו א"א בתק"ח יוציא עי"ז ממון לאח"ז מהלוה והוי בזה פסידא לאחריני ובכה"ג י"ל דלא דיינינן לומר א"א בתק"ח. ומה שכתבתי לעיל לחלק דשאני הכא דפסידא דהלוה הוי לאחר זמן. זהו דוחק מצד הסברא דמ"ש. כן יש לדון לולי דברי התוס' דכתובות:

ועיקר ההכרח להך דינא הוא דברי התוס' כתובות שכתבו דהלוקח יכול למחול ולחזור על המוכר. ונלע"ד לומר דאין הכרח מן דברי התוס' לדינא. והוא דהא שם בכתובות (דף צ"ב) אביי הוא דאמר להך מילתא שם וע"כ י"ל מילתא חדתא דדוקא לשיטת אביי כתבו שם התוס' כן. דהא מבואר בפסחים (דף ל"א) דאביי ס"ל דבע"ח למפרע גובה ואחר דגבה הבע"ח את השדה הוי כמו דנקנה גוף הקרקע להמלוה מן עת ההלוואה. ועיין בתוס' ב"ק (דף ל"ג) ד"ה איכא בינייהו כו'. ולפ"ז יש לדון בכל בע"ח הטורף מן הלוקח. דהלוקח יכול לחזור על המוכר מצד מקח טעות דמכר לו דבר שאינו שלו וכמו מוכר שדה גזולה דחוזר מצד מקח טעות וכמו שכתבו התוס' בב"מ (דף י"ד) ד"ה שיעבוד כו' דאפילו שמואל דס"ל אחריות לאו טעות סופר וצריך לימלך זהו בטרף בע"ח אבל בטרף נגזל ה"ל מקח טעות כו' ע"ש. וכה"ג אמרו בב"ב (דף מ"ד ע"ב) דאע"ג דאמרו רבנן במוכר שלא באחריות וטרפה בע"ח אינו חוזר עליו נמצאת שאינה שלו חוזר עליו ורב זביד ס"ל אף נמצאת שאינה שלו אינו חוזר עליו דא"ל להכי זביני לך שלא באחריות וי"ל דכ"ז

הוא לדידן דקיי"ל כרבא דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ע"כ בטרפה בע"ח לא ה"ל מקח טעות. משא"כ לאביי דס"ל למפרע הוא גובה א"כ ה"ל מקח טעות גם בטרפה בע"ח דהא מכר לו דבר שאין הגוף שלו ואף דאוכל הפירות והרשב"ם בב"ב (דף מ"ד) כתב לחלק בהא דאמרו התם נמצאת שאינה שלו חוזר עליו דהטעם הוא משום דאין הפירות שלו ע"ש. עכ"ז העיקר כמש"כ התוס' בב"מ (דף י"ד) הנ"ל בקצרה לחלק דשאני גזולה דה"ל מקח טעות. והך טעמא שייך ג"כ אף בבע"ח דטרפה למאן דס"ל למפרע גובה דאף דאינו מחזיר הפירות שאכל מ"מ כיון דגוף השדה אינו בקנין הגוף להלוה בעת שמכר השדה ולאחר דגבה הבע"ח להשדה דנתברר אז למפרע דהשדה הוא של המלוה רק זכות הפירות של הלוה א"כ ה"ל מקח טעות דהא קנה ממנו גוף השדה וע"כ ה"ל מקח טעות. והא דאמר שמואל שעבוד צריך לימלך זהו כשיטת רבא וכדקיי"ל וגם הא כתב הפני יהושע בפסחים (דף למ"ד) דס"ל למפרע גובה טעמו דס"ל שעבודא דאורייתא וכפי חד תירוצא בגיטין (דף נו"ן) בתוס' שם דאביי מצי סבר שעבודא דאורייתא או משום דהוי שעבוד מפורש כו' ע"ש. ע"כ לשמואל דס"ל שעבודא לאו דאורייתא בסוף ב"ב ובקידושין (דף י"ג) ע"כ לא מצי סבר שמואל למפרע גובה ואינו קשה על אביי ממנו. ועיין בגיטין (דף מ"א) בתוס' ד"ה הקדש חמץ ושחרור כו' שכתבו דאביי דס"ל למפרע גובה לית לי' הא דהקדש מפקיע משיעבוד וכ"כ הרשב"א בחידושי' והובא בפני יהושע לגיטין שם ע"ש:

והא דחזינן בכמה דוכתי דאף לאביי הא דטורף כל לוקח מהמוכר בטרף בע"ח ממנו דזהו מצד חיוב אחריות ולא מצד מקח טעות. יש לומר בזה ע"פ שיטת רבינו אפרים ז"ל בחולין פ"ג (דף נ"א) בהוגלד פי המכה דהוי מקח טעות דזהו במחט שנמצא לפי שאין טריפות זה מצוי אבל בסירכא כיון שהוא מצוי לא הוי מקח טעות דה"ל לאתנויי ומדלא אתני סבר וקיבל. והובא בהר"נ לחולין שם ובראש"ש לחולין פ"ג סי' ל"ד גם בשם העיטור. וכן הובא שיטה זו בח"מ סי' רל"ב סעיף י"ב ברמ"א. ולפ"ז י"ל גם בענין קניות קרקע שיש עליו בע"ח דאף דהוי מק"ט לשיטת אביי דס"ל למפרע גובה ולאחר דטרפה הבע"ח נתברר למפרע דה"ל מק"ט. מ"מ כיון דזה הוי דבר המצוי וכמבואר בכמה דוכתי בש"ס דחיישינן שמא יש עליו בע"ח. ועיין בב"ב (דף מ"ו) ובתוס' ד"ה לוקח ראשון מעיד כו' ושיטת הרשב"ם שם ובח"מ סי' ס"ה סעיף ז' ובש"ך ס"ק כ"ב ובשא"ד. וכיון דזהו דבר המצוי ושכיח וה"ל לאתנויי ומדלא אתני אמרינן דסבר וקיבל. וע"כ בעינן שיתנה בפירוש לקבלת אחריות או משום דאחריות טעות סופר הוא ולא הוצרך להתנות דסמך עלי' דט"ס הוא וגם לפי מש"כ הרא"ש בחולין שם דדוקא במה דאין המוכר יודע

בזה אמרו דה"ל לאתנויי אבל במה דיודע המוכר אמרינן דסמך על המוכר דשארית ישראל כו'. כמו כן יש לדון הכא בחייב אחריות היכא דהחוב הוא באופן שאין המוכר יודע כגון בחוב של מורישו וכה"ג די"ל דגם המוכר אינו יודע מזה. בזה שפיר אמרינן דה"ל להמוכר לאתנויי ומדלא אתני סבר וקיבל וע"כ בעינן לקבלת אחריות או משום דאחריות ט"ס הוא. אבל לעולם י"ל דלאביי דלמפרע גובה ה"ל מק"ט בבע"ח שטרף דנתברר למפרע דמכר לי' שדה גזולה ובהתנה בפי' שלא באחריות ודאי א"ש מה דאינו חוזר עליו מצד מק"ט. דהא קיי"ל גם בנמצאת שאינה שלו דאינו חוזר משום דאומר להכי זביני לך שלא באחריות וכמבואר בב"ב (דף מ"ד). ועיין בכתובות (דף צ"ג) בתוס' ד"ה משהחזיק בה כו':

וכיון דנתבאר דלאביי הדין הוא בכל בע"ח הטורף שדה המכירה ה"ל מק"ט משום דהא לאחר דגבה השדה ה"ל למפרע גוף השדה של המלוה בעת שמכר הלוה להשדה. רק היכא דלא התנה הלוקח על חיוב אחריות למאן דלית לי' אחריות ט"ס הוא וכה"ג אז מצי א"ל להכי זביני לך שלא באחריות וסברת וקבלית. אבל היכא דהתנה על חיוב אחריות או למאי דקיי"ל אחריות ט"ס. בזה הדין נותן לשיטת אביי דאם מחל הלוקח לשבועת המלוה דיכול הלוקח לחזור על המוכר מצד מק"ט כיון דנתברר למפרע דמכר דבר שאינו שלו. ואף דמחל השבועה להמלוה מ"מ כיון דיש להמלוה שטר על הלוה ה"ל כמו נתברר ע"פ בירור כד"ת שמכר דבר שאינו שלו. דהא קיי"ל בח"מ סי' מ"ז ובש"ך ס"ק ד' גבי מלוה שאומר על שטרו שהוא אמנה היכא דחב לאחריני דאינו נאמן אף דלא נשבע המלוה על השטר. וכן בסי' פ"ו בש"ך ס"ק י"ז גבי שעבודא דר"נ וכן בחשוד דאפיק שטרא אחברי' אף דאינו נשבע מ"מ גובה וכמו שכתב הש"ך בסי' צ"ב ס"ק י"ד דהכלל הוא בכל הנך מילי דהשבועה אינו מעכב הפרעון כיון דיש לו שטר ת"י והדברים ארוכין. וה"ה הכא במחל השבועה דעכ"ז כיון דיש להמלוה שטר מקויים ה"ל כמו נתברר שמכר לו שדה שאינו שלו וה"ל מק"ט וחוזר על המוכר וכדין כל מק"ט. ואף דנימא דאדעתא דימחול השבועה לא קיבל האחריות מ"מ כיון דהלוקח לא התנה בפירוש בעת הקנייי' שיהי' בלא אחריות. ואדרבה הא חזינן דהי' בדעתו בפירוש לקנות דוקא באחריות א"כ חזינן דלא נתרצה רק באחריות. ולכן כיון דלא שייך בכה"ג לומר להכי זביני לך שלא באחריות. וכן לא שייך בזה לומר מדלא אתני אחילי אחיל דהא חזינן דהתנה בפי' אחריות. או משום אחריות ט"ס דה"ל כהתנה בפירוש על אחריות. ע"כ הדין נותן דחוזר על המוכר מצד מק"ט שמכר לו שדה הנמצאת שאינו שלו:

והתם בכתובות קאי התם לאביי דקאמר להדא מילתא שם. וכיון דס"ל לאביי למפרע גובה ע"כ חוזר על המוכר מצד מק"ט ואף דלא נשבע מ"מ הא השבועה אינו מעכב הפרעון ולכן אף במחל השבועה חוזר על המוכר מצד מק"ט. ולא שייך בזה לומר דהמוכר יטעון דאדעתא דתמחול השבועה לא קבלתי לחוב אחריות. דהא כיון דהלוקח לא נתרצה לקנות בלא אחריות ה"ל ממילא מק"ט אף בלא דעת ורצון המוכר כיון דנתברר ע"י השטר דמכר לו דבר שאינו שלו והשבועה אינו מעכב ויש לנו ברור גמור דמכר לו לדבר שאינו שלו דחוזר עליו מצד מק"ט. וע"כ לא שייך לומר דהמוכר יאמר דאדעתא דתמחול להשבועה לא קבלתי האחריות דהא הלוקח יכול לומר דאף דאתה לא קבלת להאחריות על אופן זה מ"מ כיון דלא נתרציתי לקנות לדבר שנתברר שאינו של המוכר ע"כ ה"ל ממילא מק"ט. וכ"ז הוא לשיטת אביי שם בכתובות (דף צ"ב). משא"כ לדידן דקיי"ל כרבא דמכאן ולהבא גובה א"כ בכל בע"ח הטורף לא הוי מק"ט כלל והא דחוזר על המוכר זהו מצד קבלת אחריות דקיבל המוכר. ולכן כיון דזהו תלוי רק בדעת המוכר לבדו ע"כ שפיר יכול המוכר לומר דאדעתא דתמחול להשבועה לא קבלתי להאחריות ואף דנימא דשייך בזה לומר א"א בתק"ח לא נתרציתי לקבל האחריות עלי כיון דעכ"פ הי' לך בידך שלא תחוייב ע"פ דין לשלם להמלוה אם לא היית טוען לומר א"א בתק"ח ואתה בפשיעתך ופטרת לו מהשבועה ע"כ לא קבלתי עלי האחריות על אופן זה ולשלם לך. וזה הוי אומדנא דמוכחא דלא הי' לך ליתן המעות ולחזור מצד אחריות ועל אופן זה לא קיבל להאחריות ועיין בש"ך ח"מ סי' ק"ל ס"ק י"ב כעין זה. אבל לשיטת אביי דנתבטל מצד מק"ט א"צ דעת המוכר דאף בלא רצונו ג"כ נתבטל המכירה מצד דעת הלוקח דלא נתרצה לקנות במום כזה כיון דנתברר ע"י השטר דה"ל מק"ט ושבועה הא לא הוי לעיכובא ושפיר אמר א"א בתק"ח ולפוטרו מן השבועה ולחזור על המוכר כיון דאומר א"א בתק"ח הוי כמו דאינו חייב המלוה לשום שבועה כלל ע"פ דין. כן יש לחלק דלדינא אינו ראי' מן התוס' כתובות (דף צ"ב) הנ"ל לנ"ד. ועיין בש"ך ח"מ סי' כ"א ס"ק ג' שמחלק גבי אונס בין גיטין לקדושין כיון דבקידושין צריכים דעת האשה והיא לא נתרצית על אופן זה משא"כ בגיטין דתלוי רק בדעת הבעל לבד ע"ש. וכעין זה בתוס' כתובות (דף מ"ז ע"ב) ד"ה שלא כתב לה כו' שכתבו ג"כ לחלק בענין אומדנא שתלוי רק בדעת א' לבדו כו'. משא"כ היכא דבעי דעת חבירו ע"ש. ונתבאר דיש מקום לומר דלדינא אין הכרח מן התוס' כתובות (דף צ"ב) לדון דבמחל הלוקח להשבועה להמלוה יהי' יכול לחזור על המוכר משום די"ל דדוקא לשיטת אביי כתבו התוס' שם כן משא"כ לדינא דקיי"ל כרבא דמכאן ולהבא גובה:

העולה לנו לדינא דלא מבעיא בערב דאינו יכול לפטור שבועת המלוה ולהיות חוזר על הלוה אלא דגם בלוקח אינו יכול לומר א"א בתק"ח ולחזור על הלוה המוכר. ובפרט דרוב פוסקים ס"ל דלהוציא לא דיינינן א"א בתק"ח וה"ה בנ"ד דהוי להוציא ודוחק לחלק ביניהם וקשה להוציא מן המוחזק וכפי שנתבאר בעז"ה דלדינא אין הכרח כ"כ מן התוס' כתובות הנ"ל:

ענף ד:

הקדשות הם כמשועבדים ואין נפרעין מהם כו'. והקצה"ח כאן ובסי' קי"ז ס"ק ב' העלה דמלוה בע"פ גובה מהקדש וכמו שגובה מהחזיק בנכסי הפקר אף במלוה בע"פ כו'. והנני לבאר דין גביות בע"ח מנכסי הפקר בארוכה:

ב:

(שם סעיף א'):

בסימן רמ"ה סעיף י' כתב הסמ"ע ס"ק י"ח דוקא מלוה בשטר גובה מן הפקר אבל מלוה בע"פ אינו גובה מהפקר. והט"ז שם השיג עליו וכתב דאף מלוה בע"פ גובה מהפקר. והקצה"ח שם ס"ק ב' הכריע כשיטת הט"ז בראי' ברורה מן מה דכתבו הטושו"ע סוף סי' ער"ה סעיף ל"א כו' שמת ובזבזו נכסיו והיו עליו חובות כל מלוה שנגבית מן היורשין ומן לקוחות נגבית גם מאלו ואין גובין מהם אלא בשבועה כו' עכ"ל הרי מבואר להדיא דכל מלוה שנגבית מיורשים גובה מהפקר ע"כ מלוה בע"פ דנגבית מיורשים נגבית נמי מן הפקר כו' עכ"ל הקצה"ח וכן הכריע הנתיבות בסי' רמ"ה ס"ק ה' ע"פ ראיות הקצה"ח. ובאמת יש לתמוה על הסמ"ע איך אישתמיט מיני' דברי הטושו"ע מפורש להדיא להיפך מדבריו:

ונלע"ד לתרץ דברי הסמ"ע והוא דיש לדקדק בלשון הטור ושו"ע דכתבו דכל מלוה שנגבית מיורשים ומלקוחות גובה מן ההפקר דאי נימא דכוונתם דאף מלוה בע"פ גבי מן ההפקר וכמש"כ הקצה"ח והנתיבות. א"כ קשה ל"ל למנקט כל מלוה שנגבית מיורשים ומלקוחות כו' ה"ל למנקט בקצרה כל מלוה שנגבית מן יורשים ותו לא והוי ידעינן ממילא דכיון דמלוה בע"פ דנגבית רק מיורשים גבי מן ההפקר. כש"כ מלוה בשטר דנגבית מלקוחות דנגבית מהפקר ובודאי הי' איזה כוונה בלשונם של הטושו"ע דכתבו כן:

ע"כ נלע"ד לומר דנתכוונו למה דכתב הטור וש"ע בסי' קט"ו סעיף ד' גבי בע"ח גובה שבח דדווקא מלקוחות גבי בע"ח השבח לפי דיש ללקוחות על מי לחזור ע"כ עשו חז"ל להשבח כאלו קנה וחזר ומכרו. משא"כ ביתומים דאין להם על מי לחזור אינו גובה

בע"ח השבח ודינם כמו מקבל מתנה דמבואר בב"מ (דף ט"ו) דאינו גובה ממנו השבח. אך הש"ך שם ס"ק ל"ב הביא שיטת התוס' וש"פ דכתבו לחלק דשאני יורשים דכרעא דאבוהון נינהו ולכן אף דאין להם על מי לחזור ג"כ גבי מינייהו השבח. אבל שיטת הרמב"ם והרמב"ן והרא"ש והטור והמחבר והרמ"א וש"פ שם דביתומים אין גובה השבח מהם לפי דאין להם על מי לחזור. ובחוב הגובה מן הפקר הדין נותן דאף מלוה בשטר אינו גובה השבח מהפקר דהא להזוכה מן הפקר אין לו על מי לחזור ולגבות השבח ע"כ אף לשיטת התוס' וש"פ דכתבו דביורשים גבינן שבא משום דכרעי' דאבוהון נינהו. עכ"ז הא בהפקר לא שייך כן ע"כ לכ"ע לא גבי שבחא מן הפקר. ולזה נתכוונו הטור ושו"ע במה דכתבו דכל מלוה דנגבית מן יורשים ולקוחות גובה מן הפקר משום דנתכוונו בזה לכלל מחודש דאינו גובה בע"ח מהפקר כי אם מלוה שנגבית מיורשים ולקוחות. א"כ חוב דאינו גובה מלקוחות כמו מלוה בע"פ ה"ה דאינו גובה מהזוכה בהפקר וכשיטת הסמ"ע דהפקר יש לו דין משעבדי:

וכן בחוב בשטר דגובה מלקוחות אף השבח מ"מ אינו גובה השבח מהזוכה מהפקר לפי שיש לו דין יורש למי שזוכה מהפקר כיון דאין לו על מי לחזור וכיון דהטושו"ע פסקו בסי' קע"ו דאין גובה השבח מיורש ע"כ נתכוונו הטושו"ע לזה במש"כ לכללא דכל מלוה דנגבית מיורש ומהלוקח גובה מהפקר. והיינו מה דנגבית משניהם אבל מה שנגבית מאחד מהם או מיורש או מלוקח וכמו מלוה בע"פ דלא נגבית מלוקח וכן אף מלוה בשטר גבי שבח דאינו גובה השבח מיורש כמו כן אינו גובה מן הפקר. א"כ אדרבה מוכח מן הטושו"ע כדברי הסמ"ע דאל"כ למה כתבו שם כלל למלוה הנגבית מן לקוחות. הא לא ה"ל למכתב כי אם למלוה הנגבית מהיורשים לבד. וע"כ מוכח כשיטת הסמ"ע דהפקר יש לו דין משעבדי. והא דכתבו כל מלוה דנגבית מיורש כו'. נתכוונו בזה לענין אחר דיש להפקר דין יורש ג"כ בחד צד היינו גבי שבח דאין הבע"ח גובה לשבח מהפקר כמו ביורש דמבואר כבר להדיא בסי' קט"ו דאין גובה השבח מיורש והכל לטיבותא לגבי הזוכה מהפקר דיש לו מעלת משעבדי ומעלת יורשים בכל הזכותים שיש ללקוחות ויורשים לטיבותא. והא דלא כתבו הטושו"ע בזה"ל דכל מלוה דנגבית מלוקח ומקבל מתנה גובה מהפקר דהא ממקבל מתנה אינו גובה השבח כמבואר בב"מ (דף ט"ו) ובח"מ סי' קט"ו. י"ל בזה דהא בקיבל אחריות גם במתנה גובה השבח כמבואר שם. א"כ לפ"ז היו צריכים להאריך בלשונם ולבאר דכל מלוה דנגבית ממקבלי מתנה בלא קבלת אחריות נגבית מהפקר וע"כ כתבו בקצרה מיורש ומלוקח כו' כדי לאורויי ע"ז:

מה שנזכר בקונטרס הזה גר זה הי' בימים הקדמונים ובמדינות שניתן להם רשות מן הממשלה הרוממה לגייר אבל במדינתינו שאין אנו רשאים לגייר ע"פ חוקי אדונינו הקיר"ה ומצווים אנו לקיים כן וכדכתיב אני פי מלך שמור ע"כ לא משכחת כ"ז כלל בזה"ז:

ועוד י"ל בזה לפי מש"כ הש"ך בסי' ע"א ס"ק מ' בשם הטור והרמ"ה באם כתב הלוה נאמנות להמלוה נגדו ונגד הבאים ברשותו דיש פלוגתת ראשונים אם יורשים הם בכלל באים ברשותי או לא כי אם מקבלי מתנה ולקוחות הוי בכלל באי ברשותי וכמש"כ הריב"ש בסי' תצ"ד ע"ש. ולפ"ז ה"ה הזוכה מן הזוכה בנכסי הגר ודאי לא הוי בכלל הבאים ברשותי. דהא אינו זוכה מצד הקנאתו של הבעלים כי אם ממילא מחמת דנעשה הפקר לאח"מ. ולזה נתכוונו ג"כ במש"כ הטוש"ע דכל מלוה דנגבית מיורשים ולקוחות גובה מהפקר ואינו גובה אלא בשבועה. דזהו לאורויי ג"כ אם יש להמלוה נאמנות נגד הבאים ברשותי של הלוה דאף דמלקוחות גובה בל"ש. עכ"ז בזוכה מנכסי הגר אינו גובה רק בשבועה וכמו בגובה מיורשים דאינו גובה בל"ש לשיטת הרמ"ה וכהכרעת הש"ך והב"ח שם משום דאין זה בכלל באי ברשותו ונתכוונו במש"כ דמלוה הנגבית מלקוחות כו' דמלוה בע"פ דאינו גובה מן לקוחות דאינו גובה מהזוכה בנכסי הגר. וכן מלוה דאינו גובה מיורש בל"ש. בכתב נאמנות לבאים ברשותי כמבואר בסי' ע"א בטור בשם הרמ"ה דה"ה מן הפקר אינו גובה בל"ש דדין הפקר לגביות חוב ממנו לכל הזכותים דיש ליורש וללוקח לטיבותא לכ"א מהם היינו כלקוחות דאינו גובה ממנו למלוה בע"פ. וכיורש דאינו גובה השבח וכן אף בכתב נאמנות לבאי ברשותו דאינו גובה בל"ש והוי נפ"מ לענין שני דברים הללו. ואף דשיטת הטור בסי' ע"א דלא כהרמ"ה מ"מ כתב כן בזה"ל לאורויי לנו הדין לשיטת הרמ"ה המובא בטור שם. ועיין בתומים סי' ע"א ס"ק י"ג ובאורים ס"ק מ"ו וקצרתי. ולפ"ז מתורץ קושיות הקצה"ח על הסמ"ע ואדרבה מוכח משם כהסמ"ע דמלוה בע"פ אינו גובה מהפקר דדינו בזה כמו לקוחות: ולדינא בכתב למלוה נאמנות נגד באי ברשותו נלע"ד לומר לשיטת רש"י ב"מ (דף י"ב) דהפקר חשוב דעת אחרת מקנה וכ"כ הרא"ש וכמש"כ הש"ך בסי' רס"ח ס"ק ט' והמל"מ הל' מכירה פ' כ"ט הל' י"א. דיש לדון בהפקיר נכסיו ובא א' וזכה בו דזהו בכלל הבאים ברשותי דהוי בזה כמו מקבלי מתנה כיון דזכה ע"י הפקירו דהוי דעת אחרת מקנה ומקרי שפיר בא ברשותו. משא"כ הזוכה בנכסי הגר ודאי דאינו בכלל באים ברשותו אף לשיטת הסוברים דיורש מקרי באי ברשותו. מ"מ יש לחלק דשאני יורש לא מבעיא לשיטת הרשב"א ח"ג סי' קכ"ה דכתב דיורשים זוכין לירושה עם גמר מיתה ע"ש ואף לפי מש"כ הקצה"ח בסי'

רנ"ב ס"ק א' דהיורשים אינם זוכים כי אם לאחר גמר מיתה. מ"מ הא תיכף לאחר מיתתו זוכין היורשים בירושתם ומקרי שפיר באים ברשותו דתיכף לאחר שנסתלק רשותו זכו בו. משא"כ הזוכה מנכסי הגר אף דהוי הפקר מיד לאח"מ מ"מ הא לא זכה בו מיד רק לאחר מעשה הזכיי' שלו ע"כ לא מקרי זה באו ברשותו דהא בעת שזוכה כבר פסק מהם רשות בעליהם. וגם בהפקר מדעת יש לדון לפי מה דקיי"ל דהפקר נפק מרשות הבעלים מיד מקודם דאתי לרשות זוכה. ועיין בנתיבות סי' רע"ג ס"ק א' וקצרתי:

ג:

(שם סעיף:

ועוד נלע"ד לומר במה שכתבו הטושו"ע דכל מלוה שנגבית מיורשין כו' דנתכוונו על עוד ענין. והוא דמבואר בבית יוסף סי' ער"ה סעי' כ"א שהביא בשם המ"מ פ"ב הל' זכיי' שכתב בשם בעל העיטור בזה"ל והמחזיק בנכסי הגר הרי הוא כיורש והבא ליפרע צריך שבועה כדין הבא ליפרע מיתומים עכ"ל. וגם כתב בשם בעה"ת בזה"ל אך צריך בירור אם משתבע הבע"ח הבא לטרוף מהזוכה בנכסי הפקר אם משתבע כדין שאר טורף או כדין הנפרע מיתומים וכבר כתב הרב דכיון דזכה בהם המוחזק לא מפקינן מיני' אלא בשבועה כו' עכ"ל. ובנוסחות הטורים בב"י כתב בזה"ל אם משתבע כדין שאר טורף כדין הנפרע מנכסי יתומים. אבל בבעה"ת עצמו שער מ"ט דין נון כתב כפי נוסחא שכתבתי כדין שאר טורף או כדין הנפרע מנכסי יתומים. וכן העיקר למי שרואה בפשטות לשונו. הרי דכתב העיטור דשבועת הבא לגבות מהזוכה בנכסי הגר דהוא כמו שבועת יתומים. ובלשון הבעה"ת משמע דמסתפק אם יש לשבועה זו דין טורף ממשעבדי או נפרע מיתומים. אבל העיטור כתב בפשיטות דדינו כמו שבועת יתומים. ומשמע דשוה בכל דיניו כמו שבועת יתומים:

ונפ"מ רבתא בין שבועת יתומים לשבועת הבא ליפרע מלקוחות להא דמבואר בשבועות (דף מ"ח) ובח"מ סי' ק"ח דבנתחייב המלוה שבועת יתומים אינו מוריש שבועה זו לבניו אבל בשבועת לקוחות וכה"ג אמרו דמוריש שבועה זו לבניו דהבו דלא לוסיף עלה דשבועת יורשים דבשבועת יורשים החמירו ביותר מכל השבועות. וטעמיה דהך מילתא דאף דשבועת יתומים דאמרו זהו בגדולים דאלו בקטנים הא אין נפרעין מהם עד שיגדילו ואפ"ה חילקו בזה בין יתומים ללקוחות דשאני יתומים די"ל אלו היה אבוהן קיים היה מברר הפרעון ולכן חיישינן יותר ביורש. דהא טירפא מלוקח משכחת אף דהלוה חי ואז לא הוי פרעון חשש אלימתא כ"כ די"ל אלו פרעיה היה הלוה מברר. ואף דיש חשש קנוניא וגם לסברת הש"ך בסי' ע"ח ס"ק י"ד ע"ש עכ"ז הא הוי זה חשש רחוק קצת. ואף

דבלקוחות היכא דמת הלוה עדיין יש חשש זה שמא היה הלוה מברר הפרעון אפ"ה לא חילקו בזה בשם לקוחות. משא"כ שבועת יתומים דלא משכחת אלא במת הלוה ושייך לעולם לדון להסברא דאלו היה הלוה קיים אפשר היה מברר הפרעון ע"כ חשו ביותר גבי יתמי בשבועתם ודנו בזה אין אדם מוריש שבועה כזה לבניו. ומה"ט גם גבי הזוכה בנכסי הגר לאח"מ דלא משכחת הפקר כזה אלא לאח"מ שייך ג"כ לומר הך סברא שמא היה הלוה מברר הפרעון. ע"כ נתנו לשבועה הבא לגבות. מנכסי הגר לאח"מ דין יורש וכמו שכתב העיטור דהמחזיק בנכסי הגר צריך שבועה כדין הבא ליפרע מיתומים. ומשמע דס"ל להעיטור דדינו לכל דבר כדין שבועת הבא ליפרע מיתומים וגם לשון הבעה"ת משמע דמסתפק בזה וכמש"כ לעיל לשון הבעה"ת. וכן לפי דברי הר"נ לשבועות פ"ז בסוגיא דא"א מוריש שבועה שכתב הטעם דבשבועת לקוחות שאני דליכא למימר בי' נתחייב שבועה שהרי אפשר לגבות מב"ח כו' א"כ לפ"ז הדין נותן בגובה מנכסי גר לאח"מ דלא שייך טעם זה ע"כ אינו גובה מהזוכה:

ואפשר דאינו שייך כן אלא בזוכה בנכסי הגר לאח"מ משא"כ הפקר בפי' ובא א' וזכה בו י"ל דשבועת טורף מלקוחות דייניו בי' ולא כדין בא ליפרע מיתומים משום דגם התם אפשר לומר אלו היה פרעי' היה הלוה מברר הפרעון דהא הלוה קיים. אך י"ל דכיון דלא מכרו ונתן לו במתנה לא חייש הלוה עבור מי שזכה מהפקר ודוקא בלוקח ומקבל מתנה חושש הלוה לברר כי היכי דליקי בהימנותי' ואמרינן שפיר אלו פרעי' היה הלוה מברר הפרעון. ובזוכה בנכסי הגר ודאי דדנין בי' כדין שבועת יתומים וכמש"כ העיטור ואמרינן בזה אין אדם מוריש שבועה כו'. ועיין בביאור הגר"א סוף סי' ער"ה. ואזלינן בתר טעמא דכמו דהחמירו בשבועת יתומים דה"ט שייך ג"כ בזוכה בנכסי הגר דעשאוהו בזה כדין יורש בשבועתו. וכן לפי דברי הר"נ בשבועות הנ"ל יש לחלק בין זוכה מנכסי גר לזוכה מהפקר בפי' כנ"ל:

וכיון דנתבאר דשבועת הבא לגבות מהזוכה בנכסי הגר דינו כשבועת יורשים ודייניו בי' אין מוריש שבועה לבניו היכא דנתחייב המלוה שבועה בגבייתו מהפקר ומת המלוה דאין בניו נוטלים בשבועה דלא פקדנו. א"כ שפיר משכחת דין יורשים לגרייעותא להבע"ח הבא לגבות מנכסי הגר דאלו היה דינו כמו בא לגבות מלקוחות לא היה דנין בי' אין מוריש שבועה לבניו דהא בלקוחות קיי"ל יורשים נשבעין שלא פקדנו ונוטלין משא"כ אם דנין בי' דין יורש לגבי זה. ולזה נתכוונו הטוש"ע במה דכתבו סוף סי' ער"ה דכל מלוה דנגבית מיורשים ולקוחות גובה מהזוכה בנכסי הגר כו'. דכוונתם דאף במלוה בשטר דגובה מלקוחות מ"מ היכא דנתחייב שבועה שלא נפרע ומת המלוה דאין יורשיו

נשבעין ונוטלין דנתנו להזוכה בזה כדין יתומים. וכללא הוא דדוקא חוב דנגבה מלקוחות ומיורשים ביחד גובה מהפקר אבל חוב דנגבה מיורשים ולא מלקוחות כמו מלוה בע"פ אינו גובה מהזוכה בהפקר דיש לו דין משעבדי בזה. וכן היכא דגובה מלקוחות ולא מיורשים כגון היכא דנתחייב המלוה שבועה שלא נפרע ומת דבזה גובה מלקוחות ולא מיורשים דנתנו דין זוכה מהפקר דיהיה דינו כיורש בזה למעליותא להזוכה. כללו ש"ד דנתבאר כמה גווני שיש ליורשים מעליותא מלקוחות כמו גבי גביות שבח וגבי אא"מ שבועה לבניו וגבי נאמנות לבאי ברשותי דמלקוחות גובה ואלו מיורשים אינו גובה ויש בזה מעליותא להזוכה מהפקר במה דדינו בכ"ז כיורשים וזהו לטיבותא להזוכה: ולפי מה דנתבאר כ"ז מיושב בפשיטות קושיות הקצה"ח על הסמ"ע. ואדרבה נראה מלשון הטושו"ע סייעתא לשיטת הסמ"ע דמלוה ע"פ אינו גובה מהפקר דאל"כ למה נקטו בלשונם מלקוחות ולא ה"ל למכתב רק כל מלוה שנגבית מיורשים כו' לבד וע"כ פשט דבריהם משמע כהסמ"ע. ומלשון העיטור שהובא בבית יוסף סי' ער"ה שכתב אם יש לו מלוה בשטר או בעדים ומת בתו"ז אם בא א' והחזיק בנכסיו אינו יכול להחזיק כשיעור החוב עכ"ל העיטור והובא במ"מ פ"ב הל' זכיי' הל' ט"ז. וכ"כ הבעה"ת והובא בבית יוסף שם וז"ל כל מלוה שנגבית מיורשים נגבית גם מהזוכה כו'. הרי דס"ל דאף מלוה בע"פ דנגבית מיורשים נגבית גם מהזוכה. ומ"מ מלשון הטוש"ע מוכח כשיטת הסמ"ע ואנן גררינן בתר לשון הטוש"ע ולכן כיון דנתבאר דלשון הטוש"ע משמע דדוקא חוב דנגבה מלקוחות כו' ע"כ שפיר כתב הסמ"ע ומיושב קושיות הקצה"ח מעל הסמ"ע:

ובעיקר הענין נלע"ד דזה תלוי בהפלוגתא אי ש"ד או לא דלמאן דס"ל שעבודא דאורייתא דמן התורה אף מלוה בע"פ גובה ממשעבדי אלא משום פסידא דלקוחות אין גובין כמבואר סוף ב"ב וה"ה ממקבלי מתנה משום דאי לאו דה"ל הנאה מיני כו' וכי פסידא דלקוחות דמי וכמבואר בגיטין (דף נ' ע"ב) וכמש"כ הסמ"ע כאן בס"ק א'. ועיין בתוס' כתובות (דף מ"ט ע"ב) ד"ה הוא כו'. אבל בזוכה מהפקר דלא ה"ל פסידא ולא שייך בי' טעמא דגיטין שם במקבלי מתנה ע"כ אף מלוה בע"פ גובה מהפקר. אכן למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא א"כ מן הדין אינו גובה אף מיורשים כיון דפריעת בע"ח מצוה לא שייך ביורשים רק משום שלא תנעול דלת תקנו לגבות מיורשים כמבואר סוף ב"ב. א"כ יש לחלק דשאני יורשים כמש"כ הריב"ש בסי' שצ"ב גבי מטלטלי דיתמי דתקנו לגבות אף מיתמי משום דמצוה עליהם לפרוע חוב אביהם משום מצות כיבוד. אך דאין כופין ע"ז דה"ל מ"ע דמתן שכרה בצידה לכן ראו לתקן דיזדקקו לכפות ע"ז ואף ביורשים שאינן בניו ג"כ לא פלוג בין יורשים וכמש"כ הריב"ש שם. ועיין באו"ת סי' קיז באורים

ס"ק ד'. וכן י"ל גבי מקרקעי במלוה בע"פ בגבייה מיתמי כיון דאף אי שעבודא לאו דאורייתא ג"כ מצוה על יורשים לפרוע חוב אביהם לכן ראו לתקן משום נעילת דלת דיגבה הבע"ח מיורשים וכופין ע"ז וזה אינו שייך רק ביורשים. וכש"כ לשיטת הרמב"ן המובא בריש סי' ק"ז דאם ירצו כופין במטלטלי דיתמי וע"כ משום נעילת דלת ראו לתקן לכפותם. משא"כ בזוכה מהפקר דלא שייך בהו הך מצוה כלל ע"כ יש לחלק בין יורשים לזוכה מהפקר וכיון דלא מצינו בפירוש דמי שזכה מהפקר חייב לשלם להבע"ח ע"כ מסברא לא מצינן מעצמינו לדון כן ותקנתא מן תקנתא לא ילפינן ובפרט דיש לחלק. ועיין בב"ק (דף י"ד ע"ב) ד"ה ש"מ לוה ומכר נכסיו כו'. והא דגובין למזונות הבת ממתנת שכ"מ כמבואר בב"ב (דף קל"ג) ובח"מ סי' רנ"ב ובאה"ע סי' צ"ג וסי' ק' וה"ה למלוה בע"פ. שא"ה דמתנת שכ"מ כירושה שוויי' רבנן ולא פלוג בין יורשים וכמש"כ הריב"ש גבי יורשים שאינן בניו:

ולפ"ז י"ל דהרב המגיד פ"ב ה' זכיי' והובא בב"י סוף סי' ער"ה דס"ל דמלוה בע"פ גבי מהפקר. י"ל דאזיל לטעמיה דפסק ש"ד כמבואר בפרק י"א ה' מלוה. וכן העיטור דפסק כן י"ל דס"ל ג"כ ש"ד ואף דהש"ך בסי' ל"ט ס"ק ב' כתב בשם העיטור דס"ל של"ד עכ"ז האו"ת שם כתב דאין מוכרע לדון כן בשיטת העיטור וכן בשיטת הבעה"ת אין הדבר ברור בשיטתו. וכיון דהש"ך העלה שם דהוי ספיקא דדינא אי ש"ד או לא ע"כ קשה להוציא מהמוחזק שזכה מהפקר ולהגבות לבע"ח במלוה ע"פ. והא דמבואר בתוספתא כתובות פ' יו"ד והובא בב"י שם בזה"ל גר שמת ובזבזו נכסיו ויצאו עליו כתובת אשה ובע"ח גובין מהאחרון אין בהם גובין מלפניי עכ"ל. י"ל דמיירי בבע"ח בשטר דומיא דכתובות אשה. ואף דתני סתמא בע"ח הא מצינו כה"ג בערכין (דף כ"ג) במשנה המקדיש נכסיו והיה עליו כתובה ובע"ח כו' פודה כו' ושיטת בעה"מ והרמב"ן והובא בח"מ סי' רנ"ה ש"ך ס"ק ז' דמלוה בע"פ אין גובה מהקדש וכ"כ הש"ך שם וכדפסקו הכא בשו"ע. וכעין זה בב"ק (דף ח') וכתובות (דף צ"ב) ראובן שמכר שדותיו כו' ובא בע"ח דראובן כו' וכן שם לקמי' ראובן שמכר שדה כו' ואתא בע"ח דראובן כו'. הרי דאמרו סתמא בע"ח ואינו רק במלוה בשטר דהא הלוה ע"פ אינו טורף ממשעבדי וכהנה רבות בש"ס. וה"ה במה דתני בתוספתא הנ"ל בע"ח דקאי רק על מלוה בשטר ואין ראיה מהתוספתא. ולכן לא הובא תוספתא זו גבי פלוגתא אי מלוה בע"פ גובה מיורשים וש"ד או לא ועיין בסוף ב"ב וקידושין (דף י"ג) וערכין (דף ו') ובשא"ד. ולקמן יתבאר דשיטת הרשב"א דהפקר קילא לי' להגבות לב"ח יותר מיורשים:

ד:

(שם סעיף ז'):
ולענ"ד נראה להוכיח כשיטת הסמ"ע דדוקא מלוה בשטר גובה מהפקר מהא דמנחות (דף נ"א ע"ב) דהובא שם משנה דשקלים גר שמת והניח זבחים יש לו נכסים קרב משלו ואם משל ציבור. [כבר כתבתי דכ"ז במדינות שהרשות להתגייר אבל במדינתינו שאין הרשות לגייר לא שייך כ"ז כלל ודינא דמלכותא דינא כמבואר בכ"ד ובל"ז הא זבחים לא שייכו בזה"ז]. ופי' רש"י להכי נקט גר שאין לו יורשים דאי ישראל הוו מקרבי יורשיו נכסיו. והתוס' שם ד"ה יש לו נסכים כו' כתבו שהפריש בחייו דלאחר מיתה הוי הכל הפקר עכ"ל. והתוס' יו"ט שקלים פ"ז משנה ו' כתב דיורשים לא מחייבי לקרבי כי אם בהניח אביהם נכסים ולהכי נקט להו שם גבי חביתי כה"ג שמת ר' יהודה א' משל יורשים היתה קריבה ונקט להו בלשון יורשים ולא בלשון בניו משום דלא מחייבי כי אם בירשו מאביהם. ועיין בגיטין (דף ל') דאמרו ומי איכא יורשין דלא ירתי כו'. וכיון דחזינן דמחוייבים יורשים להביא הנסכים משום דהוי מלוה הכתובה בתורה כמבואר בתמורה (דף י"ד) דחייב בנסכים אע"פ שקרב הזבח ויליף לי' מקראי וכן אי' במנחות (דף פ"א) ובשא"ד. וגובין מן היורשים כמבואר בקידושין (דף י"ג) למאן דס"ל ש"ד. ולכאורה תקשה למאן דס"ל מלוה בע"פ אינו גובה מהיורשים כמבואר בקידושין שם וסוף ב"ב. ושם בב"ב מקשה הש"ס על מאן דס"ל מלוה בע"פ אינו גובה מיורשים מהברייתא דחופר בור ברה"ר ונפל עליו שור והרגו כו' ואם מת השור יורשי בעל הבור חייבין לשלם דמי שור ומתרצי הב"ע בעמד בדין. וקשה דה"ל להקשות כן על הך מ"ד ממשנה דשקלים הנ"ל דתיקן ר"ש בגר שמת והניח זבחים כו' דמשמע דבישראל דיש לו יורשים דחייבים היורשים ולא צריכי לתקוני כמו בגר. דמוכח מזה דבמלוה הכתובה בתורה כמו הך דהתם בחופר בור דאמרינן בזה דש"ד ועיין בתוס' ובש"ך סי' ם ל"ט ס"ק ב':
ויש לתרץ לפי המבואר בערכין (דף ז') דמוקי הש"ס התם לפלוגתת ר' יוסי ות"ק במשנה שם דפליגי במלוה בע"פ אם גובה מיורשים דת"ק ס"ל אינו גובה ור' יוסי ס"ל גובה ורבא מפרש דבמלוה הכתובה בתורה פליגי כו' מיתיבי החופר בור ברה"ר כו' ופי' רש"י דקשיא סתמא אסתמא דבמשנה ס"ל לת"ק אם הזיק אינו חייב והכא בברייתא תני דחייבים יורשים ע"ש. אבל בהך משנה שקלים דר"ש אמר זה י"ל דר"ש כר' יוסי דס"ל במשנה להדיא דמלוה הכתובה בתורה גובה מיורשים. ולדינא א"ש שיטת המ"ד דשעבודא לאו דאורייתא אף במלוה הכתובה בתורה דס"ל כת"ק דר' יוסי דאמר במשנה דערכין שם דאם הזיק אינו גובה מיורשים ע"כ אינו קשה מהך דשקלים על מאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא:

נחזור לענינינו דחזינן דר"ש ס"ל ש"ד ויורשים חייבים להביא נסכים ע"כ לא הוצרכו בישראל שמת דיביאו משל ציבור. ועיין בקידושין (דף י"ג ע"ב) תוס' ד"ה ר"פ כו' ובסוף ב"ב ובש"ך סי' ל"ט ס"ק ב'. ובלא הניח נכסים אף דבזה לא הוי חיוב על היורשים מ"מ כיון דזה לא שכיח ע"כ לא תקנו בזה כלל כי אם בגר שמת. כן מוכרח לומר לפי מש"כ התוס' יו"ט דדוקא בירשו מאביהם יביאו יורשים כנ"ל. א"כ משמע דבגר שמת אף דהניח נכסים דומיא דישראל מ"מ הוי הנכסים הפקר ואינו גובה מהם וכמש"כ התוס' במנחות שם. א"כ מוכח מזה כשיטת הסמ"ע דמלוה בע"פ אינו גובה מהפקר דאל"כ תקשה דגם בגר שמת יחול חוב נסכים על הזוכה כמו דגובין חוב זה מיורשים. וקשה מזה על שיטת הט"ז דס"ל דאף מלוה בע"פ גובה מהפקר דלדבריו הכא במלוה הכתובה בתורה כש"כ דיגבה מהזוכה בהפקר:

ולכאורה י"ל דשאני יורשים דמכפר על עשה גבייהו כמבואר בזבחים (דף ה' ע"ב) דמסיק הש"ס דגם על יורשים מכפר עולת יולדת על עשה גבייהו ע"כ חייבים יורשים להביא הנסכים דזה הוי ג"כ רצוי וכפרה ולא גרע מן עולת יולדת. משא"כ בגר שמת דלא שייך לומר דיהיה כפרה על הזוכה מהפקר ע"כ אינו חייב להביא. אבל זה אינו דא"כ איך קרבים קרבנות שהניח הגר לאח"מ דהא אין בו שום כפרה כלל על שום איש. ומוכח מזה כדאמר ר' אליעזר בזבחים (דף ה') דמצינו בבאין לאח"מ שהם כשרין ואין מרצין ובכולי סוגיא שם. ובאמת יש להעיר לכאורה על מה דהקשה הש"ס שם לימא לי' ר"ל הני נמי ליתו ולירצו מתקיף לה רב אסי ומאן לימא לן דאי איכא כמה עשה גבה לא מכפרא כו' יורשיו נמי מכפר כו'. ויש להעיר דהא מוכח מהך דגר שמת והניח זבחים דקרבים והא התם אינם מרצין כלל על שום ב"א כיון דאין לו יורשים א"כ מצינו בבאים לאח"מ דכשרים ואינם מרצין. ועיין בפני יהושע לקידושין (דף י"ג ע"ב) בד"ה א' ר' יהודה א' שמואל והוא שהפרישתה כו'. ועיין נדרים (דף ל"ו) ואכמ"ל. נחזור לענינינו דתקשה מזה על שיטת הט"ז דכמו דקרבים הקרבנות לאח"מ כן יקרבו הנסכים ויגבו מן הזוכה מהפקר:

ויש לתרץ דברי הט"ז דאף לשיטתו דמלוה ע"פ גובה מהפקר מ"מ אין זה רק בקרקע דהא אף מלוה דגובה מיורשים אין זה רק בהניח אחריות נכסים דמטלטלי לא משתעבדי א"כ ה"ה במטלטלי דהפקר אינו גובה מהזוכה. וידוע דאף דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי מ"מ מצוה איכא אך אין כופין דהוי מ"ע שמתן שכרה בצידה כמבואר בכתובות (דף פ"ו) ובתוס' וח"מ סי' ק"ז. ולכאורה יש לדון דדוקא בחוב הלואה וכתובה שייך מצות כיבוד על היורשים לפרוע חוב אביהם כי היכי דלא יהיה אביהם לווה רשע כו' ושייך בזה

מצות כיבוד. אבל בחוב קרבנות וכה"ג י"ל דלא שייך בזה מצוה על היורשים וכדמצינו כה"ג במוכר שדה באחריות דאם טרפו מהלוקח והניח המוכר מטלטלי ליורשיו דאין על היורשין בזה מצוה לפרוע חוב אביהם דהתחייב באחריות כמבואר בטור ח"מ סי' ק"ח ובר"נ פ' כל הנשבעין בסוגיא דאין מוריש שבועה לבניו. הרי דלאו בכל מילי אמרו להך מצוה על היורשים וכמש"כ מזה בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' ב' א"כ ה"ה אפשר דגם בחוב קרבנות לא אמרו להך מצוה על היורשים:

אבל באמת ז"א דהא מצינו בירושלמי חגיגה פ"א סוף ה"א א"ר בא בר ממל מחלוקת שמואל ור' יוחנן דתנינן תמן האשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו יורשין עולתה כו' שמואל א' במפורשת וריו"ח א' אף באינה מפורשת מה אינן קיימין אם בירשו קרקע בהדא א' שמואל במופרשת. [בתמי' דודאי חייבין יורשין להביא אף בלא הפרישו]. אם בירשו מטלטלי בהדא אריו"ח אף באינה מופרשת בתמי'. מה נפק מן ביניהון ירשו קרקע ע"ד דשמואל לתבוע תובעין למשכן אין ממשכנין ע"ד דריו"ח אף למשכן ממשכנין ירשו מטלטלי ע"ד דריו"ח לתבוע תובעין למשכן אין ממשכנין ע"ד דשמואל אף לתבוע אין תובעין עכ"ל הירושלמי. כן הוא גירסת קרבן העדה שם ומיירי שם בלא הפריש עולת ראיה וחגיגה וע"ז מסיק דזהו פלוגתת שמואל וריו"ח אי ש"ד אי לא כמבואר פלוגתתם בב"ב בסוף ובקדושין (דף י"ג). ואמרו שם דלכ"ע בירשו קרקע אף למאן דס"ל של"ד מ"מ תובעין. והכוונה משום מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהם אף במה דלא הוי שעבוד על נכסיו. [וכעין זה אי' בירושלמי שקלים פ"א ה"ג גבי אין ממשכנין על השקלים עבדים ונשים וקטנים ואמרו הא לתבוע תובעין משום מצוה אבל אין כופין ע"ש]. ולמ"ד דס"ל ש"ד וממשכנין בירשו קרקע אבל במטלטלי אף דאין כופין מ"מ תובעין משום מצוה. אכן למ"ד דשל"ד ואף בקרקע אין כופין ע"כ נחתינן חד דרגא דבקרקע תובעין ובמטלטלי אין תובעין כלל. ולמ"ד ש"ד בקרקע ע"כ במטלטלי נחתי חד דרגא דאין כופין אבל תובעין משום מצוה: (הגה"ה:

ומירושלמי הזה מוכח כשיטת רש"י כתובות (דף צ"א) והובא בתוס' כתובות (דף פ"ו) ד"ה פריעת בע"ח מצוה כו' דבירשו מטלטלי אינו רק מצוה דרבנן ולכן לא כייפינן והתוס' וסייעתם ס"ל דמשום דהוי מ"ע שמתן שכרה בצידה כו'. וסברת רש"י נראה דכיון דקיי"ל בקידושין (דף ל"ב) דמצות כיבוד הוא משל אב וכמש"כ התוס' שם וביו"ד סי' ר"מ. וכיון דזכו בירושתם הוי הנכסים שלהם ע"כ אין בזה מצות כיבוד אב מה"ת דהא אינו מחויב משל בן ע"כ ס"ל לרש"י דאין זה רק תק"ח ועיין בהגהות אשרי כתובות פ"ט סי' י"ד. וכיון דעיקר מילתא הוי רק מדרבנן ע"כ א"ש מה דראו חז"ל בזה לחלק בין

ירשו קרקע לירשו מטלטלי גבי הך מצוה דרבנן. דאי נימא דזהו מה"ת א"כ אמאי אמרו דלמ"ד של"ד דבמטלטלי אין תובעין הא עכ"פ מצות כיבוד אב איכא דמ"ש להך מ"ד מן ירשו קרקע דתובעין אף למ"ד של"ד. אכן לשי' רש"י דזהו רק מדרבנן אתי שפיר דעל תקחז"ל י"ל דכן ראו לתקן כפי ראות עיניהם. ועיין בפני יהושע כתובות (דף פ"ו) בתוס' ד"ה פריעת בע"ח דמוכיח מירושלמי במק"א כשיטת רש"י הנ"ל: וצ"ע לכאורה לפי מאי דאי' בירושלמי ב"ק פ' הגוזל בתרא ה"א וב"מ פ"א ה' ו' דרב ס"ל יורש כמשועבד וכשם שמלוה בעדים אינה נגבית מן משעבדי כמו כן אינה נגבית מיורשים ושמואל א' דייקינא דמלוה בעדים ממשעבדי אינה גובה אבל מיורשים גובה כו'. והמראה פנים שם הקשה דהא מבואר בש"ס דילן דס"ל לשמואל של"ד ואינו גובה מיורשים ותי' דכן דרך ש"ס ירושלמי להחליף בכ"ד מהמבואר בש"ס דילן ע"ש. [ועיין בעירובין (דף ס"ו ע"א) בתוס' ד"ה מערב אפי' כו' וקצרתי]. ואכתי תקשה דברי ירושלמי אהדדי דהא בירושלמי ב"ק וב"מ הנ"ל מבואר דס"ל לשמואל דמלוה בעדים גובה מיורשים ואלו בירושלמי חגיגה הנ"ל מבואר דשמואל ס"ל דבלא הפריש מחיים אינו גובה מיורשים. ויש ליישב לפי המבואר בתוס' קידושין (דף י"ג) ד"ה ר"פ א' דבמלוה הכתובה בתורה כמו ערכין וקרבן אם של"ד אינו גובה מיורשים משום דלא שייך בי' נעילת דלת משא"כ חוב הלואה דשייך בו נעילת דלת ע"ש. ע"כ י"ל דשיטת שמואל לפי המבואר בירושלמי בב"ק וב"מ דשל"ד ומ"מ חוב הלואה גבי מיורשים דשייך בי' נעילת דלת וכמימרא דר"פ הנ"ל. אבל בחוב קרבנות דלא שייך בו נעילת דלת ס"ל דאינו גובה מיורשים. כן י"ל כסברת שמואל לפי המבואר בירושלמי. ועיין בסנהדרין (דף ג') תוס' ד"ה שלא תנעול דלת כו'. (ע"כ הג"ה): נחזור לענינינו דחזינן בירושלמי חגיגה דאף בחוב דאינו חוב הלוואה וכתובה ג"כ מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם ממטלטלי אף בחוב קרבנות. א"כ לפ"ז אינו קשה מהך דשקלים דרק בגר שמת הוצרכו לתקוני ולא ביורשים די"ל דמיירי בלא הניח אחריות נכסים רק מטלטלי. וכעין הא דב"ק (דף קי"א ע"ב) דהגוזל ומאכיל פטורים לשלם דקאי בלא הניח אחריות נכסים וכעין זה בב"ק (דף קי"ב) וכתובות (דף ל"ד) ובשא"ד].

דביורשים לא הוצרכו לתקוני דכיון דמצוה על היורשים להביא הנסכים מסתמא יביאו ויקיימו המצוה רק בגר שמת דעל הזוכה למטלטלי של הפקר ליכא מצוה עליו ע"כ הוצרכו לתקן בגר דיביאו הנסכים מציבור. אבל בקרקע עדיין י"ל כשיטת הט"ז דאף מלוה בע"פ גובה מהפקר כיון דאיכא שעבוד נכסי ולכן אין לסתור מזה לשיטת הט"ז: ענף א:

וכל מה שכתבתי לתרץ שיטת הט"ז הוא לפי גירסת קרבן העדה בירושלמי חגיגה שם אכן גירסת הפני משה שם כפי שנכתב בירושלמי שלפנינו והוא דזה לשון הירושלמי ירשו קרקע ע"ד דשמואל לתבוע אין תובעין למשכן אין ממשכנין ע"ד דריו"ח לתבוע תובעין ולמשכן אין ממשכנין ע"ד דשמואל אף לתבוע אין תובעין עכ"ל. וחזינן לפי גירסא זו דלשמואל דס"ל של"ד אז אף בקרקע אין תובעין מיורשין דגם מצוה ליכא עלייהו. רק למ"ד דש"ד בזה אמרו דבמטלטלי מצוה על היורשין לפרוע ויש להוכיח כגירסת הפ"מ משום דלגירסת קרבן העדה דמצוה יש אף למ"ד של"ד א"כ למה לי' לשמואל לאוקמי להך דיביאו יורשין עולתה דמיירי במופרשת הא י"ל אף באינה מופרשת דכוונתם במה דתני יביאו יורשין עולתה דזהו משום מצוה על היורשין ואף במה דאין כופין ג"כ מצינו כעין זה כמו דאמרו בב"מ (דף צ"א) בחוסם פי פרה לוקה ומשלם דמפרש רבא בבא לצי"ש וע"ש בפי' רש"י ותוס' וכש"כ בלשון דיביאו יורשין עולתה די"ל דזהו למצוה בעלמא. וכדאמרו בב"ק (דף צ"ד ע"ב) מחזירין לצאת ידי שמים ע"ש וקצרתי. אך מזה אין הכרח כ"כ ואכמ"ל. ובאמת פשט לשון הירושלמי נראה כמו גירסת הקרבן עדה לכל הרואה שם. ובב"ב (דף קנ"ז ע"א) אמרו זעירא חברין תרגמא מצוה על היתומין לפרוע חובת אביהם מתקיף רב אשי מלוה ע"פ הוא ורב ושמואל דאמרי תרווייהו מלוה ע"פ אינו גובה כו' ועיין שם בפי' הרשב"ם דמשמע לכאורה דלרב ושמואל דשל"ד אינו מצוה על היורשין לפרוע וזה נוטה כגירסת הפ"מ הנ"ל. אבל באמת זה אינו דכוונת הש"ס שם מצוה על היורשים כו' וכופין כמש"כ התוס' שם ד"ה מצוה כו' וכופין כדמוכח כאן כו' ועיין בגי' הב"ח שם. משום דפשט המשנה שם דיורשי האב אומרים כו' ובע"ח אומרים כו' ב"ש אומרים יחלוקו משום דכגבוי דמי זה אין לפרש רק אם האמת כהבע"ח דכופין בדין וע"כ אין סתירה כלל מדהתם לנ"ד וכן הוא בהר"נ כתובות ר"פ מי שהי' נשוי ע"ש:

ובפסחים (דף ס"א) אמרו לא אם אמרת בשנוי קודש דישנו לאח"מ תאמר בשינוי בעלים דאינו לאח"מ. והתוס' ד"ה וישנו לאח"מ כו' כתבו דהך שמעתין אתי כמ"ד ש"ד דאי של"ד אינו נפקותא בין שינוי קודש לשינוי בעלים כו' וכ"כ התוס' בזבחים (דף ד') ד"ה וישנן לאח"מ כו'. אכן לפי גירסת קרבן העדה דאף למ"ד של"ד מ"מ תובעין בירשו קרקע משום דמצוה על היורשין משום כיבוד אב ואין כופין דה"ל מ"ע שמתן שכרה כו'. א"כ לפ"ז י"ל דאף למ"ד דשל"ד ג"כ אתי שפיר נפקותא דבשינוי קודש לאח"מ מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם שהי' חייב להקריב הקרבן משא"כ בשינוי בעלים דאין שום מצוה עליהם כלל ומתורץ קושיות התוס'. אך לפי שיטת רש"י בכתובות (דף צ"א)

והובא בתוס' כתובות (דף פ"ו) דזהו רק מצוה דרבנן ולכן אין כופין בזה. אין לומר כוונת הש"ס בנפקותא דשינוי קודש לאח"מ לענין מצוה על היורשין דהא שם מיירי בענין פירכא על מה דאמרו שם למילף שינוי בעלים מן שינוי קודש מדאורייתא ע"ש. ועיין בחולין (דף קל"ו ע"ב) תוס' ד"ה בפני כו' שכתבו וכי מפני שבטל מדרבנן יש לבטל גז"ש. אלא לשי' התוס' כתובות (דף פ"ו) דכתבו שם דלכן אין כופין במלוה על היורשין משום דה"ל מ"ע שמתן שכרה כו'. לפ"ז שפיר כתבתי לתרץ קושיות התוס' הנ"ל. ועיין לעיל בהג"ה שכתבתי להוכיח מירושלמי חגיגה הזה כשיטת רש"י כתובות הנ"ל: ולכאורה יש להעיר במה דפריך הש"ס בב"ב (דף קע"ה) על מאן דס"ל של"ד מהך דחופר בור ברה"ר כו' יורשי בעל הבור חייבים לשלם דמי שור והוצרך לתרוצי בעמד בדין ויתבי דייני אפומא דבירא. הא לפי מה דנתבאר לפי גירסת קרבן העדה דאף למאן דס"ל של"ד מ"מ מצוה על היורשין לפרוע חוב אביהם אף בחוב קרבנות וכש"כ בחוב נזקין וכמו שכתב התומים בסי' ל"ז ס"ק ה' דאף בנזקין ה"ל לוה רשע כו' והשיג על הש"ך שם ס"ק י"א ומצינו בב"מ (דף צ"א) בחוסם פי פרה לוקה ומשלם ומפרש רבא בבא לצי"ש. ועיין בתוס' שם ד"ה בבא לצי"ש כו' וב"ק (דף ז') תוס' ד"ה ישלם כו' ובחולין (דף ק"ל) תוס' ד"ה תנא תני ישלם כו'. ועיין ב"מ (דף ל"ז ע"א) ואף דבכ"מ לשון משלם הוא חיוב גמור ע"פ דין וכופין אפ"ה מפרש שם דמשלם הוא לענין חיוב שלא בכפיי'. א"כ ה"ה דיש לפרש להא דתני יורשי בעל הבור חייבין לשלם דזהו רק למצוה משום כיבוד אב ואין כופין ע"ז. וגם בלשון חייבים מצינו דאמרו כן אף במה דאין כופין כדאמרו בקידושין (דף למ"ד) דמצוה המוטלת על הבן לעשות לאביו אנשים ונשים חייבין וכן שם בשארי מילי בגמ' ופוסקים גבי מצות כיבוד אמרו לשון חייב אף דאין כופין על מצות כיבוד או"א א"כ ה"ה י"ל כן בהך דהחופר בור דיורשים חייבין משום מצות כיבוד אב. וכעין זה מצינו בב"מ (דף קי"ד ע"ב) ת"ר המלוה אינו רשאי למשכנו ואם משכנו חייב להחזיר לו. והא מצות השבת העבוט אין כופין ע"ז דהוי מצוה דמתן שכרה בצידה כמבואר בח"מ סי' צ"ו ואף במשכון שלא ברשות כתב הסמ"ע שם ס"ק ט"ו דאין כופין ואפ"ה אמרו שם לשון חייב להחזיר. וידעתי למש"כ האו"ת בסי' צ"ז ס"ק ט"ז והקצה"ח שם ס"ק ט' אבל הסמ"ע לא ס"ל כן. וגם עיקר דברי הרמב"ם דלוקה במשכנו שלא ברשות יש חולקים ע"ז וזה תלוי בגרסאות דמכות (דף ט"ז) וכמש"כ המ"מ פ"ג ה' מלוה ה"ד ע"ש. ותקשה דהא ה"מ לפרש דהך יורשי בעל הבור חייבין לשלם דזהו משום מצות כיבוד אב ואין כופין ע"ז. אכן התוס' בב"ק (דף צ"ד ע"ב) ד"ה הא אביהם חייב להחזיר כו' כתבו דלשון חייבים דנקט דה"ל למימר אין מחזירין דמשמע דזהו מן הדין ע"ש. ועיין בב"מ

(דף ס"ב) ובתוס' ד"ה תנאי היא כו' ובשמ"ק לב"מ שם וב"ק (דף צ"ד) ובאמת יש לחלק בכל הנאמר ועת לקצר. וגם י"ל דהתם בחופר בור ברה"ר ונפל עליו שור והרגו כו' לא שייך כ"כ שם מצות כיבוד אב לשלם חובו וקצרתי ועיין בב"ק (דף ק"ד ע"ב) ויש לדון שם ע"פ הנ"ל ובאמת אין זה שייכות לדברינו וקצרתי:

והקצה"ח בסי' ל"ק ס"ק א' הקשה מהא דקידושין (דף ט"ז) ואלו מעניקין היוצא בשנים ובמיתת האדון דלמ"ד של"ד איך משכחת חיובא דהענקה על היורשים והש"ס מקשה על הך מ"ד מחופר בור ובזה ל"ש הך שינויא דהתם עכ"ל. ולפי מש"כ אפשר לומר דהך מעניקין במיתת האדון הוא משום מצוה על היורשים משום כיבוד אב וכמו דאמרו בב"ק (דף צ"ד) מאי מחזירין לצי"ש וכמו הך דב"מ בחוסם פי פרה דלוקה ומשלם ומוקי רבא לצי"ש כנ"ל. וכש"כ לפי מש"כ המל"מ פ"ג ה' עבדים ה' י"ד די"ל דאין כופין על הענקה. אך אפשר דמטעם זה אין מצוה על היורשין כלל וגם אפשר כיון דעיקר חוב הענקה ביוצא במיתת האדון אינו חל רק לאח"מ ע"כ לא שייך בכה"ג כלל מצוה על היורשים ושפיר הקשה הקצה"ח:

והנה הבית יוסף סוף סי' ער"ה הביא תשובת הרשב"א דכתב גר שמת והניח מטלטלי גבי בע"ח מנייהו והא דקאמר משכונו של גר ביד ישראל כו' משום דבעי למימר ובא ישראל והחזיק בו קנה השאר כו' עכ"ל והובא בקצה"ח סי' רמ"ה. ולדברי הרשב"א דס"ל דאף ממטלטלי דהפקר גבינן לבע"ח א"כ עדיין תקשה מהך דמנחות ושקלים דתקנו בגר שמת והניח זבחים דיקרבו הנסכים מציבור ואלו ביורשים לא תקנו משום דיביאו היורשים. והא הך דיורשים יביאו בע"כ מיירי בהניח מטלטלי דאלו בלא הניח מטלטלי אף מצוה ליכא כמבואר בסי' ק"ז. א"כ תקשה דאף בגר שמת יש לגבות הנסכים אף ממטלטלי של הזוכה לשיטת הרשב"א. והנלע"ד לומר כיון דזה נובע מתשובות הרשב"א דס"ל כן. ולשיטת הרשב"א י"ל דאינו קשה מהך דמנחות. דשיטת הרשב"א והובא בר"נ פ' מי שהי' נשוי גבי קטינא דארעא והובא בבית יוסף בח"מ סי' ק"ז דס"ל בהניח מטלטלי ליורשים כופין רק בלא הניח כלל אז אין כופין אבל מצוה איכא וכ"כ הגהות אשרי כתובות פ"ט סי' י"ד ע"ש. ולשיטתו א"ש די"ל דהך דמנחות דהוצרכו לתקן בגר שמת ולא בישראל דיש לו יורשים משום דמיירי במת ולא הניח מטלטלי והא דאמרו יש לו נסכים כו' י"ל דאף בלא הפריש מחייו רק דיש לו מטלטלי גם זה מקרי יש לו נסכים וגבינן מנייהו ויפרש הרשב"א דלא כהתוס' שם. אכן בישראל כיון דאף דלא הניח מטלטלי מ"מ מצוה על היורשים ע"כ מסתמא יקיימו היורשים המצוה הזאת ע"כ לא הוצרכו לתקן בזה. והיכא דאין נכסים להיורשים זהו מילתא דלא שכיח דימות גברא ערטילאי

וגם לא יהי' נכסים ליורשיו כלל. אבל בגר שמת דאין לו יורשים וליכא שום מצוה על שום איש להביא הנסכים ע"כ הוצרכו לתקן כן:

אבל ז"א שייך רק לשיטת הרשב"א עצמו אכן לפי מה דהשיגו רוב פוסקים על שיטת הרשב"א וס"ל דבלא הניח כלל ליכא מצוה כלל וכמבואר בח"מ סי' ק"ז א"כ ליכא לתרוצי להך דמנחות כן ע"כ עדיין הוכחתי ממנחות במקומה עומדת להיכא דלא הניח רק ממטלטלי דבזה אין גובין לבע"ח מהפקר. וגם לפי מש"כ בישוב שיטת הרשב"א עדיין יש לדון בזה לפי מש"כ הגהות אשרי כתובות פ"ט סי' י"ד דהא דאמרו מצוה על יורשין לפרוע חוב אביהם אף בלא הניח כלל דזהו למאן דס"ל בקידושין (דף ל"ב) כבד משל בן אבל למ"ד משל אב ליכא מצוה על היורשים בלא הניח כלום ע"ש והובא בבית יוסף סי' ק"ז. א"כ עדיין תקשה לשיטת מ"ד משל אב מהך דתקנו בגר שיביאו נסכים ולא גבי מהפקר ובמי שיש לו יורשים לא תקנו ובע"כ מיירי דהניח מטלטלי דאל"כ הא ליכא מצוה אף ביורשים ע"כ תקשה עדיין על שיטת הרשב"א. ומוכח כמש"כ התוס' במנחות שם דדוקא בהפריש הנסכים בחייו כו'. ואפשר דהרשב"א דס"ל דאף בלא הניח כלל הוי מצוה על היורשים דזהו אף למ"ד משל אב וכדקיי"ל כן לדינא וכמבואר ביו"ד סי' ר"מ סעיף ה' בלא חולק. משום דהא מבואר שם דאם אין לאב ויש לו לבן לד"ה מחוייב הבן לזונן בתורת כיבוד אב וכמש"כ הנקה"כ שם ודלא כהט"ז והובא בבה"ט שם ס"ק ז' ע"כ במת אביהם דהוי כמו דהוא בחייו דאין לו כלל דמחוייב הבן לכבדו כדי דלא יהי' לוה רשע כו' ויש להאריך בזה: עכ"פ נתבאר דממנחות מוכח דבמטלטלי לא גבינן מן הפקר לפי מה דקיי"ל לדינא דבלא הניח מטלטלי ליכא מצוה על היורשים א"כ ליכא לתרוצי כמו שכתבתי לשיטת הרשב"א. והקצה"ח בסי' קי"ז ובסי' רמ"ה הביא דברי הרשב"א לדינא דגם ממטלטלי דהפקר גובה הבע"ח. אכן לפי הך דמנחות מוכח לדינא דאינו גובה ממטלטלי דהפקר לפי מה דקיי"ל דבלא הניח מטלטלי ליכא מצוה על היורשים ורק הרשב"א לשיטתו יש לדון כן ולא לדידן:

ענף ב:

ונבאר מה שיש לדון בעיקר סברת הרשב"א דאף ממטלטלי דהפקר גבינן לבע"ח והוא דזה צריך ביאור דהא כיון דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי וליכא שעבוד במטלטלי. ואף לפי מש"כ הרשב"א בסוף קידושין וב"ק (דף י"ב) דמה"ת גם מטלטלי משועבד רק חז"ל דראו דלא סמכה דעתו במטלטלי אמרו דלא משתעבדי א"כ ממילא אף מה"ת לא משתעבדי דהוי כאלו מחל השעבוד וכמש"כ התומים בסי' ל"ט סוף ס"ק ב' ועיין בקצה"ח סי' ל"ט. ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ט. ובתוס' בכורות (דף נ"ב) בסוף ד"ה

ולא בראוי כו'. ע"כ כיון דליכא שום שעבוד כלל על מטלטלי ע"כ לא גבינן מיורשים אף דלא שייך פסידא א"כ אמאי יגבה מהזוכה בהפקר דהא לא חל שעבוד ע"ז כלל ולמה יגרע זכותו מיורשים. ובאמת כעין זה כתבו התוס' בערכין (דף כ"ג ע"ב) ד"ה משום דר' אבהו כו' דאף ממטלטלי דהקדש גבי בע"ח. ואף דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי עכ"ז בהקדש דמים גבי בע"ח וגם זה צריך ביאור. ואפשר לומר דשאני הקדש דמים כיון דקיי"ל כשמואל דהקדש שוה מנה שחללו על ש"פ מחולל ואף דלכתחלה אינו כן כמבואר בערכין (דף כ"ט) ותמורה (דף כ"ז) ובשא"ד ועיין בתוס' שם ד"ה בין למר כו' וב"מ (דף נ"ז) ד"ה ומר סבר כו'. עכ"ז י"ל דבמקום מצוה כדי דיקיים הלוה למצוה דפריעת בע"ח עשו זה כמו דיעבד דסגי בפודהו בדינר אבל אין לשון התוס' בערכין שם משמע כן. ועיין במנחות (דף ע"א ע"ב) תוס' ד"ה ומתירין גמזיות של הקדש כו' בשני תירוצי שם. ובתוס' תמורה (דף כ"ז ע"ב) ד"ה לא אמרו אלא דשמוה כו' וקצרתי:

ויש להסביר באופן אחר דלכן בע"ח גובה מטלטלי דהקדש דמים דכיון דיכולים הבעלים למיתשל על ההקדש דנשאלים על ההקדשות ע"כ דינו כמו לא יצא מרשות הבעלים מעולם. כעין הא דפסחים (דף מ"ו) דהואיל אי בעי מיתשל ממונו הוא וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' דלאו דוקא בחמץ אמרו להך הואיל אי בעי מיתשל ודלא כהש"א והפני יהושע. וגם מצינו במנחות (דף ד' ע"א) בתוס' ד"ה מתירין גמזיות כו' שכתבו דדוקא בעלים יכולים לפדות בש"פ ולא אחר ועיין בתמורה (דף כ"ז ע"ב) תוס' ד"ה לא אמרו כו'. הרי דאף דהקדישו כבר מ"מ לא פקע שם בעלים ממנו ולא אמרינן דכיון דאקדשי' כבר א"כ פקע זכות בעליו ממנו וי"ל דזהו ג"כ משום ה"ט דהואיל אי בעי מיתשל ממונו הוא להך מילתא. אך מזה אין הכרח וכדאמרו בב"ק (דף ס"ט ע"ב) גבי מעשר דלענין פדיי' אוקמי' רחמנא ברשותי' וכפי' רש"י שם וקצרתי]. ועיין ב"ק (דף ס"ז) תוס' ד"ה מעיקרא טיבלא כו' וב"ק (דף ע"ו) ותוס' ד"ה והשתא תורא דשמעון כו'. וגם בהקדש ע"ד רבים יכולים הבעלים לשאול עליו כמש"כ הש"ך בח"מ סי' רנ"ה ס"ק ו' דזה הוי דבר לקיים מצות פריעת בע"ח. וכ"כ הבאר הגולה בח"מ סי' קי"ז ס"ק ת' בשם הריטב"א והמרדכי:

וכיון דלשון הש"ס הוא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי ומשמע דמיני' משתעבדי. [וכדאמרו בפסחים (דף ל"א) וכתובות (דף צ"ב) ועיין ב"ב (דף מ"ד). וב"ק (דף י"א) וב"ב (דף קנ"ז)] ושייך קצת שעבוד גם על מטלטלי ומה"ט פסק המחבר בח"מ סי' ק"ד סעי' א' דלכתחילה יש דין קדימה אף במטלטלי ועיין שם בסמ"ע ואו"ת וביאור הגר"א וצ"ל. וכיון דגבי הלוה עצמו מצינו דיש שם שעבוד גם במטלטלי לכן גם בהקדיש קדושת

דמים דלא מפקיע משעבוד ע"כ כיון דיכול לשאול על הקדישו והואיל אי בעי מיתשל דיינינן דלא פקע זכות הלוה מהם ומקרי זה כמו מיני' ומשתעבדי שפיר משא' גבי טירפא מיתומים ולקוחות כיון דאין שעבוד גמור במטלטלי ע"כ אינו טורף מהם. והא דקידושין (דף כ"ט) דלא יהיה כח הדיוט חמור מהקדש שאני. וכ"ז אינו אלא בלא נמסרו להגיזבר דאלו במסרן לגזבר הא אינו בשאלה וכמש"כ בסי' רנ"ה בש"ך ס"ק ו' וכמבואר ביו"ד סי' רנ"ח סעיף ו' וקצרתי:

נחזור לענינינו דבהפקר דכתב הרשב"א דבע"ח גובה ע"פ ממטלטלי זה קשה בסברא. והנלע"ד להסביר זה המבואר בכתובות (דף פ"ד) במשנה מי שמת והניח אשה ובע"ח ויורשין והיה לו פקדון ומלוה כו' הניח פירות תלושין כו' זכתה יותר כו' ר"ט א' ינתנו לכושל ר"ע א' ינתנו ליורשין שכולן צריכים שבועה ואין היורשים צ"ש ועיין בתוס' כתובות (דף צ"ב) ד"ה ראובן שמכר שדה כו' באה"ד שכתבו דהיכא דאחרים א"צ שבועה מודה ר"ע דינתן לכושל כו' והרא"ש כתובות פ"ט סי' ב' כתב בשם הירושלמי דאף בפטרום משבועה ג"כ ינתן ליורשים דבע"ח מחוסר גובייגא וכל היכא דאי' ברשות דיתמי איתנהו וכן נקטו כל הפוסקים. וחזינן דר"ט ס"ל דאף במטלטלי דיתמי מצינו דמשתעבדי כ"ז דלא הגיעו לרשות היורשים. [והר"נ כתובות שם כתב דר"ט ס"ל כר"מ דמטלטלי משתעבדי לכתובה. וזהו סיוע למש"כ לעיל דיש שעבוד קצת גם על מטלטלי דהא שיטת התוס' בכ"ד דאף ר"מ דאמר מטלטלי משתעבדי אין זה רק בחייו דלא עדיף מבע"ח ודלא כמש"כ הר"נ נדרים (דף ס"ה). ולפ"ז מן לשון הגמ' בכ"ד דלר"מ מטלטלי משתעבדי. יש לסייע להמבואר בח"מ ריש סי' ק"ד דגם במטלטלין יש דין קדימה משום דיש קצת שעבוד גם במטלטלי וכמו שכתבתי לעיל]. ור"ע דפליג טעמי' דכל היכא דאי' ברשות יתמי הוא. א"כ היכא דלא שייך כן י"ל דמודה ר"ע לר"ט דינתנו לבע"ח ולכתובה דאף דהיכא דנכנסו המטלטלי לרשות אחר לא מגבינן משום דליכא בהו שעבוד גמור אבל כ"ז דלא זכה בהו אחר משתעבדי אף מטלטלי לבע"ח. אף דבתורת פריעת בע"ח מצוה לא שייך במת הלוה וע"כ זהו משום שעבוד קצת. א"כ בגר שמת דעד דזכה בהם אחר חל שעבוד הבע"ח אף על מטלטלי ולכן אף דבא א' וזכה בהו הא קדמה זכות הבע"ח. ואף דגם ר"ט גופא א' קדמו יורשים וזכו זכו במה שבידם עכ"ז י"ל דז"א אלא ביורשים לפי דזכו בעצם הנכסים מיד שמת וע"כ מודה בזה ר"ט לר"ע. אבל בהפקר דכ"ז דלא קדם וזכה אין כאן שם בעלים עלייהו בזה אלמוה לשעבוד הבע"ח אף במטלטלי כן יש להסביר לדברי הרשב"א דהובא בב"י סי' ער"ה:

וב"ה האיר ד' עיני ומצאתי כן בתולדות אדם להרשב"א סי' רנ"ב שכתב להך דינא דבע"ח גובה מטלטלי דהפקר ועיקר יסודו הוא על המשנה כתובות פ"ט הנ"ל וז"ל בקצרה דהיכא דבזבזו נכסיו לאח"מ כבר חל עליהם שעבוד דכתובה ובע"ח דהא לא קמי באפייהו זכות אחרים דבמטלטלי דיתמי גופייהו אם לאו דירושה ממילא קא הויא ועם גמר מיתה קמו להו נכסי בחזקת יתמי היה כתובת אשה ובע"ח גובה מהן דתנן בפ' הכותב מי שמת והניח אשה ובע"ח כו' ר"ט אומר כו' ר"ע אומר כו' ועד כאן לא פליג ר"ע אלא שהן יורשין וזוכין דבר תורה כדאי' בירושלמי הגע עצמך שפטרה משבועה ומשני זו תורה וזו אינה תורה הא לאו הכי מודה לר"ט הלכך גבי גר שמת דבשעת מיתה לא היתה זכות אחרים מעכבת ע"כ שעבוד אשה ובע"ח קדם וקמו נכסי ברשותייהו מפני ששעבודן חל עליהם עם גמר מיתה ואע"פ שקדמו אחרים ובזבזו מוציאין אותו מידם ואע"פ שאין מוציאין מיד יורשים שקדמו וזכו אף לר"ט יורשים שאני דאלים כחן שהן יורשין דבר תורה כו' עכ"ל הרשב"א. וכן הוא בתשובות הרשב"א המיוחסות להרמב"ן סי' ס"ט ע"ש. ובמה שכתב הרשב"א דיורשים זכו עם גמר מיתה עיין מזה בקצה"ח בסי' רנ"ב ס"ק א' ע"ש:

ות"ל שכיוונתי לראיות ויסוד הרשב"א בזה. גם מצאתי בהרשב"א שם מה שהיה רגיל בפי להקשות על ראיות הרשב"א בזה מב"ק (דף מ"ט) משכונו של גר ברשות ישראל ומת הגר ובא כו' והחזיק זה קנה נגד מעותיו כו' הרי דלא פקע שעבוד של הבע"ח אף במטלטלי. וקשה דהא שאני משכון דקני מדר' יצחק וגם סמכה דעתו על המשכון. וכעת מצאתי בעז"ה בגוף תשובת הרשב"א הנ"ל וראיתי דהרשב"א עצמו מדחה זה הראי' מהך דב"ק וכתב דשאני משכון דקני מדר' יצחק ואף משכון בשעת הלואתו קנה אותו כדמוכח פ' השולח ופ"ק דקידושין עכ"ל הרשב"א. ועיקר ראיות הרשב"א מהתוספתא דתני ובזבזו נכסיו דבע"ח וכתובה גובה מהם ובוודאי בזבזו מטלטלי ג"כ במשמע כמש"כ הרשב"א שם. ולפ"ז כן בהא דערכין (דף כ"ג) המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה ובע"ח כו' בלשון נכסיו דנקטו שם גם מטלטלין בכלל וזהו כדברי התוס' שם. ואחר כותבי כ"ז ראיתי שנית בחדושי הרשב"א לב"ק (דף מ"ט ע"ב) ד"ה משכונו של גר כו' דמתחלה הביא ראיה מזה להוכיח דבע"ח גובה ממטלטלי דהפקר ואחר זה כתב להסביר זה ע"פ המשנה דהכותב בפלוגתת ר"ט ור"ע ובזה אף ר"ע מודה לר"ט כו' ע"ש. והובא בשמ"ק לב"ק שם:

ענף ג:

ואפשר לומר בעיקר הך מילתא דכתב הרשב"א ביסודו על המשנה דהכותב דחזינן דכל זמן דלא זכה בהו אחר חל שעבוד הבע"ח וכתובה אף על מטלטלי. די"ל דזה גופא אינו אלא מדרבנן משום דמה"ת אין לחלק בזה דאף לשיטת הרשב"א דמה"ת אף מטלטלי משתעבדי מ"מ לאחר דראו חז"ל דלא סמכה דעתו על מטלטלי ומה"ט אמרו דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי ויהיה מאיזה טעם שיהיה כיון דאמרו דאין חל שעבוד על מטלטלי א"כ מ"ש בלא זכה אחר וכן לר"ט בהניח פירות תלושין. [משא"כ ברישא שם דהיה לו מלוה ופקדון ביד אחרים י"ל דשא"ה משום שדר"נ כמש"כ הרי"ף שם]. וע"כ נ"ל דז"א רק מדרבנן דתקנו דכ"ז דלא זכה בהו אחר יחול שעבוד הבע"ח וכתובה גם על מטלטלי משום דמה"ת אין סברא לחלק כן. [וכן ראיתי כעת שנית בחי' רשב"א סוף קידושין לאחר שכתב שם דמה"ת גם מטלטלי משתעבדי אלא משום דלאו עיקר אסמכתי' אמטלטלי כו' הביא שם לדברי הירושלמי פ' הכותב גבי ההיא דר"ע כו' הגע עצמך שפטרוה מהשבועה ומשני זו תורה וזו אינה תורה. מה"ט הוא משום דירדה תורה לסוף דעת של בריות ומסתמא לאו עיקר אסמכתי' אמטלטלי כו' עכ"ל הרשב"א. הרי דגם הרשב"א ס"ל דאחר דראו דלא סמכה דעתו על מטלטלי דהוי כמו דאורייתא מה דמטלטלי לא משתעבדי. ועפ"ז יש להעיר על דברי הקצה"ח בסי' ל"ט ס"ק א' ובסי' צ"ה ס"ק ג' וקצרתי]:

ולפ"ז יש לחלק דשאני הך דמנחות ושקלים דלא גבינן לחוב קרבנות ממטלטלי דהפקר דכיון דעיקר חילוק זה אינו רק מדרבנן י"ל דלא תקנו כן אלא בחוב הלואה וכתובה משום נעילת דלת משא"כ בחוב קרבנות וכדמצינו בקידושין (דף י"ג) בתוס' ד"ה א' ר"פ כו' לחלק דבקרבנות ופדיון הבן לא שייך נעילת דלת כו'. ולכן י"ל דדוקא בחוב הלואה וכתובה דאמרו בתוספתא. דגובה אף ממטלטלי דהפקר וכמש"כ הרשב"א בכוונת התוספתא כנ"ל. דזהו משום דשייך התם נעילת דלת ע"כ תקנו דגובין ממטלטלי כיון דכ"ז דלא זכה בהו אחר חל שעבוד בע"ח וכתובה ע"כ ממילא אף בעבר א' וזכה ג"כ מוציאין ממנו משא"כ בהך דמנחות ושקלים בחוב קרבנות ונסכים דלא שייך בי' נעילת דלת לא תקנו חז"ל כן ומוקמינן על דין תורה דכיון דלא סמכה דעתי' על מטלטלי וכמש"כ הרשב"א עצמו בסוף קידושין כנ"ל א"כ מ"ש מטלטלי דהפקר דמה"ת אין לחלק בזה. ולכן אין אנו צריכים לדחוקי ולאוקמי דמיירי שם בלא הניח מטלטלי וכמש"כ לעיל. דזהו דוחק ובפרט דמדברי התוס' שם משמע דאין לפרש כן. וגם דמדברי התוס' יו"ט שם דמשל יורשים משמע דמיירי בירשו. א"כ מוכח דאף דהניח נכסים ג"כ לא גבי מינייהו דהפקר. וכן פשטות המשנה דתנן בגר שמת אם יש לו נסכים קרב משלו ואם לאו מציבור. משמע פשטות הלשון דאם לא הניח נסכים מופרשים בחייו וכפי'

התוס' שם דאף דהניח מטלטלי ג"כ אינו גובה מהזוכה. ונדחה מה דרציתי לומר לעיל דמיירי שם בלא הניח מטלטלי ולפי שיטת הרשב"א. דז"א דע"כ מיירי בהניח מטלטלי ולכן ביורשים לא הוצרכו לתקן דיביא נסכים מציבור. כיון דאיכא מצוה על היורשים בודאי יביאו משום מצות כיבוד. וגם הא לא אמרו שם לשון משלמין בפירוש רק מן דיוק דייקינן דיורשים יביאו. ע"כ בפשיטות י"ל דז"א אלא למצוה ובפרט דגם בלשון משלם מצינו בב"מ (דף צ"א) דזהו רק לציש וכן בב"ק (דף צ"ד) דמחזירין הוא לציש רק בנכסי הגר לאח"מ צריכי לתקוני כיון דליכא שעבוד נכסי כלל על מטלטלי ובחוב בזה לא תקנו חז"ל כיון דליכא בי' נעילת דלת כנ"ל ע"כ תקנו דיביאו משל ציבור. אבל ביורשים יביאו למצוה אף דאנן ס"ל לדינא דבהניח מטלטלי אין כופין להיורשים ודלא כשי' הרשב"א דהובא בהר"נ פ' מי שהי' נשוי:

ונתבאר דמוכח עכ"פ מהך דמנחות ושקלים דבחוב נסכים וכן בחוב קרבנות דכיון דלא שייך בי' נעילת דלת דחוב כזה אין גובה מהפקר ממטלטלי ובזה מודה הרשב"א דלא גבינן מן מטלטלי דהפקר. ולפ"ז יפה כתב הקצה"ח בשם הרשב"א דס"ל דגובין ממטלטלי דהפקר לבע"ח ודלא כמש"כ לעיל להקשות על הקצה"ח והרשב"א מהך דמנחות דיש ליישב קושייתי כנ"ל: עוד נלע"ד לדון דיש מקום מטעם אחר לגבות ממטלטלי דזוכה מהפקר והוא דאף דהסברא הפשוטה הוא דמצד טריפת משעבדי אין כח וזכות להבע"ח לטרוף מזוכה בהפקר כיון דכבר זכה בו אחר עכ"ז י"ל דמחוייב הזוכה לשלם להבע"ח מצד מזיק שעבודו דחייב כמבואר בח"מ סי' שפ"ו ש"ך ס"ק י"ב דהיכא דבחברי' קעביד גם הראב"ד מודה וכ"כ התומים בסי' ק"ז ס"ק ח' דהיכא דלאו בדידי' עביד חייב משום מזיק שעבודו. ולפ"ז י"ל בכל זוכה בנכסי הגר לאח"מ דאף דנימא דאין כח להבע"ח לגבות ממנו מצד טריפת משעבדי כמו מלוה ע"פ. ואף מלוה בשטר ממטלטלי דאין טורפין בכה"ג מאחרים שזכו בהם. עכ"ז יש לדון דחייב הזוכה לשלם משום מזיק שעבודו של חבירו דהא מקודם דזכה בהו הי' שעבוד הבע"ח אף על מטלטלי ולאח"מ וכמש"כ הרשב"א בתולדות אדם ובתשובות המיוחסות להרמב"ן כנ"ל וכפי שהוכיחו כן ממשנה דהכותב הנ"ל. ע"כ אף דמצד טירפא מאחר דזכה בי' אין לגבות למלוה ע"פ רק למלוה בשטר ומן קרקע כידוע. עכ"ז חייב משום דבעת דזכה בהו הזוכה הזיק את זכות שעבוד של הבע"ח וחייב משום מזיק שעבודו. והא דאין גובין לכל מלוה בע"פ מלקוחות משום מזיק שעבודו זולת די"ל הטעם דשאני היכא דהוי פסידא דלקוחות. אך עוד י"ל בזה ע"פ תשובת הרמב"ן סי' נ"ו והובא במל"מ פ' י"ח הל' מלוה דין ה' שכתב בלוה דשיעבד 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 מדין מזיק שעבודו כו' עכ"ל. הרי דמבואר בהרמב"ן דהלוקח לא מקרי מזיק שעבודו משום דהלוה דמכר הוא קעבד המעשה ולא הלוקח. ובפרט להסוברין דביש דעת אחרת מקנה לא בעי כוונת קניי' וכמש"כ נמוקי יוסף בב"ב (דף מ"א) בשם הראב"ד וכ"כ הרשב"א בחי' לגיטין (דף כ'). א"כ אין הלוקח קעבד כלל כיון דאף בלא כוונתו חל הקנין של המוכר והוי כעין ירושה הבא מאיליו ויהי' מאיזה טעם שיהי'. ומשמע להדיא דלולי כן הי' גובה משור אפותיקי אף דל"ל קלא ואין בכה"ג טירפת משעבדי דמ"מ הי' חייב משום מזיק שעבודו: וחזינן בדברי הרמב"ן דס"ל דאין לחייב להלוקח משום מזיק שעבודו משום דזכייתו בא ע"י המוכר א"כ ממילא זוכה מהפקר דאיהו קעבד כולו ע"כ הזוכה הוי מזיק שעבודו דחייב משום טעם זה. וע"כ יש לתרץ מה דהקשיתי על שיטת הט"ז והקצה"ח דס"ל דאף מלוה בע"פ גבי מהפקר וגם ממטלטלי. מהך דמנחות ושקלים דאמאי אינו גובה הנסכים מהזוכה. דלפי מש"כ א"ש דעיקר החיוב בזה הוא משום מזיק שעבודו ולא משום טריפת משעבדי ע"כ יש לתרץ זה ע"פ דברי התוס' בב"מ (דף צ"ט ע"ב) ד"ה פרט למזיק כו' דאף הקרן פטור לשלם במזיק הקדש רק מדרבנן חייב לשלם וכ"כ התוס' בגיטין (דף מ"ט) ועיין בתוס' מעילה (דף י"ט) וב"ק (דף ז'). א"כ י"ל כיון דמה"ת מיפטר מזיק הקדש ע"כ התם בחוב נסכים דהוא של הקדש לא שייך לחייב להזוכה משום מזיק שעבודו דהא מזיק הקדש פטור. ואף דמדרבנן חייב מזיק הקדש י"ל דז"א אלא מזיק ממש אבל במזיק שעבודו דאף דחייב י"ל דאין זה אלא מדרבנן. והמ"מ להרמב"ם ה' חובל ומזיק פ"ז ה' י"א כתב בשם הרמב"ן וש"פ דכתבו דלכן חייב מזיק שעבודו דכיון דדיינינן דינא דגרמי ה"ה דמזיק שעבודו חייב וכ"כ הבית יוסף לח"מ ריש סי' ק"ד בשם ראשונים וכ"כ הב"ש באה"ע סי' צ"ג ס"ק ל"ט וכן הוא בח"מ סי' ק"ד סעיף א'. ע"כ י"ל דכמו דד"ג הוא מדרבנן לשיטת כ"פ דה"ה מזיק שעבודו ואף דהתוס' בגיטין (דף 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. לכן הוצרכו לתקן 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 דשאני דד"ג כמש"כ התוס' בב"ק (דף 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"א דהביא שם להפוסקים דס"ל דר"ש לא דאין דד"ג:

אכן מצינו בגיטין (דף 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. אך באמת אין שום סתירה לנ"ד וכמו שכתב הפני יהושע לגיטין (דף נ"ג) בגמ' ד"ה תנן הכהנים שפיגלו כו' דאף דמזיק הקדש פטור היינו על מה שהזיק להקדש אבל מה שגרם היזק לבעלים שצריכים להביא קרבן אחר לא ממעטינן מרעהו ולזה נתכוין רש"י בשמעתין בד"ה חייבין לשלם דמיהם לבעלים שהרי צריכין להביא אחרים עכ"ל רש"י והיינו כדפרישית כו' עכ"ל הפ"י. ע"כ לפ"ז שפיר כתבתי הטעם דאין לחייב להזוכה בנכסי הפקר לגבות ממנו חוב נסכים מצד מזיק שעבודו כיון דהוי החוב להקדש ע"כ אין לחייב בכה"ג משום דהוי כעין תקנתא לתקנתא. וכ"ז במזיק הקדש דפטור מה"ת. אבל בחוב הדיוט שפיר י"ל דאף דתקנו דחוב בע"פ אינו גובה מלוקח ומקבל מתנה וכן מטלטלי אף מלוה בשטר אינו גובה אם נכנסין לרשות אחר. מ"מ בזוכה מהפקר יש מקום לחייבו משום מזיק שעבודו דהא קודם דזכה בו הי' למלוה שעבוד ע"ז ע"כ י"ל דלא פטרוהו משום חיוב מזיק דיש עליו. רק בלוקח ומקבל מתנה דלא הוי חיוב עליו משום מזיק שעבודו וכמש"כ הרמב"ן כנ"ל. בזה תקנו דאין גובין ממנו אף למ"ד דש"ד אבל לא בזוכה מהפקר. וע"כ עדיין יש מקום לדון דגם ממטלטלי דהפקר יהי' גובין למלוה וכתובה ואין סתירה לזה מהך דמנחות ושקלים די"ל כנ"ל. ואף שזהו דבר חדש ואין במשמע כן בדברי הרשב"א עכ"ז י"ל כן מעצמינו וגם אפשר לכוין כן בדברי הרשב"א. ועיין בספרי נחל יצחק סי' ל"ט בקונטרס א' בש"ד ענף ו' ז' ח' שהארכתי שם בזה בהסבר נכון בעז"ה:

ענף ד:

ובב"ב (דף נ"ד ע"ב) נכסי כו' כל המחזיק בהן כו' רשב"ם ד"ה הרי הן כמדבר הפקר כו' ויש מפרשים דמעות יחזור ללוקח ראשון ולי אין נראה דא"כ מאי ה"ה כמדבר כו' ואם יכול לוקח ראשון לדון ולהוציא ממנו מעותיו יעשה כו'. ומוכח מהרשב"ם דס"ל דמלוה בע"פ אינו גובה מהפקר דאל"כ קשה כיון דהרשב"ם ס"ל דיכול לוקח א' לדון ולהוציא ממנו מעותיו וכמש"כ הגהות אשרי שם להסביר זה משום דאנן סהדי שלא נתן מעות אלא ע"מ שתשאר הקרקע בידו כו' חייב להחזיר המעות ואם הזוכה יכול לשמט כו' ישמט כו' עכ"ל הג"א. וכיון דס"ל דהוי חוב גמור ע"פ דין על המוכר להחזיר המעות שקיבל ממנו א"כ ממילא יהי' יכול הלוקח לגבות מהזוכה דאף דהוי הפקר דמכי מטי זוזי לידי' איסתלק לי' מ"מ הא אף מלוה ע"פ גובה מהפקר. ומוכח משיטת הרשב"ם דס"ל דמלוה ע"פ אינו גובה מהפקר. והרא"ש שם פ"ג סי' ס"ה הביא שיטת הרשב"ם

ולמש"כ ר"ח דהמחזיק משלם דמים ללוקח משום דה"ל כמשכנתא וכמו הך דב"ק (דף מ"ט) משכונו של גר כו' והרא"ש דחי ראי' זו דהתם בא משכונו לידו בתורת משכנתא אבל הכא כיון דלא קנה משכנתא נמי לא הוי והכריע כהרשב"ם כו' עכ"ל. גם יש לחלק דשאני משכון מטלטלי וכמש"כ התוס' בב"מ (דף ס"ז ע"ב) ד"ה ושביעית משמטתה דשאני מטלטלין דקני מדר' יצחק משא"כ קרקע ע"ש. ועיין בכתובות (דף נ"ט) ד"ה שדה זו שמשכנתי לך כו' וקצרתי. הרי דגם הר"ח דס"ל דהמחזיק משלם דמים ללוקח טעמו משום דס"ל דה"ל כמו משכנתא אבל אם לא ה"ל כעין משכנתא לא הי' גובה מהמחזיק הרי דמוכח ג"כ דס"ל דאין מלוה ע"פ גובה מהפקר. ובאמת לשיטת הרא"ש דהעלה שם דלא כהרשב"ם דכתב דיכול הלוקח לדון עם המוכר להוציא ממנו המעות משום דס"ל להרא"ש דכיון דקני כו' שוב אין חייב להעמיד מקחו בידו כו'. א"כ בלא"ה יש לחלק דשאני משכונו של גר דב"ק שם דהי' לו חוב גמור על כו' משא"כ הכא דאין לו חוב כלל על המוכר. רק דכתב כן אף לשי' הרשב"ם דס"ל דיכול לתבוע להמוכר דמ"מ כיון דאין זה משכנתא ע"כ אינו גובה. ועוד יש לדון בזה. עכ"פ מוכח דס"ל להרשב"ם והר"ח והרא"ש דאין מלוה ע"פ גובה מהפקר:

ואפשר לומר דשא"ה לפי המבואר בסי' קי"א סעיף י"ג ברמ"א דאם לא יוכל לגבות כו' הוי כנתקלקלו בידו וטורף ממשעבדי וכתב האו"ת שם ס"ק ז' בשם הג"ת והכה"ג דהרשב"א פליג על דין זה כו' ע"ש. א"כ לדברי הג"ת והכה"ג לפי שיטת הרשב"א דהיכא דאינו יכול לגבות מהלוה בדיניהם דיכול הלוקח לומר הנחתי לך מקום לגבות ממנו ואינו גובה מן משעבדי אף במלוה בשטר. ע"כ י"ל דאין ראי' מהתם לענין מלוה ע"פ מהפקר די"ל דאף דנימא דמלוה ע"פ גובה מהפקר עכ"ז י"ל דהיכא דיכול לומר הנחתי לך מקום לגבות שאני והתם הטעם דאין גובין מן המחזיק משום דיכול לומר הנחתי לך מקום לגבות. אך לפי המבואר בח"מ סי' קי"א סעיף י"ג בשם תשובת הרא"ש דבוודאי לא ס"ל כן ע"כ קשה לומר כן בכוונת הרא"ש דב"ב הנ"ל. ומוכח דס"ל דמלוה ע"פ אינו גובה מהפקר אף היכא דלא שייך לומר הנחתי לך מקום:

ולדינא אף שכתבתי לתרץ לשיטת הט"ז דס"ל דאף מלוה בע"פ גובה מהפקר ולדברי הקצה"ח בשם הרשב"א דאף ממטלטלי דהפקר גובה מ"מ קשה להוציא מהמוחזק ובפרט דמלשון הטושו"ע סוף סי' ער"ה מורה כשיטת הסמ"ע דמלוה בע"פ אינו גובה מהפקר וכמש"כ לעיל בארוכה:

ואחר כותבי כ"ז ראיתי במחנה אפרים ה' זכיי' מהפקר סי' ה' שהביא לדברי הרא"ש בב"ב (דף נ"ד) הנ"ל אך שקיצר בזה. ושם בסוף כתב דאף לפי תקנת הגאונים דמטלטלי

דיתמי משתעבד לבע"ח לא אמרו כן אלא ביורשים שמכח מורישם הם באים אבל זוכים מהפקר לא מכח הבעלים הם זוכים כו'. ויותר ה"ל לומר לפי דברי הריב"ש בסי' שצ"ב דעיקר התקנה זו הי' לפי דמצוה על היורשים כו' א"כ בזוכה מהפקר הא לא שייך ה"ט. ואולי לזה נתכוין המח"א בדבריו הללו. ובאמת לפי הטעם השני שכתב הריב"ש שם דעתה סומך הלוה על מטלטלי כמו על קרקעות וכמו הך דכתובות דגמלים דערביא וארנקי דמחוזא כו'. וכן הוא בהרא"ש לכתובות והובא בש"ך ח"מ סי' ק"ז ס"ק ב'. ובהרא"ש לב"ק פ"ק סי' י"ט והובא בב"ש לאה"ע סי' ק' ס"ק ב'. ועיין באו"ת סי' ק"ז ס"ק ד' והדברים ארוכין. א"כ לפי טעם זה אם נימא דהפקר אינו כמשעבדי הי' הדין נותן לגבות גם ממטלטלי דהפקר. ועיקר מילתא דנא תלוי בהשני טעמים הללו ואין להוציא מהמוחזק. אך עיקר הדבר אם הפקר כמשעבדי או לא זה הוי ספיקא דדינא וגם ממקרקעי דהפקר אין להוציא למלוה בע"פ כנ"ל וראיתי בהגהות ר"ע איגר כאן שכתב בזה"ל המפקיר נכסיו וקדם אחר וזכה בהם כל מלוה שנגבה מלקוחות נגבה גם מזה כמבואר לקמן סי' ער"ה סעי' ל"א עכ"ל. משמע דס"ל ג"כ דוקא חוב דנגבה מלקוחות נגבה מהפקר א"כ חוב בע"פ דאינו נגבה מלקוחות ס"ל לדינא דאינו נגבה מהפקר אך לא תירץ להוכחות הקצה"ח מהתם דנקטו שם גם כל מלוה דנגבית מיורשים כי'. אכן לפי מש"כ לעיל אתי שפיר בעז"ה. דאין מקום להוכחות הקצה"ח הנ"ל. ואדרבה משמע מהתם דמלוה בע"פ כיון דאינו גובה מלקוחות דה"ה אינו גובה מהפקר. וגם פשטות הסוגיא דמנחות ושקלים כפי שכתבו התוס' שם דאף מקרקעי דהפקר אין גובין למלוה בע"פ. וכש"כ לפי מש"כ לעיל בסי' ק"ז סעיף א' לדון דבהקדש אף מטלטלי משתעבדי ע"כ ממילא אין לחלק בזה בין מטלטלי למקרקעי ודלא כמש"כ לעיל:

והנה לעיל בסי' ק"ז סעי' א' הארכתי בהך דינא דבחוב הקדש אין לחלק בין מטלטלי לקרקעי וכמש"כ שם להסביר זה היטב בעז"ה. ואכתוב כאן למה דהשמטתי מחידושי שם. והוא דעפ"ז יש לתרץ לדברי הרמב"ם ה' חגיגה פ"א ה' יו"ד דהמפריש עולת ראיה ומת היורשין חייבין להביא ותמה הכ"מ והלח"מ דהא מבואר בבכורות (דף נ"א) דאף בלא הפרישו מחיים ג"כ יורשים חייבים למאן דס"ל ש"ד וכמש"כ הרמב"ם ה' מחוסרי כפרה סוף פ"א דאשה שהביאה חטאתה ומתה יביאו יורשין עולתה אע"פ שלא הפריש מחיים. וסיים דאפשר דהרמב"ם מיירי בלא ירשו קרקע אבל אכתי ה"ל להרמב"ם לפרש ונשאר בצ"ע:

אכן לפי מש"כ דבחוב להקדש אין לחלק בין קרקעי למטלטלי אתי שפיר משום דלעיל בסי' ק"ז סעי' א' הוכחתי בשם הרמב"ם פ"ג ה' ערכין ה' י"א דס"ל דאף מטלטלי

משתעבדי להקדש כנ"ל א"כ מוכח לפ"ז מהרמב"ם ה' חגיגה הנ"ל דאף בירשו קרקע אין גובין מהם חוב עולת ראיה דאל"כ קשה דלמה בעינן הפריש עולת ראיה כמש"כ הרמב"ם הא אף בלא הפריש עולת ראיה ג"כ חייבין היורשין להביא אם ירשו דמי הקרבן במטלטלי ג"כ אף בלא הפריש. ומוכח דהרמב"ם ס"ל דבעולת ראיה וחגיגה ליכא שיעבוד נכסי כלל וע"כ אין חל החיוב על היורשין ובעינן הפריש דוקא אבל בלא הפריש אף דירשו את המטלטלי דלא נשתעבדו בחוב ראיה וחגיגה ואינן מחוייבים היורשין להביא וע"כ סתם הרמב"ם בזה. והוי כמו דכתב הרמב"ם בפירוש דאין בזה שיעבוד על יורשין מדכתב דוקא הפריש:

ויש לומר דהוכיח כן מהך דערכין (דף ב') דמקשה הגמ' עלה דחגיגה הכל חייבין בראיי' הכל לאתויי מאי כו' ושקיל וטרי הש"ס בזה וכן הוא בריש חגיגה. ושם בערכין לעיל מינה אמרו עלה דהכל סומכין לאתויי יורש. וכן הכל ממירין לאתויי יורש כו' ושם אח"ז שקיל וטרי בסוגיא בהך דהכל חייבין בראיי' לאיתויי מאי'. וקשה אמאי לא אמרו דהכל חייבין בראיי' קאי לאתויי יורש דהא התוס' הביאו שם בשם ירושלמי דהך חייבין בראיי' קאי על הקרבן כו'. א"כ י"ל דאשמועינן המשנה דשעבודא דאורייתא וע"כ אף יורש חייב. ואמרו שם הניחא למ"ד תשלומין זה לזה דמרבה חיגר ביום ראשון ונתפשט ביום ב' אכן למ"ד כולן תשלומין דראשון לאתויי מאי. והא הך מ"ד הוא ר' יוחנן כמבואר בחגיגה (דף ט'). ור' יוחנן הא ס"ל ש"ד א"כ לריו"ח אינו קשה הכל חייבין בראיה לאיתויי מאי די"ל דלאתויי יורש דש"ד. ומדלא קאמרי בהש"ס הכי מוכח מזה הסוגיא דבחוב ראיי' ליכא שעבוד נכסי וע"כ לא מצינן לומר לאתויי יורש. משום דבלא הפריש אין שום חיוב על היורשין. ובהפריש מחיים ה"ל מילתא דפשיטא ואין בזה שום רבותא כלל וע"כ שפיר שקלו וטרו דהכל לאיתויי מאי. ומוכח מזה דלא כסוגיות הש"ס בבכורות (דף נ"א) דאמרו שם דיורשין חייבין בעולות ראי'. ואפשר דזהו טעמא דחד מ"ד בבכורות שם דיליף ערך מערכין וחד מ"ד יליף ריקם ריקם מעולת ראי'. די"ל דלכן לא רצה למילף אידך מ"ד מן עולת ראיי'. משום די"ל דס"ל כהך סוגיא דערכין וסוגיא דחגיגה דמוכח דס"ל דליכא בזה שעבוד נכסי ואינן מחוייבים היורשים להביא. וסמך הרמב"ם על הנך שני סוגיות הללו:

וטעמא דהך מילתא יש להסביר ע"פ מה דקיי"ל בעבר הרגל ולא חג אינו חייב באחריות כמבואר בחגיגה (דף ט'). והנה גבי רבית אמרו דליכא שום שעבוד נכסי ברבית ולמדו זה מהא דיורשים אינן חייבין להחזיר הרבית כדאמרו ביו"ד סי' קס"א. דמוכח מזה דליכא שעבוד נכסי ברבית דאם היה שעבוד נכסי ברבית א"כ במה פקע אחר מיתתו זכות

שעבוד נכסי דשעבוד נכסי להיכן הלך. וכמו כן י"ל בהך דעולת ראיה דנלמד מפסוק דעבר הרגל אינו חייב באחריות. והא זה ברור דאם הפריש עולת ראיה ולא נקרב ברגל דעבר על בל תאחר כמבואר בר"ה (דף ה' ע"ב) בתוס' ד"ה אלו חטאות ואשמות כו' דהא דאמרו בחגיגה דעבר הרגל אינו חייב באחריות מיירי בלא הפריש אבל בהפריש קאי עליו בבל תאחר משום דבמאי פקע זכות הקדש אך לא יצא ידי חובתו במה שמביא לאחר הרגל. וה"ה היכא דלא הפריש היה ראוי להיות דאף בעבר הרגל דאינו יוצא ידי חובתו במה שמביא לאחר הרגל. עכ"ז לא פקע שעבוד נכסי שהיה להקדש ובמאי פקע זכות ההקדש לומר דאחר הרגל אינו חייב באחריות. וע"כ מוכח מזה דליכא שעבוד נכסי בעולת ראיה ולכן אחר הרגל אינו חייב באחריות:

ועוד יש לדון ולהסביר דאף דש"ד עכ"ז גבי עולת ראי' הטעם הוא דבלא הפריש אינם חייבים היורשים להביא משום דהא בירושלמי חגיגה פ"א סוף ה"א אמרו בהפריש חגיגתו ומת היורשים מהו שיביאו אותה ר' אילא א' יראה יראה הראוי לבוא מביא ושאינו ראוי לבוא אינו מביא כו' דר' יוחנן ור' יונתן אמרין כל בכור בניך תפדה אפי' לאח"מ כו'. הרי דמצינו לחד מ"ד דס"ל למדרש מקראי דלאח"מ אינן חייבים היורשים אף בהפריש. ואף דקיי"ל לדינא בהפריש דחייבים היורשים עכ"ז בלא הפריש נקטינן לדינא משום הך דרשא דגם אי ש"ד דמ"מ אינן חייבים היורשים. כן יש לומר בטעם דהנך שני סוגיות דערכין וחגיגה. ולכאורה יש עדיין להעיר דאמאי לא אמרו שם דהכל חייבים בראיי' לאתויי יורש ובהפריש. ואשמועינן דלא נימא כסברת המ"ד דיליף בירושלמי דאף בהפריש אינם חייבים היורשים מהך ילפותא. ואפשר לומר דלש"ס דילן היה פשיטא זה וע"כ לא ניחא להו לומר דמיירי בהפריש דגם זה היה פשוט להם ולא הוי רבותא כלל בזה. ועיין בתוס' גיטין (דף ע"ב ע"ב) ד"ה אמר רב הונא גיטו כו'. ויש לחלק וקצרתי. ויש להאריך עוד בכ"ז ועת לקצר: ונתבאר בעז"ה דשיטת הרמב"ם הוא דבחוב להקדש זה אין לחלק בין קרקע למטלטלי ודלא כהתוס' כתובות (דף צ' ע"א) ד"ה ש"מ בע"ח כו'. וכן מורה פשטות הגמ' בקדושין (דף י"ג) דחד ס"ל דאע"פ שלא הפריש מחיים גובה מיורשים דש"ד. ואף בלא ירשו קרקע רק מטלטלי ג"כ לא בעינן הפריש ולא הוי שום נפ"מ מן הפרשה כלל למ"ד דש"ד דגם מטלטלי משתעבדי להקדש ולכן סתם הרמב"ם בסוף פ"א הל' מחוסר כפרה ולא מחלק בין ירשו קרקע לירשו מטלטלי ע"ש: